Jörn Kassow

# Die Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung

Zugleich eine dogmatische Bestätigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Notwendigkeit der staatlichen Mittelherkunft

Cuvillier Verlag Göttingen

Jörn Kassow

# Die Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung

Zugleich eine dogmatische Bestätigung
der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
zur Notwendigkeit der staatlichen Mittelherkunft

Cuvillier Verlag Göttingen

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.
1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2004
Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2004
ISBN 3-86537-132-9

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2004
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.
1. Auflage, 2004
Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-132-9

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von *Professor Dr. Harald Bogs* im Zeitraum ab April 1999. Sie wurde im März 2003 abgeschlossen und im Wintersemester 2003/2004 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt an dieser Stelle Herrn *Professor Dr. Harald Bogs*, der mir als mein Doktorvater die Bearbeitung der von mir gewählten Themenstellung ermöglicht und mir bei der Erstellung der Arbeit jederzeit den nötigen Freiraum und die erforderliche Unterstützung gewährt hat.

Danken möchte ich auch Herrn *Professor Dr. Volkmar Götz* für die überaus zügige Erstellung seines Zweitgutachtens. Ich habe mich sehr darüber gefreut, dass gerade er als ausgewiesener Kenner des Beihilferechts sich bereit erklärt hat, die Erstellung des Zweitvotums zu übernehmen.

Zu Dank verpflichtet bin ich im Übrigen Herrn *Dr. Heiko Büsing* sowie Herrn *Dr. Johannes Wewers*, die mir bei der mühsamen Arbeit des intensiven Korrekturlesens äußerst wertvolle Hilfe geleistet haben.

Ein ganz besonders herzlicher Dank richtet sich schließlich an meine Eltern, denen ich diese Arbeit widme. Sie haben mich in meinem bisherigen Werdegang stets vorbehaltlos unterstützt und gefördert und mir jederzeit bedingungslos zur Seite gestanden.

Hamburg, im Juni 2004

*Jörn Kassow*

# Inhaltsverzeichnis

**Einleitung** 1

**1. Teil: Der Beihilfebegriff i.S.d. Art. 87 I EG** 5

**A. Einführung in den Begriff der Beihilfe** 5

**I. Verortung des Beihilferechts im Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages** 5

**II. Der Beihilfetatbestand des Art. 87 I EG** 6

**III. Die Notwendigkeit einer Eingrenzung des Beihilfebegriffes** 8

**IV. Versuch einer allgemeinen Festlegung des Inhalts des Beihilfebegriffes** 10

1. Unterschiede oder Identität zwischen den Begriffen der Beihilfe und der Subvention? 10

2. Darstellung des Inhalts gängiger Subventionsbegriffe 12

a) Juristische Subventionsbegriffe 13

aa) Beispiele aus der nationalen (deutschen) Rechtsordnung 13

(1) Der Subventionsbegriff des § 264 VII StGB 13

(2) Der Subventionsbegriff des Haushaltsrechts 13

(3) Der Subventionsbegriff nach dem StWG 14

bb) Der Subventionsbegriff des GATT/der WTO 14

b) Wirtschaftswissenschaftliche Subventionsbegriffe 15

c) Fazit 16

**V. Weitere Konkretisierung des Beihilfebegriffes des Art. 87 I EG** 17

1. Der weite Beihilfebegriff des Art. 87 I EG 17

a) Das Wirkungskriterium als methodischer Ansatz für die Erweiterung 17

b) Die Erweiterung des Beihilfebegriffes in zwei Richtungen 18

c) Fazit 19

2. Die äußeren Grenzlinien des erweiterten Beihilfebegriffes 20

**B. Die Begünstigung** 21

**I. Die beiden Elemente der Begünstigung** 21

**II. Die Zuwendung eines beihilferelevanten Vorteils** 22

1. Die korrekte Bezeichnung des Vorteils 23

a) Wettbewerbsvorteil 23

b) Unmittelbarer Wettbewerbsvorteil 29

c) Wirtschaftlicher Vorteil 32

d) Kostenvorteil 33

e) Vermögenswerter Vorteil 34

f) Geldwerter bzw. finanzieller Vorteil 39

g) Fazit 44

2. Die Bewertung des geldwerten Vorteils 44

a) Das richtige Bewertungskriterium 44

aa) Kosten des Staates für die Beihilfegewährung 44

bb) Ersparte Kosten des Unternehmens aus der Beihilfegewährung 45

cc) Marktpreise 47

dd) Fazit 48

b) Anwendungsfälle des Bewertungskriteriums „Marktpreis“ 48

aa) Staatliche Leistungen ohne Marktwert 49

bb) Staatliche Leistungen mit nur potentiellem Marktwert 51

cc) Ermittlung potentieller Marktpreise trotz tatsächlich vorhandenen Marktpreises? 55

3. Ergebnis 57

**III. Die Marktwidrigkeit der Vorteilszuwendung: Das Fehlen einer vorteilsaufzehrenden marktgemäßen Gegenleistung des Unternehmens** 57

1. Vergleich der verschiedenen Kriterien zur Bestimmung der Marktwidrigkeit der Vorteilszuwendung 58

a) Das Kriterium des Fehlens einer marktgemäßen Gegenleistung 59

b) Das Kriterium der Unentgeltlichkeit 60

c) Das Kriterium der marktrelativen Günstigkeit 61

d) Das Kriterium des Privatinvestors (sog. Privatinvestortest) 64
e) Fazit 66
2. Das Problem der Bestimmung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung 66
a) Die fehlende vorteilsaufzehrende Wirkung kostenverursachender, aber nicht marktgemäßer Gegenleistungen 66
b) Das Kriterium zur Feststellung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung 69
aa) Das Synallagma zwischen Leistung und Gegenleistung 69
bb) Die Freiwilligkeit der Gegenleistung 69
cc) Der Marktwert der Gegenleistung 71
c) Das Problem der Martwertermittlung in Anbetracht der Besonderheiten vieler staatlich nachgefragter Leistungen 72
aa) Abgrenzung eines genuin staatlichen Aufgabenfeldes 76
bb) Wirtschaftlich wertende Betrachtung im Einzelfalle 77
(1) Unterscheidung zwischen dem Erwerb körperlicher Gegenstände und unkörperlicher Leistungen (vor allem Dienstleistungen) durch den Staat 77
(2) Unterscheidung nach dem Nutznießer der Leistung 78
(3) Unterscheidung zwischen einzeln und wiederkehrend erworbenen Leistungen 83
d) Fazit 85
e) Exkurs: Versuch einer allgemeinen Systematisierung der vorteilsaufzehrend anrechenbaren (bzw. nicht anrechenbaren) „Nachteile“ der die staatliche Zuwendung erhaltenden Unternehmen 87
aa) Gegenleistungen des Unternehmens als vorteilsaufzehrende Nachteile 87
bb) Von vornherein vorteilsmindernd zu berücksichtigende Nachteile 87

cc) Natürliche Nachteile 89
dd) Ausgleich für erlittene Nachteile 90
ee) Fazit 91
**IV. Die rechnerische Ermittlung der Höhe der Begünstigung (des sog. Beihilfe- oder Subventionsäquivalents) als Differenz aus vorteilhafter Zuwendung des Staates und Gegenleistung des Unternehmens** 91
**V. Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verschonungssubventionen** 93
1. Positive Zuwendungen des Staates (Leistungssubventionen) 93
2. Verzichtssachverhalte (Verschonungssubventionen) 93
3. Fazit 98
**VI. Zusammenfassung: Die Begünstigung als marktwidriger geldwerter Vorteil** 98

**C. Die staatliche Zurechnung** 99
**I. Das Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit als Ausprägung des Wirkungskriteriums zur Bestimmung des Beihilfebegriffes** 100
1. Die Erweiterung des Beihilfebegriffes auf Begünstigungsgewährungen, die nicht durch den (Mitglied-)Staat erfolgen 100
2. Die Grenzen dieser Erweiterung 100
3. Der entscheidende Ansatz für die Abgrenzung: Die Wirkung wie eine klassische Subvention 102
4. Fazit 103
**II. Die Zurechnungskriterien des Art. 87 I EG** 104
1. Die unklare Auslegung der beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG 104
2. Der eigene Ansatz zur Beantwortung der Zurechnungsfrage 107
**III. Die Voraussetzungen für eine staatliche Zurechnung** 108
1. Die ohne Einschaltung Dritter gewährten und daher zweifelsfrei staatlich zurechenbaren Beihilfen 108
a) Der weite Staatsbegriff des Art. 87 I EG: Die Unterscheidung zwischen „Staat“ und „Mitgliedstaat“ 108
b) Herkömmliche Abgrenzungsversuche des Staatssektors 110
c) Versuch einer spezifisch beihilferechtlich orientierten Abgrenzung des Staatssektors 112

aa) Vorüberlegung: Der Einsatz (mitglied)staatlicher Mittel als *das* Kriterium, das zweifelsfrei eine staatliche Zurechenbarkeit gewährleistet 112
bb) Die Anwendung für eine Abgrenzung der zum „Staat" zu zählenden Institutionen 117
(1) Juristische Personen des öffentlichen Rechts 119
(a) Territoriale Untergliederungen der Mitgliedstaaten 119
(b) Sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts 120
(aa) Sozialversicherungsträger 123
(bb) Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen 124
(cc) Ausnahmen 127
(c) Fazit 129
(2) Juristische Personen des Privatrechts 130
(a) Privatrechtliche Unternehmen, die unter besonderem staatlichen Einfluss stehen 131
(aa) Unternehmen mit ausschließlich staatlicher Kapitalbeteiligung 131
(bb) Unternehmen im (Mit-) Eigentum privater Anteilseigner 133
(aaa) Staatlichkeit der Vergabeentscheidung 133
(bbb) Staatlichkeit der Mittel 135
(cc) Zwischenergebnis 144
(dd) Zusammenfassender Überblick über mögliche staatliche Beherrschungsformen 144
(aaa) Staatliche Kapitalbeteiligung 145

(bbb) Staatliche Stimmrechte 146
(ccc) Staatliche Bestellung und Kontrolle der Leitungsorgane 148
(ddd) Weitere Möglichkeiten des Staates zur Einflussnahme 148
(b) Sonstige juristische Personen des Privatrechts 149
d) Zusammenfassung 151
e) Exkurs: Keine Unterscheidung nach der Mittelherkunft 152
2. Die problematischen Fälle: Die Einschaltung nicht-staatlicher Dritter in die Beihilfevergabe 156
a) Das entscheidende Kriterium für eine staatliche Zurechnung beihilferelevanter Vorteile 157
aa) Bloßes (kausales) Beruhen auf einem staatlichen Verhalten 158
bb) Unmittelbare staatliche Veranlassung 159
cc) Unmittelbare Berechenbarkeit 160
dd) Selektivität 164
ee) Durch staatliche Maßnahmen erzwungene Begünstigung 165
ff) Staatlicher Mitteleinsatz 166
gg) Weitere Zurechnungsansätze, die aber bloß dem Erfordernis staatlichen Mitteleinsatzes gleichkommen 172
(1) Finanzielle Natur der Maßnahme 173
(2) Vorteilstransfer, insbesondere Output-Input-Modell 174
(3) Kehrseite bzw. Stoffgleichheit 174
hh) Fazit 177
b) Folgerungen für die Einschaltung Dritter in die Beihilfevergabe, insbesondere: Die Anforderungen an mittelbare Beihilfen 177

aa) Staatliche Gewährung eines marktwidrigen geldwerten Vorteils an einen Privaten 179
bb) Weitergabeverpflichtung des privaten Empfängers an bestimmte Unternehmen 179
cc) Verortung der Begünstigung im Verhältnis zwischen privatem Empfänger und Unternehmen 182
dd) Fazit 186
3. Zusammenfassung der Zurechnungsvoraussetzungen 187
**IV. Die Abgrenzung der beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG: Die „staatlichen Beihilfen" und die „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen"** 188
**V. Die Transformation privater (Geld-)Mittel zu staatlichen Mitteln** 192
1. Die Unterschiede zwischen Zuwendungen, die Unternehmen im Wege einer Zwangsabgabe direkt von Privaten erhalten und Zuwendungen einer staatlichen Einrichtung, die sich durch Zwangsabgaben Privater refinanziert 192
2. Fazit 197
3. Exkurs: Die Beihilfeeigenschaft durch parafiskalische Abgaben finanzierter Zuwendungen 197
**VI. Keine staatlich zurechenbare Beihilfe trotz staatlichen Mitteleinsatzes? - Die allgemein belastenden staatlichen Maßnahmen** 198
**VII. Exkurs: Gemeinschaftsbeihilfen** 203
**VIII. Zusammenfassung: Die staatliche Zurechnung von Begünstigungen aufgrund staatlichen Mitteleinsatzes** 203

**2. Teil: Anwendung der bisherigen Erkenntnisse auf ausgewählte, beihilfeverdächtige Einzelmaßnahmen der Mitgliedstaaten** 206

**A. Investitionen in eigene Unternehmen** 206
**B. Staatliche Haftungszusagen** 211
I. Fremdhaftungen, insbesondere Staatsbürgschaften 212
1. Die Bürgschaftsübernahme als Beihilfe zu Gunsten des kreditnehmenden Unternehmens 212

2. Die Bürgschaftsübernahme als Beihilfe zu Gunsten der kreditgewährenden Bank 216
3. Die Inanspruchnahme des staatlichen Bürgen als Beihilfe 217
4. Fazit 219
II. Staatliche Haftungszusagen zu Gunsten eigener Unternehmen (Eigenhaftungen) 220
1. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute 220
a) Die grundsätzliche Beihilferelevanz von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung 221
b) Zahlungen des staatlichen Gewährträgers in Erfüllung der Haftungsverpflichtungen 225
c) Die Problematik des revolvierenden Haftungsrisikos 226
2. Allgemein belastende Haftungsnormen 230
3. Fazit 232
**C. Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks** 233
I. Die begünstigende Wirkung einer aus staatlichen Mitteln stammenden Rundfunkfinanzierung 234
II. Die staatliche Zurechenbarkeit der aus dem deutschen Rundfunkgebührensystem stammenden Geldzuwendungen 236
**D. Hoheitliche Gestattungen** 238
I. UMTS-Lizenzen 239
II. Zertifikate für KWK-Strom 241
**E. Öffentliches Auftragswesen** 243
I. Die Begünstigung durch eine öffentliche Auftragsvergabe 244
II. Die staatliche Zurechnung öffentlicher Auftragsvergaben 249
III. Fazit 251
**F. Infrastrukturmaßnahmen** 252
**G. Verzichtssachverhalte** 253
I. Ausdrücklicher Verzicht und verzichtsähnliche Maßnahmen 254
II. Die Leistungen, auf die der Staat verzichten kann 256
III. Abgabenrechtliche „Nebenwirkungen" staatlicher Maßnahmen 259
IV. Allgemein angeordnete Forderungsverzichte in insolvenzrechtlichen Regelungen 263

**H. Mittelbare Beihilfen** 264

I. Die Bergmannsprämie 264

II. Die staatliche Übernahme von Sozialabgaben 265

III. Die Steuervergünstigung des § 52 VIII EStG 266

**I. Exkurs: Die Aufhebung von Beihilfen durch Rückforderung** 267

**J. Fazit** 271

**Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen** 272

**Literaturverzeichnis** 280

**Verzeichnis der zitierten Entscheidungen des EuGH und des EuG** 330

# Einleitung

Die Unterstützung der einheimischen Unternehmen durch staatliche Subventionen hat nach wie vor eine erhebliche wirtschaftliche und politische Bedeutung. In Zeiten einer zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft können diese einseitigen staatlichen Unterstützungsmaßnahmen, die regelmäßig gerade die Stellung der nationalen Unternehmen im weltweiten Wettbewerb verbessern sollen, jedoch Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen und die Schaffung eines freien und fairen Welthandels gefährden. Angesichts des Umfangs der durch die Nationalstaaten vergebenen Subventionen zeigt sich somit die Notwendigkeit einer rechtlich ausgestalteten, **internationalen Subventionsordnung**, um einen unlauteren Wettbewerb der Unternehmen aus den verschiedenen Staaten auf dem Weltmarkt zu vermeiden.[1] Zur Gewährleistung eines fairen internationalen Wettbewerbs sind daher verschiedene multinationale Subventionsrechtssysteme geschaffen worden, die - anders als die nationalen Subventionsrechtsordnungen, die als Teil der Leistungsverwaltung vor allem eine positiv-fördernde Ausrichtung aufweisen - einer nationalen Subventionsgewährung eher negativ-abwehrend gegenüberstehen.

Das bedeutendste internationale Subventionsrechtsregime findet sich unter dem institutionellen Dach der Welthandelsorganisation (WTO).[2] Das Subventionsübereinkommen[3] ist als ein wesentlicher Bestandteil des Übereinkommens zur Errichtung der WTO anzusehen und enthält detailliert ausgestaltete Regelungen über die Zulässigkeit von Subventionsgewährungen, wobei es den WTO-Mitgliedern zugleich verfahrensrechtliche Schritte wie beispielsweise die Einführung von Ausgleichszöllen ermöglicht, um gegen eine unzulässige Subventionierung vorzugehen.[4]

Aber auch im Rahmen der Europäischen Union findet sich ein Subventionskontrollsystem, das sog. **Beihilfeaufsichtsrecht**[5], das in den Art. 87 bis 89 EG eine Regelung gefunden hat und eine weitaus strengere Subventionskontrolle vorsieht als das Subventionsübereinkommen der WTO.

Das in den Art. 87 ff. EG geregelte Recht der staatlichen Beihilfen ist aus mehreren Gründen von besonderer Bedeutung für die Europäische Gemeinschaft als wichtigstem Bestandteil der Europäischen Union. Zum einen handelt es sich beim Beihilferecht um einen der wenigen

---

[1] vgl. Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 21
[2] Rodi, S. 5; siehe dazu auch unten S. 14
[3] ABl. 1994, L 336, S. 156 ff.
[4] ausführlich zum Subventionsrecht im Rahmen der WTO siehe: Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 275 ff.; Becker, S. 30 ff.
[5] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 6

Bereiche, in denen das Gemeinschaftsrecht nicht von den Mitgliedstaaten, sondern von der Gemeinschaft selbst vollzogen wird[6]; zum anderen ist es auch von enormer wirtschaftlicher Bedeutung: In absoluten Zahlen erreichten die mitgliedstaatlichen Beihilfen in den Jahren 1997-1999 eine Höhe von durchschnittlich 90 Milliarden Euro pro Jahr.[7] Dies entspricht immerhin 1,18% des Bruttoinlandsprodukts aller Mitgliedstaaten der Europäischen Union und 2,44% der gesamten Staatsausgaben der Mitgliedstaaten.[8] Auch wenn die Höhe der mitgliedstaatlichen Beihilfen - sowohl absolut als auch relativ betrachtet - leicht rückläufig ist[9], dürfte ein baldiger, durchgreifender Abbau des staatlichen Subventionswesens nicht zu erwarten sein.[10]

Für die Anwendung der EG-vertraglichen Vorschriften über die Beihilfeaufsicht ist der **Beihilfebegriff**, der im Mittelpunkt der vorliegenden Abhandlung stehen soll, von besonderer Wichtigkeit. Durch die Art. 87 ff. EG wird die wirtschaftspolitische Souveränität der Mitgliedstaaten stark eingeschränkt.[11] Dem Beihilfebegriff, der in Art. 87 I EG geregelt ist, kommt dabei die Bedeutung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals zu; er bestimmt das Ausmaß der Kontroll- und Aufsichtshoheit der Kommission über die Mitgliedstaaten.[12] Mit der Entscheidung über die Auslegung des Beihilfebegriffes wird automatisch auch eine Entscheidung über mitgliedstaatliche Kompetenzen getroffen.[13] Nach Art. 87 I EG sind Beihilfen der Mitgliedstaaten nämlich **grundsätzlich verboten**.[14]

Wann solche Beihilfen - ausnahmsweise - zulässig sind, bestimmt sich nach Art. 87 II und III EG.[15] Art. 87 II lit. a bis c EG regelt diejenigen Beihilfen, die per se mit dem Gemeinsamen

---

[6] Schweitzer/Hummer, S. 125 f.; vgl. Behboodi, S. 84

[7] 9. Beihilfebericht der Kommission, S. 21; 31. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, S. 111

[8] 9. Beihilfebericht der Kommission, S. 23

[9] In den Jahren 1995-1997 lag die Höhe der staatlichen Beihilfen noch bei durchschnittlich 102 Milliarden Euro pro Jahr, was 1,43% des Bruttoinlandsprodukts bzw. 2,82% der Staatsausgaben der Mitgliedstaaten entsprach (9. Beihilfebericht der Kommission, S. 21 und 23).

[10] Oldiges, NVwZ 2001, S. 280

[11] vgl. G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 4; Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 102; K. Vogt, S. 36 f.; Nolte, S. 142 f.; Ossenbühl, DÖV 1998, S. 811

[12] G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 4

[13] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 192

[14] so auch Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (281); Pache, NVwZ 1994, S. 318 (319); Dickersbach, NVwZ 1996, S. 962; Wishlade, ECLR 19 (1988), S. 343; Schütterle, EuZW 1995, S. 391; Jestaedt/Miehle, EuZW 1995, S. 659; Rydelski, EuZW 2001, S. 458; EuGH Slg. 1988, S. 5515 (5539) [Asteris u.a./Griechenland u.a.]; EuGH Slg. 1996, S. I-3547 (3589) [SFEI u.a./La Poste]
Inwieweit man bei der Regelung des Art. 87 EG wirklich von einem echten **Beihilfe*verbot*** sprechen kann, ist jedoch strittig (zum Streitstand siehe ausführlich Rodi, S. 171 f. m.w.N.). Nach Ansicht des Verfassers überzeugend ist die Terminologie von Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (283), wonach ein „grundsätzliches Beihilfeverbot" vorliegt, das aber „weder absolut noch unbedingt" gilt (ebenso EuGH Slg. 1996, S. I-3547 (3589) [SFEI u.a./La Poste]; EuGH Slg. 2001, S. I-8365 (8393) [Adria-Wien Pipeline u.a.]). In dieser Arbeit soll dementsprechend im Folgenden vereinfachend vom „Beihilfeverbot" des Art. 87 EG die Rede sein.

[15] Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 123

Markt vereinbar sind[16], während die Anwendung derjenigen Ausnahmen, die in Art. 87 III lit. a bis e EG enthalten sind, im Ermessen der Kommission liegt.[17] Selbst wenn aber die Kommission bei der Anwendung der Legalausnahmen des Art. 87 II EG keinen Ermessensspielraum hat, wie er ihr bei der Beurteilung von Beihilfen nach Art. 87 III EG zukommt[18], sind auch die Beihilfen i.S.d. Art. 87 II EG nicht der Beihilfekontrolle durch die Kommission nach dem Verfahren des Art. 88 EG entzogen.[19] Vielmehr sind sämtliche Maßnahmen, die dem Beihilfebegriff des Art. 87 I EG unterfallen, der Kommission nach Art. 88 III 1 EG zu notifizieren[20], die sodann eine Entscheidung über die Zulässigkeit nach Art. 87 II und III EG zu treffen hat. Im Beihilfeaufsichtsrecht ist daher sorgfältig zwischen dem Beihilfebegriff des Art. 87 I EG und der Beurteilung der (ausnahmsweisen) Zulässigkeit der Beihilfen durch die Kommission anhand der Ausnahmevorschriften des Art. 87 II und III EG im Rahmen der Verfahrensregeln des Art. 88 EG zu unterscheiden. Auch wenn das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG nicht unmittelbar anwendbar ist[21], zieht die Qualifizierung einer nationalen Maßnahme als Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG dennoch ganz unmittelbare Rechtsfolgen nach sich, denn die Beihilfequalität eines staatlichen Vorhabens hat zur Folge, dass der Mitgliedstaat der Kommission die geplante Beihilfegewährung anzeigen muss (Art. 88 III 1 EG) und das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot (Art. 88 III 3 EG) eintritt[22], dessen Nichtbeachtung die Durchführung der Maßnahme bereits als gemeinschaftsrechtswidrig erscheinen lässt.[23]

Trotz dieser wichtigen Rolle, die der Beihilfebegriff somit für die Anwendung der beihilfeaufsichtsrechtlichen Vorschriften spielt, herrscht noch keine endgültige Klarheit darüber, was „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen" i.S.d. Art. 87 I EG überhaupt sind. Zwar wurden in der Literatur vielfach Versuche einer Definition unternommen[24], die sich jedoch nicht durchsetzen konnten, so dass es nach wie vor an einer allgemein anerkannten Definition des Begriffes der staatlich zurechenbaren Beihilfe fehlt.[25] Oft behilft man sich daher mit einer exemplarischen Aufzählung von (besonders wichtigen) beihilferelevanten

---

[16] G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 51; Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 123
[17] Lenz, Art. 87 EG Rn. 26
[18] Lenz, Art. 87 EG Rn. 22
[19] G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 51
[20] G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 51
[21] siehe nur Bleckmann, Europarecht, S. 752
[22] Götz, in: Dauses, H III Rn. 20; Götz, in: FS Vogel, S. 579 (586); Modlich, GewArch 1996, S. 227 (228)
[23] siehe dazu und zu den Folgen einer solchen rechtswidrigen Gewährung Calliess/Ruffert, Art. 88 EG Rn. 11
[24] siehe etwa Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 75; Koschyk, S. 42 f.; Soukup, S. 46
Ausführliche Nachweise über die verschiedenen Definitionsversuche im Schrifttum finden sich bei Damm, S. 78 f., Schina, S. 13 f. und Sinnaeve, S. 29 f.
[25] Modlich, GewArch 1996, S. 227 (228); Koschyk, S. 332; Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); vgl. Martinez, DVBl. 2001, S. 882

Maßnahmen[26] - eine Methodik, die natürlich das Problem mit sich bringt, dass über die Beihilferelevanz nicht ausdrücklich genannter Maßnahmen trefflich gestritten werden kann. Und in der Tat gab es auch und gerade in letzter Zeit diverse staatliche Maßnahmen, deren Beihilfecharakter strittig war: Zu nennen ist hier etwa der Streit um die Beihilfequalität des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes[27], der staatlichen Rundfunkfinanzierung[28] oder von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland.[29]

Diese Arbeit soll dazu dienen, die nach Auffassung des Autors noch nötige, weitere Klarheit über den Begriff der staatlich zurechenbaren Beihilfe zu schaffen. Dazu soll nicht exemplarisch, sondern dogmatisch untersucht werden, wann - und **warum** - eine mitgliedstaatliche Maßnahme eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG darstellt, auf dass in Zukunft die Entscheidung über die Beihilferelevanz staatlicher Praktiken leichter fallen möge. Hierzu sollen zunächst generell die Kriterien herausgearbeitet werden, die eine staatlich zurechenbare Beihilfe ausmachen[30], die dann zur weiteren Veranschaulichung auf besonders wichtige, beihilfeverdächtige Maßnahmen der Mitgliedstaaten angewandt werden sollen.[31]

---

[26] so etwa die Kommission in ihrer Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 48 des Abgeordneten Burgbacher, ABl. 1963, S. 2235; vgl. hierzu auch Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 20

[27] siehe dazu unten S. 198 ff.

[28] siehe dazu unten S. 233 ff.

[29] siehe dazu unten S. 220 ff.

[30] siehe sogleich unten S. 5 ff.

[31] siehe unten S. 206 ff.

# 1. Teil: Der Beihilfebegriff i.S.d. Art. 87 I EG

## A. Einführung in den Begriff der Beihilfe

### I. Verortung des Beihilferechts im Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages

Bevor versucht wird, den Beihilfebegriff des Art. 87 I EG näher zu bestimmen, soll zunächst ein kurzer Blick auf die Funktion des Beihilfeverbots im EG-Vertrag geworfen werden. Denn erst wenn klar ist, warum Beihilfen der Mitgliedstaaten überhaupt grundsätzlich verboten sein sollen, man also den Sinn des Beihilfeverbotes versteht, kann man auch eine sinnvolle Bestimmung des Inhalts des Beihilfebegriffes vornehmen.

Das Beihilfeverbot befindet sich im Kapitel „Wettbewerbsregeln" des EG-Vertrages, zu denen neben dem Beihilfeverbot nach Art. 87 EG auch das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen gemäß Art. 81 EG und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG gehören. Damit ist es ein Bestandteil des Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, i.S.d. Art. 3 I lit. g EG.[32]

Der europäische Binnenmarkt[33] umfasst gemäß Art. 14 II EG einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Leitbild der angestrebten Markt- und Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages ist damit ein grundsätzlich unverfälschter, also frei und nach marktwirtschaftlichen Idealen funktionierender Wettbewerb.[34] Ziel des Vertrages ist es folglich, möglichst umfassend und lückenlos alle denkbaren Wettbewerbsbeschränkungen auf dem europäischen Binnenmarkt zu beseitigen.[35] Neben den Vorschriften der Art. 81 ff. EG als Wettbewerbs(schutz)regeln i.e.S. dienen daher auch noch andere Vorschriften des EG-Vertrages dem Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs, so vor allem die vier Grundfreiheiten.[36]

Das Beihilfeverbot ist somit nur ein Teil des grundsätzlich umfassend angelegten Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrages. Der Begriff der staatlich zurechenbaren Beihilfe ist kein Oberbegriff für sämtliche staatlichen Wettbewerbsverfälschungen[37], sondern nur ein spe-

---

[32] Kühling, RdE 2001, S. 93; Kruse, NVwZ 1999, S. 1049; Stolba, S. 45 ff.; Götz, in: Verfassungsrecht im Wandel, S. 319; Kerber, S. 37

[33] Die Begriffe Gemeinsamer Markt und Binnenmarkt sollen in dieser Arbeit synonym verwendet werden, auch wenn im Einzelnen strittig ist, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen (siehe dazu Stolba, S. 46 m.w.N.).

[34] vgl. Sinnaeve, S. 18 f.; Koschyk, S. 189; Soukup, S. 7

[35] Ose, S. 231

[36] Sinnaeve, S. 18

[37] Ose, S. 55 f.

zifisch europarechtlicher Terminus, der einen **Subventionssachverhalt** umschreibt.[38] Der Beihilfebegriff findet seinen Ursprung im (älteren) Begriff der Subvention und ist eng mit diesem verknüpft.[39] Beide Begriffe beschreiben - zumindest im Wesentlichen - dasselbe Phänomen.[40] Das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG will also nicht alle wettbewerbsverfälschenden staatlichen Maßnahmen erfassen, sondern nur „subventionsähnliche" Sachverhalte.

## II. Der Beihilfetatbestand des Art. 87 I EG

Der Tatbestand des Art. 87 I EG kennzeichnet die verbotene Beihilfe durch folgende Merkmale: Unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und daher grundsätzlich verboten sind

**(1) Begünstigungen**, die

**(2) staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt** sind,

**(3) bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommen,**

**(4) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen** und

**(5) den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen**.

Die Begünstigung (1) ist als das zentrale Merkmal einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG anerkannt und liegt in der Gewährung eines Vorteils an den Begünstigten.[41] Die begünstigende Wirkung kennzeichnet den Subventionssachverhalt als solchen, was schon daran deutlich wird, dass sie keine Besonderheit des Beihilfebegriffes des Art. 87 I EG, sondern für eine jede Subventionierung kennzeichnend ist.[42]

Ebenso kennzeichnend für die Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG ist ihre staatliche Herkunft (2). Art. 87 I EG erfasst nur „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfen. Diese Zurechnungsformel kann man auch zusammenfassend als das Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit von Beihilfen bezeichnen.[43] Anders als bei den unternehmensgerichteten Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 f. EG[44] sind bei Art. 87 I EG die Staaten Adressaten des Ver-

---

[38] vgl. Rodi, S. 39; J.F. Lindner, BayVBl. 2002, S. 193 (194)

[39] vgl. Koschyk, S. 32 f.; Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 33; Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); Hoischen, S. 7 f.

[40] Rodi, S. 40; Niggemann, S. 18 f.; Rengeling, ZHR 152 (1988), S. 455 (457); zu möglichen Unterschieden zwischen beiden Begriffen siehe unten S. 10 ff.

[41] vgl. Kühling, RdE 2001, S. 93 (94); Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (745); Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 34; Damm, S. 79 f.; Pape, S. 22; Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 45; Rodi, S. 154

[42] siehe Rodi, S. 43; Witthohn/Smeddinck, ET 2001, S. 466 (467)

[43] Ruge, WuW 2001, S. 560 (561); Götz, in: Dauses H III Rn. 21; Häring, S. 86; G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 13; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (412)

[44] Aus Art. 10 II EG ergibt sich jedoch, dass auch die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen treffen dürfen, die die Verwirklichung des mit den Art. 81 f. EG angestrebten freien Wettbewerbs unmittelbar oder mittelbar gefährden oder vereiteln könnten (Bleckmann, Europarecht, S. 713; EuGH Slg. 1977, S. 2115 (2145) [INNO/ATAB]; EuGH Slg. 1993, S. I-5751 (5797) [Meng]).

bots.[45] Verboten sind demnach nur Begünstigungen, die durch staatliche Maßnahmen entstehen. Auch das Erfordernis der staatlichen Herkunft der Beihilfe ist keine Spezialität des Art. 87 I EG, sondern gilt grundsätzlich für jeden Subventionssachverhalt.[46]

Die Beihilfe muss gemäß Art. 87 I EG auch bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommen (3). Dieses weitere Tatbestandsmerkmal der Beihilfe wird im Allgemeinen als Spezifitäts- bzw. Selektivitätskriterium bezeichnet.[47] Es führt zu einer Beschränkung des möglichen Adressatenkreises der staatlich zurechenbaren Beihilfen auf (bestimmte) Wirtschaftsunternehmen. Zwar ist letztlich jede Subventionsgewährung auf einen bestimmten Kreis an Subventionsempfängern beschränkt. Die Begrenzung der möglichen Adressaten der Subventionierung auf bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige ist jedoch in gewisser Weise eine Besonderheit des Tatbestandes des Art. 87 I EG, da es durchaus denkbar ist, staatlich gewährte Begünstigungen, die etwa private Verbraucher als Adressaten haben, als ebenfalls unter den Begriff der Subvention fallend anzusehen.[48] Das Selektivitätskriterium ist daher nach Ansicht des Verfassers nicht in gleichem Maße konstituierend für den Beihilfebegriff wie die begünstigende Wirkung und die staatliche Herkunft, die einem jeden Subventionssachverhalt innewohnen. Es charakterisiert nicht den Beihilfebegriff im engen Sinne eines Subventionsvorgangs durch staatliche Gewährung einer Begünstigung. Es soll deshalb nicht Gegenstand dieser Ausarbeitung sein.

Die Tatbestandsmerkmale der (drohenden) Wettbewerbsverfälschung (4) und der Handelsbeeinträchtigung (5) wiederum charakterisieren nur den Verbotstatbestand, indem sie die (typischen) Folgen einer Beihilfe beschreiben, die erst das negative Urteil der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt tragen, so dass sie nicht zu den Begriffsmerkmalen des Beihilfebegriffes selbst gehören.[49]

Die Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG als Subventionssachverhalt, die im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein soll, wird also gekennzeichnet durch **zwei Merkmale**: erstens durch die Vermittlung eines beihilferelevanten Vorteils (**Begünstigung**), der zweitens von einem Mitgliedstaat vermittelt werden muss (**staatliche Zurechenbarkeit**).

---

[45] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36; R. Koch, S. 3; Schernthanner, S. 57; Petersen, in: State Aid, S. 20 (22)
[46] Rodi, S. 43 f.
[47] siehe hierzu etwa Quigley, in: State Aid, S. 28 (32 ff.); Schütz, S. 70 ff.; Oder, S. 40 ff.
[48] siehe Ose, S. 23 m.w.N.
[49] vgl. Häring, S. 39; Rodi, S. 154

## III. Die Notwendigkeit einer Eingrenzung des Beihilfebegriffes

Wenn die Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG die staatlich zurechenbare Vermittlung von Vorteilen an bestimmte Unternehmen darstellt, so scheint dies auf den ersten Blick eine hinreichende Umschreibung des Beihilfetatbestandes darzustellen. Beihilfen wären demnach alle Vorteile, die die begünstigten Unternehmen infolge staatlichen Verhaltens erhalten.

Eine solche Auslegung des Beihilfebegriffes droht aber zu einer Überspannung des Anwendungsbereiches des Beihilfeverbotes zu führen. Der Begriff der staatlich zurechenbaren Beihilfe ist nämlich - wie bereits dargelegt[50] - nur ein spezifisch europarechtlicher Terminus, der einen **Subventionssachverhalt** umschreibt. Das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG will und kann nicht alle staatlichen Eingriffe in den Wettbewerb erfassen, die irgendwelche wirtschaftlichen Vorteile für bestimmte Unternehmen zur Folge haben, sondern nur „subventionsähnliche" Sachverhalte.

Beihilfen bzw. Subventionen sind nämlich ein Instrument staatlicher Verhaltenslenkung[51], da der Staat mit einer Beihilfe bzw. Subvention regelmäßig bestimmte öffentliche Interessen verfolgt.[52] Daher ist es für einen Subventionssachverhalt ganz typisch, dass der Begünstigte auf die Zuwendung reagiert.[53] Er wird dabei insbesondere versuchen, Dispositionen zu treffen, um den als Beihilfe bzw. Subvention vom Staat erhaltenen Vorteil noch zu vergrößern.[54] Diese Vorteile überschreiten dann aber den Umfang der staatlichen Zuwendung. Sie sind nicht mehr vom Staat stammende Beihilfe bzw. Subvention, sondern durch selbstbestimmtes Verhalten des Unternehmens im Wettbewerb entstanden. Solche bloß „mittelbar" infolge einer Beihilfe entstehenden Vorteile müssen aus dem Beihilfebegriff herausgehalten werden.

Dass es notwendig ist, die nicht (mehr) beihilferelevanten Vorteile von den beihilferelevanten „subventionsähnlichen" Vorteilen abzugrenzen, soll an folgendem Beispiel veranschaulicht werden:

**Beispiel: Staatliche Subvention zur Finanzierung einer Investition in Form einer Produktionsmaschine**
Der Staat leistet einem Unternehmen einen offenen Zuschuss i.H.v. 100.000 Euro für die Anschaffung einer Produktionsmaschine. Das Unternehmen kann mit dieser Maschine seine Produktion ausweiten und so zusätzliche Gewinne i.H.v. 300.000 Euro erzielen.
Solche staatlichen Geldleistungen an Unternehmen sind selbst nach der engst möglichen Definition von Subventionssachverhalten als Subvention anerkannt.[55] Der Subventions- und Beihilfecharakter des offenen Zuschusses des Staates i.H.v. 100.000 Euro an das Unternehmen steht damit außer Frage.

---

[50] siehe oben S. 5 f.
[51] Ose, S. 13; Friauf, Referat, S. M 8 f.; vgl. H.-P. Ipsen, S. 359
[52] H.-P. Ipsen, S. 371; Jooss, S. 317
[53] Albers, Band VII, S. 493
[54] vgl. Albers, Band VII, S. 493
[55] vgl. Albers, Band VII, S. 491; Koschyk, S. 39

Obwohl die Subventionierung durch die staatliche Beihilfe hier aber auf 100.000 Euro beschränkt war, hat das Unternehmen aus der staatlichen Zuwendung noch weitere Vorteile i.H.v. insgesamt 300.000 Euro gezogen. Dass diese Gewinnsteigerung i.H.v. 300.000 Euro selbst in einem weit verstandenen Sinne keine staatliche „Subventionierung", also keine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG mehr ist, wird sicherlich niemand bezweifeln wollen. Diese Gewinne hat das Unternehmen schließlich erst durch den gewinnbringenden Einsatz der Maschine, also infolge eigenen, autonomen Verhaltens durch Geschäfte mit (privaten) Dritten erwirtschaftet und nicht vom Staat erhalten, so dass es sich hierbei nicht mehr um eine staatlich zurechenbare Begünstigung handeln kann.
Trotzdem kann nicht in Frage gestellt werden, dass es sich auch bei den 300.000 Euro Gewinn um Vorteile handelt, die dem Unternehmen letztlich infolge der staatlichen Maßnahme entstanden sind, nämlich ohne das staatliche Handeln nicht entstanden wären. Weder der Eintritt der Vorteile noch die Tatsache, dass auch diese Vorteile - zumindest mittelbar - auf ein staatliches Verhalten zurückzuführen sind, kann hier bestritten werden.
In diesem Beispiel wird daher ganz deutlich, dass es erforderlich ist, die Vorteile, die noch als dem Staat zurechenbare Begünstigung - und damit als Beihilfe - anzusehen sind, von den Vorteilen zu unterscheiden, die sich gewissermaßen bloß mittelbar infolge staatlicher Maßnahmen für Unternehmen ergeben und eben keine Beihilfe mehr darstellen können. Eine Charakteriserung der Beihilfe allein durch das Merkmal der staatlichen Vermittlung eines Vorteils greift also zu kurz, da sie nicht in der Lage ist, die nicht beihilferelevanten „mittelbaren" Vorteile aus dem Beihilfebegriff auszugrenzen.

In dem soeben geschilderten Beispiel war die Abgrenzung der staatlich zurechenbaren Beihilfeelemente von den nicht unter Art. 87 I EG fallenden Vorteilen noch ganz offensichtlich. In weniger eindeutigen Fällen kann man aber trefflich darüber streiten, welche Vorteile vom Beihilfeverbot des Art. 87 I EG noch erfasst sein sollen und welche nicht. So ist denn in der Tat auch vielfach Streit darüber entstanden, ob eine staatliche Maßnahme einem Unternehmen überhaupt als Begünstigung einzustufende Vorteile bringt (etwa bei staatlichen Bürgschaften[56] oder der Vergabe öffentlicher Aufträge[57]) bzw. ob die erlangten Vorteile dem Staat zuzurechnen sind (etwa bei staatlich angeordneten Mindestpreisen[58] oder im Falle des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes[59]).
Trotz der Feststellung, dass sich für eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG aus dem Wortlaut dieser Norm zweifelsfrei die beiden Begriffsmerkmale der Begünstigung und der staatlichen Zurechnung ergeben, bleibt diese Vorschrift also eine exakte Definition, wann eine solche Beihilfe vorliegt, schuldig.[60] Auch ansonsten ist - sei es durch die Organe der Europäischen Union oder das Schrifttum - noch keine verbindliche Definition des Beihilfebegriffes geschaffen worden.[61] Es ist daher erforderlich, näher zu präzisieren, wann eine staatlich zurechenbare Begünstigung und damit eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG vorliegt.

---

[56] Die mögliche begünstigende Wirkung und damit die Beihilferelevanz staatlicher Bürgschaften ist zwar heutzutage allgemein anerkannt. Streit herrscht aber beispielsweise noch darüber, ob eine staatliche Bürgschaft auch zu einer Begünstigung der kreditgebenden Bank führt (siehe zur Beihilfequalität staatlicher Bürgschaften unten S. 212 ff.).
[57] siehe zum Streitstand im Einzelnen unten S. 243 ff.
[58] siehe dazu unten S. 162 ff.
[59] siehe dazu unten S. 198 ff.
[60] vgl. Koschyk, S. 332; Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); Ose, S. 49; Schina, S. 13; Winter, S. 217; Sedemund, S. 33; Bast/Blank, WuW 1993, S. 181; Harden, in: State Aid, S. 12 (13); Beckmann, S. 31; H.G. Fischer, ZIP 1999, S. 1426 (1427)
[61] Schütterle, CML Rev. 39 (2002), S. 577 (582); Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); Koschyk, S. 332

## IV. Versuch einer allgemeinen Festlegung des Inhalts des Beihilfebegriffes

Der Begriff der Beihilfe sowie der einer Beihilfe - zumindest weitgehend - vergleichbare Begriff der Subvention werden auch in diversen anderen Vorschriften des Rechts der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten verwendet, ja sind sogar in außerrechtlichen Disziplinen wie den Wirtschaftswissenschaften gebräuchlich. Es handelt sich bei Subventionssachverhalten also um keine spezifisch europarechtliche Erscheinung. Möglicherweise bietet daher ein allgemeiner Überblick über das Phänomen der Subvention die Chance, allgemeingültige Kriterien zu finden, wie die „subventionsähnlichen" und damit beihilferelevanten Vorteile von den nicht mehr subventionierenden, also keine staatlich zurechenbare Begünstigung darstellenden Vorteilen zu unterscheiden sind.
Um aus dem sowohl in den Rechtswissenschaften als auch den Wirtschaftswissenschaften zahlreich verwandten Begriff der Subvention Folgerungen für den Beihilfebegriff des Art. 87 I EG ziehen zu können, ist aber zunächst zu untersuchen, ob zwischen den Begriffen Beihilfe und Subvention grundsätzlich eine inhaltliche Identität besteht oder nur eine gewisse Ähnlichkeit, mit anderen Worten: ob sich gewisse Merkmale ermitteln lassen, die eine Beihilfe grundlegend von einer Subvention unterscheiden.

### 1. Unterschiede oder Identität zwischen den Begriffen der Beihilfe und der Subvention?

Wie bereits erwähnt, stellt der Begriff der Beihilfe einen spezifisch europarechtlichen Terminus dar.[62] Dieser europarechtliche Begriff findet sich nicht nur in Art. 87 I EG, sondern auch in anderen Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts, und zwar in Art. 36 EG (Beihilfen für landwirtschaftliche Erzeugnisse), Art. 73 EG (Verkehrsbeihilfen) und Art. 132 EG (Ausfuhrbeihilfen) sowie in Art. 4 lit. c EGKS-Vertrag.[63] Es kann davon ausgegangen werden, dass all diesen Normen das gleiche Begriffsverständnis zugrunde liegt.[64]
Gerade die Regelung des Art. 4 lit. c EGKS-Vertrag könnte nun dazu Anlass geben, in den Begriffen der Beihilfe und der Subvention zwei voneinander zu unterscheidende Termini zu sehen, da Art. 4 lit. c EGKS-Vertrag „Subventionen oder Beihilfen" untersagt[65], also sowohl

---

[62] Rodi, S. 39; Koppensteiner, S. 67; siehe auch schon oben S. 5 f.
[63] Die Geltungsdauer des EGKS-Vertrages endete freilich gemäß Art. 97 EGKSV am 23. Juli 2002 (siehe dazu Wägenbaur, ZRP 2002, S. 46; J.F. Lindner, BayVBl. 2002, S. 141 (142)).
[64] Rodi, S. 39 f. m.w.N.
[65] Im Gegensatz zu Art. 87 EG enthält Art. 4 lit. c EGKSV ein an sich absolutes und unmittelbar geltendes Beihilfeverbot („ ... werden ... untersagt ..."). Über den „Umweg" des Art. 95 EGKSV ist aber auch hier eine Möglichkeit für die Gemeinschaftsorgane anerkannt worden, mitgliedstaatliche Beihilfen zu genehmigen (siehe dazu Winter, S. 149 ff.; Evans, ELR 21 (1996), S. 263 (271); Lauffer, S. 28 ff.; Sinz, S. 233 f.; EuGH Slg. 1996,

Subventionen als auch Beihilfen verbietet. Ein solches „doppeltes" Verbot wäre natürlich entbehrlich, wenn beide Begriffe keinen unterschiedlichen, sondern den gleichen Inhalt hätten.

Der EuGH nahm zu den Unterschieden zwischen den Begriffen Beihilfe und Subvention Stellung in seinem Urteil in der Rs. 30/59 aus dem Jahre 1961. Er kennzeichnete die Subvention als „eine Geld- oder Sachleistung, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgelts liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet."[66] Die Beihilfe sei „ein hiermit eng verwandter Vorgang ..., der jedoch insofern in stärkerem Maße zweckbetont ist, als Beihilfen speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen werden, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden könnten."[67] Außerdem sei der „Begriff der Beihilfe ... weiter als der Begriff der Subvention, denn er umfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen."[68]

Demnach würde es genau zwei Merkmale geben, die einen Unterschied zwischen den Begriffen Beihilfe und Subvention ausmachen: erstens eine stärkere Zweckbezogenheit der Beihilfe im Gegensatz zur Subvention sowie zweitens die Tatsache, dass der Beihilfebegriff anders als der Subventionsbegriff neben positiven Leistungen auch Belastungsminderungen umfasst.[69]

Die angeblich stärkere Zweckorientierung der Beihilfe ist aber nach Ansicht des Autors kein Merkmal, das eine Beihilfe generell von einer Subvention unterscheidet, da ein Staat auch mit

---

S. II-2261 (2264) [Moccia Irme/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. II-1839 (1845 f.) [EISA/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. II-1887 (1913 f.) [British Steel/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. II-1963 (1981 ff.) [Wirtschaftsvereinigung Stahl u.a./Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-17 (23 f.) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2603 (2609 f.) [DSG/Kommission]; kritisch dazu Hausner, S. 128 ff.).

[66] EuGH Slg. 1961, S. 1 (42 f.) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]

[67] EuGH Slg. 1961, S. 1 (43) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]

[68] EuGH Slg. 1961, S. 1 (43) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]
Diese Aussagen gelten nicht nur für den Begriff der Beihilfe i.S.d. des Art. 4 lit. c EGKSV, um den es in der Rs. 30/59 ging, sondern in gleicher Weise auch für den Beihilfebegriff des Art. 87 I EG (zur Identität des Begriffes der Beihilfe in Art. 4 lit. c EGKSV und Art. 87 I EG siehe schon oben S. 10), wie sich auch daran zeigt, dass der EuGH seine Aussagen aus der Rs. 30/59 in späteren Urteilen zu Art. 87 I EG wortwörtlich zitiert und zu seiner ständigen Rechtsprechung gemacht hat: siehe EuGH Slg. 1994, S. I-877 (907) [Banco Exterior de Espana]; EuGH Slg. 1996, S. I-3547 (3595) [SFEI u.a./La Poste]; EuGH Slg. 1998, S. I-7907 (7936) [Ecotrade]; EuGH Slg. 1999, S. I-2981 (3004) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-4897 (4935 f.) [Kommission/Portugal]; EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6892) [Deutschland/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4077) [Ufex u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. I-8365 (8395) [Adria-Wien Pipeline u.a.]; EuGH Slg. 2001, S. I-9067 (9107) [Ferring].

[69] vgl. Koschyk, S. 29

Subventionen immer einen bestimmten öffentlichen Zweck verfolgt[70], die Subvention also in gleichem Maße zweckorientiert ist. Zudem hat der EuGH die zunächst betonte Zweckorientierung der Beihilfe später selbst wieder relativiert, indem er ausgeführt hat, dass Art. 87 I EG die Beihilfeeigenschaft nicht an den Gründen oder Zielen (mit anderen Worten: dem Zweck) der staatlichen Maßnahme festmacht, sondern an ihren Wirkungen.[71]

Auch die Tatsache, dass der Beihilfebegriff nicht nur positive Leistungen, sondern auch Belastungsverminderungen umfasst, rechtfertigt keine Unterscheidung zwischen Beihilfen und Subventionen. Die enge Bestimmung des Subventionsbegriffes durch den EuGH dürfte auf einer älteren, engen Auslegung des Subventionsbegriffes im französischen Rechtskreis beruhen, wo der Begriff der Subvention auf Geldzuwendungen beschränkt wurde.[72] Eine solche Beschränkung des Subventionsbegriffes auf positive Leistungen ist aber heute weitestgehend aufgegeben worden, so dass sich auch hieraus keine generellen Unterschiede zwischen den Begriffen Beihilfe und Subvention ergeben.[73]

Merkmale, die eine Unterscheidung zwischen den Begriffen Beihilfe und Subvention rechtfertigen, lassen sich also nicht finden. Im Gegenteil konnte bereits festgestellt werden, dass die beiden wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung und der staatlichen Zurechnung, die eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG kennzeichnen, auch eine jede Subvention charakterisieren.[74] Daher spricht alles dafür, die Begriffe Beihilfe und Subvention grundsätzlich als inhaltsgleich anzusehen.[75]

## 2. Darstellung des Inhalts gängiger Subventionsbegriffe

Nachdem die grundsätzliche Identität der Begriffe Beihilfe und Subvention feststeht, soll im Folgenden kurz der Inhalt des Subventionsbegriffes in ausgewählten, wichtigen Wissen-

---

[70] Jooss, S. 317; vgl. Dichtl/Issing, S. 1799; Elfter Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 11/1338, S. 8

[71] std. Rspr.: siehe etwa EuGH Slg. 1974, S. 709 (718) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1987, S. 901 (924) [Deufil/Kommission]; EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4575) [Frankreich/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. II-229 (287) [FFSA u.a./Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-1 (26) [Ladbroke Racing/Kommission]; EuGH Slg. 2003, S. I-1487 (1536) [Spanien/Kommission]
siehe zur Bestimmung der Beihilfeeigenschaft anhand des mittlerweile allgemein anerkannten sog. **Wirkungskriteriums** auch unten S. 17 f.

[72] Waelbroeck/Frignani, S. 338; Koschyk, S. 30; Ose, S. 13 f.; vgl. Schernthanner, S. 7 f.

[73] so auch Koschyk, S. 36; Soukup, S. 46 f.

[74] siehe oben S. 6 f.

[75] so auch Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 33; Rodi, S. 40; Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 207 ff.; Thöni/Ciresa, S. 13; Löw, S. 38
Auch in der europarechtlichen Praxis wird zwischen beiden Begriffen nicht unterschieden: So ermittelt etwa die Kommission das Beihilfeelement staatlicher Zuwendungen durch die Berechnung des **Subventions-** und nicht des Beihilfeäquivalents (siehe 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 66 f.).

schaftsgebieten dargestellt werden, um zu ermitteln, ob sich hieraus allgemeine Erkenntnisse ergeben, wann eine Subvention vorliegt.

**a) Juristische Subventionsbegriffe**

Der Begriff der Subvention wird in zahlreichen Vorschriften des nationalen wie internationalen Rechts verwandt.

**aa) Beispiele aus der nationalen (deutschen) Rechtsordnung**

**(1) Der Subventionsbegriff des § 264 VII StGB**

Gemäß der Legaldefinition des § 264 VII StGB ist eine Subvention eine „Leistung aus öffentlichen Mitteln ..., die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird". Das Tatbestandsmerkmal der „Leistung aus öffentlichen Mitteln" bewirkt eine Beschränkung des Subventionsbegriffes auf positive Zuwendungen, wohingegen Missbräuche im Bereich der indirekten Subventionen (z.B. das Erschleichen von Steuervergünstigungen) nicht erfasst sind.[76]

**(2) Der Subventionsbegriff des Haushaltsrechts**

Der haushaltsrechtliche Begriff der „Zuwendung", der bloß einen besonders bezeichneten Subventionsbegriff darstellt[77], erfasst „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung ... zur Erfüllung bestimmter Zwecke" (§ 14 HGrG, § 23 BHO). Er erstreckt sich nur auf haushaltswirksame, also auf Geldzahlungen bezogene Leistungen.[78]

---

[76] Remlinger, S. 45; Rodi, S. 33; vgl. T. Schmid, S. 22; Fuhrhop, S. 13

[77] vgl. Sellnick, ThürVBl. 2000, S. 173 (174); Rodi, S. 35 f.
Auch die Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG wird durchaus als „Zuwendung" bezeichnet (siehe etwa EuGH Slg. 1994, S. I-1173 (1200) [Deutschland und Pleuger Worthington/Kommission]: Beihilfe in Form einer „Zuwendung von 600.000 DM").

[78] Rodi, S. 36

**(3) Der Subventionsbegriff nach dem StWG**

Gemäß § 12 II StWG hat die Bundesregierung alle zwei Jahre dem Bundestag und dem Bundesrat einen Bericht vorzulegen, der über die Gewährung von Finanzhilfen und gemäß § 12 III StWG auch über Steuervergünstigungen Auskunft gibt. Die Bezeichnung dieses Berichtes als „Subventionsbericht“[79] führt zu einer Zusammenfassung von Finanzhilfen und Steuervergünstigungen unter dem Oberbegriff der Subvention.

**bb) Der Subventionsbegriff des GATT/der WTO[80]**

Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT), das sich nach den 1995 in Kraft getretenen Reformen der sog. Uruguay-Runde unter dem neuen institutionellen Dach der Welthandelsorganisation (WTO) wiederfindet, enthält die bedeutendste internationale Subventionsrechtsordnung.[81]

Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) verwendet den Begriff der Subvention bereits seit 1947 in den Art. VI und XVI, freilich ohne den Begriff zu definieren.[82] Genannt wurden vielmehr nur einzelne Beispiele für Subventionen, nämlich in Art. XVI in seiner ursprünglichen Fassung „jede Form der Sicherung von Gewinnen und der Stützung von Preisen“ bzw. in der Neufassung von 1955 „jede Form von Einkommens- oder Preisstützung“.

In zwei Zusatzabkommen wurde der Subventionsbegriff jedoch konkretisiert: Art. 11 III des Übereinkommens vom 12. April 1979 zur Auslegung und Anwendung der Art. VI, XVI und XXIII des GATT („Subventionskodex ’79“)[83] kennzeichnete die Subvention sehr vage bloß dadurch, dass sie bestimmten Unternehmen einen „Vorteil“ verschafft und konkretisierte den Subventionsbegriff ansonsten nur durch eine ausdrücklich als „nur beispielhaft und nicht erschöpfend“ bezeichnete Aufzählung einzelner möglicher Subventionsformen.

---

[79] siehe etwa den Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen gemäß § 12 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StWG) vom 08. Juni 1967 für die Jahre 1995 bis 1998 (Sechzehnter Subventionsbericht) vom 29. August 1997, BT-Drs. 13/8420

[80] Die subventionsrechtlichen Vorschriften der WTO sind durch die EG-Verordnung 2026/97 (sog. Antisubventionsverordnung, ABl. 1997, L 288, S. 1) in das europäische Gemeinschaftsrecht umgesetzt worden, so dass die nachfolgenden Ausführungen auch für den Subventionsbegriff der Antisubventionsverordnung gelten (vgl. Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 284).

[81] Rodi, S. 5; vgl. Raaflaub, S. 1; Meng, S. 74
ausführlich zum Subventionsrecht im Rahmen des GATT/der WTO siehe: Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 275 ff.; Becker, S. 30 ff.

[82] Schoch, S. 126; vgl. Rodi, S. 37; Frick, S. 16

[83] ABl. 1980, L 71, S. 72 ff.

Art. 1 des im Rahmen der Uruguay-Runde abgeschlossenen Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen vom 15. April 1994 („Subventionskodex '94")[84] enthält dagegen eine recht konkrete Bestimmung des Subventionsbegriffes: Als Subvention gilt hiernach einerseits „eine finanzielle Beihilfe" der öffentlichen Hand, aber auch „irgendeine Form der Einkommens- oder Preisstützung", sofern durch sie ein „Vorteil" gewährt wird. Schon der Begriff der „finanziellen Beihilfe" wird weit verstanden, denn als Beispiele hierfür werden in Art. 1 neben direkten Kapitaltransfers in Form von Zuschüssen, Darlehen o.ä. etwa auch der Verzicht auf staatliche Einnahmen sowie die Zur-Verfügung-Stellung von Waren oder Dienstleistungen durch die öffentliche Hand über den allgemeinen Infrastrukturbedarf hinaus genannt. Zum Teil wird sogar davon ausgegangen, dass der Subventionsbegriff des Subventionskodex '94 nicht nur staatliche Subventionsleistungen erfasst, sondern auch staatlich angeordnete Verpflichtungen, aufgrund derer Private zu subventionierenden Leistungen gezwungen werden.[85]

**b) Wirtschaftswissenschaftliche Subventionsbegriffe**

In der ökonomischen Literatur herrscht über den Subventionsbegriff keine Einigkeit.[86] Selbst in Teilgebieten der Wirtschaftswissenschaften (z.B. in der Volkswirtschaftslehre) hat man sich zum Teil nicht auf einen einheitlichen Subventionsbegriff einigen können.[87]
Die Eckpunkte des wirtschaftswissenschaftlichen Subventionsbegriffes lassen sich aber in zwei Extrempositionen fassen: Die engste Definition versteht unter Subventionen nur ohne marktliche Gegenleistung erfolgende Geldzahlungen der öffentlichen Hand an Unternehmen, während die weiteste Definition unter einer Subvention jede wirtschaftliche Hilfeleistung, also jeden gezielt begünstigenden Eingriff des Staates in den marktwirtschaftlichen Bereich versteht.[88]

---

[84] ABl. 1994, L 336, S. 156 ff.
[85] Benitah, S. 237 f.; vgl. auch die Ausführungen auf der offiziellen Homepage der WTO unter http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e//tif_e/agrm7_e.htm: „With subsidies, it is the government ... that acts, either by paying out subsidies directly **or by requiring companies to subsidize** certain customers." (Hervorhebung vom Verfasser)
Nach a.A. erfasst der Subventionsbegriff des Subventionskodex '94 dagegen nur Zuwendungen, die aus öffentlichen Mitteln stammen (so etwa Rydelski, Antisubventionsrecht, S. 210 und 284; vgl. Grave, S. 157).
[86] Rodi, S. 30
[87] Bleckmann, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, S. D 1 (8)
[88] siehe Albers, Band VII, S. 491 f.

**c) Fazit**

Festzustellen ist, dass der Subventionsbegriff extrem uneinheitlich verwendet wird.[89] Während die engste Begriffsfestlegung (beispielsweise des haushaltsrechtlichen Zuwendungsbegriffs) auf **Geldleistungen** des Staates beschränkt ist, finden sich auch diverse erweiterte Subventionsbegriffe. So umfasst der strafrechtliche Subventionsbegriff i.S.d. § 264 VII StGB nicht nur Geldleistungen, bleibt aber auf **positive Zuwendungen** beschränkt. Im Subventionsbericht der Bundesregierung hingegen werden mit Steuervergünstigungen auch **Verzichte** des Staates auf Einnahmen zu den Subventionen gerechnet, also Sachverhalte, in denen es an einer positiven Zuwendung seitens des Staates fehlt. Der wohl umfassendste Subventionsbegriff findet sich in Art. 1 des Subventionskodex '94: Zum einen werden schon die positiven Zuwendungen selbst sehr weit verstanden, indem auch unkörperliche Leistungen des Staates wie z.B. Dienstleistungen zu den subventionsrelevanten Zuwendungen gezählt werden. Zum anderen werden neben positiven Zuwendungen auch Einnahmeverzichte erfasst. Darüber hinaus wird der Subventionsbegriff nicht nur auf **Zuwendungen des Staates** erstreckt, sondern auch auf **staatlich angeordnete Zuwendungen Privater**.

Zusammenfassend bleibt nur zu sagen, dass es eine allgemein anerkannte Definition des Subventionsbegriffes offensichtlich nicht gibt.[90] Es kann sie im Übrigen auch gar nicht geben, da der Subventionsbegriff je nach dem verfolgten Ziel des Wissenschaftsgebietes unterschiedlichen Funktionen dient und daher in den verschiedenen Wissenschaftsbereichen unterschiedlich sein muss.[91]

Eine einzige Gemeinsamkeit aller Subventionsbegriffe lässt sich herausarbeiten: Eine **Geldzahlung des Staates** an den Begünstigten unterfällt auch der engst möglichen Definition des Subventionsbegriffes, wird also allgemein als Subvention angesehen. Eine solche Geldzahlung des Staates an den Begünstigten ist die Grundform der Subvention, deren Subventionscharakter sicherlich von niemandem bestritten wird. Sie soll im Folgenden als **klassische Subvention** bezeichnet werden.[92]

Auch wenn die Feststellung, der Subventionscharakter einer Geldzahlung des Staates an den Begünstigten stehe außer Frage, zunächst banal klingen mag, wird sie sich im weiteren Verlauf dieser Arbeit als äußerst hilfreich erweisen.

---

[89] vgl. dazu auch Bleckmann, Subventionsrecht, S. 9 ff.
[90] Gutowski/Thiel, S. M 46; Schernthanner, S. 14; Reufels, S. 37
[91] Rodi, S. 29; Frick, S. 16; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (404 f.); Koschyk, S. 31
[92] vgl. Sinnaeve, S. 179; Gusy, JA 1991, S. 286 (288)

## V. Weitere Konkretisierung des Beihilfebegriffes des Art. 87 I EG

Die in anderen Wissenschaftsgebieten verwandten Subventionsbegriffe sind nicht nur weitgehend unergiebig für eine genaue Festlegung des Beihilfebegriffes des Art. 87 I EG. Hinzu kommt, dass das Gemeinschaftsrecht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine eigenständige, autonome Rechtsordnung darstellt[93], so dass auch deshalb der Inhalt des gemeinschaftsrechtlichen Begriffes der Beihilfe primär aus dem EG-Vertrag heraus zu entwickeln ist und nicht durch ein Abstellen auf anderweitig verwandte Subventionsbegriffe.[94]

### 1. Der weite Beihilfebegriff des Art. 87 I EG

Einigkeit herrscht darüber, dass der gemeinschaftsrechtliche Beihilfebegriff weit auszulegen ist.[95] Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 87 I EG, der „Beihilfen gleich welcher Art" untersagt.[96] Die Maßnahmen, die als Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG anzusehen sind, gehen also über klassische Subventionierungen im Sinne von Geldzahlungen des Staates an bestimmte Unternehmen weit hinaus.

#### a) Das Wirkungskriterium als methodischer Ansatz für die Erweiterung

Anerkannt ist, dass für die Abgrenzung der unter den Beihilfebegriff fallenden Maßnahmen nicht auf die Gründe oder Ziele der Maßnahme abzustellen ist, sondern der Beihilfecharakter aus einer folgenorientierten Sicht zu bestimmen und daher von den Wirkungen der Maßnahme abhängig zu machen ist (sog. **Wirkungskriterium**).[97] Die Beihilfe zeichnet sich also

---

[93] grundlegend: EuGH Slg. 1963, S. 5 (24 f.) [van Gend und Loos]; EuGH Slg. 1964, S. 1251 (1269) [Costa/ENEL]

[94] Hakenberg/Erlbacher, EWS 2000, S. 208 (219); Ciresa, S. 30; Schernthanner, S. 4; vgl. Pechtl, S. 47; Ress, in: Gedächtnisschrift Grabitz, S. 595 (608)

[95] allgemeine Auffassung in der Lit.: siehe etwa Koschyk, S. 332; Häring, S. 124; Niggemann, S. 19; Schwarz, S. 150; K. Vogt, S. 37; Nolte, S. 147; T.S. Richter, DÖV 1995, S. 846 (847)
so auch der EuGH in std. Rspr.: siehe EuGH Slg. 1961, S. 1 (43) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]; EuGH Slg. 1994, S. I-877 (907) [Banco Exterior de Espana]; EuGH Slg. 1996, S. I-3547 (3595) [SFEI u.a./La Poste]; EuGH Slg. 1998, S. I-7907 (7936) [Ecotrade]; EuGH Slg. 1999, S. I-2981 (3004) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-4897 (4935 f.) [Kommission/Portugal]; EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6892) [Deutschland/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4077) [Ufex u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. I-8365 (8395) [Adria-Wien Pipeline u.a.]; EuGH Slg. 2001, S. I-9067 (9107) [Ferring]

[96] Lefèvre, S. 111 f.; Cremer, Forschungssubventionen, S. 30 ; Michels, S. 36

[97] Niggemann, S. 36; Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (281); Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (747); Häring, S. 41; EuGH Slg. 1974, S. 709 (718) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1987, S. 901 (924) [Deufil/Kommission]; EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4575) [Frankreich/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. II-229 (287) [FFSA u.a./Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-1 (26) [Ladbroke Racing/Kommission]

durch eine besondere Förderungswirkung aus.[98] Da der Begriff der Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG bloß eine besondere europarechtliche Bezeichnung für einen Subventionssachverhalt ist, lässt sich die besondere Förderwirkung der Beihilfe auch als **subventionierende Wirkung** kennzeichnen.

Um das Wirkungskriterium für die Abgrenzung der beihilferelevanten Sachverhalte aber tatsächlich handhabbar machen zu können, müsste man natürlich möglichst genau bestimmen können, wie sich die typische Subventionswirkung charakterisieren lässt. Das Fehlen eines allgemein anerkannten, „typischen" Begriffes der Subvention droht nun aber dazu zu führen, dass sich auch die typische Wirkung einer Subvention kaum erfassen lässt. Da jedoch die Subventionsqualität einer Geldzahlung des Staates an den Begünstigten unstreitig ist, sollte eine jegliche Erweiterung des Beihilfe- bzw. Subventionsbegriffes von diesem klassischen Subventionsbegriff ausgehen und alle Maßnahmen erfassen, die eine vergleichbare Wirkung haben.

**Beihilfen sind dementsprechend alle Maßnahmen, die wie eine Geldzahlung des Staates an den Begünstigten wirken**.

**b) Die Erweiterung des Beihilfebegriffes in zwei Richtungen**

Es lässt sich feststellen, dass die Erweiterung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfebegriffes über den Begriff der klassischen Subvention hinaus in zwei Richtungen stattfindet. Diese beiden Richtungen der Erweiterung des Beihilfebegriffes lassen sich passenderweise genau den beiden Tatbestandsmerkmalen der Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG zuordnen:

Zum einen sind vom Beihilfebegriff des Art. 87 I EG anerkanntermaßen nicht nur Geldleistungen, sondern auch sonstige vorteilhafte Zuwendungen erfasst, nämlich Sachleistungen des Staates[99] wie z.B. die Übereignung eines Grundstücks, aber auch staatliche Einnahmeverzichte.[100] Diese Vorteilsgewährungen erhält das Unternehmen zwar unmittelbar vom Staat. Sie sind aber deshalb keine klassische Subvention, weil der Vorteil nicht durch eine Geldzahlung gewährt wird, sondern durch **andersartige staatliche Vorteilsgewährungen** entsteht. Die **erste Art der Erweiterung** betrifft also die möglichen Formen des beihilferelevanten Vorteils und damit das **Tatbestandsmerkmal der Begünstigung**.

---

[98] EuGH Slg. 1974, S. 709 (718) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1987, S. 901 (924) [Deufil/Kommission]; EuGH Slg. 1996, S. I-723 (790) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4575) [Frankreich/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-1 (26) [Ladbroke Racing/Kommission]

[99] Schon in seinem Urteil in der Rs. 30/59 sah der EuGH neben einer Geld- auch eine „Sachleistung" als beihilferelevant an (siehe EuGH Slg. 1961, S. 1 (42 f.) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]).

[100] siehe dazu unten S. 93 ff. sowie S. 253 ff.

Zum anderen erfasst der Beihilfebegriff auch Sachverhalte, in denen das begünstigte Unternehmen zwar eine Geldzahlung erhält, das Geld ihm aber nicht vom Staat, sondern von privaten Dritten zufließt. Als Beleg hierfür kann man die sog. mittelbaren Beihilfen - etwa in Form einer monetären Unterstützung von Verbrauchern durch den Staat, verbunden allerdings mit der Auflage, bestimmte Produkte zu erwerben[101] - anführen, deren Beihilferelevanz allgemein anerkannt ist.[102] Hier zahlt der Staat zwar Geld, aber eben nicht unmittelbar an die begünstigten Unternehmen, sondern an private Verbraucher, und erst von diesen erhalten die Unternehmen dann eine Geldzahlung. In diesem Falle scheitert das Vorliegen einer klassischen Subvention also nicht am Fehlen eines Vorteils in Form einer Geldzahlung, sondern daran, dass die Begünstigten die Geldzahlung - zumindest unmittelbar - **nicht vom Staat** erhalten, weil der Staat in die Gewährung des Vorteils (private) Dritte eingeschaltet hat. Die **zweite Art der Erweiterung** betrifft also die Art und Weise der staatlichen Vermittlung der beihilferelevanten Vorteile und damit das **Tatbestandsmerkmal der staatlichen Zurechnung**.

### c) Fazit

Beihilfen sind nach dem Wirkungskriterium alle staatlichen Zuwendungen, die **wie eine Geldzahlung des Staates** an den Begünstigten wirken. Über solche Geldzahlungen des Staates hinaus ist der Beihilfebegriff des Art. 87 I EG in zwei Richtungen erweitert worden, die mit den beiden Tatbestandsmerkmalen der Beihilfe (Begünstigung und staatliche Zurechenbarkeit) korrespondieren. Dementsprechend soll die Untersuchung des Beihilfebegriffes im Folgenden daher in zwei Teile aufgespalten werden:
In einem ersten Teil ist zu untersuchen, welche staatlichen Zuwendungen überhaupt zu einem als **Begünstigung** zu qualifizierenden Vorteil führen.[103] Dies sind nach dem Wirkungskriterium alle staatlichen Vorteilszuwendungen, die **wie eine Geldzahlung** des Staates wirken.
In einem zweiten Teil ist dann zu untersuchen, wann ein solcher als Begünstigung zu qualifizierender Vorteil noch eine **dem Staat zurechenbare** Begünstigung ist, wenn die Vorteilsgewährung nicht unmittelbar durch den Staat erfolgt.[104] Dies ist nach dem Wirkungskriterium der Fall, wenn die Vorteilszuwendung wie eine Geldzahlung **des Staates** wirkt, obwohl der Vorteil nicht direkt vom Staat stammt.

---

[101] vgl. nur Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 60 f.
[102] siehe dazu ausführlich unten S. 177 ff.
[103] siehe dazu unten S. 21 ff.
[104] siehe dazu unten S. 99 ff.

In einem ersten Schritt die Vorteile festzulegen, die überhaupt eine beihilferelevante Begünstigung darstellen, ist im Übrigen notwendige Voraussetzung dafür, in einem zweiten Schritt dann feststellen zu können, wann ein solcher Vorteil noch staatlich zurechenbar ist, wenn der Staat diesen Vorteil dem Unternehmen nicht direkt gewährt, sondern Dritte in die Begünstigungsgewährung einschaltet. Ebenso wie der Staat nämlich Geldleistungen an Unternehmen über den „Umweg" der Einschaltung privater Dritter gewähren kann, so kann er Unternehmen auch sonstige beihilferelevante Leistungen (z.B. Sachleistungen) auf einem solchen „Umweg" gewähren. Erst wenn man weiß, welche Formen ein dem begünstigten Unternehmen zugewandter Vorteil überhaupt annehmen kann, um noch als begünstigungs- und damit beihilferelevanter Vorteil eingestuft werden zu können, kann man also untersuchen, wann **ein solcher Vorteil** noch staatlich zurechenbare Begünstigung sein kann, obwohl er nicht (direkt) vom Staat stammt. Die Frage, wann ein bestimmter Vorteil (z.B. eine Geldzahlung), den das Unternehmen nicht vom Staat selbst, sondern beispielsweise von privaten Dritten erhält, noch eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG sein kann, ist keine Frage der Begünstigung, sondern der staatlichen Zurechnung.

## 2. Die äußeren Grenzlinien des erweiterten Beihilfebegriffes

Trotz der betonten Weite des Beihilfebegriffs gibt es zwei feststehende Grenzlinien, zwischen denen sich der Beihilfebegriff bewegen muss und die - zusammengefasst - noch einmal in Erinnerung gerufen werden sollen:

Nach „unten" wird der Beihilfebegriff begrenzt durch die klassische Subvention als Geldzahlung des Staates an das begünstigte Unternehmen, deren Beihilfecharakter grundsätzlich außer Frage stehen muss.[105]

Nach „oben" findet der Beihilfebegriff eine Grenze in den „mittelbaren" Vorteilen, die das Unternehmen sich bloß infolge staatlicher Maßnahmen durch eigenes Verhalten - insbesondere Geschäfte mit Dritten - selbst erwirtschaftet und die nicht mehr als Beihilfe anzusehen sein können.[106]

---

[105] siehe oben S. 16
[106] siehe oben S. 8 f.

## B. Die Begünstigung

Eine Begünstigung liegt vor, wenn die staatliche Maßnahme in gleicher Weise einen Vorteil des begünstigten Unternehmens bewirkt wie eine klassische Subventionierung **durch Geldzahlung** des Staates an das Unternehmen.

### I. Die beiden Elemente der Begünstigung

Die Begünstigung wurde bis jetzt durch die staatliche Gewährung eines wie eine Geldzahlung wirkenden Vorteils gekennzeichnet. Die bloße Kennzeichnung der Begünstigung durch einen solchen „**Vorteil**" droht aber, das Phänomen der Begünstigung nur verkürzt zu erfassen. Der Vorteil muss dem Unternehmen nämlich auch **marktwidrig** gewährt werden. Das Beihilferecht als Teil des Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrags[107] untersagt nämlich nur wettbewerbswidriges Verhalten des Staates, also nur marktwidrige Vorgänge.
Selbst eine Geldzahlung des Staates an ein Unternehmen als - für sich betrachtet - klassische Subvention stellt anerkanntermaßen keine Subventionierung dar, wenn das Unternehmen dem Staat für die Geldzahlung eine angemessene marktmäßige Gegenleistung erbringt, etwa wenn die Geldleistung bloß die marktübliche Bezahlung eines Gegenstandes darstellt, den der Staat bei dem Unternehmen eingekauft hat. Eine Begünstigung liegt erst vor, wenn das Unternehmen marktwidrig für den staatlich zugewandten Vorteil keine entsprechende marktmäßige Gegenleistung erbringt.[108] Die klassische Subvention ist damit nicht allein durch eine Geldzahlung des Staates an den Begünstigten gekennzeichnet, sondern zusätzlich dadurch, dass diese Zahlung ohne Gegenleistung des Begünstigten erfolgt. Der staatlicherseits dem Unternehmen zugewandte Vorteil kann nämlich durch die durch das Unternehmen zu leistende Gegenleistung wieder aufgehoben werden: Die zu erbringende Gegenleistung stellt für das Unternehmen - salopp gesprochen - einen „Nachteil" dar, der den erhaltenen Vorteil wieder aufzehren kann.[109]
So wird deutlich, warum es gleichzeitig richtig und doch auch unzureichend ist, die Begünstigung bloß als „Vorteil" zu kennzeichnen: Wenn der staatlich zugewandte Vorteil durch einen entsprechenden „Nachteil" in Form einer Gegenleistungspflicht wieder aufgehoben wird[110], verbleibt dem Unternehmen nämlich unter dem Strich gar kein Vorteil mehr, obwohl es eine -

---

[107] siehe schon oben S. 5 f.
[108] siehe dazu ausführlich unten S. 57 ff.
[109] vgl. Damm, S. 89, der insoweit anschaulich von einer „begünstigungsaufzehrenden Gegenleistung" spricht
[110] ausführlich zu den insoweit berücksichtigungsfähigen Nachteilen siehe unten S. 87 ff.

bei isolierter Betrachtung - vorteilhafte staatliche Leistung erhalten hat. Erst das Fehlen einer den erhaltenen Vorteil gewissermaßen wieder aufzehrenden marktgemäßen Gegenleistung des Unternehmens macht eine staatliche Vorteilszuwendung letztlich zu einer tatsächlich vorteilhaften und damit begünstigenden Maßnahme.

Die Begünstigung besteht also aus **zwei Elementen**:

Die Zuwendung eines bestimmten Vorteils durch den Staat ist das erste Element, das überhaupt erst die Vorteilhaftigkeit - und damit die begünstigende Wirkung - der staatlichen Maßnahme herbeiführen kann. Das zweite Element der Begünstigung ist die Marktwidrigkeit der Vorteilszuwendung im Sinne des Fehlens einer den erhaltenen Vorteil wieder zunichte machenden marktgemäßen Gegenleistung des Unternehmens.

Die nachfolgende Untersuchung, welche staatlichen Maßnahmen eine begünstigende Wirkung haben, ist dementsprechend in zwei Abschnitte zu unterteilen:

Zunächst ist zu untersuchen, welche staatlichen Leistungen neben einer Geldzahlung als klassischer Subventionsleistung überhaupt beihilferelevante Vorteile bei Unternehmen bewirken können.[111] Sodann ist zu untersuchen, inwieweit die Vorteilsgewährung marktwidrig erfolgt oder durch den „Nachteil" einer marktgemäßen Gegenleistung des Unternehmens der zugewandte Vorteil wieder aufgezehrt wird.[112]

## II. Die Zuwendung eines beihilferelevanten Vorteils

Fraglich ist, welche staatlichen Zuwendungen überhaupt einen beihilferelevanten Vorteil bei dem begünstigten Unternehmen bewirken.

Aufgrund des den beiden Tatbestandsmerkmalen (Begünstigung und staatliche Zurechnung) der Beihilfe entsprechenden, zweigeteilten Ansatzes dieser Arbeit, bei dem die Einschaltung privater Dritter in die Vorteilsgewährung erst im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der staatlichen Zurechnung untersucht werden soll, sind aus dem Begriff der Begünstigung zunächst alle Vorteile herauszuhalten, die das Unternehmen nicht vom Staat, sondern von Dritten erhält oder durch eigenes Verhalten erwirtschaftet.[113] Die Untersuchung, inwieweit eine staatliche Maßnahme in gleicher Weise begünstigend wirkt wie eine klassische Subvention, beschränkt sich mit anderen Worten also auf das Leistungsverhältnis zwischen subventionierendem Staat und begünstigtem Unternehmen, so dass allein die Vorteile, die das Unternehmen **direkt vom Staat** erhält, auf ihre Beihilferelevanz zu prüfen sind. Entsprechend dem Wirkungskriterium

---

[111] siehe dazu sogleich S. 22 ff.
[112] siehe dazu unten S. 57 ff.
[113] vgl. oben S. 19 f.

sind dabei alle staatlich zugewandten Vorteile als beihilferelevant einzustufen, die **wie die Zuwendung von Geld wirken**.[114]

## 1. Die korrekte Bezeichnung des Vorteils

Über die Antwort auf die Frage, durch welche Bezeichnung der beihilferelevante Vorteil am treffendsten charakterisiert werden kann, herrscht weitgehende Unklarheit. Während zum Teil bloß allgemein von einem „Vorteil" die Rede ist, versuchen andere, diesen Vorteil näher zu kennzeichnen, indem sie von einem Wettbewerbsvorteil, einem wirtschaftlichen Vorteil, einem Kostenvorteil, einem vermögenswerten Vorteil, einem geldwerten Vorteil oder einem finanziellen Vorteil sprechen.
Erschwert wird eine Darstellung der insoweit vertretenen Auffassungen und die Entscheidung für eine von ihnen allerdings dadurch, dass es bei vielen Autoren zu einer Vermengung der verschiedenen Begrifflichkeiten kommt, so dass es oft kaum möglich ist, die Aussagen einzelner Autoren einer bestimmten Auffassung zuzuordnen. Beispielhaft sei hier nur eine Aussage von *Modlich* zitiert, in der er ausführt: „Verboten werden durch Art. 92 I EGV nur wirtschaftlich relevante Begünstigungen, d.h. nicht jede Erlangung irgendeiner Vorteilhaftigkeit, sondern nur die Erlangung eines Finanz- bzw. Vermögensvorteils, einer monetarisierbaren Vergünstigung, eines geldwerten Vorteils, der sich anhand objektiver Kriterien nachweisen und berechnen lässt".[115] Hier lassen sich in einem einzigen Satz (!) sowohl die Bezeichnungen wirtschaftlicher Vorteil, finanzieller Vorteil, vermögenswerter Vorteil sowie geldwerter Vorteil auffinden.
Trotz - oder besser: gerade wegen - dieses terminologischen Wirrwarrs soll im Folgenden versucht werden, diejenige Bezeichnung herauszuarbeiten, die den beihilferelevanten Vorteil zutreffend charakterisiert.

### a) Wettbewerbsvorteil

Vielfach wird gesagt, die typisch begünstigende Wirkung einer Beihilfe liege darin, dass sie dem begünstigten Unternehmen einen **Wettbewerbsvorteil** bringe.[116]

---

[114] siehe oben S. 19
[115] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 51 f.
[116] Simon, S. 61 f.; Wessely, EWiR 1999, S. 1115 (1116); Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); so auch die Kommission in EuGH Slg. 1993, S. I-3203 (3218) [Matra/Kommission]; vgl. auch EuGH Slg. 1995, S. II-2265 (2296) [TWD/Kommission]

Einen Wettbewerbsvorteil verschafft die staatliche Maßnahme dem Unternehmen, wenn sie eine objektiv-vorteilhafte Veränderung der Wettbewerbslage des Unternehmens bewirkt.[117] Die Begünstigung ließe sich folglich dadurch charakterisieren, dass die staatliche Maßnahme bestimmten Unternehmen einen Vorteil vermittelt, der ihre Marktposition stärkt.[118]

Auf den ersten Blick für diese Ansicht spricht, dass das Beihilfeverbot als Teil der wettbewerbsschützenden Vorschriften i.S.d. Art. 3 I lit. g EG einzustufen ist[119], so dass es naheliegt, die Begünstigung mit einem Wettbewerbsvorteil gleichzusetzen. Bei näherer Betrachtung ist dieser naheliegende erste Eindruck aber aus drei Gründen zu revidieren:

Der erste Grund ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Tatbestand des Art. 87 I EG selbst. Die Begünstigung als ein Tatbestandsmerkmal des Beihilfeverbots des Art. 87 I EG ist nämlich abzugrenzen von dem weiteren von Art. 87 I EG geforderten Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung.[120] Letztlich stellt aber (fast[121]) jeder durch den Staat zu Gunsten eines bestimmten Unternehmens herbeigeführte Vorteil im Wettbewerb zwischen Anbietern und Nachfragern eine Verfälschung des Wettbewerbs dar. Die Betrachtung der Wettbewerbsfolgen der Begünstigung soll nach dem Tatbestand des Art. 87 I EG jedoch erst in einem zweiten Schritt erfolgen, nachdem das Vorliegen einer Begünstigung festgestellt werden konnte.[122] Im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung ist zu untersuchen, ob das Unternehmen die gewährte Begünstigung im Wettbewerb mit seinen Konkurrenten für Markterfolge nutzen kann.[123] Der Vorteil im Wettbewerb ist also allenfalls die **Folge** einer Begünstigung.[124]

Auch wenn der Zweck des Beihilfeverbotes des Art. 87 I EG die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen ist, so darf dieser Zweck dennoch nicht Anlass dazu geben, einzelne Tatbestandsmerkmale der Vorschrift zu vernachlässigen, sondern jedes Tatbestandsmerkmal muss so ausgelegt werden, dass es eine eigene, selbstständige Funktion innehat.[125] Kennzeichnete man die Begünstigung durch ihre Wettbewerbsfolgen, führte dies im Ergebnis zu einer Außerachtlassung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung.[126]

Dass zwischen der Begünstigung und den sich aus ihr ergebenden Wettbewerbsvorteilen für das Unternehmen zu unterscheiden ist, ergibt sich auch daraus, dass der als Subvention ge-

---

[117] vgl. Damm, S. 82
[118] Damm, S. 80
[119] siehe oben S. 5
[120] Damm, S. 82
[121] zu den - äußerst seltenen - Ausnahmen siehe sogleich unten S. 25
[122] Damm, S. 83 f.
[123] Pape, S. 231
[124] vgl. Pape, S. 231
[125] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (441)
[126] Damm, S. 82 f.; Bleckmann/Koch, in: Verfassungsrecht im Wandel, S. 305 (308); vgl. auch Rodi, S. 154

währte Vorteil nur ein Faktor ist, der Einfluss auf den eintretenden Wettbewerbsvorteil hat. Das Ausmaß der Wettbewerbsverfälschung ergibt sich nämlich nicht nur aus der Höhe der Subvention, sondern auch aus der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt.[127] Ein und dieselbe Vorteilszuwendung - z.B. eine klassische Subvention in Höhe eines bestimmten Geldbetrages - kann auf Teilmärkten, auf denen starker Wettbewerb herrscht, einen großen Wettbewerbsvorteil darstellen, auf Teilmärkten mit geringerem Wettbewerbsdruck aber auch nur einen kaum merklichen Wettbewerbsvorteil bewirken.[128] Die subventionierende staatliche Vorteilszuwendung ist in beiden Fällen gleich groß, der Wettbewerbsvorteil hingegen nicht. Auch dies zeigt, dass zwischen der Begünstigung als vorteilhafter staatlicher Zuwendung und den durch sie entstehenden Wettbewerbsvorteilen streng zu differenzieren ist.

Wettbewerbsvorteile sind zwar typische Folgen einer begünstigenden staatlichen Vorteilsgewährung, weil die staatliche Zuwendung in aller Regel auch zu einer Verbesserung der wettbewerblichen Stellung des begünstigten Unternehmens führt.[129] An der Wettbewerbsbeeinflussung kann es aber ausnahmsweise in bestimmten Fällen auch fehlen, etwa wenn es aufgrund des Fehlens von Konkurrenz schon an einer Wettbewerbssituation mangelt.[130]

Diese Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen der Begünstigung und ihren vorteilhaften Auswirkungen für das begünstigte Unternehmen im Wettbewerb ist auch durch den EuGH anerkannt, indem dieser von der Kommission fordert, nicht nur den begünstigenden Charakter, sondern auch die wettbewerbsverfälschende Wirkung einer Maßnahme darzulegen, wenn sie zur Entscheidung der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt kommen will.[131]

Der zweite Grund, warum der beihilferelevante Vorteil mit der Bezeichnung als Wettbewerbsvorteil unzutreffend charakterisiert ist, ergibt sich nicht aus Art. 87 I EG selbst, sondern aus der Systematik des Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrages.

Nach dem systematischen Aufbau des EG-Vertrages sind die wettbewerbsverfälschenden staatlichen Maßnahmen in verschiedenen Artikeln getrennt voneinander geregelt.[132] Der Vertrag hat ein differenziertes Wettbewerbsschutzsystem geschaffen, das aus verschiedenen Regelungen besteht, die jeweils einzelne wettbewerbsverzerrende staatliche Maßnahmen betreffen. Eine Generalklausel, von der sämtliche den Wettbewerb beeinflussenden mitgliedstaatli-

---

[127] Koschyk, S. 203

[128] vgl. Koschyk, S. 197 f. und 203

[129] Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (283); vgl. auch Dorn, S. M 95

[130] Koschyk, S. 68

[131] EuGH Slg. 1980, S. 2671 (2688 f.) [Philip Morris/Kommission]; EuGH Slg. 1985, S. 809 (824) [Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission]; zu den Anforderungen des EuGH an die Begründung der Kommission siehe auch EuGH Slg. 2000, S. II-3207 (3244) [CETM/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-8855 (8916 f.) [Italien und Sardegna Lines/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1346 ff.) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1385 (1415 ff.) [Diputación Foral de Alava/Kommission]

[132] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (434); vgl. Pape, S. 42

chen Maßnahmen erfasst wären, ist im EG-Vertrag demhingegen nicht vorgesehen.[133] Das differenzierte System einzelner Wettbewerbsschutznormen im EG-Vertrag verbietet es auch, die Beihilfevorschrift des Art. 87 I EG zu einer solchen Generalklausel zu machen, die sämtliche mitgliedstaatlichen Wettbewerbseingriffe erfasst.[134]

Ein Staat, der einen bestimmten Produktionszweig fördern möchte, kann dies durch verschiedene Maßnahmen erreichen, und zwar nicht nur durch Beihilfen, sondern auch durch die Einführung von Zöllen, Abgaben, mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung.[135] All diese staatlichen Maßnahmen könnte man in einem weiten Sinne als Beihilfen ansehen, weil sie zu Vorteilen für die Unternehmen des betreffenden Produktionszweiges im Wettbewerb führen.[136] Eine Auslegung, die alle staatlichen Aktivitäten als Beihilfen ansieht, die Unternehmen im Wettbewerb in irgendeiner Weise zugute kommen, wäre aber zu weitgehend, da sie auch die staatlichen Protektionsmaßnahmen erfassen würde, die der EG-Vertrag in anderen Vorschriften regelt.[137]

Nun wird allerdings der Beihilfetatbestand zum Teil als eine Auffangbestimmung[138] für wettbewerbsverfälschende staatliche Maßnahmen angesehen: Dem Beihilfetatbestand kommt hiernach eine Lückenschließungsfunktion zu, so dass er alle staatlichen Wettbewerbseingriffe betreffen müsse, die aufgrund staatlicher Umgehungsversuche von den übrigen Wettbewerbsschutznormen nicht erfasst würden.[139] Dementsprechend wäre Art. 87 I EG als eine Art „Muttervorschrift" für alle staatlichen Wettbewerbsverfälschungen einzustufen, aus der die übrigen wettbewerbsverfälschenden staatlichen Maßnahmen als leges speciales ausgeklammert worden wären. Abgesehen davon aber, dass der Charakter einer solchen „Muttervorschrift" allenfalls dem Art. 28 EG zuzuschreiben sein dürfte[140] und nicht dem Art. 87 I EG, sprechen auch andere Gründe gegen eine solch extensive Auslegung des Beihilfebegriffs. Die Anwendungsbereiche der unterschiedlichen vertraglichen Wettbewerbsschutzvorschriften, insbesondere der Grundfreiheiten und des Art. 87 EG, müssen nämlich voneinander abgrenzbar sein.[141] Schon die unterschiedlichen Rechtsfolgen vor allem von Art. 28 und Art. 87 EG verbieten es, eine der beiden Vorschriften so weit auszulegen, dass der Verstoß gegen die eine

---

[133] Ose, S. 231
[134] M. Faber, NuR 2002, S. 140 (141); Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (434)
[135] Ose, S. 231
[136] vgl. Ose, S. 231; Gutowski/Thiel, S. M 46
[137] Gutowski/Thiel, S. M 46 f.
[138] vgl. Rodi, S. 153: „Auffangnetz"
[139] Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (745); G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 2; Rengeling, Beihilferecht, S. 26; vgl. Rodi, S. 153
[140] siehe dazu Ose, S. 229 f. m.w.N.; vgl. Frick, S. 14; G/T/E - Mederer, Vorb. zu Art. 92 - 94 EGV Rn. 10
[141] Soltész, EuZW 1998, S. 747 (751); vgl. auch EuGH Slg. 1977, S. 557 (575) [Ianelli und Volpi/Meroni]; EuGH Slg. 1980, S. 1533 (1546 f.) [Kommission/Italien]

regelmäßig auch einen Verstoß gegen die andere mit sich bringt.[142] Definierte man den Beihilfevorteil im Rahmen des Art. 87 I EG aber als Wettbewerbsvorteil, so läge im Grunde in jeder Maßnahme i.S.d. Art. 28 EG auch eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG:

Erstens bewirken Handelsbeschränkungen für ausländische Produkte i.S.d. Art. 28 EG Wettbewerbsvorteile für die inländischen Hersteller. Sowohl Beihilfen als auch Maßnahmen i.S.d. Art. 28 EG führen zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der inländischen Anbieter und einer entsprechenden Verschlechterung der Lage ausländischer Konkurrenten, so dass sie in ihren wettbewerblichen Wirkungen insoweit austauschbar sind.[143] Zweitens betrifft auch Art. 28 EG nur staatliche Wettbewerbseingriffe.[144] Sowohl Maßnahmen i.S.d. Art. 28 EG als auch Beihilfen ist es also gemeinsam, dass staatliche Eingriffe Wettbewerbsvorteile für inländische Unternehmen[145] bewirken. Auch das Selektivitätskriterium, durch das das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG auf Vorteilsgewährungen zu Gunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige beschränkt wird, kommt als Abgrenzungskriterium zwischen beiden Tatbeständen nicht in Frage, da eine Handelsbeschränkung i.S.d. Art. 28 EG immer bestimmte Produkte, also nur bestimmte Produktionszweige betrifft.[146]

Dass die verschiedenen wettbewerbsschützenden Vorschriften sich in Grenzbereichen in ihren Anwendungsgebieten überschneiden, mag hinnehmbar sein. Jedoch macht das differenzierte Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages keinen Sinn, wenn zwei Vorschriften sich in ihren Anwendungsbereichen **zu sehr** überlappen[147], wenn also im Grunde eine jede Maßnahme i.S.d. Art. 28 EG auch eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG darstellt.

Nun könnte man vielleicht daran denken, den Beihilfebegriff in einem ersten Schritt auf alle wettbewerbsverfälschenden staatlichen Maßnahmen zu erstrecken und dann in einem zweiten Schritt die vom EG-Vertrag an anderer Stelle geregelten Wettbewerbsverfälschungen wieder herauszunehmen.[148] Dieser Ansatz scheitert aber an der fehlenden Praktikabilität des zweiten Schrittes. Die Herausnahme aller in anderen Vorschriften geregelten wettbewerbsverfälschenden staatlichen Maßnahmen aus dem Beihilfebegriff würde nämlich dazu führen, dass eine von einer anderen Wettbewerbsschutzvorschrift erfasste staatliche Maßnahme in keinem Fall

---

[142] vgl. EuGH Slg. 1977, S. 557 (575 f.) [Ianelli und Volpi/Meroni]
[143] vgl. Ose, S. 196 f.
[144] siehe zur Untauglichkeit eines solchen Unterscheidungskriteriums, da es sich sowohl bei Maßnahmen i.S.d. Art. 28 EG als auch bei Beihilfen um „staatliche Maßnahmen" handelt, auch Ose, S. 110 und 196
[145] Sowohl Beihilfen als auch Maßnahmen i.S.d. Art. 28 EG wohnt typischerweise eine protektionistische Wirkung inne (vgl. Ose, S. 55 f.; Gutowski/Thiel, S. M 46 f.), also eine Besserstellung inländischer Unternehmen zu Lasten ausländischer Konkurrenten, freilich ohne dass eine diskriminierende Wirkung echte Tatbestandsvoraussetzung dieser Normen wäre.
[146] so auch Ose, S. 197
[147] Soltész, EuZW 1998, S. 747 (751)
[148] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442)

auch eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG sein könnte. Es würde also zu einem strengen Ausschließlichkeitsverhältnis zwischen Art. 87 EG und den anderen Vorschriften, die wettbewerbsverfälschendes staatliches Verhalten regeln (wie z.B. Art. 28 EG), kommen. Dabei ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass eine parallele Anwendung dieser Vorschriften (insbesondere von Art. 28 und Art. 87 EG) in bestimmten Fällen durchaus möglich sein kann.[149]
Zusammenfassend bleibt also festzustellen, dass eine Charakterisierung des Beihilfevorteils als Wettbewerbsvorteil zu weitgehend wäre, weil sie dazu führen würde, dass Maßnahmen i.S.d. Art. 28 EG regelmäßig als beihilferechtliche Begünstigungen einzustufen wären, was dem differenzierten Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages widerspricht. Insbesondere wird man nach Auffassung des Verfassers davon ausgehen müssen, dass ein **Einfuhrkontingent** in Form einer Beschränkung der Wareneinfuhr dem Wert oder der Menge nach als der klassische Grundtypus einer Maßnahme i.S.d. Art. 28 EG[150] nicht gleichzeitig auch eine Beihilfe darstellen kann. Da eine solche Beschränkung der Einfuhr durch Kontingentierung aber eine staatliche Maßnahme ist, die Wettbewerbsvorteile für inländische Unternehmen des betreffenden Produktionszweiges schafft, wäre es eine Beihilfe, wenn man den beihilferelevanten Vorteil als Wettbewerbsvorteil definierte.
Klargestellt sei an dieser Stelle aber auch Folgendes: Ziel des Wettbewerbsrechts des EG-Vertrages ist gemäß Art. 3 I lit. g EG ein unverfälschter Wettbewerb, so dass die vertraglichen Regelungen es sicherlich anstreben, alle denkbaren mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich umfassend und lückenlos zu verbieten.[151] Insoweit kommt dem Beihilfetatbestand in der Tat auch eine Lückenschließungsfunktion zu: Er soll nämlich Lücken im Wettbewerbsschutz schließen, die ohne das Beihilfeverbot des Art. 87 EG offen blieben. Das bedeutet aber nicht, dass schon die Beihilfevorschriften selbst umfassenden Wettbewerbsschutz bieten und sämtliche staatlich vermittelten Wettbewerbsvorteile erfassen sollen, sondern Art. 87 EG erfasst nur einen Teil der wettbewerbsverfälschenden staatlichen Protektionsmaßnahmen, und erst das Zusammenspiel aller wettbewerbsschützenden Einzelnormen des Vertrages gewährleistet den angestrebten umfassenden Wettbewerbsschutz.[152]
Eine allzu enge Auslegung des Beihilfebegriffs, die dazu führen würde, dass wesentliche

---

[149] Slotboom, ELR 20 (1995), S. 289 (299); Frenz, NuR 2002, S. 204 (205); Soltész, EuZW 1998, S. 747 (751); EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4021) [Kommission/Irland („Buy Irish")]; EuGH Slg. 1985, S. 1339 (1348) [Kommission/Frankreich]; EuGH Slg. 1986, S. 1759 (1774) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1990, S. I-889 (922) [Du Pont de Nemours Italiana]; EuGH Slg. 1991, S. I-2457 [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1991, S. I-3641 (3656 f.) [Laboratori Bruneau]; kritisch dazu Cremer, EuR 1996, S. 225 (235 ff.)
[150] siehe Bleckmann, Europarecht, S. 552; Schweitzer/Hummer, S. 339
[151] Ose, S. 231; Häring, S. 101; Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (434)
[152] vgl. R. Koch, S. 82 f.; EuGH Slg. 1985, S. 1339 (1347) [Kommission/Frankreich]; EuGH Slg. 1986, S. 1759 (1774) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1990, S. I-889 (922) [Du Pont de Nemours Italiana]

Lücken im Wettbewerbsschutz entstünden, wäre freilich vor dem Hintergrund des grundsätzlich umfassend gedachten Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrages als problematisch einzustufen.[153] Daher ist im weiteren Verlauf dieser Arbeit jeweils genau zu überprüfen, ob die vorgenommenen Eingrenzungen des Beihilfebegriffs aus wettbewerbsorientierter Sicht hinnehmbar sind, entweder weil die Maßnahme von einer anderen Vertragsvorschrift erfasst oder weil sie wettbewerblich sowieso nicht bedenklich ist.

Der dritte Grund, aus dem der beihilferelevante Vorteil mit der Bezeichnung Wettbewerbsvorteil unzutreffend charakterisiert ist, ergibt sich aus der anerkannten Notwendigkeit, den Inhalt des Beihilfevorteils anhand des Wirkungskriteriums zu bestimmen: Hiernach muss der staatlich gewährte Vorteil sich für das Unternehmen in gleicher Weise positiv auswirken **wie eine Geldzahlung** des Staates.[154] Ein staatlich vermittelter Wettbewerbsvorteil hat nun aber nicht die gleiche vorteilhafte Wirkung wie eine staatliche Geldzahlung. Die Verbesserung der wettbewerblichen Stellung des Unternehmens mag es diesem zwar ermöglichen, erhöhte Preise für seine Produkte zu verlangen und so marktwidrig überhöhte Geldzahlungen von Dritten zu erhalten. Wie die Einbeziehung privater Dritter in die Vorteilszuwendung möglich ist, ist aber erst in dem Abschnitt dieser Arbeit zu klären, der sich der staatlichen Zurechenbarkeit widmet.[155] Die Vorteile, die das Unternehmen infolge der staatlichen Maßnahme von Dritten erhält, spielen dagegen auf der Tatbestandsebene der Begünstigung noch keine Rolle. Mit einer Maßnahme, die bloß ermöglicht, dass ein Unternehmen (überhöhte) Geldzahlungen von Dritten erhält, wendet der Staat einem Unternehmen also keinen Vorteil zu, der die gleiche beihilfetypische Förderwirkung wie eine Geldzahlung selbst hat.

### b) Unmittelbarer Wettbewerbsvorteil

Dass eine bloße Charakterisierung der beihilferelevanten Vorteile als Wettbewerbsvorteile zu einem zu weiten Verständnis des Begünstigungsbegriffes führen würde, wird in der Literatur zum Teil auch erkannt. Die notwendige Eingrenzung wird dann insoweit vorzunehmen versucht, als nur ***unmittelbare*** **Wettbewerbsvorteile** als beihilferelevant angesehen werden. Nur wenn die staatliche Maßnahme die Wettbewerbsstellung des Unternehmens unmittelbar verbessere, falle sie unter den Begünstigungsbegriff, nicht aber, wenn der Wettbewerbsvorteil

---

[153] vgl. Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (441)
[154] siehe oben S. 19
[155] vgl. schon oben S. 19 f.; siehe ausführlich zur staatlichen Zurechenbarkeit unten S. 99 ff.

bloß die mittelbare Folge der staatlichen Maßnahme sei, deren unmittelbare Wirkungen nur bei anderen Personen einträten.[156]

Insbesondere von staatlichen Wettbewerbseingriffen, die den Vorschriften über den freien Warenverkehr unterfallen, soll sich die Beihilfe auf diese Weise abgrenzen lassen:

Beihilfen begünstigten primär und unmittelbar die betroffenen Unternehmen und steigerten so deren Wettbewerbsfähigkeit.[157] Die Wettbewerbssituation der (ausländischen) Konkurrenzunternehmen verschlechtere sich dagegen, weil diese an der Begünstigung nicht teilhätten. Diese Verschlechterung sei aber nur eine mittelbare Folge, ein Reflex der Nichteinbeziehung in den Kreis der Begünstigten.[158]

Maßnahmen i.S.d. Art. 28 EG belasteten dagegen primär und unmittelbar die betroffenen (ausländischen) Unternehmen, indem sie ihre Konkurrenzfähigkeit durch Absatzhindernisse verringerten.[159] Die Wettbewerbssituation der inländischen Erzeuger, die von dieser Belastung nicht betroffen seien, verbessere sich dagegen. Diese Verbesserung sei jedoch wieder nur die mittelbare Folge, also der Reflex der Nichteinbeziehung inländischer Unternehmen in den Kreis der Belasteten.[160] Eine solche „negative Subventionierung" durch den Konkurrenten auferlegte Nachteile falle nicht unter den Beihilfebegriff.[161]

Genauso könne eine Protektionierung der inländischen Produktion statt durch Subventionierung der inländischen Erzeugnisse auch dadurch erreicht werden, dass auf ausländische Konkurrenzprodukte ein Zoll erhoben werde.[162] Beide Maßnahmen hätten die gleichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation, indem jeweils die Wettbewerbsstellung der inländischen Hersteller verbessert und der ausländischen Konkurrenten verschlechtert werde.[163] Es bestehe jedoch ein Unterschied in der Wirkungsweise der Maßnahmen, denn bei der Subventionierung trete der unmittelbare Effekt beim Begünstigten ein, und der Konkurrent werde nur mittelbar in seiner Wettbewerbsstellung beeinträchtigt, wohingegen beim Zoll die Belastung der ausländischen Erzeuger die unmittelbare Folge sei, die Begünstigung der inländischen Konkurrenten aber nur eine mittelbare.[164]

Für diesen Ansatz spricht zunächst, dass er offensichtlich gerade das - nach Ansicht des Verfassers unerlässliche[165] - Anliegen zum Inhalt hat, die bloß „mittelbaren" Folgen einer Sub-

---

[156] Ose, S. 56 f.
[157] Ose, S. 201
[158] Ose, S. 201
[159] Ose, S. 201
[160] Ose, S. 201
[161] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (443)
[162] Ose, S. 56 f.
[163] Ose, S. 57
[164] Ose, S. 57
[165] siehe dazu oben S. 8 f.

vention aus dem Beihilfebegriff herauszuhalten. Fraglich ist aber, ob er hierzu wirklich geeignet ist.

Anerkanntermaßen kann nämlich auch die staatliche Verminderung der Belastungen eines Unternehmens beihilferelevant sein.[166] Wenn ein Mitgliedstaat beispielsweise die Mitbewerber eines Unternehmens durch Erhebung von Abgaben belastet, auf entsprechende Geldzahlungen dieses Unternehmens aber verzichtet, liegt eine Beihilfe in Form eines staatlichen Abgabenverzichts vor.[167] Hier stellt sich dann jedoch die Frage, wie in solchen Fällen bestimmt werden soll, ob nun die ***Be*lastung** oder aber die ***Ent*lastung** „unmittelbar" ist: Werden durch eine Abgabenregelung bestimmte Unternehmen belastet, bestimmte andere aber von dieser Belastung ausgenommen, so ist nicht erkennbar, ob nun der Nachteil durch die Belastung oder aber der Vorteil durch die Ausnahme von der Belastung unmittelbare Folge der staatlichen Maßnahme ist. Schon hier wird deutlich, dass das Unmittelbarkeitskriterium viel zu unbestimmt ist, um als Abgrenzungskriterium geeignet zu sein.

Es ist bei genauer Betrachtung auch gar nicht das Unmittelbarkeitskriterium selbst, das dazu führt, dass etwa eine Belastung von ausländischen Unternehmen mit einem Zoll oder einer Einfuhrbeschränkung keine beihilferelevante Entlastung der inländischen Konkurrenz darstellt. Zölle sowie Einfuhrkontingente betreffen nämlich immer nur eingeführte Waren und sind somit Belastungen, denen die inländische Produktion gar nicht unterliegen **kann**, so dass man in der Nichtbelastung inländischer Produkte eigentlich **überhaupt keine** - weder unmittelbare noch mittelbare - Entlastung sehen kann. Die inländische Produktion wird hier schon deshalb nicht von einer Last befreit, weil sie einer entsprechenden Belastung rein logisch gar nicht unterfallen könnte.

Sobald es sich jedoch nicht um eine Belastung handelt, denen die von der Belastung verschonten Unternehmen schon theoretisch gar nicht unterliegen können, kann man aber in jeder Belastung der einen Unternehmen mit einer Abgabe genauso auch eine Entlastung der von dieser Abgabe ausgenommenen Unternehmen, also einen Abgabenverzicht und damit eine mögliche Beihilfe sehen. Werden Mitbewerber mit erhöhten Abgaben belastet, so kann man durchaus davon sprechen, dass dem von der Abgabe verschonten Unternehmen ein „direkter", also unmittelbarer Vorteil in Höhe der nicht zu entrichtenden Abgabe erwächst.[168]

---

[166] siehe schon EuGH Slg. 1961, S. 1 (43) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]: „Der Begriff der Beihilfe ... umfasst ... auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat ..."

[167] vgl. Schernthanner, S. 37; ausführlich zur Beihilferelevanz staatlicher Abgabenverzichte siehe unten S. 256 ff.

[168] vgl. Koschyk, S. 56

Es kann für die Beihilferelevanz der staatlichen Maßnahme nicht darauf ankommen, ob der Staat unmittelbar ent- oder belastet, also den Vorteil unmittelbar oder mittelbar bewirkt. Welche der beiden Wirkungen (Be- oder Entlastungswirkung) einer Maßnahme unmittelbar ist, kann man nämlich normalerweise gar nicht feststellen, da man (fast) jede Belastung des einen genauso auch als Verzicht auf die Belastung des anderen, also als eine Entlastung ansehen kann. Entscheidend muss vielmehr sein, **welcher Art** der „Nachteil" (= die Belastung) des einen und damit auch der „Vorteil" (= die Entlastung) des anderen ist: Da der beihilferelevante Vorteil in seiner Wirkung einer Geldzahlung gleichkommen muss, kann in einer Geldzahlungspflichten betreffenden Be- bzw. Entlastung natürlich eher eine Beihilfe liegen als in einer Be- bzw. Entlastung, die andere Wettbewerbseingriffe wie z.B. Kontingentierungen der Einfuhr betrifft. Auf die Frage, welcher Art der vom Staat gewährte Vorteil sein muss, um in seinen Wirkungen einer Geldzahlung gleichzukommen, gibt das Unmittelbarkeitskriterium aber keine Antwort.
Auch mithilfe des Unmittelbarkeitskriteriums ist es daher nicht möglich, die beihilferelevanten von den nicht beihilferelevanten (Wettbewerbs-)Vorteilen zu unterscheiden.

### c) Wirtschaftlicher Vorteil

Oft finden sich auch Aussagen, wonach die begünstigende Wirkung einer Beihilfe in der Vermittlung eines **wirtschaftlichen Vorteils** liege.[169] In vergleichbarer Form ist die Rede von einer „Vorteilhaftigkeit wirtschaftlicher Art"[170], einer „wirtschaftlichen Vergünstigung"[171] oder einer „Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Empfängers"[172].
Jede wirtschaftlich vorteilhafte Maßnahme des Staates als Begünstigung einzustufen, würde aber viel zu weit gehen. Beihilfen können nicht schlechthin mit einer öffentlichen Begünstigung der Wirtschaft gleichgesetzt werden, sondern stellen neben Zöllen, mengenmäßigen Beschränkungen und sonstigem protektionistischem staatlichem Verhalten nur einen Teil der Maßnahmen dar, mit denen der Staat bestimmte (regelmäßig inländische) Produktionszweige fördert.[173] Eine Auslegung, die jeden wirtschaftlichen Vorteil als beihilferelevant einstufte,

---

[169] Rodi, S. 155; Koenig, ZIP 2001, S. 629; Kuchinke/Schubert, WuW 2002, S. 710 (713); Hakenberg/Erlbacher, EWS 2000, S. 208 (210); W. Schroeder, EWS 2002, S. 174 (177); Nordberg, ecolex 2000, S. 260; Damm, S. 85; Vademekum der Kommission über staatliche Beihilfen, S. 3; GA Jacobs, in: EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2128) [PreussenElektra/Schleswag]; EuGH Slg. 2001, S. I-9067 (9109) [Ferring]
[170] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 19
[171] EuGH Slg. 1999, S. I-2459 (2486) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3933) [DM Transport]; EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2154) [SIC/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2292) [EPAC/Kommission]
[172] K. Vogel, S. 75
[173] Gutowski/Thiel, S. M 46 f.; Ose, S. 55 f. und 231; vgl. auch schon oben S. 25 f.

ginge schließlich sogar noch weiter als diejenige Auffassung, die nur Wettbewerbsvorteile unter den Begünstigungsbegriff fassen wollte, sich aber selbst bereits als zu weitgehend erwiesen hat.[174]

Daher wird der beihilferelevante Vorteil durch eine Bezeichnung als wirtschaftlicher Vorteil nicht zutreffend gekennzeichnet.

**d) Kostenvorteil**

Der beim begünstigten Unternehmen durch die Beihilfe entstehende Vorteil wird zum Teil auch als „**Kostenvorteil**" gekennzeichnet.[175]

Kennzeichnend für die Begünstigung sei, dass sie sich in einer Verbesserung der Kostenstruktur des begünstigten Unternehmens zeige[176], also wie eine Senkung der Kosten (oder wie eine Erhöhung der Erlöse) wirke.[177] Anderweitige Verbesserungen der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen wie etwa staatlich gewährte Konzessionierungen, die keine Kostenverringerung mit sich brächten, stellten demhingegen keine Begünstigungen dar.[178] Auch der EuGH betont vielfach die Kostenentlastung des begünstigten Unternehmens, um die Beihilferelevanz der staatlichen Maßnahme zu begründen.[179]

Fraglich ist, ob das Merkmal der Kostensenkung geeignet ist, die beihilferelevanten Verbesserungen der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens von den beihilfefreien abzugrenzen.

Unter Kosten versteht man den in Geld ausgedrückten, betrieblich bedingten Güter- und Leistungsverzehr.[180] Schon die Definition der Kosten als „betrieblich bedingt" deutet sofort darauf hin, dass die Kostenvorteile schwerlich in der Lage sein dürften, den gerade staatlich gewährten Vorteil treffend zu umschreiben. Immerhin geht es bei der Bestimmung des Beihilfebegriffs doch gerade darum, solche Vorteile aus dem Begünstigungsbegriff herauszuhalten, die allein „betrieblich bedingt" sind, nämlich die sich das Unternehmen bloß - wenn auch infolge einer staatlichen Zuwendung - selbst erwirtschaftet.[181] Und in der Tat können einem Unternehmen aus einer staatlichen Zuwendung Kostenvorteile entstehen, die weit über den Umfang der beihilferelevanten staatlichen Zuwendung hinausgehen. So ist es durchaus denk-

---

[174] siehe oben S. 23 ff.
[175] Ciresa, S. 65; vgl. auch Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 64
[176] Koenig/Kühling, EuZW 1999, S. 517; Ciresa, S. 65
[177] Dichtl/Issing, S. 1799; Soukup, S. 5
[178] Ciresa, S. 65
[179] siehe etwa EuGH Slg. 1974, S. 709 (720) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1987, S. 901 (924) [Deufil/Kommission]; EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1696) [Siemens/Kommission]
[180] Heyd, S. 257; vgl. Busse von Colbe, S. 388 f.
[181] siehe oben S. 8 f.

bar, dass ein Unternehmen beispielsweise eine klassische staatliche Geldsubvention so sinnvoll für Rationalisierungsinvestitionen einsetzen kann, dass es durch Entlassung der durch die Investition überflüssig gewordenen Arbeitnehmer Kosten in weit größerem Umfang einsparen kann, als die Höhe der staatlichen Subvention betrug. Da Kosten betrieblich bedingt sind, kann eine gleich hohe staatliche Geldleistung bei verschiedenen Unternehmen zu ganz unterschiedlich hohen Kostenersparnissen führen, obwohl die staatliche Subventionsleistung doch zweifelsfrei jeweils die gleiche war.

Die Kostenvorteile erfassen also zu weitgehend auch Vorteile des Unternehmens, die erst „mittelbar" dadurch entstehen, dass das Unternehmen versucht, den erhaltenen Subventionsvorteil durch eigene Dispositionen noch zu vergrößern.[182] Die Kostenersparnis ist daher nicht mit dem begünstigungsrelevanten Vorteil gleich zu setzen[183], sondern spiegelt allenfalls gewisse - wenn auch typische - Folgen einer staatlichen Beihilfeleistung wieder.

### e) Vermögenswerter Vorteil

Vielfach wird die vorteilhafte Wirkung einer Beihilfe auch dadurch gekennzeichnet, dass sich aus ihr ein „Vermögensvorteil"[184] bzw. „**vermögenswerter Vorteil**"[185] ergebe.

Nicht nur Geldleistungen, sondern auch jede andere vermögenswerte Zuwendung durch den Staat stelle eine Beihilfe dar.[186] Da der Vermögenswert von Gegenständen sich in ihrer grundsätzlichen Bilanzierungsfähigkeit ausdrückt[187], bedeutet die Forderung nach einem Vermögenswert der Zuwendung, dass die staatliche Beihilfeleistung sich als unmittelbar berechenbarer Posten in der Bilanz des begünstigten Unternehmens niederschlagen muss.[188] Gleichbedeutend wird auch von einer kapitalerhöhenden Wirkung gesprochen, die der staatlich gewährte Vorteil bei dem Unternehmen haben muss.[189] Die staatliche Zuwendung muss also werterhöhend in das Vermögen des Unternehmens eingehen.

---

[182] zur fehlenden Beihilferelevanz dieser Vorteile vgl. schon oben S. 8 f.
[183] so - zumindest i.E. - auch Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (418)
[184] Hoischen, S. 32; Sinnaeve, S. 32; K. Vogel, S. 75; EuGH Slg. 1998, S. I-4767 (4790) [Ölmühle Hamburg]; vgl. Ose, S. 56: „Vermögenszuwendung"; Nagel, ZUR 2001, S. 263 und Koschyk, S. 40 f.: „Vermögensmehrung"
[185] Bleckmann, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, S. D 1 (9); vgl. Friauf, Referat, S. M 37 f. und Randelzhofer, S. 6: „vermögenswerte Zuwendung"
[186] Koschyk, S. 50, Ose, S. 50 f.; vgl. Rodi, S. 43
[187] vgl. zur Bilanzierungsfähigkeit von Vermögensgegenständen nur Dichtl/Issing, S. 276
[188] vgl. R. Koch, S. 85
[189] Pape, S. 30

Diese Forderung nach einem Vermögenswert des staatlich gewährten Vorteils hat einiges für sich:

Zunächst ist sie in der Lage zu verdeutlichen, warum im Falle einer klassischen Subvention in Form einer Geldzahlung des Staates an das Unternehmen die Subventionshöhe auf die Höhe der staatlichen Geldzahlung begrenzt ist. Die Aktiva des begünstigten Unternehmens wachsen nämlich durch die Subventionszahlung gerade um den Betrag, der der Höhe der geldmäßigen Zuwendung des Staates entspricht. Gewährt der Staat einem Unternehmen eine klassische Subvention i.H.v. 100.000 Euro, so kann diese Geldzuwendung auch exakt mit dem Subventionsbetrag von 100.000 Euro als zusätzlicher Vermögensgegenstand bilanziert werden. Weitere wirtschaftliche Vorteile wie Kostenersparnisse oder Gewinne, die sich das Unternehmen erst infolge der staatlichen Zuwendung selbst erwirtschaften kann, tauchen dagegen nicht sogleich durch die staatliche Zuwendung in der Bilanz auf. So ermöglicht das unmittelbare Eingehen der staatlichen Leistung in das Vermögen des Unternehmens gerade im Fall der klassischen Subvention durch Geldleistung es ganz eindeutig, die aus der staatlichen Subventionsleistung selbst entstehenden Vorteile von nicht mehr beihilferelevanten Vorteilen abzugrenzen, die dem Unternehmen bloß mittelbar infolge der staatlichen Subventionierung entstehen.

Diese Ausgrenzung nicht mehr beihilferelevanter Vorteile aus dem Begünstigungsbegriff funktioniert genauso gut auch bei staatlichen Einfuhrkontingenten i.S.d. Art. 28 EG, die wie dargelegt nicht als Beihilfen angesehen werden dürfen.[190] Ein staatlich gewährter Wettbewerbsvorteil durch eine Kontingentierung der Einfuhr von Konkurrenzprodukten kann nämlich nicht unmittelbar als Aktivposten in die Vermögensbilanz des inländischen Unternehmens aufgenommen werden.[191] Das Kontingent schafft bloß zu Gunsten des Unternehmens eine günstigere Wettbewerbslage, die zwar im Regelfalle auch positive Folgen für die Vermögensbilanz des Unternehmens nach sich ziehen wird, aber **die staatliche Leistung *selbst*** hat keinen Vermögenswert und kann als solche nicht in die Bilanz eingehen.[192] So wäre zu erklären, warum durch einfuhrbeschränkende Maßnahmen in Form von Kontingenten gewährte Wettbewerbsvorteile keine Beihilfe darstellen, nämlich weil die staatliche Leistung - anders als eine klassische Subventionszahlung - nicht bereits selbst das Vermögen des Unternehmens mehrt.

Die Forderung nach einem Vermögenswert, also einer unmittelbaren Vermögenswirksamkeit der staatlichen Leistung selbst überzeugt insoweit also als Abgrenzungskriterium, denn sie ermöglicht - anders als die bisher vorgestellten Ansätze - jeweils eine exakte Unterscheidung

---

[190] siehe dazu oben S. 28
[191] R. Koch, S. 85
[192] vgl. R. Koch, S. 85

zwischen den gerade durch die staatliche Subventionsleistung entstehenden, beihilferelevanten Vorteilen und den nicht mehr beihilferelevanten, nur mittelbar infolge einer staatlichen Maßnahme entstehenden Vorteilen.

Durch die Charakterisierung der Begünstigung als vermögenswerter Vorteil würde auch verständlich, warum eine jede Beihilfe durch Rückforderung, also durch eine dem Wert der Beihilfe entsprechende Geldzahlung seitens des Unternehmens an den Staat, wieder aufgehoben werden kann.[193] Eine Geldzahlung des Unternehmens in Höhe des Vermögenswertes des zugewandten Vorteils lässt nämlich exakt die durch die staatliche Zuwendung bewirkte Vermögensmehrung wieder aus dem Vermögen des Unternehmens abfließen und kann so die Vorteilsgewährung gewissermaßen wieder rückgängig machen.

Die Kennzeichnung der Begünstigung durch die Vermögensrelevanz des staatlich gewährten Vorteils liefert zudem eine Erklärung dafür, warum auch staatliche Einnahmeverzichte beihilferelevant sind.[194] Die Vermögensbilanz eines Unternehmens besteht nämlich aus einer Aktiv- und einer Passivseite, so dass nicht nur eine Vermehrung der Aktiva, sondern auch eine Verminderung der Passiva die Vermögenslage des Unternehmens verbessert. Ein staatlicher Verzicht auf Abgaben oder sonstige geschuldete Zahlungen des Unternehmens vermindert nun aber dessen Verbindlichkeiten auf der Passivseite der Bilanz und beschert dem Unternehmen daher ebenfalls eine Zunahme des (Rein-)Vermögens.

Es spricht also sehr viel dafür, den beihilferelevanten Vorteil durch eine Forderung nach einem Vermögenswert dieses Vorteils als zutreffend gekennzeichnet anzusehen. Die Begünstigung wäre demzufolge zu umschrieben als „eine unmittelbare, ohne Weiteres in einer bestimmten Geldsumme auszudrückende Vermögenszuwendung, die durch Hingabe von Geld- oder Sachwerten geleistet wird oder durch einen Verzicht auf einen Anspruch, der die Hingabe von Geld- oder Sachwerten zum Inhalt hat."[195]

Dennoch gibt es Gründe, die zu einer fehlenden Eignung auch dieser Kennzeichnung des Beihilfevorteils führen:

Eine Begünstigung ist trotz der staatlichen Zuwendung eines beihilferelevanten Vorteils anerkanntermaßen ausgeschlossen, wenn das Unternehmen für die staatliche Leistung eine angemessene marktmäßige Gegenleistung erbringt.[196] Das Beihilfeverbot als Teil des Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrages will nur staatliche **Wettbewerbs*verfälschungen*** verhindern, also nicht jede Tätigkeit des Staates im Wettbewerb, sondern nur marktwidrige Ein-

---

[193] ausführlich zur Rückforderung siehe unten S. 267 ff.

[194] allgemeine Auffassung: siehe nur Sedemund, S. 33; Koschyk, S. 51; Ose, S. 50 f.; ausführlich dazu auch unten S. 93 ff. sowie S. 253 ff.

[195] R. Koch, S. 85

[196] vgl. schon oben 21 f.; ausführlich dazu siehe unten S. 57 ff.

griffe des Staates in den Wettbewerb. Zulässig ist dann aber ein marktgemäßes Tätigwerden des Staates als Anbieter oder Nachfrager. Der Staat darf daher - wie jeder private Nachfrager auf dem Markt - einem Unternehmen für Leistungen, die er bei diesem „einkauft", eine marktgemäße Bezahlung zukommen lassen.

Zu den von Unternehmen am Markt gegen Entgelt erbrachten Leistungen zählen nun auch Dienstleistungen. Dem Staat kann es daher beihilferechtlich nicht verwehrt sein, ein Unternehmen für dessen Dienstleistungen (beispielsweise für die Wartung staatlicher Computersysteme) genauso zu bezahlen, wie dies auch ein privater Marktteilnehmer tun würde und müsste. Hier würde wohl niemand auf die Idee kommen, eine staatliche Subventionierung annehmen zu wollen.[197] Dabei hat der Staat dem Unternehmen doch eine Geldzahlung zukommen lassen, also eine - für sich betrachtet - klassische Subventionsleistung. Der fehlende Begünstigungscharakter der staatlichen Zuwendung kann hier allein damit begründet werden, dass die Gegenleistung des Unternehmens als „Nachteil" den zugewandten Vorteil gewissermaßen wieder aufzehrt.[198]

Dienstleistungen haben jedoch keinen Vermögenswert. Nur Sachgüter, Forderungen und Schulden können in die Vermögensrechnungen von Wirtschaftssubjekten eingehen, nicht aber Dienstleistungen, die mit ihrer Erbringung untergehen.[199] Wie aber ein nicht vermögenswerter „Nachteil" den durch die staatliche Leistung eingetretenen Vorteil in Form einer Vermögensmehrung wieder aufzehren können soll, so dass es unter dem Strich an einer Vorteilhaftigkeit der Zuwendung und damit an einer Begünstigung fehlt, ist nicht ersichtlich. Die Forderung nach einem Vermögenswert des staatlich zugewandten Vorteils ist also schon deshalb zu verwerfen, weil andernfalls nicht erklärt werden könnte, warum auch durch nicht vermögenswerte Gegenleistungen des Unternehmens die vorteilhafte begünstigende Wirkung einer vermögensmehrenden staatlichen Zuwendung ausgeschlossen werden kann.[200]

Die Beschränkung der beihilferelevante Vorteile bringenden staatlichen Leistungen auf vermögenswerte Leistungen, also auf Geld- oder Sachleistungen des Staates, überzeugt zudem auch deshalb nicht, weil sie die trotz fehlenden Vermögenswertes dennoch mögliche Beihilfequalität staatlicher Dienstleistungen, die unentgeltlich erbracht werden, nach Ansicht des Autors nicht zutreffend zu erklären vermag:

---

[197] vgl. nur Lübbig, EuZW 1999, S. 671 (672)

[198] vgl. zur „begünstigungsaufzehrenden Gegenleistung" schon oben S. 21 f.; siehe dazu auch ausführlich unten S. 57 ff.

[199] Stobbe, S. 69

[200] zu Fällen aus der Rspr., in denen eine Dienstleistung als beihilfeausschließende Gegenleistung des Unternehmens angerechnet worden ist, siehe etwa EuGH Slg. 1985, S. 531 (550) [ADBHU („Altölbeseitigung")] sowie EuGH Slg. 1999, S. II-139 (163) [BAI/Kommission] (staatlicher Erwerb von Gutscheinen für Beförderungsleistungen)

Obwohl Dienstleistungen keinen Vermögenswert aufweisen, kann anerkanntermaßen auch die staatliche Erbringung von Dienstleistungen zu Gunsten eines Unternehmens zu einer Begünstigung des Unternehmens führen, und zwar wenn der Staat auf die Zahlung des am Markt üblichen Entgelts für die Dienstleistung durch das Unternehmen verzichtet.[201] Dass ein Staat Beihilfen auch durch Verzicht auf Leistungen des Unternehmens gewähren kann, wird allgemein nicht in Frage gestellt.[202] Der staatliche Verzicht auf die marktübliche Gegenleistung des Unternehmens hat auch zweifelsfrei Vermögensrelevanz, denn er betrifft eine vermögenswerte Leistung, nämlich eine Geldleistung in Form des durch das Unternehmen für die Dienstleistung marktüblich zu zahlenden Entgelts, auf das der Staat verzichtet. Durch den Verzicht auf das marktübliche Entgelt entfaltet eine unentgeltliche Erbringung von Dienstleistungen durch den Staat also doch eine vermögensmehrende Wirkung für das Unternehmen und hat daher auch bei Beschränkung der beihilferelevanten Vorteile auf Vermögensvorteile zweifellos Beihilfecharakter. Die Beihilfeeigenschaft ließe sich aufgrund der Forderung nach einem vermögenswerten Vorteil jedoch nicht damit begründen, dass der Staat die Dienstleistung erbracht hat, sondern nur damit, dass er auf das marktübliche Entgelt für sie verzichtet hat. Wenn der Staat einem Unternehmen aber eine positive Zuwendung erbringt, macht es wenig Sinn, die Beihilfe nicht in der positiven Zuwendung selbst zu sehen, sondern erst in dem Verzicht auf die für sie angemessene Gegenleistung. Schließlich besteht eine Begünstigung ***immer* aus zwei Elementen**: erstens der Gewährung eines beihilferelevanten **Vorteils** und zweitens dessen Gewährung **ohne vorteilsaufzehrende Gegenleistung**.[203] Jede staatliche Zuwendung, ja sogar eine klassische Subventionsleistung in Form einer staatlichen Geldzahlung an das Unternehmen wird erst dann zu einer Subventionierung, wenn das Unternehmen keine entsprechende Gegenleistung für sie erbringt. Auch bei klassischen Subventionen könnte man also theoretisch den beihilferelevanten Vorteil statt durch die staatliche Geldzahlung selbst erst durch den Verzicht des Staates auf eine angemessene Gegenleistung begründet sehen wollen, was aber nach Ansicht des Autors eine völlige Verkennung des Lebenssachverhaltes darstellen würde: Bei klassischen Subventionen liegt schon in der Geldzahlung

---

[201] Schnelle/Bartosch, EWS 2001, S. 411 (412)
Auch der EuGH hat, nachdem er zunächst anscheinend nur Geld- oder Sachleistungen als beihilferelevant ansah (vgl. EuGH Slg. 1961, S. 1 (42 f.) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]), den Beihilfecharakter staatlicher Dienstleistungen, die nicht gegen marktübliches Entgelt erbracht werden, mittlerweile anerkannt: siehe etwa EuGH Slg. 1996, S. I-3547 (3595) [SFEI u.a./La Poste] und EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4079) [Ufex u.a./Kommission] („logistische und kommerzielle Unterstützung", die u.a. in der Annahme, dem Sortieren, der Beförderung und der Verteilung von Postsendungen lag); vgl. auch EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2674) [Sytraval und Brink's France/Kommission] und EuGH Slg. 1998, S. I-1719 (1772 f.) [Kommission/Sytraval und Brink's France] (Wartung von Kraftfahrzeugen).
[202] vgl. nur Koschyk, S. 51; Ose, S. 50 f.; siehe dazu auch ausführlich unten S. 93 ff. sowie S. 253 ff.
[203] siehe dazu oben S. 21 f.

des Staates die Vorteilsgewährung und nicht erst im Verzicht auf eine angemessene Gegenleistung des Unternehmens. Und Gleiches muss auch bei anderen positiven staatlichen Zuwendungen wie z.B. Dienstleistungen gelten, die am Markt gegen Entgelt gehandelt werden, also sehr wohl einen (Markt-)**Wert**, aber eben keinen ***Vermögenswert*** haben: Stellt eine unentgeltlich erbrachte positive Leistung des Staates eine Beihilfe dar, ist der beihilferelevante Vorteil bereits in der positiven Zuwendung selbst und nicht erst im Verzicht auf die marktübliche Gegenleistung zu sehen, der doch ein von der Gewährung eines beihilferelevanten Vorteils zu unterscheidendes, weiteres Merkmal jeder subventionierenden Vorteilsgewährung ist. Erbringt der Staat einem Unternehmen eine (Dienst-)Leistung, die am Markt nur zu einem bestimmten Preis zu erhalten ist, so ist das Unternehmen bereits um den Wert der Handlung selbst bereichert[204] und nicht erst deshalb, weil es die Erbringung der Gegenleistung gespart hat. Daher darf die Erbringung von Dienstleistungen durch den Staat zu Gunsten von Unternehmen nicht grundsätzlich aus dem Kreis der beihilferelevanten Vorteile ausgeschlossen werden.[205] Eine Charakterisierung des beihilferelevanten Vorteils als vermögenswerter Vorteil kann folglich nicht zutreffend sein, weil bei dieser Kennzeichnung des Beihilfevorteils Dienstleistungen hiervon nicht erfasst würden.

**f) Geldwerter bzw. finanzieller Vorteil**

Der Beihilfevorteil wird vielfach auch als „**geldwerter Vorteil**" gekennzeichnet.[206] Nicht nur Geldzahlungen, sondern auch die Gewährung sonstiger geldwerter Vorteile sei als beihilferelevant anzusehen.[207]

---

[204] vgl. Kirchhof, S. 166: Dieser sieht infolge der Prüfung einer Anlage durch eine technische Prüfbehörde den Anlagenbetreiber „um den Vermögenswert der Prüfungshandlung bereichert". Auch wenn eine solche Anlagenprüfung als Dienstleistung nicht - wie hier von Kirchhof behauptet - einen „Vermögenswert" hat, weil Dienstleistungen als solche nie in Vermögensbilanzen auftauchen können, so liegt dem doch der richtige Gedanke zugrunde, dass auch solche Leistungen sehr wohl einen Wert haben, der dem Unternehmen genauso zugute kommt, als ob dieses eine Geldleistung von entsprechendem Wert erhalten hätte.

[205] vgl. auch Ose, S. 51; Hancher/Buendia Sierra, CML Rev. 35 (1998), S. 901 (928 f.)
Auch im Subventionsrecht der GATT-/WTO-Rechtsordnung wird die Zur-Verfügung-Stellung von Dienstleistungen durch die öffentliche Hand genauso als Subventionierung angesehen wie die Zur-Verfügung-Stellung von Waren, also vermögenswerten Sachleistungen (siehe Art. 1 des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen vom 15. April 1994 („Subventionskodex '94"), ABl. 1994, L 336, S. 156).

[206] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (443); Ose, S. 216; Spuller, LKV 2001, S. 252 (253); Kühling, RdE 2001, S. 93 (95); Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 68; Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (540); EuGH Slg. 2002, S. II-261 (310) [Keller und Keller Meccanica/Kommission]

[207] H.-P. Ipsen, S. 359

Die Charakterisierung des Beihilfevorteils als geldwerter Vorteil bedeutet, dass die Vergünstigung monetarisierbar sein, sich also in einem Geldbetrag nachweisen und berechnen lassen muss.[208] Der Beihilfevorteil muss also in Geld bezifferbar sein.[209]

Diese Charakterisierung ermöglicht es nun, eine Unterscheidung zu treffen zwischen den beihilferelevanten Vorteilen und den nicht mehr beihilferelevanten Folgen einer staatlichen Maßnahme, indem nur die Vorteile berücksichtigt werden, die sich gerade aus dem (Geld-) Wert der staatlichen Leistung ergeben. Wettbewerbsverfälschende staatliche Maßnahmen sind dann nur insofern beihilferelevant, als ihnen selbst ein Geldwert zugeschrieben werden kann. Insoweit sie es bestimmten Unternehmen dagegen nur ermöglichen, (zusätzliche) Geldleistungen von Dritten zu erhalten, beispielsweise indem die Unternehmen aufgrund einer Konkurrenzausdünnung ihre Produkte teurer verkaufen können, liegt kein beihilferelevanter Vorteil vor.[210]

Eine einfuhrbeschränkende staatliche Maßnahme in Form eines Einfuhrkontingents i.S.d. Art. 28 EG etwa kann selbst nicht mit einem bestimmten Geldwert beziffert werden. Den einem wirtschaftlichen Sachverhalt zuordenbaren Geldwert bezeichnet man nämlich auch als „**Preis**“[211], und ein staatlicher Hoheitsakt in Form einer Beschränkung der Einfuhr hat keinen Preis.[212] Die Limitierung der Einfuhr ermöglicht es den inländischen Unternehmen des betreffenden Produktionszweiges allenfalls, marktwidrig zusätzliche Geldzahlungen von ihren Kunden zu erhalten. Durch den fehlenden Geldwert der Einfuhrbeschränkung lässt sich also ganz einfach verdeutlichen, dass sie keine beihilferelevanten Vorteile bewirkt.[213]

Im Beispiel der klassischen Subventionierung in Form einer Geldzahlung des Staates führt die Ermittlung des Beihilfevorteils anhand des Geldwert-Ansatzes ebenfalls zum richtigen Ergebnis, denn der Geldwert der staatlichen Leistung entspricht hier natürlich regelmäßig genau der Höhe des als Subventionszahlung geleisteten Geldbetrages, so dass weitergehende wirtschaftliche Vorteile, die dem Unternehmen möglicherweise infolge der Subventionierung entstehen (z.B. Kostenersparnisse oder zusätzliche Gewinne), aus dem Beihilfebegriff ausgeklammert bleiben.[214]

Der Geldwert-Ansatz ermöglicht es also genauso gut wie der Vermögenswert-Ansatz, zwischen den beihilferelevanten Vorteilen und den nicht beihilferelevanten, bloß mittelbaren

---

[208] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 51 f.
[209] vgl. Kapteyn/VerLoren van Themaat/Gormley, S. 815 f.; Triantafyllou, RTD Eur. 35 (1999), S. 21 (34)
[210] Wann solche Vorteile, die das Unternehmen nicht vom Staat selbst, sondern von (privaten) Dritten erlangt, eine Beihilfe darstellen, ist erst im Abschnitt über die staatliche Zurechnung zu untersuchen (siehe oben S. 19 f.).
[211] Heyd, S. 475
[212] zum fehlenden Preis staatlicher Hoheitsakte siehe unten S. 49 f.
[213] siehe dazu, dass man ein Einfuhrkontingent nicht als Beihilfe ansehen darf, oben S. 28
[214] zur Richtigkeit dieses Ergebnisses vgl. schon oben S. 8 f.

Folgen staatlicher Maßnahmen zu unterscheiden. Anders als der Vermögenswert-Ansatz versagt der Geldwert-Ansatz aber auch dann nicht, wenn es im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis zwischen Staat und Unternehmen um die Berücksichtigung von Dienstleistungen geht:

So kann er die Beihilferelevanz unentgeltlich erbrachter staatlicher Dienstleistungen nicht erst - mangels Vermögenswertes der Dienstleistung - mit dem staatlichen Verzicht auf das marktübliche Entgelt, sondern schon mit dem (Geld-)Wert der staatlichen Leistung selbst erklären, um den das begünstigte Unternehmen bereichert wird.[215] Die Bezifferung mit einem Geldwert spiegelt genau den Vorteil wieder, den das Unternehmen durch die staatliche Leistung selbst erhält.[216]

Genauso kann erklärt werden, warum der Staat einem Unternehmen immer ein marktübliches Entgelt für von diesem erbrachte (Dienst-)Leistungen bezahlen darf, denn der durch die staatliche Zahlung entstehende geldwerte Vorteil des Unternehmens wird durch einen entsprechenden geldwerten Nachteil, der dem Unternehmen in Höhe des Preises der erbrachten (Gegen-)Leistung entsteht, aufgezehrt.

Zweifel an der Geeignetheit einer Kennzeichnung des beihilferelevanten Vorteils als geldwerter Vorteil könnten allenfalls in Anbetracht der Tatsache aufkommen, dass allgemein die Möglichkeit anerkannt ist, die Gewährung des Beihilfevorteils durch Rückforderung, also durch die Zahlung eines Geldbetrages durch das begünstigte Unternehmen an den Staat, rückgängig zu machen. Die Rückforderung soll nämlich der Wiederherstellung der früheren Lage dienen, wie sie vor der begünstigenden Zuwendung des Staates bestand, indem sie den staatlich gewährten Vorteil nachträglich wieder beseitigt.[217] Die Bewertung des Beihilfevorteils mit einem **Geld**wert erscheint zwar auf den ersten Blick geradezu als idealer Ausgangspunkt für die Anerkennung einer Möglichkeit, sämtliche beihilferelevanten Vorteile durch eine **Geld**zahlung in entsprechender Höhe wieder aufzuheben. Die spätere Rückforderung kann einen einmal gewährten Vorteil aber nur dann wieder aufheben und so zur Wiederherstellung der früheren Lage führen, wenn man davon ausgeht, dass der Vorteil zum Rückforderungszeitpunkt überhaupt noch besteht, denn nur ein **bleibender** Vorteil kann auch später noch aufgehoben werden. Ist der gewährte Beihilfevorteil dagegen nicht von Dauer, kann (und muss) der Vorteil gar nicht mehr durch eine spätere Rückforderung aufgehoben werden. Eine

---

[215] vgl. oben S. 37 ff.

[216] vgl. Anhang 1 der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998, C 74, S. 19

[217] siehe dazu ausführlich unten S. 267 ff.

spätere Rückforderung könnte somit auch niemals die Wiederherstellung der früheren Lage bewirken.

Fraglich ist nun, ob nicht nur staatliche Leistungen, die in das Vermögen des Unternehmens eingehen, von grundsätzlich bleibendem Wert für das Unternehmen sind und so dem Unternehmen einen dauerhaften Vorteil verschaffen, der durch eine spätere Rückforderung wieder aufgehoben werden kann. Insbesondere bei Dienstleistungen, die ja mit ihrer Erbringung untergehen[218], stellt sich die Frage, ob diese Leistungen dem Unternehmen einen bleibenden, im Nachhinein wieder aufhebbaren Vorteil vermitteln.

Dass eine Dienstleistung mit ihrer Erbringung untergeht, bedeutet aber nicht, dass auch der durch sie vermittelte Vorteil untergegangen wäre. Dass man grundsätzlich bei allen geldwerten Leistungen von einer Dauerhaftigkeit der durch sie vermittelten Vorteile ausgehen kann, ergibt sich schon allein aus der Tatsache, dass der Leistung überhaupt ein Geldwert, also ein Preis zugeordnet werden kann. Wenn nicht nur die Dienstleistung selbst, sondern auch der durch sie vermittelte Nutzen sofort mit ihrer Erbringung unterginge, wäre sicherlich kein wirtschaftlich denkender Marktteilnehmer bereit, überhaupt einen Preis für diese Leistung zu bezahlen, also den dauerhaften Wert „Geld" für sie wegzugeben. Vernünftig handelnde Wirtschaftssubjekte erwarten nämlich, dass ihre Geldinvestitionen sich rentieren[219], also ihnen in Zukunft Vorteile bringen und nicht sofort nach dem Erwerb wertlos werden.

Verdeutlicht werden kann der bleibende Vorteil, der sich typischerweise auch aus Dienstleistungen ergibt, anhand eines Beispiels: Bei der Reparatur eines defekten Gegenstandes handelt es sich um eine Dienstleistung. Die Reparaturleistung selbst ist zwar mit ihrer Erbringung untergegangen. Der unmittelbar durch diese Leistung vermittelte Vorteil aber bleibt dennoch bestehen, denn der Leistungserfolg, dass der ehemals defekte Gegenstand jetzt wieder einsatzfähig ist, ist durchaus von Dauer.

Dass eine vorteilhafte Leistung nicht in das Vermögen des Unternehmens eingeht, spricht also nicht dagegen, den durch sie vermittelten Vorteil trotzdem als dauerhaften und damit durch eine spätere Rückforderung aufhebbaren Vorteil anzusehen. In diesem Sinne kann auch der EuGH in seinem Urteil in der Rs. C-24/95 verstanden werden, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, dass die bloße Tatsache, dass der aus der staatlichen Beihilfe resultierende Vorteil in der Vermögensbilanz des begünstigten Unternehmens nicht nachweisbar ist, nicht dazu führt, dass ein bleibender, rückforderbarer Vorteil des Unternehmens aus der Beihilfe zu verneinen wäre.[220]

---

[218] siehe oben S. 37
[219] vgl. dazu unten S. 65
[220] EuGH Slg. 1997, S. I-1591 (1623) [Alcan]

Die Richtigkeit dieses Ansatzes, den beihilferelevanten Vorteil als geldwerten Vorteil zu charakterisieren, ergibt sich auch aus der richtig verstandenen Anwendung des **Wirkungskriteriums**: Eine Beihilfe liegt nicht bereits dann vor, wenn die staatliche Maßnahme dem Unternehmen irgendwelche Vorteile im Wettbewerb bringt, sondern nur dann, wenn die staatliche Zuwendung **wie eine** klassische Subvention durch **Geldzahlung** des Staates wirkt.[221] Die staatliche Zuwendung eines geldwerten Vorteils wirkt nun aber genau wie die Zuwendung eines gleichwertigen Geldbetrages durch den Staat, denn die Zuwendung der geldwerten Leistung **könnte *ersetzt* werden durch eine Geldzuwendung** entsprechender Höhe, mit der sich das Unternehmen die Leistung selbst kaufen könnte.[222]

Alle beihilferelevanten staatlichen Zuwendungen können durch die Bezifferung mit einem Geldwert auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden: das in ihnen enthaltene Beihilfeelement (sog. **Subventionsäquivalent**).[223] Erst durch die Berechnung des Subventionsäquivalents werden die unterschiedlichsten Beihilfeformen in ihrer Wirkung miteinander - und eben gerade auch mit einer klassischen Subvention durch Geldzahlung - vergleichbar.[224]

Als Fazit bleibt daher festzuhalten, dass der beihilferelevante Vorteil mit der Bezeichnung als geldwerter Vorteil völlig zutreffend umschrieben wird.

Zum Teil ist im Übrigen auch die Rede davon, dass die vorteilhafte Wirkung einer Beihilfe in der Einräumung eines „**finanziellen Vorteils**" liege.[225] Die Charakterisierung als finanzieller

---

[221] siehe oben S. 19

[222] Diese Gleichsetzung führt im Übrigen auch nicht unzulässigerweise zur Berücksichtigung weiterer, bloß mittelbar infolge der Subvention entstehender Vorteile: Erhält das Unternehmen eine Geldzahlung vom Staat und erwirbt damit eine Leistung entsprechenden Geldwertes, so erhält es diese geldwerte Leistung zwar erst von einem privaten Dritten. Trotzdem führt dies nicht zur Entstehung weiterer Vorteile für das Unternehmen, die zu der staatlichen Zuwendung hinzutreten (wie z.B. zusätzliche Gewinne oder Kostenersparnisse), da hier bloß gleichwertige Leistungen ausgetauscht werden, indem das Unternehmen für den Geldbetrag der staatlichen Zuwendung eine Leistung gleichen Geldwertes erhält. Es entstehen dem Unternehmen durch diesen „Leistungs(aus)tausch" also gar keine weiteren Vorteile, die über den Wert der staatlichen Zuwendung hinausgingen.

[223] vgl. 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 66 f.; Anhang 1 der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998, C 74, S. 19; siehe zur Berechnung des Subventionsäquivalents auch unten S. 91 ff.

[224] vgl. Mitteilung der Kommission über „de minimis"-Beihilfen, ABl. 1996, C 68, S. 9; Anhang 1 der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998, C 74, S. 19; Busse von Colbe, S. 388 f.

[225] Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 45; Ciresa, S. 35; Noll, S. 15; EuGH Slg. 1982, S. 3583 (3602) [Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor u.a./BALM]; EuGH Slg. 1988, S. 219 (270) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]; EuGH Slg. 1995, S. II-2537 (2558) [Tiercé Ladbroke/Kommission]; ähnlich auch H.-P. Ipsen, S. 366: „finanzielle Begünstigung"; Hancher/Buendia Sierra, CML Rev. 35 (1998), S. 901 (929): „financial benefit"; 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 60: „tatsächlicher Finanzvorteil"; EuGH Slg. 1980, S. 2671 (2688) [Philip Morris/Kommission] und EuGH Slg. 1999, S. II-139 (165) [BAI/Kommission]: „Finanzhilfe"; EuGH Slg. 1992, S. I-493 (520) [British Aerospace und Rover/Kommission]: „finanzielles Zugeständnis"; EuGH Slg. 1998, S. I-2873 (2898) [Windpark Groothusen/Kommission] und EuGH Slg. 2001, S. I-8365 (8393) [Adria-Wien Pipeline u.a.]: „finanzielle Unterstützung"

Vorteil dürfte sich aber inhaltlich nicht von der Bezeichnung als geldwerter Vorteil unterscheiden.[226]

### g) Fazit

Allein mit der Definition als **geldwerter bzw. finanzieller Vorteil** ist die beihilferelevante staatliche Zuwendung korrekt definiert: Beihilferelevant ist jeder staatlich gewährte Vorteil, der mit einem Geldwert beziffert werden kann.

## 2. Die Bewertung des geldwerten Vorteils

### a) Das richtige Bewertungskriterium

Nachdem feststeht, dass der beihilferelevante Vorteil als geldwerter Vorteil zu definieren ist, stellt sich die Frage, welches **Bewertungskriterium** zur Bestimmung des Geldwertes der staatlichen Beihilfeleistung heranzuziehen ist, da mehrere Möglichkeiten denkbar sind, um den Geldwert der Leistung zu ermitteln.

#### aa) Kosten des Staates für die Beihilfegewährung

Zur Ermittlung, ob in einem Sondertarif für Erdgaslieferungen an bestimmte Unternehmen ein Beihilfeelement enthalten sei, stellte der EuGH in der Rs. C-169/84 darauf ab, ob die Preisdifferenz durch die Kosteneinsparungen des staatlichen[227] Erdgaslieferanten gerechtfertigt war.[228] Das Gericht zieht hier also zur Ermittlung des Beihilfecharakters der verbilligten Erdgaslieferung die staatlichen Kosten(einsparungen) als Bewertungskriterium heran. Bei der Berechnung des Beihilfewertes der staatlichen Leistung könnte daher auf die **dem Staat für die Erbringung der Leistung entstehenden Kosten** abzustellen sein.
Die Kostenbelastung, die dem Staat für die Erbringung der Beihilfeleistung entsteht, kann aber schon deshalb nicht als Maßstab für die Berechnung der Höhe des geldwerten, vom Staat gewährten Vorteils in Frage kommen, weil für die Ermittlung, inwieweit die staatliche Maßnahme Begünstigungscharakter hat, allein ihre positive, begünstigende Wirkung **auf das**

---

[226] vgl. etwa H.-P. Ipsen, S. 366, der die **finanzielle** Begünstigung dadurch kennzeichnet, dass sie dem Begünstigten einen **geldwerten** Vorteil verschafft
[227] zur Einstufung des Erdgasunternehmens NV Nederlandse Gasunie als „staatlicher" Beihilfegeber vgl. unten S. 135
[228] siehe EuGH Slg. 1990, S. I-3083 (3116 ff.) [CDF Chimie AZF u.a./Kommission]

**Empfängerunternehmen** entscheidend sein kann (sog. **Wirkungskriterium**)[229], keinesfalls aber die (negative) Wirkung der Beihilfe auf den staatlichen Beihilfegeber. Also kann der Beihilfewert nicht anhand der dem Staat entstehenden Kosten[230], sondern nur anhand der dem begünstigten Unternehmen entstehenden Vorteile berechnet werden.[231]

**bb) Ersparte Kosten des Unternehmens aus der Beihilfegewährung**

Für den Nachweis der Begünstigung wird oft auf die durch die staatliche Maßnahme entstehenden Kostenvorteile für das Unternehmen verwiesen.[232] Auch der EuGH hat vielfach die Kostenentlastung der begünstigten Unternehmen betont, um die Beihilferelevanz der staatlichen Maßnahme zu begründen.[233] Man könnte den Wert der staatlichen Leistung daher anhand der **Kosten** bemessen wollen, **die das Unternehmen aufgrund der staatlichen Leistung eingespart hat**.

Hierfür spricht zwar, dass diese Sichtweise zumindest insoweit mit dem Wirkungskriterium vereinbar ist, als dass die Kostenentlastung die vorteilhafte Wirkung der staatlichen Leistung gerade auf das begünstigte Unternehmen wiedergibt. Allerdings können die Kostenersparnisse, die einem Unternehmens aus einer staatlichen Leistung entstehen, weit über den Beihilfewert hinausgehen, indem sie auch nicht beihilferelevante, „mittelbare" Vorteile umfassen.[234] Schon deshalb sind die Kostenersparnisse, die dem Unternehmen aus der staatlichen Beihilfeleistung entstehen, ebenfalls als Bewertungskriterium für die Höhe des geldwerten Vorteils ungeeignet.

Bei der fehlenden Eignung der Kostenersparnisse des Unternehmens für die Ermittlung des Wertes der vorteilhaften staatlichen Leistung bleibt es im Übrigen auch, wenn versucht wird, nur die „unmittelbar" aus der staatlichen Zuwendung entstehenden Kostenvorteile zu berücksichtigen, und zwar allein die Kosten, die dem Unternehmen entstanden wären, **um den staatlich gewährten Vorteil selbst zu erzeugen**. Dieser Ansatz würde zwar beispielsweise bei Einfuhrkontingenten i.S.d. Art. 28 EG zum richtigen Ergebnis des fehlenden Beihilfecharakters führen, denn dem Unternehmen entstehen aus einem Einfuhrkontingent keine Kos-

---

[229] Immenga/Rudo, S. 48 f.; vgl. zum Wirkungskriterium schon oben S. 17 f.

[230] siehe dazu, dass der Wert einer staatlichen Leistung nicht anhand der Kosten des Staates für die Leistungserbringung ermittelt werden darf, auch EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4079 ff.) [Ufex u.a./Kommission]

[231] vgl. Immenga/Rudo, S. 85

[232] siehe etwa Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 64

[233] EuGH Slg. 1987, S. 901 (924) [Deufil/Kommission]: Verminderung der Investitionskosten; vgl. EuGH Slg. 1974, S. 709 (720) [Kommission/Italien], wo der Gerichtshof die Befreiung von bestimmten Kosten als entscheidend für den Beihilfecharakter angesehen und sogar ausdrücklich betont hat, auf die Art der ersparten Kosten komme es hierbei nicht an

[234] siehe dazu schon oben S. 33 f.

tenersparnisse dadurch, dass es vom Staat eine Leistung erhalten hat, die es sonst auf eigene Kosten selbst hätte herstellen müssen. Das Unternehmen **könnte** den staatlich zugewandten Vorteil, die Einfuhr seiner ausländischen Konkurrenzunternehmen durch eine Kontingentierung zu beschränken, nämlich gar nicht selbst erzeugen, da nur der Staat einen solchen Hoheitsakt erlassen kann. So könnte begründet werden, warum Einfuhrkontingente mangels (unmittelbarer) Kostenersparnis des Unternehmens keinen geldwerten Vorteil bewirken und damit keinen begünstigenden Charakter haben.

Die mangelnde Eignung dieses Bewertungsansatzes für den geldwerten Vorteil ergibt sich aber aus anderen Überlegungen: Welche Kosten ein Unternehmen gespart hat, weil es die vom Staat zugewandte Leistung nicht selbst zu erzeugen brauchte, wird nämlich immer auch von unternehmensinternen Faktoren wie z.B. von der Effektivität der Arbeitsweise des Unternehmens abhängen. So hätte ein effektiv arbeitendes Unternehmen die Leistung günstiger erzeugt als ein weniger effektiv wirtschaftendes Unternehmen. Die Höhe der ersparten Kosten und damit der Begünstigung hinge also letztlich davon ab, wie effektiv das begünstigte Unternehmen arbeitet. Ein und dieselbe staatliche Zuwendung könnte so bei verschiedenen Unternehmen zu ganz unterschiedlich hohen Kosteneinsparungen führen. Wenn aber verschiedene Unternehmen exakt die gleiche staatliche Zuwendung erhalten haben, ist es nicht einsichtig, dass allein unternehmensinterne Faktoren dazu führen sollen, unterschiedliche Beihilfehöhen bei diesen Unternehmen anzunehmen, was sogar zur Folge hätte, dass die Unternehmen bei einer Rückforderung der Beihilfe unterschiedliche Beträge zurückzahlen müssten, obwohl sie vom Staat Identisches erhalten haben. Bei der Qualifizierung einer Maßnahme als Beihilfe handelt sich um eine reine Rechtsentscheidung, die anhand objektiver Kriterien getroffen werden muss.[235] Als Bewertungskriterium für den Wert der staatlichen Leistung kommt daher nur ein **objektiv feststellbarer** Maßstab in Frage.[236] Vorteile wie Kostenersparnisse, deren Höhe sich erst aus einem Verhalten des Begünstigten ergibt, sind nun aber in der Person des Begünstigten liegende und insoweit folglich subjektive Faktoren, die aus der Berechnung des Beihilfewertes herauszuhalten sind.[237] Daher sind auch die Kostenersparnisse

---

[235] Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (282); Danwitz, JZ 2000, S. 429 (432); EuGH Slg. 1998, S. II-1 (26) [Ladbroke Racing/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2155) [SIC/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-3271 (3325) [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3904) [Alitalia/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4078) [Ufex u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3961 (3977) [Linde/Kommission]; Entscheidung des EuG in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 180

[236] so auch Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (754)

[237] vgl. dazu, dass Vorteile, die sich erst aus einem Verhalten des Begünstigten ergeben, nicht als beihilferelevante Begünstigung anzusehen sind, bereits oben S. 8 f.

des begünstigten Unternehmens nicht in der Lage, den Geldwert der staatlichen Zuwendung treffend darzustellen.

**cc) Marktpreise**

Da Bewertungskriterium für den Wert der staatlichen Leistung nur ein objektiv feststellbarer Maßstab sein kann, könnte für die Ermittlung des Wertes der vorteilhaften staatlichen Leistung der Marktwert der Leistung in Frage kommen, denn der objektive Wert, der in einer Marktwirtschaft jedem Gut zugewiesen wird, ist der **Marktpreis**.
Die Richtigkeit der Bezifferung des Beihilfevorteils mit dem Marktwert des staatlich zugewandten Vorteils ergibt sich bereits aus dem **Wirkungskriterium**: Wie bereits festgestellt, lässt sich die Tatsache, dass die staatliche Zuwendung eines geldwerten Vorteils wie eine Zuwendung in Form einer klassischen Subventionszahlung wirkt, unter anderem damit begründen, dass die Zuwendung der geldwerten Leistung ersetzt werden könnte durch eine Geldzuwendung entsprechender Höhe, mit der sich das Unternehmen die fragliche geldwerte Leistung selbst kaufen soll.[238] Die Subventionszahlung muss aber genau die Höhe des **Marktpreises** der staatlich zugewandten Leistung haben, damit das begünstigte Unternehmen mit der Geldzuwendung eine entsprechende geldwerte Leistung selbst erwerben kann.
Die Richtigkeit der Bezifferung der geldwerten staatlichen Zuwendung mit dem Marktpreis ergibt sich auch daraus, dass nur die Bewertung der staatlichen Leistung zum Marktpreis es ermöglicht festzustellen, ob eine erbrachte Gegenleistung des Unternehmens marktmäßig angemessen ist und so begünstigungsaufzehrend wirken kann. Der Staat darf nämlich beihilferechtlich einem Unternehmen durchaus beihilferelevante Vorteile, ja sogar Geldzahlungen als - für sich betrachtet - klassische Subventionsleistungen zukommen lassen, wenn er hierfür von dem betroffenen Unternehmen eine marktmäßig angemessene Gegenleistung erhält.[239] Nur anhand des Marktpreises der staatlichen Zuwendung kann aber über die marktmäßige Angemessenheit der Gegenleistung des Unternehmens und damit über die Marktmäßigkeit der staatlichen Vorteilszuwendung entschieden werden: Der Markt ist der ökonomische Ort des Tausches.[240] Unsere Wirtschaftsordnung ist dabei gekennzeichnet durch eine Geldwirtschaft[241], d.h. Wirtschaftsgüter werden auf dem Markt typischerweise gegen Geld getauscht.[242] Als beobachtbare Ergebnisse der Marktvorgänge entstehen so für die gehandelten

---

[238] siehe oben S. 43
[239] siehe schon oben S. 21 f.; vgl. dazu ausführlich unten S. 57 ff.
[240] Dichtl/Issing, S. 1236
[241] Dichtl/Issing, S. 1817/Gegenbegriff: Naturalwirtschaft (siehe dazu Woll, S. 241)
[242] Stobbe, S. 11

Marktobjekte Preise.[243] Der Marktpreis ist dabei der in Geld ausgedrückte Tauschwert eines Gutes.[244] Der Marktwert der Leistungen ist also **die** Kennzeichnung für eine marktgemäße Leistungs-Austausch-Aktion, denn der Marktpreis einer jeden Leistung gibt - dargestellt in einem Geldwert - genau die (Gegen-)Leistung wieder, die man auf dem Markt für die Leistung erwarten würde. Allein der Marktpreis gibt Aufschluss über den objektiven (Geld-)Wert des zugewandten Vorteils - und damit gleichzeitig auch über die Höhe der marktüblich zu erwartenden, den zugewandten Vorteil wieder aufzehrenden Gegenleistung. Die Abweichung des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses zwischen Staat und Unternehmen vom Marktüblichen kann daher nur dann festgestellt werden, wenn anhand der Gegenüberstellung der **Marktwerte** beider Leistungen ermittelt wird, ob ein Ungleichgewicht im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis besteht und der Vorgang somit von einem marktüblichen Austauschgeschäft abweicht. Eine Beihilfe ist nur dann zu verneinen, wenn die Gegenleistung des Unternehmens für die staatliche Zuwendung „einer Gegenleistung ... (entspricht), wie sie unter normalen Marktbedingungen verlangt worden wäre".[245] Der staatlich zugewandte Vorteil muss also mit dem Marktpreis bewertet und daher auch in dieser Höhe mit einer Gegenleistung des Unternehmens „bezahlt" werden, um eine marktwidrige Vorteilszuwendung und damit eine Beihilfe auszuschließen.[246]

#### dd) Fazit

Der Geldwert der staatlichen Zuwendung ist zu bestimmen, indem der Marktwert der staatlich zugewandten Leistung ermittelt wird.

### b) Anwendungsfälle des Bewertungskriteriums „Marktpreis"

Im Folgenden soll das Bewertungskriterium des Marktpreises auf ausgewählte Fälle zur Anwendung gebracht und hierbei die Richtigkeit dieses Kriteriums weiter verifiziert werden.

---

[243] Stobbe, S. 11; Dichtl/Issing, S. 1817

[244] Dichtl/Issing, S. 1477

[245] EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4080 f.) [Ufex u.a./Kommission]
Hier widersprach das EuG damit zu Recht der Auffassung der Kommission (siehe EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4079) [Ufex u.a./Kommission]), die die vom Staat erbrachte Leistung bereits deshalb als angemessen bezahlt ansehen wollte, weil die vom Empfängerunternehmen gezahlten Preise den staatlichen Kosten für die Leistungserbringung entsprachen.

[246] so auch die Kommission, ABl. 1997, C 209, S. 3, wonach ein Verkauf öffentlicher Grundstücke nur dann eine Beihilfe darstellt, wenn die Gegenleistung des Käufers geringer als der **Marktwert** des Grundstücks ist; ebenso EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1310) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; Pechstein, EuZW 1998, S. 671; Wendling, EuZW 1999, S. 293; Schubert, WuW 2001, S. 254 (260)

**aa) Staatliche Leistungen ohne Marktwert**

Nicht alle vorteilhaften Leistungen, die der Staat zu Gunsten bestimmter Unternehmen erbringt, haben einen Marktwert. Manche Güter werden nämlich auf dem Markt nicht gehandelt, so dass sie auch nicht mit einem Marktwert bewertet werden können.[247]
Das wohl typischste Beispiel für eine am Markt nicht handelbare und daher keinen Marktpreis aufweisende Leistung ist der staatliche Hoheitsakt.[248] Man spricht insoweit auch vom **Grundsatz der Unverkäuflichkeit von Hoheitsakten**.[249] Im Folgenden soll gerade an ihrem Beispiel untersucht werden, ob es wirklich richtig sein kann, staatlichen Hoheitsakten schon aufgrund ihres fehlenden Marktwertes die beihilfetypische vorteilhafte Wirkung abzusprechen.
Zwar bringen staatliche Hoheitsakte wie beispielsweise Kontingentierungen der Einfuhr von Konkurrenzprodukten i.S.d. Art. 28 EG einem Unternehmen selbst noch keinen geldwerten Vorteil, sondern **ermöglichen** es dem Unternehmen allenfalls, sich durch eigenes Verhalten bzw. Geschäfte mit Dritten geldwerte Vorteile zu erwirtschaften. Dass solche bloß mittelbar infolge eines staatlichen Verhaltens entstehenden Vorteile aus dem Beihilfebegriff herauszuhalten sind, wurde bereits dargelegt.[250] Manche staatliche Hoheitsakte bewirken aber auch geldwerte Vorteile, die dem Unternehmen nicht erst infolge eigenen Verhaltens oder durch Geschäfte mit Dritten entstehen. Erhält ein Unternehmen beispielsweise eine Baugenehmigung für ein ihm gehörendes Grundstück, so erhöht sich schon durch diese Genehmigung selbst der (Markt-)Wert des Grundstücks des Unternehmens. Dieser geldwerte Vorteil durch Marktwertsteigerung entsteht dem Unternehmen direkt infolge der staatlichen Baugenehmigung und nicht erst infolge eigenen Verhaltens (z.B. Bebauung des Grundstücks) oder Geschäfte mit Dritten (z.B. Veräußerung des Grundstücks). Trotzdem ist diese Verbesserung der finanziellen Lage des Unternehmens nur eine mittelbare Folge der staatlichen Leistung und nicht Inhalt der staatlichen Leistung selbst: Die staatliche Leistung „Baugenehmigung" als solche hat nämlich keinen (Geld-/Markt-)Wert, mit dem sie beziffert werden könnte, sondern nur das Grundstück, also ein anderer Gegenstand als der staatliche Leistungsgegenstand, ist infolge der Baugenehmigung mehr Geld wert. Die Beihilfeleistung muss aber „**aus sich selbst heraus**"[251] den geldwerten Vorteil entwickeln, also selbst einen (Markt-)Wert haben. Denn nur wenn **gerade der staatlich zugewandten Leistung** ein Geldwert in Form eines Markt-

---

[247] Stobbe, S. 50
[248] vgl. Kirchhof, S. 174; Wiesner, S. 19
[249] siehe zum Grundsatz der Unverkäuflichkeit von Hoheitsakten etwa Kopp/Ramsauer, § 56 VwVfG Rn. 1 m.w.N.
[250] siehe oben S. 8 f.
[251] so anschaulich Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 53

preises zuzuordnen ist, ist die Zuwendung dieser Leistung durch eine Geldzuwendung, mit der das Unternehmen sich dann eine entsprechende geldwerte Leistung selbst kaufen soll, ersetzbar, so dass die Leistungszuwendung wie eine klassische Subvention durch Geldzuwendung wirkt.[252] Ein staatlicher Hoheitsakt hingegen kann nicht durch eine klassische Subvention in Form einer Geldzahlung ersetzt werden, weil das Unternehmen sich von der Subventionszahlung einen entsprechenden Vorteil nirgendwo kaufen könnte. Eine Leistung des Staates ohne Marktwert stellt daher keinen geldwerten Vorteil dar, der einer Geldzahlung an das Unternehmen vergleichbar wäre und somit beihilferelevant ist.

Staatliche Hoheitsakte als solche bringen also mangels Marktwertes den von ihnen profitierenden Unternehmen grundsätzlich keinen beihilferelevanten geldwerten Vorteil.[253]

Sehr wohl einen Geldwert haben können aber staatliche Leistungen, die bloß mit dem Hoheitsakt verknüpft sind und durch diesen gewährt werden. Eine solche Unterscheidung zwischen dem Hoheitsakt selbst und einem infolge des Hoheitsaktes entstehenden Leistungsverhältnis ist im deutschen öffentlichen Recht unter der anschaulichen Bezeichnung „**Zwei-Stufen-Theorie**" bekannt geworden, nach der bei manchen beihilferelevanten staatlichen Maßnahmen wie Bürgschaftsvergaben[254] oder Darlehensgewährungen[255] zwischen dem (öffentlich-rechtlichen) Vergabeakt einerseits und dem (oft privatrechtlich ausgestalteten) eigentlichen Leistungsverhältnis in Form eines Bürgschafts- oder Darlehensvertrages andererseits zu trennen ist.[256] Und schließlich werden auch und gerade klassische Subventionen, deren Beihilferelevanz außer Frage stehen muss, sehr häufig durch Verwaltungsakt - also Hoheitsakt - gewährt. Daher ist zu differenzieren zwischen dem eigentlichen Hoheitsakt und einer durch ihn möglicherweise gewährten geldwerten Leistung, die durchaus beihilferelevant sein kann.

Wird beispielsweise einem Unternehmen vom Staat der Verkauf einer bestimmten Ware, deren Veräußerung ansonsten untersagt wäre, im Rahmen eines festgelegten Kontingents zugestanden, so hat dieser Hoheitsakt als solcher grundsätzlich keinen Geldwert. Rein hoheitliche Genehmigungen, mit denen der Staat nur einem Privaten ein bestimmtes Verhalten (hier:

---

[252] vgl. dazu schon oben S. 43

[253] gegen einen begünstigenden Charakter staatlicher Hoheitsakte auch Ciresa, S. 65 (am Beispiel staatlich gewährter Konzessionen)

[254] zur Beihilfequalität von Bürgschaften siehe unten S. 212 ff.

[255] zur Beihilfequalität von staatlichen Darlehen siehe etwa EuGH Slg. 1984, S. 3809 (3830) [Intermills/Kommission]; EuGH Slg. 1990, S. I-307 (362) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]; EuGH Slg. 1995, S. II-2265 (2270) [TWD/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-757 (777 f. und 787) [Cityflyer Express/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-17 (68) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3207 (3263 f.) [CETM/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-8855 (8896) [Italien und Sardegna Lines/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-261 (277 ff. und 290 f.) [Keller und Keller Meccanica/Kommission]

[256] vgl. dazu nur Busch, JuS 1992, S. 563 (564); Oldiges, NVwZ 2001, S. 626 (630) m.w.N.

Verkauf seiner Waren) gestattet, sind in aller Regel unveräußerlich[257] und stellen damit mangels Marktwertes keine geldwerte staatliche Leistung dar. Geldwerte Vorteile können für den Adressaten aus dieser staatlichen Maßnahme allenfalls mittelbar entstehen, nämlich durch den so erlaubten Verkauf seiner Waren, also durch Geschäfte mit (privaten) Dritten. Solche bloß mittelbar aus der staatlichen Maßnahme entstehenden Vorteile sind aber nicht mehr beihilferelevant. Wenn das Kontingent jedoch nicht nur den Warenverkauf gestattet, sondern auch einen staatlichen Abgabenverzicht beinhaltet, indem eine bestimmte Menge des Produkts nicht nur überhaupt veräußert, sondern zudem auch **abgabenfrei** verkauft werden kann, ergibt sich zwar nicht aus dem Kontingent selbst ein geldwerter Vorteil, wohl aber aus dem **Abgabenverzicht**[258], dessen Gewährung ebenfalls Inhalt der staatlichen Verkaufsgestattung ist.[259] Mit dem genehmigenden Hoheitsakt können also weitere staatliche Leistungen - ob klassische Subventionszahlungen, Abgabenverzichte oder sonstige geldwerte Leistungen - verbunden sein, die dann sehr wohl als beihilferelevante Vorteile anzusehen sind.

**bb) Staatliche Leistungen mit nur potentiellem Marktwert**

Der Marktpreis ist der in Geld ausgedrückte Tauschwert eines Gutes.[260] Wird ein Gut auf dem Markt nicht „getauscht", also gehandelt, so kann man folglich an sich auch nicht davon reden, dass es einen Marktwert habe.[261] Jedoch können auch Güter, die zwar tatsächlich zur Zeit am Markt nicht Gegenstand von Tauschgeschäften sind, aber potentiell Gegenstand eines solchen Tausches sein könnten, einen in Geld ausdrückbaren Wert haben, zu dem sie eintauschbar wären.[262] Eine Bewertung mit einem (potentiellen) Marktpreis ist daher bereits bei Gütern möglich, die zumindest potentiell Gegenstand eines Marktgeschäftes sein könnten.[263] Fraglich ist, ob ein solcher **potentieller Marktwert** einer staatlichen Zuwendung ausreicht, um sie zu einem beihilferelevanten Vorteil zu machen.

Dass es für die Beihilferelevanz staatlicher Leistungen genügen muss, dass die Leistung einen solchen potentiellen Marktwert hat, ergibt sich bereits aus folgender Überlegung: Wäre die

---

[257] zu Ausnahmen siehe aber unten S. 241 f.

[258] zur Beihilferelevanz von Abgabenverzichten siehe unten S. 256 ff.

[259] vgl. hierzu das Urteil des EuGH in den Rs. 213/81 bis 215/81: Hier stellte der Gerichtshof fest, dass die Beteiligung an einem (Zoll-)Kontingent für die betroffenen Unternehmen zu einem finanziellen Vorteil in Form einer Zoll-, also Abgabenersparnis führte. Weil jedoch die nicht erhobene Abgabe nicht staatlichen, sondern Gemeinschaftsmitteln zugeflossen wäre, lag keine (national)staatliche, sondern allenfalls eine Gemeinschaftsbeihilfe vor, die nicht unter Art. 87 I EG fällt (siehe EuGH Slg. 1982, S. 3583 (3602) [Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor u.a./BALM]; vgl. zum Begriff der Gemeinschaftsbeihilfen auch unten S. 203).

[260] Dichtl/Issing, S. 1477; Cordes, S. 17

[261] Stobbe, S. 50

[262] Dichtl/Issing, S. 1477

[263] Dichtl/Issing, S. 1477

vom Staat erbrachte Leistung auf dem Markt zu einem bestimmten Preis handelbar und hat der Staat nicht den Preis verlangt, den ein privater Leistungserbringer verlangt hätte, hat das Unternehmen durch diese Transaktion in jedem Falle einen geldwerten Vorteil erhalten. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Staat auf eine marktübliche Bezahlung verzichtet und zumindest dieser staatliche Verzicht auf eine Geldzahlung zweifelsfrei Beihilfecharakter hat.[264] Wenn aber der Staat einem Unternehmen eine positive Leistung zuwendet, die auf dem Markt mit einem bestimmten Wert bezifferbar ist und dabei marktwidrig auf eine gleichwertige Gegenleistung hierfür verzichtet, macht es keinen Sinn, den beihilferelevanten Vorteil, dessen Vorliegen ja schon aufgrund des staatlichen Verzichts außer Frage steht, nicht in der positiven Zuwendung, sondern erst in dem Verzicht auf eine entsprechende Gegenleistung zu sehen. Schließlich wohnt ein solcher Verzicht auf die marktübliche Gegenleistung jedem Subventionssachverhalt inne, denn sogar Geldzahlungen des Staates an ein Unternehmen als klassische Subventionsleistungen werden erst durch ihn zu einer Subventionierung.[265] Eine staatliche Leistung, die zwar tatsächlich zur Zeit nicht Gegenstand von Marktgeschäften ist, für die ein privater Anbieter auf dem Markt aber eine gleichwertige Gegenleistung, also einen bestimmten **Preis** verlangen würde und könnte, muss daher als beihilferelevante Zuwendung mit Geldwert angesehen werden.

Einer staatlichen Leistung hingegen, die gar nicht - auch nicht potentiell - Gegenstand von Marktgeschäften sein kann, kann kein Marktwert zugeordnet werden. Der Marktpreis für einen bestimmten Leistungsgegenstand ergibt sich nämlich durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage auf dem Markt. Auch wenn Private oft gern bereit wären, hohe Geldsummen für eine bestimmte staatliche Leistung zu bezahlen, etwa für einen staatlichen Hoheitsakt wie eine Baugenehmigung oder ein Verbot der Einfuhr ausländischer Konkurrenzprodukte i.S.d. Art. 28 EG, weil dieser Akt ihnen große wirtschaftliche Vorteile bringt, so spiegelt diese Zahlungsbereitschaft dennoch nicht den (auch nur potentiellen) Marktwert des Hoheitsaktes wieder, denn sie gibt nur Aufschluss über die Nachfrageseite, also das subjektive Interesse des Nachfragers an der Leistung. Der Marktpreis bildet sich aber als objektiver Wert[266] durch Angebot und Nachfrage, so dass auch die Angebotsseite zu berücksichtigen ist. Staatliche Leistungen haben daher keinen Geldwert in Form eines Marktpreis, wenn sie - wie Hoheitsakte - auf dem privaten Markt gar nicht angeboten und folglich nicht gehandelt werden können.

---

[264] ausführlich zur Beihilferelevanz von Verzichtssachverhalten siehe unten S. 93 ff. sowie S. 253 ff.
[265] siehe dazu schon oben S. 21 f.
[266] siehe dazu, dass der Beihilfewert nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist, bereits oben S. 46

Ein geldwerter Vorteil kann dem Unternehmen, zu Gunsten dessen ein solcher Hoheitsakt ergeht, daher allenfalls dann entstehen, wenn der Staat auf eine üblicherweise für die Amtshandlung geschuldete Gebühr verzichtet.[267] Der geldwerte Vorteil des Unternehmens ergibt sich in diesem Falle aber allein aus dem staatlichen Verzicht auf die Gebühr und nicht aus der staatlichen Leistung, die fragliche Amtshandlung vorzunehmen, denn die staatliche Leistung selbst hat keinen Geldwert, da die möglicherweise verlangte Gebühr nicht mit dem Wert der Leistung gleichgesetzt werden darf.[268]

Dass einer staatlichen Leistung ein (zumindest potentieller) Marktwert zugeschrieben werden kann, ist daher notwendig und ausreichend, um sie als beihilferelevante, geldwerte Zuwendung anzusehen.

Solche potentiellen Marktpreise können ermittelt werden, indem zum Beispiel die Marktpreise ähnlicher Güter oder die Herstellungs-(Faktor-)Kosten der Bewertung zugrunde gelegt werden.[269] In diesem Zusammenhang können also die Herstellungskosten des Staates für die Leistung doch eine gewisse Rolle spielen, da ein Privatunternehmen den Preis für eine Leistung üblicherweise nach den bei der Leistungserbringung entstehenden Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns kalkuliert.[270] Die dem Staat für die Leistungserbringung entstehenden Kosten sind aber als Anhaltspunkt für die Ermittlung des angemessenen Marktwertes der Leistung allenfalls bedingt geeignet, denn sie können bereits selbst marktwidrige Elemente enthalten, da es durchaus möglich ist, dass die staatlichen Kosten aufgrund marktwidriger Faktoren deutlich höher[271] oder niedriger[272] ausfallen als in marktüblichen Privatunternehmen. Auch der Versuch einer Bewertung mit dem Marktpreis ähnlicher Güter, die auf dem Markt gehandelt werden, wird im Übrigen in der Praxis oft auf Schwierigkeiten stoßen. Staatlicher Informations- und Beratungstätigkeit etwa wird man meist keinen Marktwert zuschreiben können, obwohl es auch private Unternehmen gibt, die auf dem Markt Beratungstätigkeiten gegen Entgelt anbieten. Während die private Beratungstätigkeit jedoch regelmäßig ganz auf die Interessen des Kunden zugeschnitten ist, wird eine staatliche Beratung üblicherweise so entscheidend auch von der Neutralitätspflicht des Staates geprägt sein, dass sie mit

---

[267] zum Beihilfecharakter von Verzichtssachverhalten siehe unten S. 93 ff. sowie S. 253 ff.
[268] vgl. Kirchhof, S. 174
[269] Albers, Band VIII, S. 369; vgl. Stobbe, S. 50
[270] vgl. hierzu Hancher/Buendia Sierra, CML Rev. 35 (1998), S. 901 (936 f.)
[271] etwa wegen ineffizienter Produktion, die in Staatsbetrieben häufiger vorkommen dürfte
[272] z.B. wegen besonderer Rechte, die dem Staatsbetrieb zukommen und ihm eine besonders günstige Produktion ermöglichen: siehe dazu EuGH Slg. 2000, S. II-4055 (4079 ff.) [Ufex u.a./Kommission]

der entgeltlichen Beratung durch private Dienstleister kaum verglichen werden kann, obwohl die Tätigkeiten sich vielleicht äußerlich stark ähneln.[273]

Auch wenn es also manchmal als schwierig erscheinen mag, Marktwert und damit Beihilferelevanz einer staatlichen Leistung zu ermitteln, wenn diese tatsächlich am Markt gar nicht gehandelt wird, so dürfte es dennoch möglich sein, in einzelnen beihilfeverdächtigen Fällen festzustellen, ob die Leistung potentiell auf dem Markt handelbar wäre oder eine nicht marktgängige Tätigkeit vorliegt, die nur der Staat ausüben kann. Auf diese Weise lässt sich doch immerhin die fehlende Beihilferelevanz staatlicher Hoheitsakte eindeutig konstatieren. Bei nicht-hoheitlichen staatlichen Leistungen wird die Abgrenzung naturgemäß schwieriger. Sofern die Leistung nämlich keine hoheitlichen Befugnisse voraussetzt, dürften die Leistungen, die der Staat erbringen kann, nahezu sämtlich in vergleichbarer Weise auch durch Private zu erbringen sein. Dies gilt selbst für traditionell an sich dem Staat vorbehaltene Bereiche wie etwa den Bereich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit[274], wie man an der Tatsache sieht, dass heutzutage vielfach auch private Sicherheitsdienste gegen Entgelt die Sicherheit beispielsweise auf öffentlichen Veranstaltungen sicherstellen. Insofern könnte man in der Absicherung eines Großkonzerts durch polizeiliche Sicherheitskräfte durchaus eine geldwerte Leistung zu Gunsten des Veranstalters sehen wollen, so dass bei unentgeltlicher Absicherung eine Beihilfe vorliegen würde. Allerdings droht dies auf die beihilferechtliche Forderung hinauszulaufen, für nahezu sämtliche Leistungen von Staatsdienern, von denen bestimmte Unternehmen profitieren, ein Entgelt zu verlangen. Hier muss berücksichtigt werden, dass es letztlich in **allen** europäischen Staaten unüblich sein dürfte, sich jede Leistung staatlicher Sicherheits- oder sonstiger Beamter bezahlen zu lassen. Wenn solche staatlichen Leistungen aber in der gesamten Europäischen Union üblicherweise nichts kosten, liegt die Annahme, dass sie keinen Wert auf dem Gemeinsamen Europäischen Markt haben, zumindest nahe.[275]

Bei der Abgrenzung der nicht marktgängigen, allein durch den Staat erbringbaren Leistungen ist auch zu beachten, dass viele Leistungen, die früher nicht bloß aufgrund rechtlicher Anordnung, sondern allein schon **faktisch**[276] nur durch den Staat erbringbar waren (Beispiele: Post,

---

[273] vgl. zur möglichen Beihilferelevanz staatlicher Informationstätigkeit, die die staatliche Neutralitätspflicht außer Acht lässt, aber die Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage E-1038/98, ABl. 1998, C 402, S. 63 f.

[274] vgl. zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit als hergebrachtem, originärem Verantwortungsfeld des Staates: Scholz, in: FS Friauf, S. 439; BVerfGE 49, 24 (56 f.)

[275] Entscheidend kann insoweit natürlich allenfalls die Praxis in der Europäischen Union insgesamt sein (vgl. aber auch unten S. 252 f.), denn eine Praxis in einzelnen Mitgliedstaaten kann durchaus eine nationale Beihilfepraxis darstellen.

[276] Allein die rechtliche Anordnung des Staates, dass nur dieser die Leistung erbringen darf, kann natürlich nicht genügen, um einer Leistung die Handelbarkeit auf dem Markt und damit die Beihilferelevanz zu nehmen, da andernfalls ein Mitgliedstaat es selbst in der Hand hätte, einer Leistung durch Ausschaltung der Handelbarkeit den Beihilfecharakter zu nehmen. Es kann aber nicht im Belieben eines Mitgliedstaates liegen, über die Beihil-

Bahn, Rundfunk), heutzutage privatisiert, also „auf den Markt" gebracht worden sind.[277] Insofern kann sich durchaus mit der Zeit auch die Auffassung darüber ändern, welche Leistungen allein der Staat erbringen kann und welche staatlichen Leistungen einer vergleichbaren marktmäßigen Tätigkeit eines Privaten gleichkommen.

Die Entscheidung, ob einer staatlich erbrachten, nicht-hoheitlichen Leistung ein (potentieller) Marktwert zugeordnet werden kann, mag in einzelnen Fällen zugegebenermaßen schwer fallen: Weist die staatliche Tätigkeit besondere Merkmale auf, die sie grundlegend von einer Tätigkeit unterscheiden, die auch von Privaten auf dem Markt gegen Entgelt angeboten werden könnte, so dass ihr kein Marktwert zugeordnet werden kann? Oder ist die staatliche Leistung einer von Privaten auf dem Markt veräußerbaren Leistung vergleichbar und daher mit einem entsprechenden Marktwert bezifferbar? Nichtsdestotrotz dürfte eine solche Abgrenzung zwischen dem Staat vorbehaltenen Leistungen ohne Marktwert und marktgängigen Leistungen mit Marktwert durchaus möglich sein. So wird im weiteren Fortgang dieser Arbeit an ausgewählten Beispielen zu verdeutlichen versucht, ob einer staatlichen Leistung ein (zumindest potentieller) Marktwert zugeordnet werden kann oder nicht.[278]

### cc) Ermittlung potentieller Marktpreise trotz tatsächlich vorhandenen Marktpreises?

Die soeben anerkannte Notwendigkeit, auch potentielle Marktpreise für die staatlich erbrachte Leistung zu ermitteln, könnte sogar dann bestehen, wenn der Leistung ein tatsächlicher Marktpreis zuzuordnen ist.

Der Marktpreis gibt nämlich als Bewertungskriterium nicht nur Aufschluss über den Geldwert des zugewandten Vorteils selbst, sondern gleichzeitig auch über die Höhe der bei einem marktüblichen Austauschgeschäft zu erwartenden gleichwertigen und damit vorteilsaufzehrenden Gegenleistung.[279] Mit seiner Feststellung werden somit auch ganz wesentliche Grundlagen für die Ermittlung der Marktüblichkeit der Vorteilszuwendung gelegt, indem er die Höhe der beihilfeausschließenden marktüblichen Gegenleistung vorgibt. Die Festlegung des Geldwertes der staatlichen Zuwendung spielt daher eine äußerst bedeutende Rolle bei der

---

ferelevanz seiner Leistungen zu entscheiden. Da eine solche staatliche Anordnung sich aber sowieso immer nur auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates beschränken kann, droht eine solche Situation auch nicht, denn ein einzelner Staat **kann** gar nicht auf dem gesamten europäischen Binnenmarkt der privaten Konkurrenz untersagen, die fragliche Leistung anzubieten.

[277] vgl. zur Privatisierung des Post- und Telekommunikationswesens etwa Ossenbühl, in: FS Quaritsch, S. 237 (240 f.)

[278] siehe dazu etwa unten S. 239 ff. (staatlich vergebene UMTS-Lizenzen); vgl. im Übrigen auch S. 234 ff. (Sendetätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks)

[279] vgl. oben S. 48

Untersuchung, ob das staatliche Verhalten eine verbotene Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG darstellt. Sind nun aber aufgrund staatlicher Maßnahmen die Marktbedingungen schon verfälscht, so kann man dieses bereits staatlich beeinflusste Verhalten der Marktteilnehmer schwerlich als Vergleichsmaßstab zur Ermittlung der beihilferechtlichen Rechtmäßigkeit des staatlichen Handelns heranziehen.[280] Wenn beispielsweise der Staat eine Monopolstellung auf dem Markt innehat, ist nicht sicher, dass der tatsächliche Marktpreis dieser Leistung, also die Höhe der vom Staat tatsächlich auf dem Markt verlangten Gegenleistung, auch wirklich den marktmäßig angemessenen Wert der staatlichen Leistung widerspiegelt.[281] Eine am Marktüblichen orientierte Prüfung der Beihilferelevanz staatlicher Maßnahmen setzt daher voraus, dass in dem betreffenden Mitgliedstaat der Markt grundsätzlich noch frei funktioniert.[282]
Der tatsächliche Marktpreis, zu dem ein Produkt zwischen einem staatlich monopolisierten Anbieter und den Nachfragern gehandelt wird, kann sowohl zu hoch als auch zu niedrig sein, wenn man einen Vergleich mit freien, unverfälschten Marktverhältnissen zieht. Um in solchen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnissen die Beihilferelevanz ermitteln zu können, müsste man eigentlich ebenfalls mit potentiellen Marktpreisen arbeiten, da ansonsten der Staat, der ja bei einem staatlichen Monopol die Preisbildung weitgehend frei in der Hand hat, durch die Preisfestlegung selbst steuern könnte, wann eine angemessene und damit beihilfeausschließende Gegenleistung vorliegt und wann nicht. Über das Vorliegen einer Beihilfe muss aber nach objektiven Bewertungsmaßstäben entschieden werden; es kann nicht im Belieben des Staates liegen.
Zu beachten ist freilich, dass sich Marktpreise auch trotz Fehlens staatlicher Einflussnahmen fehlerhaft bilden können. So können auch Privatunternehmen ohne jegliches Zutun des Staates eine Monopol- oder sonstige beherrschende Stellung auf dem Markt innehaben und ihre Marktmacht dann benutzen, um einen freien Wettbewerb zu verhindern und ihre Konditionen frei von Marktzwängen festzusetzen.[283] Die freie Bildung des Marktpreises durch Angebot und Nachfrage setzt einen vollkommenen Markt voraus, der in der Praxis eher die Ausnahme ist. Insofern spiegelt der tatsächliche Marktpreis oft nur unvollkommen den „wirklichen" Marktwert des Gutes, der sich bei unverfälschten Marktverhältnissen ergäbe, wider. Der Geldwert einer Leistung soll aber möglichst objektiv ermittelt werden und nicht auf subjektivem Verhalten (z.B. eines besonders mächtigen Marktteilnehmers) beruhen.[284] Dies würde aber de facto zu der nicht zu bewältigenden Aufgabe der Kommission führen, **jeden** tatsäch-

---

[280] vgl. Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (454 f.)
[281] vgl. Kirchhof, S. 174
[282] vgl. Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (454 f.)
[283] vgl. hierzu Hancher/Buendia Sierra, CML Rev. 35 (1998), S. 901 (943)
[284] siehe dazu oben S. 46

lich ermittelbaren Marktpreis für eine Leistung noch einmal kritisch daraufhin zu überprüfen, ob er auch wirklich dem **unverfälschten** Marktwert der Leistung entspricht. Dem Abbau solcher Unvollkommenheiten des Marktes sollen aber primär andere Normen im EG-Vertrag dienen.[285] Hierzu kann das Beihilferecht nicht sinnvoll beitragen; es hierfür instrumentalisieren zu wollen, wäre schon vom Ansatz her verfehlt, weil so das tatbestandlich ausdifferenzierte Wettbewerbsschutzsystem des Vertrages unterlaufen würde.
Auch dürfte es aus wettbewerbsorientierter Sicht gar nicht nötig sein, im Beihilferecht den tatsächlichen Wettbewerb um solche Einflussfaktoren bereinigen zu wollen. Staatliche Anordnungen etwa von Monopolen o.ä. können sich schließlich regelmäßig nur auf das Staatsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates beziehen, so dass diese Verfälschung den Wettbewerb in anderen Mitgliedstaaten zumindest unmittelbar nicht betreffen kann. In einem Gemeinsamen Europäischen Markt aber kann die Ermittlung des Marktpreises für eine bestimmte Leistung sowieso nicht auf das Staatsgebiet eines Mitgliedstaates beschränkt sein, sondern muss die Situation auf dem gesamten europäischen Markt berücksichtigen, auf den das Verhalten eines einzelnen Mitgliedstaates immer nur beschränkten Einfluss haben kann.
Daher muss grundsätzlich der tatsächlich auf dem Markt feststellbare Preis der Bewertungsmaßstab für die Ermittlung des objektiven Wertes einer Leistung sein. Nur wenn es an einem tatsächlichen Marktpreis der Leistung fehlt, sollte man auch bloß potentielle Marktpreise als Bewertungskriterium heranziehen.

### 3. Ergebnis

Beihilferelevant sind nur solche durch den Staat gewährten Vorteile, die mit einem Geldwert beziffert werden können. Der Bemessung des Geldwertes ist der (gegebenenfalls auch nur potentielle) Marktwert der Leistung zugrunde zu legen.

## III. Die Marktwidrigkeit der Vorteilszuwendung: Das Fehlen einer vorteilsaufzehrenden marktgemäßen Gegenleistung des Unternehmens

Die Gewährung eines beihilferelevanten Vorteils durch den Staat genügt allerdings noch nicht, um das staatliche Verhalten zu einer vorteilhaften Begünstigung im Sinne des Beihilfe-

---

[285] So unterfällt eine unangemessene Festsetzung des Marktpreises durch ein marktbeherrschendes Unternehmen dem Art. 82 EG (siehe Art. 82 II lit. a). Staatliche (Handels-)Monopole hingegen unterliegen dem Verbot des Art. 31 EG (siehe etwa EuGH Slg. 1997, S. I-5699 [Kommission/Niederlande]; EuGH Slg. 1997, S. I-5789 [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1997, S. I-5815 [Kommission/Frankreich]).

rechts zu machen. Selbst eine Geldzahlung des Staates an ein Unternehmen als - für sich betrachtet - klassische Subventionsleistung ist nach allgemeiner Auffassung keine Subvention, wenn sie bloß der Bezahlung einer (Gegen-)Leistung dient, die der Staat bei dem Unternehmen im Rahmen eines marktgemäßen Leistungsaustauschgeschäftes erworben hat. Das Beihilferecht als Teil des Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrages soll nämlich nur wettbewerbswidriges staatliches Verhalten verhindern, nicht aber eine marktgemäße Beteiligung des Staates an (Aus-)Tauschgeschäften auf dem Markt. Durch eine angemessene marktübliche Gegenleistung des Unternehmens wird die staatliche Vorteilsgewährung jedoch zu einem marktüblichen Vorgang in Form eines Austausches gleichwertiger Leistungen. Der durch die staatliche Leistung gewährte Vorteil wird in diesem Falle durch einen entsprechenden „Nachteil" des Unternehmens - nämlich durch die durch dieses zu erbringende Gegenleistung - gewissermaßen wieder aufgezehrt, so dass es „unter dem Strich" an einer die marktwidrig begünstigende Wirkung einer Subvention kennzeichnenden Vorteilhaftigkeit der staatlichen Maßnahme fehlt. Man kann insoweit anschaulich von einer **begünstigungsausschließenden** oder **vorteilsaufzehrenden** Wirkung einer solchen Gegenleistung sprechen.[286] Die Begünstigung setzt sich daher aus zwei Elementen zusammen: erstens einem staatlich gewährten geldwerten Vorteil, der aber zweitens auch **marktwidrig** gewährt werden muss, wobei die Marktmäßigkeit der Vorteilszuwendung insbesondere durch eine angemessene Gegenleistung des Unternehmens hergestellt werden kann.[287]

Auch wenn von niemandem bestritten wird, dass eine im Rahmen eines marktüblichen Austauschgeschäftes gewährte geldwerte Leistung des Staates keine Begünstigung i.S.d. Beihilferechts darstellt, herrscht aber trotzdem Unklarheit darüber, nach welchem Kriterium die Marktwidrigkeit der Zuwendung als zweites Element einer jeden Begünstigung denn genau zu bestimmen ist.

## 1. Vergleich der verschiedenen Kriterien zur Bestimmung der Marktwidrigkeit der Vorteilszuwendung

Die wohl üblichste Umschreibung für die Marktwidrigkeit des staatlich gewährten Vorteils lautet, dass die Vorteilsgewährung **ohne marktgemäße Gegenleistung** erfolgt.[288] Die Rede ist jedoch auch davon, die Subvention sei durch die **Unentgeltlichkeit** der Vorteilsgewährung

---

[286] vgl. Damm, S. 89 f.

[287] siehe dazu bereits oben S. 21 f.

[288] Ose, S. 55; Rodi, S. 45; Soukup, S. 5; Eilmansberger, Staatliche Beihilfen, S. 26; Cremer, Forschungssubventionen, S. 31; Ronellenfitsch, VerwArch 2001, S. 293 (303); Welser, JA 2002, S. 240 (241); Schaefer/Kreile/Gerlach, ZUM 2002, S. 182 (184)

gekennzeichnet.[289] Andere wiederum wollen die subventionierende Zuwendung durch ihre **marktrelative Günstigkeit** charakterisieren.[290] Gerade in der Praxis von Kommission und Rechtsprechung wird hingegen häufig der Vergleich mit dem Verhalten eines privaten Investors herangezogen, um die Marktüblichkeit bzw. Marktwidrigkeit der Vorteilszuwendung zu ermitteln (sog. **Kriterium des Privatinvestors oder Privatinvestortest**).[291]
Im Folgenden sollen diese Kriterien auf ihren Inhalt sowie ihre Eignung für die Ermittlung der Marktwidrigkeit der Zuwendung untersucht werden.

**a) Das Kriterium des Fehlens einer marktgemäßen Gegenleistung**

Eine Beihilfe liegt nach dieser Auffassung vor, wenn der staatlichen Leistung keine marktmäßige Gegenleistung gegenübersteht.[292]
Da das Marktgeschehen durch einen Austausch von Wirtschaftsgütern gekennzeichnet ist[293], ist es in der Tat marktüblich, für eine Leistung auch eine Gegenleistung zu verlangen. Am vorteilhaften, begünstigenden Charakter der Zuwendung fehlt es aber nur, wenn die staatliche Leistung durch eine **entsprechende** marktmäßige Gegenleistung des Unternehmens kompensiert wird.[294] Damit die Gegenleistung des Unternehmens den staatlich zugewandten Vorteil aufzehren kann, muss das Unternehmen dem Staat nicht nur überhaupt eine Gegenleistung erbringen, sondern ihr Wert muss auch dem der staatlichen Leistung äquivalent sein.[295] Leistung und Gegenleistung müssen sich also vom Wert her entsprechen, denn kennzeichnend für ein unverfälschtes Marktgeschehen ist ein Austausch **gleichwertiger** Leistungen zwischen den Marktteilnehmern. Der staatlich zugewandte geldwerte Vorteil kann mit anderen Worten nur insoweit durch die Gegenleistung des Unternehmens aufgezehrt werden, als deren Wert

---

[289] Jooss, S. 292, Albers, Band III, S. 267; Ose, S. 55
[290] Häring, S. 130 ff.; Damm, S. 81; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (418)
[291] 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 60; EuGH Slg. 1985, S. 809 (823 f.) [Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 2263 (2285 f.) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 2321 (2344 f.) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1990, S. I-307 (361) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]; EuGH Slg. 1990, S. I-959 (1012) [Belgien/Kommission („Tubemeuse")]; EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1475 f.) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]; EuGH Slg. 1991, S. I-4437 (4458) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2675) [Sytraval und Brink's France/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-3235 (3285 f.) [BP Chemicals/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2603 (2643) [DSG/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3899) [Alitalia/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3107 f.) [HAMSA/Kommission]
Auch in der Lit. wird vielfach natürlich dieser Praxis gefolgt: siehe etwa H/O/S, S. 162; Soukup, S. 85 ff.; Harings, S. 15 ff.; Reuter, ZIP 2002, S. 737 (741); Bartosch, NJW 2001, S. 921 (922); Schütte/Hix, CML Rev. 32 (1995), S. 215 (222); Martin-Ehlers, EWS 1999, S. 244 (246); Schohe/Hoenike, EuZW 1997, S. 741 (741 f.).
[292] Rodi, S. 45; Soukup, S. 5
[293] Stobbe, S. 11; Dichtl/Issing, S. 1236
[294] Immenga/Rudo, S. 43; Ronellenfitsch, VerwArch 2001, S. 293 (303); vgl. Koenig/Kühling, EuZW 2000, S. 197
[295] Streinz, Europarecht, S. 344; vgl. Immenga/Rudo, S. 43

reicht. Die Forderung nach einer marktmäßigen Gegenleistung muss also, um genau zu sein, als Forderung nach einer der Höhe nach **angemessenen marktmäßigen Gegenleistung** verstanden werden.[296] Das Kriterium der angemessenen marktmäßigen Gegenleistung erscheint so als durchaus gut geeignet, über die Marktmäßigkeit bzw. Marktwidrigkeit der vorteilhaften staatlichen Leistung an das Unternehmen Auskunft zu geben. Insofern als Staat und Unternehmen zwei gleichwertige marktmäßige Leistungen austauschen, liegt nämlich ein marktübliches Austauschgeschäft, also eine marktgemäße Transaktion vor, die nicht zu den wettbewerbsverfälschenden Beihilfen gerechnet werden kann.
Die Richtigkeit der Frage nach der Höhe der vom Unternehmen erbrachten Gegenleistung für die Beurteilung der Marktmäßigkeit der staatlichen Zuwendung ergibt sich im Übrigen auch schon als Folge aus der festgestellten Notwendigkeit der Bewertung der staatlichen Leistung zum Marktwert, denn der Marktwert (= „Preis") einer Leistung gibt doch nichts anderes wieder als die Höhe der für die Leistung marktüblich zu erwartenden Gegenleistung.

**b) Das Kriterium der Unentgeltlichkeit**

Die Begünstigung ist nach dieser Auffassung dadurch gekennzeichnet, dass der Staat seine vorteilhafte Leistung unentgeltlich erbringt.[297] Sobald das Unternehmen irgendein Entgelt als Gegenleistung für die staatliche Zuwendung aufbringt, liegt aber an sich ein entgeltliches Geschäft und damit keine unentgeltliche Zuwendung vor. So eng wird der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung jedoch nicht verstanden. Nicht jede auch noch so geringe Gegenleistung des Unternehmens wird als ausreichend für die Annahme einer entgeltlichen Leistungszuwendung angesehen[298], sondern unter den Begriff der unentgeltlichen Leistung werden vielmehr auch teilunentgeltliche Leistungen gefasst.[299] Nur ein Teil des zugewandten Vorteils wird in diesem Falle nämlich von der Gegenleistung gedeckt, wohingegen in dem übrigen, überschießenden Teil der Vorteilszuwendung eine unentgeltlich gewährte (Teil-)Leistung liegt.[300] Eine Leistung ist daher nicht nur dann unentgeltlich erbracht, wenn sie ganz ohne Vergütung erfolgt, sondern bereits dann als (teil)unentgeltlich erbracht anzusehen, wenn die Vergütung der Höhe nach nicht angemessen ist.[301] Für die Bestimmung des unentgeltlichen

---

[296] vgl. Sinnaeve, S. 31: „ausreichende und marktübliche Gegenleistung"
[297] Jooss, S. 292; J.-P. Schneider, S. 42
[298] Rodi, S. 155 f.
[299] Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 13; vgl. hierzu auch EuGH Slg. 1977, S. 163 (179 und 182) [Benedetti/Munari]: Verkauf von Getreide unter Marktpreis; siehe auch EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2675) [Sytraval und Brink's France/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. I-1719 (1772 f.) [Kommission/Sytraval und Brink's France]
[300] Rodi, S. 156 ; Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 13; Grabitz/Hilf - von Wallenberg, Art. 92 EGV Rn. 7
[301] Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 13

Teils der Leistung kommt es dabei entscheidend auf das am Markt erzielbare Entgelt für die Leistung an.[302] Damit aber läuft die Frage nach der Unentgeltlichkeit der Zuwendung letztlich bloß auf die Frage nach einer angemessenen Gegenleistung hinaus, so dass das Kriterium der Unentgeltlichkeit sich inhaltlich mit der Frage nach einer angemessenen marktgemäßen Gegenleistung deckt.[303]

**c) Das Kriterium der marktrelativen Günstigkeit**

Die Marktwidrigkeit und damit Beihilferelevanz einer staatlichen Vorteilszuwendung soll sich nach dieser Auffassung aus ihrer marktrelativen Günstigkeit ergeben.[304] Die marktrelative Günstigkeit einer bestimmten staatlichen Leistung wiederum wird danach bestimmt, ob die Leistung zu **Bedingungen** erbracht wird, die für den Leistungsempfänger **günstiger als die am freien Markt üblichen** sind.[305]

Die wichtigste derjenigen Bedingungen, zu denen eine Leistung am Markt erbracht wird, ist sicherlich ihr Preis. In die Preisbildung auf dem Markt fließen dabei regelmäßig auch die sonstigen Leistungsbedingungen (z.B. hohe Qualität der Leistung, schnelle Lieferung, guter Service) mit ein, so dass der Versuch, die marktmäßig angemessene Gegenleistung für eine bestimmte Leistung zu bestimmen, immer automatisch auch eine marktmäßige Berücksichtigung eines Großteils der weiteren Leistungsbedingungen mit sich bringt. Die Leistung wird vom Staat daher insbesondere dann zu günstigeren als den marktüblichen Bedingungen erbracht, wenn er sie zu einem günstigeren Preis als dem für eine solche Leistung marktüblichen abgibt. Dementsprechend wird auch die marktrelative Günstigkeit vielfach ermittelt durch die Gegenüberstellung von staatlicher Leistung und etwaiger Gegenleistung des Unternehmens[306], so dass es naheliegt anzunehmen, dass die Frage nach der marktrelativen Güns-

---

[302] Ruge, WuW 2001, S. 560 (564)

[303] siehe dazu Häring, S. 127 f.; H.-P. Ipsen, S. 367; vgl. auch Ose, S. 55; Deckert/Schroeder, EuR 1998, S. 291 (293 f.); Ruge, WuW 2001, S. 560 (561); Rodi, S. 155 f.

[304] Pechstein/Damm, EWS 1996, S. 333 (336); Schernthanner, S. 34 f.; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (418)

[305] Häring, S. 131; vgl. Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (418); Pechstein/Damm, EWS 1996, S. 333 (336); Griffiths, ECLR 21 (2000), S. 399 (405)

[306] Damm, S. 80 f.

Ein Unterschied liegt allenfalls darin, dass das Kriterium der marktrelativen Günstigkeit nach der marktmäßigen Angemessenheit der staatlichen Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung des Unternehmens fragt, das Kriterium der marktmäßigen Gegenleistung dagegen nach der marktmäßigen Angemessenheit der Gegenleistung des Unternehmens im Verhältnis zur staatlichen Leistung. Von welcher Richtung her man die Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses betrachtet (ob von der Leistungs- oder von der Gegenleistungsseite her), spielt für die Ermittlung, ob ein ausgeglichenes und damit marktgemäßes oder ein unausgeglichenes und damit marktwidriges Leistungsaustauschverhältnis vorliegt, jedoch keine Rolle (vgl. Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 55 f.).

tigkeit ebenfalls der Frage nach einer angemessenen marktmäßigen Gegenleistung gleichkommt.[307]

Ausdrücklich gegen eine solche Gleichsetzung der Kriterien der marktrelativen Günstigkeit und der angemessenen marktmäßigen Gegenleistung wendet sich freilich *Schernthanner*: Bereits in der Ermöglichung eines Geschäftsabschlusses zu regulären Bedingungen könne eine Beihilfe liegen.[308] In einem Darlehen, das nicht nur rückzahlbar, sondern auch zu marktgerechten Konditionen verzinst sei, könne trotzdem eine marktwidrige und damit beihilferelevante Begünstigung liegen, wenn der Kreditsuchende aufgrund seiner finanziellen Gesamtsituation auf dem Markt entsprechende Mittel gar nicht oder nur zu äußerst ungünstigen Konditionen hätte aufnehmen können.[309] Daher unterscheide sich das Kriterium der marktrelativen Günstigkeit von dem der marktgerechten Gegenleistung.[310]

Dem ist entgegenzuhalten, dass *Schernthanner* hier das Kriterium der marktgerechten Gegenleistung nicht korrekt angewandt hat: Die Ausgeglichenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses muss immer für den konkreten Einzelfall ermittelt werden. Es muss also danach gefragt werden, welche Gegenleistung **gerade für die erbrachte staatliche Leistung** auf dem Markt zu erwarten wäre. In einem Darlehenszinssatz spiegelt sich aber immer das mit dem Darlehen verbundene Ausfallrisiko wieder. Darlehen an „gute Risiken" werden auf dem Markt günstiger vergeben als an „schlechte Risiken". Ist die finanzielle Gesamtsituation des kreditnehmenden Unternehmens so schlecht, dass das Ausfallrisiko des Kredites deutlich erhöht ist, so kann als marktgerechte Gegenleistung für dieses stark risikobehaftete Darlehen daher nicht der marktübliche Zinssatz für ein mit bloß üblichem Ausfallrisiko behaftetes Darlehen angesetzt werden. Wenn der Kreditsuchende aufgrund seiner finanziell schwierigen Situation das Darlehen auf dem Markt nur zu äußerst ungünstigen Konditionen hätte aufnehmen können, ist eben dieser ungünstige, das erhöhte Ausfallrisiko des konkreten Geschäftes widerspiegelnde Zinssatz die marktgerechte Gegenleistung für die Darlehensvergabe.[311] Zahlt das Unternehmen bloß einen geringeren, für „normale" Darlehen

---

[307] so etwa Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 55 f.; vgl. auch Rodi, S. 155 f.
[308] Schernthanner, S. 33
[309] Schernthanner, S. 34
[310] Schernthanner, S. 34 f.
[311] Ist die finanzielle Situation des Unternehmens so schlecht, dass es auf dem Markt gar kein Darlehen mehr erhalten hätte, weil mit einer Rückzahlung des Darlehens nicht zu rechnen wäre, kann das als marktüblich anzusehende Risikoentgelt und damit der Beihilfewert des Darlehens sogar in voller Höhe der ausgezahlten Darlehenssumme entsprechen (vgl. dazu Bartosch, EuZW 2001, S. 229 (231); Götz, in: Dauses H III Rn. 37; EuGH Slg. 1998, S. II-757 (778 und 787) [Cityflyer Express/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-17 (68) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]; Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (14)).

marktüblichen Zinssatz, ist seine Gegenleistung dagegen zu niedrig und eben nicht marktmäßig angemessen.

Bei sachgerechter Anwendung des Kriteriums der marktgemäßen Gegenleistung führt dieses also gerade zu dem von *Schernthanner* zu Recht angestrebten Ergebnis, in einem „normal" verzinsten Darlehen eine Beihilfe zu sehen, wenn die finanzielle Lage des Kreditnehmers so ungünstig ist, dass er zu normalen Konditionen kein Darlehen erhalten hätte. In einem Geschäft zu regulären Bedingungen kann auch nach dem Kriterium der marktmäßig angemessenen Gegenleistung eine beihilferelevante Begünstigung liegen, wenn nämlich sich dieses Geschäft von vergleichbaren marktüblichen Geschäften so deutlich unterscheidet, dass nicht die für diese „regulären" Geschäfte marktübliche Gegenleistung herangezogen werden kann, sondern der Irregularität des Geschäftes dadurch Rechnung zu tragen ist, dass versucht werden muss, die angemessene Gegenleistung gerade für ein solche Besonderheiten aufweisendes Geschäft zu ermitteln. Entgegen der Auffassung von *Schernthanner* kommen die Kriterien der marktrelativen Günstigkeit und der marktgerechten Gegenleistung - ihre verständige Anwendung vorausgesetzt - hier also bei der Beurteilung der Marktmäßigkeit der staatlichen Leistungsgewährung zu dem gleichen Ergebnis, dass das Unternehmen die staatliche Leistung marktwidrig zu günstigeren Bedingungen als denen des Marktes - nämlich: zu einem in Anbetracht der Leistungsbedingungen zu günstigen **Preis** - erhalten hat.

Die Kriterien der marktrelativen Günstigkeit und der marktmäßig angemessenen Gegenleistung können aber nur solange zum selben Ergebnis führen, als die marktwidrig günstigeren **Bedingungen**, zu denen der Staat seine Leistung erbringt, auch **in den Marktpreis der Leistung eingehen**. Nur nach dem Kriterium der marktrelativen Günstigkeit, nicht aber nach dem Kriterium der marktmäßig angemessenen Gegenleistung können dagegen staatliche Leistungen als beihilferelevant angesehen werden, die zu marktwidrigen Bedingungen gewährt werden, wenn diese Leistungsbedingungen sich nicht im Marktwert der Leistung niederschlagen und folglich keinen Einfluss auf die Höhe der marktmäßig als angemessen anzusehenden Gegenleistung haben. Jedoch erscheint es nach Ansicht des Verfassers auch nicht als sinnvoll, in solchen Fällen eine Beihilfe anzunehmen. Der staatlich gewährte geldwerte Vorteil wird durch die gleichwertige Gegenleistung des Unternehmens in diesem Falle nämlich voll aufgezehrt, so dass dem Unternehmen aus den unüblichen Leistungsbedingungen zwar ein marktwidriger Vorteil entstehen mag, aber letztlich eben kein **geldwerter** Vorteil verbleibt, wie er aus einer gegenleistungslosen Geldzahlung des Staates entsteht. Das Beihilferecht soll aber

nicht jede Gewährung marktwidriger Vorteile, sondern nur die marktwidrige Gewährung geldwerter Vorteile[312] erfassen, die einer klassischen Subventionierung gleichkommen.
Auch nach dem Kriterium der marktrelativen Günstigkeit sollten daher nach Ansicht des Autors nur solche staatlichen Leistungsgewährungen als Beihilfen eingestuft werden, die zu günstigeren als Marktbedingungen erfolgen, wenn diese Bedingungen auch einen Einfluss auf die Festlegung des angemessenen Marktpreises der Leistung - und damit auf die Höhe der für die Leistung marktüblich zu erwartenden Gegenleistung - haben. Versteht man die marktrelative Günstigkeit aber in diesem Sinne, kommt sie ebenfalls bloß der Frage nach der Höhe der für die staatliche Leistung angemessenen marktmäßigen Gegenleistung gleich und entspricht somit dem Kriterium der marktmäßig angemessenen Gegenleistung.

**d) Das Kriterium des Privatinvestors (sog. Privatinvestortest)**

Das Kriterium des Privatinvestors ist von der Kommission eingeführt und von EuGH und EuG in ihrer Rechtsprechung gebilligt worden.[313] Ob eine Begünstigung vorliegt, wird hiernach ermittelt, indem das Verhalten des Staates damit verglichen wird, wie sich ein privater Kapitalgeber unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen verhalten hätte.[314]
Auch wenn die Bezeichnung Privat**investor**test zunächst darauf hindeutet, dass dieser Test auf Investitionssachverhalte beschränkt ist, so herrscht mittlerweile doch Einigkeit darüber, dass das Kriterium des privaten Investors auf alle beihilfeverdächtigen staatlichen Maßnahmen Anwendung finden kann, egal ob der Staat als Investor oder aber beispielsweise als Verkäufer, Kreditgeber oder Auftraggeber[315] handelt.[316] Dementsprechend ist im Rahmen des Privatinvestortests nicht allein danach zu fragen, ob der Staat wie ein normaler privater **Investor** handelt, sondern vielmehr danach, ob der Staat sich „wie ein normaler **Wirtschaftsteil-**

---

[312] siehe oben S. 44

[313] vgl. EuGH Slg. 1985, S. 809 (823 f.) [Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 2263 (2285 f.) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 2321 (2344 f.) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1990, S. I-307 (361) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]; EuGH Slg. 1990, S. I-959 (1012) [Belgien/Kommission („Tubemeuse")]; EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1475 f.) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]; EuGH Slg. 1991, S. I-4437 (4458) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2675) [Sytraval und Brink's France/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-3235 (3285 f.) [BP Chemicals/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2603 (2643) [DSG/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3899) [Alitalia/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3107 f.) [HAMSA/Kommission]

[314] 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 60; H/O/S, S. 162

[315] Ließ der EuGH die Anwendbarkeit dieses Kriteriums für den Fall der öffentlichen Auftragsvergabe zunächst offen (siehe EuGH Slg. 1990, S. I-889 (922) [Du Pont de Nemours Italiana]), so wendet er es mittlerweile auch hier an (siehe EuGH Slg. 1999, S. II-139 (163 f.) [BAI/Kommission]).

[316] Bartosch, EuZW 2001, S. 229 (231); Sinnaeve, S. 226; vgl. Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (9)

**nehmer**“[317] verhält. Die Bezeichnung Privat**investor**test erklärt sich bloß daraus, dass dieses Kriterium zunächst in Fällen staatlicher Unternehmensinvestitionen entwickelt und angewendet worden ist.[318] Da es sich bei Beihilfen aber nicht immer um Investitionssachverhalte handelt, wäre es somit korrekter, etwa vom „Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers“[319] statt vom Privatinvestortest zu sprechen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Bezeichnung Privatinvestortest sich aber eingebürgert hat und trotz der vom Wortlaut her an sich gegebenen Beschränkung auf Investitionssachverhalte mittlerweile faktisch auch auf andere staatliche Leistungen Anwendung findet[320], kann man an ihr jedoch auch festhalten, zumal eine korrekte Bezeichnung deutlich umständlicher klingen würde.

Inhaltlich bedeutet der Privatinvestortest, dass die Beihilfeeigenschaft der staatlichen Maßnahme durch einen Vergleich des staatlichen Handelns mit dem hypothetischen Handeln eines privaten Marktteilnehmers unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen zu ermitteln ist.[321] Die Aussage, dass die Beihilferelevanz des staatlichen Verhaltens durch einen Vergleich mit dem Verhalten eines privaten Marktteilnehmers festzustellen ist, darf aber nicht missverstanden werden. Der Privatinvestortest bedeutet nicht, dass automatisch eine Begünstigung vorliegt, sobald das staatliche Verhalten von dem eines wirtschaftlich denkenden privaten Marktteilnehmers abweicht. Bei einem solchen Verständnis des Privatinvestortests wäre nämlich jede marktwidrige Maßnahme des Staates eine Beihilfe, ja sogar staatliche Hoheitsakte, da grundsätzlich nur der Staat, aber kein Privater Hoheitsakte erlassen darf, also das staatliche Verhalten sich hier eindeutig von dem Verhalten eines Privaten auf dem Markt unterscheidet. Art. 87 I EG erfasst jedoch nicht jedes marktwidrige staatliche Verhalten, sondern nur die marktwidrige staatliche Gewährung **geldwerter** Vorteile.[322]

Der Privatinvestortest bedeutet daher, dass der Staat **für das investierte Kapital** - also eine staatliche „Investition“ in Form einer Geldleistung oder einer dieser gleichkommenden, sprich geldwerten Zuwendung - **eine annehmbare Rendite** erhalten muss, wie sie auch ein privater Investor erwarten würde.[323] Die Forderung nach einer annehmbaren Rendite stellt aber nichts anderes dar als die Forderung nach einer marktüblichen, angemessenen Gegenleistung, so

---

[317] EuGH Slg. 1988, S. 219 (270) [van der Kooy/Kommission („Gasunie“)]

[318] Hancher/Buendia Sierra, CML Rev. 35 (1998), S. 901 (935)

[319] vgl. Bartosch, EuZW 2001, S. 229 (231); EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2293) [EPAC/Kommission]

[320] So wendet z.B. Ruge den Privatinvestortest (von ihm - gleichbedeutend - als „Privatkapitalgebertest“ bezeichnet) auf die Lieferung von Strom gegen Entgelt an (Ruge, WuW 2001, S. 560 (564)) - ersichtlich kein Investitionssachverhalt!

[321] Sinnaeve, S. 227; 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 60; H/O/S, S. 162

[322] siehe schon S. 44; vgl. auch S. 63 f.

[323] vgl. EuGH Slg. 1990, S. I-307 (361) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères“)]; EuGH Slg. 1990, S. I-959 (1012) [Belgien/Kommission („Tubemeuse“)]

dass auch der Privatinvestortest der Frage entspricht, ob die geldwerte Leistung (= „Investition") des Staates gegen eine angemessene marktübliche Gegenleistung erfolgt.[324]

### e) Fazit

Trotz der unterschiedlichen Bezeichnungen, durch die die Marktwidrigkeit der staatlichen Zuwendung auszudrücken versucht wird (Fehlen einer angemessenen marktmäßigen Gegenleistung, Unentgeltlichkeit, marktrelative Günstigkeit, Privatinvestortest), bedeuten diese Kriterien bei richtigem Verständnis inhaltlich dasselbe, indem sie letztlich alle nach dem Vorliegen einer **angemessenen marktmäßigen Gegenleistung** für die staatliche Leistung fragen, also danach, ob der Staat die geldwerte Zuwendung günstiger vergeben hat, als sie am Markt zu erhalten gewesen wäre, indem er ganz oder teilweise auf eine marktmäßige Gegenleistung entsprechender Höhe verzichtet hat. Die verschiedenen Bezeichnungen können also gleichbedeutend verwendet werden.

## 2. Das Problem der Bestimmung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung

Mit der Feststellung, dass nur angemessene marktmäßige Gegenleistungen, die das Unternehmen für die staatliche Zuwendung erbringt, beihilfeausschließend wirken, ist noch nicht die Frage beantwortet, anhand welcher Kriterien im Einzelfalle zu entscheiden ist, ob eine Gegenleistung des Unternehmens als marktmäßig und angemessen einzustufen ist.

### a) Die fehlende vorteilsaufzehrende Wirkung kostenverursachender, aber nicht marktgemäßer Gegenleistungen

Die Subvention ist, obwohl sie ohne marktgemäße Gegenleistung gewährt wird, keine Schenkung.[325] Die öffentliche Hand verfolgt mit der Gewährung von Subventionen stets einen öf-

---

[324] vgl. Ruge, EuZW 2001, S. 247, der die Kriterien „ohne marktübliche Gegenleistung" und den Privatinvestortest gleichsetzt; ebenso Streinz, JuS 2001, S. 596; Ruge, WuW 2001, S. 560 (561 und 564); Sinnaeve, S. 31 f.
Vielfach wird auch gesagt, der Privatinvestortest diene der Ermittlung, ob die Transaktion **zu günstigeren als den marktüblichen Bedingungen** stattgefunden hat (Sinnaeve, S. 229; vgl. Koenig/Braun/Lekar, EuZW 1998, S. 5 (7); Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (443); EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1476) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]; EuGH Slg. 1991, S. I-4437 (4460) [Italien/Kommission]). Dieser Ansatz deckt sich mit der Frage nach der marktrelativen Günstigkeit des Vorgangs (siehe oben S. 61), und ebenso wie beim Kriterium der marktrelativen Günstigkeit können insoweit auch hier nur Abweichungen von Marktbedingungen von Interesse sein, die sich in der Ermittlung des angemessenen Preises der Leistung widerspiegeln (siehe schon oben S. 63 f.).
[325] H.-P. Ipsen, S. 367

fentlichen Zweck, zu dessen Erreichung das subventionierte Unternehmen durch Erbringung einer bestimmten Gegenleistung beitragen soll.[326] Der Staat hat nämlich nichts zu verschenken, sondern er erwartet zumindest eine „Gegenleistung i.w.S.", indem die Subvention ein bestimmtes Verhalten des Subventionsempfängers stimulieren oder unterstützen soll.[327] Dass der Empfänger durch die Vorteilsgewährung zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden soll, entspricht somit dem Regelfall der Subventionsvergabe, so dass dieses Verhalten keine den Tatbestand der Beihilfe ausschließende Gegenleistung darstellen kann.[328] Für jede Subvention erbringt das subventionierte Unternehmen also letztlich eine Gegenleistung. Die Unentgeltlichkeit der Subvention wird daher auch nicht definiert als Erbringung der staatlichen Leistung an das Unternehmen „völlig ohne Gegenleistung", sondern nur als Zuwendung „ohne **marktgemäße** Gegenleistung"[329], weil nur bei einer marktüblichen Gegenleistung ein normaler wirtschaftlicher Vorgang und keine marktwidrige Begünstigung vorliegt.[330]

Das wohl klassischste Beispiel für eine Gegenleistung, die der Staat von dem subventionierten Unternehmen erwartet und die nicht vorteilsaufzehrend und damit begünstigungsausschließend wirkt, ist die Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen durch das Unternehmen (sog. Beschäftigungsbeihilfen[331]). Obwohl der Empfänger einer solchen Beschäftigungsbeihilfe **verpflichtet** ist, Arbeitsplätze zu schaffen oder zu erhalten, also zwingend eine Gegenleistung für die geldwerte staatliche Leistung erbringen muss[332], steht diese Gegenleistungspflicht dem Beihilfecharakter der Zuwendung nicht entgegen.[333]

Dies gilt anerkanntermaßen selbst dann, wenn diese Gegenleistung für das Unternehmen Kosten verursacht, die die Höhe der geldwerten Zuwendung erreichen oder gar überschreiten. So betraf etwa das Urteil des EuGH in der Rs. C-310/99 eine Beihilfe für die Einstellung neuer Mitarbeiter, die durch die teilweise Befreiung von Sozialabgaben gewährt wurde.[334] Indem die staatliche Zuwendung durch eine Ermäßigung der Sozialbeiträge für die neu eingestellten Arbeitnehmer gewährt wurde, war sichergestellt, dass sie nur dann fließen konnte, wenn auch tatsächlich ein Arbeitnehmer neu eingestellt wurde, so dass der staatlichen Leistung notwendig eine entsprechende Gegenleistung des Unternehmens, Arbeitsplätze geschaffen zu haben,

---

[326] Jooss, S. 292; Gersdorf, S. 85
[327] H.-P. Ipsen, S. 367; vgl. Dichtl/Issing, S. 1799; Jooss, S. 292; Elfter Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 11/1338, S. 8
[328] Rodi, S. 155
[329] siehe oben S. 60 f. und 66
[330] Koschyk, S. 40 f.
[331] siehe zu diesem Begriff die Leitlinien der Kommission für Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 1995, C 334, S. 4
[332] so auch Gersdorf, S. 85
[333] Koschyk, S. 40 f.; Bartosch, CML Rev. 39 (2002), S. 551 (572); vgl. EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1338 f.) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1385 (1410 f.) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; vgl. auch Leitlinien der Kommission für Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 1995, C 334, S. 4 (8)
[334] EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2325) [Italien/Kommission]

gegenüberstand. Da die staatliche Leistung bloß in der Ermäßigung von Sozialabgaben lag, war sie auch deutlich niedriger als die dem Unternehmen für die Neueinstellung entstehenden Kosten. Schließlich muss das Unternehmen für die neu eingestellten Arbeitnehmer Lohn plus Sozialabgaben zahlen, und erstere Kosten wurden gar nicht, letztere nur teilweise gedeckt, so dass die Leistung des Staates sogar sehr deutlich unter den dem Unternehmen entstehenden Kosten lag. Trotzdem schloss der EuGH sich der Ansicht der Kommission an, die diese staatliche Unterstützung als Beihilfe qualifizierte.[335] Die Schaffung von Arbeitsplätzen ist also keine beihilfeausschließende Gegenleistung, selbst wenn die dadurch dem Unternehmen zusätzlich entstehenden Kosten den Geldwert der staatlichen Zuwendung übersteigen.[336] Allein die Tatsache, dass das Unternehmen eine Gegenleistung erbringt, deren Kosten den staatlich zugewandten Vorteil wieder aufzehren, steht der Annahme einer Begünstigung also nicht im Wege.[337]

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch daraus, dass es sehr wohl denkbar ist, dass das unterstützte Unternehmen die (Gegen-)Leistung weniger effizient herstellt als die Konkurrenz.[338] Die Erstattung der (überhöhten) Kosten stellt sich dann als marktwidrige Unterstützung eines ineffizienten Marktteilnehmers dar.[339] Auch hieran sieht man, dass die Tatsache, dass die staatliche Zuwendung bloß Kosten, die dem Unternehmens für die Erbringung einer Gegenleistung entstehen, abdeckt, noch keinen Grund dafür bilden kann, diese Zuwendung nicht als Beihilfe anzusehen, selbst wenn die Zuwendung durch Kosten des Unternehmens letztlich wieder aufgezehrt wird.

Daher muss ein Kriterium gefunden werden, anhand dessen die marktgemäßen - und damit vorteilsmindernd auf den staatlicherseits zugewandten geldwerten Vorteil anrechenbaren - Gegenleistungen des Unternehmens von den nicht marktgemäßen - und damit in der Begünstigungsberechnung nicht zu berücksichtigenden - Gegenleistungen abgegrenzt werden können.

---

[335] EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2339) [Italien/Kommission]

[336] Sie kann allenfalls einen Grund dafür bieten, dass die Kommission die Beihilfen gemäß Art. 87 III EG für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt (siehe dazu EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2329 und 2343) [Italien/Kommission]).

[337] vgl. auch EuGH Slg. 1999, S. I-6639 (6668) [Frankreich/Kommission]

[338] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 49

[339] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 49

## b) Das Kriterium zur Feststellung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung

### aa) Das Synallagma zwischen Leistung und Gegenleistung

Die fehlende Berücksichtigungsfähigkeit mancher Gegenleistungen des Unternehmens bei der Subventionsberechnung könnte am fehlenden **Synallagma** liegen[340], denn gerade die typischen marktmäßigen Leistungsaustauschbeziehungen wie z.B. der Kaufvertrag sind durch einen synallagmatischen Leistungsaustausch gekennzeichnet.
Bereits aus dem Wirkungskriterium ergibt sich aber, dass es nicht auf die formal-synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ankommen kann, sondern allein darauf, ob im konkreten Fall tatsächlich der staatlichen Zuwendung eine Gegenleistung des Unternehmens gegenübersteht.[341] Wie so häufig im Beihilferecht ist ein formales Kriterium wie das der synallagmatischen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung für eine Abgrenzung ungeeignet.

### bb) Die Freiwilligkeit der Gegenleistung

Das Vorliegen einer Begünstigung wird zum Teil verneint, wenn ein einem Unternehmen gewährter beihilferelevanter Vorteil nur Kosten ausgleicht, die dem Unternehmen durch die Belastung mit gesetzlich zugewiesenen Aufgaben entstehen, die sie freiwillig nicht übernehmen würden.[342] In der unfreiwilligen öffentlichen Aufgabenerfüllung durch das Unternehmen liege eine marktgerechte Gegenleistung.[343] Die Marktmäßigkeit der Gegenleistung hinge hiernach wesentlich von der **(Un-)Freiwilligkeit** der Übernahme der Gegenleistungspflicht ab.
Gegen eine Berücksichtigung solcher gesetzlich auferlegter Pflichten als vorteilsaufzehrende marktgemäße Gegenleistung für eine staatliche Zuwendung spricht aber, dass der Staat aufgrund seiner Hoheitsgewalt einem Unternehmen (zumindest in einem gewissen Rahmen[344]) sowieso - also **auch ohne geldmäßige Kompensation** - auferlegen kann, Verpflichtungen im

---

[340] so etwa die Kommission in EuGH Slg. 2002, S. II-3961 (3975 f.) [Linde/Kommission]
[341] Hasselmann, S. 56; Koenig/Kühling, NJW 2000, S. 1065 (1066); Spuller, LKV 2001, S. 252 (253); Damm, S. 90; vgl. Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (757)
[342] Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (173)
[343] vgl. Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (174)
[344] siehe als Beispiel hierzu etwa die Pflichtexemplarentscheidung des BVerfG (BVerfGE 58, 137), wonach die Pflicht, dem Staat im Gemeinwohlinteresse ein Exemplar jedes veröffentlichten Buches zu überlassen, grundsätzlich auch ohne Kostenerstattung angeordnet werden kann, wobei in diesem Urteil aber auch die (in diesem Falle national-verfassungsrechtlichen) Grenzen für die Auferlegung solcher Pflichten aufgezeigt werden

Gemeinwohlinteresse zu erfüllen, die für das Unternehmen Kosten verursachen. Die Verpflichtung eines Unternehmens, kostenverursachende Gemeinwohlaufgaben zu erfüllen, steht also nicht in einem notwendigen Zusammenhang mit einer entsprechenden Kostenerstattung.[345] Verknüpft der Staat nun diese Pflicht mit einer Ausgleichszahlung, so kann man letztere nicht automatisch als übliches Entgelt für die Pflichterfüllung einstufen, da das Unternehmen die Pflicht grundsätzlich auch ohne einen solchen Ausgleich erfüllen müsste. Die staatliche Kostenerstattung kann daher durchaus als eine reine Förderungsleistung zu Gunsten des Unternehmens und somit als Beihilfe angesehen werden.

Hinzu kommt, dass es in Anbetracht der Tatsache, dass marktübliche Leistungsaustauschbeziehungen üblicherweise auf vertraglichen, also freiwilligen Vereinbarungen beruhen, sowieso als zumindest fragwürdig erscheint, warum im Beihilferecht gerade unfreiwillig übernommene Gegenleistungen des Unternehmens als marktgerecht qualifiziert werden sollten.

Entscheidend gegen ein Abstellen auf die Freiwilligkeit der Gegenleistung zur Beurteilung ihrer Marktmäßigkeit spricht letztlich auch, dass der Staat den Austausch exakt derselben Leistungen oft auf ganz verschiedene Art sichern kann:

Dass etwa aus sozialen Gründen erfolgende staatliche Zuwendungen, die die Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen bezwecken, hierin keine marktgemäße Gegenleistung finden, ist anerkannt.[346] Warum eine bestimmte Leistung wie die Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen aber auf einmal eine marktgerechte Gegenleistung werden soll, wenn der Staat die Unternehmen gesetzlich hierzu verpflichtet[347], ist nicht ersichtlich.

Auch sonst ist hoheitliches Verhalten des Staates nicht selten durch freiwillige Vertragsschlüsse ersetzbar. So kann der Staat z.B. statt einer Subventionsgewährung durch hoheitlichen Verwaltungsakt, dessen Nebenbestimmungen die Erbringung einer Gegenleistung durch das Unternehmen absichern, die Subvention unter sonst gleichen Bedingungen (d.h.: gleiche staatliche Leistung, gleiche Gegenleistung des Unternehmens) oft auch auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gewähren. Vertragliches - also: „freiwilliges" - und hoheitlich geregeltes - also: „unfreiwilliges" - Verhalten sind insoweit austauschbar.

---

[345] vgl. auch Kühling, RdE 2001, S. 93 (96), der sich - am Beispiel der bestimmten Unternehmen vom Staat auferlegten Pflicht, Risikovorsorgemaßnahmen zu treffen - ebenfalls gegen eine begünstigungsausschließende Wirkung solcher kostenverursachender Pflichten ausspricht, bloß weil sie den betreffenden Unternehmen vom Staat auferlegt sind

[346] siehe oben S. 67

[347] Denkbar ist etwa, dass der Staat gesetzliche Regelungen erlässt, die Unternehmen zumindest zur Beschäftigung bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern verpflichten (z.B. Beschäftigung eines oder mehrerer Schwerbehinderter oder Auszubildender pro Betrieb) und den Betrieben dafür einen gewissen geldmäßigen Kostenausgleich gewährt.

Aufgrund dieser Austauschbarkeit vertraglicher und einseitig-hoheitlich gewährter Zuwendungen für eine (Gegen-)Leistung des Unternehmens kann die Freiwilligkeit der Gegenleistung kein entscheidendes Abgrenzungskriterium für ihre Marktmäßigkeit sein.

**cc) Der Marktwert der Gegenleistung**

Entscheidend für die Anrechenbarkeit der Gegenleistung könnte aber die Frage nach ihrem Marktwert sein. Gegenleistungen des Unternehmens wären dann nur insoweit vorteilsmindernd auf die geldwerte staatliche Zuwendung anrechenbar, als sie einen **Marktwert (= Marktpreis)** haben.

Wie bereits festgestellt, ist ein übereinstimmender Marktwert der ausgetauschten Leistungen **die** Kennzeichnung für eine marktgemäße Leistungs-Austausch-Aktion, denn der Marktpreis einer jeden Leistung gibt - dargestellt in einem Geldwert - genau die (Gegen-)Leistung wieder, die man auf dem Markt für diese Leistung erwarten würde.[348] Die Gegenüberstellung der Marktwerte beider Leistungen kann also Auskunft darüber geben, ob ein Ungleichgewicht im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis besteht und der Vorgang somit von einem marktüblichen Austauschgeschäft abweicht: Die Zuwendung eines geldwerten Vorteils ist dann marktwidrig, wenn ihr keine Gegenleistung mit entsprechendem Marktwert gegenübersteht.

Der Marktwert der Gegenleistung des Unternehmens ist erstens geeignet, Aufschluss darüber zu geben, ob man die Gegenleistung überhaupt als **marktmäßige**, also (zumindest potentiell[349]) auch zwischen Privaten auf dem Markt handelbare Leistung ansehen kann. Zweitens gibt er aber gleichzeitig bereits auch Aufschluss über ihre marktmäßige **Angemessenheit**, indem die Gegenleistung den Subventionscharakter der staatlichen Zuwendung nur bis zur Höhe ihres Marktwertes ausschließen kann: Der Subventionscharakter einer (Geld- oder geldwerten) Zuwendung des Staates für eine Gegenleistung des Unternehmens entfällt genau insoweit, als auch ein Privater Geld für diese Gegenleistung bezahlt hätte, also in Höhe ihres Marktpreises, da die staatliche Zuwendung (nur) insoweit den Privatinvestortest besteht. So kann auch bei teilunentgeltlichen geldwerten Zuwendungen anhand des ermittelten (Markt-) Wertes der Gegenleistung der entgeltliche Teil exakt vom unentgeltlichen Teil der Zuwendung getrennt werden.

---

[348] siehe oben S. 48

[349] Insofern muss auf der Gegenleistungsseite - ebenso wie auf der Leistungsseite (siehe dazu oben S. 53) - nicht nur ein tatsächlicher, sondern bereits ein **potentieller Marktwert** ausreichend sein, um der Leistung einen entsprechenden Geldwert zuzumessen.

Ob eine marktwidrige Begünstigung vorliegt, ist also nicht anhand der dem Unternehmen für die Erbringung der Gegenleistung tatsächlich entstehenden Kosten zu entscheiden, sondern vielmehr anhand der Kosten für vergleichbare Leistungen auf dem Markt, mit anderen Worten: anhand des Marktpreises solcher Leistungen.[350] Der Marktwert der Gegenleistung des Unternehmens ist daher das Kriterium, das geeignet ist, die Entscheidung darüber zu treffen, ob bzw. inwieweit die Gegenleistung des Unternehmens marktmäßig angemessen ist.
So wird im Übrigen auch vermieden, für die Bestimmung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung auf bloße Äußerlichkeiten (ob synallagmatische Verknüpfung oder (Un-)Freiwilligkeit) abstellen zu müssen, sondern stattdessen auf eine - im Beihilferecht im Zweifel immer vorzugswürdige - **materielle** Beurteilungsweise durch Betrachtung und Bewertung des **Inhalts** der erbrachten Leistung zurückgegriffen.

### c) Das Problem der Marktwertermittlung in Anbetracht der Besonderheiten vieler staatlich nachgefragter Leistungen

Fraglich ist, wie der angemessene Marktpreis der Gegenleistung des Unternehmens ermittelt werden kann.
Marktwert ist gleich Veräußerungswert.[351] Der Marktwert einer (Gegen-)Leistung des Unternehmens ist folglich der Preis, den das Unternehmen erzielen könnte, wenn es die Leistung auf dem Markt veräußern würde. Daher kann einer (Gegen-)Leistung des Unternehmens nur dann ein Marktwert zugemessen werden, wenn private Nachfrager auf dem Markt einen Preis für diese Leistung zu zahlen bereit wären. Im Gegenzug hat eine (Gegen-)Leistung des Unternehmens keinen Marktwert, wenn kein privater Nachfrager - mit anderen Worten: niemand außer dem Staat - Geld für sie zu zahlen bereit wäre.[352] Hier bestätigt sich noch einmal, dass sich die Frage nach der marktmäßig angemessenen Gegenleistung und der Privatinvestortest inhaltlich decken: Der über die marktmäßige Angemessenheit der Leistung entscheidende Marktwert der Gegenleistung des Unternehmens ist zu ermitteln, indem gefragt wird, welchen Preis ein privater Nachfrager für die vom Staat nachgefragte Leistung zu zahlen bereit wäre,

---

[350] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 50
[351] Cordes, S. 17
[352] Die Besonderheit, dass es bei manchen **staatlichen** Leistungen wie vor allem staatlichen Hoheitsakten für die Zumessung eines Marktwertes nicht ausreicht, dass private Nachfrager Geld für sie zu zahlen bereit sind (siehe dazu oben S. 52), gilt nur deshalb, weil diese staatlichen Leistungen besondere Merkmale aufweisen, aufgrund derer sie überhaupt nicht Gegenstand eines Markthandels sein können (siehe ebenfalls S. 52) – ein Phänomen, das bei Leistungen von privaten Unternehmen, die nicht über eine solche besondere Befugnis zur Erbringung „marktfremder" Leistungen verfügen wie der Staat mit seinem Gewaltmonopol, in dieser Form regelmäßig nicht auftritt, so dass diese Besonderheit hier keine Rolle spielt.

indem also das Verhalten des staatlichen Nachfragers durch das hypothetische Verhalten eines privaten Marktteilnehmers ersetzt wird.

Damit kann dann auf den ersten Blick problemlos der allgemein anerkannte Beihilfecharakter sämtlicher Zuwendungen, die der Staat insbesondere aus wirtschafts- oder sozialpolitischen, aber auch aus sonstigen im Allgemeininteresse liegenden Erwägungen macht, begründet werden, denn dass ein einzelner privater Marktteilnehmer regelmäßig nicht bereit ist, Geld zur Erreichung von Zwecken auszugeben, die nicht in seinem besonderen Interesse, sondern bloß im Allgemeininteresse liegen, ist offensichtlich. (Gegen-)Leistungen von Unternehmen, die (bloß) **im öffentlichen Interesse** liegen, könnten demnach nicht beihilfeausschließend wirken.

So einleuchtend diese Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Interessen auf den ersten Blick klingen mag, so untauglich erweist sich die Frage, ob auch ein privater Nachfrager Interesse an der Leistung hätte, also einen Preis für die (Gegen-)Leistung des Unternehmens zu zahlen bereit wäre, aber als Abgrenzungskriterium in der Praxis:

Dies ergibt sich schon daraus, dass man nicht trennscharf zwischen den wirtschaftlichen Interessen des einzelnen Privaten und den öffentlichen Interessen unterscheiden kann. Schließlich ergibt sich das öffentliche Gesamtinteresse letztlich aus einer Abwägung aller öffentlichen **und privaten** Interessen, die der Staat gerecht und sachlich zu gewichten hat.[353] Die meisten Güter sind daher Kuppelprodukte, die private und öffentliche Interessen auf einmal befriedigen: Selbst Brötchen, die an sich dem Einzelnen zum Stillen seines Hungers dienen, tragen - wenn sie in ausreichender Menge vorhanden sind - auch zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit bei, da sie zugleich auch Volksaufstände wegen Hungers verhindern.[354] Damit gilt für fast alle Güter, dass sie gleichzeitig der Befriedigung privater Bedürfnisse und öffentlichen Interessen dienen.[355]

Aber auch ansonsten erscheint die im Rahmen des Privatinvestortests zu stellende Frage, ob die (Gegen-)Leistung des Unternehmens auch durch einen vernünftigen privaten Wirtschaftsteilnehmer nachgefragt würde, oft als kaum beantwortbar. Dies liegt vor allem daran, dass eine Vielzahl der vom Staat bei privaten Unternehmen nachgefragten (und entgoltenen) Leistungen Besonderheiten aufweisen, die Zweifel offen lassen, ob ein privater Marktteilnehmer die Leistung genauso entgolten hätte. Gerade auch im Rahmen seiner Bedarfsdeckung fragt der Staat vielfach Leistungen nach, die in dieser Form kein Privater nachfragen würde. So lässt sich der Staat von privaten Unternehmen gegen Entgelt beispielsweise Straßen oder Pan-

---

[353] Bleckmann, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, S. D 1 (17)
[354] Beispiel nach Hansmeyer, S. 102
[355] Hansmeyer, S. 102

zer bauen - Leistungen, die ein privater Marktteilnehmer typischerweise nicht braucht und daher auch nicht nachfragen würde. Die Marktgemäßheit der Gegenleistung darf man hier aber nicht vorschnell verneinen, weil das grundsätzliche Beihilfeverbot dem Staat ansonsten seine Bedarfsdeckung weitgehend unmöglich machen würde. Für manche Leistungen - wie z.B. den Bau von Panzern - hat zwar nur der Staat Bedarf. Würde man solche Leistungen aber schon deshalb als marktwidrig ansehen, so wäre es dem Staat beihilferechtlich verwehrt, diesen seinen „besonderen" Bedarf auf dem Markt zu decken. Das Beihilferecht will es dem Staat aber nicht untersagen, Leistungen zur Bedarfsdeckung auf dem Markt zu erwerben und sie angemessen zu vergüten. Auch der Staat darf Leistungen, die er bei Unternehmen „einkauft", angemessen bezahlen, denn damit verhält er sich nur marktgerecht und nicht subventionierend.[356] Andernfalls würde das Beihilferecht zu einer Pflicht des Staates führen, seinen Bedarf selbst, also durch eigene Herstellung der benötigten Leistungen zu decken, anstatt diese auf dem Markt einzukaufen. Dem Beihilferecht einen solchen Willen zur Ausschaltung des Marktes zu unterstellen, wäre widersinnig, sieht es - als Ausprägung der Wettbewerbsfreiheiten - doch gerade die freie Tätigkeit des Marktes als Idealfall an, so dass man es kaum als Ansatzpunkt dafür nehmen kann, Tätigkeiten, die auch auf dem Markt erledigt werden können, dem Marktgeschehen zu entziehen.

Auch aus Sicht des Unternehmens[357] wirkt der staatliche Einkauf solcher, vom Unternehmen in ähnlicher Form auch auf dem Markt verkaufter Leistungen nicht anders als ein marktüblicher, mit einem privaten Nachfrager abgeschlossener Vertrag. Der Staat muss daher grundsätzlich die von ihm benötigten Güter auf dem Markt kaufen und dementsprechend angemessen bezahlen dürfen, zumindest solange die vom Staat nachgefragte Leistung **vergleichbar**[358] mit einer Leistung ist, die auch ein Privater nachfragen könnte: Wenn der Staat bei einem Unternehmen ein Kraftfahrzeug einkauft, so darf (und muss) er diese Leistung dem Unternehmen angemessen vergüten - egal ob es sich bei dem Fahrzeug etwa um einen zivilen LKW handelt, den in dieser Form auch Private gebrauchen könnten, oder eben einen Panzer, den nur der Staat sinnvoll verwenden kann.

Dann aber stellt sich die Frage, wann eine vom Staat bezahlte Leistung noch mit einer von Privaten nachgefragten und finanzierten Leistung vergleichbar ist: Kann etwa eine Rundfunksendung im Rahmen des öffentlichen Rundfunkauftrags mit einer Sendung eines privaten Rundfunksenders verglichen werden, und darf der Staat den öffentlichen Rundfunk daher für

---

[356] vgl. Nettesheim, EWS 2002, S. 253 (256); Michel, S. 57

[357] Entscheidend für die Ermittlung der Begünstigung sind nach dem **Wirkungskriterium** die Wirkungen auf das betreffende Unternehmen (siehe oben S. 44 f.).

[358] siehe dazu, dass der Marktwert einer Leistung anhand des Preises **vergleichbarer** Leistungen auf dem Markt ermittelt werden kann, bereits oben S. 72

dessen Gegenleistung (= das gesendete Rundfunkprogramm) bezahlen?[359] Wie also soll in der Praxis zwischen marktgemäßen Gegenleistungen des Unternehmens, für die auch ein Privater einen Preis zu zahlen bereit wäre, und marktwidrigen Gegenleistungen, für die zu zahlen nur der Staat bereit ist, unterschieden werden?

Die Beantwortung dieser Frage ist nicht zuletzt auch deshalb so schwierig, weil es aufgrund der Privatautonomie den privaten Marktteilnehmern schließlich absolut freisteht zu entscheiden, für welche Leistungen sie Geld zu zahlen bereit sind, was die Frage nach dem hypothetischen Verhalten eines privaten Marktteilnehmers nahezu unmöglich macht. Zwar ist nun im Rahmen des Privatinvestortests nur auf das hypothetische Verhalten eines **vernünftigen**, an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierten privaten Marktteilnehmers abzustellen.[360] Jedoch ist auch anerkannt, dass dabei nach dem Verhalten eines privaten Marktteilnehmers, der sich **in derselben Lage wie der Staat** befindet, zu fragen ist.[361] Die besondere Lage, in der sich der Staat möglicherweise befindet, wird also bei der Beurteilung der Marktmäßigkeit der Leistungsvergütung durchaus berücksichtigt. Die Problematik liegt hier dann darin, dass der Private sich dabei aber auch **nicht völlig** in die wirtschaftliche Lage des Staates versetzen darf. In der Lage des Staates wird es schließlich auch als wirtschaftlich sinnvoll erscheinen, Unternehmen für die Schaffung von Arbeitsplätzen zu bezahlen. Aus staatlicher Sicht wird wohl jede Subventionierung wirtschaftlich vernünftig sein, so dass demnach selbst klassische Subventionen mit dem Privatinvestortest vereinbar sein müssten.[362]

Mit dem Privatinvestortest, also der Frage „Würde auch ein vernünftiger Privater die Leistung (in dieser Höhe) bezahlen?", kommt man daher letztlich nicht weiter, weil auf der einen Seite ein normaler privater Marktteilnehmer die Schaffung von Arbeitsplätzen ebenso wenig „einkaufen" würde wie den Bau von Straßen oder Panzern, also all dies demnach nicht als marktübliche Gegenleistung angesehen werden dürfte. Auf der anderen Seite macht in der Lage, in der der Staat sich befindet, sowohl das „Einkaufen" von Panzern als auch von Arbeitsplätzen wirtschaftlich Sinn.

Die Frage, **wie weit** sich der gedachte private Marktteilnehmer in die wirtschaftliche Lage des Staates versetzen darf, beantwortet der Privatinvestortest leider nicht. Ob auch ein privater Marktteilnehmer für die (Gegen-)Leistung des Unternehmens einen Preis bezahlen würde,

---

[359] siehe dazu ausführlich unten S. 234 ff.

[360] Idot, RTD Eur. 34 (1998), S. 295 (300); vgl. auch EuGH Slg. 1988, S. 219 (270) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")], wo nach dem Verhalten eines „normalen" Wirtschaftsteilnehmers gefragt wird
In der englischen Bezeichnung des Privatinvestortests kommt diese Beschränkung auf das Verhalten vernünftiger privater Investoren im Übrigen ganz deutlich zum Ausdruck, indem vom „private **reasonable** investor's test" die Rede ist (vgl. zum Ganzen Asendorf, S. 14 ff.; Sinnaeve, S. 227 f.).

[361] Dies betont zu Recht Pape, S. 47 f. m.w.N.

[362] vgl. dazu Bartosch, NJW 2002, S. 3588 (3589)

diese also einen Marktwert hat, wird man so in der Praxis oft kaum entscheiden können. Man muss also weitere Kriterien finden, die es ermöglichen, bloß marktübliche Bezahlungen von (Gegen-)Leistungen zu unterscheiden von marktwidrigen, keine marktübliche Entlohnung darstellenden Zuwendungen von Geld oder sonstigen geldwerten Leistungen.

**aa) Abgrenzung eines genuin staatlichen Aufgabenfeldes**

Möglicherweise lässt sich ein Aufgabenbereich abgrenzen, für dessen Erfüllung und Finanzierung allein der Staat zuständig ist, so dass nur er und kein Privater entsprechende Leistungen nachfragt.

Ein Aufgabenbereich, den man zweifelsfrei zu den genuin staatlichen Aufgabenfeldern zählen müsste, ist die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.[363] Auch die Finanzierung dieser originär hoheitlichen Staatsaufgabe ist grundsätzlich Sache des Staates.[364]

Fraglich ist aber, ob man daraus wirklich den Schluss ziehen darf, dass eine Vergütung von Sicherheitsleistungen, die der Staat bei Unternehmen einkauft, keine marktgerechte Vergütung sein kann. So bedient der Staat sich auch im Sicherheits- und Ordnungsrecht durchaus der Hilfe privater Unternehmen. Das Abschleppen eines Falschparkers etwa wird regelmäßig nicht durch staatliche Organe selbst durchgeführt, sondern durch private Abschleppunternehmen. Hier sorgt der Abschleppunternehmer im staatlichen Auftrag für die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die der Staat andernfalls durch eigene Kräfte hätte gewährleisten müssen. Soll nun die Bezahlung des privaten Abschleppunternehmers infolgedessen eine Beihilfe sein, bloß weil dieser in einem (angeblich) „genuin staatlichen" Aufgabenbereich tätig wird? Schließlich können auch private Marktteilnehmer einen Abschleppunternehmer beauftragen, einen Wagen (z.B. bei einem Defekt am Fahrzeug) abzuschleppen. Die Tätigkeit des Abschleppunternehmers ist dabei letztlich dieselbe, egal ob der Staat oder ein Privater diesen beauftragt. Dem Staat kann es daher beihilferechtlich kaum verboten sein, den Abschleppunternehmer für seine Tätigkeit zu vergüten, wie dies auch ein Privatmann tun würde und müsste.

Ein weiteres Beispiel, in dem dem Staat die Bezahlung von Sicherheitsleistungen, die durch private Unternehmen erbracht werden, möglich sein muss, ist etwa die Beschäftigung privater Wachdienste (z.B. eines Nachtwächters für das städtische Rathaus). Auch hier darf die

---

[363] Dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu den klassischen ausschließlich staatlichen Aufgabenbereichen gehört, ist ebenso selbstverständlich wie unumstritten (siehe nur Scholz, in: FS Friauf, S. 439 (444 f.) m.w.N.). Aus dieser Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung leitet „die Institution Staat ihre eigentliche und letzte Rechtfertigung her" (BVerfGE 49, 24 (56 f.)).

[364] Scholz, in: FS Friauf, S. 439 (445)

Marktmäßigkeit der (Gegen-)Leistung des privaten Unternehmens nicht schon deshalb verneint werden, weil es um die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung geht.
Es ist daher nach Ansicht des Autors nicht möglich, generell gewisse Aufgabenbereiche festzulegen, deren Erledigung und Finanzierung dem Staat vorbehalten ist und in denen folglich eine staatliche (Geld-)Zuwendung keine marktgerechte Entlohnung einer Tätigkeit, sondern marktwidrige Subventionierung ist. Vielmehr muss immer die konkrete Tätigkeit des Unternehmens ins Auge gefasst werden, um über die Marktmäßigkeit oder Marktwidrigkeit der Leistung zu entscheiden.

**bb) Wirtschaftlich wertende Betrachtung im Einzelfalle**

**Das** eine Kriterium, anhand dessen marktgemäße und marktwidrige Gegenleistungen, also Gegenleistungen mit und ohne Marktwert auseinandergehalten werden könnten, gibt es nach Ansicht des Autors nicht. Letztlich wird man sich mit einer Vielzahl von **Hilfskriterien** begnügen müssen, die als Indizien für die Marktwertermittlung dienen können. Über die Marktmäßigkeit, also die Möglichkeit, einer staatlich bezahlten (Gegen-)Leistung eines Unternehmens einen Marktwert zuzumessen, wird man daher anhand einer wirtschaftlich wertenden Betrachtung im Einzelfalle, also einer **wertenden Gesamtschau** entscheiden müssen.
Im Folgenden soll versucht werden, Leitplanken für diese Wertung im Einzelfalle zu geben, indem einige als besonders wichtig und für die Abgrenzung in der Praxis auch tauglich erscheinende Indizien für die Beurteilung der Marktmäßigkeit der Leistung dargestellt werden.

**(1) Unterscheidung zwischen dem Erwerb körperlicher Gegenstände und unkörperlicher Leistungen (vor allem Dienstleistungen) durch den Staat**

Der Staat erwirbt bei (i.d.R. privaten) Unternehmen zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben eine Vielzahl unterschiedlichster Leistungen, für die er den betreffenden Unternehmen ein Entgelt zahlt.
Erwirbt der Staat hierfür körperliche Gegenstände, so kann regelmäßig zwischen ihrem Erwerb und ihrer Verwendung für öffentliche Zwecke unterschieden werden: Mit der Herstellung bzw. Übereignung dieses Gegenstandes (ob nun eines Panzers oder einer Infrastrukturleistung wie z.B. einer Straße) erfüllt das Unternehmen noch keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, sondern öffentliche Aufgaben erfüllt erst der Staat selbst, wenn er den zunächst erworbenen Gegenstand in einem zweiten Schritt für bestimmte öffentliche Zwecke

einsetzt oder zur Verfügung stellt. Mit der Bezahlung für die Erstellung dieses Gegenstandes entlohnt der Staat das Unternehmen daher nicht marktwidrig für die Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben, für deren Erfüllung ein am persönlichen Nutzen orientierter privater Marktteilnehmer kein Geld bezahlen würde, sondern für eine marktübliche Gegenleistung, denn auch private Marktteilnehmer müssen im Rahmen von marktüblichen Kauf- oder Werkverträgen Gegenstände, die ein Unternehmen auf ihren Wunsch produziert hat, angemessen bezahlen.[365]

Anders sieht es dagegen bei unkörperlichen Leistungen, vor allem Dienstleistungen aus, die das Unternehmen als Gegenleistung für die staatliche Zuwendung erbringen soll: Da Dienstleistungen mit ihrer Erbringung untergehen[366], kann das Unternehmen hier nicht die Leistung zuerst im Rahmen eines marktüblichen Leistungsaustauschgeschäftes für den Staat erzeugen, der sie dann in einem zweiten Schritt für öffentliche Zwecke verwendet. So müssen beispielsweise Rundfunkunternehmen, wenn sie einen öffentlichen Programmauftrag erfüllen und dabei vom Staat finanziert werden, das Programm unmittelbar an die Bürger ausstrahlen, also bereits selbst die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe erfüllen. Hier ist dann äußerst fraglich, ob eine solche unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Unternehmen auch einen privaten Finanzier gefunden hätte, also ob man die staatliche Bezahlung einer solchen Tätigkeit noch als marktgemäß ansehen kann. Erwirbt der Staat mit der von ihm erbrachten Geldleistung (bzw. geldwerten Leistung) keinen körperlichen Gegenstand bei dem Unternehmen, sind also für die Beurteilung der Marktmäßigkeit einer solchen (Gegen-) Leistung des Unternehmens weitere Wertungskriterium heranzuziehen.

**(2) Unterscheidung nach dem Nutznießer der Leistung**

Ein Leistungsaustauschgeschäft auf dem Markt kommt nur deshalb zustande, weil jeder der beiden Geschäftspartner erwartet, dass die jeweils erhaltene Leistung **gerade ihm** einen Nutzen bringt.[367] Dagegen ist ein vernünftiger privater Wirtschaftsteilnehmer regelmäßig nicht bereit, seine Leistung im Austausch gegen eine Gegenleistung zu erbringen, wenn von der Gegenleistung in erster Linie nicht er profitiert, sondern andere.[368] Er ist daher zwar bereit,

---

[365] Streiten kann man hier allenfalls über die Angemessenheit der Bezahlung, also die Höhe des (Markt-)Wertes der staatlich erworbenen Leistung.

[366] siehe dazu schon oben S. 37

[367] Erst der Nutzen, den der Nachfrager aus der von ihm erworbenen Leistung ziehen kann, stellt die Ursache dafür dar, dass er überhaupt bereit ist, der Leistung einen Wert zuzuschreiben, also für sie auf dem Markt einen Preis zu bezahlen (Dahl, S. 140).

[368] vgl. dazu, dass ein wirtschaftlich denkender privater Marktteilnehmer regelmäßig eine Gegenleistung **an sich selbst** erwartet, auch Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (757 f.)

Lohn und Lohnnebenkosten für seine **eigenen** Arbeitnehmer zu bezahlen, weil diese ihre Arbeitsleistung in den Dienst gerade seines Unternehmens stellen, nicht aber für Arbeitnehmer, die in **fremden** Betrieben arbeiten. Nur der Staat ist aus gesamtwirtschaftlichem, also öffentlichem Interesse bereit, sich an Kosten für Arbeitnehmer zu beteiligen, die in Betrieben entstehen, die ihm nicht gehören, so dass er - zumindest unmittelbar - am Output dieser Produktionsfaktoren nicht beteiligt ist. Wenn deutlich ist, dass das die staatliche Zuwendung erhaltende Unternehmen nicht nur von der staatlichen Leistung profitiert, sondern auch die von ihm zu erbringende Gegenleistung in erster Linie ihm und nicht dem Staat zugute kommt (z.B. weil die Gegenleistung in der Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen im eigenen Betrieb liegt), kann man aufgrund der ungleichen Verteilung des Nutzens aus diesem Leistungsaustausch nicht von einem marktüblichen Austauschverhältnis sprechen.

Auf diese Weise lässt sich auch die Beihilfequalität staatlicher Abwrack- oder Stilllegungsprämien erklären: Der Staat bezahlt hier nicht für die wirtschaftliche Nutzung eines Gegenstandes, für die möglicherweise auch ein privater Marktteilnehmer Geld zu zahlen bereit wäre, sondern gerade für die ***Nicht*nutzung** des Gegenstandes, also gleichsam dafür, dass aus der Gegenleistung **kein** wirtschaftlicher Nutzen entsteht. Auch hier wird anhand des aus dem Leistungsaustausch für den Staat entstehenden wirtschaftlichen Nutzens ersichtlich, dass es sich nicht um einen marktüblichen Leistungsaustausch handelt.

Die Abgrenzung nach dem Nutznießer der (Gegen-)Leistung hilft aber leider nur in relativ eindeutigen Fällen, denn die Marktwidrigkeit der Gegenleistung steht in den angeführten Beispielen (Beschäftigungsbeihilfen bzw. Stilllegungsprämien) wohl sowieso außer Frage. Wie bereits angedeutet[369], haben Leistungen oft mehrere Nutznießer; ja selbst aus der Nichtnutzung eines Gegenstandes durch ein Unternehmen kann möglicherweise anderen Marktteilnehmern (z.B. dessen Konkurrenten) ein wirtschaftlicher Nutzen entstehen. Und immerhin verfolgt der Staat ja mit jeder Subventionierung (zumindest auch) ein öffentliches Interesse[370], so dass er selbst in eindeutig subventionierenden Fällen immer auch einen bestimmten Nutzen aus der Gegenleistung des Unternehmens für sich erwarten wird. Insofern wird es oft nicht einfach, wenn nicht gar unmöglich sein, die Marktmäßigkeit der Gegenleistung anhand des Nutzens, der dem Staat aus dem Leistungsaustausch entsteht, zu bestimmen.

Problematisch ist eine solche Bestimmung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung nach deren Nutznießer insbesondere dann, wenn primär letztlich weder der Staat noch das Unternehmen, sondern Dritte von der (Gegen-)Leistung des Unternehmens profitieren, was vor allem der

---

[369] siehe oben S. 73

[370] siehe schon oben S. 66 f.

Fall sein wird, wenn das Unternehmen die vom Staat finanzierte Leistung direkt gegenüber Dritten erbringt.[371] Auf der einen Seite liegt hier das Vorliegen einer Beihilfe nahe, da typischerweise kein privater Marktteilnehmer für eine Gegenleistung zu zahlen bereit ist, die Dritten zugute kommt, sondern allenfalls der Staat sich im Allgemeinwohlinteresse zu solchen Zahlungen bereit findet. Auf der anderen Seite ist fraglich, ob man in solchen Fällen wirklich einfach die Marktgemäßheit der Gegenleistung des Unternehmens verneinen darf, denn auch auf dem Markt gibt es durchaus Verträge zu Gunsten Dritter, bei denen das Unternehmen seine Leistung an Dritte erbringt und hierfür eine Vergütung erhält. Auch hier ist - ebenso wie beim Leistungseinkauf im Rahmen staatlicher Bedarfsdeckung[372] - grundsätzlich zu berücksichtigen, dass man vermeiden muss, eine staatliche Bezahlung von Unternehmen für von diesen erbrachte Leistungen vorschnell als Beihilfe anzusehen, bloß weil die vom Staat nachgefragten Leistungen bestimmte Besonderheiten aufweisen.

In seiner Rechtsprechungspraxis hat der EuGH zum Teil das Vorliegen einer marktmäßigen Gegenleistung bejaht, obwohl der Staat nicht unbedingt hauptsächlicher Nutznießer der Gegenleistung war:

In der Rs. 240/83 war die Altölentsorgung in Frankreich mittels exklusiver Sammel- und Beseitigungsrechte auf bestimmte Entsorgungsunternehmen übertragen worden, denen zur Sicherung des vollständigen Sammelns und Beseitigens von Altöl auch eine Entsorgungsverpflichtung[373] hinsichtlich des in ihrem Bezirk anfallenden Altöls übertragen wurde.[374] Zuschüsse an diese französischen Unternehmen sah der Gerichtshof nicht als Beihilfen an, weil die Geldzuwendung bloß die Gegenleistung für eine von den Abhol- und Beseitigungsunternehmen erbrachte Dienstleistung sei.[375] Ob die Entsorgungsverpflichtung wirklich als marktgemäße und damit beihilfeausschließende Gegenleistung für die staatliche Geldzuwendung anzusehen ist, erscheint aber als fraglich.

Keine Zweifel an der Marktmäßigkeit der staatlichen Bezahlung der Altölentsorgung hätten wohl bestanden, wenn der Staat die Entsorgungsunternehmen dafür bezahlt hätte, **sein** Altöl zu entsorgen, also Altöl, das aus staatlichen Fahrzeugen, Anlagen o.ä. stammt. Den Nutzen aus der Altölentsorgung zieht nämlich in erster Linie derjenige, bei dem das Altöl angefallen ist und der daher naturgemäß primär für dessen umweltgerechte Entsorgung verantwortlich ist. Hier läge eine typische, marktgerechte Leistungsaustauschsituation vor, in der von der

---

[371] Als Beispiel hierfür kann man etwa den staatlich finanzierten Rundfunk nennen (vgl. schon oben S. 78).
[372] vgl. dazu schon oben S. 73 f.
[373] Der Inhalt der französischen Altölentsorgungsregelung ist im Einzelnen dargestellt in EuGH Slg. 1985, S. 531 (539 f.) [ADBHU („Altölbeseitigung")].
[374] GA Lenz, EuGH Slg. 1985, S. 531 (535 f.) [ADBHU („Altölbeseitigung")]
[375] EuGH Slg. 1985, S. 531 (550) [ADBHU („Altölbeseitigung")]

einen Leistung (Entsorgung seines Altöls) der eine Geschäftspartner profitiert, von der anderen Leistung (Bezahlung der Entsorgung) dagegen der andere Geschäftspartner.
Im Gegensatz dazu läge wohl unzweifelhaft kein markttypisches Austauschgeschäft und damit eine Beihilfe vor, wenn der Staat bestimmten Entsorgungsunternehmen Geldzuschüsse für die Entsorgung **ihres eigenen**, nämlich in den fraglichen Unternehmen selbst angefallenen und schon deshalb auch von ihnen zu entsorgenden Altöls gezahlt hätte, weil ein Austausch zweier Leistungen, von denen in beiden Fällen der gleiche Geschäftspartner profitiert[376], kaum als marktgerecht erscheint.
Die französischen Entsorgungsunternehmen erhielten die staatliche Bezahlung aber weder für die Entsorgung staatlichen noch ihres eigenen Altöls, sondern waren zur Entsorgung sämtlichen in ihrem Bezirk anfallenden Altöls unabhängig davon verpflichtet, woher es stammte, so dass es als äußerst fraglich erscheint, ob man in einer solchen Pflicht zur Entsorgung von Altöl **dritter Personen** wirklich eine marktgerechte Gegenleistung der Entsorgungsunternehmen **gegenüber dem Staat**, der die Entsorgung schließlich bezahlt, sehen kann oder ob hier nicht vielmehr der Staat die Gelder für die Tätigkeit letztlich nur **im öffentlichen Interesse** bereitstellt, also die Tätigkeit auf dem Markt keinen Finanzier gefunden hätte und ihre staatliche Bezahlung daher nicht mit dem Privatinvestortest vereinbar ist.
Zur Vermeidung der Umgehung der Voraussetzungen vor allem des Art. 86 II EG dürfte es im Allgemeinen sinnvoll sein, bei staatlich entgoltenen Leistungen von Unternehmen, als deren hauptsächlicher Nutznießer weder der Staat noch das Unternehmen selbst, sondern Dritte erscheinen, die Marktmäßigkeit der (Gegen-)Leistung des Unternehmens zu verneinen und damit die Beihilfequalität der Zuwendung zu bejahen. Typischerweise wird nämlich allein der Staat zur Bezahlung primär im Interesse eines Dritten liegender Leistungen bereit sein, und auch der Staat wird in einem solchen Falle nur dann fördernd tätig werden, wenn dies aus Gründen des Allgemeinwohls als geboten erscheint. Wenn ein Staat aber **im Allgemeininteresse** - wie hier aus Gründen des Umweltschutzes - Unternehmen bestimmte Leistungspflichten auferlegt und diese auch finanziert, dürfte es in der Regel am sachgerechtesten sein, die angemessene Lösung über die Ausnahmevorschrift des Art. 86 II EG zu finden, die sich schließlich explizit mit der beihilferechtlichen Zulässigkeit der staatlichen Finanzierung von **Leistungen[377] von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** beschäftigt. Sieht man solche einem Unternehmen zugewiesenen Aufgaben dagegen bereits als beihilfeausschließende Ge-

---

[376] Sowohl von der Entsorgung seines eigenen Altöls als auch von dem Geldzuschuss hierfür profitiert in diesem Falle schließlich in erster Linie das betroffene Entsorgungsunternehmen.
[377] Der Begriff „Dienstleistungen" i.S.d. Art. 86 II EG ist nicht mit dem Begriff der Dienstleistungen i.S.d. Art. 50 EG gleichzusetzen, sondern umfasst auch die Erbringung von anderen Leistungen wie z.B. Sachleistungen (G/T/E - Hochbaum, Art. 90 EGV Rn. 52; Calliess/Ruffert - Jung, Art. 86 EG Rn. 36).

genleistung an, droht leicht eine Auflösung der Struktur zwischen dem Beihilfeverbot des Art. 87 I EG und den Ausnahmen der Art. 87 II, III, 86 II EG, weil aufgrund der Belastung des Unternehmens durch die Erfüllung der öffentlichen Dienstverpflichtung schon tatbestandlich keine Beihilfe vorläge.[378] Dies würde die Gefahr einer von den beihilferechtlichen Ausnahmevorschriften nicht vorgesehenen Zielprivilegierung begründen.[379] Auch im vorliegenden Falle wäre es daher wohl[380] sinnvoller gewesen, die den Unternehmen im Interesse des Umweltschutzes auferlegte Entsorgungsverpflichtung für jedwedes in ihrem Bezirk anfallendes Altöl nicht als beihilfeausschließende marktgemäße Gegenleistung anzusehen, sondern zu prüfen, ob die Entsorgungspflicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse den Anforderungen des Art. 86 II EG genügt, was - nebenbei bemerkt - letztlich zum gleichen Ergebnis, die Beihilferechtskonformität des französischen Altölentsorgungsmodells zu bejahen, führen sollte.

Die Frage nach dem primären Nutznießer der Leistung kann also durchaus in manchen Fällen bei der Beurteilung der Marktmäßigkeit der Gegenleistung helfen, indem man beispielsweise feststellt, für **wessen** Arbeitsplätze bzw. Altölentsorgung der Staat bezahlt. Zahlt der Staat für „fremde" Arbeitnehmer bzw. „fremdes" Altöl, sollte dies zumindest Anlass zu Zweifeln an der Marktmäßigkeit des Leistungsaustauschverhältnisses geben, da typischerweise kein privater Nachfrager, sondern nur der Staat aus Gründen des Allgemeinwohls zur Bezahlung solcher, primär im Interesse eines Dritten liegender Leistungen bereit sein wird, so dass die Vereinbarkeit der staatlichen Zuwendung mit dem Privatinvestortest stark in Frage steht und **im Zweifel verneint** werden sollte, schon um die Voraussetzungen der beihilferechtlichen Ausnahmebestimmungen nicht zu umgehen.

---

[378] so auch Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), S. 656 (659); Damm, S. 93 f.; anders Hasselmann, S. 180; Bartosch, NJW 2002, S. 3588 (3590 f.); unentschieden Kämmerer, NVwZ 2002, S. 1041 (1044)

[379] Damm, S. 93 f.

[380] Nicht unterschlagen werden soll hier eine europarechtliche Vorschrift, die man möglicherweise als Grundlage dafür heranziehen könnte, um im vorliegenden Falle den Staat als primär Entsorgungsverantwortlichen nicht nur für das von ihm, sondern auch für das von dritten Personen stammende Altöl anzusehen:
Durch Art. 2 der Richtlinie 75/439/EWG (ABl. 1975, L 194, S. 31) wurde nämlich **den Mitgliedstaaten** eine generelle Verantwortung für die schadlose Sammlung und Beseitigung von Altöl auferlegt (vgl. EuGH Slg. 1985, S. 531 (546) [ADBHU („Altölbeseitigung")]), so dass man eine besondere Entsorgungsverantwortung der Mitgliedstaaten nicht nur für ihr eigenes, sondern auch für „fremdes" Altöl bejahen könnte. Daher könnte man den Mitgliedstaat unabhängig davon als primär Entsorgungspflichtigen ansehen, ob das Altöl von ihm oder von dritten Personen stammt, so dass er in beiden Fällen in gleichem Maße hauptsächlicher Nutznießer der Entsorgungsleistung wäre und es damit durchaus als marktgerecht erscheinen könnte, wenn **er** als primärer Nutznießer der Entsorgungsleistung für diese auch bezahlt.

**(3) Unterscheidung zwischen einzeln und wiederkehrend erworbenen Leistungen**

Die soeben aufgestellte Zweifelsregelung muss im Folgenden freilich etwas eingeschränkt werden: Die Möglichkeit, durch Verweis auf Art. 86 II EG eine angemessene Lösung zu finden, besteht nämlich nur insoweit, als diese Ausnahmevorschrift auf die Leistungen des Unternehmens sinnvollerweise überhaupt Anwendung finden kann.

Als Ausnahmevorschrift unterliegt Art. 86 II EG strengen Anwendungsvoraussetzungen.[381] So muss die Betrauung mit der Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt geschehen.[382] Eine solche hoheitliche Betrauung mit der Aufgabe erscheint aber regelmäßig nur dann als möglich, wenn das betraute Unternehmen die Aufgabe **über einen längeren Zeitraum hinweg** wahrnehmen soll. So kann von den Mitgliedstaaten sicher verlangt werden, eine generelle Entsorgungspflicht altölentsorgender Unternehmen für jegliches in ihrem Bezirk anfallendes Altöl hoheitlich anzuordnen. Geht es dagegen um die Beseitigung von Altöl **im Rahmen eines einzigen, akuten Ereignisses**, z.B. wenn ein einzelnes (unbekanntes) Kraftfahrzeug auf der Straße Öl verloren hat, so darf es dem Staat wohl kaum verwehrt werden, für eine schnelle Beseitigung dieser Umweltgefahr zu sorgen und hiermit auch - gegen Entgelt - ein privates Entsorgungsunternehmen zu beauftragen. In diesem Falle würde wohl niemand in einem der Höhe nach angemessenen staatlichen Entgelt eine verbotene Beihilfe zu Gunsten des beauftragten Entsorgungsunternehmens sehen, das vom Staat bloß für die von ihm auch auf dem Markt offerierte Tätigkeit, Schadstoffe zu entsorgen, bezahlt wird. Genauso wenig wird man hier aber ernsthaft verlangen können, dass der Staat das Unternehmen für diese einmalig und schnell zu erbringende Dienstleistung extra hoheitlich mit der Altölbeseitigung betrauen muss. Zum Ergebnis des Nichteingreifens des Beihilfeverbots kann man daher letztlich nur kommen, indem man die Altölentsorgung als marktmäßige Gegenleistung des Entsorgungsunternehmens ansieht, für die der Staat deshalb ein Entgelt bezahlen durfte.[383] Dabei geht es letztlich in beiden Fällen - sowohl bei der generellen Entsorgungsaufgabe als auch bei der Entsorgungsaufgabe in einem akuten Einzelfall - um eine Entsorgungsleistung, die nicht eindeutig dem Staat zugute kommt, von dem die Ver-

---

[381] vgl. dazu, dass es sich bei Art. 86 II EG um eine im Zweifelsfalle restriktiv auszulegende Ausnahmevorschrift handelt: Calliess/Ruffert - Jung, Art. 86 EG Rn. 34; Schwarze - von Burchard, Art. 86 EG Rn. 61; G/T/E - Hochbaum, Art. 90 EGV Rn. 49

[382] Sie kann durch Gesetz oder sonstige Rechtsvorschriften erfolgen, aber auch durch Verwaltungsakt, z.B. im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Konzessionierung (Schwarze - von Burchard, Art. 86 EG Rn. 62; Calliess/Ruffert - Jung, Art. 86 EG Rn. 39).

[383] Ausgeschlossen ist es nämlich auch, über die übrigen Ausnahmetatbestände des Art. 87 II und III EG zur Vereinbarkeit der Zuwendung mit dem Gemeinsamen Markt zu kommen, da dies eine vorher einzuholende Entscheidung der Kommission im Verfahren des Art. 88 EG voraussetzen würde, was in einem solchen Eilfalle als undenkbar erscheint.

unreinigung ja nicht stammt, sondern um eine Entsorgung, für die der Staat im Allgemeininteresse - namentlich aus Umweltschutzgründen - die Bezahlung übernimmt. In diesem Beispielsfalle dürfte deutlich werden, dass der Verweis, ein staatliches Entgelt für im Allgemeininteresse liegende Leistungen eines Unternehmens im Zweifel im Rahmen des Art. 86 II EG zu prüfen, bei solchen Einzelleistungen fehlgeht, weil man in diesen Fällen eine hoheitliche Betrauung mit der Aufgabe nicht wird verlangen können. Ein solches, nur im Einzelfalle an ein Unternehmen fließendes staatliches Entgelt für eine Leistung erscheint aber auch aus marktorientierter Sichtweise als weitaus weniger bedenklich als eine dauerhafte Finanzierung bestimmter Unternehmenstätigkeiten durch den Staat. Will der Staat dagegen bestimmten Unternehmen **dauerhaft** Gelder für die Erfüllung bestimmter, im allgemeinen Interesse liegender Aufgaben zuweisen, wird man von ihm nach Ansicht des Autors eine Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 86 II EG erwarten können und müssen.

Daher gilt: Beauftragt ein Mitgliedstaat Unternehmen **über längere Zeit** mit der Erfüllung bestimmter, im allgemeinen Interesse liegender Aufgaben, so sollte man im Zweifel die Marktmäßigkeit der Gegenleistung des Unternehmens verneinen und damit den Beihilfecharakter der Zuwendung bejahen, um die Zuwendung an den Voraussetzungen des Art. 86 II EG prüfen zu können, dessen Anforderungen sonst umgangen zu werden drohen. Da hinsichtlich der Überprüfung, ob die Voraussetzungen des Art. 86 II EG vorliegen, auch kein weites Ermessen der Kommission besteht[384], wie es etwa bei den Ausnahmebestimmungen des Art. 87 II und III EG der Fall ist, kann dieser Auffassung auch nicht entgegengehalten werden, dass die Lösung rechtlicher Zweifelsfälle auf diese Weise in das Ermessen der Kommission gelegt werde. Beispiele für solche dauerhaft von bestimmten Unternehmen erbrachten und im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse stehenden Leistungen, die nur unter Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 86 II EG staatlicher Finanzierung offen stehen sollten, sind etwa Altölentsorgungspflichten wie in der Rs. 240/83[385], Leistungen von Verkehrsunternehmen, die aus Gründen des allgemeinen Interesses verpflichtet sind, bestimmte unrentable Linien zu bedienen[386], sowie die Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.[387] Soweit der

---

[384] siehe ausführlich zu der (komplizierten) Frage, wer das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 86 II EG festzustellen hat: G/T/E - Hochbaum, Art. 90 EGV Rn. 72; Schwarze - von Burchard, Art. 86 EG Rn. 59 f.

[385] vgl. oben S. 80 ff.

[386] Da der Staat das Verkehrsunternehmen hier nicht dafür bezahlt, **ihn** (also: Staatsbedienstete oder dem Staat gehörende Güter), sondern Dritte zu befördern, liegt eine Gegenleistung vor, die nicht primär dem Staat, sondern der Allgemeinheit (= den die Verkehrslinie nutzenden Bürgern) zugute kommt. Auf die staatliche Finanzierung dieser im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Leistung sollte daher der für solche Leistungen vorgesehene Art. 86 II EG angewandt werden, so dass man das Vorliegen einer marktmäßigen Gegenleistung verneinen sollte (anders Hoffmann-Klein/Noch, DÖV 2002, S. 422 (423)).

[387] Auch das Programm der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird ja nicht an den Staat, sondern direkt an die Bürger, also „die Allgemeinheit" ausgestrahlt, so dass auch die staatliche Rundfunkfinanzierung nur unter den Voraussetzungen des Art. 86 II EG zulässig sein sollte (siehe dazu auch unten S. 234 ff.).

EuGH[388] und Teile der Literatur[389] dazu neigen, die Erfüllung solcher Pflichten als marktgemäße, eine verbotene Beihilfe bereits auf Tatbestandsebene ausschließende Gegenleistung anzusehen, ist dies daher zu bedauern.[390]

Bei **einzelnen**, staatlich „eingekauften" Leistungen von Unternehmen hingegen wird man um eine Beurteilung der Marktmäßigkeit der erworbenen Leistung nicht herumkommen. Ein solcher einmaliger Leistungserwerb durch den Staat dürfte aber auch leichter daraufhin zu überprüfen sein, ob es sich um ein marktmäßiges Austauschgeschäft oder um eine marktwidrige Subventionierung handelt.

### d) Fazit

Theoretisch ist das Problem, inwieweit der staatlich zugewandte geldwerte Vorteil durch eine angemessene marktmäßige Gegenleistung des Unternehmens aufgezehrt wird, so dass statt

---

[388] Neben dem insoweit bereits ausführlich erläuterten Altölfall kann in diesem Zusammenhang etwa auch die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-53/00 angeführt werden:
In diesem Falle wandte der französische Staat nach den Feststellungen des Gerichtshofs den Großhändlern von Arzneimitteln einen beihilferelevanten Vorteil i.S.d. Art. 87 I EG zu (siehe EuGH Slg. 2001, S. I-9067 (9109) [Ferring]: geldwerter Vorteil in Form einer Abgabenbefreiung). Der EuGH sah nun aber in der Erfüllung bestimmter gemeinwirtschaftlicher Pflichten, die diesen Großhändlern vom französischen Staat auferlegt worden waren, bereits eine beihilfeausschließende Gegenleistung der Händler (EuGH Slg. 2001, S. I-9067 (9110) [Ferring]) und nicht bloß Leistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i.S.d. Art. 86 II EG, denn inwieweit die Erfüllung dieser Pflichten vielleicht zum Vorliegen einer Ausnahme nach Art. 86 II EG führen könnte, wurde vom EuGH an anderer Stelle geprüft (siehe dazu EuGH Slg. 2001, S. I-9067 (9111 f.) [Ferring]). Auch hier wird somit eine Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch den EuGH in fragwürdiger, weil möglicherweise zu einer Umgehung der Anforderungen des Art. 86 II EG führender Weise als beihilfeausschließende Gegenleistung eingestuft.

[389] vgl. Michel, S. 57; Simon, S. 62; Brevern, EWS 2001, S. 586; Bartosch, NVwZ 2002, S. 174 (175); Ruge, EuZW 2002, S. 50 (51 f.)

[390] Die Auffassung, dass eine Beihilfe nicht vorliege, wenn der Staat finanzielle Zuwendungen zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Public Service Obligations) leiste (so Simon, S. 62), ist abzulehnen. Solche im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Leistungen dürfen einer Beurteilung anhand der Voraussetzungen des doch gerade für diese Leistungen gedachten Art. 86 II EG nicht entzogen werden. Zwar verneinen in der Tat auch die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr (ABl. 1997, C 205, S. 5 (12 f.)) sowie im Luftverkehr (ABl. 1994, C 350, S. 5 (9 ff.)) das Eingreifen des Beihilfeverbots bei der staatlichen Finanzierung einer Fährlinie bzw. Flugverbindung, wenn der Finanzzuschuss lediglich eine Kompensation für vom Gesetzgeber festgelegte, nicht rentable Dienste darstellt. Das Eingreifen des Beihilfeverbots kann hier aber nur an Art. 86 II EG scheitern, wohingegen das Vorliegen einer tatbestandlichen Begünstigung i.S.d. Art. 87 I EG nach Ansicht des Autors außer Frage stehen muss: Die Marktwidrigkeit einer finanziellen Unterstützung eines **unrentablen** Unternehmens durch den Staat kann ja wohl kaum bezweifelt werden (vgl. Ennuschat, RdE 2001, S. 46 (49); Clade, Deutsches Ärzteblatt 2002, S. C 1784 (1784 f.)).
Am begünstigenden Charakter fehlt es auch dann nicht, wenn die Streckenkonzession im Ausschreibungsverfahren an den Anbieter vergeben wird, der die Anforderungen in Bezug auf Kapazität, Frequenz und Preisgestaltung am besten erfüllt (so aber Simon, S. 62). Schließlich ändert auch die Berücksichtigung des besten Anbieters im Ausschreibungsverfahren nichts daran, dass auch dieser Anbieter offensichtlich nicht rentabel am Markt arbeiten kann (sonst bedürfte er ja keiner staatlichen Zuwendungen), sondern die Leistung nur erbringen kann, weil er neben dem am Markt erzielbaren Entgelt zusätzlich noch weitere, am Markt nicht erhältliche Geldzahlungen vom Staat erhält. Die Tatsache freilich, dass eine solche staatliche Subventionierung nötig ist, um im Allgemeininteresse diese Strecke überhaupt bedienen zu können, wird regelmäßig zur Bejahung der Voraussetzungen des Art. 86 II EG führen.

einer subventionierenden Zuwendung ein marktgemäßes Leistungsaustauschgeschäft vorliegt, einfach zu lösen: Durch die Frage, welchen Preis ein gedachter privater Marktteilnehmer in der Lage des Staates für die (Gegen-)Leistung des Unternehmens zu zahlen bereit gewesen wäre (= Privatinvestortest), lässt sich der **Marktwert der Gegenleistung** ermitteln und so Aufschluss sowohl über die Marktmäßigkeit als auch über die Angemessenheit des Leistungsaustauschs gewinnen.

In der Praxis jedoch wird sich diese Frage, ob bzw. in welcher Höhe ein privater Marktteilnehmer einen Preis für eine solche Leistung zu zahlen bereit wäre, oft kaum beantworten lassen, da zum einen zwar die besondere Lage, in der der Staat sich befindet, berücksichtigt werden muss, **in der Lage des Staates** aber selbst eine klassisch subventionierende Zuwendung letztlich immer „ihr Geld wert" sein, ihr also eine aus Sicht des Staates wirtschaftlich angemessene Gegenleistung gegenüberstehen sollte.[391] Auch der Verweis auf den Marktpreis **vergleichbarer** auf dem Markt gehandelter Leistungen hilft praktisch nicht weiter, da völlig offen bleibt, wann äußerlich ähnliche Leistungen wirklich „vergleichbar" - und daher mit einem vergleichbaren Marktwert bewertbar - sind.

Über Existenz und Höhe des Marktwerts - und damit über Marktmäßigkeit und Angemessenheit - der Gegenleistung kann daher meist nur eine auf verschiedene - und gerade auch von Einzelfall zu Einzelfall unterschiedliche - Indizien gestützte wertende Gesamtbetrachtung Aufschluss geben. Als eher unproblematisch erscheint es, wenn der Staat bei dem fraglichen Unternehmen körperliche Gegenstände erwirbt; hier wird man in aller Regel von der Marktüblichkeit der Gegenleistung ausgehen müssen. Probleme bereitet die Beurteilung von Marktmäßigkeit und Marktwert vor allem dann, wenn der Staat Unternehmen ein Entgelt für unkörperliche Leistungen (insbesondere Dienstleistungen wie die Entsorgung von Altöl oder die Erbringung von Beförderungs- oder Rundfunkleistungen) zahlt. Weitere Indizien für eine Wertung in solchen Fällen wurden aber beispielhaft genannt (Unterscheidung nach dem (primären) Nutznießer/Unterscheidung zwischen einzeln und dauerhaft erworbenen Leistungen). Letztlich dürfte eine solche Marktwertermittlung im Einzelfalle jedoch auch eher Sache des Ökonomen denn des Juristen sein, der hier nur die grundsätzliche Problematik der Marktwertermittlung aufzeigen kann.

---

[391] Der Staat wird in aller Regel zu vermeiden suchen, dass eine „Überkompensation" vorliegt (vgl. Gersdorf, S. 85).

**e) Exkurs: Versuch einer allgemeinen Systematisierung der vorteilsaufzehrend anrechenbaren (bzw. nicht anrechenbaren) „Nachteile" der die staatliche Zuwendung erhaltenden Unternehmen**

Eine marktmäßige Gegenleistung von Unternehmen kann, wie soeben festgestellt wurde, in Höhe ihres Marktwertes begünstigungsaufzehrend auf den staatlich gewährten geldwerten Vorteil angerechnet werden. Fraglich ist, inwieweit auch weitere „Nachteile", die dem durch die staatliche Zuwendung begünstigten Unternehmen im Zusammenhang mit der staatlichen Vorteilseinräumung entstehen, begünstigungsmindernd zu berücksichtigen sein können. Im Folgenden soll versucht werden, solche „Nachteile", die die staatliche Zuwendung ausgleichen soll, in ein System zu bringen, das über ihren vorteilsmindernden Einfluss Auskunft geben kann.

**aa) Gegenleistungen des Unternehmens als vorteilsaufzehrende Nachteile**

Im Regelfalle sind „Nachteile" wie Verpflichtungen, Auflagen, Bedingungen usw., die der Staat mit einer Vorteilsgewährung verknüpft, als **Gegenleistung** des Unternehmens zu qualifizieren. Sie können nur insoweit vorteilsmindernd berücksichtigt werden, als sie marktgemäß und angemessen sind, d.h. sie sind genau in Höhe ihres Marktwertes auf den staatlich gewährten geldwerten Vorteil anzurechnen. Ist die Gegenleistung des Unternehmens dagegen nicht marktgemäß, werden also mit der staatlichen Leistung Zwecke verfolgt, für die kein vernünftiger privater Marktteilnehmer in der Lage des Staates einen Preis zu zahlen bereit wäre, so haben sie keine begünstigungsmindernde Wirkung, und eine Berücksichtigung dieser staatlich auferlegten Nachteile ist nur im Rahmen der Art. 86 II, 87 II und III EG möglich.

**bb) Von vornherein vorteilsmindernd zu berücksichtigende Nachteile**

**Von vornherein** - d.h.: ohne als Gegenleistung auf ihre Marktmäßigkeit geprüft werden zu müssen - **vorteilsmindernd** angerechnet werden können Nachteile, die der Staat mit der Vorteilsgewährung verknüpft hat, allenfalls dann, wenn sich Vor- und Nachteil nicht in zwei einzelne Leistungen (= Leistung und Gegenleistung) aufteilen lassen, also die Beschränkung schon logisch untrennbar mit dem gewährten Vorteil verknüpft ist. Steht der mit der Vorteilsgewährung verbundene Nachteil in einer so engen Beziehung zu dem gewährten Vorteil, kann

nämlich der (Markt-)Wert des Vorteils überhaupt nur unter Berücksichtigung des Nachteils ermittelt werden.

Als Beispiel hierfür genannt werden kann eine staatliche Haftungsübernahme[392], die nicht unbeschränkt gilt, sondern auf einen bestimmten Haftungshöchstbetrag begrenzt ist. Die Haftungsbeschränkung wirkt hier für das begünstigte Unternehmen nachteilhaft im Vergleich zu einer Haftungsübernahme ohne Beschränkung und stellt folglich einen „Nachteil" für dieses dar. Dieser Nachteil der Haftungsbeschränkung ist auch bei der Ermittlung der Höhe der Begünstigung zu berücksichtigen, denn dass beispielsweise eine Bürgschaft über 50.000 Euro zur Absicherung einer einzelnen Forderung, also eine Haftung für ein eng umgrenztes Risiko, einen geringeren (Markt-)Wert hat als eine betragsmäßig unbeschränkte Bürgschaft für alle Verbindlichkeiten, die aus einer Geschäftsbeziehung entstehen, also eine Haftung für ein weitaus größeres Risiko, ist offensichtlich. Eine solche, unmittelbar vorteilsmindernde Wirkung von Nachteilen kann aber nur dann bejaht werden, wenn es schon logisch gar nicht denkbar erscheint, Vor- und Nachteil in zwei einzelne Leistungen aufzuteilen. Eine Haftungsbeschränkung etwa macht isoliert betrachtet gar keinen Sinn, sondern ihre Funktion ergibt sich erst im Zusammenhang mit der vorteilhaften Haftungsübernahme. In solchen Fällen muss der „Nachteil" daher bereits bei der Ermittlung des (Markt-)Wertes des Vorteils berücksichtigt werden.

Sämtliche anderen mit einer Vorteilsgewährung verbundenen, von dieser aber theoretisch abtrennbaren „Nachteile" (Pflichten, Auflagen, Bedingungen usw.) können aber nur als marktmäßige Gegenleistung des Unternehmens vorteilsmindernd Anrechnung finden. Diese enge Eingrenzung vorteilsmindernd anrechenbarer Nachteile ist schon deshalb geboten, um eine Umgehung der Ausnahmetatbestände der Art. 87 II und III sowie 86 II EG zu vermeiden.

Abzulehnen ist daher insbesondere die Ansicht, wonach man, wenn man Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten als beihilferelevante Vorteile ansieht[393], im Gegenzug auch die Nachteile, die diese Rechtsform mit sich bringt (etwa die weitgehend fehlende Möglichkeit, das Eigenkapital auf andere Weise als durch Unternehmensgewinne zu erhöhen), vorteilsmindernd berücksichtigen müsse, weil die aus der Rechtsform „Anstalt des öffentlichen Rechts" resultierenden Vorteile durch solche, sich ebenfalls aus dieser Rechtsform ergebenden Nachteile teilweise ausgeglichen würden.[394] Eine solche Beschränkung der Refinanzierungsmöglichkeiten ist nämlich ein Nachteil, der Kreditin-

---

[392] siehe zum Beihilfecharakter staatlicher Haftungsübernahmen unten S. 211 ff.

[393] ausführlich zur Begünstigungswirkung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung: siehe unten S. 220 ff.

[394] vgl. Immenga/Rudo, S. 76 f.; DSZ Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 208 f.

stituten theoretisch unabhängig von einer Übernahme von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung durch den Staat auferlegt werden kann, selbst wenn beides sich im Falle der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute gleichermaßen aus der Rechtsform als Anstalt öffentlichen Rechts ergibt. Der Nachteil kann daher durchaus vom gewährten Vorteil getrennt werden - anders als eine Haftungsbeschränkung, die ohne die positive Übernahme einer Haftung überhaupt nicht denkbar ist. Solche den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten auferlegten Beschränkungen, die im Zusammenhang mit ihrem öffentlichen Auftrag stehen, können allenfalls im Rahmen des Art. 86 II EG Relevanz erlangen.[395]

### cc) Natürliche Nachteile

**Natürliche Nachteile** sind Standortnachteile, die Unternehmen in einem bestimmten Mitgliedstaat zu tragen haben und die ihre Wettbewerbsfähigkeit verschlechtern. Solche Standortnachteile sind etwa ein wirtschaftlicher Rückstand der Region, in der das Unternehmen produziert, so dass sich für dieses die Kosten beispielsweise für auswärtiges Personal und die erforderliche Infrastruktur erhöhen.[396] Als solche natürlichen Nachteile werden aber auch staatlich auferlegte Leistungspflichten wie z.B. besonders hohe Steuer- oder Soziallasten angesehen.[397]

Natürliche Nachteile dürfen nach hergebrachter Auffassung nicht durch staatliche Subventionen ausgeglichen werden, stehen also dem Beihilfecharakter der zu ihrem Ausgleich gewährten Leistungen nicht entgegen.[398] Die fehlende beihilfeausschließende Wirkung solcher Nachteile wird man auch kaum in Frage stellen können, da jedes Unternehmen von jeher gewisse Belastungen zu tragen hat, die seine Wettbewerbsfähigkeit mindern, andernfalls also wohl sämtliche staatlichen Beihilfen durch den Zweck des Ausgleichs irgendwelcher Nachteile gerechtfertigt werden könnten.

---

[395] siehe dazu unten S. 224 (Fn. 1114)

[396] siehe EuGH Slg. 1993, S. I-3203 (3257) [Matra/Kommission]

[397] EuGH Slg. 1974, S. 709 (720) [Kommission/Italien]; vgl. auch EuGH Slg. 1969, S. 523 (541) [Kommission/Frankreich]: besonders hohe Rediskontsätze der nationalen Notenbank in einem Mitgliedstaat; EuGH Slg. 1999, S. I-2981 (3004 f.) [Italien/Kommission]: Beihilfe zum Ausgleich besonders hoher nationaler Steuersätze

[398] Frenz, DVBl. 2001, S. 673 (679); Immenga/Rudo, S. 43; vgl. Junginger-Dittel, in: EG-Beihilfenrecht, S. 81 (82); Götz, in: Verfassungsrecht im Wandel, S. 319 (321 f.); Montag, NJW 2001, S. 1613 (1618); Erlbacher, EuZW 1998, S. 517; Pechstein/Damm, EWS 1996, S. 333 (336); Perry, ELR 22 (1997), S. 85 (86); Evans, ELR 23 (1998), S. 434 (436); Jour-Schröder, EuZW 1994, S. 701; Schütterle, EuZW 1997, S. 33; EuGH Slg. 1969, S. 523 (541) [Kommission/Frankreich]; EuGH Slg. 1974, S. 709 (719) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1999, S. I-2981 (3004 ff.) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2319 (2363) [Alzetta u.a./Kommission]

Gerade wenn es sich bei den natürlichen Nachteilen um staatlich auferlegte Leistungspflichten handelt, stellt sich dann aber die Frage, wie diese von (möglicherweise beihilfeausschließend wirkenden) Gegenleistungen abzugrenzen sind.

Die aus wettbewerblicher Sicht nötige Rechtfertigung[399] dafür, den Ausgleich natürlicher Nachteile als Beihilfe anzusehen, auch wenn die Zuwendung bloß bestehende Wettbewerbsunterschiede aufheben soll, liegt darin, dass einseitige Maßnahmen von Mitgliedstaaten, mit denen diese Unterschiede eingeebnet werden sollen, die **bestehende Wettbewerbslage** stören.[400] Beihilfeausschließend als Gegenleistung kann ein Nachteil daher nur angerechnet werden, wenn er nicht zu dieser bestehenden Wettbewerbslage gehört, sondern erst im Zusammenhang mit der Vorteilsgewährung entsteht, also in besonderer Weise mit dieser verknüpft ist. Die staatliche Vorteilsgewährung und der Nachteil für das Unternehmen müssen dafür in einer Art Gegenseitigkeitsverknüpfung stehen, die freilich nicht so eng wie ein Synallagma sein muss.[401] Notwendig, aber auch ausreichend für die Qualifizierung als (möglicherweise beihilfeausschließende) Gegenleistung ist eine hinreichend bestimmte, zumindest tatsächliche Verknüpfung zwischen staatlicher Zuwendung und der vom Unternehmen seinerseits erbrachten Leistung, die den Zusammenhang beider Leistungen erkennen lässt.[402]

**dd) Ausgleich für erlittene Nachteile**

Anerkannt ist, dass keine Begünstigung gegeben ist, wenn die Gewährung des geldwerten Vorteils lediglich einen **Ausgleich für erlittene Nachteile** darstellt.[403] Dies gilt etwa für die Erstattung zu Unrecht erhobener Beiträge durch staatliche Stellen[404] oder Schadensersatzleistungen zur Wiedergutmachung einer von staatlichen Stellen verursachten Schädigung.[405] Hier wird man den geldwerten Nachteil, den das Unternehmen zunächst **unrechtmäßig** durch den Staat erlitten hat, auf den als Ausgleich erhaltenen geldwerten Vorteil anrechnen müssen, so dass eine Begünstigung des Unternehmens im Ergebnis zu verneinen ist.[406]

---

[399] Immerhin ist das Beihilferecht nur Teil eines Wettbewerbsschutzsystems (siehe oben S. 5 f.), kann also nur wettbewerblich bedenkliche Maßnahmen erfassen.
[400] vgl. EuGH Slg. 1974, S. 709 (720) [Kommission/Italien]
[401] vgl. oben S. 69
[402] Damm, S. 90
[403] Rodi, S. 155; Wendling, EuZW 1999, S. 293; Pechstein, EuZW 1998, S. 671 (672)
[404] EuGH Slg. 1980, S. 1205 (1228) [Denkavit]; EuGH Slg. 1980, S. 2545 (2555) [Ariete]; EuGH Slg. 1980, S. 2559 (2575) [MIRECO]
[405] EuGH Slg. 1988, S. 5515 (5539 f.) [Asteris u.a./Griechenland u.a.]
[406] vgl. Rodi, S. 155

**ee) Fazit**

Von seltenen Ausnahmefällen - nämlich den von vornherein vorteilsmindernd zu berücksichtigenden Nachteilen und dem Ausgleich unrechtmäßig erlittener Nachteile - abgesehen sind Nachteile, die durch die staatliche Zuwendung ausgeglichen werden sollen, grundsätzlich **nicht auf den staatlich gewährten Vorteil anzurechnen**. Eine vorteilsmindernde, also begünstigungsaufzehrende Wirkung können **nur marktmäßige Gegenleistungen** entfalten. Ist der Nachteil dagegen schon gar nicht als Gegenleistung zu qualifizieren, weil es an der notwendigen Verknüpfung zur Vorteilsgewährung fehlt, oder stellt er zwar eine Gegenleistung dar, die aber nicht marktgemäß ist, kann die staatliche Zielsetzung des Nachteilsausgleichs allenfalls im Rahmen der Ausnahmebestimmungen der Art. 86 II, 87 II und III EG Berücksichtigung finden.

## IV. Die rechnerische Ermittlung der Höhe der Begünstigung (des sog. Beihilfe- oder Subventionsäquivalents) als Differenz aus vorteilhafter Zuwendung des Staates und Gegenleistung des Unternehmens

Eine Begünstigung liegt vor, wenn der Staat erstens einem Unternehmen einen geldwerten Vorteil gewährt[407] und dies zweitens marktwidrig ohne entsprechende marktmäßige Gegenleistung tut[408], was ein wirtschaftlich denkender privater Marktteilnehmer nicht tun würde. Die Abweichung des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses vom Marktüblichen ist dabei anhand einer Gegenüberstellung der (notfalls potentiellen[409]) Marktwerte von staatlicher Zuwendung und Gegenleistung des Unternehmens zu bestimmen, da marktüblich ein Austausch gleichwertiger Leistungen ist.[410]
Die **Höhe der Begünstigung** (das sog. **Beihilfe- oder Subventionsäquivalent**[411]) errechnet sich daher wie folgt:

**Geldwert (= Marktwert) der staatlichen Leistung**

**abzüglich**

**Geldwert (= Marktwert) der Gegenleistung des Unternehmens**

**=**

**Geldwert des marktwidrigen Vorteils (= der Begünstigung).**

---

[407] siehe dazu oben S. 44
[408] siehe dazu oben S. 66
[409] siehe oben S. 53 (für die Leistung des Staates) und S. 71 (für die Gegenleistung des Unternehmens)
[410] vgl. oben S. 47 f.
[411] Koschyk, S. 333; vgl. 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 66 f.

Ergibt sich aus dieser Rechnung eine positive Differenz, ist also der Wert der staatlichen Leistung größer als der Wert der Gegenleistung des Unternehmens, so liegt eine Begünstigung vor, was natürlich insbesondere dann der Fall ist, wenn das Unternehmen gar keine Gegenleistung mit Marktwert erbringt. Ist die Differenz gleich Null, so fehlt es an einer Begünstigung. Gleiches gilt, wenn die Differenz negativ ist, also der Wert der (Gegen-)Leistung des Unternehmens den Wert der staatlichen Leistung übersteigt, da das Beihilferecht nur unentgeltliche (= gar nicht oder zu niedrig entgoltene) Leistungen des Staates an Unternehmen, nicht aber umgekehrt auch unentgeltliche Leistungen von Unternehmen an den Staat untersagt.

Im Falle nichtsteuerbarer Zuwendungen[412] kann unmittelbar der errechnete Nominalbetrag als Beihilfewert angesetzt werden, der brutto gleich netto ist, da eine Besteuerung der Beihilfeleistung entfällt.[413] Ansonsten ist das Subventionsäquivalent grundsätzlich als Nettobetrag (sog. Nettosubventionsäquivalent[414]) zu berechnen, d.h. unter Abzug der mit der Erlangung der Subvention verbundenen Steuern.[415] Dem Appell, die Kommission solle das Beihilfeäquivalent in jedem Einzelfalle möglichst konkret beziffern[416], kann nur zugestimmt werden, schon weil diesem bei einer eventuellen Rückforderung ganz entscheidende Bedeutung zukommt.[417]

Gewährt der Staat mehrere beihilferelevante Leistungen, ist der Gesamtwert der Beihilfen zu errechnen, indem der Geldwert der Einzelbeihilfen addiert wird: Leistet der Staat etwa einem Unternehmen eine Geldzahlung i.H.v. 100.000 Euro, übereignet ihm dazu ein Grundstück im Werte vom 50.000 Euro und erlässt ihm weiterhin geschuldete Abgaben i.H.v. 200.000 Euro, jeweils ohne hierfür eine marktgemäße Gegenleistung zu erhalten, liegt der Gesamtwert der Beihilfen bei 350.000 Euro. Eine über die additive Kumulierung hinausgehende Steigerung der Beihilfehöhe ergibt sich durch das Nebeneinandertreten mehrerer beihilferelevanter Maßnahmen nicht, selbst wenn diese Beihilfehäufung in ihren Wettbewerbsfolgen überproportionale Wirkungen entfaltet.[418] Schließlich ist es bereits bei klassischen Subventionen als Einzelbeihilfen möglich, dass die Wettbewerbswirkungen in höherem Maße steigen als die Höhe

---

[412] z.B. wenn die Subvention bereits selbst in einer steuerlichen Vergünstigung besteht

[413] Koschyk, S. 148

[414] zur Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettosubventionsäquivalent siehe 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 66 f.; zur Berechnung des Nettosubventionsäquivalents siehe: Anhang 1 der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998, C 74, S. 19 sowie Koschyk, S. 150 ff.

[415] Koschyk, S. 148; Anhang 1 der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998, C 74, S. 19 (20); zur Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Auswirkungen der Steuerbelastung auf den geldwerten Beihilfevorteil siehe auch EuGH Slg. 2000, S. II-2319 (2359 f.) [Alzetta u.a./Kommission]

[416] so Koschyk, S. 325 f.

[417] siehe zur Rückforderung unten S. 267 ff.

[418] vgl. zu den Wettbewerbsfolgen einer Kumulation von Beihilfen etwa Pache, EuZW 1996, S. 256

der Geldzahlung, beispielsweise wenn eine erhöhte Beihilfe eine völlige Verdrängung der Wettbewerber vom Markt ermöglicht.

## V. Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verschonungssubventionen

Subventionen werden nach der **Art der Gewährung** (der sog. **Vergabetechnik**) in zwei Gruppen unterschieden:[419]

1. die Subventionen durch staatliche Leistung (Leistungssubventionen)[420], auch bezeichnet als direkte[421] oder offene[422] Subventionen,
2. Verschonungssubventionen[423], auch indirekte[424] oder verdeckte[425] Subventionen genannt.

### 1. Positive Zuwendungen des Staates (Leistungssubventionen)

Bei der Leistungssubvention erhält das begünstigte Unternehmen vom staatlichen Beihilfegeber eine positive Zuwendung. Die staatlicherseits gewährten, positiven Leistungen können unterschiedlichster Art sein: Neben einer klassischen Subvention durch Zuwendung eines Geldbetrages kommen auch sämtliche weiteren Sach-, Dienst- oder sonstigen Leistungen (z.B. Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit) in Betracht, die einen Marktwert haben.

### 2. Verzichtssachverhalte (Verschonungssubventionen)

Eine Beihilfe kann anerkanntermaßen außer durch positive Zuwendungen auch durch die Minderung von Belastungen gewährt werden, die das Unternehmen ansonsten zu tragen hätte.[426] Ein **Verzicht des Staates auf eine Geldzahlung des Unternehmens** wirkt wirtschaft-

---

[419] Rittner, S. 499
[420] siehe dazu Ose, S. 23; Koenig, in: EG-Beihilfenrecht, S. 9 (10)
[421] siehe R. Koch, S. 79 f.; Woll, S. 654; Rittner, S. 506
Allerdings ist der Sprachgebrauch insoweit nicht ganz einheitlich: So verstehen manche unter direkten Subventionen nicht jede Subvention, die durch staatliche Leistung erfolgt, sondern nur solche durch staatliche Leistung in Form eines offenen Zuschusses (vgl. Ose, S. 211). Dementsprechend wäre beispielsweise in staatlichen Garantien, obwohl der Staat mit der Übernahme der Garantie dem Unternehmen eine positive Leistung erbringt, nur eine indirekte Subvention zu sehen (so auch Wettbewerbskommissar Mario Monti in der Pressemitteilung der Kommission IP/02/634 vom 26. April 2002, nachzulesen unter http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/634|0|RAPID&lg=DE&type=PDF).
[422] Rittner, S. 499
[423] Damm, S. 83; Kirchhof, S. 98; Koenig, ZIP 2000, S. 53; Diehm, S. 9
[424] R. Koch, S. 79 f.; Woll, S. 654
[425] Woll, S. 654; Hoischen, S. 23 f.
[426] Koschyk, S. 51; Damm, S. 83; Ose, S. 50 f.; std. Rspr. seit EuGH Slg. 1961, S. 1 (43) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]; vgl. später etwa EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1696) [Siemens/Kommission];

lich wie eine positive Mittelgewährung, denn das begünstigte Unternehmen wird durch die Befreiung von einer Geldzahlung an den Staat in gleicher Weise finanziell bessergestellt wie durch eine positive Geldzahlung des Staates an das Unternehmen.[427]

Die staatliche Zuwendung liegt bei Verzichtssachverhalten in dem Verzicht auf die Erfüllung eines Anspruchs, der dem Staat gegenüber dem Unternehmen zusteht.[428] Dieser Verzicht des Staates auf den Anspruch hat die gleiche Wirkung, wie sie auch eine positive Zuwendung durch Übertragung dieses geldwerten Anspruchs durch den Staat auf das Unternehmen - also eine Leistungssubvention - hätte: Letztere würde durch Konfusion, also Vereinigung von Schuldner und Gläubiger[429] nämlich ebenso zum Erlöschen des Anspruchs führen wie der staatliche Verzicht. Aufgrund der identischen Wirkungen muss, da über die Beihilfeeigenschaft anhand des Wirkungskriteriums zu entscheiden ist[430], in beiden Fällen gleichermaßen eine Beihilfe vorliegen.

Jeder wirtschaftsrechtliche Subventionsbegriff muss neben den Transfer- auch die Verschonungssubventionen erfassen[431], und dementsprechend herrscht zu Recht Einigkeit darüber, dass der Beihilfebegriff des Art. 87 I EG neben positiven Zuwendungen des Staates auch den staatlichen Verzicht auf Leistungen erfasst, die von dem Unternehmen zu erbringen wären.[432]

Zu beachten ist dabei, dass die Qualifizierung als Verschonungssubvention nur dann in Frage kommt, wenn die Annahme einer Leistungssubvention ausscheidet. Schließlich kann man letztlich jede Subvention als Verzichtssubvention einstufen, da auch eine positive staatliche Zuwendung erst dann Beihilfecharakter annimmt, wenn der Staat auf eine marktübliche, angemessene Gegenleistung verzichtet. Insofern wird jede positive geldwerte Zuwendung des Staates erst durch einen staatlichen Verzicht - nämlich auf die marktübliche Gegenleistung - zu einer Beihilfe. Jedoch erschiene es als Verkennung des Lebenssachverhalts, bei einer klassischen Subventionszahlung des Staates die staatliche Zuwendung nicht in eben dieser Geldzahlung, sondern erst in dem Verzicht auf eine Gegenleistung zu sehen.[433] Entsprechendes gilt für alle anderen geldwerten Leistungen des Staates. Von einer Verschonungssubvention sollte man daher nur dann sprechen, wenn der Staat dem Unternehmen keinerlei positive geldwerte

---

EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3695) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3933) [DM Transport]; EuGH Slg. 1999, S. I-6639 (6665) [Frankreich/Kommission]

[427] vgl. EuGH Slg. 1994, S. I-877 (908) [Banco Exterior de Espana]; H/O/S, S. 22

[428] Dabei ist allerdings zu beachten, dass insbesondere ein staatlicher Abgabenverzicht auch in der Weise erfolgen kann, dass der Staat eine abgabenrechtliche Ausnahmeregelung schafft, die bewirkt, dass ein ihm „eigentlich" zustehender Anspruch gar nicht erst entsteht (siehe dazu unten S. 256 ff.).

[429] siehe zu den Wirkungen einer Konfusion Palandt - Heinrichs, Überbl v § 362 BGB Rn. 4

[430] siehe schon oben S. 17 f.

[431] Rittner, S. 500

[432] Koschyk, S. 332; Rittner, S. 500; Kühling, RdE 2001, S. 93 (94); Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (172)

[433] vgl. oben S. 38 f.

Zuwendung macht, sondern allein auf einen ihm zustehenden Anspruch verzichtet. Die Verzichtssubvention ist also subsidiär zur Leistungssubvention; mit anderen Worten: Es besteht ein **Vorrang der positiven Zuwendung**.

Trotz des grundsätzlichen Vorrangs der positiven Zuwendung kann eine Verschonungssubvention allerdings dann vorliegen, wenn der Staat dem Unternehmen zwar eine positive Leistung zukommen lässt, diese aber keinen (auch keinen potentiellen) Marktpreis hat. Erteilt der Staat einem Unternehmen z.B. eine Baugenehmigung, ohne die Entrichtung der hierfür üblichen Gebühren zu verlangen, so erbringt er dem Unternehmen mit der Baugenehmigung zwar eine positive Leistung, die aber keinen Geldwert hat.[434] Die Bejahung einer Leistungssubvention scheidet folglich aus. Eine Subvention kann aber in dem Verzicht auf die von dem Unternehmen eigentlich geschuldete[435] Gebühr gesehen werden.

Den gleichen Effekt wie durch einen ausdrücklichen Verzicht auf eine Forderung kann der Staat im Übrigen auch durch **verzichtsähnliche Maßnahmen** wie etwa eine bloß faktische dauerhafte Nichteinziehung der Forderung erreichen.[436]

Hinsichtlich des Inhalts der möglichen Ansprüche, auf die der Staat gegenüber dem Unternehmen verzichten kann, gilt für die Beihilferelevanz der Verzichtssubvention Gleiches wie bei der Leistungssubvention: Sofern der Staat auf eine Geldforderung verzichtet, nimmt die Subvention auch hier die Form einer Geldzahlung an, allerdings nicht einer tatsächlichen vom Subventionsgeber an den Begünstigten, sondern einer unterbliebenen vom Begünstigten an den Subventionsgeber.[437] Der klassischen Subvention durch Geldzahlung als Grundform der Leistungssubvention entspricht als Grundform der Verschonungssubvention daher der staatliche Verzicht auf einen Anspruch, der eine Geldzahlung zum Inhalt hat. Genau wie für die Leistungssubventionen muss aber natürlich auch für die Verschonungssubventionen gelten, dass geldwerte Leistungen einer Geldzahlung gleichzustellen sind, so dass nicht nur ein staatlicher Verzicht auf Geldforderungen, sondern der Verzicht auf **alle geldwerten Ansprüche** vom Beihilfebegriff erfasst wird, wobei der Geldwert wieder anhand des Marktwertes zu bestimmen ist.

Das Beihilfeäquivalent ist bei Verschonungssubventionen daher in gleicher Weise zu berechnen wie bei Leistungssubventionen, nur dass der staatlich gewährte geldwerte Vorteil hier

---

[434] Die Gebühr darf nicht mit dem (Markt-/Geld-)Wert der Leistung gleichgesetzt werden (siehe oben S. 53).

[435] zur Problematik der Bestimmung, was das Unternehmen dem Staat „eigentlich" schuldet, also welche Ansprüche der Staat überhaupt gegenüber dem Unternehmen hat und auf welche er folglich in beihilferelevanter Weise verzichten kann, siehe ausführlich unten S. 256 ff.

[436] siehe dazu im Einzelnen unten S. 254 ff.

[437] vgl. Albers, Band VII, S. 492

statt in einer positiven Zuwendung in einem Verzicht des Staates auf einen ihm zustehenden Anspruch liegt. Die Höhe der Begünstigung errechnet sich daher wie folgt:

**Marktwert des Anspruchs, auf den der Staat verzichtet,**

**abzüglich**

**Marktwert der Gegenleistung des Unternehmens**

**=**

**Geldwert der Begünstigung (= Beihilfeäquivalent).**

An der begünstigenden Wirkung eines staatlichen Verzichts auf einen Anspruch gegen das Unternehmen fehlt es, wenn entweder der Anspruch, auf den der Staat verzichtet, schon gar keinen Marktwert hat, so dass dem Unternehmen aus dem Verzicht gar kein geldwerter Vorteil entsteht, oder aber der zugewandte geldwerte Vorteil durch eine marktmäßig angemessene Gegenleistung des Unternehmens ausgeglichen wird.

Die Notwendigkeit, den Marktwert des staatlichen Anspruchs zu ermitteln, um den Geldwert des durch den staatlichen Verzicht zugewandten Vorteils berechnen zu können, ist offensichtlich, wenn der Anspruch etwa eine Sach- oder Dienstleistung zum Gegenstand hat. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang aber auch, dass selbst bei Ansprüchen des Staates auf eine Geldleistung nicht einfach der Nominalwert der Forderung, sondern ihr Marktwert der Begünstigungsberechnung zugrunde zu legen ist. Zwar entspricht normalerweise der Marktwert einer Geldforderung ihrem Nominalwert; dies ist aber nicht immer der Fall. Eine ungesicherte Forderung gegen ein in großen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindliches Unternehmen kann wirtschaftlich absolut wertlos sein, so dass ein Verzicht auf sie kein „Opfer" ist.[438] Der Verzicht auf eine solche nicht eintreibbare, also sowieso wertlose Forderung verschafft dem Schuldner keinerlei finanziellen Vorteil.[439] Daher beinhaltet ein Forderungsverzicht gegenüber einem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen - beispielsweise im Zusammenhang mit einem (drohenden) Insolvenzverfahren - nur dann ein Beihilfeelement, wenn der durch den Staat gewährte Nachlass höher ist als derjenige, den ein Privatgläubiger gewährt hätte.[440] In solchen Fällen kann sich ein Forderungsverzicht als das wirtschaftlich vernünftigste Verhalten herausstellen, weil beim Eintritt des Insolvenzfalles der Verlust eines noch größeren Teils der Forderungen droht, so dass auch alle privaten Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten.[441] So wird deutlich, dass selbst

---

[438] so anschaulich EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3120) [HAMSA/Kommission]

[439] so auch EuGH Slg. 1999, S. II-2881 (2918) [Kneissl Dachstein/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-2925 (2947) [Salomon/Kommission]

[440] vgl. Häring, S. 223

[441] vgl. EuGH Slg. 1999, S. II-2925 (2948) [Salomon/Kommission]; so auch die Kommission in EuGH Slg. 1996, S. II-351 (361) [AITEC/Kommission]

ein Verzicht auf eine Geldforderung durchaus (ausnahmsweise) marktüblich sein und folglich keine Beihilfe darstellen kann.

Begründen kann man den fehlenden Beihilfecharakter, wenn der Staat gegenüber einem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen beispielsweise auf 60% seiner Forderungen verzichtet, wie es alle übrigen (privaten) Gläubiger auch tun, nur mit dem fehlenden Marktwert des Anspruchs, auf den der Staat verzichtet: Am Vorliegen einer angemessenen marktmäßigen Gegenleistung kann die Beihilfequalität nämlich nicht scheitern, denn eine Gegenleistung erbringt das Unternehmen dem Staat für seinen Verzicht nicht. Zwar behält der Staat einen Anspruch i.H.v. 40% des Nominalwertes der ursprünglichen Forderungen gegen das Unternehmen. Diesen Anspruch hat der Staat jedoch auch ohne den Verzicht, so dass hierin keine Gegenleistung des Unternehmens für den staatlichen Verzicht liegen kann. Der Verzicht auf 60% der Forderungen erfolgt vielmehr letztlich **ersatzlos**. Die fehlende Beihilfequalität des staatlichen Verzichts ergibt sich stattdessen daraus, dass der Anspruch des Staates gegen das Unternehmen, insoweit der Staat auf ihn verzichtet, keinen wirtschaftlichen Wert (= keinen Marktwert) hat, denn ansonsten würde kein Privatgläubiger in vergleichbarer Weise ersatzlos seine Forderungen erlassen. Die erlassenen 60% sind wirtschaftlich wertlos, da die Forderungen insoweit von niemandem realisierbar gewesen wären. Hier zeigt sich ganz deutlich, dass auch bei einer Geldforderung der Nominalwert nicht unbedingt mit dem - für die Begünstigungsberechnung allein entscheidenden - Marktwert gleichgesetzt werden darf.[442]

Das Beihilfeelement kann in solchen Sanierungsfällen ermittelt werden, indem der Nachlassprozentsatz, den ein Privatgläubiger gewährt hat bzw. gewährt hätte, mit dem vom staatlichen Gläubiger gewährten Nachlassprozentsatz verglichen wird.[443] Aus der Differenz dieser beiden Nachlassprozentsätze, multipliziert mit der Forderungssumme, ist der Beihilfewert zu errechnen.[444]

---

[442] Dass Nominalwert und wirtschaftlicher Wert (= Marktwert) einer Geldzahlung sich nicht unbedingt decken, gilt im Übrigen sogar auch bei Geldzuwendungen des Staates an Unternehmen, also bei klassischen Leistungssubventionen: So ist anerkannt, dass erst in der Zukunft zu erwartende staatliche Subventionszahlungen zur Berechnung des Beihilfeäquivalents auf ihren Gegenwartswert abzuzinsen sind (siehe die Mitteilung der Kommission über „de minimis"-Beihilfen, ABl. 1996, C 68, S. 9).

[443] Häring, S. 223 f.

[444] Häring, S. 224

### 3. Fazit

Beihilfen kann ein Mitgliedstaat nicht nur durch positive Leistungen, sondern auch durch einen Verzicht auf staatliche Ansprüche gegenüber dem Unternehmen gewähren, wobei die Annahme einer solchen Verschonungssubvention nur dann in Frage kommt, wenn mangels Zuwendung einer geldwerten Leistung eine Leistungssubvention ausscheidet. Das Subventionsäquivalent ist in beiden Fällen zu berechnen, indem vom Marktwert des staatlich gewährten Vorteils der Marktwert einer eventuellen Gegenleistung des Unternehmens abgezogen wird.

## VI. Zusammenfassung: Die Begünstigung als marktwidriger geldwerter Vorteil

Die Begünstigung i.S.d. Art. 87 I EG ist zu definieren als **marktwidriger geldwerter Vorteil**. Sie setzt sich aus zwei Elementen zusammen, nämlich erstens der staatlichen Gewährung eines geldwerten Vorteils, der aber zweitens auch marktwidrig ohne entsprechende marktmäßige Gegenleistung gewährt werden muss.
Der Geldwert der Begünstigung (das sog. Beihilfeäquivalent) ist zu berechnen, indem vom Geldwert des staatlich gewährten Vorteils der Geldwert einer eventuellen Gegenleistung des Unternehmens abgezogen wird. Staatliche Zuwendung und Gegenleistung des Unternehmens sind dabei mit (gegebenenfalls auch potentiellen) Marktwerten zu beziffern, da marktüblich ein Austausch gleichwertiger Leistungen ist, so dass die Gegenüberstellung der Marktwerte Auskunft über die Abweichung vom üblichen Verhalten privater Marktteilnehmer gibt.

## C. Die staatliche Zurechnung

Art. 87 I EG erfasst nur „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfen. Anders als bei den unternehmensgerichteten Wettbewerbsschutzvorschriften der Art. 81 f. EG[445] sind im Rahmen des Beihilferechts die Staaten Adressaten des Verbots wettbewerbsverfälschender Maßnahmen.[446] Darüber, dass das Beihilfeverbot des Art. 87 EG nur Beihilfen des Staates erfasst, herrscht Einigkeit.[447] Nicht-staatliche, insbesondere private oder kirchliche Beihilfen fallen hingegen anerkanntermaßen nicht unter Art. 87 EG.[448]

Die Zurechnungsformel „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt" wird zusammenfassend als das Kriterium der **staatlichen Zurechenbarkeit** von Beihilfen bezeichnet.[449] Eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG liegt also nur dann vor, wenn der erhaltene geldwerte Vorteil staatlichen Organen zurechenbar ist.[450] Gleichbedeutend wird auch vom Kriterium des **relevanten Beihilfegebers** gesprochen.[451] Subventionsgeber muss daher „der Staat" sein, wohingegen ausschließlich private Rechtssubjekte als Subventionsgeber ausscheiden. Dies gilt nicht nur für den Beihilfebegriff des Art. 87 I EG, aus dessen Wortlaut es sich unmittelbar ergibt, sondern grundsätzlich für jeden Subventionsbegriff.[452]

Fraglich ist, wann die Voraussetzungen für die staatliche Zurechenbarkeit einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG gegeben sind.

---

[445] Aus Art. 10 II EG ergibt sich jedoch, dass auch die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen treffen dürfen, die die Verwirklichung des mit den Art. 81 f. EG angestrebten freien Wettbewerbs unmittelbar oder mittelbar gefährden oder vereiteln könnten (Bleckmann, Europarecht, S. 713; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (617 ff.); EuGH Slg. 1977, S. 2115 (2145) [INNO/ATAB]; EuGH Slg. 1993, S. I-5751 (5797) [Meng]).

[446] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36; R. Koch, S. 3; Schernthanner, S. 57; Schwarze, EuZW 2000, S. 613

[447] so Witthohn/Smeddinck, ET 2001, S. 466 (467)

[448] Häring, S. 69; G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 14; Soltész, EuZW 1998, S. 747 (748)
Geldwerte Förderungsleistungen privater Unternehmen (sog. **Kollegenhilfen**) können aber möglicherweise von den Art. 81 f. EG erfasst sein (Schernthanner, S. 57; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (412); vgl. Häring, S. 95; Pape, S. 99).

[449] Häring, S. 86; Götz, in: Dauses, H III Rn. 21; G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 13; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (412); Klein/Haratsch, EWS 1997, S. 410 (412)

[450] Streinz, JuS 2001, S. 596; vgl. Rodi, S. 157

[451] Häring, S. 86; vgl. Hoischen, S. 32; Schernthanner, S. 20

[452] siehe Rodi, S. 43 f.

## I. Das Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit als Ausprägung des Wirkungskriteriums zur Bestimmung des Beihilfebegriffes

### 1. Die Erweiterung des Beihilfebegriffes auf Begünstigungsgewährungen, die nicht durch den (Mitglied-)Staat erfolgen

Wie bereits zu Beginn dieser Arbeit festgestellt[453], ist der Beihilfebegriff des Art. 87 I EG in zwei Richtungen über den Begriff der klassischen Subvention in Form einer Geldzahlung des Staates an das begünstigte Unternehmen hinaus zu erweitern: Zum einen unterfallen neben Geldzahlungen des Staates auch Gewährungen sonstiger geldwerter Vorteile dem Beihilfeverbot.[454] Zum anderen erfasst Art. 87 I EG aber auch Zuwendungen, in denen das begünstigte Unternehmen solche beihilferelevanten Vorteile nicht unmittelbar vom Staat erhält. So ist allgemein anerkannt, dass etwa auch Subventionszahlungen öffentlicher Unternehmen[455] und sogar Geldzahlungen, die das begünstigte Unternehmen unmittelbar aus den Händen eines privaten Verbrauchers erhält (sog. **mittelbare Beihilfen**, beispielsweise in Form einer monetären Unterstützung des Verbrauchers durch den Staat, verbunden mit der Auflage, bei bestimmten Unternehmen Produkte zu erwerben[456]), Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG sein können, obwohl das Unternehmen hier die Geldzahlung nicht direkt vom (Mitglied-)Staat, sondern von einer dritten Person, nämlich einem rechtlich selbstständigen, ja formal möglicherweise sogar dem Privatrecht zuzuordnenden Rechtssubjekt erhält.

### 2. Die Grenzen dieser Erweiterung

Auf der einen Seite kommen also sogar Begünstigungen, die ein Unternehmen aus den Händen eines privaten Verbrauchers erhält, unter bestimmten Voraussetzungen als staatlich zurechenbare Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG in Betracht. Auf der anderen Seite ist im Rahmen dieser Arbeit festgestellt worden, dass „mittelbare" Vorteile, die ein Unternehmen bloß infolge staatlicher Maßnahmen von (privaten) Dritten erhält, grundsätzlich aus dem Beihilfebegriff herauszuhalten sind.[457]

---

[453] siehe oben S. 18 f.
[454] dazu siehe oben S. 44
[455] siehe nur Häring, S. 80 f.; Eilmansberger, RIW 2001, S. 902 (904); ausführlich zur Beihilfequalität durch öffentliche Unternehmen gewährter Begünstigungen siehe unten S. 124 ff. sowie S. 138 ff.
[456] siehe nur Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 60 f.; zur Beihilfequalität mittelbarer Beihilfen siehe im Einzelnen unten S. 177 ff.
[457] siehe dazu oben S. 8 f.

Der Ausgrenzung solcher mittelbarer Vorteile aus dem Beihilfebegriff des Art. 87 I EG dient zum einen die **Beschränkung des Begriffes der Begünstigung** auf (marktwidrig ohne angemessene Gegenleistung gewährte) geldwerte Vorteile.[458] Diese Begrenzung des Begünstigungsbegriffes ist aber noch nicht ausreichend, um sämtliche nicht mehr beihilferelevanten Vorteile aus dem Beihilfebegriff des Art. 87 I EG auszusondern. Ebenso unerlässlich ist hierzu auch eine **Eingrenzung des Kriteriums der staatlichen Zurechenbarkeit**, also eine Beantwortung der Frage, wann ein geldwerter Vorteil noch vom Staat stammt.

Belegt werden kann diese Notwendigkeit zur Eingrenzung der staatlichen Zurechnung wieder anhand des bereits für eine Eingrenzung des Begünstigungsbegriffes herangezogenen Systems des EG-Vertrages zur Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen: Im ausdifferenzierten Wettbewerbsschutzsystem des Vertrages kann nicht jede wettbewerbsverzerrend wirkende staatliche Maßnahme eine Beihilfe sein.[459] Auch wenn diese Feststellung nicht gleich zu der Annahme führt, die verschiedenen wettbewerbsschützenden Vorschriften müssten zwingend in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander stehen, wird man dennoch davon ausgehen müssen, dass zumindest eine staatliche Beschränkung der Einfuhr durch Kontingentierung als der klassische Grundtypus einer Maßnahme i.S.d. Art. 28 EG nicht gleichzeitig eine Beihilfe darstellen kann.[460] Ein staatlich angeordnetes Einfuhrkontingent führt nun aber zu einer Angebotsverknappung und damit nach den Regeln von Angebot und Nachfrage dazu, dass die Preise für das betreffende Produkt steigen. Die inländischen Unternehmen des betroffenen Produktionszweiges profitieren daher typischermaßen auf zweierlei Weise von dem Einfuhrkontingent: Zum einen können sie ihren Absatz zu Lasten der von der Kontingentierung erfassten ausländischen Unternehmen ausdehnen; zum anderen können sie infolge der Angebotsverknappung für ihre Produkte aber auch einen höheren Preis erzielen, als dies bei staatlich unbeeinflusstem Wettbewerb der Fall wäre. Sie erhalten also durch den staatlichen Wettbewerbseingriff nicht nur marktwidrig ***er*höhte** Geldzuflüsse, indem sie eine höhere Anzahl ihrer Produkte absetzen können, sondern auch marktwidrig ***über*höhte** Geldzuflüsse, denn in Anbetracht des durch die staatliche Maßnahme steigenden - also jetzt marktwidrig überhöhten - Preises für ihr Produkt erbringen sie für die erhaltene Geldleistung keine marktmäßig angemessene Gegenleistung.[461] Auch eine solche staatliche Beschränkung der Einfuhr durch Kontingente i.S.d. Art. 28 EG führt also regelmäßig dazu, dass den inländischen Unternehmen des

---

[458] siehe dazu oben S. 22 ff.
[459] siehe oben S. 25 ff.
[460] siehe oben S. 28
[461] siehe dazu, dass nicht schon ***er*höhte** Geldzuflüsse an Unternehmen im Rahmen einer Absatzausweitung, sondern erst ***über*höhte** Geldzuflüsse, für die das Unternehmen keine angemessene Gegenleistung erbringt, Beihilfequalität haben, unten S. 244 f.

betreffenden Produktionszweiges als Begünstigung einzustufende Vorteile entstehen, bloß dass die in Anbetracht der erbrachten Gegenleistung marktwidrig überhöhte Geldzahlung eben nicht vom Staat, sondern von einem privaten Verbraucher stammt.

Letztlich dürfte **jeder staatliche Wettbewerbseingriff** zu Gunsten bestimmter Unternehmen in ähnlicher Weise dazu führen, dass die hiervon „begünstigten" Unternehmen zu Lasten ihrer Kunden marktwidrige geldwerte Vorteile erzielen können. Zu dem in Anbetracht des Wettbewerbsschutzsystems des EG-Vertrages nach Ansicht des Autors einzig sinnvollen Ergebnis, nicht in jeder wettbewerbsverfälschenden staatlichen Maßnahme eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG zu sehen und insbesondere die Beihilfequalität von Einfuhrkontingenten i.S.d. Art. 28 EG zu verneinen, kann man hier daher nicht schon mit der Argumentation kommen, dass es überhaupt an einem marktwidrigen geldwerten Vorteil der betreffenden Unternehmen und damit einer Begünstigung fehle, denn das Vorliegen eines solchen Vorteils dürfte letztlich außer Frage stehen.[462] Die Beihilfequalität kann man vielmehr nur deshalb verneinen, weil die Unternehmen den marktwidrigen geldwerten Vorteil von ihren Abnehmern, also privaten Verbrauchern erhalten und **nicht vom Staat**.

Hier wird deutlich, dass es für die Abgrenzung der staatlich zurechenbaren Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG von anderen wettbewerbsverfälschenden Maßnahmen nicht nur auf der Ebene der Begünstigung, sondern in gleicher Weise auch auf der Ebene der staatlichen Zurechnung notwendig ist, zwischen beihilfefreien und beihilferelevanten Sachverhalten zu unterscheiden. Am offensichtlichsten zutage tritt dieses Problem dann, wenn das Unternehmen infolge einer staatlichen Maßnahme eine (begünstigende) Geldzahlung von einem privaten Verbraucher erhält - ein Sachverhalt, der nicht in jedem Fall, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen (etwa als sog. mittelbare Beihilfe) unter Art. 87 I EG fallen kann.

## 3. Der entscheidende Ansatz für die Abgrenzung: Die Wirkung wie eine klassische Subvention

Die Beihilferelevanz staatlicher Maßnahmen ist anerkanntermaßen anhand des sog. **Wirkungskriteriums** zu bestimmen: Beihilfen sind demnach alle Maßnahmen, die wie eine klassische Subvention durch Geldzahlung des Staates wirken.[463] Die Notwendigkeit, für die Bestimmung des Inhalts des Beihilfebegriffes auf die Wirkungen der Maßnahme abzustellen, betrifft dabei nicht nur die Frage des Vorliegens einer Begünstigung, wo sie üblicherweise in

[462] vgl. 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 92
[463] siehe oben S. 17 f.

den Vordergrund gerückt wird, sondern in gleichem Maße auch die Frage der staatlichen Zurechnung.[464]

**Sowohl auf Begünstigungs- als auch auf Zurechnungsebene** ist also zu fragen, ob die staatliche Maßnahme noch einer klassischen Subvention in der Wirkung gleichkommt und folglich als Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG einzustufen ist oder ob die staatliche Maßnahme keine solche subventionstypische Wirkung aufweist und somit keine staatlich zurechenbare Beihilfe ist. Auf Begünstigungsebene erfolgt dabei eine erste Erweiterung des Subventionsbegriffes auf Zuwendungsformen, die deshalb keine klassische Subvention sind, weil sie nicht in einer Geldzahlung, sondern in einer sonstigen geldwerten Zuwendung liegen. Auf Zurechnungsebene erfolgt sodann eine zweite Erweiterung auf Zuwendungen, die sich dadurch von einer klassischen Subvention unterscheiden, dass sie nicht unmittelbar vom (Mitglied-)Staat an das begünstigte Unternehmen geleistet werden, so dass ihre staatliche Herkunft zweifelhaft ist.

Bei beiden Erweiterungen des Subventionsbegriffes dient das Wirkungskriterium dazu, die Beihilfe von anderen wettbewerbsverfälschenden staatlichen Eingriffen abzugrenzen: Auch die Untersuchung der Zurechnungsfrage muss vom Wirkungskriterium bestimmt sein, also von der Frage, ob die staatliche Maßnahme **wie eine Geldzahlung des Staates** an das begünstigte Unternehmen (also wie eine klassische Subvention) wirkt. Auf **Begünstigungsebene** ist die Frage zu beantworten, welche Maßnahmen **wie eine Geldzahlung** wirken, auf **Zurechnungsebene** die Frage, welche Maßnahmen wie eine Geldzahlung **des Staates** wirken.[465]

Es geht mit anderen Worten bei der staatlichen Zurechnung darum, die **gerade vom Staat stammenden**, beihilferechtlich allein relevanten Begünstigungen von nicht staatlich zurechenbaren und daher beihilferechtlich nicht relevanten marktwidrigen finanziellen Vorteilen zu unterscheiden.

## 4. Fazit

Nicht nur bei der Wahl der Subventionsformen sind die Mitgliedstaaten erfinderisch, indem sie Unternehmen statt durch Geldzahlungen durch Zuwendungen sonstiger geldwerter Vorteile marktwidrig subventionieren. Ebenso viel Einfallsreichtum bei der Wahl verdeckterer Wege der Subventionierung weisen sie auf, wenn es um die Abwicklung der Subventionierung geht, indem sie auf vielfältige Weise **Dritte** - öffentliche oder sogar private Rechtssubjekte - in die Subventionsvergabe einschalten. Während aber die Untersuchung, ob eine Be-

---

[464] so auch Häring, S. 89

[465] vgl. schon oben S. 19

günstigung vorliegt, sich entsprechend der ersten Erweiterung des Subventionsbegriffes auf die möglichen Formen beschränkte, die die Subventionsleistung annehmen kann, so dass nur vom Staat stammende Leistungen Berücksichtigung fanden und von Dritten stammende Vorteile außer Acht zu lassen waren[466], wird im Rahmen der Zurechnungsproblematik die zweite Art der Erweiterung des Beihilfebegriffes relevant, die die Art und Weise der staatlichen Vorteilsvermittlung betrifft.[467] Hier geht es nicht mehr darum, welchen Leistungen außer Geldzahlungen überhaupt der beihilfetypische Unterstützungseffekt innewohnt, sondern darum, wann diese Vorteile (noch) als vom Staat stammend anzusehen - mit anderen Worten: staatlich zurechenbar - sind, auch wenn der Staat Dritte in die Begünstigungsgewährung eingeschaltet hat, insbesondere wenn das Unternehmen die begünstigende Leistung nicht (unmittelbar) vom Staat selbst erhalten hat.

## II. Die Zurechnungskriterien des Art. 87 I EG

Art. 87 I EG umschreibt die staatliche Herkunft der Beihilfe, indem von „**staatliche(n) oder aus staatlichen Mitteln gewährte(n)**" Beihilfen die Rede ist, also zwei Tatbestandsvarianten vorgesehen sind: erstens die **staatliche Beihilfe** und zweitens die **aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe**.

### 1. Die unklare Auslegung der beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG

Die beiden Tatbestandsvarianten entsprechen auf den ersten Blick genau den beiden Anknüpfungspunkten, die überhaupt nur als Kriterien für eine staatliche Zurechnung in Frage kommen dürften: Zum einen kann an den staatlichen Charakter der Beihilfemaßnahme angeknüpft werden, also an das **staatliche Verhalten**, das die Begünstigung bewirkt. Dieses beihilfegewährende Verhalten kann man auch als „**staatliche Vergabeentscheidung**"[468] bezeichnen. Zum zweiten kann man an die Mittel anknüpfen, aus denen der geldwerte Vorteil des Begünstigten finanziert wird, indem man fordert, dass die Beihilfe gerade **aus staatlichen Mitteln** stammen muss.

Dementsprechend scheint es zunächst auf der Hand zu liegen, in der ersten Tatbestandsvariante der „staatlichen Beihilfe" den staatlichen Charakter der Maßnahme als entscheidend für die staatliche Zurechnung anzusehen und in der zweiten Tatbestandsvariante der „aus staatli-

---

[466] vgl. oben S. 22
[467] siehe zum Ganzen oben S. 18 ff.
[468] vgl. Pape, S. 116: „staatliche ... Gewährungsentscheidung"

chen Mitteln gewährten Beihilfe" die Finanzierung aus staatlichen Mitteln. Ganz so einfach kann man es sich jedoch nicht machen:

So ist zwar in der zweiten Variante des Art. 87 I EG zweifelsfrei staatlicher Mitteleinsatz nötig, das Vorliegen einer staatlichen Maßnahme damit aber nicht etwa entbehrlich. Denn dass das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG - anders als die an (typischerweise private) Unternehmen gerichteten Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 f. EG - an die Staaten gerichtet ist[469], eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG also in jedem Falle ein staatliches Verhalten voraussetzt, steht außer Frage.[470] Die zweite Tatbestandsvariante der aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe setzt daher nicht nur das Vorliegen staatlichen Mitteleinsatzes, sondern auch eines staatlichen Verhaltens voraus.

Umgekehrt setzt die erste Tatbestandsvariante zweifelsfrei das Vorliegen einer staatlichen Maßnahme voraus. Fraglich ist nun, ob hier dann staatlicher Mitteleinsatz entbehrlich ist. Dies könnte man deshalb bejahen wollen, weil ja nur die zweite Variante ausdrücklich staatlichen Mitteleinsatz fordert. Dieser Schluss ist allerdings nicht zwingend, denn genauso wie in der zweiten Variante das Vorliegen einer staatlichen Maßnahme erforderlich ist, obwohl nur in der ersten Variante von einer „staatlichen" Beihilfe die Rede ist, könnte umgekehrt natürlich auch in der ersten Variante staatlicher Mitteleinsatz erforderlich sein, obwohl nur in der zweiten Variante von einer Gewährung „aus staatlichen Mitteln" gesprochen wird.

Auf die Frage, ob auch die erste Variante des Art. 87 I EG den Einsatz staatlicher Mittel voraussetzt, ob es - anders gesagt - denkbar ist, auch ohne staatlichen Mitteleinsatz das Vorliegen einer staatlich zurechenbaren Beihilfe zu bejahen, gibt der Wortlaut des Art. 87 I EG also keine eindeutige Antwort.[471] Über diese Frage herrscht daher seit langem Streit.[472]

Nach der einen Auffassung erfordert eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG nicht notwendig eine Belastung staatlicher Mittel.[473] Nur die zweite Tatbestandsvariante setze eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln voraus, wohingegen die erste Variante staatliche Unterstützungsmaßnahmen erfasse, die gerade nicht aus staatlichen Mitteln finanziert seien.[474] Staatliche Beihil-

---

[469] siehe nur Frick, S. 22 f.; Pape, S. 99

[470] Die Beihilfekontrolle ist **Verhaltenskontrolle** (Immenga/Rudo, S. 69; vgl. Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (177); Petersen, in: State Aid, S. 20 (22)).

[471] Kühling, RdE 2001, S. 93 (97); Reich/Helios, EuZW 2002, S. 474 (475); vgl. Soltész, EuZW 1998, S. 747 (750); GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2129) [PreussenElektra/Schleswag]; Martinez, DVBl. 2001, S. 882

[472] Zwar hat der EuGH in seinem Urteil vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98 entschieden, dass Art. 87 I EG seiner Ansicht nach in jedem Falle eine Gewährung der Beihilfe aus staatlichen Mitteln voraussetzt (EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2181) [PreussenElektra/Schleswag]), jedoch kann und muss seine Entscheidung in dieser Arbeit daraufhin hinterfragt werden, ob - und vor allem aus welchen Gründen - diese Auffassung des EuGH zu kritisieren oder zu befürworten ist.

[473] Slotboom, ELR 20 (1995), S. 289 (295); Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (994)

[474] S.K. Richter, RdE 1999, S. 23 (24 f.); Häring, S. 100 f.; H/O/S, S. 22

fen seien also die zwar staatlichen, aber eben nicht aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen, Beihilfen aus staatlichen Mitteln dagegen die aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen.[475] Ausreichend für die staatliche Zurechenbarkeit sei es daher in der ersten Tatbestandsvariante, wenn die Entscheidung über die Vorteilsgewährung staatlich dominiert sei, also auf einen Einfluss des Staates zurückgeführt werden könne.[476] Auf einen Mitteleinsatz des Staates zur Finanzierung des Vorteils komme es hingegen in diesem Falle nicht an.[477] Die staatliche Zurechnung ergäbe sich demnach entweder aus einer dem Staat zurechenbaren Gewährungsentscheidung **oder** aus der staatlichen Herkunft der verwandten Mittel.[478] Nach dieser Auffassung stellen die beiden Varianten des Art. 87 I EG echte Alternativen dar.[479]

Nach der Gegenauffassung müssen Beihilfen in beiden Varianten des Art. 87 I EG zwingend aus staatlichen Mitteln finanziert sein.[480] Die Unterscheidung zwischen staatlichen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen bedeute nur, dass die erste Variante die unmittelbar vom Staat gewährten Beihilfen erfasse, die zweite Variante dagegen auch solche Beihilfen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt würden.[481] Während die staatlichen Beihilfen zu einer unmittelbaren Belastung des staatlichen Haushalts führten, stellten die Beihilfen aus staatlichen Mitteln eine Gewährung staatlicher Mittel auf indirektem Wege dar, nämlich über die Zwischenschaltung einer öffentlichen oder privaten Einrichtung.[482] Unerlässlich für das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG sei aber immer, dass diese - unmittelbar oder mittelbar - aus staatlichen Mitteln gewährt werde.[483] Das Wort „oder" zwischen den beiden Varianten des Art. 87 I EG stehe also nicht für die Unterscheidung zweier echter Alternativen, sondern auch die erste Variante erfordere einen staatlichen Mitteleinsatz und stelle insoweit ebenfalls eine „Beihilfe aus staatlichen Mitteln" dar.[484]

---

[475] Häring, S. 100 f.; vgl. Pape, S. 102
[476] Koenig/Kühling, EuZW 1999, S. 517 (521); Pape, S. 102; Häring, S. 103
[477] Häring, S. 108; so auch die Kommission in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (900) [Sloman Neptun]
[478] Pape, S. 116; vgl. GA VerLoren van Themaat in EuGH Slg. 1982, S. 3583 (3617) [Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor u.a./BALM]
[479] Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (993); H/O/S, S. 22; vgl. Häring, S. 97
[480] Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 23; Götz, in: Dauses H III Rn. 25; Wieberneit, S. 335; Kerber, S. 45; Diehm, S. 16
[481] Pünder, Jura 2001, S. 591 (593); Ritgen, RdE 1999, S. 176 (180); GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2129 f.) [PreussenElektra/Schleswag]
[482] Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46
[483] Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 23; Götz, in: Dauses H III Rn. 25; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (423); Soltész, EuZW 1998, S. 747 (748); Hakenberg/Tremmel, EWS 1999, S. 167 (168); H.G. Fischer, RiA 2002, S. 261 (267); Lübbig, WuW 1999, S. 249 (250 f.)
[484] vgl. Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (993)

## 2. Der eigene Ansatz zur Beantwortung der Zurechnungsfrage

Da die beiden Varianten des Art. 87 I EG unterschiedlich verstanden werden können, ist eine unmittelbare Anknüpfung an die Unterscheidung zwischen „staatlichen" und „aus staatlichen Mitteln gewährten" Beihilfen für die Ableitung, welche Beihilfen staatlich zurechenbar sein sollen, eher unergiebig. Aufgrund der in beiden Varianten identischen Rechtsfolgen wird vielfach sogar auf eine exakte Unterscheidung zwischen diesen verzichtet und sich stattdessen mit der Feststellung begnügt, dass im zu untersuchenden Falle eine staatlich zurechenbare Begünstigung vorliegt, ohne den konkreten Fall einer der beiden Varianten zuzuordnen.[485]
Ähnlich soll es in dieser Arbeit gehandhabt werden: Unter welche der beiden Tatbestandsvarianten einzelne Fälle zu subsumieren sind, ist erst in zweiter Linie wichtig. Als viel entscheidender erscheint dagegen die Beantwortung der übergeordneten Frage, wann eine Beihilfe überhaupt staatlich zurechenbar ist, die durchaus entschieden werden kann, ohne die Maßnahme sogleich auch einer der beiden Varianten zuordnen zu müssen. Über die staatliche Zurechenbarkeit ist nämlich anhand des **Wirkungskriteriums** zu entscheiden, also anhand der Frage, ob die staatliche Maßnahme wie eine klassische Subvention durch eine vom Staat stammende Geldzahlung wirkt.[486] Auf diese Weise kann unabhängig von einer Zuordnung zu einer der beiden Tatbestandsvarianten über die staatliche Zurechnung entschieden werden, indem die **gerade vom Staat stammenden** geldwerten Vorteile von solchen geldwerten Vorteilen abgegrenzt werden, die in nicht beihilferelevanter Weise auf andere staatliche Wettbewerbsinterventionen zurückgehen.
Zwar darf hierbei die Tatsache, dass nach dem Wortlaut des Art. 87 I EG zwei Varianten der staatlichen Zurechnung vorgesehen sind, sicher nicht völlig außer Acht gelassen werden. Dies soll aber auch nicht geschehen, denn aus den beiden Varianten ergeben sich schließlich die beiden Kriterien, die überhaupt nur **Anknüpfungspunkte für eine staatliche Zurechnung** sein können: erstens **das staatliche Verhalten**, zweitens **der staatliche Mitteleinsatz**.[487]
Dementsprechend soll im weiteren Verlauf dieser Arbeit zunächst allgemein das Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit, das beide Tatbestandsvarianten umfasst, inhaltlich näher bestimmt werden, indem unter Berücksichtigung der beiden Kriterien „staatliches Verhalten" und „staatlicher Mitteleinsatz" untersucht wird, wann geldwerte Vorteile wie eine vom Staat stammende Geldzahlung wirken.[488] Erst im Anschluss wird diese Ausarbeitung sich dann der

---

[485] so etwa Schernthanner, S. 59 m.w.N.; vgl. auch Häring, S. 87 f.; Pape, S. 102
[486] vgl. oben S. 102 f.
[487] siehe oben S. 104
[488] siehe dazu sogleich unten S. 108 ff.

Frage zuwenden, wie man die beiden Varianten - unter Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnisse - unterscheiden kann.[489] Dabei wird sich zeigen, dass das erarbeitete Zurechnungsmodell es in der Tat ermöglicht, beiden Varianten einen sinnvollen Inhalt zu geben.

## III. Die Voraussetzungen für eine staatliche Zurechnung

Eine staatlich zurechenbare Begünstigung liegt vor, wenn der dem begünstigten Unternehmen aufgrund staatlichen Verhaltens bzw. staatlichen Mitteleinsatzes zufließende geldwerte Vorteil wie eine Geldzahlung des Staates wirkt.

### 1. Die ohne Einschaltung Dritter gewährten und daher zweifelsfrei staatlich zurechenbaren Beihilfen

Außer Frage muss die staatliche Zurechnung stehen, wenn **beide** möglichen Anknüpfungskriterien für eine staatliche Zurechnung erfüllt sind, d.h. sowohl das beihilfegewährende Verhalten als auch die Mittel für die Begünstigung vom Staat stammen. Zweifel an der staatlichen Zurechnung können überhaupt nur dann aufkommen, wenn **nicht-staatliche Dritte** in das Subventionsverhältnis[490] eingeschaltet werden, also entweder an der Entscheidung über die Gewährung oder an der Finanzierung der Beihilfe beteiligt sind.

#### a) Der weite Staatsbegriff des Art. 87 I EG: Die Unterscheidung zwischen „Staat" und „Mitgliedstaat"

Um feststellen zu können, ob die Subvention ausschließlich vom Staat als Subventionsgeber gewährt und finanziert wird oder ob nicht-staatliche Dritte in die Beihilfegewährung eingeschaltet sind, ist es unerlässlich, zunächst zu bestimmen, was beihilferechtlich überhaupt unter dem Begriff „Staat" zu verstehen ist.

---

[489] siehe dazu unten S. 188 ff.

[490] Subventionen sind gekennzeichnet durch ein sog. **Subventionsverhältnis** zwischen (staatlichem) Subventionsgeber und (unternehmerischem) Subventionsempfänger (vgl. nur Rittner, S. 507; Rodi, S. 47 und S. 83).
Auch wenn es im wirkungsorientierten europäischen Beihilferecht nicht auf die formale, rechtliche Begründung eines Subventionsverhältnisses ankommen kann (so richtig Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442)), so liegt jeder Subvention doch zumindest ein **faktisches Subventionsverhältnis** zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger zugrunde. Erst wenn eine außerhalb dieses Zwei-Personen-Verhältnisses zwischen Staat und Unternehmen stehende Person in die Subventionsgewährung eingeschaltet wird, stellt sich die Frage, ob das Unternehmen die Begünstigung in beihilferelevanter Weise vom Staat oder in nicht beihilferelevanter Weise von Dritten bezogen hat.

Anders als in den übrigen Vorschriften des EG-Vertrages, in denen üblicherweise von den „**Mitgliedstaaten**" die Rede ist[491], ist Adressat des Beihilfeverbots schlicht der „**Staat**", denn Art. 87 I EG untersagt „staatliche" und „aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfen und nicht „mitgliedstaatliche" und „aus mitgliedstaatlichen Mitteln gewährte". Schon der Wortlaut des Art. 87 I EG legt also nahe, dass „Staat" i.S.d. Beihilferechts nicht nur der Mitgliedstaat selbst ist, sondern auch sonstige „staatliche" Stellen.[492]

Geradezu zwingend wird diese Schlussfolgerung, wenn man sich Folgendes vor Augen hält: Vertragspartei und damit Mitgliedstaat der Gemeinschaft ist nur der Zentralstaat.[493] Selbst die deutschen Bundesländer sind, obwohl sie Teile des Mitgliedstaates Bundesrepublik darstellen und als solche sogar eigene Staatlichkeit besitzen, trotzdem nicht „Mitgliedstaaten" der EU.[494] Anderen territorialen Untergliederungen der Mitgliedstaaten wie z.B. Gemeinden, Kreisen, Regionen, Provinzen, Départements usw., denen bereits der eigene Staatscharakter fehlt, kommt natürlich erst recht nicht die Stellung eines Mitgliedstaates zu. Wird eine Beihilfegewährung nun von einer solchen territorialen Untergliederung beschlossen und finanziert, ist die Beihilfe streng betrachtet daher weder ***mitgliedstaatlich*** gewährt noch **aus *mitgliedstaatlichen* Mitteln** finanziert. Eine Beihilfe, die von einer territorialen Untergliederung eines Mitgliedstaates vergeben und bezahlt wird, könnte man, wenn man unter „Staat" i.S.d. Art. 87 I EG nur den Mitgliedstaat verstünde, daher allenfalls dann als unter Art. 87 I EG fallend ansehen, wenn diese Institution zur Finanzierung der Beihilfe Mittelzuweisungen vom Mitgliedstaat erhalten hat, weil in diesem Falle zumindest die Mittel zur Beihilfefinanzierung letztlich vom Mitgliedstaat stammen.[495] Wenn dagegen die Finanzierung der Subventionszahlung aus eigenen Mitteln der staatlichen Untergliederung (z.B. Steuereinnahmen eines Bundeslandes oder einer Gemeinde) stammt, könnte man, solange „Staat" i.S.d. Beihilferechts nur der „Mitgliedstaat" als solcher wäre, diese von staatlichen Untergliederungen gewährten und finanzierten Beihilfen nicht als von Art. 87 I EG erfasst ansehen, weil ja schließlich der Mitgliedstaat selbst weder an der Vergabeentscheidung noch an der Finanzierung der Beihilfe beteiligt ist, sondern beides allein in Händen der staatlichen Untergliederung liegt.

Dass es jedoch nicht zulässig sein kann, dass die Mitgliedstaaten sich durch die bloße Verlagerung der Subventionsgewährung auf ihre staatlichen Untergliederungen der Beihilfekon-

---

[491] vgl. etwa Art. 25, 28 und 90 EG

[492] Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (415); Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36; R. Koch, S. 4

[493] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36; vgl. Pape, S. 100

[494] R. Koch, S. 3 f.; Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36; siehe auch EuGH Slg. 1999, S. II-3663 (3696 ff., insbes. 3701) [Freistaat Sachsen u.a./Kommission], wonach die Bundesländer (hier: der Freistaat Sachsen) bei der Einreichung von Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH nicht als „Mitgliedstaaten" (i.S.d. Art. 230 II EG), sondern nur als „juristische Personen" (i.S.d Art. 230 IV EG) anzusehen sind

[495] siehe dazu Obernolte, Europäische Wirtschaft 1961, S. 388 (392)

trolle entziehen können und dass folglich der Begriff „Staat" i.S.d. Art. 87 I EG eben nicht nur den Mitgliedstaat selbst, sondern zumindest auch dessen regionale und lokale Untergliederungen erfassen muss, ist allgemein anerkannt.[496] Wenn man nun den Begriff „Staat" nicht in den beiden Varianten des Art. 87 I EG unterschiedlich verstehen will, was wenig Sinn macht[497], kann man zu diesem Ergebnis aber nur gelangen, indem man solche staatlichen Untergliederungen - und damit auch ihr Verhalten und ihre Mittel - bereits **selbst** als „staatlich" ansieht, weil nämlich alle staatlichen Ebenen Teil jener Gesamtheit sind, die sich hinter der Abstraktion „Staat" verbirgt.[498]

„Staat" i.S.d. Art. 87 I EG kann also nicht nur der Mitgliedstaat selbst sein, sondern der Staatsbegriff des Art. 87 I EG ist weiter zu verstehen. „Staatlich" gewährt und finanziert sind folglich nicht nur Beihilfen, deren Gewährung und Finanzierung der Mitgliedstaat selbst übernimmt, sondern auch Beihilfen, die durch andere Stellen, die man beihilferechtlich zum „Staat" zählen muss, gewährt und finanziert werden.

### b) Herkömmliche Abgrenzungsversuche des Staatssektors

Fraglich ist nun, welche Institutionen man - neben dem Mitgliedstaat selbst - beihilferechtlich zum „Staat" zu zählen hat. Nur der „Staat", nicht aber Private kommen als mögliche Beihilfegeber in Betracht[499], so dass es letztlich um eine Abgrenzung des staatlichen Sektors gegenüber dem privaten Bereich geht.[500]

Versuche zu einer Abgrenzung des staatlichen und privaten Sektors lassen sich zahlreich und in den unterschiedlichsten Wissenschaftsgebieten vorfinden. Einige von ihnen sollen im Folgenden kurz dargestellt und daraufhin untersucht werden, ob sie für die beihilferechtliche Abgrenzung des Begriffes „Staat" fruchtbar gemacht werden können:

Möglich ist zum einen eine formal-institutionelle Abgrenzung, die sich etwa an der Wahl der Rechtsform (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) orientieren könnte. Eine institutionelle Abgrenzung des Staatssektors muss aber im wirkungsorientiert auszulegenden Beihilferecht, in dem an rein formalen Kriterien orientierte Betrachtungen fehl am Platze sind, offensichtlich

---

[496] A. Faber, S. 92; Thies, S. 126; Pape, S. 36; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (415); EuGH Slg. 1987, S. 4013 (4041) [Deutschland/Kommission]

[497] Wie es möglich sein sollte, dass die Bezeichnung „staatlich" in ein und derselben Vorschrift zwei unterschiedliche Bedeutungen haben sollte, also in einer der beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG nur den Mitgliedstaat selbst, in der anderen dagegen auch sonstige „staatliche" Stellen erfassen sollte, erscheint als nicht ersichtlich (vgl. dazu auch unten S. 189 f.).

[498] überzeugend Schernthanner, S. 63 f.; vgl. A. Faber, S. 92 f.; Trautwein, BayVBl. 1996, S. 230; Darsow, LKV 2002, S. 1 (2)

[499] siehe oben S. 99

[500] vgl. Rodi, S. 157

ausscheiden. Andernfalls könnten die Mitgliedstaaten, da sie in der EU grundsätzlich Formenwahlfreiheit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben genießen, sich allein durch die Wahl einer privatrechtlichen Form ihrer Bindung an das Beihilferecht entziehen.[501] Im Beihilferecht kann daher kein formaler, sondern nur ein **funktionaler Staatsbegriff** gelten.

Eine funktionale Abgrenzung des Staatssektors könnte beispielsweise anhand des Begriffes der Staatsaufgaben vorgenommen werden, scheitert aber schon daran, dass heutzutage anerkannt ist, dass der Kreis der Staatsaufgaben nicht exakt abgrenzbar ist.[502]

Da es sich beim Begriff der staatlich zurechenbaren Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG um einen wirtschaftsrechtlichen Subventionsbegriff handelt[503], könnte möglicherweise eine an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Abgrenzung als hilfreich erscheinen.

Eine funktionale Abgrenzung des Staatssektors anhand wirtschaftlicher Kriterien findet sich beispielsweise in der Volkswirtschaftslehre, wo zwischen den drei Sektoren Staat, private Haushalte und Unternehmen unterschieden wird.[504] Die Problematik einer Übernahme des volkswirtschaftlichen Abgrenzungsansatzes in das Beihilferecht zeigt sich aber schon daran, dass in der Volkswirtschaftslehre neben dem Bereich der privaten Haushalte auch die Unternehmen aus dem Staatssektor herausgehalten werden.[505] Spätestens beim Versuch einer beihilferechtlichen Einordnung dieses dritten Sektors „Unternehmen", dem sowohl private als auch öffentliche Unternehmen zugerechnet werden[506], wird nun deutlich, dass diese Abgrenzung im Beihilferecht nicht weiter führt, da anerkannt ist, dass öffentliche Unternehmen durchaus als staatliche Beihilfegeber in Frage kommen.[507]

Auch im Rahmen der Finanzwissenschaft findet sich eine wirtschaftlich ausgerichtete Abgrenzung eines Bereichs, der zum „Staat" gezählt wird.[508] Als sog. Träger der öffentlichen Finanzwirtschaft kommen alle Institutionen, die eine eigene oder abgeleitete Finanzhoheit besitzen, also allenfalls Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts in Betracht.[509] Eine solche Abgrenzung des Staatssektors, die die staatlichen Beihilfegeber auf Institutionen mit öffentlich-rechtlichem Rechtsstatus beschränken würde, ist im Beihilferecht aber viel zu eng.[510] Die enge finanzwissenschaftliche Definition des Staatsbegriffes erklärt

---

[501] vgl. Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (135 f.)
[502] Bleckmann, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, S. D 1 (22) m.w.N.; Burgi, EuR 1997, S. 261 (268); Cordes, S. 47; Gramm, S. 31 f.
[503] vgl. Rittner, S. 500
[504] Brümmerhoff, S. 28; Cordes, S. 47
[505] Dies rechtfertigt sich aus volkswirtschaftlicher Sicht dadurch, dass das Verhalten der Unternehmen sich wesentlich von dem des Staates unterscheidet (Stobbe, S. 19; Cordes, S. 52).
[506] Brümmerhoff, S. 29
[507] ausführlich dazu siehe unten S. 124 ff. sowie S. 138 ff.
[508] vgl. Dichtl/Issing, S. 1365
[509] Wiesner, S. 24; Siekmann, S. 21
[510] vgl. soeben S. 110 f.

sich daraus, dass die Finanzwissenschaft sich nicht mit sämtlichen wirtschaftlichen Aktivitäten des Staates auseinandersetzen will, sondern nur mit solchen, die sich in Einnahmen und Ausgaben in öffentlichen Haushalten niederschlagen.[511] Die in staatlichen Haushalten aufgeführten staatlichen Einnahmen und Ausgaben erfassen aber nur Geldzu- und -abflüsse.[512] Wie bereits festgestellt wurde, ist jedoch nicht nur eine Geldzuwendung des Staates bzw. ein staatlicher Verzicht auf Geldeinnahmen beihilferelevant, sondern auch die Gewährung sonstiger geldwerter Vorteile wie z.B. die Zuwendung von Vermögensgegenständen oder die Erbringung von Dienstleistungen[513], also Sachverhalte, die nicht notwendig mit haushaltsrelevanten staatlichen Geldeinnahmen bzw. -ausgaben korrespondieren. Mit der Erweiterung des Begünstigungsbegriffes von Geldzuwendungen auf sonstige geldwerte Zuwendungen einhergehen muss daher auch eine entsprechende Erweiterung der Herkunft des Vorteils über haushaltswirksame Geldeinnahmen und -ausgaben hinaus. Daher ist auch ein solch haushaltsrechtlich orientierter Ansatz zur Abgrenzung des Staatssektors im Beihilferecht ungeeignet.
Die herkömmlichen Abgrenzungsversuche des Staatssektors gegenüber dem privaten, nichtstaatlichen Bereich erweisen sich somit für eine beihilferechtliche Beurteilung als wenig hilfreich.

### c) Versuch einer spezifisch beihilferechtlich orientierten Abgrenzung des Staatssektors

#### aa) Vorüberlegung: Der Einsatz (mitglied)staatlicher Mittel als *das* Kriterium, das zweifelsfrei eine staatliche Zurechenbarkeit gewährleistet

Für eine Bestimmung, welche Institutionen - neben dem Mitgliedstaat selbst - beihilferechtlich zum „Staat" zu zählen sind, ist es hilfreich, sich in Erinnerung zu rufen, dass keine Zweifel an der staatlichen Zurechenbarkeit einer Begünstigungsgewährung bestehen können, wenn beide Zurechnungskriterien gleichzeitig erfüllt sind, d.h. Vergabeentscheidung **und** Mitteleinsatz vom „Staat" und nicht von einem nicht-staatlichen Dritten stammen.[514] Infolgedessen erscheint es als ratsam, für die Abgrenzung des „staatlichen" Sektors **ein** Kriterium zu suchen, das die **gleichzeitige Erfüllung beider** möglicher Anknüpfungspunkte für die staatliche Zurechenbarkeit sicherstellt, also die „Staatlichkeit" sowohl der Vergabeentscheidung als auch der Mittelherkunft mit sich bringt. Zum Staatssektor sollten daher sinnvollerweise gerade

---

[511] Dichtl/Issing, S. 1365
[512] vgl. G. Vogt, S. 122
[513] vgl. oben S. 34 ff.
[514] vgl. oben S. 108

diejenigen Einrichtungen gerechnet werden, bei denen die **„Staatlichkeit" sowohl der Entscheidungen als auch der Mittel** als sichergestellt erscheint.

Da letztlich überhaupt nur die beiden Kriterien Vergabeentscheidung und Mitteleinsatz als Anknüpfungspunkte für eine staatliche Zurechnung in Frage kommen dürften[515] und nun zwar Streit darüber herrscht, ob Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG auch ohne staatlichen Mitteleinsatz denkbar sind, umgekehrt aber das Vorliegen einer staatlich zurechenbaren Beihilfe bei gegebenem staatlichen Mitteleinsatz grundsätzlich außer Frage zu stehen scheint[516], liegt es nahe, **das *eine* Kriterium**, das zweifelsfrei eine staatliche Zurechenbarkeit sicherstellt, im **staatlichen Mitteleinsatz** zu suchen. Jetzt mag man einwenden wollen, dies erleichtere die gestellte Aufgabe, den „staatlichen" Bereich abzugrenzen, nicht im geringsten, denn die Frage, wann Mittel „staatlich" sind, bleibt ja auch hier in der Tat zunächst offen.[517] Allerdings kann eine sich am Mitteleinsatz orientierende Abgrenzung dessen, was neben dem Mitgliedstaat selbst beihilferechtlich zum „Staat" zu rechnen ist, möglicherweise einfacher gelingen als der Versuch einer allgemeinen Abgrenzung des Staatsbereichs.

Im Folgenden soll nun zunächst der soeben bereits angedeutete Zusammenhang zwischen der „Staatlichkeit" von Mitteleinsatz und Vergabeentscheidung belegt werden, bevor in einem zweiten Schritt versucht wird, die hierbei gewonnenen Erkenntnisse für eine Abgrenzung des Staatssektors fruchtbar zu machen.[518] Der Beleg für den typischen Zusammenhang zwischen Mitteleinsatz und Vergabeentscheidung soll dabei anhand der zweifellos „staatlichen" Mittel, nämlich der **Mittel des Mitgliedstaates selbst** erbracht werden, indem aufgezeigt wird, inwieweit ein (mitglied)staatlicher Mitteleinsatz notwendig immer auch das Vorliegen einer (mitglied)staatlichen Vergabeentscheidung mit sich bringt.

Fraglich ist aber, welche Mittel zu denen des Mitgliedstaates selbst zu zählen sind, mit anderen Worten: wie sich überhaupt eine wirtschaftliche Zurechnung von Mitteln zum Mitgliedstaat begründen lässt.

Zweifelsfrei dem Mitgliedstaat zugerechnet werden allgemein Mittel, die unmittelbar aus dem **Haushalt des Mitgliedstaates** stammen.[519] Der Begriff der mitgliedstaatlichen Mittel kann

---

[515] vgl. oben S. 104

[516] anders freilich EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4440 und 4444 ff.) [Frankreich/ Kommission]; siehe aber kritisch hierzu unten S. 142 ff. sowie S. 188 (Fn. 915)

[517] Statt von „staatlichen" ist im Übrigen vielfach auch von **„öffentlichen" Mitteln** die Rede (siehe z.B. EuGH Slg. 1982, S. 2627 (2651) [Klöckner-Werke/Kommission]; EuGH Slg. 1987, S. 4013 (4041) [Deutschland/Kommission]; GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2129) [PreussenElektra/Schleswag]; Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537; Häring, S. 97; Damm, S. 100 f.; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (423); Soltész, EuZW 1998, S. 747 (752)), was aber letztlich auch nicht weiterhilft, da die Frage, was zum „öffentlichen" Sektor gehört, weder anders noch einfacher zu beantworten sein dürfte als die Frage, was zum „staatlichen" Sektor gehört.

[518] siehe dazu unten S. 117 ff.

[519] Ritgen, RdE 1999, S. 176 (183); vgl. Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (543); Damm, S. 100

aber nicht auf Haushaltsmittel beschränkt sein.[520] Diese Eingrenzung ist schon deshalb zu eng, weil sie nur ***Geld*mittel** erfasst, obwohl Beihilfen nicht nur durch Geldleistungen gewährt werden können.[521] Die weite Definition der Begünstigung als geldwerter Vorteil hat auch Auswirkungen auf die Mittel, die zur Erbringung der Begünstigung eingesetzt werden können: Während klassische Subventionen durch Geldzuwendungen naturgemäß einen Einsatz von Geld erfordern, setzt die Erbringung sonstiger geldwerter Leistungen nicht unbedingt einen Einsatz von Geldmitteln voraus. So hat beispielsweise auch eine Abgabe von Vermögensgegenständen (z.B. Grundstücken) unter ihrem Marktwert Beihilferelevanz.[522] Und obwohl die Übereignung eines bisher im mitgliedstaatlichen Eigentum stehenden Grundstücks auf das begünstigte Unternehmen keinen Einsatz mitgliedstaatlicher Geldmittel mit sich bringt[523], erfolgt die Begünstigungsgewährung dennoch zweifelsfrei aus Mitteln des Mitgliedstaates, und zwar aus mitgliedstaatlichen ***Vermögens*mitteln**, weil durch sie nämlich der mitgliedstaatliche Vermögensbestand gemindert wird. Der Erweiterung des Begünstigungsbegriffs auf Zuwendungen von einen Marktwert aufweisenden Vermögensgegenständen muss also auch eine entsprechende Erweiterung des Begriffs der staatlichen Mittel auf Vermögensmittel gegenüberstehen. Daher könnte es sich möglicherweise anbieten, die mitgliedstaatlichen Mittel durch den Begriff des **Staatsvermögens** zu kennzeichnen.

Mit dem Begriff des Staatsvermögens bezeichnet man die Gesamtheit derjenigen Güter und Rechte, über die ein Mitgliedstaat kraft Eigentums oder entsprechender Rechtspositionen verfügen kann.[524] Und da Eigentum (bei Sachen) oder entsprechende Rechtspositionen, die dem Rechtsinhaber ein vergleichbares Verfügungsrecht über den Gegenstand einräumen (z.B. die Inhaberschaft bei Forderungen), typischerweise sowohl im Rechts- als auch im Wirtschaftsleben als Anknüpfungspunkt für die Zuordnung von Vermögensgegenständen zu einer Person herangezogen werden[525], liegt es doch in der Tat nahe, der Abgrenzung der staatlichen Mittel die ganz einfache Fragestellung zugrunde zu legen, ob die Mittel „eigene" des Staates oder „fremde" sind: Dem Mitgliedstaat zuzurechnen wären demnach alle Mittel, die ihm **kraft Eigentums bzw. vergleichbarer Inhaberrechte gehören**.

Hierfür spricht auch, dass diese naheliegende Begrenzung des Begriffs der mitgliedstaatlichen Mittel auf **„eigene" Mittel des Mitgliedstaates** ganz offensichtlich geeignet ist, die oben

---

[520] vgl. Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (423); Soltész, EuZW 1998, S. 747 (752); Damm, S. 100 f.
[521] vgl. schon oben S. 112
[522] Kahl/Röder, JuS 2001, S. 24 (24 und 28); Pechstein, NJW 1999, S. 1429 (1429 f.); Pechstein/Damm, EWS 1996, S. 333 (336); Wendling, EuZW 1999, S. 293; Schütterle, EuZW 1993, S. 625
[523] vgl. hierzu auch Jooss, S. 292
[524] Herbert, VR 1996, S. 46 (47); Friauf, Staatsvermögen, S. 296; vgl. Gindely, S. 5 f.
[525] vgl. etwa Meyer, S. 49 f.

aufgestellte Forderung zu erfüllen, mit dem mitgliedstaatlichen Mitteleinsatz zugleich auch das Vorliegen einer mitgliedstaatlichen Vergabeentscheidung sicherzustellen: Da dem Eigentümer bzw. Inhaber eines Gegenstands nämlich das Recht zukommt, grundsätzlich frei über den Gegenstand zu verfügen[526], beruht eine Verfügung über „eigene" Mittel regelmäßig auch auf einer „eigenen" Entscheidung über die Mittelverwendung. Und während dieser typische Zusammenhang zwischen „eigenen" Mitteln und „eigener" Entscheidung über ihre Verwendung bei im Privateigentum stehenden Mitteln noch bestimmten Einschränkungen unterliegt, gilt er bei (Mitglied-)Staaten ohne diese Einschränkungen: Private nämlich unterliegen der staatlichen Hoheitsgewalt, so dass durch staatliche Entscheidungen auch über im Privateigentum stehende Mittel verfügt werden kann. Umgekehrt kann der Staat aufgrund seines Gewaltmonopols[527] grundsätzlich von niemandem gezwungen werden, die in seinem Eigentum stehenden Mittel für bestimmte Zwecke zur Verfügung zu stellen.[528] Eine Belastung „eigener" Mittel des Mitgliedstaates sollte daher grundsätzlich niemals ohne eine „eigene" Entscheidung des Mitgliedstaates zustande kommen können.

Zwischen „Staatlichkeit" der Mittel und „Staatlichkeit" der Vergabeentscheidung kann dementsprechend in der Tat ein notwendiger Zusammenhang hergestellt werden, wenn man (mitglied)staatliche Mittel mit „eigenen" Mitteln des (Mitglied-)Staates gleichsetzt: Während zwar staatliche Entscheidungen nicht unbedingt mit staatlichem Mitteleinsatz in Zusammenhang stehen müssen, weil der Staat kraft seiner allgemeinen Hoheitsmacht auch Verfügungen über fremde Mittel treffen kann, dürften umgekehrt Verfügungen über staatliche Mittel ohne staatliches Einverständnis hiermit - also: ohne eine staatliche Entscheidung über die Mittelverwendung - schlechthin nicht denkbar sein.

Nichtsdestotrotz ist auch der Begriff des „Staatsvermögens" für eine Umschreibung der mitgliedstaatlichen Mittel letztlich zu eng. Denn die Erstreckung des Begünstigungsbegriffs über vermögenswerte Vorteile hinaus auch auf nur geldwerte Vorteile (vor allem auf Dienstleistungen[529]) hat zwingend eine nochmalige Erweiterung des Begriffs der „Mittel" zur Folge, die ein Mitgliedstaat zur Erbringung einer Begünstigung einsetzen kann. Die Erbringung von Dienstleistungen ist ihm nämlich auch ohne einen unmittelbaren Einsatz seines Geldes oder

---

[526] vgl. nur § 903 BGB: „Der Eigentümer einer Sache kann ... mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

[527] siehe zu diesem etwa BVerfGE 69, 315 (360): „ ... nach Überwindung des mittelalterlichen Faustrechts (ist) die Ausübung von Gewalt ... beim Staat monopolisiert ..."

[528] Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist allenfalls eine gemeinschaftsrechtlich begründete Verpflichtung der Mitgliedstaaten denkbar, die diese gegen ihren Willen zu einem Einsatz der ihnen gehörenden Mittel zwingt. Die Abgrenzung zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaft ist freilich ein ganz anderes Problem als die hier vorzunehmende Abgrenzung zwischen staatlichem und privatem Sektor (vgl. dazu unten S. 203).

[529] siehe dazu oben S. 37 ff.

seines Vermögens, sondern bereits durch einen Einsatz „seiner" Arbeitskräfte möglich.[530] Die Mittel, die ein Mitgliedstaat einsetzen kann, um die geldwerte Leistung an das Unternehmen zu erbringen, dürfen folglich auch nicht auf Vermögensmittel begrenzt bleiben, sondern müssen neben Geld- und Vermögensmitteln auch ***Personal*mittel** umfassen. Da die Kennzeichnung der staatlichen Mittel durch den Begriff des Staatsvermögens die Gefahr birgt, eben dies zu vernachlässigen, erscheint es als angezeigt, von der Verwendung dieses Begriffs Abstand zu nehmen.[531] Hierbei handelt es sich aber letztlich weniger um ein sachliches, denn um ein rein begriffliches Problem. Denn auch bei Personalmitteln ist die grundsätzliche Unterscheidung zwischen „eigenen" und „fremden" Mitteln möglich: „Eigenes" Personal des Mitgliedstaates ist das von ihm selbst beschäftigte[532] Personal. Allein das Auffinden einer terminologisch passenden Umschreibung für die Abgrenzung, welche Mittel man dem Mitgliedstaat selbst zurechnen muss, wird dadurch erschwert, dass die staatlichen Mittel auch Personalmittel erfassen. Schließlich kann man bei Personalmitteln - anders als bei Geld- oder Sachmitteln - schlecht davon sprechen, dass diese „dem Staat gehören". Die „eigenen" Personalmittel des Staates sind - anders als staatliche Vermögensmittel - nicht durch staatliches **Eigentum oder sonstige Inhaberrechte**, sondern vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass der Staat Arbeitgeber, also sozusagen **Träger** des Beschäftigungsverhältnisses ist. Auch hier gilt aber, dass die Forderung nach einem Einsatz „eigener" Personalmittel des Mitgliedstaates zugleich auch das Vorliegen einer mitgliedstaatlichen Vergabeentscheidung sicherstellt, denn die Stellung als Arbeitgeber bringt das Recht mit sich, über Inhalt, Zeit und Ort der Arbeitsleistung zu bestimmen (sog. Direktionsrecht).[533] Die Personalmittel eines Mitgliedstaates werden daher - genau wie Geld- und Vermögensmittel des Mitgliedstaates auch - regelmäßig nicht ohne eine entsprechende Entscheidung des Mitgliedstaates eingesetzt werden können, um eine begünstigende Leistung zu Gunsten eines Unternehmens zu erbringen.

Die Kennzeichnung von (Geld-, Vermögens- und Personal-)Mitteln als „eigene" eines Mitgliedstaates kann zwar nicht durch einen eingängigen Begriff, sondern nur durch die etwas umständliche Umschreibung geschehen, dass dem Mitgliedstaat über die Mittel eine **Verfügungsbefugnis kraft Eigentümerrechts oder ein vergleichbares Verfügungsrecht kraft**

---

[530] Zwar wird ein Mitgliedstaat „seine" Bediensteten regelmäßig auch mit „seinem" Geld bezahlen, wobei aber die Bezahlung in aller Regel durch feste (Monats-)Gehälter und damit unabhängig davon erfolgen wird, inwieweit die Bediensteten im Einzelfalle zur Erbringung einer begünstigenden Leistung zu Gunsten eines bestimmten Unternehmens eingesetzt werden, woraus sich ergibt, dass die Erbringung einer Begünstigung durch Bedienstete des Mitgliedstaates nicht unbedingt auch eine entsprechende Belastung mitgliedstaatlicher Geldmittel nach sich zieht.

[531] Abzulehnen ist es daher auch, die staatliche Mittelbelastung mit einem „**Vermögensopfer**" des Staates gleichzusetzen (vgl. dazu Koppensteiner, S. 109).

[532] und daher regelmäßig auch mit „eigenen" Geldern bezahlte

[533] Löwisch, S. 862

**Inhaber- bzw. Trägerschaft** zustehen muss.[534] Festzuhalten bleibt aber, dass die Gewährung einer Beihilfe aus diesen „eigenen" Mittel des Mitgliedstaates immer die gleichzeitige Erfüllung **beider** möglicher Anknüpfungspunkte für die Zurechnung sicherstellt.

**bb) Die Anwendung für eine Abgrenzung der zum „Staat" zu zählenden Institutionen**

Im Folgenden soll nun versucht werden, die soeben gewonnenen Erkenntnisse für die Bestimmung derjenigen Einrichtungen, die man - neben dem Mitgliedstaat selbst - beihilferechtlich zum „Staat" zu zählen hat, fruchtbar zu machen, indem derselbe Ansatzpunkt auch für die Bestimmung des „Staatssektors" herangezogen wird. Eine eindeutige staatliche Zurechnung wird nach den soeben getätigten Feststellungen gerade durch den Einsatz von Mitteln bewirkt, die im Eigentum oder diesem vergleichbarer Inhaber- bzw. Trägerschaft des Mitgliedstaates stehen, weil - aufgrund der mit einer solchen Inhaberschaft typischerweise verbundenen ausschließlichen Verfügungsbefugnis - bei Beihilfen aus diesen Mitteln neben dem (mitglied)staatlichen Mitteleinsatz auch das Vorliegen einer (mitglied)staatlichen Vergabeentscheidung als gesichert erscheint, so dass ihre staatliche Zurechnung nicht in Frage stehen kann.

Eine **Anknüpfung an die Eigentümerschaft bzw. vergleichbare Inhaber- oder Trägerstellungen des Mitgliedstaates** dürfte es nun aber auch ermöglichen, bei zwar rechtlich selbstständigen Einrichtungen, die jedoch in einer solchen Weise vom Mitgliedstaat beherrscht werden, sowohl die Entscheidungen als auch die Mittel dieser Einrichtungen **letztlich auf den Mitgliedstaat selbst zurückzuführen** und damit ihre beihilferechtliche Zurechnung zum staatlichen Sektor zu rechtfertigen. Dies lässt sich leicht anhand des Beispiels einer rechtlich selbstständigen, aber im staatlichen Eigentum stehenden Einrichtung verdeutlichen:

Da die staatliche Zurechenbarkeit nach dem **Wirkungskriterium** zu bestimmen ist, sind alle Begünstigungsgewährungen staatlich zurechenbar, die in ihren Wirkungen einer unmittelbaren Gewährung des geldwerten Vorteils durch den Mitgliedstaat selbst gleichkommen.[535] Die Verlagerung einer Beihilfegewährung durch den Mitgliedstaat auf eine zwar rechtlich selbst-

---

[534] Der EuGH spricht insoweit zum Teil davon, dass die Beihilfe „**auf Kosten**" des Staates gehen müsse (EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2182) [PreussenElektra/Schleswag]), was zwar greifbarer klingt, aber zumindest insofern missverständlich ist, als für den Staat aus dem Einsatz seiner Mittel nicht unbedingt eine entsprechende Kostenbelastung resultieren muss. So entstehen dem Staat beispielsweise keine konkreten Kosten für die Beihilfeleistung, wenn er die Leistung (z.B. eine geldwerte Dienstleistung) aus seinen Personalmitteln, also durch seine von ihm sowieso - unabhängig von der Erbringung einer konkreten Leistung - zu bezahlenden Mitarbeiter erbringt. Eine staatliche Mittelbelastung ist daher nicht erst dann gegeben, wenn dem Staat tatsächlich Kosten in Form eines monetären Aufwandes entstehen, sondern bereits dann, wenn die Leistung in anderer Weise „auf Kosten" des Staates geht, indem sie durch Einsatz staatlicher (Geld, Vermögens- oder Personal-)Mittel erbracht wird.

[535] siehe oben S. 102 f.

ständige, aber in seinem Eigentum stehende Einrichtung kann jedoch bei wirkungsorientierter Betrachtungsweise keinesfalls eine Verneinung der staatlichen Zurechnung zur Folge haben. Steht diese Institution nämlich im Eigentum des Mitgliedstaates, so bestimmt der Mitgliedstaat als Eigentümer und damit Verfügungsberechtigter das Verhalten dieser Einrichtung. Selbst wenn die Beihilfevergabe formal von einer rechtlich selbstständigen Institution durchgeführt wird, ist sie daher trotzdem auf das die Entscheidungen der Einrichtung bestimmende Verhalten des Mitgliedstaates als Eigentümer zurückzuführen. Genauso gilt hinsichtlich der Mittelbelastung, dass eine Finanzierung aus Mitteln einer Einrichtung, die im Eigentum des Mitgliedstaates steht, letztlich eine Belastung von Mitteln des Mitgliedstaates bewirkt, da es keinen Unterschied machen kann, ob die Mittel, aus denen die Beihilfe gewährt wird, direkt im Eigentum des Staates stehen, oder ob der Staat bloß „mittelbar" Eigentümer der Mittel ist, weil diese einer Institution gehören, die aber ihrerseits wiederum dem Staat gehört. Die Beihilfegewährung wird in einem solchen Falle also bloß formal durch den Mitgliedstaat auf eine selbstständige Einrichtung verlagert. **Materiell betrachtet** dagegen hat die Verlagerung der Beihilfegewährung auf eine rechtlich selbstständige, aber im Eigentum des Mitgliedstaates stehende Einrichtung auf **keinen** der beiden möglichen Anknüpfungspunkte für die mitgliedstaatliche Herkunft der Beihilfe Einfluss, weil nämlich sowohl Vergabeentscheidung als auch Eigentum der zur Beihilfefinanzierung eingesetzten Mittel letztlich **genauso auf den Mitgliedstaat zurückgeführt werden können wie bei einer Beihilfegewährung unmittelbar durch den Mitgliedstaat selbst**. Da die Wirkungen einer solchen Beihilfe sich also offensichtlich nicht von denen einer unmittelbar durch den Mitgliedstaat selbst gewährten unterscheiden, muss die staatliche Zurechnung in beiden Fällen gleichermaßen außer Frage stehen.
Nur dann, wenn dem Sektor „Staat" sämtliche Institutionen, die sich im öffentlichen Eigentum befinden oder einer vergleichbaren staatlichen Kontrolle unterliegen, zugeordnet werden, werden sämtliche finanziellen - und damit beihilfeverdächtigen[536] - Transaktionen des Staates erfasst.[537] **Zum „Staat" im Sinne des Beihilferechts sollten somit all jene Einrichtungen gezählt werden, die im Eigentum des Mitgliedstaates stehen oder diesem gleichkommenden Inhaber- bzw. Trägerbefugnissen des Mitgliedstaates unterliegen.**
Auf der Grundlage dieses Abgrenzungsansatzes sollen daher nun die einzelnen, beihilferechtlich zum „Staat" zu zählenden Einrichtungen ermittelt und dabei die Richtigkeit des Ansatzes weiter verifiziert werden.

---

[536] Als Begünstigung relevant sind schließlich nur finanzielle Vorteile (siehe oben S. 44).
[537] vgl. Cordes, S. 57

**(1) Juristische Personen des öffentlichen Rechts**

Obwohl die Unterscheidung zwischen juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts in gewisser Weise eine Besonderheit des deutschen Rechtskreises darstellt, soll sie an dieser Stelle zur Verdeutlichung der Voraussetzungen einer dem Eigentum gleichkommenden staatlichen Inhaber- bzw. Trägerstellung herangezogen werden, da die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als besonders geeignet erscheinen, diejenigen Herrschaftsbefugnisse des Mitgliedstaates über eine Einrichtung herauszuarbeiten, die zwar nicht auf privatrechtlichen Eigentumsbefugnissen beruhen, aufgrund vergleichbarer materieller Trägerbefugnisse des Staates aber dem Eigentum gleichzustellen sind.[538] Zudem bieten gerade die deutschen juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufgrund mannigfaltiger nationaler Besonderheiten wie beispielsweise den starken Selbstverwaltungsbefugnissen der deutschen Sozialversicherungsträger oder der immer wieder betonten „Staatsferne" des öffentlich-rechtlichen Rundfunks äußerst interessante Beispiele aus der einzelstaatlichen Praxis für die Untersuchung, inwieweit die auf nationalem Recht beruhende Festschreibung einer gewissen Unabhängigkeit der Einrichtung vom Mitgliedstaat ihrer beihilferechtlichen Zurechnung zum Staatssektor entgegensteht.

**(a) Territoriale Untergliederungen der Mitgliedstaaten**

Dass der Staatsbegriff i.S.d. Art. 87 I EG nicht nur den Zentralstaat als Mitgliedstaat umfasst, sondern auch dessen territoriale Untergliederungen, obwohl diese nicht selbst als Mitglieder

---

[538] Die Institution der juristischen Person des (deutschen) öffentlichen Rechts verdankt ihre Entstehung vor allem der besonderen politischen Situation Deutschlands im 19. Jahrhundert (Mielke, S. 36; vgl. Forsthoff, S. 8). Die Rechtsfigur der juristischen Person öffentlichen Rechts existiert aber durchaus auch in anderen Mitgliedstaaten, beispielsweise in Österreich (siehe dazu Bernatzik, S. 14 ff.). Aufgrund der Prägung des finnischen öffentlichen Rechts durch das deutsche öffentliche Recht ergeben sich auch in Finnland starke Parallelen zwischen den finnischen verselbstständigten Verwaltungseinheiten und den deutschen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Helfritz, S. 81). Die juristische Person öffentlichen Rechts ist daher keineswegs eine auf internationaler Ebene unbekannte Rechtsfigur (so auch Feldmüller, S. 121; vgl. im Übrigen auch Art. 2 des von den damaligen Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkommens über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, BGBl. 1972 II, S. 370), die somit für europarechtliche Betrachtungen ungeeignet wäre. Auch das französische Recht kennt eine großteils vergleichbare Unterscheidung zwischen privatrechtlichen Organisationsformen und „établissements publics" (Helfritz, S. 80), die als „personnes de droit public" nur Ausgliederungen des Staates („démembrements de la puissance public") darstellen (Pomey, S. 24).
Einen Gesamtüberblick über die verselbstständigten Verwaltungseinheiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten gibt Helfritz (S. 80 ff.). Selbst wenn entsprechenden Ausgliederungen des Staates in anderen Mitgliedstaaten die formale Natur einer juristischen Person öffentlichen Rechts fehlt, rechtfertigen entsprechende staatliche Trägerbefugnisse, die bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts für die staatliche Zurechnung ausschlaggebend sind, natürlich nach dem Wirkungskriterium auch dort die Zurechnung solcher Einrichtungen zum „Staat".

der Union fungieren, ist anerkannt.[539] Die territorialen Untergliederungen eines Mitgliedstaates - und damit ihre Entscheidungen und Mittel - dem Zentralstaat zuzurechnen, rechtfertigt sich daraus, dass der Zentralstaat **Träger** seiner Untergliederungen ist und sie daher auf diesen zurückgeführt werden können.[540] Zum „Staat" i.S.d. Beihilferechts zählen daher neben dem Zentralstaat als Mitgliedstaat der EU vor allem auch die Bundesländer in föderativ organisierten Mitgliedstaaten[541] sowie Gemeinden[542], Kreise[543], Regionen[544], Provinzen[545] und Départements.[546]

**(b) Sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts**

Ob eine staatlich zurechenbare Beihilfe auch dann vorliegt, wenn die Beihilfe durch eine formalrechtlich verselbstständigte juristische Person des öffentlichen Rechts gewährt wird, die

---

[539] Häring, S. 87; Rodi, S. 157; Sinnaeve, S. 30; Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 38; Kleine, Gemeindehaushalt 2002, S. 73; Jour-Schröder, EuZW 1996, S. 741 (743); Immenga/Rudo, S. 42 f.; Schernthanner, S. 64 f.; Koschyk, S. 48; siehe auch EuGH Slg. 1987, S. 4013 (4041) [Deutschland/Kommission]

[540] vgl. Wolff/Bachof/Stober, S. 85
Problematisch ist dies allenfalls bei den Ländern in föderal organisierten Staaten, insofern deren Handeln auf ihrer eigenen Staatsqualität und damit auf originären, nicht vom Zentralstaat abgeleiteten Kompetenzen beruht (vgl. Degenhart, S. 45 (zu den deutschen Bundesländern)). Dies dürfte aber den einzigen Fall darstellen, in dem es als fragwürdig erscheinen könnte, die Tätigkeit einer staatlichen Untergliederung **auf den Zentralstaat selbst** als ihren Träger zurückzuführen. Aus dieser Besonderheit der eigenen Staatsqualität der Bundesländer ergibt sich aber zugleich auch unzweifelhaft die Notwendigkeit ihrer Zurechnung zum „Staat" i.S.d. Art. 87 I EG (siehe dazu, dass Besonderheiten der staatlichen Gliederung der Mitgliedstaaten für die staatliche Zurechnung nicht relevant sein können, auch Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36).

[541] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 36; R. Koch, S. 3 f.; Kapteyn/VerLoren van Themaat/Gormley, S. 815; siehe aus der Rspr. z.B. EuGH Slg. 1989, S. 175 (190) [Kommission/Deutschland („Alcan")]: Beihilfe des deutschen Bundeslandes Rheinland-Pfalz; EuGH Slg. 1990, S. I-3437 (3454) [Kommission/Deutschland („BUG Alutechnik")]: Beihilfe des Bundeslandes Baden-Württemberg; EuGH Slg. 1994, S. I-1173 (1198) [Deutschland und Pleuger Worthington/Kommission] und EuGH Slg. 2000, S. II-2603 (2608) [DSG/Kommission]: Beihilfe des Bundeslandes Hamburg; EuGH Slg. 1995, S. II-2265 (2270) [TWD/Kommission] und EuGH Slg. 1999, S. II-17 (26 ff.) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]: Beihilfe des Bundeslandes Bayern; EuGH Slg. 1996, S. I-5151 (5208) [Deutschland u.a./Kommission]: Beihilfe des Bundeslandes Bremen; EuGH Slg. 1999, S. II-3663 (3703) [Freistaat Sachsen u.a./Kommission]: Beihilfen des Bundeslandes Sachsen; EuGH Slg. 2002, S. II-2427 (2433) [Graphischer Maschinenbau/Kommission]: Beihilfe des Bundeslandes Berlin

[542] Stein/Martius, Städtetag 1998, S. 362; Recker, ZKF 2001, S. 146 (147); Pape, S. 100; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3068) [HAMSA/Kommission]: Beihilfe durch die spanische Stadt Jaén

[543] Heiermann, EWS 1994, S. 145; Rodi, S. 157; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (415)

[544] Pape, S. 100; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (415); Kapteyn/VerLoren van Themaat/Gormley, S. 815 f.; Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 38; siehe aus der Rspr. z.B. EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1681) [Siemens/Kommission] und EuGH Slg. 1997, S. I-2507 (2528) [Siemens/Kommission]: Beihilfen der belgischen Region Brüssel; EuGH Slg. 1984, S. 3809 (3822 f.) [Intermills/Kommission] und EuGH Slg. 1986, S. 2263 (2282) [Belgien/Kommission] sowie EuGH Slg. 1986, S. 2321 (2341) [Belgien/Kommission] und EuGH Slg. 1988, S. 1573 (1575 f.) [Exécutif régional wallon und Glaverbel/Kommission]: Beihilfen der belgischen Region Wallonien; EuGH Slg. 1998, S. II-717 (726) [Vlaams Gewest/Kommission] und EuGH Slg. 1998, S. II-757 (763) [Cityflyer Express/Kommission]: Beihilfen der Flämischen Region; EuGH Slg. 2000, S. I-8717 (8736) [Spanien/Kommission]: Beihilfen durch spanische autonome Regionen; EuGH Slg. 2002, S. II-261 (269 ff.) [Keller und Keller Meccanica/Kommission]: Beihilfe der italienischen autonomen Region Sardinien

[545] Rodi, S. 157; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (415); Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 38

[546] Sinnaeve, S. 30; Pape, S. 100; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (415); Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 38

keine territoriale Untergliederung eines Mitgliedstaates darstellt, mag nicht in gleicher Weise von vornherein außer Frage stehen.[547] Nach Ansicht des Autors kann aber auch die Zurechnung sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts zum Staatssektor grundsätzlich nicht angezweifelt werden:

Die Gründung juristischer Personen des öffentlichen Rechts steht nicht jedermann offen, sondern kann nur durch den Mitgliedstaat selbst, seine Untergliederungen oder andere durch diese bereits errichtete juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgen[548], die ihrerseits in ihrer Existenz daher jeweils auf den Zentralstaat zurückgeführt werden können. Die Errichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts zur Ausgliederung einer öffentlichen Aufgabe aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ist somit immer auf den Mitgliedstaat selbst rückführbar, der - zumindest mittelbar[549] - **Träger**[550] jeder juristischen Person des öffentlichen Rechts ist. Durch diese staatliche Trägerschaft aber können auch Mittel und Entscheidungen dieser juristischen Personen öffentlichen Rechts letztlich auf den Zentralstaat zurückgeführt werden:

Zum einen müssen die Mittel einer solchen in mitgliedstaatlicher Trägerschaft stehenden Einrichtung den dem Mitgliedstaat selbst gehörenden Mitteln gleichgestellt werden. Auch das Vermögen juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist zum Vermögen ihres staatlichen Trägers zu rechnen.[551] Das gesamte Vermögen der öffentlichen Hand kann insoweit als eine einheitliche Vermögensmasse gesehen werden. Vermögensverschiebungen zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Rechtspersonen bewirken keinen Verlust von Staatsvermögen, sondern erfolgen innerhalb desselben.[552] Die Notwendigkeit der Zurechnung des Vermögens öffentlich-rechtlicher Institutionen zum Staatsvermögen lässt sich auch leicht veranschaulichen: Der Staat hat im Regelfalle ein Recht zur Wiedereingliederung der ausgelagerten Aufgabe in den Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung[553], und allein ihm als Gründer kann insoweit das Recht zur Wiederauflösung der Einrichtung zustehen.[554] Spätestens bei der Auflösung des selbstständigen öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekts durch seinen Träger muss das Restvermögen dieser Einrichtung aber wieder ihrem staatlichen Träger zufallen[555],

---

[547] vgl. Häring, S. 87
[548] vgl. Wolff/Bachof/Stober, S. 85; J. Ipsen, S. 66 f.; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 67
[549] So ist etwa bei Stadtsparkassen unmittelbarer Träger der öffentlich-rechtlichen Anstalt Sparkasse zwar eine Gemeinde. Letztlich kann die Trägerschaft aber mittelbar auf den Mitgliedstaat selbst zurückgeführt werden, da die Gemeinde ihrerseits in der Trägerschaft eines Bundeslandes steht (vgl. Wolff/Bachof/Stober, S. 85) und das Bundesland wiederum nur eine Untergliederung des Zentralstaates ist.
[550] vgl. Cordes, S. 48
[551] vgl. Engel, ZUM 1993, S. 214 (215)
[552] Gindely, S. 9 f.
[553] vgl. Lehmann, S. 172 f.
[554] Mielke, S. 104; B. Lindner, S. 96
[555] B. Lindner, S. 139

woran deutlich wird, dass die Übertragung geldwerter Gegenstände aus dem Vermögen einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung mittelbar immer auch zu einer entsprechenden „Entreicherung" ihres staatlichen Trägers führt.[556] Die unmittelbar einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gehörenden Mittel sind daher als mittelbar auch ihrem staatlichen Träger gehörend anzusehen.

Zum anderen können auch die Entscheidungen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts einer unmittelbar durch den Mitgliedstaat getroffenen gleichgestellt werden. Der Staat als Gründer hat nämlich sowohl die zu erfüllenden Aufgaben der Einrichtung als auch die dafür zuständigen Organe sowie deren Zusammensetzung festzulegen.[557] Die Bestimmung sowohl der zu treffenden Entscheidungen[558] als auch der die Entscheidungen treffenden Personen geht also auf den Mitgliedstaat zurück. Eine solche Lage, in der der Staat zwar nicht die fragliche Entscheidung selbst trifft, den Inhalt der Entscheidung jedoch mittelbar bestimmt, indem er die Personen benennt, die die Entscheidung treffen sollen, muss aber schon deshalb als ausreichend für eine staatliche Zurechnung der Entscheidung angesehen werden, weil der Staat als juristische Person sowieso erst dadurch handlungsfähig werden kann, dass er andere (natürliche) Personen benennt, die dann für ihn handelnd am Rechtsverkehr teilnehmen.[559]

Weder hinsichtlich der Entscheidungsfindung über die Beihilfevergabe noch hinsichtlich der Finanzierung der Beihilfe bestehen also nennenswerte Unterschiede in den Wirkungen einer Beihilfevergabe durch den Mitgliedstaat selbst und einer Gewährung und Finanzierung der Beihilfe durch eine in seiner Trägerschaft stehende juristische Person des öffentlichen Rechts.

Bei der Ausgliederung einer Verwaltungsfunktion auf eine juristische Person öffentlichen Rechts handelt es sich nur um eine rechtlich-formale Ausgliederung aus dem Staatsbereich[560], die man bei materieller Betrachtung dagegen als staatsinternen Vorgang werten muss.[561] Sie ist bloß Folge der Wahlfreiheit des Staates, in welcher Organisationsform er seine Aufgaben wahrnimmt.[562] Nach außen wird trotz der formalen Verlagerung auf eine rechtlich selbstständige Einrichtung letztlich „der Staat" tätig.[563] Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Teil der staatlichen Ordnung.[564] Zum „Staat" i.S.d. Art. 87 I EG sind daher auch

---

[556] vgl. Engel, ZUM 1993, S. 214 (218) am Beispiel der Auflösung des RIAS, einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt

[557] vgl. Maurer, S. 604, 613 und 615

[558] Durch die Festlegung der Aufgaben der Einrichtung gibt der Gründer bereits im Wesentlichen vor, von welchem Inhalt die zu treffenden Entscheidungen überhaupt sein können.

[559] siehe nur Sproll, S. 30; Mielke, S. 148

[560] Ose, S. 42

[561] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 248

[562] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 248

[563] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 248; vgl. auch Maurer, S. 574, wonach die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zum „Staat i.w.S." zählen

[564] Mielke, S. 135 f. und S. 171

die rechtlich selbstständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Bestandteil der sog. mittelbaren Staatsverwaltung[565] zu zählen.[566] Die von den Institutionen der mittelbaren Staatsverwaltung gewährten Beihilfen sind dem Staat als „eigene" zuzurechnen.[567]
Die grundsätzliche Richtigkeit dieser Ansicht soll im Folgenden an einigen ausgewählten, praxisrelevanten Beispielen öffentlich-rechtlicher Einrichtungen verdeutlicht und dabei auch mögliche Gegenargumente widerlegt werden.

**(aa) Sozialversicherungsträger**

Gerade in Deutschland besteht durch die umfangreichen sog. Selbstverwaltungskompetenzen eine starke Unabhängigkeit der Sozialversicherungsträger.[568] Doch trotz einer gewissen Selbstständigkeit der Selbstverwaltungsträger sind die Aufgaben und Kompetenzen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts immer nur übertragene und haben immer bloß vom Staat abgeleiteten Charakter, auch insoweit sie Selbstverwaltungskompetenzen haben.[569] Auch eine solche Selbstständigkeit der Sozialversicherungsträger ändert nichts an ihrer Zugehörigkeit zur (mittelbaren) Staatsverwaltung und damit zum „Staat".[570] Der EuGH hat daher vollkommen zu Recht staatlich eingerichtete Sozialversicherungsträger, selbst wenn ihre Verwaltung eine gewisse Selbstständigkeit aufwies, regelmäßig als staatlich zurechenbare Beihilfegeber angesehen.[571]

---

[565] siehe zum Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung als Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch juristische Personen des öffentlichen Rechts etwa Ose, S. 42; Maurer, S. 574 ff.
[566] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442 f.)
[567] so richtig Ose, S. 43
[568] Bogs, S. 8; Bogs/Ferber, S. 13 ff.
[569] Lamping, S. 80
[570] vgl. Lamping, S. 105 f.
Es wäre auch künstlich, beispielsweise diejenigen Aufgaben nicht der mittelbaren Staatsverwaltung zurechnen zu wollen, bei denen über den bloßen Normenvollzug hinaus ein Ermessensspielraum des Selbstverwaltungsträgers besteht, da es sich trotz allem um übertragene staatliche Aufgaben und damit allenfalls um eine konzedierte Autonomie handelt (überzeugend Lamping, S. 79). Genau wie bei Gemeinden, die ebenfalls das Recht zur Selbstverwaltung haben, sind die Entscheidungen und Mittel dieser Selbstverwaltungsträger bereits **selbst** als „staatlich" anzusehen, weil diese Einrichtungen bloß Teil jener Gesamtheit sind, die sich hinter der Abstraktion „Staat" verbirgt (vgl. schon oben S. 109 f.).
[571] siehe zu staatlichen Beihilfen durch Sozialversicherungsträger, vor allem durch Verminderung von Sozialversicherungsbeiträgen, z.B. EuGH Slg. 1974, S. 709 (719 f.) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 1990, S. I-307 (352) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]; EuGH Slg. 1999, S. I-2459 [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3697) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3929 und 3935 f.) [DM Transport]; EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2159) [SIC/Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. I-5107 (5125) [Kommission/Belgien]; EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2339) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3068 f.) [HAMSA/Kommission]

**(bb) Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen**

Fraglich könnte sein, ob man Unternehmen allein schon aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform dem staatlichen Sektor zurechnen kann. Dies droht nämlich auf den ersten Blick zu einer Benachteiligung von Mitgliedstaaten zu führen, die eine besonders große Anzahl an Staatsunternehmen aufweisen und somit verstärkt der Beihilfekontrolle unterliegen würden.[572]

Als Beispiel öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen, deren generelle Einstufung als staatlicher Beihilfegeber angezweifelt wird, sind etwa die Sparkassen und Landesbanken in Deutschland zu nennen, die regelmäßig als öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts betrieben werden.[573] Trotz des öffentlich-rechtlichen Charakters der Sparkassen und Landesbanken wird ihre staatliche Zurechnung zum Teil in Frage gestellt, da die staatliche Anbindung dieser Institute nur „an langer Leine" bestehe.[574] Die Sparkasseninstitute hätten weitgehende unternehmenspolitische Gestaltungsfreiheit, so dass ihr Verhalten nicht staatlich zurechenbar sei, solange sich nicht eine staatliche Einflussnahme im Einzelfall nachweisen lasse.[575] Die generelle Zurechnung solcher öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen zum Staatssektor führe zu einer Ungleichbehandlung öffentlicher Unternehmen gegenüber privaten Unternehmen, bestrafe erstere für ihre bloße Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor und stelle damit einen Verstoß gegen den Neutralitätsgrundsatz des Art. 295 EG dar.[576]

Nach Ansicht des Autors kann aber trotzdem kein Zweifel an einer Einstufung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute als potentielle staatliche Beihilfegeber bestehen:

Die Zurechnung der Sparkassen und Landesbanken zum Bereich der sog. mittelbaren Staatsverwaltung ist allgemein anerkannt.[577] Auch eine gewisse Selbstständigkeit bei der Entscheidungsfindung ändert hieran nichts[578], denn die Aufgaben und Kompetenzen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sind immer nur übertragene und haben daher immer bloß vom Staat abgeleiteten Charakter.[579] Dem staatlichen[580] Träger kommt auch regelmäßig ein ge-

---

[572] Vor allem Frankreich, das unter dem Stichwort des „service public" über einen besonders großen Sektor öffentlich(-rechtlich)er Unternehmen verfügt (vgl. Püttner, S. 15 f.), könnte eine solche Benachteiligung drohen.
[573] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 39; Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 12
[574] Häring, S. 116
[575] Häring, S. 116
[576] so die Argumentation der französischen Regierung in EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4437) [Frankreich/Kommission]
[577] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 113; Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 14
[578] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 118; vgl. auch oben S. 123
[579] Lamping, S. 80
[580] Die Sparkassen stehen zwar regelmäßig in der Trägerschaft von Kommunen, die man ihrerseits aber zum "Staat" i.S.d. Art. 87 I EG zählen muss (siehe oben S. 119 f.).

setzliches oder satzungsmäßiges Recht zur Bestellung der wichtigsten Leitungsorgane zu[581], und eine solche mittelbare staatliche Dominanz einer Entscheidung muss ausreichen, um diese dem Staat zuzurechnen.[582]

Genau wie die Entscheidungen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute sind auch ihre Mittel dem Staat zuzurechnen, denn die staatliche Trägerschaft bei einer juristischen Person kommt letztlich einer staatlichen Inhaberschaft ihrer Mittel gleich.[583] Als mehr als fadenscheinig erscheint der Versuch zu bestreiten, dass man die Gewährträger als „Anteilseigner" der Sparkassen bezeichnen könne, bloß weil die Sparkassen kein gezeichnetes Eigenkapital hätten und die Gewährträger daher auch keine kapitalmäßige Beteiligung an ihnen haben könnten.[584] Das formale Fehlen eines gezeichneten Eigenkapitals steht einer Kapitalbeteiligung der staatlichen Träger der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute nicht im Wege, die stattdessen gewissermaßen Träger des einzigen Anteils sind und durchaus als „Eigentümer"[585] dieser Kreditinstitute - und damit mittelbar auch als Eigentümer ihrer Mittel - angesehen werden können.

Der Beihilfecharakter der von den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten gewährten Bürgschaften, Darlehen usw. scheitert also nicht an ihrer staatlichen Zurechenbarkeit[586], denn sowohl Entscheidungsfindung als auch Finanzierung sind letztlich genauso auf ihren staatlichen Träger zurückzuführen, als ob sie von diesem selbst stammten, sondern vielmehr daran, dass die betreffenden Kreditinstitute sich im Wettbewerb marktgerecht verhalten und ihre Geschäfte nach kaufmännischen Grundsätzen führen[587], nämlich für die von ihnen gewährten Leistungen von ihren Kunden regelmäßig eine bankmäßig marktübliche Gegenleistung fordern.[588] Die Argumentation, eine in staatlicher Inhaberschaft stehende Einrichtung, deren Verhalten und Mittel daher auf ihren staatlichen Inhaber zurückgeführt werden können, handle nach den wirtschaftlichen Kriterien eines privaten Investors und nicht nach staatlichen Vorgaben[589], kann nach Ansicht des Autors allenfalls Einfluss auf die Qualifizierung des

---

[581] Häring, S. 116

[582] vgl. oben S. 122 und unten S. 132

[583] vgl. schon oben S. 121 f.

[584] so aber DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 39

[585] Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 25; vgl. auch die Feststellung des EuG in der Rs. T-234/95, wonach die Hamburgische Landesbank, eine Anstalt öffentlichen Rechts, zu 100% im „Eigentum" der Hansestadt Hamburg steht (siehe EuGH Slg. 2000, S. II-2603 (2645) [DSG/Kommission]); vgl. auch die Entscheidung des EuG in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 6 f., wonach die WestLB als „Kreditanstalt des öffentlichen Rechts ... zu 100% in öffentlichem Eigentum" steht

[586] so auch Bleckmann, NVwZ 1990, S. 820 (821)
Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung des staatlichen Trägers Beihilfen **zu Gunsten** der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute darstellen (siehe dazu unten S. 220 ff.).

[587] Immenga/Rudo, S. 26; Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 16

[588] siehe dazu, dass die Preis- und Konditionengestaltung der öffentlichen Kreditinstitute gegenüber ihren Kunden auf dem Grundsatz einer rentablen Geschäftsbeziehung beruht: DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 156

[589] siehe zu solchen Argumentationsansätzen etwa EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1441) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]

Verhaltens dieser Einrichtung als **Begünstigung**[590], nicht aber auf die **staatliche Zurechnung** haben: Eine staatliche Maßnahme, die dem Verhalten eines privaten Investors entspricht, bleibt eine **staatliche** Maßnahme, nur handelt es sich dann mangels begünstigender Wirkung nicht um eine staatliche **Beihilfe**.[591]

So ergibt sich auch zwanglos, warum die Einstufung öffentlich-rechtlicher Unternehmen als mögliche staatliche Beihilfegeber als solche noch nicht zu einer gegen Art. 295 EG verstoßenden Diskriminierung führt: Die bloße Bejahung der staatlichen Zurechnung der Maßnahme führt nämlich noch nicht dazu, dass diese automatisch auch als (verbotene) staatliche Beihilfe einzustufen ist.[592] Eine staatliche Beihilfe liegt nämlich erst dann vor, wenn festgestellt werden kann, dass das Verhalten des staatlichen Unternehmens von dem eines vernünftigen privaten Marktteilnehmers abweicht.[593] Die staatliche Zurechnung kann daher insofern weit verstanden werden, weil sich mit dem Privatinvestortest das notwendige Korrektiv findet, das dafür sorgt, dass ein Verhalten öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen, das bloß dem privater Unternehmen entspricht, nicht dem Beihilfeverbot unterfällt, so dass eine Diskriminierung öffentlich-rechtlicher Unternehmen ausbleibt.[594] Zu verneinen ist dann aber eben nicht die staatliche Zurechnung des Verhaltens, sondern (nur) die Begünstigungswirkung.

Im Übrigen kommt es noch aus einem weiteren Grund zu keiner auf der bloß formalen Zugehörigkeit zum öffentlich-rechtlichen Sektor beruhenden Diskriminierung öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen: Die Zurechnung dieser Unternehmen zum Staatssektor rechtfertigt sich nämlich materiell mit der Rückführbarkeit ihrer Entscheidungen und Mittel auf ihren staatlichen Träger, und es wird sich erweisen, dass privatrechtliche Unternehmen in gleicher Weise als staatliche Beihilfegeber einzustufen sind, wenn ihre Mittel und Entscheidungen auf einen staatlichen Inhaber zurückzuführen sind.[595] Eine formale Umwandlung beispielsweise der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in privatrechtliche Unternehmen würde daher an ihrer Eigenschaft als mögliche staatliche Beihilfegeber überhaupt nichts ändern, solange der

---

[590] zur Anwendung des Privatinvestortests bei der Ermittlung, ob eine Begünstigung vorliegt, siehe oben S. 64 ff.

[591] Koschyk hingegen verwendet die Feststellung, dass die Einrichtung sich „marktunüblich" verhält, fälschlich als Kriterium für die staatliche Zurechenbarkeit (Koschyk, S. 49). Dabei kann auch der Staat sich marktüblich verhalten (vgl. Noch, DÖV 1998, S. 623 (631)). Tut er dies, so fehlt es an der Gewährung eines marktwidrigen geldwerten Vorteils, also einer Begünstigung, nicht aber an der staatlichen Zurechenbarkeit des Verhaltens (so auch das EuG in seiner Entscheidung in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 181).

[592] so richtig die Kommission in EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4438) [Frankreich/Kommission]

[593] so die Kommission in EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4438) [Frankreich/Kommission]

[594] vgl. EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4441) [Frankreich/Kommission], wo der EuGH ausführte, der Staat könne mit seinen Unternehmen auch andere als kaufmännische Ziele verfolgen und werde nicht diskriminiert, wenn ein solches Verhalten als Beihilfe eingestuft werde, wenn das Verhalten nicht mit dem eines privaten Unternehmens vergleichbar sei

[595] siehe dazu im Einzelnen unten S. 131 ff.

Staat nicht gleichzeitig auch seine die Zurechnung materiell begründenden Inhaberrechte aufgeben würde.[596] Die Zurechnung öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen zum Staatssektor beruht damit also letztlich nicht allein auf einer formalen Einordnung, sondern auf materiellen Erwägungen.

**(cc) Ausnahmen**

Mit der immer der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienenden Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts übernimmt der staatliche Träger die Verantwortung für das ins Leben gerufene Rechtssubjekt, da er die übertragenen Aufgaben sonst selbst wahrnehmen müsste.[597] Der Umstand, dass die Beihilfe nicht durch den Mitgliedstaat selbst, sondern durch ein - wenn auch autonomes - öffentlich-rechtlich organisiertes Rechtssubjekt gewährt wird, steht der Annahme einer staatlich zurechenbaren Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG nicht entgegen.[598] Selbst wenn der Staat der Institution - zumindest bis zu einem gewissen Grade[599] - freie Hand beim Treffen ihrer Entscheidungen lässt, so handelt es sich bei juristischen Personen öffentlichen Rechts dennoch um in die staatliche Ordnung einbezogene Einrichtungen[600], so dass selbst dann, wenn der Staat ihre Entscheidungen im Einzelfall nicht beeinflusst, schon diese Zugehörigkeit der Institution zur mittelbaren Staatsverwaltung **sie selbst** dazu befähigt, einen „Staatswillen" zu bilden, so wie man z.B. auch das Handeln der Gemeinden trotz ihrer aufgrund ihres Selbstverwaltungsrechts gegebenen Unabhängigkeit gegenüber dem Staat be-

---

[596] vor allem Kapitalbeteiligung und Recht zur Bestellung der Leitungsorgane (vgl. Häring, S. 116; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 118)

[597] vgl. Immenga/Rudo, S. 24

[598] vgl. EuGH Slg. 1975, S. 699 (710 ff.) [IGAV/ENCC]; EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2131 f.) [Air France/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-2459 (2474) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3929 und 3935) [DM Transport]
Anschaulich ist in diesem Zusammenhang beispielsweise auch die Entscheidung in der Rs. C-241/94: Hier wurde die Beihilfe nicht durch den französischen Mitgliedstaat selbst, sondern den von ihm eingerichteten „Fonds national de l'emploi (FNE)" finanziert (EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4571) [Frankreich/Kommission]). Auch wenn der FNE über ein gewisses Ermessen hinsichtlich der Verwendung seiner Mittel verfügte (siehe EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4576) [Frankreich/Kommission]), kam niemand auf die Idee, hieran die staatliche Zurechenbarkeit der von ihm finanzierten Subventionen scheitern lassen zu wollen. Stellen der staatlichen Verwaltung verfügen oft über ein Ermessen bei ihren Entscheidungen, was aber keinesfalls ein Grund sein kann, die von ihnen getroffenen Entscheidungen nicht als „staatlich" anzusehen. Öffentlich-rechtliche Institutionen sind daher grundsätzlich dem Staatssektor zuzurechnen, auch wenn sie hinsichtlich ihrer Entscheidungsfindung über eine gewisse Selbstständigkeit verfügen, zumal gerade diese Selbstständigkeit doch immer bloß auf staatlicher Verleihung beruht.

[599] Die Eigenständigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegenüber dem Staat findet regelmäßig Grenzen, deren Einhaltung durch eine Aufsicht des staatlichen Trägers überwacht wird (Mielke, S. 117), so dass sichergestellt ist, dass die öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekte sich ihrem Träger gegenüber für ihr Handeln verantworten müssen (vgl. DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 130).

[600] Mielke, S. 135 f.

reits selbst als „staatlich" i.S.d. Art. 87 I EG ansehen muss.[601] Daher genügt grundsätzlich unabhängig vom Grad der im Einzelfall verwirklichten Autonomie einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bereits der Umstand, dass Existenz und Kompetenzen einer solchen Einrichtung immer auf den (Mitglied-)Staat selbst zurückgeführt werden können, um sie als Ausprägungen der gesamtstaatlichen Gewalt anzusehen und folglich sie und ihre Mittel dem Staatssektor zuzurechnen.[602]

Allenfalls bei einer wirklich dauerhaften Loslösung der juristischen Person von jeglichem staatlichen Einfluss kann man trotz des öffentlich-rechtlichen Charakters ausnahmsweise die staatliche Zurechnung verneinen. Das entscheidende Indiz dafür dürfte sein, dass die Möglichkeit für den Staat, die Institution aufzulösen und die Aufgaben wieder in den Staatsbereich im engeren Sinne zu integrieren, als ausgeschlossen erscheint.[603] Hier liegt auch in einem weitverstandenen Sinne keine „Staatsverwaltung" mehr vor, sondern die Aufgabenerledigung hat endgültig und unwiderruflich den staatlichen Einflussbereich verlassen und wird von der betreffenden Institution allein in eigener Verantwortung und im eigenen Interesse wahrgenommen, ohne dem Staat Rechenschaft schuldig zu sein, so dass die betreffende Institution nicht mehr als „Erfüllungsgehilfe des Staates"[604] angesehen werden kann. Das einzig ersichtliche Beispiel hierfür dürften - trotz ihrer Organisation als juristische Personen des öffentlichen Rechts - die Kirchen[605] sein[606], deren Wiedereingliederung in den Staatsorganismus als ausgeschlossen betrachtet werden dürfte.[607]

In Deutschland wird vielfach auch der „staatsferne" Charakter des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betont.[608] Fraglich ist, ob auch eine solche „Staatsferne" es rechtfertigen kann,

---

[601] vgl. schon oben S. 109 f.

[602] vgl. Schernthanner, S. 66

[603] vgl. zu dem Gedanken, wonach die Auslagerung von Aufgaben durch den Staat auf eine vom ihm geschaffene Rechtsperson der Zurechnung zum „Staat" nicht entgegensteht, wenn die Aufgabenauslagerung **reversibel** ist: Lamping, S. 76 und 90

[604] Vom Staat eingerichtete und im staatlichen Interesse mit bestimmten Aufgaben betraute - und damit zur mittelbaren Staatsverwaltung zu rechnende - „Erfüllungsgehilfen des Staates" sind abzugrenzen von gesellschaftlichen, also nicht-staatlichen Selbsthilfe- oder Selbstorganisationseinrichtungen, die zwar ebenfalls im Allgemeininteresse stehende Aufgaben erfüllen, dies aber eigenverantwortlich tun, also dem Staat gleichsam gegenüberstehen (siehe anschaulich Lamping, S. 80 ff.). Solche Selbsthilfeorganisationen, die weder auf staatliche Veranlassung errichtet noch sonst vom Staat beeinflusst werden, finden ihre Legitimation in der Privatautonomie und unterliegen dem für Private geltenden Wettbewerbsrecht der Art. 81 f. EG und nicht dem für den Staat geltenden Art. 87 EG (Rodi, S. 157).

[605] Mit „Kirchen" sind in diesem Falle insbesondere die römisch-katholische und evangelische Kirche in Deutschland gemeint, die gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V WRV die Rechtsform von Körperschaften des öffentlichen Rechts haben (siehe dazu Mielke, S. 154 ff.).

[606] Die fehlende staatliche Zurechnung von Zuwendungen kirchenrechtlich organisierter Institutionen ist allgemein anerkannt: siehe Rodi, S. 157; Häring, S. 69; G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 14; Soltész, EuZW 1998, S. 747 (748).

[607] Mielke, S. 163 f.; vgl. auch Winterfeld, S. 11

[608] siehe z.B. Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 19; Holzer, ZUM 1996, S. 274 (276 f.); Oppermann, ZUM 1996, S. 656 (657); Otten, ZUM 1997, S. 790 (797)

Maßnahmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten europarechtlich den Charakter einer „staatlichen" Maßnahme zu nehmen.[609] Der Verweis auf die Neutralität oder Staatsferne einer vom Staat eingesetzten und mit bestimmten öffentlichen Aufgaben beauftragten Institution als Argument gegen eine staatliche Zurechnung ist aber schon deshalb gewagt, da andernfalls ein Mitgliedstaat zur Umgehung des Art. 87 I EG einfach „staatsferne", neutrale Einrichtungen bilden könnte, die - unabhängig von staatlichen Weisungen - Subventionen an die Wirtschaft vergeben.[610] Dagegen spricht auch, dass die zuständigen mitgliedstaatlichen Stellen (und dazu zählen europarechtlich[611] auch der Verfassungsgeber, der die Staatsferne des Rundfunks in Art. 5 I 2 GG angeordnet hat, sowie das diese Staatsferne ebenfalls stark betonende BVerfG[612]) offensichtlich davon ausgehen, dass gerade dieses staatlich eingerichtete Modell des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu einem sachgerechten, den nationalstaatlichen Vorstellungen entsprechenden Ergebnis führt. Die Rundfunkanstalten agieren insofern keinesfalls „staatswillensfrei", denn der Staat hat diese Institutionen geschaffen und ihnen bestimmte öffentliche Aufgaben zugewiesen, so dass es sich auch hier letztlich nur um die Erfüllung staatlicher Aufgaben im Rahmen einer konzedierten Autonomie handelt. Somit vollziehen die Rundfunkanstalten, wenn auch mit einer gewissen Selbstständigkeit, letztlich nur den Staatswillen, so dass man ihre staatliche Zurechenbarkeit nicht in Frage stellen sollte.[613]

**(c) Fazit**

Allein schon um Umgehungsversuchen des Staates nicht Tür und Tor zu öffnen, wird man durch den Staat geschaffene Institutionen, die staatlich vorgegebene, öffentliche Aufgaben erfüllen und im Hinblick auf deren Erfüllung (zumindest latenter) staatlicher Kontrolle unter-

---

[609] Dörr, K&R 2001, S. 233 (235 f.); vgl. Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 43 ff.; Schaefer/Kreile/Gerlach, ZUM 2002, S. 182 (185)
Von der Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beihilferechtlich trotz ihrer „Staatsferne" zum Staatssektor zu rechnen sind, ist im Übrigen die Frage zu unterscheiden, ob in ihrer staatlich angeordneten Finanzierung (z.B. durch Rundfunkgebühren) eine Beihilfe **zu Gunsten** der Rundfunkanstalten liegt (siehe dazu unten S. 233 ff.).

[610] so richtig Schmittmann, S. 97; Hakenberg/Tremmel, EWS 1997, S. 217 (218)
Man kann im Übrigen auch schon über die angebliche „Staatsferne" des Rundfunks streiten, wie sich schon daran zeigt, dass andere Autoren statt von „staatsfernem" von „staatsnahem" oder gar „halbstaatlichem" Rundfunk sprechen (siehe etwa Dichtl/Issing, S. 1366).

[611] siehe dazu, dass ein Mitgliedstaat gemeinschaftsrechtlich für das Handeln all seiner Staatsorgane verantwortlich ist: EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2131) [Air France/Kommission]

[612] grundlegend zur „Staatsferne" des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach Art. 5 I 2 GG siehe etwa BVerfGE 12, 205 (262) und BVerfGE 90, 60 (88 ff.)

[613] vgl. auch Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (546), die die Rundfunkanstalten ebenfalls zur „öffentlichen Hand" zählen wollen

liegen, grundsätzlich als staatlich zurechenbar und damit als potentielle „staatliche" Beihilfegeber ansehen müssen. Diese Kriterien sind bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, auch wenn diese über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen, regelmäßig erfüllt.[614] Die - soweit ersichtlich - einzige Ausnahme dürften die Kirchen darstellen, die sich von vornherein kaum mit anderen öffentlich-rechtlichen Gebilden vergleichen lassen.[615]

Dieser Ansicht kann auch nicht die - zu Recht - anerkannte Aussage entgegengehalten werden, dass es im wirkungsorientierten Beihilferecht nicht auf den formalen Charakter der beihilfegewährenden Einrichtung ankommen kann und eine Abgrenzung des Staatssektors anhand formaler, national-rechtlicher Kriterien daher fehl am Platze ist.[616] In der Tat kann eine nach nationalem Recht fehlende öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der die Beihilfe gewährenden Stelle kein hinreichender Grund sein, die staatliche Zurechnung der Beihilfe zu verneinen. Auch Beihilfen, die durch privatrechtliche Institutionen gewährt werden, müssen vielmehr in den Beihilfebegriff mit einbezogen werden.[617] Umgekehrt ist aber die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur grundsätzlich sehr wohl ein hinreichender Grund, die staatliche Zurechnung der Beihilfe zu bejahen. Der Vorwurf einer formalen Abgrenzung der staatlichen Zurechenbarkeit kann dieser Auslegung schon deshalb nicht gemacht werden, weil erstens nachgewiesen wurde, dass bei öffentlich-rechtlichen Institutionen regelmäßig sowohl die Entscheidungen als auch die Mittel materiell auf ihren staatlichen Träger zurückgeführt werden können, so dass die Beihilfegewährung wie eine des (Mitglied-)Staates selbst wirkt und zweitens Ausnahmen von der grundsätzlichen staatlichen Zurechnung aller öffentlich-rechtlichen Institutionen gemacht werden, sofern dies - etwa bei den Kirchen - aus materieller Sichtweise als angebracht erscheint.

**(2) Juristische Personen des Privatrechts**

Die öffentliche Hand hat oft die Freiheit der Wahl, ob sie öffentliche Aufgaben selbst oder durch juristische Personen des öffentlichen Rechts erfüllt oder aber die Aufgaben einer von

---

[614] Insoweit ist der Kommission voll zuzustimmen, wenn sie in der Rs. T-358/94 „Air France" hinsichtlich der beihilfegewährenden Institution ausführt: Da „sie eine öffentlich-rechtliche Einrichtung sei, könne nicht bestritten werden, dass ihre Tätigkeiten dem Staat zuzurechnen seien" (siehe in EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2129) [Air France/Kommission]). Anschaulich ist auch die entsprechende Aussage des EuG in derselben Rechtssache: Eine dem Staat zurechenbare Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG liegt nicht nur dann vor, wenn der Mitgliedstaat selbst die Beihilfegewährung beschlossen und finanziert hat, sondern „auch dann, wenn die betreffende ... Maßnahme von einer Einrichtung beschlossen und finanziert worden ist, die bereits selbst zum öffentlichen Sektor gehört" (EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2134) [Air France/Kommission]).

[615] vgl. Mielke, S. 154

[616] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 38

[617] siehe dazu sogleich unten S. 130 ff.

ihr beherrschten juristischen Person des Privatrechts anvertraut.[618] Allein die sog. „Flucht ins Privatrecht“[619] durch Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform für die beihilfegewährende Einrichtung kann der staatlichen Zurechenbarkeit nicht im Wege stehen, da über die staatliche Zurechnung von Beihilfen nicht anhand formaler, sondern anhand wirkungsorientierter Abgrenzungskriterien zu entscheiden ist[620], zumal die verschiedenen Rechtsformen in den einzelnen Mitgliedstaaten so unterschiedlich ausgestaltet sind, dass insoweit eine Anknüpfung hieran für die Findung eines notwendig europaweit einheitlichen Maßstabs für die beihilferechtliche Zurechnung scheitern muss.[621] Auch formal privatrechtlich organisierte Institutionen können daher zum „Staat“ i.S.d. Art. 87 I EG zählen.

**(a) Privatrechtliche Unternehmen, die unter besonderem staatlichen Einfluss stehen**

Zum „Staatssektor“ i.S.d. Art. 87 I EG sind all jene Einrichtungen zu rechnen, die im Eigentum oder diesem gleichkommender Inhaber- bzw. Trägerschaft des Mitgliedstaates stehen, da Mittel und Entscheidungen dieser Einrichtungen immer auf ihren staatlichen Inhaber zurückzuführen sind.[622] Die in der wirtschaftlichen Praxis wohl wichtigsten privatrechtlichen Einrichtungen, die solchem staatlichen Einfluss unterliegen, dürften formal privatrechtlich organisierte Unternehmen sein, die daher in den Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtungen gestellt werden sollen.
Während bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts eher von einer Trägerschaft des Staates zu sprechen ist, wird bei privatrechtrechtlichen Unternehmen die staatliche Inhaberschaft in der Regel nicht nur durch eine dem Eigentum gleichkommende Trägerrolle, sondern tatsächlich durch zivilrechtliche Eigentumsrechte vermittelt werden.

**(aa) Unternehmen mit ausschließlich staatlicher Kapitalbeteiligung**

Steht ein formal privatrechtliches Unternehmen zu 100% im staatlichen Eigentum, so kann die staatliche Zurechnung von Beihilfen, die durch dieses Unternehmen gewährt werden, nicht in Frage stehen.[623]

---

[618] Immenga/Rudo, S. 35 f.
[619] vgl. hierzu Burgi, EuR 1997, S. 261 (269)
[620] siehe schon oben S. 110 f.; vgl. Häring, S. 104
[621] Häring, S. 104
[622] siehe oben S. 117 f.
[623] vgl. Häring, S. 108

Da das Unternehmen, das die Beihilfen aus seinen Mitteln finanziert, seinerseits ausschließlich dem Staat gehört, gehören auch dessen Mittel letztlich (mittelbar) dem Staat, so dass die Beihilfefinanzierung in gleicher Weise aus dem Staat gehörenden Mitteln erfolgt, als ob dieser die Beihilfe unmittelbar selbst finanziert hätte. Genauso sind die Entscheidungen des Unternehmens letztlich auf den staatlichen Eigentümer rückführbar: Der staatliche Anteilsbesitz sichert dem Staat nämlich einen beherrschenden Einfluss in den Aufsichts- und Geschäftsführungsgremien des Unternehmens, die durch Vertreter des staatlichen Inhabers besetzt werden.[624] Dabei kann der Staat, der die Mitglieder der Exekutivorgane des Unternehmens bestellen oder absetzen kann, deren Entscheidungen bereits durch seine Personalpolitik beeinflussen, so dass die von staatlicher Seite bestellten Mitglieder ihre Entscheidungen regelmäßig im staatlichen Interesse treffen werden, ohne dass es auf den Nachweis einer unmittelbaren staatlichen Einflussnahme auf die betreffenden Personen in jedem Einzelfall ankäme.[625] Die Entscheidungen der Leitungsorgane des Unternehmens sind mit anderen Worten schon deshalb „staatliche" Entscheidungen, weil sie von den staatlichen Vertretern in der Unternehmensführung getroffen werden und nicht erst dann, wenn sie im Einzelfalle auf staatlichen Weisungen beruhen.[626] Beihilfegewährungen durch Unternehmen mit 100%iger staatlicher Kapitalbeteiligung sind daher sowohl hinsichtlich des Treffens der Vergabeentscheidung als auch hinsichtlich des Mitteleinsatzes genauso auf den staatlichen Eigentümer rückführbar, als ob dieser die Beihilfe selbst gewährt hätte.[627]

Als ausschließlich im staatlichen Eigentum stehend sind dabei im Übrigen nicht nur Unternehmen anzusehen, deren Kapital allein in Händen des (Mitglied-)Staates selbst liegt, sondern auch Unternehmen, die im alleinigen Eigentum von Institutionen stehen, deren Entscheidungen und Mittel ihrerseits auf den Mitgliedstaat zurückgeführt werden können, z.B. Unternehmen der territorialen Untergliederungen der Mitgliedstaaten oder anderer öffentlich-rechtlicher Einrichtungen. Genauso steht ein Unternehmen natürlich auch dann ausschließlich in staatlichem Eigentum, wenn es zwar im alleinigen Eigentum eines anderen privatrechtlichen Unternehmens steht, das aber seinerseits wiederum ausschließlich dem Staat gehört, etwa wenn die Unternehmensanteile nicht vom Staat selbst, sondern von einer staatlichen Holdinggesellschaft gehalten werden. Zu den ausschließlich im staatlichen Eigentum stehenden

---

[624] vgl. Pape, S. 106

[625] vgl. Häring, S. 110 f.; Pape, S. 106

[626] vgl. zu dem Gedanken, dass eine gewisse Autonomie der staatlicherseits zum Treffen bestimmter Entscheidungen bestellten Personen der staatlichen Zurechnung ihrer Entscheidungen nicht entgegenstehen kann, bereits oben S. 124 f.

[627] Als Beispiel aus der Rechtsprechung kann hier etwa die Entscheidung in der Rs. T-11/95 angeführt werden, in der die Beihilfe von einer Aktiengesellschaft stammte, deren Alleinaktionär ein Mitgliedstaat war (siehe EuGH Slg. 1998, S. II-3235 (3241 f.) [BP Chemicals/Kommission]).

Unternehmen zählen schließlich auch Unternehmen, die im gemischten Eigentum verschiedener staatlicher Träger stehen, also beispielsweise ein Unternehmen, dessen Kapital zu 30% beim Mitgliedstaat selbst, zu 20% bei einer Holdinggesellschaft des Mitgliedstaates und zu 50% bei einer Gemeinde liegt, da auch hier sämtliche Kapitalbeteiligten beihilferechtlich zum „Staat" gehören.

**(bb) Unternehmen im (Mit-)Eigentum privater Anteilseigner**

Fraglich ist, inwieweit Unternehmen auch dann zu den potentiellen „staatlichen" Beihilfegebern zu rechnen sind, wenn sie zwar nicht ausschließlich in staatlichem Eigentum stehen, der Staat an ihrem Kapital aber zumindest anteilig beteiligt ist. Dazu müsste eine Beihilfevergabe durch solche Unternehmen wie eine Beihilfe des (Mitglied-)Staates selbst wirken, also **sowohl hinsichtlich der Vergabeentscheidung als auch hinsichtlich der Mittelherkunft** einer unmittelbar staatlichen Beihilfegewährung gleichkommen.[628]

**(aaa) Staatlichkeit der Vergabeentscheidung**

Staatlich zurechenbar ist eine Entscheidung des Unternehmens dann, wenn sie letztlich auf den Staat als Entscheidungsträger zurückzuführen ist.[629] Erforderlich und ausreichend ist dafür die **staatliche Dominanz** der Entscheidung[630], also die Feststellung eines **beherrschenden** staatlichen Einflusses auf das Unternehmen.
Um die staatliche Beherrschung des Verhaltens des beihilfegewährenden Unternehmens festzustellen, kommt es allein auf die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten des Staates an.[631] Die Entscheidung über die staatliche Dominanz der Vergabeentscheidung kann dabei nicht immer streng nach festen Kriterien, sondern nur anhand von Indizien getroffen werden, die über den tatsächlichen Einfluss des Staates auf die konkrete Maßnahme Auskunft geben.[632] Man kann allenfalls bestimmte Kriterien aufstellen, die hinreichende Bedingung für die staatliche Zurechenbarkeit sind, aber auch ohne Erfüllung dieser Kriterien können Maßnahmen dem Staat zurechenbar sein.[633] Keine Rolle spielt es etwa, ob die staatliche Beherrschung der Entscheidung unmittelbar durch staatliche Weisungen erfolgt oder nur mittelbar, indem der Staat die

---

[628] vgl. zu dieser Bestimmung der staatlichen Zurechenbarkeit nach dem Wirkungskriterium oben S. 107
[629] vgl. Häring, S. 104
[630] Häring, S. 104
[631] Häring, S. 104
[632] Häring, S. 105
[633] Häring, S. 104

Mitglieder der Leitungsgremien des Unternehmens stellt. Andernfalls nämlich könnte der Staat das Beihilfeverbot nur allzu leicht umgehen, indem er zwar keinen direkten Einfluss auf die Leitungsgremien des Unternehmens nimmt, diese aber mit Personen besetzt, bei denen er davon ausgehen kann, dass sie in seinem Interesse entscheiden werden.[634]

Veranschaulicht werden sollen die verschiedenen Möglichkeiten staatlicher Beherrschung der Entscheidung an zwei besonders interessanten Beispielen aus der Rechtsprechung:

Ein Beispiel für eine Kombination verschiedener Einflussmöglichkeiten, die einen beherrschenden staatlichen Einfluss begründen, findet sich etwa in der Rs. 290/83, in der es um Beihilfegewährungen durch die französische „Caisse nationale de crédit agricole" (CNCA) ging.[635] Während die französische Regierung hier argumentierte, das Verhalten der CNCA sei nicht staatlich gesteuert, sondern diese agiere in völliger Unabhängigkeit vom Staat, da die staatlichen Vertreter im Verwaltungsrat als dem beschlussfassenden Organ der CNCA in der Minderheit seien[636], legten GA *Mancini*[637] und die Kommission[638] überzeugend dar, warum doch der Staat Initiator der von der CNCA getroffenen Maßnahmen war: Neben den „direkten" Vertretern des Staates, die kraft Gesetzes im Verwaltungsrat saßen und in der Tat in der Minderheit waren, wurden weitere Vertreter durch staatliches Dekret ernannt, wobei die „direkten" und „indirekten" Vertreter des Staates zusammen die Mehrheit im Verwaltungsrat innehatten. Zudem wurden die Beschlüsse des Verwaltungsrats erst verbindlich, wenn sie von staatlicher Seite genehmigt wurden.[639] Damit ist in der Tat nachgewiesen, dass der Staat letztlich einen dominanten Einfluss auf die Entscheidungen des Verwaltungsrates hatte.[640]

Hier sieht man, dass ein beherrschender Einfluss durchaus durch verschiedene (direkte und indirekte) Einflussmöglichkeiten des Staates entstehen kann, die möglicherweise nicht für sich allein, aber kumulativ dazu führen, dass ein beherrschender staatlicher Einfluss zu bejahen ist. Der Nachweis einer staatlichen Mehrheit im beschlussfassenden Gremium ist daher

---

[634] Dieses Recht zur Entscheidung über die Besetzung der Leitungsorgane eines Unternehmens ist schließlich ein klassisches Recht seines Eigentümers, und eine Rechtfertigung für die staatliche Zurechnung findet sich gerade in der Stellung des Staates als Eigentümer (vgl. oben S. 117 f.).

[635] Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der CNCA wirklich um ein Unternehmen in der Form einer privatrechtlichen Gesellschaft handelte (so Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 41 f.; vgl. Quigley, ELR 13 (1988), S. 242 (250): „private body") oder vielmehr um eine Einrichtung öffentlichen Rechts (so etwa Schernthanner, S. 71; vgl. auch GA Mancini in EuGH Slg. 1985, S. 439 (443) [Kommission/Frankreich („CNCA")]: „établissement public"), die bereits deshalb mit ihren Mitteln und Entscheidungen dem Staat zuzurechnen ist.

[636] siehe EuGH Slg. 1985, S. 439 (440 und 448) [Kommission/Frankreich („CNCA")]

[637] siehe EuGH Slg. 1985, S. 439 (442 f.) [Kommission/Frankreich („CNCA")]

[638] EuGH Slg. 1985, S. 439 (447) [Kommission/Frankreich („CNCA")]

[639] siehe EuGH Slg. 1985, S. 439 (443) [Kommission/Frankreich („CNCA")]

[640] GA Mancini sprach insoweit anschaulich davon, dass die CNCA nur „die Funktion eines verlängerten Armes des Staates" hatte (EuGH Slg. 1985, S. 439 (443) [Kommission/Frankreich („CNCA")]).

zwar hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung für eine staatliche Zurechnung der Entscheidung.[641]

Ebenfalls interessant ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EuGH in den Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, in der es um geldwerte Vorteile ging, die sich aus Vorzugstarifen des Erdgasversorgers NV Nederlandse Gasunie ergaben: Die NV Nederlandse Gasunie war ein privatrechtliches Unternehmen, dessen Kapital sich zu 50% im Besitz des niederländischen Staates und im Übrigen im Besitz zweier privater Ölgesellschaften befand.[642] Seiner Kapitalbeteiligung entsprechend stellte der niederländische Staat auch 50% der Mitglieder im über die Tariffestsetzung entscheidenden Gremium.[643] Die Tariffestsetzungen der Gasunie bedurften des Weiteren einer Genehmigung des niederländischen Wirtschaftsministers.[644] Auch wenn der Staat nur über exakt 50% der Stimmen im Entscheidungsgremium verfügte und die Beherrschung einer Entscheidung normalerweise das Vorhandensein einer **Stimmenmehrheit** (= 50% plus eine Stimme) erfordert, so wurde die zur staatlichen Beherrschung fehlende eine Stimme hier durch das ministerielle Genehmigungserfordernis mehr als kompensiert. Das über die rein rechnerische Verteilung der Stimmenverhältnisse hinausgehende tatsächliche Bestehen eines beherrschenden staatlichen Einflusses auf die Tariffestsetzung zeigte sich im Übrigen auch darin, dass die Gasunie offensichtlich infolge von Einflussnahmen der niederländischen Regierung (nämlich jeweils im Anschluss an Interventionen der Kommission bei der niederländischen Regierung) zwei Mal ihre Tarife geändert hatte.[645]

So wird deutlich, dass neben der Betrachtung der Stimmenverteilung noch weitere Faktoren einen beherrschenden Einfluss des Staates begründen können, nämlich z.B. ein zusätzlich bestehendes staatliches Vetorecht oder ein über die rein formal gegebenen staatlichen Einflussmöglichkeiten hinausgehender faktischer Einfluss des Staates auf das Unternehmen.

**(bbb) Staatlichkeit der Mittel**

Als „staatlich" sollen - schon dem normalen Sprachgebrauch folgend - grundsätzlich die Mittel angesehen werden, die dem Staat gehören.[646] Eine Beihilfe, die aus den Mitteln eines Unternehmens stammt, an dessen Kapital der Staat anteilig beteiligt ist, geht zumindest entsprechend der Höhe des staatlichen Kapitalanteils zweifellos zu Lasten dem Staat gehörender

---

[641] vgl. die Kommission in EuGH Slg. 1985, S. 439 (447) [Kommission/Frankreich („CNCA")]
[642] EuGH Slg. 1988, S. 219 (265) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]
[643] EuGH Slg. 1988, S. 219 (272) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]
[644] EuGH Slg. 1988, S. 219 (265) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]
[645] EuGH Slg. 1988, S. 219 (272) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]
[646] vgl. oben S. 114 ff.

Mittel.[647] So wird beispielsweise eine Beihilfegewährung, die von einem Unternehmen stammt, das zu 75% einem staatlichen und zu 25% einem privaten Eigentümer gehört, zu 75% aus Mitteln finanziert, die mittelbar dem Staat gehören. Fraglich ist nun aber, wie der verbleibende Teil der Beihilfe i.H.v. 25% der Beihilfesumme zu behandeln ist, der schließlich aus Mitteln finanziert wird, die letztlich einem Privaten und nicht dem Staat gehören: Sind im Beispielsfalle nur 75% der gesamten Beihilfezahlung des Unternehmens als staatlich zurechenbare Beihilfe anzusehen oder die Beihilfezahlung **insgesamt**, obwohl sie aus Mitteln stammt, die nur zum Teil in staatlichem Eigentum stehen?

In Literatur und Rechtsprechung ist - soweit ersichtlich - noch nie der Versuch unternommen worden, Beihilfen, die durch Unternehmen gewährt werden, an deren Kapital der Staat nur anteilig beteiligt ist, entsprechend den Kapitalanteilen in einen staatlich zurechenbaren und einen nicht staatlich zurechenbaren Teil aufzuspalten. Wenn die von einem solchen Unternehmen stammende Beihilfeleistung dem Staat zugerechnet wird, geschieht dies vielmehr regelmäßig in voller Höhe, auch wenn der Staat nur anteilig am Kapital des beihilfegewährenden Unternehmens beteiligt ist.[648] Belegt werden kann dies anhand einiger Beispielsfälle aus der Rechtsprechung:

In der Rs. T-95/94 ging es unter anderem um die Ermittlung des beihilferelevanten Teils eines Darlehens, das die französische Société holding des filiales de la poste (Sofipost) ihrem Tochterunternehmen Sécuripost gewährt hatte.[649] Obwohl Sofipost nicht vollständig, sondern „nur" zu 99% im Eigentum des französischen Staates stand[650], wurde in dem Verfahren nicht darüber gestritten, ob das aus dem Darlehen entstehende Beihilfeelement auch zu 100% als dem Staat zurechenbare Beihilfe anzusehen war.

In den Rs. 67/85, 68/85 und 70/85 ging es um Beihilfegewährungen der NV Nederlandse Gasunie, eines privatrechtlichen Unternehmens, dessen Kapital sich zu 50% im Eigentum des niederländischen Staates und im Übrigen im Besitz zweier privater Ölgesellschaften befand.[651] Trotzdem sah der EuGH offensichtlich die von der Gasunie eingeräumten Vorzugstarife **insgesamt** und nicht nur zur Hälfte als staatliche Beihilfe an[652], obwohl der Tarifvorteil

---

[647] vgl. Häring, S. 94

[648] vgl. Pape, S. 105 f.; Frick, S. 23; Häring, S. 94 f.

[649] EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2662) [Sytraval und Brink's France/Kommission]

[650] vgl. EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2656) [Sytraval und Brink's France/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. I-1719 (1755) [Kommission/Sytraval und Brink's France]

[651] siehe EuGH Slg. 1988, S. 219 (265) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]

[652] vgl. EuGH Slg. 1988, S. 219 (272) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]; vgl. hierzu im Übrigen auch EuGH Slg. 1990, S. I-3083 [CDF Chimie AZF u.a./Kommission] und EuGH Slg. 1996, S. I-723 [Belgien/ Kommission], wo es wieder um Vorzugstarife der Gasunie ging

nur zur Hälfte vom Staat, zur anderen Hälfte aber zu Lasten der privaten Miteigner finanziert wurde.

In der Rs. 301/87 schließlich sah der EuGH die vom „Institut de développement industriel" (IDI) bzw. dessen Tochtergesellschaft Sopari gewährten Beihilfen als staatlich zurechenbare Beihilfen an[653], obwohl der Staat am Kapital dieser Aktiengesellschaft nur zu 44% als Aktionär beteiligt war.[654]

Solche Beihilfen nicht nur teilweise, sondern **insgesamt** als staatlich zurechenbar einzustufen, erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass die Beihilfeeigenschaft anhand des Wirkungskriteriums festzustellen ist, auch als sinnvoll. Hält der Staat nämlich eine so große Kapitalbeteiligung am Unternehmen, dass diese ihm einen dominanten Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen und damit die Möglichkeit verschafft, die Geschicke des Unternehmens beherrschend[655] zu steuern, so kann er aufgrund seiner Eigentümerrechte letztlich über das **gesamte** Kapital des Unternehmens verfügen. Auch wenn ein Teil der Mittel dem Staat nicht tatsächlich gehört, so kann er dennoch de facto über sie verfügen, ***als würden sie ihm gehören***. Es handelt sich hierbei sozusagen um „**quasi-eigene**" Mittel des Staates, die diesem zwar nicht ausschließlich gehören, über die er aber „**wie ein Eigentümer**" verfügen kann. Und da es bei wirkungsorientierter Betrachtung keinen Unterschied machen kann, ob der Staat tatsächlich Eigentümer der Mittel ist oder nur über sie verfügen kann, als wäre er Eigentümer, ist in beiden Fällen gleichermaßen die „Staatlichkeit" der zur Beihilfefinanzierung eingesetzten Mittel zu bejahen. Entscheidend für eine Einstufung von Mitteln als „staatliche" ist also nicht allein die formale Eigentümerstellung des Staates, sondern die **eigentumsähnliche Verfügungsmacht** des Staates über die Mittel. Auch hier muss wieder gelten, dass staatliches Eigentum und diesem gleichkommende Verfügungsbefugnisse des Staates beihilferechtlich gleich zu behandeln sind.[656]

Dies führt freilich notwendig zu der Frage, wie ein solcher „eigentumsähnlicher" staatlicher Einfluss von sonstigen Einflussmöglichkeiten abzugrenzen ist, mit denen der Staat ebenfalls beherrschend das Verhalten und insbesondere eben die Mittelverwendung privatrechtlicher Unternehmen beeinflussen kann.

Den Gegenbegriff zum eigentumsähnlichen Einfluss muss der **hoheitliche Einfluss** des Staates darstellen, denn als Hoheitsträger kann der Staat durch den Erlass zwingender Hoheitsakte

---

[653] EuGH Slg. 1990, S. I-307 (361 f.) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]

[654] siehe EuGH Slg. 1990, S. I-307 (310) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]

[655] Nur wenn der staatliche Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen ein **beherrschender** ist, kann man das Verhalten des Unternehmens überhaupt dem Staat zurechnen (siehe oben S. 133).

[656] vgl. schon oben S. 114 ff.

letztlich auf Verhalten und Mittel **aller** Privatrechtssubjekte Einfluss nehmen.[657] Einflussmöglichkeiten unter Zuhilfenahme hoheitlicher Mittel stehen dem Staat immer zur Verfügung[658], so dass nicht jedes einem privaten Unternehmen gehörende Kapital, auf dessen Verwendung der Staat ***irgendeinen***[659] Einfluss nimmt, allein deshalb zu den staatlichen Mitteln zählen kann.[660] Eine staatliche Zurechnung von Beihilfemaßnahmen eines privatrechtlichen Unternehmens kann daher erst dann in Frage kommen, wenn die öffentliche Hand auf die Geschäftsführung des Unternehmens einwirken kann, **ohne auf hoheitliche Maßnahmen angewiesen zu sein**.[661]

Diese Feststellung eröffnet die Möglichkeit, eine Parallele zwischen der Qualifizierung privatrechtlicher Unternehmen als „staatliche" Beihilfegeber und dem Begriff des „öffentlichen Unternehmens" i.S.d. Art. 86 I EG zu ziehen, um so weitere Aufschlüsse darüber zu gewinnen, was unter „eigentumsähnlichem" Einfluss denn nun im Einzelnen zu verstehen ist: Die wesentliche Rechtfertigung für die Aufnahme des Art. 86 I EG in den Vertrag liegt nämlich

---

[657] vgl. Soukup, S. 66

[658] Häring, S. 73

[659] Auch GA Jacobs erkennt, dass die staatliche Kontrolle über die Mittel über die dem Staat immer gegebenen hoheitlichen Einflussmöglichkeiten hinausgehen muss, um ihren Charakter als staatliche Mittel begründen zu können und sieht dementsprechend eine Privaten hoheitlich auferlegte Zahlungspflicht zu Recht nicht als hinreichende staatliche Kontrolle über die Mittel an (GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2141) [PreussenElektra/Schleswag]).
Als entscheidend für die Bejahung der Staatlichkeit der Mittel will er es ansehen, dass die Mittel dem Staat „zur Verfügung stehen" (so GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2141) [Preussen-Elektra/Schleswag]), wobei er offensichtlich an eine gleichlautende Formulierung des EuGH anknüpft (siehe EuGH Slg. 2000, S. I-3271 (3332) [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission]). Leider liefern weder EuGH noch GA Jacobs Kriterien dafür, **welcher Art** der besondere staatliche Einfluss auf die Mittel denn sein soll, damit diese dem Staat „zur Verfügung stehen" und folglich als staatliche Mittel anzusehen sind.
GA Jacobs führt insofern zwar aus, es könne nicht darauf ankommen, ob die Mittel dem Staat gehörten, denn staatliche Mittel könnten auch vorliegen, wenn die Mittel sich nicht im Vermögen staatlicher Stellen, sondern von Anfang an in den Händen der begünstigten Unternehmen befänden (GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2140 f.) [PreussenElektra/Schleswag]). Dass diese Aussage fehlgeht, zeigt aber das von GA Jacobs zur Veranschaulichung gebildete Beispiel: Er führt nämlich - insoweit zunächst zu Recht - aus, auch ein staatlicher Verzicht auf eine Zahlung des begünstigten Unternehmens stelle eine Beihilfe zu Lasten staatlicher Mittel dar (GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2140) [PreussenElektra/Schleswag]). Falsch ist aber die Aussage, dass die Beihilfe in diesem Falle aus Mitteln gewährt werde, die nicht im Vermögen staatlicher Stellen stünden (GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2140 f.) [PreussenElektra/Schleswag]). GA Jacobs übersieht insofern leider, dass zu den staatlichen Mitteln nicht nur Geldmittel, sondern auch Vermögensmittel zu zählen sind (siehe oben S. 113 f.). Auch wenn die fraglichen Geldmittel sich im Beispielsfalle von Beginn an im Vermögen des Unternehmens befanden und nun auch bleiben werden, weil der Staat auf ihren Zufluss in sein Vermögen verzichtet, so besteht der beihilferelevante Vorteil hier doch nicht in einer (positiven) Beihilfegewährung aus diesen Geldmitteln, sondern vielmehr in einer **Verschonungssubvention in Form eines Forderungsverzichts**. Die Beihilfe liegt gar nicht in der Gewährung von Geldmitteln, sondern in dem Erlass einer **Forderung**, die sich auf eine Geldzahlung richtet. Und **Inhaber der Forderung** und damit der zur Beihilfegewährung eingesetzten (Vermögens-)Mittel ist zweifelsfrei der Staat, denn die Forderung des Staates gegenüber dem Unternehmen gehört eindeutig zum Vermögen des Staates und nicht des Unternehmens. Der Forderungsverzicht wird daher sehr wohl aus Mitteln gewährt, die im Vermögen des Staates stehen, also diesem gehören.

[660] so aber fälschlich Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 41 f.; siehe dazu, dass allein eine staatlich-hoheitlich angeordnete Verfügung über private Mittel diese nicht zu staatlichen machen kann, auch ausführlich unten S. 165 f.

[661] Häring, S. 78 f.

gleichfalls in dem besonderen Einfluss, den die öffentliche Hand auf die kaufmännischen Entscheidungen solcher Unternehmen nehmen kann, ohne auf hoheitliche Maßnahmen angewiesen zu sein.[662] Die Kriterien für die Einstufung eines Unternehmens als „öffentliches Unternehmen" i.S.d. Art. 86 I EG bzw. als „staatlich zurechenbarer Beihilfegeber" i.S.d. Art. 87 I EG sind daher im Wesentlichen die gleichen.[663]

**Öffentliche Unternehmen** sind nach Art. 2 I der Transparenzrichtlinie[664] diejenigen, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Diese Anforderungen an öffentliche Unternehmen decken sich bezüglich Intensität und Art des Einflusses in der Tat offensichtlich ganz stark mit den Anforderungen des Art. 87 I EG, wann Unternehmen als staatlich zurechenbare Beihilfegeber in Frage kommen: Auch für das Vorliegen eines öffentlichen Unternehmens ist erstens ein beherrschender Einfluss des Staates nötig. Dieser staatliche Einfluss darf aber zweitens nicht nur auf staatlicher Hoheitsmacht beruhen, sondern muss auf die genannten und von *Soukup* anschaulich als „prinzipiell privatrechtlich"[665] gekennzeichneten Einflussmöglichkeiten zurückgehen. Neben Eigentumsrechten kommen insoweit etwa auch Stimmrechte des Staates in Frage sowie Satzungsbestimmungen, aufgrund derer der Staat die Mehrheit der Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Aufsichtsorgans bestellen kann.[666] Sowohl im Falle des Art. 86 I EG als auch des Art. 87 I EG darf der staatliche Einfluss auf das Unternehmen nicht nur in einem hoheitlichen Eingriff „von außen" liegen, sondern muss vielmehr gewissermaßen „von innen", d.h. aus dem Unternehmen selbst heraus stammen, etwa durch ein Mitwirken innerhalb des Unternehmens in dessen Leitungsorganen.[667] So liegt beispielsweise

---

[662] Häring, S. 78 f.; Hoischen, S. 45; Soukup, S. 66; vgl. auch EuGH Slg. 1982, S. 2545 (2579) [Frankreich u.a./Kommission („Transparenzrichtlinie")]

[663] vgl. Häring, S. 106

[664] ABl. 1980, L 195, S. 35

Auch wenn die Transparenzrichtlinie als sekundärrechtliche Vorschrift nicht über den Inhalt des höherrangigen Primärrechts, also den Begriff des öffentlichen Unternehmens i.S.d. Art. 86 I EG bestimmen kann (vgl. EuGH Slg. 1982, S. 2545 (2578) [Frankreich u.a./Kommission („Transparenzrichtlinie")]), so wird die in der Transparenzrichtlinie gegebene Definition des öffentlichen Unternehmens doch allgemein als gelungen angesehen und daher zunehmend auch zur allgemeinen Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Unternehmens herangezogen (vgl. Häring, S. 105 f.; Burgi, EuR 1997, S. 261 (266); Bonkamp, S. 27 f.; Deckert/Schroeder, EuR 1998, S. 291 (294); W. Schroeder, EWS 2002, S. 174 (176); Kahl, NVwZ 1996, S. 1082 (1083)). Im Folgenden sollen die Begriffe „öffentliches Unternehmen" i.S.d. Art. 86 I EG und i.S.d. Transparenzrichtlinie daher inhaltsgleich verwendet werden.

[665] Soukup, S. 66

Diese Umschreibung dürfte inhaltlich letztlich in die gleiche Richtung zielen wie eine Kennzeichnung als „eigentumsähnlicher" Einfluss, denn der Einfluss des Eigentümers auf sein Unternehmen ist schließlich privatrechtlicher Natur und dadurch von hoheitlicher Einflussnahme des Staates zu unterscheiden.

[666] Soukup, S. 65

[667] Gerade ein solches Mitwirkungsrecht in den Leitungsorganen des Unternehmens ist eines der klassischen Rechte seiner Eigentümer (vgl. nur beispielhaft §§ 118 f. AktG zu den Aktionärsrechten in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft).

ein ganz charakteristischer Fall eines die Zurechnung rechtfertigenden staatlichen Einflusses auf das Unternehmen vor, wenn der staatliche Einfluss auf gesellschaftsrechtlichen Instrumenten zur Leitung und Kontrolle beruht.[668]

Dennoch gibt es einen Unterschied zwischen der staatlichen Zurechenbarkeit i.S.d. Art. 87 EG und der Einstufung als öffentliches Unternehmen i.S.d. Art. 86 I EG: Art. 86 I EG fordert nämlich eine dauerhafte, institutionalisierte - wenn auch nicht immer ausgeübte - Einflussmöglichkeit auf unternehmerische Entscheidungen, was sich schon aus dem Begriff des öffentlichen Unternehmens an sich ergibt, denn ein Unternehmen kann nicht bezüglich einer bestimmten Entscheidung als öffentlich angesehen werden, bezüglich einer anderen dagegen nicht.[669] Für die Erfüllung des Merkmals der staatlichen Zurechenbarkeit einer Beihilfe hingegen ist es ausreichend, dass nur die Festsetzung gerade der untersuchten Maßnahme auf einen entsprechenden Einfluss des Staates zurückgeht.[670] Die Beihilfeeigenschaft und damit auch die staatliche Zurechenbarkeit ist immer bezüglich einer ganz konkreten, beihilfeverdächtigen Maßnahme nachzuweisen.[671]

Von Relevanz ist dies etwa, wenn der besondere staatliche Einfluss auf einen bestimmten Teilbereich des Unternehmens begrenzt ist, etwa wenn der Staat nicht generell auf die Geschäftsführung, sondern beispielsweise wie im Falle der Nederlandse Gasunie nur auf die Festsetzung der Unternehmenstarife in besonderer Weise einwirken kann.[672] Hier kann man möglicherweise zwar nicht das Unternehmen insgesamt als staatlich beherrscht und damit der öffentlichen Hand zurechenbar einordnen, wohingegen die Sondertarife aufgrund des beherrschenden staatlichen Sondereinflusses gerade auf die Tariffestsetzung durchaus eine staatlich zurechenbare Beihilfe sein können.[673] Allerdings stellt sich gerade in solchen Fällen regelmäßig die Frage, ob der besondere staatliche Einfluss auf die zur Beihilfegewährung eingesetzten Mittel auch mit den staatlichen Eigentumsrechten zusammenhängt oder nur auf hoheitlicher Einflussnahme beruht, wobei im Falle „Gasunie“ angesichts der 50%igen staatlichen Kapitalbeteiligung wohl ersteres näher liegen dürfte.

In aller Regel werden Mitbestimmungsrechte des Staates eine staatliche Kapitalbeteiligung an dem beihilfegewährenden Unternehmen voraussetzen, um als eigentumsähnlich qualifiziert

---

[668] vgl. Pape, S. 103
[669] Häring, S. 81
[670] Häring, S. 81
[671] so zu Recht Häring, S. 105
[672] Der niederländische Wirtschaftsminister hatte hier ein Vetorecht, das sich aber anscheinend nur auf die konkret beihilfeverdächtige Maßnahme der Tariffestsetzung durch das Unternehmen beschränkte und nicht für sämtliche Maßnahmen des Unternehmens galt (siehe EuGH Slg. 1988, S. 219 (272) [van der Kooy/Kommission („Gasunie“)]; vgl. auch oben S. 135).
[673] Häring, S. 81

werden zu können, da ohne staatliches Miteigentum regelmäßig kein privates Unternehmen freiwillig bereit sein wird, dem Staat ein Recht zur Mitwirkung an der Unternehmensführung einzuräumen, so dass staatliche Mitbestimmungsrechte bei fehlender Kapitalbeteiligung typischerweise auf zwangsweisem, hoheitlichem Einfluss beruhen werden. Ausnahmen könnten allenfalls dann denkbar sein, wenn beispielsweise der Staat sich bei der Privatisierung eines zunächst staatseigenen Unternehmens zwar keinen Kapitalanteil, aber trotzdem weiterhin ein Mitspracherecht vorbehält. Hier kann es wohl letztlich keinen Unterschied machen, ob der Staat im Zuge der Privatisierung noch eine verschwindend geringe Kapitalbeteiligung behält (z.B. eine einzelne „Goldene Aktie" mit entsprechenden Stimm-Vorzugsrechten[674]) oder sich das weitere Mitspracherecht auf andere Weise (z.B. durch entsprechende Vorgaben für die Gestaltung der Satzung des privatisierten Unternehmens) sichert. Abgesehen von diesem - eher hypothetischen[675] - Sonderfall, in dem der besondere staatliche Einfluss auf dessen **ehemaliger** Eigentümerstellung beruht, dürften aber kaum Fälle denkbar sein, in denen ein beherrschendes staatliches Mitspracherecht in privatrechtlich organisierten Unternehmen trotz fehlender staatlicher Kapitalbeteiligung als eigentumsähnlich begründet angesehen werden kann.

Zusammenfassend gilt damit Folgendes: Das Vorliegen eines öffentlichen Unternehmens i.S.d. Transparenzrichtlinie ist hinreichende Bedingung für die staatliche Zurechenbarkeit der durch dieses gewährten Beihilfen, d.h. eine durch ein öffentliches Unternehmen gewährte Beihilfe ist immer auch staatlich zurechenbar i.S.d. Art. 87 I EG.[676] Das Nichtvorliegen eines öffentlichen Unternehmens i.S.d. Art. 86 I EG führt umgekehrt aber nicht zwingend zur Verneinung der staatlichen Zurechenbarkeit einer beihilferelevanten Maßnahme dieses Unternehmens, wenn ein beherrschender staatlicher Einfluss auf das Unternehmen zwar nicht generell, sondern nur hinsichtlich der beihilfeverdächtigen Tätigkeit festzustellen ist.[677]

Fraglich könnte allenfalls sein, ob bei öffentlichen Unternehmen nicht die Notwendigkeit besteht, eine staatliche „Entlastungsmöglichkeit" anzuerkennen, wenn der Staat im Einzelfalle nachweisen kann, er habe - trotz generell bestehender (eigentumsähnlicher) Beherrschungsmöglichkeit - auf die konkrete Entscheidung des Unternehmens gar keinen Einfluss ausgeübt,

---

[674] zum Problem der sog. „Goldenen Aktien" siehe auch unten S. 147

[675] Eher hypothetisch ist diese Konstellation schon deshalb, weil der staatliche Einfluss nicht nur eigentumsähnlich, sondern auch **beherrschend** sein muss (siehe oben S. 133). Es dürfte aber als äußerst unwahrscheinlich anzusehen sein, dass sich ein Unternehmen überhaupt privatisieren lässt, wenn der private Investor nicht grundsätzlich frei über die Geschicke des übernommenen Unternehmens bestimmen kann, sondern in seinen unternehmerischen Entscheidungen weiterhin beherrschendem staatlichen Einfluss unterliegt (vgl. zum typischen Zusammenhang zwischen beherrschender staatlicher Mitwirkung in der Unternehmensführung und Eigentumsähnlichkeit der Mitwirkung auch unten S. 146 f. (Fn. 706)).

[676] Häring, S. 83 f.

[677] vgl. Häring, S. 83 f.

sondern diesem „freie Hand" gelassen.[678] In diese Richtung geht etwa das Urteil des EuGH in der Rs. C-482/99: Hier ging es um beihilfeverdächtige Maßnahmen von Altus und SBT, zweier 100%iger Tochtergesellschaften des französischen Crédit Lyonnais.[679] Der Verwaltungsratsvorsitzende des Crédit Lyonnais führte auch den Vorsitz im Verwaltungsrat von Altus, dessen sonstige Mitglieder vom Verwaltungsrat des Crédit Lyonnais ernannt wurden.[680] Der französische Staat wiederum hielt 80% der Aktien des Crédit Lyonnais und fast 100% seiner Stimmrechte[681], und auch der Verwaltungsratsvorsitzende des Crédit Lyonnais und zwei Drittel der sonstigen Verwaltungsratsmitglieder wurden vom französischen Staat ernannt.[682] All dieser Einfluss des französischen Staates als Anteilseigner auf die betreffenden Unternehmen genügte dem EuGH aber noch nicht, um hieraus schon die staatliche Zurechenbarkeit der Maßnahmen abzuleiten.[683] Der EuGH forderte nicht nur einen generellen Nachweis der staatlichen Kontrolle über die fraglichen Unternehmen, sondern zusätzlich den Nachweis, dass der Staat diese Kontrolle im konkreten Fall auch tatsächlich ausgeübt habe.[684] Der Staat könne seinen Unternehmen nämlich auch ein gewisses Maß an Selbstständigkeit zugestehen, in dessen Rahmen sie unabhängig handeln könnten.[685] Es müsse daher nachgewiesen werden, dass die staatlichen Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der einzelnen, beihilfeverdächtigen Maßnahmen beteiligt gewesen seien.[686]

Dem ist aus mehreren Gründen zu widersprechen: Mit der Nichtausübung seiner immerhin gegebenen Einflussmöglichkeiten verzichtet der Staat darauf, mögliche Bedenken gegen die Entscheidung geltend zu machen und gibt damit - zumindest bei einem bewussten Verzicht auf eine mögliche Einflussnahme - letztlich seine (stillschweigende) Zustimmung zu der Maßnahme.[687] Außerdem bleiben die staatlich benannten Vertreter in den Leitungsgremien des Unternehmens auch dann, wenn sie bei ihrer Entscheidungsfindung eine gewisse Selbstständigkeit aufweisen, dennoch „staatliche" Vertreter und ihre Entscheidungen damit „staatliche" Entscheidungen. Der Staat als juristische Person ist nun einmal nicht selbst handlungsfä-

---

[678] vgl. dazu Häring, S. 105
[679] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4435 und 4439) [Frankreich/Kommission]
[680] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4439) [Frankreich/Kommission]
[681] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4439) [Frankreich/Kommission]
[682] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4439) [Frankreich/Kommission]
[683] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4446) [Frankreich/Kommission]
[684] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4444) [Frankreich/Kommission]
[685] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4444) [Frankreich/Kommission]
[686] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4444) [Frankreich/Kommission]
[687] Eine Verneinung der staatlichen Zurechnung kommt aber dann in Frage, wenn die staatliche Untätigkeit nicht als stillschweigendes Einverständnis mit der Maßnahme gewertet werden kann, etwa wenn dem Staat gar nicht bewusst war, dass er die Maßnahmen des Unternehmens hätte verhindern können. Denkbar wäre dies beispielsweise in dem (unwahrscheinlichen) Fall, dass das Unternehmen gezielt Entscheidungen „hinter dem Rücken" des Staates getroffen hat, denn andernfalls würde der Staat für ein seinen Interessen offensichtlich völlig widerstrebendes Verhalten verantwortlich gemacht.

hig, sondern muss sich natürlicher Personen bedienen, die er für sich handeln lässt.[688] Auch eine solche Selbstständigkeit der Staatsvertreter bei ihren Entscheidungen kann die staatliche Zurechnung nicht in Frage stellen[689], wenn der Staat - wie im vorliegenden Falle - schon über seine Auswahl- und Abberufungsrechte eine permanente mittelbare Einflussmöglichkeit auf ihre Entscheidungen hat. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch zu beachten, dass das Fehlen jeglichen staatlichen Einflusses auf die von ihm benannten Entscheidungsträger kaum jemals nachweisbar sein wird, da ein solcher Einfluss des Staates oft auch verdeckt ausgeübt werden wird.[690] Dabei ist die fehlende Transparenz in den Beziehungen des Staates zu seinen Unternehmen, die häufig einen solchen Nachweis im Einzelfalle unmöglich machen wird, dem EuGH durchaus bewusst.[691] Demgemäß fordert er letztlich auch gar keinen konkreten Nachweis einer behördlichen Einflussnahme im Einzelfalle, sondern will auf Indizien rekurrieren, wie z.B. darauf, ob das Unternehmen seine Tätigkeit auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs ausübt.[692] Damit verkennt er aber, dass auch der Staat sich marktgemäß verhalten kann[693] und dass ein staatliches Verhalten nicht seinen Charakter als „staatliches" Verhalten verliert, bloß weil es marktgemäß ist. Das notwendige Korrektiv zur Verhinderung einer zu extensiven Anwendung des Beihilfeverbots findet sich daher auch hier im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung: Die Freisprechung der Unternehmen von jeglichem staatlichen Einfluss durch den EuGH beruhte offensichtlich vor allem auf der Feststellung, dass diese sich im fraglichen Falle wie marktwirtschaftlich handelnde Investoren verhalten hatten.[694] Der Privatinvestortest ist aber zweifellos viel eher geeignet, über das Vorliegen einer **marktwidrigen** Maßnahme denn über ihren **staatlichen** Charakter Auskunft zu geben.[695] Allein im Ergebnis ist dem EuGH in der vorliegenden Rechtssache beizupflichten, dass aufgrund der Marktmäßigkeit des Verhaltens der Unternehmen keine staatlich zurechenbare Beihilfe vorlag, wobei sich dies aber nicht aus der fehlenden staatli-

---

[688] siehe schon oben S. 122
[689] vgl. schon oben S. 124 f.
[690] siehe dazu Schohe/Arhold, EStAL 2002, S. 33 (38); vgl. auch Soltész/Makowski, EuZW 2003, S. 73 (78)
[691] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4445) [Frankreich/Kommission]
[692] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4445 f.) [Frankreich/Kommission]
[693] vgl. Noch, DÖV 1998, S. 623 (631)
[694] vgl. EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4453) [Frankreich/Kommission]
[695] Dieser Ansicht kann daher auch nicht vorgeworfen werden, sie vernachlässige bei Unternehmen, die nicht ausschließlich in staatlichem Eigentum stehen, den auch gegebenen Einfluss der privaten Miteigentümer auf die Maßnahme. Die privaten Mitanteilseigner werden nämlich regelmäßig auf eine Marktgemäßheit des Verhaltens des Unternehmens drängen. Gelingt ihnen dies, so wirkt sich dies automatisch auf die Höhe der Begünstigung aus, indem die marktwidrig begünstigende Wirkung geringer aus- oder gar ganz wegfallen wird. Gelingt es ihnen dagegen nicht, den Staat in seinem marktwidrigen Vorhaben zu bremsen, so haben sie eben auf die Maßnahme auch keinen Einfluss gehabt, so dass es in der Tat gerechtfertigt ist, die zur Erbringung der Begünstigung eingesetzten Mittel insgesamt dem Staat zuzurechnen.

chen Zurechenbarkeit, sondern des Fehlens des begünstigenden Charakters der beihilfeverdächtigen Maßnahmen ergibt.
Sobald der Staat generell einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen hat, so dass die Maßnahme gegen seinen Willen nicht zustande kommen könnte, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine Mittelvergabe durch das Unternehmen im Einzelfalle nicht dem Staat zugerechnet werden sollte. Die generelle Beherrschungsmöglichkeit des Staates umfasst schließlich die Möglichkeit zur Einflussnahme auf jede einzelne mittelrelevante Entscheidung. Daher muss es trotz des grundsätzlich einzelfallorientierten Ansatzes zur Bestimmung der beihilferechtlichen Zurechnung zulässig sein, aus der generellen staatlichen Einflussmöglichkeit auch den Einfluss im Einzelfalle abzuleiten.

**(cc) Zwischenergebnis**

Um ausreichend für eine staatliche Zurechnung zu sein, muss der staatliche Einfluss auf das die Beihilfe gewährende und finanzierende Unternehmen Qualifizierungen in zweierlei Hinsicht erfüllen: Er muss erstens **beherrschend** sein, so dass die betreffende Maßnahme ohne bzw. gegen den Willen des Staates nicht zustande kommen könnte. Gefordert ist damit eine bestimmte Intensität des staatlichen Einflusses. Zweitens muss er **eigentumsähnlich** sein. Gefordert ist damit eine bestimmte inhaltliche Qualität des staatlichen Einflusses.
Erst wenn dieser doppelt qualifizierte staatliche Einfluss auf das beihilfegewährende Unternehmen vorliegt, sind die Zurechnungsvoraussetzungen des Art. 87 I EG erfüllt, auch wenn private Mitanteilseigner vorhanden sind, da aufgrund dieser staatlichen Beherrschung nicht nur das beihilfegewährende Verhalten, sondern auch die dazu eingesetzten Mittel letztlich genauso wie bei einem ausschließlich in staatlichem Eigentum stehenden Unternehmen auf den Staat rückführbar sind.

**(dd) Zusammenfassender Überblick über mögliche staatliche Beherrschungsformen**

Im Folgenden sollen die wesentlichsten Fälle dargestellt werden, in denen der Staat auf ein Unternehmen einen eigentumsähnlichen beherrschenden Einfluss hat.

**(aaa) Staatliche Kapitalbeteiligung**

Im Falle einer staatlichen Kapitalbeteiligung ist der Staat (Mit-)Eigentümer des Unternehmens, so dass die Eigentumsähnlichkeit des Einflusses regelmäßig außer Frage stehen wird. Irrelevant ist dabei, ob der Staat die Kapitalbeteiligung direkt oder indirekt (z.B. über eine staatliche Holdinggesellschaft) hält.[696] Problematisch ist in diesen Fällen folglich allenfalls die Feststellung, ob der sich aus der Kapitalbeteiligung ergebende staatliche Einfluss auch dominant ist.

Bei einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung am Kapital des Unternehmens kann von einer staatlichen Zurechenbarkeit der durch dieses gewährten Beihilfen ausgegangen werden.[697] Mehrheitlicher Anteilsbesitz sichert dem Staat einen beherrschenden Einfluss, indem die jeweiligen Vertreter des Staates in den Aufsichts- und Geschäftsführungsgremien der Gesellschaft sitzen.[698]

Auch bei staatlichen Minderheitsbeteiligungen können aber sonstige staatliche Einflussmöglichkeiten hinzukommen, die einen für sich genommen zu geringen Anteil in seiner Wirkung ergänzen.[699] Ähnlich starken Einfluss auf das Verhalten des Unternehmens wie bei einer Mehrheitsbeteiligung hat der Staat etwa auch bei einer Minderheitsbeteiligung, die mit einem Vetorecht verbunden ist (sog. Sperrminorität), da hier Entscheidungen gegen den Willen des Staates als Miteigentümer ebenfalls nicht zustande kommen können, so dass auch hier eine staatliche Zurechnung zu bejahen ist.[700] Die Mitgliedstaaten sind damit verpflichtet, von „ihren" Unternehmen beabsichtigte Beihilfegewährungen im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten zu verhindern.[701] Zu beachten ist hierbei jedoch, dass es durchaus möglich ist, dass sich das Vetorecht nur auf bestimmte Bereiche des Unternehmens bezieht, so dass immer genau festzustellen ist, ob der sich aus dem staatlichen Vetorecht ergebende beherrschende Einfluss gerade auch für die konkrete, beihilfeverdächtige Tätigkeit gilt.[702]

---

[696] Häring, S. 108
[697] Häring, S. 108
[698] vgl. Pape, S. 106
[699] Pape, S. 107
[700] vgl. Häring, S. 109; Pape, S. 107 ff.
Soukup dagegen hält - nach Ansicht des Autors zu Unrecht - einen beherrschenden Einfluss des Staates bei einer mit einer Sperrminorität verbundenen staatlichen Minderheitsbeteiligung erst dann für gegeben, wenn die übrige Beteiligung sich in Streubesitz befindet, nicht aber dann, wenn der staatlichen Minderheitsbeteiligung ein dominierender privater Gesellschafter gegenübersteht (Soukup, S. 65).
[701] Pape, S. 113 f.
[702] vgl. Häring, S. 109

Bei Minderheitsbeteiligungen ohne Vetorecht fehlt es hingegen i.d.R. an einem beherrschenden staatlichen Einfluss auf das Unternehmen, sofern nicht weitere staatliche Einflussmöglichkeiten hinzukommen.[703]

**(bbb) Staatliche Stimmrechte**

Das Recht zur Mitbestimmung in den Organen eines privatrechtlichen Unternehmens gehört zu den klassischen Rechten seiner Eigentümer, und die Einräumung von Stimmrechten wird sich daher in aller Regel mit den Beteiligungsrechten decken.[704] Von diesem Grundsatz der Korrespondenz von Eigentums- und Stimmrechten gibt es aber auch Ausnahmen. Ein Beispiel für ein Auseinanderfallen von Beteiligungs- und Stimmrechten findet sich etwa in der Rs. C-482/99: Hier hielt der französische Staat zwar nur 80% der Aktien des Crédit Lyonnais, aber fast 100% der Stimmrechte.[705] Da Stimmrechte aber zumindest i.d.R. aus Beteiligungsrechten resultieren, wird man wohl davon ausgehen können, dass staatliche Stimmrechte zumindest dann, wenn sie für einen **beherrschenden** staatlichen Einfluss reichen, typischerweise auch auf eigentumsähnlichen Rechten beruhen werden.[706] Daher gilt bei der Einräumung

---

[703] Häring, S. 109 f.; vgl. Pape, S. 107

[704] vgl. nur § 134 I 1 AktG, wonach den Aktionären in der Hauptversammlung einer AG die Stimmrechte grundsätzlich entsprechend ihrer Aktienbeteiligung zustehen, oder § 47 II GmbHG, wonach die Stimmrechte der Gesellschafter in einer GmbH grundsätzlich entsprechend der Geschäftsanteile verteilt sind

[705] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4439) [Frankreich/Kommission]

[706] Zwar ist es auch denkbar, dass der Staat sich im Allgemeininteresse durch hoheitliche Maßnahmen bestimmte Mitwirkungsrechte innerhalb (vor allem größerer) privater Unternehmen verschafft. Jedoch muss der staatliche Einfluss schließlich auch **beherrschend** sein, und in aller Regel wird der Staat sich allein aufgrund hoheitlicher Maßnahmen nicht das Recht verschaffen können, Entscheidungen von im Privateigentum befindlichen Unternehmen in diesem hohen Maße zu beeinflussen:
Der Staat kann vielleicht einzelne Personen in Organe von Unternehmen entsenden. So wäre es ihm beispielsweise wohl möglich, kraft seiner Hoheitsmacht einen Umweltbeauftragten als „betriebsinternen Aufpasser" des Staates innerhalb privater Unternehmen zu installieren (vgl. - auch generell zur Rolle staatlicher Beauftragter in Unternehmen - Rehbinder, ZHR 165 (2001), S. 1 (8)). Das Recht des Staates, Personen, die nicht Anteilseigner des Unternehmens sind, allein kraft seiner Hoheitsgewalt Sitz und Stimme in Leitungsorganen eines im Privateigentum stehenden Unternehmens zu verschaffen, findet aber spätestens dann Grenzen, wenn deren Einfluss die Überhand gegenüber den Entscheidungsbefugnissen der Inhaber gewinnt und damit beherrschend wird. So sieht das deutsche Mitbestimmungsgesetz von 1976 zwar eine grundsätzlich gleichberechtigte und gleichgewichtige Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat bestimmter Unternehmen vor (siehe dazu BVerfGE 50, 290 (296 ff.); vgl. auch Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 271 (276)). Das BVerfG hat jedoch ausdrücklich betont, dass trotz der Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes der Anteilseignerseite noch ein Übergewicht in den Organen des Unternehmens zukommt und nur deshalb dieses Gesetz nicht für nichtig erklärt (vgl. BVerfGE 50, 290 (322 ff. und 346 ff.)), so dass die Grenzen deutlich werden, in denen der Staat allein aufgrund hoheitlicher Regelungen den beherrschenden Einfluss privater Eigentümer in ihren Unternehmen beschränken kann. Außerdem ist zu beachten, dass die Mitbestimmungsrechte im Unternehmen hier ja auch gar nicht zu Gunsten staatlicher Vertreter geschaffen wurden, sondern zu Gunsten privater Arbeitnehmer, die als Mitarbeiter des Unternehmens diesem viel näher stehen als der Hoheitsträger Staat (vgl. dazu die Überlegungen des BVerfG, wie „gesellschaftsfremd" die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft gegenüberstehen, innerhalb derer sie mitbestimmen dürfen (BVerfGE 50, 290 (361)), zu dessen Gunsten die hoheitliche Anordnung einer so weitgehenden Mitbestimmung im Unternehmen wohl kaum in gleicher Weise zulässig gewesen wäre.
Allein durch seine Hoheitsgewalt wird ein Mitgliedstaat sich daher normalerweise keine beherrschenden Mitbestimmungsrechte in im Privateigentum stehenden Unternehmen verschaffen können, so dass Stimmrechte, die

von Stimmrechten grundsätzlich das Gleiche, was auch für die staatlichen Beteiligungsrechte gilt: Staatliche Stimmenmehrheit oder eine mit einem Vetorecht verbundene Stimmenminderheit rechtfertigen typischerweise eine staatliche Zurechnung der durch das Unternehmen gewährten Beihilfen; bei einer Stimmenminderheit des Staates kommt eine Zurechnung allenfalls bei Hinzutreten weiterer staatlicher Einflussmöglichkeiten in Frage.[707]

Wenn Beteiligungs- und Stimmrechte des Staates auseinanderklaffen, ist das also letztlich weniger ein beihilferechtliches Problem. Solange die Stimmrechte des Staates ihre Grundlage in einer Kapitalbeteiligung des Staates finden, sind sie beihilferechtlich als eigentumsähnlicher Einfluss anzusehen. Zu beachten ist freilich, dass die Zuweisung überproportionaler Mitwirkungsrechte bei einer nur geringen Kapitalbeteiligung gegen andere Vertragsvorschriften verstoßen kann: Die Extremform eines Auseinanderfallens von Beteiligungs- und Stimmrechten bildet die Konstruktion der sog. „Goldenen Aktie", bei der ein Aktionär - in diesem Falle der Staat - mit lediglich einer Aktie die Mehrheit der Stimmrechte erhält.[708] In der Rs. C-503/99 hat der EuGH solche Sonderaktien, die das Königreich Belgien an den Aktiengesellschaften SNTC SA und Distrigaz SA hielt und die dem belgischen Staat durch die Einräumung eines Widerspruchsrechts die Möglichkeit eröffneten, bestimmend auf gewisse Entscheidungen dieser Unternehmen einzuwirken, an den Grundfreiheiten des freien Kapitalverkehrs (Art. 56 EG) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) gemessen.[709] Solchen Aktien, die bei nur geringer Kapitalbeteiligung große Mitwirkungsrechte im Unternehmen mit sich bringen, stehen also andere Vertragsvorschriften im Weg. Auf diese Weise sollte daher dafür gesorgt sein, dass ein übermäßiges Auseinanderklaffen von Beteiligungs- und Stimmrechten[710], das möglicherweise Zweifel am Zusammenhang der Stimmrechte des Staates mit seiner Eigentümerstellung und damit an der „Eigentumsähnlichkeit" des staatlichen Einflusses aufkommen lassen könnte, verhindert wird.

---

einen **beherrschenden** staatlichen Einfluss mit sich bringen, regelmäßig auch auf einer **eigentumsähnlichen** Stellung des Staates beruhen dürften.

[707] vgl. Häring, S. 110

[708] Soukup, S. 65

[709] EuGH Slg. 2002, S. I-4809 [Kommission/Belgien]; siehe ausführlich zu diesem Urteil: Martinez, DVBl. 2002, S. 1106 ff.

[710] Ein weiteres Beispiel für ein solches Auseinanderklaffen von Beteiligungs- und Stimmrechten findet sich im Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (sog. **VW-Gesetz**, BGBl. 1960 I, S. 585, geändert durch BGBl. 1970 I, S. 1149).

**(ccc) Staatliche Bestellung und Kontrolle der Leitungsorgane**

Genau wie die Ausübung von Stimmrechten obliegt das Recht zur Bestellung und Kontrolle der Leitungsorgane eines privatrechtlichen Unternehmens typischerweise dessen Eigentümern, so dass man entsprechende Einflussmöglichkeiten des Staates zumindest dann, wenn sie so großen Umfang erreichen, dass man von einer staatlichen Beherrschung sprechen kann, i.d.R. ebenfalls als eigentumsähnlichen Einfluss zu werten haben wird.[711] Schon durch die Möglichkeit zur Bestellung und Absetzung der Mitglieder des Exekutivorgans des Unternehmens kann der Staat auch genug Einfluss auf ihre Entscheidungen ausüben, ohne dass es auf den Nachweis einer staatlichen Einflussnahme auf die betreffenden Personen im Einzelfalle ankäme.[712] Hat die öffentliche Hand nur Einfluss auf die Bestellung eines Teils der Mitglieder der Geschäftsführung, so gilt bezüglich der Indizkraft von Mehrheiten, Vetominderheiten oder einfachen Minderheiten das Gleiche wie bei staatlichen Beteiligungs- und Stimmrechten.[713]

**(ddd) Weitere Möglichkeiten des Staates zur Einflussnahme**

Diese Übersicht kann natürlich nur die gängigsten Möglichkeiten staatlicher Einflussnahme auf privatrechtliche Unternehmen erfassen. Denkbar sind unzählige weitere Versuche des Staates, auf das Verhalten von Unternehmen Einfluss zu nehmen, die hier nicht erschöpfend aufgezählt werden können. Über die staatliche Zurechnung kann insofern nicht anhand eines einzelnen Kriteriums (z.B. der staatlichen Kapitalbeteiligung), sondern nur anhand einer **wertenden Indiziengesamtschau** entschieden werden.[714]

Gerade in Formen verdeckter Einflussnahme werden die Mitgliedstaaten sicher oft erfinderisch sein. Damit diese Einflussnahmen eine staatliche Zurechnung der durch das Unternehmen gewährten Beihilfen begründen, muss man jeweils erstens die staatliche Dominanz sowie zweitens die Eigentumsähnlichkeit des staatlichen Einflusses begründen können, also dass der staatliche Einfluss nicht bloß auf der allgemeinen hoheitlichen Befugnis des Staates zu Eingriffen „von außen" in das Unternehmen beruht, sondern auf einer darüber hinausgehenden staatlichen Möglichkeit, das Verhalten des Unternehmens „von innen" zu beeinflussen. Problematisch dürfte dabei nach Ansicht des Autors im Übrigen regelmäßig weniger diese recht-

---

[711] vgl. schon oben S. 146 f. (Fn. 706)
[712] Häring, S. 110 f.; siehe schon oben S. 132
[713] Häring, S. 111
[714] vgl. Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (413); Häring, S. 106; Rodi, S. 158

liche Beurteilung eines festgestellten staatlichen Einflusses sein, sondern vielmehr bereits das Treffen der für eine solche Beurteilung und die Einleitung eines Beihilfekontrollverfahrens notwendigen tatsächlichen Feststellungen, also letztlich das Aufspüren derjenigen Fälle durch die Kommission, in denen der Staat einen solchen verdeckten Einfluss auf bestimmte privatrechtliche Unternehmen ausübt.

**(b) Sonstige juristische Personen des Privatrechts**

Auch wenn die privatrechtlichen Unternehmen, die im Eigentum des Staates oder unter sonstigem eigentumsähnlichen beherrschenden staatlichen Einfluss stehen, die in der Praxis wichtigsten Fälle formal privatrechtlicher Institutionen ausmachen dürften, die vom Staat in die Beihilfegewährung eingeschaltet werden können, ist auch eine entsprechende staatliche Nutzung anderer formal privatrechtlicher Rechtssubjekte für eine Beihilfevergabe denkbar. So stammen finanzielle Unterstützungsmaßnahmen häufig nicht vom Mitgliedstaat selbst, sondern von als „Sonderfonds" oder „Ausgleichskassen" bezeichneten Einrichtungen, die zwar oft bereits öffentlich-rechtlich organisiert und schon deshalb dem Staatssektor zuzurechnen sind.[715] Als „staatliche" Beihilfegeber kommen solche Einrichtungen jedoch auch in Betracht, wenn sie formal privatrechtlich organisiert sind. Auch hier entscheidet die Frage, ob man von einer beherrschenden, eigentumsähnlichen Trägerrolle des Staates sprechen kann, darüber, ob die Institution (inklusive ihrer Entscheidungen und Mittel) dem „Staat" zurechenbar ist. Freilich wird die staatliche Trägerschaft in diesen Fällen in der Regel nicht wie bei privatrechtlichen Unternehmen auf tatsächlichen Eigentumsrechten des Staates etwa in Form einer Kapitalbeteiligung beruhen, so dass die speziell auf privatrechtliche Unternehmen bezogenen Überlegungen, wann eine Beherrschung eigentumsähnlich ist, hier allenfalls bedingt passen, sondern sich eher in Inhaberbefugnissen des Staates äußern, die denen bei öffentlich-rechtlichen Einrichtungen gleichkommen, wie z.B. der Errichtung der Institution durch den Staat und der staatlichen Befugnis, über die Besetzung der Organe zu bestimmen.[716]
Ein Beispiel liefert etwa die Entscheidung des EuGH in der Rs. 72/79: Hier ging es um Beihilfen, die aus einer Ausgleichskasse gewährt wurden, die aufgrund von Branchenvereinba-

---

[715] siehe oben S. 129 f.

[716] vgl. etwa EuGH Slg. 1974, S. 709 (720) [Italien/Kommission], wo der EuGH es für die staatliche Zurechnung der Beihilfen als entscheidend ansah, dass der Fonds, aus dem die Beihilfen stammten, nach staatlichen Rechtsvorschriften eingerichtet und verwaltet wurde

rungen durch Zahlungen (privater) Zuckerrübenerzeuger gespeist wurde[717], so dass zwischen den Parteien strittig war, inwieweit es sich bei den gewährten Mitteln um staatliche handelte. Während die italienische Regierung argumentierte, Schaffung und Speisung der Ausgleichskasse seien auf eine von privaten Branchenvereinigungen frei ausgehandelte Übereinkunft zurückzuführen[718], entgegnete die Kommission, die Schaffung und Speisung des Sonderfonds sei durch staatlichen Stellen zuzurechnende Maßnahmen erfolgt, so dass die Mittel der Ausgleichskasse staatliche Mittel darstellten.[719] Der EuGH schloss sich der Ansicht der Kommission an und rechnete die Tätigkeit der Ausgleichskasse aufgrund besonderen staatlichen Einflusses dem italienischen Staat zu.[720] Dies begründete er unter anderem damit, dass die Vereinbarungen über Schaffung und Speisung der Ausgleichskasse nur infolge einer Feststellung des Landwirtschaftsministers über das Zustandekommen der Vereinbarung wirksam wurden und die Vereinbarungen einen Durchführungsausschuss einsetzten, der unter dem Vorsitz eines Vertreters des Ministers stand.[721] Hieraus wird in der Tat deutlich, dass die Verfügungsmacht über die Ausgleichskasse weniger bei Privaten als vielmehr beim Staat lag, auf den Schaffung, Speisung und Verwaltung des Topfes letztlich zurückzuführen waren[722], und diese staatliche Verfügungsmacht begründet eine eigentumsähnliche Inhaberstellung des Staates.

Ein weiteres Beispiel für eine eigentümerähnliche staatliche Beherrschung einer formal privatrechtlichen Einrichtung findet sich in der Rs. 249/81 „Buy Irish": In diesem Falle ging es um Unterstützungsmaßnahmen, die durch den Irish Goods Council durchgeführt wurden. Dieser stellte eine privatrechtliche Einrichtung[723] in Form einer Gesellschaft ohne Kapitaleinlage dar[724], so dass der irische Staat schon deshalb keine „echte" Kapitalbeteiligung innehaben konnte. Der Council wurde jedoch zum weit überwiegenden Teil durch staatliche Mittel finanziert[725], und der irische Staat bestellte zudem den Vorstand und den Präsidenten und be-

---

[717] Um genau zu sein, ist hier zwischen zwei Ausgleichsfonds zu unterscheiden: Erstens der sog. Zuckerausgleichskasse selbst, die aus staatlich angeordneten Abgaben (dem sog. „sovraprezzo") gespeist wurde und zweitens dem sog. Reservefonds, dessen Erstattungsverfahren auf (privaten) vertraglichen Branchenvereinbarungen beruhte, deren Zustandekommen aber erst infolge staatlicher Maßnahmen eintrat (siehe dazu im Einzelnen GA Mayras, in: EuGH Slg. 1980, S. 1411 (1441 ff.) [Kommission/Italien]). Im Folgenden soll nicht die als öffentliche Einrichtung (vgl. dazu EuGH Slg. 1980, S. 1533 (1545) [Kommission/Italien]) zweifelsfrei staatliche eigentliche Ausgleichskasse, sondern allein der Reservefonds auf seine staatliche Zurechnung untersucht werden, dessen Erstattungsverfahren einerseits zwar private Branchenvereinbarungen zugrunde lagen, der aber andererseits auch gewisse staatliche Einflussnahmen verzeichnete.

[718] vgl. EuGH Slg. 1980, S. 1411 (1428) [Kommission/Italien]

[719] vgl. EuGH Slg. 1980, S. 1411 (1422 und 1428) [Kommission/Italien]

[720] EuGH Slg. 1980, S. 1411 (1428 f.) [Kommission/Italien]

[721] EuGH Slg. 1980, S. 1411 (1428 f.) [Kommission/Italien]

[722] vgl. EuGH Slg. 1980, S. 1411 (1428 f.) [Kommission/Italien]

[723] EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4019 f.) [Kommission/Irland („Buy Irish")]

[724] siehe EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4019) [Kommission/Irland („Buy Irish")]

[725] EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4020) [Kommission/Irland („Buy Irish")]

stimmte in großen Zügen die Tätigkeit des Council.[726] Dieser staatliche Einfluss auf den Council kommt dem Einfluss eines (Mehrheits-)Gesellschafters auf (s)eine Gesellschaft absolut gleich, so dass auch ohne „echte" staatliche Kapitalbeteiligung von einem beherrschenden, eigentumsähnlichen staatlichen Einfluss gesprochen werden kann und der Irish Goods Council daher als „staatlicher" Beihilfegeber anzusehen war.[727]

**d) Zusammenfassung**

Als „staatlich" sind beihilferechtlich nicht nur Beihilfen der Mitgliedstaaten selbst, sondern auch all jener Einrichtungen anzusehen, die - unmittelbar oder mittelbar - im Eigentum eines Mitgliedstaates stehen oder diesem gleichkommenden Inhaber- bzw. Trägerbefugnissen des Mitgliedstaates unterliegen.[728] Hierzu gehören neben dem Mitgliedstaat und seinen Untergliederungen grundsätzlich auch alle weiteren öffentlich-rechtlich organisierten Institutionen, ebenso aber privatrechtlich organisierte Einrichtungen (insbesondere privatrechtliche Unternehmen), soweit sie unter beherrschendem und eigentumsähnlichem staatlichen Einfluss stehen. Bei all diesen Institutionen sind sowohl die Entscheidungen über eine Mittelvergabe als auch die hierbei eingesetzten Mittel letztlich in vergleichbarer Weise auf den (Mitglied-)Staat rückführbar, als ob dieser die Beihilfe selbst gewährt und finanziert hätte, so dass diese Fälle aufgrund der Bestimmung der staatlichen Zurechnung nach dem Wirkungskriterium (Wirkung wie eine Beihilfe des (Mitglied-)Staates selbst) beihilferechtlich gleich zu behandeln sind.

Sind nur solche Institutionen, die mit ihren Entscheidungen und Mitteln selbst zum „Staat" in einem weitverstandenen Sinne zu zählen sind, an der Gewährung und Finanzierung der Beihilfe beteiligt, fehlt es völlig an jeglicher Einschaltung „nicht-staatlicher" Dritter in die Beihilfevergabe, so dass insoweit Zweifel an der staatlichen Zurechnung gar nicht aufkommen können.[729]

---

[726] EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4020) [Kommission/Irland („Buy Irish")]

[727] Auch der EuGH bejahte die staatliche Zurechenbarkeit des Irish Goods Council (EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4019 f.) [Kommission/Irland („Buy Irish")]) und ließ bloß offen, ob es sich bei den in Frage stehenden Maßnahmen um Beihilfemaßnahmen handelte (EuGH Slg. 1982, S. 4005 (4020 f.) [Kommission/Irland („Buy Irish")]).

[728] In eine ähnliche Richtung geht die Aussage des EuG, wonach es im Rahmen des Art. 87 I EG nicht von Bedeutung ist, ob es sich um eine Zuwendung „des Bundes- oder Zentralstaates" selbst handelt oder um Zuwendungen „von (dezentralisierten, föderalen, regionalen oder sonstigen) **Einrichtungen der Mitgliedstaaten**" (EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1330) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1385 (1412 f.) [Diputación Foral de Alava/Kommission]).

[729] vgl. auch EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2134) [Air France/Kommission]

**e) Exkurs: Keine Unterscheidung nach der Mittelherkunft**

Sofern eine Einrichtung in staatlichem Eigentum oder diesem gleichkommender Trägerschaft des Staates steht, sind die dieser Einrichtung gehörenden Mittel grundsätzlich **unabhängig von ihrer ursprünglichen Herkunft** als „staatlich" anzusehen. Wenn beispielsweise der Staat Eigentümer des beihilfegewährenden Unternehmens ist, kommt es nicht darauf an, wie das Unternehmen die Beihilfe refinanziert - ob aus öffentlichen Mitteln oder aus Mitteln, die es von Privaten (etwa auf dem privaten Kapitalmarkt) erhalten hat.[730] Bereits durch die finanzielle Belastung des beihilfegewährenden Unternehmens, das ja seinerseits im staatlichen Eigentum steht, ist sichergestellt, dass die Beihilfe unzweifelhaft aus staatlichem Eigentum, also aus staatlichen Mitteln gewährt wird.[731] Dies ergibt sich eigentlich zwar schon unzweideutig aus den bisher getätigten Ausführungen, soll aber trotzdem an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich hervorgehoben werden, da diesbezüglich in der bisherigen Rechtsprechungspraxis einige - nach Ansicht des Autors unnötige - Probleme aufgetreten sind, wie an den nachfolgenden Beispielen verdeutlicht werden soll:

So ging es in der Rs. 290/83 um Beihilfen, die aus Betriebsüberschüssen der französischen „Caisse nationale de crédit agricole" (CNCA) gewährt wurden.[732] Die französische Regierung argumentierte in diesem Verfahren, die für die Beihilfegewährung eingesetzten Mittel stellten keine staatlichen Mittel dar, da die CNCA sie aus privaten Bankgeschäften erwirtschaftet habe.[733] GA *Mancini* versuchte demhingegen nachzuweisen, dass diese Mittel letztlich gar nicht aus der Geschäftstätigkeit der CNCA, sondern aus staatlichen Steuererleichterungen stammten.[734] Hierauf kann es aber gar nicht ankommen.[735] Die Mittel der CNCA sind nämlich - unabhängig von ihrer ursprünglichen Herkunft - schon deshalb staatliche Mittel, weil die CNCA einer eigentumsähnlichen, beherrschenden Verfügungsbefugnis des Staates unterliegt[736], so dass **alle** der CNCA gehörenden Mittel als staatliche Mittel anzusehen sind - **unabhängig davon, warum** sie ihr gehören, also auch dann, wenn die CNCA diese Mittel als Gewinne aus ihrer Geschäftstätigkeit mit Privaten erwirtschaftet hat. Der EuGH begnügte sich daher in diesem Falle zu Recht mit der Feststellung, dass die Maßnahme schließlich von der CNCA, also einer öffentlichen Einrichtung finanziert worden sei.[737]

---

[730] Häring, S. 94
[731] vgl. Häring, S. 94
[732] siehe EuGH Slg. 1985, S. 439 (446) [Kommission/Frankreich („CNCA")]
[733] siehe EuGH Slg. 1985, S. 439 (447) [Kommission/Frankreich („CNCA")]
[734] GA Mancini in EuGH Slg. 1985, S. 439 (442) [Kommission/Frankreich („CNCA")]
[735] anders Schernthanner, S. 28
[736] vgl. dazu oben S. 134
[737] EuGH Slg. 1985, S. 439 (449) [Kommission/Frankreich („CNCA")]

In der Rs. C-303/88 argumentierte die italienische Regierung, dass Mittelgewährungen durch das „Ente Nazionale Idrocarburi" (ENI) keine staatlich zurechenbaren Beihilfen seien, da nicht nachgewiesen sei, dass ENI diese Mittel vorher vom Staat erhalten habe.[738] Dabei war sogar unumstritten, dass ENI Mittelzuwendungen vom italienischen Staat erhalten hatte, doch die italienische Regierung forderte zusätzlich noch den Nachweis, dass gerade aus diesen Mitteln die Beihilfen bezahlt worden seien.[739] Der EuGH hielt dem entgegen, dass es nicht darauf ankommen könne, wofür die staatlichen Zuschüsse an ENI bestimmt gewesen seien, sondern bereits die Tatsache, dass staatliche Zuschüsse an ENI geflossen seien, es diesem erlaubt habe, andere Mittel „freizumachen" und diese aufgrund der staatlichen Zuwendung freigewordenen Mittel zur Unterstützung der begünstigten Unternehmen einzusetzen.[740] Dabei wäre nicht einmal der Nachweis, dass ENI überhaupt staatliche Zuschüsse erhalten hat, erforderlich gewesen: ENI war nämlich eine staatliche Holdinggesellschaft[741], so dass seine Mittel schon deshalb, weil der Staat Eigentümer von ENI war[742], zu den staatlichen Mitteln zählten. Auch wenn die ENI gehörenden Mittel nicht aus Zuwendungen des Staates, sondern beispielsweise aus rentablen Geschäften von ENI am Markt gestammt hätten, so hätten all diese Mittel doch ENI und damit mittelbar auch dem Inhaber von ENI, also dem Staat gehört. Bei beihilfegewährenden Unternehmen, die in staatlichem Eigentum stehen, ist ein Nachweis, dass die zur Beihilfegewährung eingesetzten Mittel ursprünglich vom Staat stammen, daher absolut überflüssig, um die „Staatlichkeit" der Mittel zu begründen.

Als äußerst interessant erscheint in diesem Zusammenhang auch eine Analyse der Urteile in den Rs. T-358/94 und C-482/99:

In der Rs. T-358/94 ging es um Beihilfen, die die Fluggesellschaft Air France von der „Caisse des dépôts et consignations" (CDC) erhalten hatte.[743] Die Klägerin Air France argumentierte in diesem Falle, die von der CDC gezahlte Beihilfe stamme aus privaten Mitteln, da die von der CDC verwalteten Mittel aus privater Quelle stammten, nämlich aus von der CDC verwal-

---

[738] siehe EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1474) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]

[739] vgl. EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1474) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]

[740] EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1474) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]
Genauso dürften im Übrigen auch die Ausführungen des EuGH in der Rs. C-305/89 zu verstehen sein, wo das Gericht in einem vergleichbaren Fall (Beihilfen der italienischen Staatsholdings IRI bzw. Finmeccanica an Alfa Romeo) ausführte, dass - selbst wenn die Mittel, die der italienische Staat den Holdings IRI bzw. Finmeccanica zugewiesen habe, nicht für die Kapitalzuführung an Alfa Romeo verwendet worden seien - die streitigen Kapitaleinlagen trotzdem „mit Hilfe öffentlicher Mittel" vorgenommen worden seien (EuGH Slg. 1991, S. I-1603 (1639) [Italien/Kommission („Alfa Romeo")]).

[741] siehe EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1472) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]

[742] siehe dazu, dass das Kapital von ENI vollständig in den Händen des Staates lag, GA van Gerven in EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1456) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]

[743] genauer: von einer Tochtergesellschaft der CDC, nämlich der Aktiengesellschaft Caisse des dépôts et consignations-participations (CDC-P), die aber zu 100% im Eigentum der CDC stand (siehe EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2114 und 2120 f.) [Air France/Kommission])

teten freiwilligen Einlagen von Privatpersonen.[744] Die privaten Sparer könnten die Einlagen jederzeit abheben.[745] Dies unterscheide sie von öffentlichen Mitteln, die etwa aus Steuern stammten und dem Staat voll zur Verfügung stünden.[746] Die von der CDC verwalteten Mittel stellten daher private Gelder und keine staatlichen Mittel dar.[747]

In der Rs. C-482/99 stand die staatliche Zurechnung von Beihilfen in Frage, die Altus und SBT, zwei Tochtergesellschaften des französischen Crédit Lyonnais, finanziert hatten.[748] Die französische Regierung brachte hier ähnliche Argumente vor, indem sie ausführte, diese Kreditinstitute finanzierten sich auf dem privaten Kapitalmarkt und hätten von der öffentlichen Hand keine Gelder erhalten.[749]

In beiden Rechtssachen nahm das jeweils zuständige Gericht das Argument, die Mittel stammten von privaten Anlegern, offensichtlich ernst, führte sodann aber aus, dass die zur Beihilfegewährung genutzten Mittel nicht dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören müssten, um als staatliche Mittel eingestuft werden zu können, sondern dass es genüge, dass der Staat tatsächlich auf sie zurückgreifen könne.[750] Fraglich ist aber, wie die Rechtsprechung überhaupt dazu kommen konnte, daran zu zweifeln, dass die Beihilfegewährung dauerhaft zu Lasten staatlichen Vermögens ging, denn die Beihilfen wurden zweifelsfrei aus dem Vermögen der CDC bzw. von Altus und SBT, also jeweils **aus dem Vermögen im staatlichen Eigentum stehender Banken** finanziert[751], auch wenn diese die Mittel ursprünglich auf dem privaten Kapitalmarkt aufgenommen hatten. Die Gerichte haben sich nach Ansicht des Autors hier anscheinend durch die Rückzahlbarkeit der privaten Spareinlagen irritieren lassen, wenn sie eine dauerhafte Belastung staatlichen Vermögens verneint haben. Auch wenn der untechnisch zunächst einmal als „Spareinlage" bezeichnete Gegenstand zwar sicher nicht zum Ver-

---

[744] siehe EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2126) [Air France/Kommission]
[745] siehe EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2127) [Air France/Kommission]
[746] siehe EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2127) [Air France/Kommission]
[747] siehe EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2127) [Air France/Kommission]
[748] EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4435) [Frankreich/Kommission]
[749] siehe EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4437) [Frankreich/Kommission]
[750] EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2133) [Air France/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4440) [Frankreich/Kommission]
[751] Der Crédit Lyonnais und seine Tochtergesellschaften Altus und SBT waren Banken (vgl. EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4438) [Frankreich/Kommission]), die in staatlichem Eigentum standen (vgl. dazu, dass die nur 80%ige staatliche Kapitalbeteiligung am Crédit Lyonnais einem alleinigen staatlichen Eigentum gleichzustellen ist, oben S. 135 ff.).
Die CDC war ein zumindest bankähnliches Institut, das seine Mittel vor allem durch die Entgegennahme privater Spareinlagen erhielt (EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2133) [Air France/Kommission]). Sie befand sich in der Rechtsform eines durch staatliches Gesetz eingerichteten „établissement public spécial" (EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2114) [Air France/Kommission]), und ihre Direktoren wurden von der französischen Regierung ernannt (EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2118) [Air France/Kommission]). Aufgrund ihrer Natur als „établissement public", das vom Staat gegründet wurde und dessen Organe durch den Staat besetzt wurden, stand die CDC in einer staatlichen Trägerschaft, die einer staatlichen Eigentümerstellung gleichgesetzt werden kann.

mögen der Bank gehört, weil die Einlage doch letztlich an die privaten Einleger rückzahlbar ist, so verbleibt von der „Spareinlage" im Vermögen der Anleger doch nur eine **Forderung** gegen die Bank auf Rückzahlung von Geldmitteln. Die als Spareinlagen eingezahlten und später dann zur Beihilfegewährung eingesetzten **Geldmittel** dagegen gehen mit ihrer Einzahlung in Eigentum und Vermögen der Bank über, denn zivilrechtlich wird das Geld mit seiner Einzahlung Eigentum der Bank, die nur schuldrechtlich zu einer Rückzahlung verpflichtet ist. Dass eine Beihilfegewährung auch aus solchen, als private Spareinlagen angenommenen Geldern letztlich immer das Vermögen der Bank belastet, sieht man im Übrigen schon daran, dass eine Bank grundsätzlich immer - unabhängig davon, wie sie die Gelder verwendet - **in voller Höhe zur Rückzahlung der Einlagen verpflichtet** bleibt. Eine Beihilfegewährung durch eine staatliche Bank geht daher nicht etwa zu Lasten des Vermögens ihrer Einleger, sondern ganz zweifelsfrei zu Lasten des Vermögens der Bank (und damit des Staates), selbst wenn die Geldmittel ursprünglich aus privaten Spareinlagen stammen. Nur dann, wenn die Beihilfegewährung tatsächlich von den privaten Anlegern finanziert worden wäre, etwa indem die Gewährung der Beihilfe Auswirkungen auf die Verpflichtung der staatlichen Bank gegenüber den privaten Einlegern zur Rückzahlung der Einlagen gehabt hätte, wäre die Investition nicht zu Lasten staatlichen Vermögens gegangen. Daher kann der Ansicht der Rechtsprechung, die von den staatlichen Banken gewährten Beihilfen seien nicht aus Mitteln finanziert gewesen, die dauerhaft zum Vermögen des Staates gehörten, nur ganz entschieden widersprochen werden, auch insoweit die Banken sich durch die Entgegennahme privater Spareinlagen refinanziert haben.[752]

In Anbetracht der soeben geschilderten Beispielsfälle aus der Rechtsprechung dürfte deutlich geworden sein, warum es als unverzichtbar erschien, noch einmal ganz explizit zu betonen, dass Mittel einer Einrichtung, die im Eigentum des Staates steht (oder diesem gleichkommenden staatlichen Inhaber- bzw. Trägerbefugnissen unterliegt), schon deshalb zu den staatlichen Mitteln zu zählen sind, weil die Mittel dieser Einrichtung mittelbar auch ihrem staatlichen Eigentümer gehören. Wie eine solche Einrichtung dagegen zu ihren Mitteln gekommen ist oder - mit anderen Worten - wie sie sich refinanziert, ist für die staatliche Zurechnung der

---

[752] Die aus den Spareinlagen stammenden Gelder werden auch nicht erst deshalb zu staatlichen Mitteln, weil durch ihren Zu- und Abfluss ein konstanter „Saldo" entsteht, auf den die Bank „in eigener Verantwortung" zurückgreifen kann (so aber das EuG in der Rs. T-358/94: siehe EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2133) [Air France/Kommission]). Diese Bildung eines Saldos führt nämlich nicht etwa dazu, dass der Bank zusätzliche, von den Einlagen selbst zu unterscheidende Mittel zur Verfügung stünden, sondern der Saldo stellt bloß die Gesamtheit aller zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehenden Einlagen dar. Schon deshalb kann die Frage, wem der Saldo „gehört", gar nicht anders zu beantworten sein als die Frage, wem die Einlagen selbst gehören.

Mittel grundsätzlich[753] irrelevant.[754] Insbesondere kann auch die Tatsache, dass die staatliche Einrichtung sich ihre Mittel durch marktgemäße Geschäfte selbst erwirtschaftet hat, der staatlichen Zurechenbarkeit dieser Mittel nicht entgegenstehen.

## 2. Die problematischen Fälle: Die Einschaltung nicht-staatlicher Dritter in die Beihilfevergabe

An der staatlichen Zurechenbarkeit einer Beihilfe kann erst dann gezweifelt werden, wenn **nicht-staatliche Dritte** in die Beihilfegewährung eingeschaltet werden, also entweder an der Vergabeentscheidung oder an der Finanzierung der Beihilfe beteiligt sind.[755] Mit der Einschaltung eines privaten Dritten wird das für eine Subvention kennzeichnende zweipolige **Subventionsverhältnis**[756] zwischen dem staatlichen Beihilfegeber einerseits und dem Unternehmen als Begünstigtem andererseits verlassen. Wenn man auch bei einer solchen Einschaltung privater, außerhalb dieses Subventionsverhältnisses stehender Dritter eine Subvention bejahen möchte, so muss man begründen können, warum trotz der Einschaltung des privaten Dritten das staatliche Verhalten trotzdem genau wie eine Geldzahlung **des Staates selbst** an das Unternehmen wirkt.[757]

„Nicht-staatlicher Dritter" kann dabei aber nur sein, wer nicht schon selbst beihilferechtlich zum „Staat" im soeben geschilderten, weit verstandenen Sinne gehört. Werden vom Mitgliedstaat dagegen nur solche Rechtssubjekte in die Beihilfegewährung eingeschaltet, die in staatlichem Eigentum oder diesem gleichkommender Inhaber- oder Trägerschaft des Staates stehen, kann man nicht von einer Beteiligung „nicht-staatlicher" Dritter sprechen, da diese Einrichtungen mit ihren Entscheidungen und Mitteln bereits zum Staatssektor zu zählen sind. Zu einer Einschaltung nicht-staatlicher Dritter kommt es also erst dann, wenn die betreffenden Rechtssubjekte beihilferechtlich tatsächlich als „privat" einzustufen sind. Dies sind zum einen vor allem Unternehmen, die im privaten und nicht im staatlichen Eigentum (und auch nicht

---

[753] vgl. zu der Problematik, wie ursprünglich private Mittel zu „staatlichen" Mitteln werden, aber noch ausführlich unten S. 192 ff.

[754] vgl. insoweit auch EuGH Slg. 1987, S. 4393 (4418) [Frankreich/Kommission]: Durch welche Art von Abgaben der Staat die von ihm gewährte Beihilfe (rück)finanziert, ist für die Beihilfeeigenschaft nicht von Relevanz.

[755] siehe oben S. 108

[756] Auch wenn es im europäischen Beihilferecht, das nicht nach formalen Kriterien bestimmt, was eine Beihilfe ist, sicher nicht auf die rechtliche Begründung eines Subventionsverhältnisses ankommt (so richtig Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); zur Verzichtbarkeit eines rechtlichen Subventionsverhältnisses generell siehe Bleckmann, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, S. D 1 (9)), so sind alle Subventionen doch zumindest durch ein **faktisches Subventionsverhältnis** zwischen dem staatlichen Subventionsgeber und dem unternehmerischen Subventionsempfänger gekennzeichnet (zur Bedeutung des Subventionsverhältnisses siehe auch Rodi, S. 47 und S. 83; Rittner, S. 507).

[757] vgl. oben S. 102 f.

unter eigentumsähnlicher staatlicher Beherrschung) stehen, zum anderen aber insbesondere auch private Verbraucher.

Eine solche Einschaltung „Privater" in eine Gewährung geldwerter Vorteile durch den Staat kann ganz unterschiedliche Formen annehmen, wobei - zumindest bis zu einem gewissen Grade - sowohl die Entscheidung über die Beihilfegewährung als auch die Beihilfemittel von Privaten kommen können, so dass fraglich ist, wann die Vorteilsgewährung noch wie eine des Staates selbst wirkt und damit staatlich zurechenbar i.S.d. Art. 87 I EG bleibt. Absolut anerkannt ist etwa, dass die sog. **mittelbaren Beihilfen**, bei denen die staatlichen Zuwendungen zunächst an andere Personen fließen, mittelbar aber die Begünstigung bestimmter Unternehmen zur Folge haben, unter Art. 87 I EG fallen, wobei als Beispiel hierfür eine monetäre Unterstützung von Verbrauchern durch den Staat genannt werden kann, verbunden allerdings mit der Auflage, bei bestimmten Unternehmen Produkte zu erwerben.[758] Dabei liegt hier ein ganz wesentlicher Teil der Vergabeentscheidung beim privaten Verbraucher, denn erst wenn dieser sich **freiwillig** zum Kauf des subventionierten Produktes entschließt, kommt es zu einem Mittelzufluss an das begünstigte Unternehmen. Und auch der Mittelzufluss an das Unternehmen stammt - zumindest unmittelbar - vom Verbraucher, denn schließlich zahlt dieser und nicht der Staat den Kaufpreis an das begünstigte Unternehmen, selbst wenn er das Geld letztlich vom Staat erstattet bekommt.

Im Falle der Einschaltung Privater in die Beihilfegewährung seitens des Staates wird also schließlich tatsächlich die Frage aufgeworfen, welches Kriterium entscheidend für eine staatliche Zurechenbarkeit von Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG ist, da offensichtlich nicht jede Beteiligung nicht-staatlicher Dritter der staatlichen Zurechnung entgegensteht.

### a) Das entscheidende Kriterium für eine staatliche Zurechnung beihilferelevanter Vorteile

Letztlich kann für eine staatliche Zurechnung von Begünstigungsgewährungen nur an zwei mögliche Gesichtspunkte angeknüpft werden: zum einen an das der Vorteilsgewährung zugrunde liegende staatliche Verhalten (sog. Vergabeentscheidung), zum anderen an den staatlichen Mitteleinsatz.[759] Da sich das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG - anders als die an Unternehmen gerichteten Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 f. EG - an die Mitgliedstaaten richtet, setzt das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG in jedem Falle zumindest irgendein

---

[758] vgl. nur Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 60 f.; Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (747); Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (180)

[759] siehe schon oben S. 104

staatlich zurechenbares Verhalten voraus, auf dem die Begünstigung des Unternehmens beruht.[760] Fraglich ist aber, ob dies allein für eine staatliche Zurechnung der Begünstigung ausreichen kann oder welche weiteren Merkmale erfüllt sein müssen, um den einem Unternehmen aus einem staatlichen Verhalten entstehenden geldwerten Vorteil als staatlich zurechenbare Begünstigung i.S.d. Art. 87 I EG einstufen zu können.

**aa) Bloßes (kausales) Beruhen auf einem staatlichen Verhalten**

Vielfach finden sich Aussagen, wonach es für die staatliche Zurechnung entscheidend sei, dass der dem Unternehmen zufließende Vorteil auf ein **Verhalten des Staates** zurückgeführt werden könne.[761] In ähnlicher Weise hat der EuGH zum Teil die staatliche Zurechnung ausdrücklich daran festgemacht, dass die Beihilfe „das Ergebnis einer dem ... Staat zuzurechnenden Verhaltensweise" sei.[762]

Allein die Tatsache, dass der bestimmten Unternehmen entstehende geldwerte Vorteil kausal auf ein staatliches Verhalten zurückzuführen ist, kann aber nicht ausreichen, um ihn zu einer staatlich zurechenbaren Begünstigung zu machen. Auch als kausale Folge eines staatlichen Einfuhrkontingents i.S.d. Art. 28 EG, das man nicht als staatlich zurechenbare Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG ansehen kann, entstehen nämlich den von der Kontingentierung ihrer ausländischen Konkurrenz profitierenden inländischen Unternehmen des betreffenden Produktionszweiges marktwidrige geldwerte Vorteile, indem sie infolge der staatlich verursachten Angebotsverknappung von ihren privaten Abnehmern überhöhte Preise für ihre Leistungen erzielen können.[763] Es muss also ein besonderer, über eine bloß kausale Verursachung hinausgehender **Wirkungszusammenhang zwischen dem staatlichen Verhalten und dem marktwidrigen geldwerten Vorteil des Unternehmens** bestehen, um die staatliche Zurechenbarkeit der Begünstigung begründen zu können.[764] Andernfalls würde im Grunde jede staatliche Intervention in das Wirtschaftsleben eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG darstellen[765], da letztlich nahezu jede wirtschaftsrechtliche staatliche Regelung bestimmten Unternehmen Vorteile bringt, die

---

[760] siehe oben S. 104 f.

[761] siehe etwa Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (442); Häring, S. 91; Koenig/Kühling, EuZW 1999, S. 517 (521); GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (913) [Sloman Neptun]; siehe auch die Ausführungen der Kommission in EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2134) [Preussen-Elektra/Schleswag]

[762] EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1474) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]; vgl. auch EuGH Slg. 1988, S. 219 (270) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]

[763] siehe schon oben S. 101 f.

[764] vgl. auch EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2182) [PreussenElektra/Schleswag]; Soltész, EuZW 1998, S. 747 (750 f.)

[765] Diese Gefahr erkennt selbst die an sich einen möglichst weiten Beihilfebegriff befürwortende Kommission: siehe dazu EuGH Slg. 1993, S. I-887 (911) [Sloman Neptun].

diese bei staatlich unbeeinflusstem Marktgeschehen nicht erzielt hätten und die sich für sie regelmäßig auch finanziell positiv auswirken werden.

**bb) Unmittelbare staatliche Veranlassung**

Zum Teil wird versucht, die staatliche Zurechnung einer Beihilfe mit dem Vorliegen einer staatlich **unmittelbar veranlassten Gewährungsentscheidung** zu begründen.[766] Der Vorteil für das Unternehmen müsse sich unmittelbar aus dem staatlichen Verhalten und nicht erst aus weiteren Faktoren, insbesondere dem Verhalten (privater) Dritter ergeben.[767]
Auf diese Weise ließe sich in der Tat begründen, warum Einfuhrkontingente i.S.d. Art. 28 EG keine staatlich zurechenbaren Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG darstellen können, da die hiervon profitierenden Unternehmen den Vorteil in Form des durch die staatlich verursachte Angebotsverknappung marktwidrig überhöhten Preises erst dann erhalten, wenn private Verbraucher sich freiwillig zum Kauf der Ware entschließen. Diese Ansicht würde auch dazu führen, entsprechend der Rechtsprechung des EuGH[768] die Einstufung staatlich angeordneter Mindestpreise als Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG zu verneinen, da auch hier den Unternehmen erst dann geldwerte Vorteile zufließen, wenn die privaten Verbraucher sich zum Kauf des von der Preisfestsetzung betroffenen Produktes entschließen.[769]
Dass auch dieser Ansatz zur Eingrenzung der staatlichen Zurechnung fehlgeht, wird aber daran deutlich, dass er versagt, sobald es um die beihilferechtliche Bewertung der anerkanntermaßen unter Art. 87 I EG fallenden mittelbaren Beihilfen geht. Auch im Falle mittelbarer Beihilfen, etwa einer an die Auflage des Erwerbs bestimmter Produkte geknüpften monetären Unterstützung von Verbrauchern[770], erhält das begünstigte Unternehmen den Vorteil schließlich erst, wenn der private Verbraucher sich zum Kauf des subventionierten Produkts entschließt, wobei er in dieser Entscheidung grundsätzlich frei ist. Die Entscheidung, ob er das geförderte Produkt überhaupt kaufen möchte, kann der Verbraucher in diesem Falle nämlich absolut selbstständig treffen. Freilich erhält er die monetäre staatliche Unterstützung nur dann, wenn er sich zum Kauf entschließt. Trotzdem kann er sich entscheiden, auf den Kauf - und damit natürlich auch auf dessen staatliche Förderung - zu verzichten. Die staatliche För-

---

[766] Pape, S. 102; vgl. Damm, S. 111 f.; S.K. Richter, RdE 1999, S. 23 (24 f.)
[767] siehe Damm, S. 111 f.
[768] EuGH Slg. 1978, S. 25 (40 f.) [van Tiggele]
[769] gegen die Qualifizierung von Mindestpreissystemen als staatlich zurechenbare Beihilfen daher ausdrücklich auch Damm, S. 111 f.; vgl. auch die Kommission in EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2136) [PreussenElektra/ Schleswag]
[770] vgl. schon oben S. 100

derung bietet also nur einen Anreiz zum Kauf, stellt aber keine Verpflichtung dazu dar, sondern der Verbraucher kann die Entscheidung über das „**Ob**" des Kaufs letztlich genauso frei treffen wie bei staatlichen angeordneten Mindestpreisen.[771] Auch hier ergibt sich der Vorteil für den Begünstigten also erst infolge einer autonomen, freiwilligen Entscheidung des Verbrauchers zum Erwerb des geförderten Produktes. Allein die Tatsache, dass der geldwerte Vorteil des Unternehmens sich nicht unmittelbar aus der staatlichen Maßnahme, sondern erst aus dem autonomen Verhalten eines privaten Dritten ergibt, kann folglich nicht ausreichen, um das Vorliegen einer Beihilfe zu verneinen.[772]

Da der subventionstypische Wirkungszusammenhang zwischen dem staatlichen Verhalten und dem Zufluss des beihilferelevanten Vorteils beim Unternehmen auch dann nicht notwendig ausgeschlossen wird, wenn zwischen staatlicher Maßnahme und Erhalt des Vorteils durch das begünstigte Unternehmen die autonome Entscheidung eines Privaten liegt, vermag das Kriterium der unmittelbaren Veranlassung den beihilferechtlichen Zurechnungszusammenhang nicht treffend zu kennzeichnen.

### cc) Unmittelbare Berechenbarkeit

Als dasjenige Merkmal, das die für die staatliche Zurechnung der Begünstigung notwendige Verknüpfung zwischen dem staatlichen Verhalten und dem geldwerten Vorteil des begünstigten Unternehmens herstellt, könnte sich ein wohl am besten als Erfordernis der **unmittelbaren Berechenbarkeit** zu bezeichnendes Kriterium anbieten, nämlich das Erfordernis, dass sich zwar nicht unbedingt das „Ob" des Eintritts einer Begünstigung, zumindest aber **die Höhe** des geldwerten Vorteils bereits unmittelbar aus der staatlichen Entscheidung ergeben muss. So finden sich in der Literatur Aussagen, wonach die staatliche Maßnahme einen konkret nachprüfbaren Vorteil vermitteln und es daher ermöglichen müsse, konkrete Aussagen zur Höhe der eintretenden Begünstigung zu machen, die sich nicht erst aus dem Verhalten Dritter ergeben dürfe.[773] Die autonome Entscheidung eines privaten Verbrauchers zum Kauf des geförderten Produkts stünde der staatlichen Zurechnung des dem Unternehmen aus der Kaufpreiszahlung des Verbrauchers entstehenden Vorteils folglich zumindest dann nicht im Wege, wenn die Höhe des zu Gunsten des Unternehmens entstehenden geldwerten Vorteils bereits durch den Staat selbst festgelegt worden ist.

---

[771] Dies verkennt Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 61.

[772] so zu Recht EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6893) [Deutschland/Kommission]

[773] Damm, S. 111 f.; vgl. auch Jooss, S. 321 f., wonach die staatliche Subventionsentscheidung jedenfalls die Höhe der Subvention vorgeben muss

Zunächst spricht einiges für diese Ansicht: Immerhin ist es für eine klassische Subvention durch Geldzahlung des Staates unmittelbar an das begünstigte Unternehmen doch kennzeichnend, dass der Staat durch die Festlegung der Höhe der Subventionszahlung zugleich auch die Höhe des dem begünstigten Unternehmen zufließenden geldwerten Vorteils festlegt.
Auch lässt sich so problemlos begründen, warum staatlich festgesetzte Einfuhrkontingente i.S.d. Art. 28 EG keine staatlich zurechenbaren Beihilfen sein können, denn der marktwidrige geldwerte Vorteil der von der Kontingentierung profitierenden Unternehmen liegt hier schließlich im marktwidrig überhöhten Preis, den diese infolge der Angebotsverknappung nun von ihren Abnehmern für ihre Produkte erzielen können.[774] Die Höhe des marktwidrig überhöhten Preises wird im Falle eines Einfuhrkontingents aber nicht bereits unmittelbar vom Staat selbst festgelegt, sondern die staatliche Maßnahme liegt nur in der Angebotsverknappung, wohingegen die Preissteigerung erst mittelbar aus dieser resultiert als Ergebnis eines Geschehens auf dem Markt, nämlich durch das Zusammenspiel von (reduziertem) Angebot und (gleichbleibender) Nachfrage.
Mithilfe dieses Ansatzes ließe sich auch noch erklären, warum eine monetäre Unterstützung von Verbrauchern beim Kauf bestimmter Produkte als sog. mittelbare Beihilfe unter Art. 87 I EG fallen kann, denn durch die Festlegung der Höhe der monetären Unterstützung des Verbrauchers legt schon der Staat selbst zugleich auch die Höhe des marktwidrigen geldwerten Vorteils fest, der den mittelbar begünstigten Unternehmen zufließen kann.[775] Die staatliche Maßnahme umfasst hier zwar nicht auch die Festlegung der Höhe der Vorteile, die den von der Förderung profitierenden Unternehmen infolge der staatlichen Maßnahme **insgesamt** zufließen, denn die Entscheidung bezüglich des „Ob" des Kaufs liegt schließlich noch bei den Verbrauchern[776], die mit ihrer Entscheidung für oder gegen einen Kauf des geförderten Produkts erst darüber entscheiden, **wie oft** das begünstigte Unternehmen sein Produkt verkauft und dabei in den Genuss der mittelbaren staatlichen Förderung kommt. Die staatliche Festlegung des monetären Förderungsbetrags beinhaltet aber zumindest unmittelbar eine Aussage darüber, wie hoch die geldmäßige staatliche Förderung **pro verkauftes Produkt** sein soll. Das Erfordernis der unmittelbaren Berechenbarkeit kann sich insofern also nur auf die Höhe der Einzelbegünstigung als Begünstigung des Unternehmens im einzelnen (Verkaufs-)Falle je subventioniertes Produkt beziehen, nicht aber auf die Höhe der eintretenden Gesamtbegünstigung.

---

[774] siehe oben S. 101 f.
[775] siehe dazu, inwieweit die Höhe des Vorteils, den die Verbraucher vom Staat erhalten, bereits auch die Höhe der mittelbaren Unternehmensbegünstigung vorgibt, unten S. 181
[776] siehe oben S. 159 f.

Dass man für eine staatliche Zurechnung der Begünstigung allenfalls fordern könnte, dass der Staat unmittelbar die Höhe der Einzel-, nicht aber der Gesamtbegünstigung festlegt, wird im Übrigen auch an folgendem Beispiel aus der Rechtsprechung deutlich: In den Rs. T-239/99 R sowie C-382/99 ging es um eine Subvention in Form eines festen Geldbetrages i.H.v. 0,10 bzw. 0,05 NLG, den der niederländische Staat Tankstellen im Grenzgebiet zu Deutschland pro Liter abgegebenes Mineralöl zahlte.[777] Auch hier ergab sich fraglos nur die Höhe der Einzelbegünstigung, nämlich des Subventionsbetrages pro verkauften Liter Mineralöl, schon aus der staatlich festgesetzten Maßnahme selbst, nicht aber die Höhe der Gesamtbegünstigung, denn der Gesamtbetrag, den die einzelnen Tankstellen schließlich vom niederländischen Staat erhielten, hing von der verkauften Menge an Mineralöl und damit letztlich von der autonomen Entscheidung der privaten Nachfrager ab, ob bzw. wie viel Benzin sie kaufen. Der Beihilfecharakter dieser Zuwendungen muss aber schon deshalb außer Frage stehen, da die geldwerten Vorteile hier aus Geldzahlungen, die unmittelbar vom Staat an bestimmte Unternehmen flossen und damit aus **klassischen Subventionen** resultierten.

Diese Feststellung, dass das Erfordernis der unmittelbaren Berechenbarkeit der Begünstigung sich allenfalls auf die Einzel-, nicht aber auf die Gesamtbegünstigung beziehen kann, würde nun aber notwendig dazu führen, entgegen der h.M.[778] und der Rechtsprechung des EuGH[779] staatlich angeordnete Mindestpreise als unter Art. 87 I EG fallend anzusehen: Die staatliche Festlegung eines Mindestpreises macht nämlich wirtschaftlich überhaupt nur dann Sinn, wenn der festgelegte Mindestpreis für das Produkt über dem Marktpreis liegt, da die staatliche Preisfestlegung sonst keinerlei Auswirkungen hätte und damit entbehrlich wäre. Daher werden in der Praxis Mindestpreise von den Mitgliedstaaten regelmäßig auch so festgesetzt, dass sie höher als der sich bei unbeeinflusstem Marktgeschehen ergebende Preis sind.[780] Da aber nicht ersichtlich ist, warum ein Nachfrager auf dem Markt bereit sein sollte, einen noch höheren Preis als den sowieso bereits als überhöht anzusehenden, staatlich angeordneten Mindestpreis zu zahlen, legt der Staat mit der Festsetzung des Mindestpreises faktisch bereits die Höhe des Kaufpreises, den die der Preisfestsetzung unterliegenden Unternehmen für ihr Produkt erzielen können, fest.[781] Ein staatliches ***Mindest*preissystem** wirkt damit letztlich wie die staatliche Festlegung eines ***Fest*preises** für das betroffene Produkt. So wird deutlich, dass bei der staatlichen Festlegung von Mindestpreisen bereits der Staat selbst unmittelbar entscheidet,

---

[777] EuGH Slg. 2000, S. II-3849 (3855) [BP Nederland u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-5163 (5206) [Niederlande/Kommission]
[778] siehe nur Schernthanner, S. 75; anders etwa H/O/S, S. 23 f.
[779] EuGH Slg. 1978, S. 25 (40 f.) [van Tiggele]
[780] Ose, S. 163 f.
[781] vgl. auch Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 43

in welcher Höhe die von der Anordnung des Mindestpreises betroffenen Unternehmen einen marktwidrigen geldwerten Vorteil pro verkauftes Produkt erhalten. Zwar liegt es auch hier in der Entscheidung der Verbraucher, ob sie überhaupt das fragliche Produkt kaufen, so dass sich die Höhe der Gesamtbegünstigung erst aus dem Verbraucherverhalten ergibt. Die Höhe der Einzelbegünstigung resultiert aber unmittelbar aus der staatlichen Preisfestlegung, denn wenn die Verbraucher sich zum Kauf des Produktes entschlossen haben, müssen sie den sich unmittelbar aus der staatlichen Festlegung ergebenden, überhöhten Preis zahlen. Das Kriterium der unmittelbaren Berechenbarkeit der Höhe der Begünstigung bereits aus der staatlichen Maßnahme heraus hätte also zwingend zur Folge, dass man staatlich festgelegte Mindestpreissysteme als Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG zu Gunsten der der Preisfestlegung unterliegenden Unternehmen ansehen müsste.[782]

Fraglich ist aber, ob staatlich festgelegte Mindestpreise in ihrer subventionierenden Wirkung wirklich einer klassischen Subvention durch Geldzahlung des Staates an ein Unternehmen gleichkommen.[783] Entscheidend dagegen spricht nach Auffassung des Autors, dass der Festlegung von Mindestpreisen zwar vielleicht manchmal, jedoch nicht in jedem Falle der subventionstypische Unterstützungseffekt innewohnt. Nach den volkswirtschaftlichen Gesetzen von Angebot und Nachfrage sinkt nämlich bei steigendem Preis die Nachfrage. Ein über dem Marktpreis liegender Mindestpreis bewirkt damit notwendig ein Absinken der Nachfrage[784], was zur Folge haben kann, dass das Unternehmen zwar für das einzelne verkaufte Produkt höhere Einnahmen erzielt, **insgesamt aber** wegen des mit dem Preisanstieg verbundenen Absatzrückgangs weit **weniger Geldeinnahmen** erzielt, als es beim Verkauf des Produktes zu Marktpreisen erzielt hätte. Eine Mindestpreisfestsetzung beinhaltet also in manchen Fällen gar keinen Unterstützungseffekt für das hiervon betroffene Unternehmen, sondern wirkt im Gegenteil eher kontraproduktiv, indem dem Unternehmen infolge des Mindestpreises letztlich sogar weniger Gelder zufließen. Ein Vorteil kann statt in der Einbindung in das Mindestpreissystem daher vielmehr auch darin liegen, hiervon ausgenommen zu sein.[785] Schon aufgrund des bei der Festsetzung von Mindestpreisen nicht notwendig vorliegenden, typischen Unterstützungseffekts einer klassischen Subvention erscheint es daher als richtig, mit dem EuGH die Beihilfequalität von Mindestpreissystemen zu verneinen, da ein solches Mindestpreissystem - anders als eine klassische Subvention durch Geldzahlung des Staates - nicht zwingend

---

[782] anders fälschlich Damm, S. 111 f.

[783] zu dieser Bestimmung der staatlichen Zurechenbarkeit anhand des Wirkungskriteriums siehe bereits oben S. 102 f.

[784] zur möglicherweise absatzhemmenden Wirkung von Mindestpreisen siehe auch EuGH Slg. 1985, S. 305 (320 ff.) [Cullet/Leclerc]; EuGH Slg. 1985, S. 2915 (2922) [Procureur de la République/Leclerc]; Ose, S. 162

[785] vgl. Ose, S. 163 f.

zu einem im Vergleich zum staatlich unbeeinflussten Marktgeschehen vermehrten Zufluss an Geld oder sonstigen geldwerten Vorteilen an das der Preisbindung unterliegende Unternehmen führt. Bezahlt nicht der Staat den marktwidrigen geldwerten Vorteil, sondern muss ein Privater den überhöhten Preis selbst bezahlen, wirkt sich dies typischerweise (auch) negativ, nämlich absatzhemmend auf das Unternehmen aus.

Die beihilfetypische Förderwirkung kann einer überhöhten staatlichen Preisfestsetzung daher allenfalls dann innewohnen, wenn den Privaten zusätzlich auch eine **Pflicht** zur Erbringung dieser Geldleistung an das Unternehmen trifft, also der Staat etwa neben dem Mindestpreis den Verbrauchern auch eine Mindestabnahmemenge vorschreibt.[786] Ob eine solche staatlich angeordnete Zahlungspflicht vielleicht ein taugliches Abgrenzungskriterium sein kann, wird im Folgenden noch näher zu untersuchen sein.[787] Allein das Postulat der unmittelbaren Berechenbarkeit des Beihilfevorteils scheidet aber als taugliches Zurechnungskriterium aus, weil es fälschlich dazu führen würde, staatlich festgelegte, marktwidrig überhöhte (Mindest-) Preise trotz ihrer finanziell möglicherweise sogar kontraproduktiven Wirkungen als staatlich zurechenbare Beihilfen für die von der Preisfestlegung betroffenen Unternehmen einzustufen.

### dd) Selektivität

Zum Teil wird versucht, das notwendige, die staatliche Zurechnung begrenzende Kriterium in der von Art. 87 I EG geforderten Selektivität der Beihilfen zu sehen.[788] Eine staatliche Zurechnung sei dann anzunehmen, wenn die staatliche Maßnahme eine zielgerichtete und exklusive Vorteilsvermittlung für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige bewirke, die andere Unternehmen oder Produktionszweige von der Begünstigung ausschließe.[789] Insoweit sei die Beihilfe zu unterscheiden von allgemeinen Rechtssätzen, deren potentieller Begünstigtenkreis von vornherein unvorhersehbar und unbestimmbar sei.[790]

Gegen eine Eignung des Selektivitätskriteriums für die Eingrenzung der staatlichen Zurechnung spricht schon, dass auch Einfuhrkontingente i.S.d. Art. 28 EG, die ja keine Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG sein können[791], regelmäßig nur für bestimmte Waren gelten und damit typischerweise gerade (inländischen) Unternehmen eines bestimmten Produktionszweiges zu-

---

[786] vgl. Heller, GewArch 2001, S. 191 (192); Ritgen, RdE 1999, S. 176 (184); Gent, ET 2000, S. 600 (601)
[787] siehe unten S. 165 f.
[788] Damm, S. 110 f.; Slotboom, ELR 20 (1995), S. 289 (297 f.); GA Darmon, EuGH Slg. 1993, S. I-887 (914) [Sloman Neptun]
[789] Damm, S. 111
[790] Damm, S. 111
[791] siehe oben S. 28

gute kommen, was schon nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 87 I EG für eine Erfüllung des Spezifitätskriteriums ausreichen muss.[792] Außerdem ist das Selektivitätskriterium ein eigenes Tatbestandsmerkmal des Art. 87 I EG, das von den beiden den Subventionssachverhalt kennzeichnenden Tatbestandsmerkmalen der Begünstigung und ihrer staatlichen Zurechnung zu unterscheiden ist.[793] Auch das Selektivitätskriterium ist daher nicht geeignet, den notwendigen, subventionstypischen Wirkungszusammenhang zwischen der staatlichen Maßnahme und der Begünstigung bestimmter Unternehmen herzustellen.[794]

**ee) Durch staatliche Maßnahmen erzwungene Begünstigung**

Teilweise wird auch behauptet, dass es für die staatliche Zurechnung ausreiche, wenn der Staat die Verschiebung eines geldwerten Vorteils von Privaten auf bestimmte Unternehmen **erzwinge**.[795] Eine staatlich zurechenbare Beihilfe sei nicht nur bei Mittelzuwendungen, die von staatlichen Einrichtungen stammten, sondern bereits dann gegeben, wenn die Mittel aufgrund eines staatlichen Rechtsetzungsaktes, also als Zwangsabgaben erhoben würden.[796] Ausreichend für die Annahme einer staatlich zurechenbaren Beihilfe wäre hiernach nicht jede staatliche Veranlassung, die zu einem Zufluss geldwerter Mittel aus privaten Kassen beim Begünstigten führt, wohl aber eine staatlich erzwungene Geldleistung, d.h. die staatliche (zwangsweise) Anordnung der Verschiebung geldwerter Vorteile.
Uneinig sind sich die Vertreter dieser Auffassung darin, ob dies zu einem Verzicht auf das Erfordernis staatlicher Mittel führt. Teilweise werden solche staatlich angeordneten Zwangsabgaben zu den Beihilfen aus staatlichen Mitteln gerechnet, auch wenn die finanzielle Last hier von Privaten getragen wird.[797] Zum Teil wird aus der Einstufung von durch Pflichtabgaben Privater finanzierten Begünstigungen als Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG aber auch die Notwendigkeit hergeleitet, auf das Erfordernis staatlicher Mittelbelastung zu verzichten.[798] Nur letzteres macht Sinn: Beihilfen, die durch staatlich-hoheitlich angeordnete Zwangsabgaben Privater finanziert werden, stammen nicht aus staatlichen Mitteln, da man Mittel, auf die der

---

[792] vgl. Ose, S. 197
[793] siehe schon oben S. 6 f.
[794] so auch Soltész, EuZW 1998, S. 747 (751); Martinez, DVBl. 2001, S. 882 (883)
[795] vgl. Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (540 f.); Selmer/Gersdorf, S. 30 f.
[796] Simon, S. 63 f.; Hansmeyer, S. 102; vgl. Schernthanner, S. 38; Blanke/Peilert, RdE 1999, S. 125 (130); Schalast/Hermonies, ET 2000, S. 688 (S. 688 f.); Kühling, RdE 2001, S. 93 (97); Damm, S. 109 f.; Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (540 f.); Lecheler, RdE 2001, S. 140 (142); Heller, atw 2001, S. 353 (354); Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (1002); vgl. auch die Ausführungen der Kommission in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (901) [Sloman Neptun]
[797] Simon, S. 63 f.; Hansmeyer, S. 102; Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 23 f.; Hain, MMR 2001, S. 219 (222); so auch die Kommission in EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2140) [Preussen-Elektra/Schleswag]
[798] Damm, S. 109 f.

Staat bloß kraft seiner allgemeinen Hoheitsmacht zugreifen kann, nicht zu den staatlichen Mitteln zählen kann. Schließlich kann der Staat kraft seiner Hoheitsgewalt letztlich auf alle privaten Mittel zugreifen.[799] Auf diese Weise würde der Unterschied zwischen staatlichen und privaten Mitteln vollends verwischt.[800] Die Einordnung solcher Zwangsabgaben als Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG kann man daher nur als Anlass für einen gänzlichen Verzicht auf das Erfordernis staatlicher Mittelbelastung nehmen und den die Zurechnung begründenden Sachverhalt stattdessen im staatlichen Verhalten suchen.[801]

Fraglich ist aber, inwieweit man so zu einer vernünftigen Eingrenzung der als staatlich zurechenbare Beihilfen anzusehenden Sachverhalte kommen kann. Als Kriterium, das die besondere Verknüpfung zwischen dem staatlichen Verhalten und dem geldwerten Vorteil des Unternehmens herstellt, käme dann schließlich nur der **Zwangscharakter** der staatlichen Maßnahme in Frage.

Zu vernünftigen Ergebnissen würde dieser Ansatz zumindest insoweit führen, als er geeignet ist, bei Einfuhrkontingenten und Mindestpreisen den fehlenden Charakter staatlich zurechenbarer Beihilfen zu begründen, weil die geldwerten Vorteile den Unternehmen hier erst infolge **freiwilliger** Entscheidungen privater Verbraucher zum Kauf der betreffenden Produkte zufließen. Dass dieser Ansatzpunkt für eine Abgrenzung nicht geeignet ist, sieht man aber im Falle der mittelbaren Beihilfen durch monetäre Unterstützung der Verbraucher beim Kauf bestimmter Produkte, wo der Private seine Kaufentscheidung ebenfalls autonom, also frei von staatlichem Zwang trifft, ohne dass dies der Beihilfequalität im Wege stünde.[802] Beihilfen sind also nicht notwendig durch einen obligatorischen Charakter gekennzeichnet.[803]

Der staatliche Zwang zur Erbringung des geldwerten Vorteils ist daher ebenfalls nicht in der Lage, den beihilfetypischen Wirkungszusammenhang zwischen dem staatlichen Verhalten und dem dem begünstigten Unternehmen entstehenden geldwerten Vorteil zu vermitteln.

### ff) Staatlicher Mitteleinsatz

Als **das** entscheidende Merkmal, das den für eine staatliche Zurechnung erforderlichen Wirkungszusammenhang zwischen einem staatlichen Verhalten und einem daraus resultierenden geldwerten Vorteil eines Unternehmens herstellt, kommt daher nur noch die Herkunft des

---

[799] siehe oben S. 137 f.
[800] GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2141) [PreussenElektra/Schleswag]; vgl. dazu auch unten S. 192 ff.
[801] so zu Recht Damm, S. 110
[802] siehe oben S. 159 f.
[803] so auch GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (913) [Sloman Neptun]

geldwerten Vorteils **aus staatlichen Mitteln** in Betracht.[804] Dass es gerade der Einsatz staatlicher Mittel sein muss, der diesen für eine staatlich zurechenbare Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG notwendigen Zusammenhang bewirkt, liegt schon deshalb nahe, weil der staatliche Mitteleinsatz neben dem staatlichen Verhalten das einzige Kriterium ist, das sich schon aus dem Wortlaut des Art. 87 I EG als mögliches Zurechnungskriterium ergibt.[805]

Aber auch eine nicht wortlaut-, sondern wirkungsorientierte Betrachtungsweise führt zum gleichen Ergebnis: Die staatliche Zurechnung der Begünstigung hängt schließlich davon ab, ob die Maßnahme **wie eine Geldzahlung *des Staates*** wirkt.[806] Wie eine Zahlung gerade des Staates an das Unternehmen wirkt die Vorteilsgewährung aber nur, wenn der Staat den Vorteil finanziert. Muss dagegen ein Privater den Vorteil finanzieren, so hat dies nicht zwingend die gleiche positive Wirkung wie eine staatlich finanzierte Begünstigung. Am deutlichsten wird dies am Beispiel einer überhöhten staatlichen Preisfestsetzung für bestimmte Produkte: Nur wenn der Staat den „Mehrpreis", also die marktwidrige geldwerte Zuwendung an die Unternehmen bezahlt, hat dies die typisch positive Wirkung einer Beihilfe auf Einnahmen und Wettbewerbssituation des betroffenen Unternehmens.[807] Die staatlich zurechenbaren Begünstigungen lassen sich von den übrigen wirtschaftsprotektionistischen Maßnahmen, die im Grunde letztlich alle infolge staatlicher Veranlassung zu marktwidrigen finanziellen Vorteilen von Unternehmen führen, daher nur dadurch abgrenzen, dass bei Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG der geldwerte Vorteil aus staatlichen Mitteln stammen muss.[808]

Das Erfordernis der Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln darf dabei im Übrigen nicht zu eng verstanden werden: Die Erweiterung des Begünstigungsbegriffes von Geldzahlungen auf alle geldwerten Vorteile zieht nämlich notwendig eine entsprechende Erweiterung des Begriffs der staatlichen, zur Erbringung einer Begünstigung einsetzbaren Mittel nach sich, so dass nicht nur diejenigen geldwerten Leistungen aus staatlichen Mitteln stammen, die - wie eine klassische Subvention - zu einer Geldausgabe des Staates führen, sondern auch alle geldwerten Leistungen, die der Staat in sonstiger Weise aus seinen Geld-, Vermögens- oder

---

[804] vgl. auch Martinez, DVBl. 2001, S. 882 (883)

[805] vgl. oben S. 104

[806] siehe oben S. 102 f.

[807] siehe schon oben S. 163 f.
So hat beispielsweise auch die Kommission entschieden, dass eine Preiserhöhung in regulierten Preissystemen eine staatliche Beihilfe darstellen kann, wenn die Verbraucher das Geld für Käufe bei den von der Regulierung betroffenen Unternehmen von einem System der sozialen Sicherheit erstattet erhalten (16. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, S. 145). In diesem Falle droht nun aber durch die staatlich vorgegebene Preiserhöhung nur und gerade deshalb nicht der mögliche kontraproduktive Effekt für die Unternehmen, den eine Preiserhöhung (beispielsweise in einem Mindestpreissystem) haben kann, indem die Preiserhöhung die Nachfrage sinken lässt, weil die Preiserhöhung hier nicht von den Käufern, sondern letztlich vom Staat finanziert wurde (zur beihilferechtlichen Zurechnung der Träger der Systeme der sozialen Sicherheit zum „Staat" siehe oben S. 123).

[808] vgl. Ose, S. 198 f.

Personalmitteln erbringt.[809] So setzt beispielsweise die Erbringung einer geldwerten Leistung aus staatlichen Vermögensmitteln nicht etwa voraus, dass die Leistungserbringung beim Staat zu einem tatsächlichen Vermögensabfluss führt. Aus staatlichen (Vermögens-)Mitteln stammt ein geldwerter Vorteil nicht erst dann, wenn es zu einer Verminderung des staatlichen Vermögensbestandes durch Übereignung des betreffenden Vermögensgegenstandes vom Staat auf das Unternehmen kommt, sondern bereits dann, wenn der Staat den Vermögensgegenstand zur Nutzung zur Verfügung stellt, sofern die Nutzungsüberlassung einen Marktwert hat und damit einen beihilferelevanten Vorteil darstellt.[810]

Zum Teil wird nun behauptet, das Erfordernis staatlichen Mitteleinsatzes schaffe (zu) viel Raum für staatliche Umgehungsversuche und somit Lücken im Wettbewerbsschutz, da der Staat die Zwischenschaltung einer staatlichen Einrichtung und damit die Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln leicht vermeiden könne, indem er eine Zwangsabgabe schaffe, die die zahlungspflichtigen Privaten unmittelbar an die begünstigten Unternehmen zu entrichten hätten.[811] Schon abgesehen davon, dass der Zwangscharakter der Maßnahme sowieso nicht als Abgrenzungskriterium für die staatliche Zurechnung in Frage kommen kann[812], lässt eine Begrenzung des Beihilfebegriffs auf Begünstigungen, die aus staatlichen Mitteln stammen, nach Ansicht des Verfassers auch keine Lücken im Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages offen, da solche staatlichen Maßnahmen dann regelmäßig von anderen wettbewerbsschützenden Normen des Vertrages erfasst sind.[813] So sind etwa staatlich angeordnete Mindestpreissysteme statt an Art. 87 EG an Art. 28 EG zu messen.[814]

Fraglich ist aber, inwieweit das Erfordernis staatlichen Mitteleinsatzes mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen ist. Verschiedentlich wird nämlich ausgeführt, der EuGH habe zumindest zwischenzeitlich in seiner Rechtsprechung staatlichen Mit-

---

[809] vgl. schon oben S. 113 ff.

[810] Dementsprechend hat das EuG in der Rs. T-95/94 denn auch zu Recht ausgeführt, dass die Überlassung von Räumen durch den Staat zu günstigeren Bedingungen als der marktüblichen Miete „auf eine Übertragung von Regierungsmitteln" hinausläuft (EuGH Slg. 1995, S. II-2651 (2672) [Sytraval und Brink's France/Kommission]).

[811] Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (1002 f.)

[812] siehe oben S. 165 f.; siehe dazu, inwieweit sich staatlich angeordnete Zwangsabgaben, die bestimmten Unternehmen direkt von den privaten Abgabenpflichtigen zufließen, auch in der Wirkung von Mitteln unterscheiden, die die Unternehmen von einer staatlichen Einrichtung erhalten, selbst wenn diese sich ihrerseits nur durch Zwangsabgaben refinanziert, im Übrigen auch unten S. 192 ff.

[813] so auch Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 403 (424); Soltész, EuZW 1998, S. 747 (753)

[814] siehe dazu EuGH Slg. 1985, S. 305 [Cullet/Leclerc]; EuGH Slg. 1985, S. 2915 [Procureur de la République/Leclerc]; EuGH Slg. 1991, S. I-2233 [Kommission/Belgien]
Im Rahmen der Untersuchung verschiedener beihilfeverdächtiger staatlicher Maßnahmen auf ihre Beihilfequalität im weiteren Fortgang dieser Arbeit wird sich zeigen, dass das Erfordernis staatlicher Mittel auch sonst nicht zu Lücken im vertraglichen Wettbewerbsschutzsystem führt (siehe dazu unten im 2. Teil (S. 206 ff.)).

teleinsatz nicht verlangt.[815] Die Rechtsprechung des EuGH wird insofern in drei Phasen aufgeteilt: In der ersten Phase (begründet durch das „van Tiggele"-Urteil) habe der EuGH staatlichen Mitteleinsatz gefordert, in der zweiten Phase (Urteile in den Fällen „Gasunie", „CNCA" und in der Rs. 57/86) sei er von dieser restriktiven Interpretation abgewichen, und in der dritten Phase (begründet durch die Urteile „Sloman Neptun" und „Kirsammer-Hack") sei der EuGH zu der ursprünglichen Formel aus „van Tiggele" zurückgekehrt.[816]

Außer Zweifel steht in der Tat, dass der EuGH zunächst in seinem grundlegenden Urteil in der Rs. 82/77 „van Tiggele" staatlichen Mitteleinsatz gefordert hat, indem er ausführte, dass eine Begünstigung bestimmter Unternehmen durch eine staatliche Maßnahme in Form der Festsetzung von Mindestpreisen keine Beihilfe sein könne, da der beihilferelevante Vorteil hier nicht aus staatlichen Mitteln stamme, sondern allein zu Lasten der Verbraucher, also privater Mittel gehe.[817] Nicht in Zweifel gezogen werden kann auch, dass der EuGH seit seinem Urteil in den Rs. C-72/91 und C-73/91 „Sloman Neptun" konsequent eine staatliche Mittelbelastung fordert, indem er immer wieder explizit feststellte, der Beihilfebegriff i.S.d. Art. 87 I EG erfasse nur Vorteile, die (unmittelbar oder mittelbar) aus staatlichen Mitteln finanziert würden.[818] Zu untersuchen bleibt somit allein, ob der EuGH in den drei angeführten Urteilen der „zweiten Phase" auf das Erfordernis staatlicher Mittelbelastung wirklich verzichtet und für die staatliche Zurechnung die bloße Möglichkeit staatlicher Einflussnahme auf die Mittelvergabe als ausreichend angesehen hat.[819]

Im Urteil in den Rs. 67/85, 68/85 und 70/85 herrschte Streit darüber, ob die von der NV Nederlandse Gasunie gewährte finanzielle Begünstigung aus staatlichen Mitteln finanziert war.[820] Für die Begründung der staatlichen Zurechnung knüpfte der EuGH aber ausdrücklich nur an das staatliche Verhalten an, indem er ausführte, dass eine Maßnahme als Beihilfe anzusehen sei, wenn ihre Festsetzung „auf eine Verhaltensweise des betroffenen Mitgliedstaats" zurückgehe.[821] Das Vorliegen eines staatlichen Mitteleinsatzes dagegen wurde vom Gericht

---

[815] Just, EWiR 2001, S. 423 (424); vgl. Streinz, JuS 2001, S. 596 (596 f.); Kühne, JZ 2001, S. 759; Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (992)

[816] Ruge, EuZW 2001, S. 247; so auch Streinz, JuS 2001, S. 596 (596 f.); Slotboom, ELR 20 (1995), S. 289 (294); vgl. Bartosch, NVwZ 2001, S. 643 (644)

[817] EuGH Slg. 1978, S. 25 (40 f.) [van Tiggele]
Von dieser Rechtsprechung ist der EuGH auch im Folgenden nie abgewichen: Staatliche Preisfestsetzungen hat er zukünftig allein an Art. 28 EG gemessen (siehe etwa EuGH Slg. 1985, S. 305 [Cullet/Leclerc]; EuGH Slg. 1985, S. 2915 [Procureur de la République/Leclerc]; EuGH Slg. 1991, S. I-2233 [Kommission/Belgien]).

[818] EuGH Slg. 1993, S. I-887 (933) [Sloman Neptun]; ebenso später EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6220) [Kirsammer-Hack]; EuGH Slg. 1998, S. I-2629 (2641) [Viscido u.a.]; EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2181) [Preussen-Elektra/Schleswag]

[819] so Ruge, EuZW 2001, S. 247

[820] EuGH Slg. 1988, S. 219 (229 und 236 f.) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]; vgl. auch GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2142) [PreussenElektra/Schleswag]

[821] EuGH Slg. 1988, S. 219 (270) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]

nicht ausdrücklich angesprochen.[822] Dies hat vielfach zu der Schlussfolgerung geführt, dass der Gerichtshof in diesem Urteil die Finanzierung aus staatlichen Mitteln nicht als Voraussetzung einer Beihilfe angesehen habe.[823] Die staatliche Zurechenbarkeit der Beihilfegewährung leitete der EuGH jedoch unter anderem aus der 50%igen staatlichen Kapitalbeteiligung an der Gasunie[824] und den aus dieser letztlich resultierenden Mitwirkungsbefugnissen des Staates bei der Tariffestsetzung ab[825], also gerade aus den Faktoren, die eine eigentumsähnliche staatliche Verfügungsmacht über die Gasunie begründen und die Mittel der Gasunie daher zu „staatlichen" Mitteln machen.[826] Da also in diesem Falle erstens eindeutig eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln gegeben war[827] und zweitens auch die Begründung des EuGH herangezogen werden kann, um dies herzuleiten, widerspricht diese Entscheidung nicht der Geltung des Erfordernisses staatlichen Mitteleinsatzes.[828]

In seinem Urteil in der Rs. 290/83 „CNCA" hat der EuGH sogar ausdrücklich ausgeführt, dass „staatliche Beihilfen nicht nur solche sind, die aus staatlichen Mitteln finanziert werden".[829] Isoliert gelesen spricht diese Aussage natürlich ganz eindeutig dafür, dass der EuGH hier staatlichen Mitteleinsatz nicht für erforderlich hielt. Das Problem ist hier jedoch letztlich weniger in einer fehlenden staatlichen Mittelbelastung zu sehen als vielmehr in der Tatsache, dass der EuGH in der Verwendung des Begriffes „staatlich" nicht immer konsequent ist, nämlich diesen Begriff zwar nicht immer, aber doch manchmal - und in diesem Falle offensichtlich auch - auf den Mitgliedstaat selbst beschränkt.[830] Im Beihilferecht ist der Begriff „Staat" aber in einem weiteren Sinne zu verstehen und nicht mit dem Begriff „Mitgliedstaat" gleichzusetzen.[831] Die Begünstigung war in der Rs. 290/83 nun zwar nicht unmittelbar aus Mitteln des Mitgliedstaates selbst finanziert (= „staatlichen" Mitteln i.e.S.), jedoch aus Mitteln der CNCA und damit aus sonstigen Mitteln, die im staatlichen Eigentum stehen oder einer vergleichbaren Verfügungsbefugnis des Staates unterliegen (= „staatlichen" Mitteln i.w.S.).[832] Und dessen war sich offensichtlich auch der EuGH bewusst, denn er hat in seinem Urteil immerhin ausdrücklich festgestellt, die Beihilfe sei „von einer öffentlichen Einrichtung

---

[822] so auch Häring, S. 88 und 97; GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2142) [PreussenElektra/Schleswag]
[823] GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2142 f.) [PreussenElektra/Schleswag]; so auch Bartosch, NVwZ 2001, S. 643 (644); Ruge, EuZW 2001, S. 247
[824] EuGH Slg. 1988, S. 219 (265) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]
[825] EuGH Slg. 1988, S. 219 (265 und 272) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]
[826] vgl. dazu oben S. 135 und 136 f.
[827] so auch Häring, S. 97; vgl. Schernthanner, S. 72; Soukup, S. 54
[828] so i.E. auch Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (1000)
[829] EuGH Slg. 1985, S. 439 (449) [Kommission/Frankreich („CNCA")]
[830] vgl. dazu unten S. 188 ff.
[831] siehe oben S. 108 ff.
[832] siehe dazu, dass die Mittel der beihilfegewährenden CNCA zu den „staatlichen" Mitteln im weitverstandenen, beihilferechtlichen Sinne zählen, oben S. 152

beschlossen **und finanziert** worden".[833] Der EuGH hat in diesem Urteil also nur die Finanzierung der Beihilfe aus „staatlichen" Mitteln i.e.S. verneint, eine Finanzierung aus „öffentlichen" Mitteln (= „staatlichen" Mitteln i.w.S.[834]) aber sogar ausdrücklich festgestellt. Damit ist auch diese Entscheidung entgegen dem ersten Eindruck problemlos mit dem Erfordernis einer Finanzierung der Beihilfe aus staatlichen Mitteln in Einklang zu bringen.

In der Rs. 57/86 ging es um Zinsvergünstigungen, die griechischen Exporteuren bei der Inanspruchnahme von Exportkrediten gewährt wurden.[835] Die griechische Regierung argumentierte, die Vergünstigung stamme nicht aus staatlichen Mitteln.[836] Zwar erhielten die Exporteure den Zinsnachlass in der Tat direkt von ihrer privaten, das Darlehen gewährenden Hausbank.[837] Jedoch wurden diese Zinsnachlässe durch entsprechende Überweisungen von Mitteln der Bank von Griechenland an die die Darlehen gewährenden privaten Banken rückfinanziert.[838] Die Beihilfe wurde so letztlich nicht aus den Mitteln der privaten Banken, sondern aus Mitteln der Bank von Griechenland finanziert[839], wie im Falle einer mittelbaren Beihilfe, bei der die begünstigten Unternehmen die Begünstigung zwar direkt aus den Händen privater Verbraucher erhalten, die die entsprechenden Mittel aber wiederum vom Staat erstattet bekommen.[840] Und die Mittel der als nationale Zentralbank[841] in staatlicher Trägerschaft stehenden[842] Bank von Griechenland stellen zweifelsfrei staatliche Mittel dar. Auch hier war also eindeutig eine Finanzierung der Beihilfe aus staatlichen Mitteln gegeben.

Missverständlich sind im Übrigen auch die Ausführungen des EuGH in seinem Urteil in der Rs. C-404/97, in dem es um die Rückforderung einer staatlichen Beihilfe in Form einer Staatsbürgschaft ging.[843] Mit seiner Aussage, dass der Beihilfebegriff i.S.d. Art. 87 I EG „nicht voraussetzt, dass staatliche Mittel an den Begünstigten transferiert werden"[844], wollte der EuGH aber letztlich bloß die Argumentation des portugiesischen Mitgliedstaates entkräften, der sich darauf berufen hatte, dass ihm eine Rückforderung des Beihilfevorteils nicht möglich sei, da die gewährte Bürgschaft nicht mit einer Zahlung oder mit einem sonstigen

---

[833] EuGH Slg. 1985, S. 439 (449) [Kommission/Frankreich („CNCA")] (Hervorhebung vom Verfasser)
[834] Eine Kennzeichnung von Mitteln als „öffentliche" Mittel bedeutet letztlich nichts anderes als eine Kennzeichnung als „staatliche" Mittel in einem weiteren Sinne (vgl. Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S.40).
[835] EuGH Slg. 1988, S. 2855 (2870) [Griechenland/Kommission]
[836] siehe EuGH Slg. 1988, S. 2855 (2862) [Griechenland/Kommission]
[837] EuGH Slg. 1988, S. 2855 (2863) [Griechenland/Kommission]
[838] EuGH Slg. 1988, S. 2855 (2863) [Griechenland/Kommission]
[839] vgl. GA Slynn in EuGH Slg. 1988, S. 2855 (2867) [Griechenland/Kommission]: „Beihilfe ... (wird) von ... der Bank von Griechenland gezahlt"
[840] ausführlich zu den sog. mittelbaren Beihilfen siehe unten S. 177 ff.
[841] Soukup, S. 55
[842] Häring, S. 120 f.
[843] siehe EuGH Slg. 2000, S. I-4897 (4925) [Kommission/Portugal]
[844] siehe EuGH Slg. 2000, S. I-4897 (4936) [Kommission/Portugal]

Transfer staatlicher Mittel an das begünstigte Unternehmen verbunden gewesen sei.[845] Auch hier liegt die Problematik in einem zu engen Verständnis des Begriffs der staatlichen Mittel begründet, der entsprechend der Erweiterung des Begünstigungsbegriffes auf alle geldwerten staatlichen Leistungen ebenfalls erweitert werden muss. Zwar werden im Rahmen der bloßen Übernahme einer Bürgschaft (noch) keine staatlichen ***Geld*mittel** transferiert, aber trotzdem liegt bereits in der staatlichen Verbürgung ein beihilferelevanter geldwerter Vorteil[846], und dessen Herkunft aus staatlichen Mitteln muss im vorliegenden Falle außer Frage stehen, da es schließlich der Staat war, der sich zu Lasten seiner Mittel verbürgt hatte.

Daher gab es in der Rechtsprechung überhaupt keine Phase, in der der EuGH tatsächlich das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG ohne staatlichen Mitteleinsatz bejaht hätte.[847] Wenn der EuGH in manchen Fällen in erster Linie auf die Möglichkeit des Staates, das Verhalten der beihilfegewährenden Institution zu bestimmen, abgestellt hat, um die staatliche Zurechnung herzuleiten, so ist ein solcher beherrschender Einfluss des Staates auf die betreffende Institution doch typischerweise (auch) ein Kennzeichen für eine eigentümerähnliche Inhaber- bzw. Trägerrolle des Staates. Eine solche Trägerfunktion des Staates führt aber dazu, dass die Mittel der die Beihilfe finanzierenden Einrichtung bereits selbst als „staatlich" anzusehen sind, so dass sich weitere, ausdrückliche Feststellungen zur staatlichen Mittelbelastung erübrigten.[848]

Somit spricht alles dafür, das eindeutig über die staatliche Zurechnung einer Begünstigung entscheidende Kriterium im staatlichen Mitteleinsatz zu sehen.

### gg) Weitere Zurechnungsansätze, die aber bloß dem Erfordernis staatlichen Mitteleinsatzes gleichkommen

Vereinzelt tauchen noch weitere Ansätze für die Bestimmung der staatlichen Zurechnung auf, die sich aber - zumindest bei vernünftigem Verständnis - letztlich mit der Forderung nach einer Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln decken.

---

[845] so die portugiesische Regierung in EuGH Slg. 2000, S. I-4897 (4932) [Kommission/Portugal]
[846] siehe dazu unten S. 212
[847] so auch Nagel, ZUR 2001, S. 263 (264)
[848] vgl. auch Gellermann, DVBl. 2000, S. 509 (513)

**(1) Finanzielle Natur der Maßnahme**

*Schernthanner* versucht, den Zurechnungszusammenhang zwischen staatlicher Maßnahme und geldwertem Vorteil des Unternehmens dadurch herzustellen, dass sie nur **finanzielle Maßnahmen** der öffentlichen Hand als beihilferelevant ansieht.[849]

Dabei erkennt sie im Grunde selbst, dass das Erfordernis der finanziellen Natur nur ein Kriterium ist, das die Begünstigung näher kennzeichnen kann, nicht aber deren staatliche Zurechenbarkeit.[850] Die Definition der Begünstigung als finanzieller (sprich: geldwerter[851]) Vorteil hilft aber bei der Klärung der Frage der staatlichen Zurechenbarkeit noch nicht weiter, denn für eine staatliche Zurechnung ist ein zusätzlicher Wirkungszusammenhang zwischen dem staatlichen Verhalten und dem dadurch bewirkten finanziellen Vorteil eines Unternehmens erforderlich.[852]

*Schernthanner* führt sodann jedoch aus, die von ihr geforderte finanzielle Natur der Begünstigung bedeute mehr als eine bloße Finanzmittelwirksamkeit beim Empfänger.[853] Die finanzielle Natur der Begünstigung will sie stattdessen dadurch kennzeichnen, dass diese zwar nicht zu einer **Belastung**, aber zu einer **Involvierung staatlicher Mittel** führen müsse.[854] Dabei ist aber unklar, was mit dieser „Involvierung" staatlicher Mittel gemeint sein soll, wenn nicht eine Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln. Das Problem liegt offensichtlich darin, dass *Schernthanner* den Begriff der staatlichen Mittelbelastung viel zu eng versteht und mit einem **Finanzopfer** des Fiskus gleichsetzt.[855] Die Erbringung der Beihilfe aus staatlichen Mitteln setzt bei richtigem Verständnis aber gar kein „Finanzopfer" in Form eines Abflusses staatlicher Finanzmittel voraus, da zu den staatlichen Mitteln nicht nur Finanzmittel zu zählen sind. Der Begriff der staatlichen Mittelbelastung ist stattdessen viel weiter zu verstehen: Erforderlich und ausreichend ist insoweit, dass der Staat die geldwerte Leistung aus seinen (Geld, Vermögens- oder Personal-)Mitteln erbringt.[856] Wenn man aber den Begriff der staatlichen Mittelbelastung in einem solch weiten Sinne auffasst, dürfte die von *Schernthanner* geforderte „Involvierung" staatlicher Mittel letztlich immer auch eine Belastung staatlicher Mittel bedeuten.

---

[849] Schernthanner, S. 60 f.
[850] Schernthanner, S. 75 f.
[851] siehe dazu, dass die Begriffe finanzieller Vorteil und geldwerter Vorteil synonym zu verwenden sind, oben S. 43 f.
[852] siehe oben S. 158 f.
[853] Schernthanner, S. 76
[854] Schernthanner, S. 60 f.
[855] siehe Schernthanner, S. 60 und 74
[856] siehe oben S. 167 f.

**(2) Vorteilstransfer, insbesondere Output-Input-Modell**

Als entscheidend für die staatliche Zurechnung wird es zum Teil auch angesehen, dass die staatliche Maßnahme einen **Vorteils*transfer*** beinhaltet.[857]

Das Modell des Vorteilstransfers hat insbesondere *Modlich* mit seinem „Output-Input-Modell" näher herausgearbeitet: Bei der Beihilfe müsse ein Transferweg im Sinne eines Output-Input-Modells nachgezeichnet werden können.[858] Vom staatlichen Begünstiger müsse ein geldwerter Transfer bis zum begünstigten Unternehmen feststellbar sein.[859] Einem finanziellen Input beim Unternehmen stehe bei einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG immer ein entsprechender Output beim Staat gegenüber.[860] Der staatliche Output müsse dabei quantitativ und qualitativ dem unternehmerischen Input entsprechen.[861]

Verfolgt wird mit diesem Modell das prinzipiell richtige Anliegen[862], diejenigen Vorteile, die aus der staatlichen Zuwendung selbst resultieren, von solchen Vorteilen abzugrenzen, für deren Erwirtschaftung die staatliche Maßnahme nur die Voraussetzungen schafft, die aber erst infolge der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens entstehen.[863]

Schon die Forderung, dass dem unternehmerischen Input ein entsprechender Output des Staates gegenüberstehen müsse, zeigt aber, dass das Output-Input-Modell bei vernünftigem Verständnis der Forderung nach einer staatlichen Mittelbelastung gleichkommen muss, denn fraglich ist, worin der staatliche „Output" denn überhaupt liegen sollte, wenn nicht in einem (weit zu verstehenden) Einsatz staatlicher Mittel. Das Output-Input-Modell kann somit letztlich nichts anderes bedeuten als die Forderung nach einer Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln.[864]

**(3) Kehrseite bzw. Stoffgleichheit**

Teilweise ist auch die Rede davon, dass es für die Bestimmung des Staates als Geber einer Beihilfe darauf ankomme, wo der Mittelverlust auftrete, der die **Kehrseite** zum Beihilfevor-

---

[857] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 58 ff.; vgl. auch Pape, S. 27
[858] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 60 f.; genauso Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (755)
[859] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 69
[860] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 61; genauso Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (755)
[861] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 68 f.
[862] vgl. hierzu schon oben S. 8 f.
[863] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 69; Modlich, GewArch 1996, S. 227 (230)
[864] anders allerdings Modlich selbst, der auch Beihilfen aus privaten Mitteln, die aufgrund staatlicher Einflussnahme geleistet werden, als staatlich zurechenbare Beihilfen ansehen will (Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 42)

teil darstelle.[865] Die Einschaltung Privater in die Abwicklung der Beihilfe hindere das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG nicht, solange die Beihilfeleistung letztlich aus staatlichen Mitteln stamme.[866]

Die Feststellung, der staatliche Mittelverlust stelle die Kehrseite der Begünstigung dar, bedeutet damit zwar offensichtlich nichts anderes als die Forderung nach einer Finanzierung der Begünstigung aus staatlichen Mitteln. Die Bezeichnung des staatlichen Mitteleinsatzes als „Kehrseite" der Begünstigung ist aber trotzdem von besonderem Erkenntniswert, weil sie mit der Umschreibung, dass Begünstigung und staatlicher Mitteleinsatz letztlich bloß zwei Seiten derselben Medaille seien, in anschaulicher Weise auf eine wichtige Tatsache hinweist, und zwar darauf, dass Begünstigung und staatlicher Mitteleinsatz **sich der Höhe nach entsprechen**, wie im Folgenden näher nachzuweisen ist:

Bei der klassischen Subvention in Form der Zahlung eines Geldbetrags durch den Staat an ein Unternehmen ist es ganz deutlich, dass der geldwerte Vorteil des Unternehmens sich der Höhe nach exakt mit der staatlichen Ausgabe, also der staatlichen (Geld-)Mittelbelastung deckt. Dasselbe gilt aber auch bei Beihilfen in Form anderer geldwerter Vorteilsgewährungen seitens des Staates, sofern man der Berechnung des staatlichen Mitteleinsatzes nur den richtigen Bewertungsmaßstab zugrunde legt und die vom Staat zu Lasten seiner Mittel erbrachte Leistung mit ihrem **Marktwert** beziffert, was allein richtig sein kann.[867] Ob bzw. in welcher Höhe dem Staat für die Vorteilszuwendung dagegen tatsächliche (Geld-)Ausgaben entstehen, ist irrelevant: „Verschenkt" der Staat beispielsweise ein ihm gehörendes Grundstück mit einem Marktwert von 500.000 Euro an ein Unternehmen, so entstehen ihm hierfür zwar keine Ausgaben, da der Staat das Grundstück ja nicht noch erwerben musste, sondern es ihm bereits gehörte, aber trotzdem eine Belastung seiner (Vermögens-)Mittel i.H.v. 500.000 Euro, um die er das Grundstück dem Unternehmen zu preiswert überlassen hat. Auch hier entspricht die Höhe der staatlichen Mittelbelastung also genau der Höhe des geldwerten Vorteils, den das begünstigte Unternehmen erhalten hat.

Für **alle** marktwidrigen geldwerten Vorteile, die der Staat aus seinen Mitteln erbringt, gilt: „Vorteil" des Unternehmens (= Höhe der Begünstigung) und „Nachteil" des Staates (= Höhe der staatlichen Mittelbelastung) sind **notwendig gleich groß**, da sie jeweils aus der Differenz der gegenseitig erbrachten Leistungen zu errechnen sind. Die Begünstigung des Unternehmens ergibt sich daraus, dass der (Markt-)Wert der staatlichen Leistung den (Markt-)Wert der Gegenleistung des Unternehmens übersteigt. Die staatliche Mittelbelastung entsteht umge-

---

[865] Wieberneit, S. 335; Hoischen, S. 32 f.; Koschyk, S. 37 f.
[866] Hoischen, S. 32 f.
[867] vgl. dazu oben S. 47 f.

kehrt daraus, dass der Staat für die von ihm aus seinen Mitteln erbrachte Leistung nicht deren (Markt-)Wert, sondern nur eine Gegenleistung des Unternehmens mit geringerem - oder gar ganz ohne - (Markt-)Wert erhält. Die Mittelbelastung des Staates resultiert also daraus, dass er einen geldwerten Vorteil, den er durch Einsatz seiner (Geld-, Vermögens- oder Personal-) Mittel erbringt, unter dessen Marktwert abgibt.

Dies verkennt *Slotboom*, wenn er ausführt, dass ein Darlehen, das der Staat zu einem Zinssatz von 9% einem Unternehmen gewähre, obwohl der Zinssatz für ein vergleichbares Darlehen auf dem Markt 10% betrage, zu keiner Belastung staatlicher Mittel führe, wenn der Staat das Geld anderweitig zu 8% leihen könne.[868] Dabei erleidet der Staat sehr wohl einen geldwerten Nachteil zu Lasten seiner Mittel, wenn er ein Darlehen, das 10% „wert" ist, zu 9% vergibt. Insbesondere kann es - entgegen der Ansicht von *Slotboom* - für die Ermittlung der staatlichen Mittelbelastung absolut keine Rolle spielen, wie viel der Staat für die Beschaffung seiner Mittel aufwenden muss. Immerhin erhält der Staat gerade seine Haupteinnahmen, nämlich die Steuergelder, gewissermaßen „kostenlos", so dass *Slotboom* konsequenterweise eigentlich zu dem - ersichtlich unsinnigen - Ergebnis kommen müsste, dass eine Beihilfevergabe aus Steuergeldern zu keiner staatlichen Mittelbelastung führt, weil der Staat diese Mittel seinerseits unentgeltlich erhalten hat. Auch hier muss wieder gelten, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommen kann, wie die staatliche Einrichtung zu ihren Mitteln gekommen ist.[869] Die Belastung staatlicher Mittel ergibt sich im Beispielsfalle also daraus, dass der Staat das Darlehen aus seinen Mitteln um 1% zu günstig vergeben hat und deckt sich daher ganz automatisch der Höhe nach mit dem Vorteil des Unternehmens, das das Darlehen um 1% zu günstig erhalten hat.

Die staatliche Mittelbelastung anschaulich als „Kehrseite" der Begünstigung zu bezeichnen, macht folglich auch und gerade deshalb Sinn, weil Begünstigung des Unternehmens und Mittelbelastung des Staates im Grunde nur eine Betrachtung der Vorteilsgewährung von verschiedenen Seiten darstellen: Das Unternehmen erhält den geldwerten Vorteil genau in dem Maße marktwidrig zu günstig vom Staat, in dem der Staat ihn zu Lasten seiner Mittel zu günstig abgibt.[870]

---

[868] Slotboom, ELR 20 (1995), S. 289 (289 f.)

[869] vgl. dazu schon oben S. 152 ff.

[870] Eine Besonderheit ist freilich bei **mittelbaren Beihilfen** zu beachten: Hier kann es vorkommen, dass die staatlich gewährte Begünstigung zwischen mehreren Personen aufgeteilt wird. So ist es beispielsweise möglich, dass bei einer mit der Verpflichtung zum Kauf bestimmter Produkte verbundenen monetären Unterstützung von Verbrauchern sowohl die Verbraucher als auch die Unternehmen **anteilig** von dem staatlich gewährten geldwerten Vorteil profitieren (siehe dazu unten S. 186). Die (mittelbare) **Begünstigung *des Unternehmens*** fällt hier dann natürlich geringer aus als die staatliche Mittelbelastung insgesamt durch die aus staatlichen Mitteln erbrachte Leistung, weil das Unternehmen sich den aus staatlichen Mitteln gewährten Vorteil schließlich mit dem Verbraucher teilen muss. Trotzdem gilt auch hier, dass die Höhe der „**Gesamtbegünstigung**", die ja bloß antei-

Genauso könnte man im Übrigen auch von einer **Stoffgleichheit** zwischen dem die Beihilfe ausmachenden Vorteil und dem staatlichen Mitteleinsatz reden.[871]

**hh) Fazit**

Der staatliche Mitteleinsatz ist das einzige Kriterium, das es ermöglicht, zwischen der nicht beihilferelevanten Vermittlung marktwidriger geldwerter Vorteile an Unternehmen, die bloß kausal auf einem staatlichen Verhalten beruhen, und Sachverhalten, die die typische Beihilfewirkung haben, nämlich wie eine Vorteilsgewährung unmittelbar durch den Staat selbst wirken, zu unterscheiden. Staatlich zurechenbar und damit eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG ist ein dem Unternehmen zufließender marktwidriger geldwerter Vorteil bei Einschaltung nichtstaatlicher Dritter in die Vorteilsgewährung also nur dann, wenn die Begünstigung letztlich aus staatlichen Mitteln stammt.

**b) Folgerungen für die Einschaltung Dritter in die Beihilfevergabe, insbesondere: Die Anforderungen an mittelbare Beihilfen**

Entscheidend für die staatliche Zurechnung einer Beihilfe ist nach den soeben getätigten Feststellungen die Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln. Die Einschaltung nichtstaatlicher Dritter in die Gewährung der Begünstigung verhindert also die staatliche Zurechnung nicht, solange nur die Mittel, aus denen das begünstigte Unternehmen den marktwidrigen geldwerten Vorteil erhält, vom Staat stammen. Es kommt daher nicht auf die Art und Weise der Mittelgewährung oder die auszahlende Stelle an, sondern ausschließlich darauf, wo letztlich der aus der Erbringung der Begünstigung entstehende „Mittelverlust" tatsächlich eintritt.[872]

Unproblematisch ist die staatliche Zurechnung grundsätzlich dann zu bejahen, wenn dem begünstigten Unternehmen die Begünstigung unmittelbar von einer beihilferechtlich zum

---

lig aufgeteilt wird in eine Begünstigung des Unternehmens und eine Begünstigung des Verbrauchers, der Höhe der staatlichen Mittelbelastung entspricht (siehe dazu, dass der staatlich gewährte Vorteil in der Höhe weder wachsen noch schrumpfen, sondern nur zwischen den verschiedenen Empfängern aufgeteilt werden kann, unten S. 186), nur dass die **Begünstigung** ***des Verbrauchers*** aus dem Grunde nicht Art. 87 I EG unterfällt, weil diese Norm nur eine Begünstigung von Unternehmen erfasst.

[871] so Martinez, DVBl. 2001, S. 882 (884); anders Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 60 und Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (753), die der Forderung nach einer Stoffgleichheit von staatlichem Mitteleinsatz und Begünstigung eine Absage erteilen, was aber vor allem darauf zurückzuführen ist, dass sie die beihilferechtliche Stoffgleichheit unglücklich in Anlehnung an den Begriff der Stoffgleichheit definieren wollen, wie er im Rahmen des Betrugstatbestandes des § 263 des deutschen Strafgesetzbuchs verwendet wird, indem sie ein Beruhen von staatlichem Mitteleinsatz und Begünstigung des Unternehmens auf derselben Verfügung fordern

[872] Frick, S. 23

„Staat" zu zählenden Einrichtung zugewandt wird. Solange die beihilferelevante Leistung direkt von der staatlichen Einrichtung an den Begünstigten erbracht wird, kann normalerweise[873] kein Zweifel daran bestehen, dass die Beihilfeleistung aus staatlichen Mitteln stammt, da die „staatlichen" Einrichtungen sich ja gerade auch dadurch auszeichnen, dass man die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel als „staatlich" anzusehen hat.[874]

Die Vorteilsgewährung muss aber nicht unbedingt unmittelbar von einer staatlichen Stelle an den Begünstigten geschehen, sondern sie kann auch mittelbar über die Einschaltung Dritter (vor allem privater Verbraucher oder Unternehmen) erfolgen.[875] Solche Beihilfen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass keine direkte Leistungsbeziehung zwischen dem staatlichen Subventionsgeber und dem begünstigten Unternehmen besteht, also das Unternehmen die Begünstigung nicht unmittelbar vom Staat, sondern aus den Händen eines nicht-staatlichen Dritten erhält, werden allgemein als **mittelbare Beihilfen** bezeichnet.[876] Dass auch mittelbare Begünstigungen vom Beihilfeverbot erfasst sind, ist heutzutage im Grunde unbestritten.[877]

Das Paradebeispiel für die Einschaltung eines nicht-staatlichen Dritten im Rahmen einer mittelbaren Begünstigungsgewährung ist die **Einschaltung privater Verbraucher**, denen vom Staat eine finanzielle Begünstigung mit der Auflage gewährt wird, diese an bestimmte Unternehmen - etwa durch den Erwerb bestimmter Produkte - weiterzuleiten[878], auch wenn die mittelbare Begünstigung eines Unternehmens durch den Staat genauso durch die **Einschaltung eines dritten Unternehmens** statt des Verbrauchers erfolgen kann.[879]

Wenn das Unternehmen die begünstigende Leistung unmittelbar von einem Privaten erhält, ist die Erbringung der Beihilfe zu Lasten staatlicher Mittel jedoch nicht in gleicher Weise offensichtlich, als wenn dem Unternehmen die Leistung direkt vom staatlichen Beihilfegeber zugewandt wird. Stattdessen bedarf es regelmäßig besonderer Begründung, warum der formal durch einen Privaten an das Unternehmen geleistete Vorteil materiell dennoch aus Mitteln des Staates stammt, denn von Privaten aus ihren eigenen Mitteln erbrachte Leistungen fallen nicht unter Art. 87 I EG. Diese Anforderungen an mittelbar gewährte Begünstigungen sollen im Folgenden näher herausgearbeitet werden.

---

[873] Nur ganz ausnahmsweise kann es dazu kommen, dass ein geldwerter Vorteil, den das Unternehmen unmittelbar von einer als „staatlich" einzustufenden Einrichtung erhält, nicht als staatlich zurechenbare Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG anzusehen ist (siehe dazu unten S. 192 ff. und S. 198 ff.).

[874] vgl. oben S. 152 ff.

[875] G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 7

[876] Ose, S. 68; Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743

[877] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 60 f.; G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 7; Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (747); Parish, ELR 27 (2002), S. 628

[878] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 61

[879] Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743; siehe als Beispielsfall einer über andere private Unternehmen gewährten mittelbaren Beihilfe etwa EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6893) [Deutschland/Kommission]

**aa) Staatliche Gewährung eines marktwidrigen geldwerten Vorteils an einen Privaten**

Dass eine geldwerte Leistung, die ein Unternehmen von einem Privaten erhält, aus staatlichen Mitteln stammen kann, setzt zunächst voraus, dass der Private vom Staat eine entsprechende Mittelzuwendung erhält, denn ein Privater kann typischerweise nur über eigene und nicht über staatliche Mittel verfügen[880], so dass er auch Leistungen an Unternehmen grundsätzlich nur zu Lasten seiner eigenen, privaten Mittel erbringen kann. Nur wenn der Staat dem Privaten eine Mittelzuwendung macht, kann die vom Privaten erbrachte Leistung überhaupt aus staatlichen Mitteln stammen, indem nämlich der Private die erhaltenen staatlichen Mittel an das Unternehmen weiterleitet. Erste Voraussetzung für die Annahme einer mittelbaren Begünstigung ist also, dass eine staatliche Einrichtung dem Privaten eine begünstigende Leistung aus ihren Mitteln zuwendet.

Unerheblich ist dabei, in welcher Form der Private den marktwidrigen geldwerten Vorteil vom Staat erhält. Genauso wie bei einer unmittelbaren Begünstigungsgewährung kommt hier nicht nur eine Geldzahlung des Staates in Frage, sondern auch jede sonstige unentgeltliche Gewährung geldwerter Vorteile. Ebenso gleichgültig ist es, ob der Private die staatliche Leistung erhält, bevor er seinerseits die Leistung an das Unternehmen erbracht hat oder ob er die eingesetzten Mittel erst im Nachhinein vom Staat erstattet bekommt.[881] Sichergestellt sein muss freilich, **dass** er eine entsprechende Mittelerstattung vom Staat bekommt, da man nur dann die vom ihm an das Unternehmen erbrachte Leistung als letztlich zu Lasten staatlicher Mittel erbracht ansehen kann.

**bb) Weitergabeverpflichtung des privaten Empfängers an bestimmte Unternehmen**

Eine mittelbare Beihilfe kann weiterhin nur dann vorliegen, wenn durch eine Verwendungsauflage zu Lasten des Privaten die Verwendung des Vorteils zu Gunsten des mittelbar Begünstigten gesichert ist[882], denn erst die Verwendungsauflage stellt sicher, dass der aus staatlichen Mitteln stammende geldwerte Vorteil nicht bei seinem unmittelbaren Empfänger verbleibt, sondern an das letztlich begünstigte Unternehmen weiterfließt. Die Verwendungsauflage bewirkt, dass die Mittel für den Privaten gewissermaßen nur einen durchlaufenden Posten darstellen und so staatliche Mittel bleiben. Wenn der Private die Mittel dagegen zur freien,

---

[880] vgl. oben S. 115

[881] Ein Beispiel für eine solche nachträgliche Erstattung ist etwa eine Ermäßigung der Kraftfahrzeugsteuer, die ein Verbraucher nach dem Kauf eines abgasarmen Autos erhält (vgl. Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (180)).

[882] allg. Auffassung: vgl. nur Schernthanner, S. 81; Rodi, S. 157; Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (753)

eigenen Verfügung erhält und der Staat auf ihre weitere Verwendung keinen Einfluss mehr hat, werden sie zu privaten Mitteln.[883] Ob die Mittel überhaupt je einem Unternehmen zufließen oder dauerhaft beim Privaten verbleiben, hat dann nämlich allein dieser in der Hand. Erbringt er aus diesen Mitteln irgendwann später vielleicht doch noch eine Leistung an ein Unternehmen, so handelt es sich um eine Leistung aus eigenen Mitteln des Privaten.

Nicht jede Mitverfügungsbefugnis des Privaten macht die Mittel jedoch bereits zu seinen eigenen. Dass die Auszahlung einer Subvention beispielsweise durch private Banken dem staatlichen Charakter der Subventionsmittel nicht entgegensteht, selbst wenn die Entscheidung über die eigentliche Vergabe der Subvention im Einzelfalle bei der Bank liegt, ist allgemein anerkannt.[884] Die Vorgaben für den Privaten müssen aber so weitgehend sein, dass dieser letztlich nur als **Auszahlungsstelle** für die staatlichen Mittel fungiert. Die staatliche Zuwendung an den privaten Empfänger muss daher mit einer **Verwendungsauflage zu Gunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige** verknüpft sein.[885] Ohne eine solche Verwendungsauflage wird mit der staatlichen Zuwendung allein der private Empfänger der Leistung subventioniert, indem seine allgemeine Nachfragemacht gestärkt wird.[886] Andernfalls könnte man im Grunde jede Subventionierung Privater zu einer mittelbaren Unternehmenssubvention i.S.d. Art. 87 I EG erklären, da eine Subvention zu Gunsten eines Privaten immer dessen Kaufkraft erhöht und sich so auch positiv auf die Unternehmen auswirkt, bei denen er das Geld dann irgendwann ausgibt.[887]

Allerdings darf die Bezeichnung des Privaten als „Auszahlungsstelle" für die staatlichen Mittel auch nicht fälschlich zu einem zu engen Verständnis der Vorteilsweiterleitung führen. Der Vorteil, den der Private weitergibt, muss nämlich **nicht derselbe** wie der vom Staat erhaltene Vorteil sein. Dass alle mit einem Geldwert bezifferbaren Vorteile aus beihilferechtlicher Sicht die gleiche subventionierende Wirkung haben, betrifft insofern nicht nur die staatliche Vorteilsgewährung, sondern auch die Vorteilsweitergabe an den Begünstigten. So kann beispielsweise ein privater Verbraucher einen geldwerten Vorteil i.H.v. 1.000 Euro, den er durch einen Verschonungssachverhalt in Form eines staatlichen Steuerverzichts für den Kauf

---

[883] zum Zusammenhang zwischen Verfügungsbefugnis und Zuordnung der Mittel zu einer Person als „eigene" vgl. schon oben S. 114 f.

[884] vgl. Koschyk, S. 49 f.; Hoischen, S. 43; Bleckmann, Subventionsrecht, S. 13; Palombini, Staatsbürgschaften, S. 37 f.; Vademekum der Kommission über staatliche Beihilfen, S. 3

[885] Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (750 f.)
Erst die Verwendungsauflage stellt bei mittelbaren Beihilfen auch die von Art. 87 I EG geforderte **Selektivität** der Beihilfe her (Dies verkennt Heidenhain, EuZW 2000, S. 729 (729 f.)). Gerade bei verbrauchervermittelten Beihilfen ist offensichtlich, dass der unmittelbare Empfänger der staatlichen Zuwendung kein Unternehmen ist, so dass erst die Verwendungsauflage sicherstellen kann, dass der Vorteil bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommt.

[886] vgl. Haverkate/Huster, S. 367

[887] Frick, S. 51 f.; Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (761)

eines schadstoffarmen Autos erhält, auch durch eine positive Leistung an den Fahrzeughersteller weitergeben, indem er das Fahrzeug beim Hersteller bar bezahlt. **In welcher Form** die Weitergabe des vom Staat erhaltenen geldwerten Vorteils erfolgt, ist unerheblich; entscheidend ist nur, **dass** ein entsprechender Vorteil weitergegeben werden muss, also im Beispielsfalle der Verbraucher die staatliche Zuwendung nur dann erhält, wenn er das subventionierte Produkt auch kauft, denn so ist sichergestellt, dass der Private mit der Zahlung des Kaufpreises den erhaltenen Vorteil im Werte von 1.000 Euro an das Unternehmen weiterleiten muss. Der Private kann dabei aber **keinen höheren** geldwerten Vorteil weitergeben, als er vom Staat erhalten hat, da die Begünstigung letztlich aus staatlichen Mitteln stammen muss. Die staatlich zurechenbare Subventionierung zu Gunsten des Fahrzeugherstellers pro verkauftes Auto kann daher nicht höher sein als 1.000 Euro, denn soweit die Kaufpreiszahlung für das Fahrzeug 1.000 Euro übersteigt, ist die geldwerte Leistung an das Unternehmen aus Mitteln des Privaten und nicht des Staates finanziert. Durch die geldwerte Zuwendung, die der Private vom Staat erhält, wird also zwar die (maximale) Höhe, nicht aber die Art des weiterzugebenden Vorteils vorgegeben.

Auch die erforderliche Sicherheit, **dass** der Vorteil vom privaten Empfänger an bestimmte Unternehmen weiterfließt, kann auf ganz unterschiedliche Weise erreicht werden. Die Vorteilsweiterleitung muss nicht unbedingt auf staatlich verpflichtender Anordnung beruhen, sondern ausreichend ist es, dass sie zumindest faktisch als gesichert erscheint. Wenn der Staat beispielsweise einem Unternehmen Zuwendungen zur Abdeckung von Verlusten gewährt, die zu übernehmen sich ein anderes Unternehmen verpflichtet hatte, so ist durch diese Vereinbarung der beiden privaten Unternehmen untereinander ebenfalls sichergestellt, dass der direkte Empfänger der staatlichen Zahlung einen entsprechenden geldwerten Vorteil an das zur Verlustübernahme verpflichtete Unternehmen weiterleiten muss, das infolge der staatlichen Zuwendung nämlich automatisch in gleicher Höhe von Zahlungsverpflichtungen an den Empfänger frei wird.[888]

---

[888] vgl. die Entscheidungen in den Rs. T-237/99 R sowie C-382/99: Die Lieferanten von Mineralöl hatten sich hier verpflichtet, einen den Tankstellen entstehenden Verlust aus dem Verkauf von Mineralöl (zumindest anteilig) zu übernehmen, so dass der den Tankstellen gezahlte Verlustausgleich insoweit in Wirklichkeit den zur Verlusttragung verpflichteten Mineralölgesellschaften zugute kam. Die Kommission nahm daher zu Recht eine mittelbare Beihilfe zu Gunsten der Mineralölgesellschaften an (siehe EuGH Slg. 2000, S. II-3849 (3857 f.) [BP Nederland u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-5163 (5221 f.) [Niederlande/Kommission]), worin sie auch vom EuGH bestätigt wurde (EuGH Slg. 2002, S. I-5163 (5224) [Niederlande/Kommission]).

**cc) Verortung der Begünstigung im Verhältnis zwischen privatem Empfänger und Unternehmen**

Aber selbst die Pflicht des privaten Empfängers, die vom Staat erhaltene Zuwendung zu Gunsten bestimmter Unternehmen (z.B. für den Erwerb ihrer Produkte) zu verwenden, reicht noch nicht aus, um eine mittelbare Unternehmensbegünstigung anzunehmen.[889] Wenn die betreffenden Unternehmen nämlich dem Empfänger trotz der staatlichen Zuwendung ihre Produkte zu einem marktüblichen Preis verkaufen, so liegt für die Unternehmen ein marktübliches entgeltliches Rechtsgeschäft vor und keine marktwidrige Begünstigung: Zwar erhalten die Unternehmen hier vom Empfänger eine **geldwerte Leistung**, die letztlich auch aus staatlichen Mitteln stammt. Da sie hierfür jedoch eine gleichwertige Gegenleistung erbringen, erhalten sie den geldwerten Vorteil **nicht marktwidrig** unentgeltlich.[890] Es ist vielmehr der Empfänger, der hier vom Staat die begünstigende, unentgeltliche Zuwendung erhalten hat: Zwar muss er den unentgeltlich vom Staat erhaltenen geldwerten Vorteil zu Gunsten bestimmter Unternehmen verwenden, verliert dadurch aber letztlich nicht dessen Geldwert, weil er den erhaltenen Vorteil beim Unternehmen gewissermaßen nur „eintauschen" muss gegen eine zwar andere, aber eben **gleichwertige** Leistung, die er als Gegenleistung erhält.
Andernfalls würden auf dem Umweg der mittelbaren Beihilfe Maßnahmen in den Beihilfebegriff einbezogen, die bei direkten staatlichen Mittelzuwendungen beihilfefrei sind: Selbst direkt vom Staat stammende Geldleistungen stellen nämlich nicht schon dann Beihilfen dar, wenn sie bloß eine Erhöhung der Geldeinnahmen im Wege einer Absatzsteigerung des Unternehmens bewirken, sondern erst dann, wenn das Unternehmen für diese Gelder keine angemessene Gegenleistung erbringt, also die geldwerte Zuwendung im Verhältnis zur Gegenleistung des Unternehmens überhöht ist.[891]
Wird durch die staatliche Zuwendung also nur die Leistung des Unternehmens für den privaten Verbraucher günstiger gemacht, liegt eine **Begünstigung des Verbrauchers** vor. Die Verwendungsauflage bewirkt bei den Unternehmen in diesem Falle bloß, dass die Nachfrage auf bestimmte (regelmäßig inländische) Unternehmen gelenkt wird.[892] Eine solche Diskriminierung ausländischer Anbieter durch die Verwendungsauflage berührt aber nicht die in Art.

---

[889] so richtig Ose, S. 71 f.; anders etwa G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 55
[890] vgl. Ose, S. 71 f.
[891] zur Berechnung der Begünstigung als Differenz von Leistung und Gegenleistung siehe oben S. 91; vgl. dazu, dass nicht schon ***erhöhte*** staatliche Geldzuwendungen, die zu einer Absatzsteigerung führen, sondern erst ***überhöhte*** staatliche Geldzuwendungen, für die das Unternehmen keine marktgemäße Gegenleistung erbringt, Beihilfequalität haben, auch unten S. 244 f.
[892] Ose, S. 71 f.

87 EG, sondern die in den Grundfreiheiten angesprochenen Schutzobjekte des EG-Vertrages.[893] Nur wenn die Zuwendung eine Erhöhung der Preise bewirkt, die das Unternehmen für seine Gegenleistung erhält, liegt eine **(verbrauchervermittelte) Unternehmensbegünstigung** vor.

Veranschaulicht sei dies an einem Beispiel: Die Preise auf dem Wohnungsmarkt mögen so hoch sein, dass finanzschwache Bürger Probleme haben, die Mietkosten für eine Wohnung aufzubringen. Der Staat beschließt daher, ihnen pro Monat 300 Euro Mietunterstützung zu zahlen. Kann ein Verbraucher, der aus eigenen Mitteln nur 200 Euro Miete aufbringen könnte, sich jetzt aufgrund der staatlichen Zuzahlung eine Wohnung leisten, die zum (marktgerechten) Preis von 500 Euro angeboten wird, so erhält trotz der Verpflichtung, das Geld für Mietzahlungen auszugeben, **er** den marktwidrigen geldwerten Vorteil, da er für die von ihm aufgebrachten 200 Euro eine Gegenleistung im Werte von 500 Euro bekommt. Der Vermieter dagegen erhält für seine Leistung im Werte von 500 Euro bloß den marktgerechten Mietzins i.H.v. 500 Euro. Die 300 Euro, die letztlich aus staatlichen Mitteln stammen, fließen hier zwar an den Vermieter weiter, aber er erhält diese nicht unentgeltlich. Aus der Gegenüberstellung der jeweils erbrachten und erhaltenen Leistungen ergibt sich eindeutig, **wer** den marktwidrigen, unentgeltlichen Vorteil aus der staatlichen Zuwendung i.H.v. 300 Euro erhält. Im vorliegenden Falle liegt trotz der Auflage, die staatlichen Mittel für Mietzahlungen einzusetzen, eine Begünstigung des Mieters und nicht des Vermieters vor. Anders läge es dagegen, wenn die staatliche Zuwendung von 300 Euro bewirkte, dass die Vermieter für ihre Wohnungen einen marktwidrig überhöhten Preis erzielten, also aufgrund der staatlichen Unterstützungszahlung statt der 500 Euro, die die Mietwohnung an sich auf dem Markt wert ist, nun 800 Euro erhielten.

Das Problem bei mittelbaren Begünstigungen liegt auch nicht darin, dass bei ihnen aufgrund des dort bestehenden Dreiecksverhältnisses kaum vorstellbar ist, dass das Unternehmen seine Gegenleistung **an den Staat** erbringt, sondern es vielmehr regelmäßig an den Verbraucher leistet.[894] Zwar ist richtig, dass ein wirtschaftlich denkender privater Marktteilnehmer typischerweise eine Gegenleistung **an sich** verlangt.[895] Jedoch geht es hier gar nicht mehr darum, das staatliche Verhalten am Bild eines normalen wirtschaftlichen Vorganges zu messen. **Dass** der Staat sich marktwidrig verhalten hat, indem er eine unentgeltliche geldwerte Zuwendung aus seinen Mitteln erbracht hat, steht sowieso außer Frage, und es geht jetzt nur noch darum

---

[893] so zu Recht Ose, S. 72 f.
[894] so aber Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (757)
[895] Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (757); vgl. auch schon oben S. 78 f.

festzustellen, **wer** diese Zuwendung denn nun marktwidrig unentgeltlich erhalten hat: der Verbraucher oder das Unternehmen?

Die Schwierigkeit liegt gerade bei mittelbaren Beihilfen vielmehr darin, dass in der Praxis oft kaum festzustellen sein wird, ob die Beihilfe die Preise zu Gunsten eines Unternehmens erhöht oder zu Gunsten seiner Abnehmer senkt. Nur wenn der Begünstigte einer Subvention gar nicht auf diese reagiert, schlägt sich der vom Staat unentgeltlich gewährte geldwerte Vorteil nämlich wirklich in voller Höhe bei ihm nieder.[896] Die Subvention ist nun aber ein Instrument staatlicher Verhaltenslenkung[897], das gerade bezweckt, dass sich das Verhalten des Begünstigten infolge der Subventionierung ändert und dieser sich die Subvention auf dem Markt zunutze macht, etwa indem er durch Preissenkungen seinen Marktanteil zu Lasten seiner Mitbewerber ausdehnt.[898] Eine vergünstigte Abgabe seiner Leistungen durch das begünstigte Unternehmen an seine Abnehmer ist selbst bei einer unmittelbaren Subventionszahlung an ein Unternehmen, die zweifelsfrei als Subventionierung dieses Unternehmens einzustufen wäre, eine ganz typische Folge der Subventionsgewährung. Eine solche Verhaltensanpassung als Reaktion des begünstigten Unternehmens auf seine Subventionierung kann ihrem Charakter als Unternehmenssubvention daher nicht im Wege stehen, obwohl sie regelmäßig dazu führen wird, dass der sich aus der Subvention ergebende Vorteil für den Begünstigten letztlich vom Volumen der staatlich gewährten Subvention abweicht.[899] Und gerade bei mittelbaren Beihilfen, bei denen die Zuwendung in einem komplizierten Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Unternehmen und dessen Abnehmern erfolgt, wird nun oft kaum zu entscheiden sein, inwieweit marktwidrige Veränderungen im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis zwischen Unternehmen und Abnehmer noch Teil der staatlichen, subventionierenden Vorteilszuwendung sind oder für die Beurteilung der Beihilferelevanz nicht mehr entscheidende bloße Folgen einer staatlichen Subventionierung, nämlich Auswirkungen eines autonomen Verhaltens des Begünstigten auf dem Markt, der sich die Subvention nur im Wettbewerb zunutze machen will.[900]

Die Voraussetzungen, wann eine mittelbare, über private Verbraucher oder dritte Unternehmen vermittelte Unternehmensbegünstigung vorliegt, erscheinen bisher noch nicht als end-

---

[896] Albers, Band VII, S. 493

[897] Friauf, Referat, S. M. 8 f.; vgl. H.-P. Ipsen, S. 359

[898] vgl. Albers, Band VII, S. 493

[899] siehe hierzu schon oben S. 8 f.; vgl. auch Folkers, FA 46 (1988), S. 214 (217)

[900] siehe hierzu auch die Entscheidung des EuG in der Rs. T-459/93: Das Gericht hat hier entschieden, dass eine Preissenkung durch ein Unternehmen, das eine staatliche Vorteilszuwendung erhalten hat, noch nicht die Annahme einer mittelbaren Beihilfe zu Gunsten seiner Abnehmer zur Folge hat, wenn diese Preissenkung im freien Ermessen des Unternehmens stand, so dass dieses es in der Hand hatte, auch den vollen Preis zu verlangen und sich nur zur Verbesserung seiner Wettbewerbslage entschieden hat, seine Preise zu senken (vgl. EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1684 und 1700) [Siemens/Kommission]).

gültig geklärt.[901] Meist wird - eher untechnisch - danach gefragt, wer von der Beihilfe profitiert[902], für wen die Fördermittel aus wirtschaftlicher Sicht bestimmt sind[903] oder bei wem sich der wirtschaftliche Schwerpunkt der Förderung realisiert.[904] Letztlich geht es hierbei immer um die schwierige wirtschaftliche Verortung des unentgeltlich aus staatlichen Mitteln gewährten Vorteils im Verhältnis zwischen Empfänger und Unternehmen. Für diese Vorteilsverortung ist zwar grundsätzlich die Untersuchung des Leistungsaustauschverhältnisses zwischen unmittelbarem Vorteilsempfänger und Unternehmen auf seine Entgeltlichkeit (= Marktmäßigkeit) entscheidend.[905] Da diese Leistungsaustauschbeziehung aber oft nicht nur von der staatlichen Subventionsgewährung selbst, sondern bereits auch von den Folgen der Subventionierung geprägt sein wird, wird man in der Praxis häufig auf Hilfskriterien wie beispielsweise den Zweck der Zuwendung zurückgreifen müssen, um festzustellen zu können, wer sich letztlich den unentgeltlich aus staatlichen Mitteln gewährten Vorteil wirtschaftlich einverleibt. Bei manchen staatlichen Zuwendungen (z.B. staatlichen Zuschüssen zur Verbilligung der Milchversorgung für Schulkinder oder der Abgabe von Butter an Sozialhilfeempfänger[906]) wird man schon anhand des mit der Zuwendung verfolgten sozialen Zweckes recht leicht feststellen können, ob die Zuwendung als Preissenkung für die Verbraucher oder als Preiserhöhung für die Unternehmen wirkt. Oft wird die Beantwortung der Frage, ob Vorteilsempfänger oder Unternehmen oder gar beide von der staatlichen Zuwendung marktwidrig profitieren, aber die Vornahme komplexer wirtschaftlicher Wertungen voraussetzen. Im Ein-

---

[901] so auch Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743; Koschyk, S. 161 f.

[902] EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1700) [Siemens/Kommission]

[903] EuGH Slg. 1997, S. I-2507 (2545) [Siemens/Kommission]

[904] Frick, S. 26

[905] Auch in der Beihilfekontrollpraxis wird daher zu Recht oft die Untersuchung des Leistungsaustauschverhältnisses zwischen Vorteilsempfänger und Unternehmen auf seine marktmäßige Ausgeglichenheit als Kriterium herangezogen, um die Begünstigung zu verorten:
So argumentierte die Kommission in der Rs. T-459/93, die an ein Unternehmen gezahlten Beihilfen, die für Verträge gewährt wurden, in denen das Unternehmen Geräte an Kunden vermietete, seien keine mittelbaren Beihilfen zu Gunsten der Kundenunternehmen, da diese Unternehmen „den vollen ... Mietpreis zahlten" (siehe EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1684) [Siemens/Kommission]).
In den Rs. C-329/93, C-62/95 und C-63/95 ging es um eine Beihilfe an die Bremer Vulkan AG, die dieser den Erwerb eines Unternehmens von der Krupp GmbH ermöglichen sollte (siehe EuGH Slg. 1996, S. I-5151 [Deutschland u.a./Kommission]). Für die Ermittlung, ob die Bremer Vulkan AG oder die Krupp GmbH Begünstigter der Beihilfe war, stellte die Kommission den Marktpreis des von der Krupp GmbH veräußerten Unternehmens der Höhe des von der Bremer Vulkan AG gezahlten Kaufpreises gegenüber (siehe EuGH Slg. 1996, S. I-5151 (5208) [Deutschland u.a./Kommission]).
In der Rs. 103/84 war eine italienische Regelung, die die Gewährung von Beihilfen an städtische Verkehrsbetriebe an den Erwerb von Fahrzeugen aus inländischer Produktion knüpfte, am EG-Vertrag zu messen. Der Generalanwalt verneinte das Vorliegen einer mittelbaren Beihilfe zu Gunsten der Bushersteller mit der Erwägung, die Produzenten der Busse erhielten ja nur Gelder, die „die Gegenleistung für eine von ihnen erbrachte Leistung" darstellten, so dass „in Bezug auf die Fahrzeughersteller ... schwerlich von einer Subventionierung gesprochen werden" könne (GA Lenz in EuGH Slg. 1986, S. 1759 (1766) [Kommission/Italien]). Der EuGH war offensichtlich derselben Meinung, da er die Maßnahme nur an der Warenverkehrsfreiheit und nicht am Beihilfeverbot prüfte (EuGH Slg. 1986, S. 1759 (1772 ff.) [Kommission/Italien]).

[906] Beispiele nach Ose, S. 87 f.

zelfalle über die wirtschaftliche Verortung des Vorteils zwischen Empfänger und Unternehmen zu entscheiden, dürfte im Übrigen jedoch eher eine Aufgabe für den Wirtschaftswissenschaftler als für den Juristen sein.[907]

Betont werden soll an dieser Stelle freilich noch, dass man es tunlichst vermeiden sollte, bei mittelbaren Beihilfen von direkt und indirekt Begünstigten zu sprechen[908]: Bei einer „echten" mittelbaren Beihilfe gibt es nur **einen** (mittelbar) Begünstigten, wohingegen der unmittelbare Empfänger der staatlichen Zuwendung gar nicht Begünstigter ist.[909] Eine „Doppelbegünstigung" in dem Sinne, dass es zu einer gleichzeitigen Begünstigung von privatem Empfänger und Unternehmen kommt, ist nur insofern denkbar, als diese beiden sich die Begünstigung auch teilen können, so dass zwar beide begünstigt sind, aber eben **nur anteilig** an der Gesamtbegünstigung teilhaben.[910] Der aus staatlichen Mitteln stammende geldwerte Vorteil kann nämlich nicht auf wundersame Weise bei Einschaltung eines Privaten in die Mittelgewährung in seinem Wert gleichsam von selbst wachsen[911] oder schrumpfen, sondern nur zwischen den beteiligten Personen aufgeteilt werden. Mit der Höhe der unentgeltlichen geldwerten Zuwendung seitens des Staates an den Empfänger ist die **Gesamthöhe** der Begünstigung vorgegeben, und fraglich bleibt nur, wer zu welchem prozentualen Anteil davon profitiert. Die Gesamtbegünstigung als Gesamtsumme aus unmittelbar dem privaten Empfänger entstehender Begünstigung und mittelbar dem Unternehmen zugewandter Begünstigung entspricht folglich immer genau der Höhe der unentgeltlichen Zuwendung aus staatlichen Mitteln an ihren unmittelbaren Empfänger.[912]

### dd) Fazit

Ein geldwerter Vorteil, den ein Unternehmen unmittelbar von einem Privaten erhält, kann nur dann eine staatlich zurechenbare (mittelbare) Beihilfe darstellen, wenn der Vorteil letztlich

---

[907] zu weiteren Beispielen für mittelbare Beihilfen und damit auch für eine solche Vorteilsverortung siehe aber unten S. 264 ff.

[908] so aber beispielsweise Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (752) oder die Kommission in EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6889) [Deutschland/Kommission]

[909] Stattdessen kann man etwa zwischen **Empfänger** und **Begünstigtem** unterscheiden (so etwa G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 22; Ose, S. 77). Zum Teil ist auch die Rede vom Auseinanderfallen der formellen und materiellen Inzidenz (Haverkate/Huster, S. 365 f.).

[910] vgl. die Kommission in EuGH Slg. 1996, S. I-5151 (5208) [Deutschland u.a./Kommission]: Begünstigter ist entweder das eine Unternehmen oder das andere oder aber die Gesamtbegünstigung ist zwischen beiden aufgeteilt.

[911] siehe schon oben S. 181

[912] Allerdings ist die Begünstigung des unmittelbaren Empfängers nicht beihilferelevant im Rahmen des Art. 87 I EG, wenn es sich bei diesem um einen privaten Verbraucher handelt, da Art. 87 I EG nur Unternehmensbegünstigungen erfasst.

aus staatlichen Mitteln stammt, der Staat den Privaten also gewissermaßen nur als Auszahlungsstelle für seine Mittel benutzt. Voraussetzung für die Annahme einer mittelbaren Begünstigung ist daher, dass erstens der Private eine begünstigende Leistung aus staatlichen Mitteln erhält und zweitens den erhaltenen Vorteil zu Gunsten bestimmter Unternehmen verwenden und so die staatlichen Mittel an diese weiterleiten muss. Aber erst wenn die Unternehmen die staatlichen Mittel vom unmittelbaren Empfänger auch marktwidrig unentgeltlich erhalten, sind sie und nicht der Empfänger Begünstigte der unentgeltlichen staatlichen Zuwendung. In der Praxis wird gerade diese Vorteilsverortung zwischen privatem Empfänger und Unternehmen jedoch oft schwer fallen.

### 3. Zusammenfassung der Zurechnungsvoraussetzungen

Das entscheidende Kriterium, das einem Unternehmen infolge eines staatlichen Verhaltens marktwidrig zufließende geldwerte Vorteile zu einer staatlich zurechenbaren Beihilfe macht, ist ihre Herkunft aus staatlichen Mitteln.

Wenn man zum „Staat" beihilferechtlich all jene Einrichtungen zählt, die - unmittelbar oder mittelbar - im Eigentum des Mitgliedstaates stehen oder diesem gleichkommenden staatlichen Inhaber- bzw. Trägerbefugnissen unterliegen, sind Vorteile, die ein Unternehmen unmittelbar von diesen Institutionen erhält, grundsätzlich zweifelsfrei staatlich zurechenbar, weil eine solche staatliche Inhaberstellung gewissermaßen automatisch auch die „Staatlichkeit" der Mittel, aus denen diese Einrichtungen Vorteile gewähren können, mit sich bringt. Die staatliche Mittelherkunft begründet aber auch dann die staatliche Zurechnung, wenn das Unternehmen den geldwerten Vorteil im Wege einer sog. mittelbaren Beihilfe, also nicht unmittelbar vom „Staat", sondern von einem nicht-staatlichen Dritten erhält. Hier ist jedoch anhand der soeben herausgearbeiteten Anforderungen an mittelbare Beihilfen besonders zu begründen, warum der formal ja von einem Privaten an das Unternehmen geleistete Vorteil letztlich doch materiell aus Mitteln des Staates erbracht ist.

Die Forderung nach einer Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln stellt dabei im Übrigen nicht nur den notwendigen Zurechnungszusammenhang zwischen dem staatlichen Verhalten und der Begünstigung des Unternehmens her, sondern die Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln stellt bereits selbst auch sicher, dass die Beihilfe auf einem staatlichen Verhalten beruht, was für das Eingreifen des Beihilfeverbotes schon deshalb erforderlich ist,

weil es sich bei Art. 87 EG um ein staatsgerichtetes Verbot handelt[913]: Staatliche Mittel sind nämlich dadurch gekennzeichnet, dass über sie nur der Staat verfügen kann[914], so dass die Möglichkeit, staatliche Mittel für eine Begünstigungsgewährung zu verwenden, immer eine Entscheidung des Staates, „seine" Mittel zum Zwecke der Beihilfevergabe zur Verfügung zu stellen, voraussetzt. Einer Beihilfegewährung aus staatlichen Mitteln liegt folglich notwendig immer auch ein staatliches Verhalten - zumindest in Form einer grundlegenden **Mittelbereitstellungsentscheidung** durch eine zum Staat zu zählende Institution - zugrunde.[915]

## IV. Die Abgrenzung der beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG: Die „staatlichen Beihilfen" und die „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen"

Nachdem zunächst allgemein - also ohne Ansehung der beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG - die Voraussetzungen für eine staatliche Zurechnung herausgearbeitet worden sind[916], stellt sich nun die Frage, wie die beiden Varianten der „staatlichen Beihilfe" einerseits und der „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe" andererseits zu verstehen und voneinander abzugrenzen sind. Zwar ist in Anbetracht der in beiden Fällen identischen Rechtsfolgen eine genaue Abgrenzung an sich entbehrlich.[917] Nichtsdestotrotz sollte der Unterscheidung zwischen staatlichen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen eine Bedeutung beigemessen werden, da andernfalls die Aufnahme dieser beiden unterschiedlichen Beihilfekategorien in Art. 87 I EG vollkommen überflüssig gewesen wäre.

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung immer wieder ausgeführt, die in Art. 87 I EG vorgenommene Differenzierung zwischen „staatlichen Beihilfen" und „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen" diene nur dazu, neben den unmittelbar vom Staat gewährten Vorteilen auch diejenigen in den Beihilfebegriff mit einzubeziehen, die über eine vom Staat benannte

---

[913] siehe oben S. 105; vgl. insoweit auch EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4436) [Frankreich/Kommission], wonach es für die staatliche Zurechnung erforderlich ist, dass die Beihilfe zum einen aus staatlichen Mitteln stammt und zum anderen das Ergebnis eines dem Staat zuzurechnenden Verhaltens ist; ebenso jetzt die Entscheidung des EuG in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 179

[914] siehe oben S. 114 f.

[915] Insoweit ist unverständlich, wie der EuGH in seiner Entscheidung in der Rs. C-482/99 auf der einen Seite zwar die Mittel der beihilfegewährenden Unternehmen Altus und SBT als staatliche Mittel einstufen konnte, weil sie „ständig unter staatlicher Kontrolle" standen (EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4440) [Frankreich/Kommission]), auf der anderen Seite aber verneinen konnte, dass die Verwendung dieser - nach seinen eigenen Feststellungen immerhin permanent staatlich kontrollierten - Mittel auf einem staatlich zurechenbaren Verhalten beruhe (EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4444) [Frankreich/Kommission]; zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. schon oben S. 142 ff.).

[916] vgl. dazu schon oben S. 107 f.

[917] Schernthanner, S. 59; Häring, S. 87 (jeweils m.w.N.); Pape, S. 102; Grabitz/Hilf - von Wallenberg, Art. 92 EGV Rn. 17

oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt würden.[918] Dementsprechend will der EuGH anscheinend diejenigen Beihilfen, die durch den Staat selbst gewährt werden, als „staatliche Beihilfen" ansehen und diejenigen, die nur durch eine „von ihm beeinflusste"[919] Einrichtung gewährt werden, als „aus staatlichen Mittel gewährte Beihilfen".

Fraglich ist jedoch, ob es Sinn machen kann, den Begriff der „staatlichen Beihilfen" entsprechend der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich eher eng auszulegen und Beihilfen, die durch eine vom Staat zur Durchführung der Beihilferegelung benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, nicht der ersten, sondern der zweiten Variante des Art. 87 I EG zuzuschlagen. Zu beachten ist nämlich, dass Art. 87 I EG in beiden Varianten dasselbe Wort „staatlich" verwendet und es äußerst fernliegend wäre, demselben Terminus in ein und derselben Norm zwei unterschiedliche Bedeutungen zu geben.[920] Wenn man aber „staatliche" Beihilfen in der ersten Variante des Art. 87 I EG restriktiv unter Ausschluss von Beihilfen, die unmittelbar durch „vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen" gewährt werden, verstünde, wären solche Einrichtungen - möglicherweise schon Gemeinden, zumindest aber alle sonstigen, nicht als staatliche Untergliederungen anzusehenden juristischen Personen öffentlichen oder privaten Rechts wie z.B. Sozialversicherungsträger oder im Staatseigentum stehende Unternehmen - offensichtlich nicht als „staatlich" i.S.d. Art. 87 I EG zu qualifizieren, obwohl sie zweifellos als Gewährer staatlich zurechenbarer Beihilfen einzustufen sind.[921] Konsequenterweise dürfte man dann jedoch auch ihre Mittel nicht ohne Weiteres als „staatlich" ansehen. Eine staatlich zurechenbare - weil i.S.d. zweiten Variante des Art. 87 I EG aus „staatlichen" Mitteln stammende - Beihilfe könnten diese Einrichtungen daher nur dann gewähren, wenn sie entsprechende Mittelzuwendungen vom (Mitglied-)Staat selbst erhalten haben, nicht aber dann, wenn die Beihilfen aus ihren eigenen Mitteln finanziert sind, z.B. aus eigenen Steuereinnahmen der Gemeinden, aus Beitragseinnahmen der Sozialversicherungsträger von ihren Versicherten oder aus Einnahmen, die ein im Staatseigentum stehendes Unternehmen aus eigener Geschäftstätigkeit erzielt. Auf diese Weise entstünden jedoch große und nicht hinnehmbare Lücken im Beihilfeschutzsystem, weil es auf die Art und Weise, wie diese Einrichtungen sich refinanzieren, nicht an-

---

[918] EuGH Slg. 1977, S. 595 (612 f.) [Steinike und Weinlig/Deutschland]; EuGH Slg. 1993, S. I-887 (934) [Sloman Neptun]; EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6220) [Kirsammer-Hack]; EuGH Slg. 1998, S. I-2629 (2641) [Viscido u.a.]; EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2181) [PreussenElektra/Schleswag]; vgl. auch EuGH Slg. 1985, S. 439 (449) [Kommission/Frankreich („CNCA")]; EuGH Slg. 1988, S. 219 (272) [van der Kooy/Kommission („Gasunie")]; EuGH Slg. 1988, S. 2855 (2872) [Griechenland/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-4397 (4435 f.) [Frankreich/Kommission]

[919] so die Terminologie in EuGH Slg. 1996, S. I-723 (771) [Belgien/Kommission]

[920] vgl. schon oben S. 109 f.

[921] zu Gemeinden siehe oben S. 119 f.; zu Sozialversicherungsträgern siehe oben S. 123; zu Unternehmen im Staatseigentum siehe oben S. 131 ff.

kommen kann.[922] Wenn Einrichtungen im Eigentum oder in diesem gleichkommender Inhaber- bzw. Trägerschaft des Staates stehen, sind sie und ihre Mittel - und folglich auch die von ihnen gewährten Beihilfen - schon aufgrund dieser staatlichen Trägerbefugnisse als „staatlich" anzusehen.[923] Der Begriff „staatlich" muss im Beihilferecht in einem weiten Sinne verstanden werden[924], und das kann nur für beide Beihilfekategorien des Art. 87 I EG gleichermaßen gelten.

Eine Inhaltsbestimmung der beiden Tatbestandsvarianten in Anknüpfung an die Unterscheidung des EuGH zwischen „Staat" und „von ihm zur Durchführung der Beihilferegelung benannten oder errichteten Einrichtungen" vorzunehmen, erscheint aber auch noch aus zwei weiteren Gründen als wenig ertragreich. Zum einen ist der EuGH eine Angabe der Kriterien, wann eine solche „vom Staat benannte oder errichtete" Einrichtung vorliegt, bisher schuldig geblieben.[925] Zum anderen gelingt schon dem EuGH selbst keine konsequente Abgrenzung dieser beiden Fälle der Beihilfegewährung:

In den Rs. C-303/88 und C-305/89 etwa führte der EuGH aus, eine „staatliche Beihilfe" könne unabhängig davon vorliegen, „ob sie unmittelbar durch den Staat oder durch eine von ihm zur Durchführung der Beihilferegelung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtung gewährt wird"[926], so dass der Gerichtshof hier - entgegen seiner sonstigen Rechtsprechung - die durch vom Staat beauftragte oder errichtete Einrichtungen gewährten Beihilfen der ersten und nicht der zweiten Tatbestandsvariante zugerechnet hat. Ebenso sah der EuGH in der Rs. C-301/87 eine „staatliche Beihilfe"[927], also die erste Variante des Art. 87 I EG als gegeben an, obwohl die Beihilfe von der Aktiengesellschaft IDI bzw. deren Tochtergesellschaft Sopari gewährt und finanziert wurde, an denen der Staat bloß als Aktionär beteiligt war.[928] IDI und Sopari wären aber nach der üblichen Terminologie des EuGH eher als vom Staat zur Beihilfegewährung benannte oder errichtete Einrichtungen einzustufen und damit der zweiten Variante des Art. 87 I EG zuzuordnen. Ebenfalls von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung in den Rs. 27/58 bis 29/58, die freilich das Beihilfeverbot des EGKS-Vertrages betrifft. Hier stufte der EuGH einen Ausnahmetarif zu Gunsten bestimmter Unternehmen als Subvention i.S.d. Art. 4 lit. c EGKSV - und damit als „staatliche

---

[922] siehe oben S. 152 ff.
[923] siehe oben S. 151
[924] Immerhin verwendet Art. 87 I EG das Wort „staatlich" und nicht „mitgliedstaatlich" (vgl. oben S. 109).
[925] Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (542); vgl. auch Koenig/Kühling, NVwZ 2001, S. 768 (769)
[926] EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1434) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]; EuGH Slg. 1991, S. I-1603 [Italien/Kommission („Alfa Romeo")]
[927] EuGH Slg. 1990, S. I-307 (361) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]
[928] EuGH Slg. 1990, S. I-307 (310) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]

Beihilfe“[929] - ein, obwohl der Ausnahmetarif nicht vom französischen Mitgliedstaat selbst, sondern stattdessen von einer von ihm errichteten Einrichtung, nämlich der staatlichen Eisenbahngesellschaft SNCF gewährt worden war.[930] Der Aussage, der EuGH nehme nicht immer eine scharfe Trennung der beiden Varianten des Art. 87 I EG vor[931], kann also nur beigepflichtet werden.[932]

Als fruchtbarer für eine Abgrenzung der beiden Tatbestandsvarianten erscheint es, sich den Zweck vor Augen zu führen, dem die Aufnahme der zweiten Variante in Art. 87 I EG überhaupt dienen sollte: Die Kategorie der „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“ stellt nämlich anerkanntermaßen nur einen Auffangtatbestand dar, der eine Umgehung des Beihilfeverbots durch die Mitgliedstaaten vermeiden soll.[933] Die zweite Tatbestandsvariante dient im Grunde bloß der Verdeutlichung, dass der Beihilfebegriff nicht nur die direkt staatlichen Gewährungen erfassen soll[934], sondern auch diejenigen Beihilfen, die die Staaten nur mittelbar aus ihren Mitteln gewähren.[935] Der ersten Variante der „staatlichen Beihilfen“ sollten demzufolge all jene Beihilfen zugeordnet werden, die dem begünstigten Unternehmen **unmittelbar von einer dem „Staat“ zuzurechnenden Einrichtung** gewährt werden und damit auch **unmittelbar aus staatlichen Mitteln** stammen, da die als „staatlich“ einzustufenden Einrichtungen sich ja gerade dadurch auszeichnen, dass man auch ihre Mittel als „staatlich“ anzusehen hat.[936] „Aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ sind dann nur diejenigen begünstigenden Leistungen, die **nur mittelbar aus staatlichen Mitteln** stammen, weil sie den begünstigten Unternehmen **nicht unmittelbar von „staatlichen“ Einrichtungen**, sondern aus den Händen nicht-staatlicher Dritter zufließen.[937] Solche Begünstigungen, die zwar mit-

---

[929] Das Beihilfeverbot im EGKS-Vertrag kennt nur „staatliche“ und nicht die Erweiterung auf „aus staatlichen Mitteln gewährte“ Beihilfen (Häring, S. 87). Art. 4 lit. c EGKSV spricht insoweit von „von den Staaten bewilligte(n) ... Beihilfen“.

[930] EuGH Slg. 1960, S. 511 (539) [Compagnie des Hauts Fourneaux et al./Hohe Behörde]

[931] Häring, S. 87; Waelbroeck/Frignani, S. 341

[932] Vielfach lässt der EuGH auch einfach offen, unter welche der beiden Varianten des Art. 87 I EG er eine Maßnahme subsumiert. So führte er etwa in der Rs. 248/84 aus, auch Beihilfen, die von regionalen oder lokalen Einrichtungen der Mitgliedstaaten gewährt würden, seien „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ (EuGH Slg. 1987, S. 4013 (4041) [Deutschland/Kommission]), ohne sich festzulegen, welche der beiden genannten Tatbestandsvarianten denn nun erfüllt war.

[933] Ruge, WuW 2001, S. 560 (564); Ruge, EuZW 2001, S. 247 (248)

[934] Häring, S. 87

[935] Ruge, EuZW 2001, S. 247 (248)

[936] siehe dazu oben S. 152 ff.

[937] Eine solche Unterscheidung zwischen diesen beiden Beihilfekategorien findet im Übrigen auch Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des EuGH: Dieser macht die staatliche Zurechnung nämlich häufig ausdrücklich daran fest, dass die Beihilfe „**unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln**“ stammt (std. Rspr.: siehe nur EuGH Slg. 1993, S. I-887 (933) [Sloman Neptun]; EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6220) [Kirsammer-Hack]; EuGH Slg. 1998, S. I-2629 (2641) [Viscido u.a.]; EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2181) [PreussenElektra/Schleswag] (m.w.N.)), überträgt diese Unterscheidung zwischen unmittelbar und mittelbar aus staatlichen Mitteln stammenden Beihilfen aber bisher leider nicht konsequent auf die Abgrenzung der beiden Tatbestandsvarianten.

telbar aus staatlichen Mitteln herrühren, die die begünstigten Unternehmen unmittelbar jedoch aus den Händen privater Dritter und nicht vom „Staat" (i.w.S.) erhalten, sind nun aber nichts anderes als die sog. **mittelbaren Beihilfen**.[938] Die zweite Tatbestandsvariante des Art. 87 I EG der „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen" und der Begriff der mittelbaren Beihilfen sind demzufolge inhaltsgleich.[939]

## V. Die Transformation privater (Geld-)Mittel zu staatlichen Mitteln

Als staatliche Mittel sind alle Mittel anzusehen, die im Eigentum einer staatlichen Einrichtung stehen oder einer vergleichbaren Verfügungsbefugnis dieser Einrichtung unterliegen, die diese Mittel zu ihren „eigenen" macht.[940] Wie die staatliche Einrichtung zu ihren Mitteln gekommen ist, ist dabei grundsätzlich gleichgültig.[941] Gerade die Geldmittel der Mitgliedstaaten selbst stammen schließlich zum größten Teil aus Steuereinnahmen, also aus **ursprünglich privaten** Mitteln[942], und Geldzahlungen der Mitgliedstaaten selbst aus ihren Steuergeldern stellen klassische Subventionen dar, die zweifelsfrei Art. 87 I EG unterfallen. Private Mittel werden also **in staatliche Mittel umgewandelt**, wenn es zur Einschaltung einer staatlichen Einrichtung in die Zahlungsabwicklung kommt, indem die staatliche Einrichtung die Mittel zunächst vereinnahmt und dann an die begünstigten Unternehmen auszahlt.[943]

### 1. Die Unterschiede zwischen Zuwendungen, die Unternehmen im Wege einer Zwangsabgabe direkt von Privaten erhalten und Zuwendungen einer staatlichen Einrichtung, die sich durch Zwangsabgaben Privater refinanziert

Sachverhalte, in denen Private ihre Mittel zunächst an eine staatliche Einrichtung zahlen müssen, die aus diesen dann Beihilfen an bestimmte Unternehmen gewährt, fallen demnach unter Art. 87 I EG, wohingegen Zahlungen, die Private aufgrund staatlicher Anordnung **direkt** an

---

[938] siehe oben S. 178

[939] Die genaue Abgrenzung zwischen den beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG ist aber im Grunde eher von sekundärer Bedeutung. Selbst wenn man die Abgrenzung der beiden Varianten untereinander anders vornehmen wollte als hier geschehen, würde dies keineswegs generell das in dieser Arbeit entwickelte Modell der staatlichen Zurechnung in Frage stellen, da es in Anbetracht der in beiden Fällen identischen Rechtsfolgen letztlich gleichgültig ist, unter welche der beiden Varianten man einen Einzelfall subsumiert.

[940] vgl. oben S. 113 ff.

[941] siehe oben S. 152 ff.

[942] so zu Recht die Kommission: siehe GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2135) [PreussenElektra/Schleswag]; vgl. Friauf, Referat, S. M 10

[943] Lecheler, RdE 2001, S. 140 (141); vgl. Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (537 und 544); Tremmel, ecolex 2001, S. 573 (576)

Unternehmen zu leisten haben, aufgrund ihrer Herkunft aus privaten Mitteln[944] keine staatlich zurechenbaren Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG sind. Diese Unterscheidung stößt jedoch vielfach auf Widerspruch: Wenn für das Vorliegen einer Beihilfe anerkanntermaßen die Wirkungen der Maßnahme entscheidend seien, dann müsse es egal sein, ob die Finanzierung direkt durch Abgaben von Privatpersonen erfolge oder durch den Staat, der seine Einkünfte doch auch nur mittels Abgaben von Privatpersonen erziele.[945] Allein durch die Wahl einer bestimmten formalen Ausgestaltung des Zahlungsweges dürfe der Staat nicht die rechtliche Beurteilung verändern können, und die Art und Anzahl der dazwischengeschalteten staatlichen Stellen bewirke weder hinsichtlich der vorteilhaften Wirkung der Zuwendung an die Unternehmen noch hinsichtlich der Mittel, die in beiden Fällen letztlich aus den Taschen Privater kämen, einen Unterschied in der Wirkungsweise der Maßnahme.[946]

Da sich in der Tat die Bestimmung des Beihilfebegriffs an den Wirkungen der Maßnahme und nicht an rein formalen Kriterien orientieren muss[947], ist dieser Einwand ernst zu nehmen und eine unterschiedliche beihilferechtliche Beurteilung von Zuwendungen, die bestimmte Unternehmen als Zwangsabgaben direkt von Privaten erhalten und Zuwendungen einer staatlichen Einrichtung, die sich durch Zwangsabgaben Privater refinanziert, nur dann zulässig, wenn und soweit beide Zahlungsmodelle sich in ihren Wirkungen voneinander unterscheiden.

Ob die beiden Zahlungsmodelle tatsächlich die gleichen materiellen Auswirkungen haben, kann nun aber leicht festgestellt werden, indem man die Frage stellt, ob die mittelbare Abwicklung der Zuwendung über eine staatliche Einrichtung durch eine Direktzahlung der Privaten an die begünstigten Unternehmen **ersetzt** werden könnte. Zumindest im Regelfalle wird man hierbei zu dem Ergebnis kommen, dass Zuwendungen, die von einer staatlichen Einrichtung erbracht werden, die sich ihrerseits durch Zwangsabgaben Privater refinanziert, nicht ohne Weiteres gegen eine Zwangsabgabenregelung ausgetauscht werden können, kraft derer die Privaten ihr Geld direkt an die fraglichen Unternehmen zahlen müssen. Selbst in einem ganz einfachen Beispielsfalle, in dem eine staatliche Einrichtung an nur zwei Unternehmen Zuwendungen i.H.v. jeweils 75.000 Euro gewähren und diese 150.000 Euro durch Zwangsab-

---

[944] Allein die staatliche Anordnung einer Zahlungspflicht zu Lasten Privater kann die privaten Mittel nicht zu staatlichen machen, da andernfalls der Unterschied zwischen privaten und staatlichen Mitteln vollends verwischt würde (siehe GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2141) [PreussenElektra/Schleswag]); vgl. schon oben S. 165 f.).

[945] Damm, S. 109; Kühling, RdE 2001, S. 93 (98); vgl. Heller, atw 2001, S. 353 (354); Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (1002); Salje, RIW 1998, S. 186 (188); GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (912) [Sloman Neptun]

[946] Witthohn/Smeddinck, ET 2001, S. 466 (467); Kühling, RdE 2001, S. 93 (97); Damm, S. 109 f.; vgl. Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (540 f.); Lecheler, RdE 2001, S. 140 (142); GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (912) [Sloman Neptun]; vgl. auch die Kommission in EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2135) [PreussenElektra/Schleswag]

[947] siehe oben S. 102 f.

gaben von Privaten refinanzieren möchte, wobei nur drei Abgabepflichtige in Frage kommen, die jeweils in gleicher Höhe (sprich: i.H.v. 50.000 Euro) belastet werden sollen, wäre es bereits kaum denkbar, diese Konstruktion durch ein Direktzahlungsmodell zu ersetzen, schon weil sich dann die Frage stellte, wer von den drei Privaten seine 50.000 Euro an das eine Unternehmen zahlen sollte und wer an das andere Unternehmen und wer schließlich seine Zahlung splitten und an beide Unternehmen je 25.000 Euro zahlen muss. Schon in diesem extrem vereinfachten Beispielsfalle (nur zwei begünstigte Unternehmen und nur drei Abgabepflichtige, die zudem jeweils die gleichen Beträge zahlen bzw. erhalten sollen) wird deutlich, warum die Zwischenschaltung der staatlichen Einrichtung meist unentbehrlich sein wird, denn diese wird regelmäßig die Aufgabe haben, die von privater Seite kommenden Mittel zunächst zu sammeln und die gesammelten Mittel dann unter den verschiedenen Begünstigten aufzuteilen.[948] Das Durchfließen der Mittel durch den staatlichen Haushalt wird also im Normalfalle eine **Umverteilung** der Mittel zur Folge haben. Die Tatsache aber, dass die Einschaltung der staatlichen Stelle zu einer Umverteilung der Mittel führt, die nicht möglich ist, wenn der Private im Wege der Zwangsabgabe direkt an das Unternehmen zahlt, beweist, dass die ursprünglich privaten Mittel zwischenzeitlich in die eigene **Verfügungsgewalt des Staates** übergegangen sein müssen[949] und so zu staatlichen Mitteln geworden sind.[950] Und gerade diese eigene, über die bloße hoheitliche Anordnung einer Zwangsabgabenpflicht hinausgehende staatliche Verfügungsbefugnis ist es, die die staatlichen Mittel von privaten Mitteln unterscheidet[951], die nie den privaten Sektor verlassen haben[952] und nie in die eigene Verfügungsbefugnis des Staates übergegangen sind, bevor die Unternehmen sie erhalten haben.

Wenn dagegen die Einschaltung der staatlichen Institution in den Zahlungsfluss keinerlei Umverteilung der von den Privaten stammenden Gelder zur Folge hat, was daran deutlich wird, dass das mittelbare Zahlungsmodell durch eine Direktzahlung der Privaten an die Unternehmen ersetzt werden könnte, kann der Staat über die Mittel nie wie über eigene verfügen,

---

[948] Im Beispielsfalle wäre es zwar noch denkbar, jeden Privaten zu je zwei Einzelzahlungen unmittelbar an beide begünstigten Unternehmen i.H.v. jeweils 25.000 Euro zu verpflichten, aber sobald der Kreis der Begünstigten größer wird bzw. die gewährten Subventionen oder die Abgabenbelastungen in ihrer Höhe unterschiedlich ausfallen sollen, erscheint es schon aus praktischen Erwägungen kaum mehr als denkbar, die privaten Abgabenpflichtigen zu jeweils verschiedenen Direktzahlungen an unterschiedliche Empfänger zu verpflichten.

[949] vgl. dazu auch Falk, ZIP 1999, S. 738 (739)

[950] Auch Tremmel stellt richtigerweise darauf ab, ob die Vereinnahmung durch die staatliche Stelle eine staatliche Verfügungsbefugnis über die vereinnahmten Mittel mit sich bringt (Tremmel, ecolex 2001, S. 573 (576)). Dabei will er das Vorliegen einer hinreichenden staatlichen Verfügungsmacht aber schon dann verneinen, wenn nach „bestimmten generell normierten Voraussetzungen" eine Herausgabepflicht der staatlichen Stelle festgeschrieben ist (Tremmel, ecolex 2001, S. 573 (576)). Diese generellen Voraussetzungen, wann die staatliche Einrichtung die Mittel wieder herauszugeben hat, können aber im Regelfalle nur von einer (anderen) staatlichen Stelle stammen, so dass man hier am Vorliegen einer **staatlichen** Verfügung über die Mittel nicht zweifeln kann.

[951] vgl. oben S. 137 f. und S. 165 f.

[952] so anschaulich GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2141) [PreussenElektra/Schleswag]

sondern diese Gelder bleiben private Mittel, die für den Staat gewissermaßen nur „durchlaufende Posten" darstellen.[953] Wie bereits aufgezeigt, wird aber nur ganz ausnahmsweise die mittelbare Zahlungsabwicklung über eine staatliche Einrichtung durch eine Direktzahlung ersetzt werden können.

Bei dieser Anwendung kann dem Merkmal der Durchleitung der Mittel durch einen öffentlichen Haushalt auch nicht mehr der Vorwurf gemacht werden, ein rein formales Kriterium zu sein, denn nicht schon allein die formale Tatsache der Durchleitung durch einen öffentlichen Haushalt bewirkt eine Transformation der Mittel. Die Einschaltung einer staatlichen Einrichtung in den Mittelfluss bewirkt vielmehr nur dann eine Transformation privater zu staatlichen Mitteln, wenn die Einschaltung dieser Einrichtung dazu führt, dass sich dieses Finanzierungsmodell in seinen Wirkungen von einer Direktzahlung unterscheidet, nämlich durch eine Direktzahlung der Privaten an die Unternehmen nicht ersetzt werden könnte.

Noch einmal verdeutlicht werden sollen die Unterschiede zwischen der bloß formalen Zwischenschaltung eines staatlichen Haushalts und einer auch materielle Folgen zeitigenden Einschaltung einer staatlichen Einrichtung, die eine Umverteilung der vereinnahmten Mittel vornimmt, an folgendem Beispiel:

Ein Mitgliedstaat möge beschließen, dass alle Besitzer eines Rundfunkgerätes zu Beginn eines jeden Jahres 100 Euro Rundfunkgebühren zahlen sollen, mit denen dann das Programm der drei öffentlich-rechtlichen Sender Erstes Programm (EP), Zweites Programm (ZP) und Drittes Programm (DP) in dem betreffenden Jahr finanziert werden soll. Die drei Rundfunkanstalten sollen von diesen Gebühren jeweils einen festgelegten Anteil erhalten, und zwar EP und ZP i.H.v. je 40 Euro und DP i.H.v. 20 Euro. Zum einen könnte der Staat in diesem Falle eine Direktzahlung der privaten Rundfunkteilnehmer an die Rundfunksender anordnen, so dass der Bürger selbst jährlich drei Zahlungen unmittelbar an die Rundfunkanstalten zu tätigen hat: eine an EP über 40 Euro, eine an ZP über 40 Euro und eine an DP über 20 Euro. Zum anderen könnte der Staat aber auch die Zahlung von 100 Euro an eine staatliche Einrichtung anordnen, das Geld dort sammeln und schließlich an die Rundfunksender weiterleiten, indem pro eingenommene 100 Euro EP und ZP je 40 Euro erhalten und DP 20 Euro. Hier übernimmt die staatliche Einrichtung die bloße Funktion einer treuhänderischen Inkasso-Stelle, ohne irgendeine zwischenzeitliche Verfügung über die Gelder zu treffen, wie man schon daran sieht, dass die Einschaltung der staatlichen Stelle auch weggedacht werden könnte, ohne dass dies

---

[953] vgl. im Übrigen auch oben S. 179 ff. zur umgekehrten Konstellation bei mittelbaren Beihilfen, wo in ähnlicher Weise ein bloß formales „Durchfließen" ursprünglich staatlicher Mittel durch die Hände eines Privaten nicht dazu führt, dass die staatlichen Mittel zu privaten werden, solange der Private keine hinreichende Verfügungsbefugnis über die Mittel hat

finanzielle Auswirkungen auf Seiten der Zahlungspflichtigen oder der Zahlungsempfänger hätte. Beide Zahlungsmodelle haben in diesem Falle exakt die gleichen Wirkungen, denn die mittelbare Zahlung über eine staatliche Einrichtung könnte auch ersetzt werden durch eine unmittelbare Direktzahlung der Gebührenpflichtigen an die Rundfunkanstalten. Das Durchfließen der privaten Mittel durch den staatlichen Haushalt stellt hier nur eine formale Tatsache dar, hat aber keine materiellen Auswirkungen, so dass es nicht zu einer Umwandlung der zunächst privaten Mittel zu staatlichen führt. Die fragliche Regelung würde also - unabhängig vom gewählten Zahlungsmodell - mangels staatlichen Mitteleinsatzes keine staatlich zurechenbare Beihilfe zu Gunsten der Rundfunkanstalten bewirken.

Anders sähe es dagegen aus, wenn der Staat zwar wieder zu Beginn eines jeden Jahres 100 Euro Rundfunkgebühren von allen Besitzern eines Rundfunkgerätes erheben, das Geld aber nicht von vornherein nach festen Schlüsseln, sondern variabel - etwa monatlich entsprechend den im fraglichen Zeitraum jeweils erreichten Zuhörerzahlen - an die Rundfunkanstalten weiterverteilen wollte. Wenn jetzt beispielsweise EP einen Marktanteil - über das gesamte Jahr betrachtet - von 60%, ZP von 30% und DP von 10% erreichte, hätte dies dementsprechend zur Folge, dass durch die monatlichen Einzelzahlungen EP insgesamt 60 Euro, ZP 30 Euro und DP 10 Euro von den jährlichen Gebühren i.H.v. jeweils 100 Euro erhielte. Entsprechende monatliche Teilzahlungen der Bürger direkt an die Rundfunkanstalten könnte der Staat hier aber kaum anordnen, weil dies zum einen wohl bereits viel zu aufwändig für die Bürger wäre, zum anderen der Bürger mangels Kenntnis der Einschaltquoten aber auch schon gar nicht wüsste, welche Teilbeträge er monatlich an welche Rundfunksender zu überweisen hätte. In diesem Falle muss das Geld daher zunächst von einer staatlichen Stelle eingenommen werden, die die Gebühreneinnahmen sammelt und sodann - entsprechend den erzielten Zuschauerzahlen - eine eigene Aufteilung der Mittel zwischen den verschiedenen Rundfunkanstalten vornimmt. Die Einschaltung der staatlichen Einrichtung in den Zahlungsfluss dient hier also nicht nur einer bloßen Inkasso-Funktion, sondern auch einer **Umverteilung** der vereinnahmten Mittel. Anders als bei einer Direktzahlung der Privaten an die Rundfunksender hat der Staat in diesem Falle zwischenzeitlich eine eigene Verfügung über die vereinnahmten Mittel getroffen, da die Einschaltung der staatlichen Stelle andernfalls schließlich nicht zu einer Umverteilung hätte führen können, und diese zwischenzeitlich bestehende staatliche Verfügungsmacht macht die Mittel zu staatlichen, so dass in der Abwandlung des Beispielsfalles die Mittelzuweisungen an die Rundfunkanstalten aus staatlichen Mitteln stammen.

## 2. Fazit

Schon weil die staatliche Anordnung einer Zahlungspflicht nicht der entscheidende Anknüpfungspunkt für die staatliche Zurechnung einer Beihilfe sein kann[954], muss man letztlich auf das Kriterium der Einschaltung einer staatlichen Einrichtung in den Zahlungsfluss abstellen, um die Staatlichkeit der Mittel und damit die staatliche Zurechenbarkeit der Beihilfe begründen zu können. Die Zwischenschaltung der staatlichen Einrichtung stellt auch kein rein formales Kriterium dar. Die Zahlungsabwicklung über eine staatliche Einrichtung unterscheidet sich nämlich typischerweise in ihren Wirkungen von einer Direktzahlung der privaten Abgabepflichtigen an bestimmte Unternehmen, weil es meist unerlässlich sein wird, die ursprünglich privaten Mittel zunächst bei einer (staatlichen) Stelle zu sammeln und erst dann unter den Begünstigten aufzuteilen. Wenn dagegen der Einschaltung der staatlichen Stelle ausnahmsweise keine entsprechende Umverteilungsfunktion zukommt und das Modell der mittelbaren Zahlungsabwicklung über einen staatlichen Haushalt durch eine Direktzahlung ersetzbar wäre, macht die bloße Durchleitung der Mittel durch die Hände der staatlichen Einrichtung die privaten Mittel nicht zu staatlichen.

## 3. Exkurs: Die Beihilfeeigenschaft durch parafiskalische Abgaben finanzierter Zuwendungen

Zum Teil wird behauptet, dass sich aus der Rechtsprechung des EuGH zweifelsfrei ergebe, dass auch Beihilfen, deren Finanzierung durch von Privaten erhobene parafiskalische Abgaben erfolge, unter Art. 87 I EG fielen.[955] Diese Aussage, die im Widerspruch zu der in dieser Arbeit getätigten Feststellung zu stehen scheint, wonach in der bisherigen beihilferechtlichen Rechtsprechung nie auf das Erfordernis staatlichen Mitteleinsatzes verzichtet worden ist[956], dürfte vor allem damit zu erklären sein, dass über den Inhalt des Begriffs der parafiskalischen Abgabe keine Einigkeit herrscht: Während vielfach für die Einstufung als parafiskalische Abgabe gefordert wird, dass diese zunächst einem Parafiscus zufließt[957], bevor sie an die Begünstigten ausgeschüttet wird, werden teilweise auch direkt an Unternehmen zu zahlende Zwangsabgaben Privater als parafiskalische Abgaben eingestuft.[958] In den Urteilen aber, in

---

[954] siehe oben S. 165 f.
[955] Grabitz/Hilf - von Wallenberg, Art. 92 EGV Rn. 83; Häring, S. 95 f.
[956] siehe oben S. 172
[957] so etwa Götz, in: FS Friauf, S. 37 (43); Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 48; Lamping, S. 89 f.; vgl. Selmer, DStZ/A 1975, S. 396; Säcker, ZfS 1988, S. 449 (454); Caesar, FA 38 (1980), S. 385 (409 f.)
[958] vgl. Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537 (541); Bartosch, NVwZ 2001, S. 643 (645)

denen der EuGH die Beihilfequalität von Zuwendungen, die aus parafiskalischen Abgaben finanziert wurden, bejaht hat[959], handelte es sich stets um solche Abgaben, die zunächst einem staatlich eingerichteten Parafiscus zugeflossen sind, aus dessen Mitteln dann anschließend die Begünstigung gewährt wurde.[960] Die unzweifelhafte Beihilfequalität resultiert also letztlich nicht aus der (umstrittenen) Einstufung als parafiskalische Abgabe, sondern aus der Gewährung aus einem staatlichen Haushalt.[961]

## VI. Keine staatlich zurechenbare Beihilfe trotz staatlichen Mitteleinsatzes? - Die allgemein belastenden staatlichen Maßnahmen

In der Rs. C-379/98 hatte der EuGH über die Beihilfeeigenschaft von Abnahme- und Vergütungspflichten nach dem deutschen Stromeinspeisungsgesetz (StrEG)[962] zu entscheiden.[963] § 2 StrEG verpflichtete Energieversorgungsunternehmen, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und gemäß § 3 StrEG zu bezahlen.[964] Da die nach § 3 StrEG vorgeschriebene Vergütung erheblich über dem Marktpreis für Strom lag[965], ergab sich aus der Differenz von erhaltener Leistung und erbrachter Gegenleistung ein marktwidriger geldwerter Vorteil zu Gunsten der Stromerzeuger. Diese Begünstigung wurde jedoch nicht aus der Staatskasse bezahlt, sondern war von den Energieversorgungsunternehmen zu finanzieren.[966] Der EuGH urteilte, dass eine Verpflichtung privater Elektrizitätsver-

---

[959] siehe etwa EuGH Slg. 1977, S. 595 (608) [Steinike und Weinlig/Deutschland]; EuGH Slg. 1991, S. I-5505 (5515) [Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires]; EuGH Slg. 1992, S. I-1847 (1875) [Compagnie commerciale de l'Ouest u.a.]; EuGH Slg. 1992, S. I-3899 (3901 ff.) [Sanders Adour u.a.]; EuGH Slg. 1992, S. I-6523 (6548 ff.) [Lornoy u.a.]; EuGH Slg. 1992, S. I-6613 (6624 ff.) [Demoor u.a.]; EuGH Slg. 1992, S. I-6559 (6560 ff.) [Claeys]; EuGH Slg. 1993, S. I-4337 (4359) [CELBI]; EuGH Slg. 1993, S. I-5509 (5526 ff.) [Scharbatke/Deutschland]; EuGH Slg. 1999, S. I-2459 (2474) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3929) [DM Transport]

[960] so zu Recht Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (543); Damm, S. 103 f.

[961] Dederer, BayVBl. 2001, S. 366 (367); Harings, S. 10

[962] Das StrEG wurde 1990 erlassen (BGBl. 1990 I, S. 2633) und 1994 (BGBl. 1994 I, S. 1618) sowie 1998 (BGBl. 1998 I, S. 730) modifiziert, wobei Vorschriften über eine Abnahme- und Vergütungspflicht allen Fassungen des StrEG gemein waren (siehe dazu Ruge, WuW 2001, S. 560 (563)). Im April 2000 wurde es durch das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (BGBl. 2000 I, S. 305) abgelöst, das ebenfalls eine Abnahme- und Mindestvergütungspflicht enthält (Kühne, JZ 2001, S. 759 (760); Bürger/Senger, UPR 2000, S. 215 (216 f.); Niedersberg, NVwZ 2001, S. 21 (21 f.)).
Vergleichbare, aus einer Kombination von Abnahme- und Vergütungspflicht bestehende Förderregelungen zu Gunsten regenerativ erzeugter Energien finden sich auch im deutschen Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (BGBl. 2000 I, S. 703, modifiziert durch BGBl. 2002 I, S. 1092; siehe hierzu etwa Heller, GewArch 2001, S. 191 (193); Nagel, ZUR 2001, S. 263 (265)) sowie in anderen Mitgliedstaaten (siehe dazu Schalast/Hermonies, ET 2000, S. 688 (688 f.); Martinez, DVBl. 2001, S. 882; Tremmel, ecolex 2001, S. 573 (575 ff.)).

[963] EuGH Slg. 2001, S. I-2099 [PreussenElektra/Schleswag]

[964] Just, EWiR 2001, S. 423

[965] Koenig/Kühling, EStAL 2002, S. 7 (8); Friauf, ET 1995, S. 597 (598); Gellermann, DVBl. 2000, S. 509 (510); Ritgen, RdE 1999, S. 176 (179); Ossenbühl, in: FS Quaritsch, S. 237 (248); vgl. GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2104) [PreussenElektra/Schleswag]

[966] Pünder, NVwZ 1999, S. 1059 (1060); Ossenbühl, in: FS Quaritsch, S. 237 (248)

sorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom zu Preisen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert des Stroms lägen, mangels staatlicher Mittelbelastung keine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG sei.[967]

Von der Regelung des StrEG waren nun aber nicht nur private Energieversorgungsunternehmen betroffen. Die Abnahme- und Vergütungspflicht traf die Unternehmen unabhängig davon, ob sie sich in privater oder öffentlicher Hand befanden[968], und zumindest bei einem Teil der nach dem StrEG verpflichteten Stromversorgungsunternehmen befand sich die Mehrheit des Kapitals in staatlicher Hand[969], so dass **insofern** die Frage nach staatlichem Mitteleinsatz an sich zu bejahen war.[970] Trotzdem hat der EuGH offensichtlich der Regelung des StrEG **insgesamt** den Charakter einer aus staatlichen Mitteln stammenden Begünstigung abgesprochen[971] und ist somit der Ansicht von GA *Jacobs* gefolgt, der in seinen Schlussanträgen ausgeführt hatte, dass eine **allgemeingültige Maßnahme**, die bestimmten Unternehmen Vorteile auf Kosten einer anderen Gruppe von Unternehmen gewähre, nicht allein deshalb als Beihilfe aus staatlichen Mitteln angesehen werden könne, bloß weil sich einige dieser Unternehmen ganz oder teilweise im staatlichen Eigentum befänden.[972]

Schon im Ergebnis kann man dem kaum widersprechen, da andernfalls das in Art. 87 EG enthaltene Verbot dazu führen würde, dass alle Inhaber staatlicher Mittel - und insbesondere auch im staatlichen Eigentum stehende Unternehmen - von solchen allgemein geltenden finanziellen Verpflichtungen ausgenommen werden müssten, um insoweit eine Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln zu vermeiden. Das Beihilfeverbot würde so letztlich zu der beihilferechtlich geradezu absurden Pflicht führen, staatlichen Unternehmen finanzielle Vorteile gegenüber ihren privaten Konkurrenten zu gewähren.[973]

---

[967] EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2183) [PreussenElektra/Schleswag]; dagegen Frenz, RdE 2002, S. 201 (202 f.)

[968] Heller, GewArch 2001, S. 191; Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991

[969] **Dass** der Staat bei einigen der nach dem StrEG verpflichteten Unternehmen die Kapitalmehrheit hielt, war unstreitig. Streitig war allenfalls, bei **wie vielen** dieser Unternehmen das der Fall war (laut Recherchen der Kommission immerhin bei sechs von neun überregionalen Versorgungsunternehmen, laut Angaben der deutschen Bundesregierung dagegen nur bei zwei von acht Unternehmen (siehe GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2142 und 2144) [PreussenElektra/Schleswag])).

[970] Ruge, WuW 2001, S. 560 (568); siehe dazu, dass Mittel eines im mehrheitlichen staatlichen Kapitalbesitz stehenden Unternehmens zu den staatlichen Mitteln zählen, auch oben S. 135 ff.

[971] Die Vorlagefrage bezog sich nämlich nicht bloß auf die Beihilfequalität der Abnahme- und Vergütungspflicht, soweit sie **privaten** Energieversorgungsunternehmen auferlegt worden war, sondern **generell** auf die Beihilfequalität der Abnahme- und Vergütungspflicht des StrEG (siehe EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2172) [PreussenElektra/Schleswag]). Dass der EuGH die Vorlagefrage nur teilweise - nämlich in Bezug auf die betroffenen privaten Energieversorger - beantworten wollte, wird man ihm kaum unterstellen können, zumal er doch auch problemlos hätte feststellen können, dass zumindest insoweit eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln vorliegt, als die Abnahme- und Vergütungspflicht in öffentlicher Hand befindliche Unternehmen trifft.

[972] GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2144) [PreussenElektra/Schleswag]; zustimmend Pünder, Jura 2001, S. 591 (593)

[973] vgl. auch GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2144) [PreussenElektra/Schleswag]

Aber auch aus dogmatischer Sicht bestätigt sich in diesem Urteil nur, dass die „Staatlichkeit" der Mittel durch über die allgemeine staatliche Hoheitsmacht hinausgehende Verfügungsbefugnisse des (Mitglied-)Staates vermittelt wird. Die an dieser Stelle erfolgende Herausnahme solcher **hoheitlich angeordneten, allgemeinen Belastungen** aus dem Kreis der aus staatlichen Mitteln stammenden Begünstigungen ist nämlich im Grunde nur das notwendige Gegenstück zu einer an anderer Stelle vorgenommenen Erweiterung des Begriffs der staatlichen Mittel: Grundsätzlich sollen staatliche Mittel schließlich dadurch gekennzeichnet werden, dass sie dem Staat gehören.[974] Der Begriff der staatlichen Mittel ist jedoch um diejenigen Mittel zu erweitern, die ihm zwar nicht gehören, über die er aber „wie über eigene" - also nicht nur kraft seiner allgemeinen Hoheitsmacht, sondern aufgrund einer darüber hinausgehenden, besonderen Verfügungsbefugnis - verfügen kann.[975] Umgekehrt muss dann eine Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln verneint werden, wenn die Mittel zwar dem Staat gehören, ihre Belastung aber allein auf der allgemeinen Hoheitsmacht des Staates beruht.

Die Abgrenzung, ob die Belastung nur auf der allgemeinen Hoheitsmacht des Staates beruht oder auf einer darüber hinausgehenden Verfügungsbefugnis des Staates über die belasteten Mittel, kann dabei - wie grundsätzlich alle Abgrenzungen im wirkungsorientierten Beihilferecht - nicht allein anhand formaler Kriterien getroffen werden. Es kommt weniger auf die formale Allgemeingültigkeit der staatlichen Maßnahme an als vielmehr darauf, ob diese **materiell eine allgemeine Belastung bewirkt**. Die hoheitliche Natur der Maßnahme ist daher zwar eine Mindestvoraussetzung für die Annahme einer allgemeingültigen Belastung, schon weil der Staat allgemeine, auch private Mittel betreffende Belastungen **nur kraft seiner Hoheitsmacht anordnen *kann***.[976] Bei seinen eigenen Mitteln aber hat der Staat grundsätzlich die Wahl, ob er sich für eine Verfügung seiner eigentümerischen (bzw. eigentumsähnlichen) oder seiner hoheitlichen Befugnisse bedient. Wenn ein Staat beispielsweise eine finanzielle Belastung zu Lasten einer staatlichen Einrichtung begründen möchte, kann er regelmäßig wählen, ob er sich hierfür die ihm als Träger der Einrichtung zustehenden Befugnisse in den Leitungsgremien der Einrichtung zunutze macht oder die entsprechende Belastung unter Nutzung seiner hoheitlichen Befugnisse der Einrichtung gesetzlich auferlegt. Die Entscheidung, ob eine nur auf staatlichen Hoheitsbefugnissen beruhende, allgemeine Belastung vorliegt, kann sich folglich nicht daran orientieren, ob die Maßnahme formal auf eigentümerischen oder hoheitlichen Befugnissen des Staates beruht, sondern entscheidend muss vielmehr sein,

---

[974] vgl. oben S. 114 ff.

[975] siehe dazu oben S. 137 f.

[976] Private Mittel unterscheiden sich schließlich von staatlichen gerade dadurch, dass der Staat nur aufgrund seiner allgemeinen Hoheitsmacht über sie verfügen kann (vgl. oben S. 137 f. und S. 165 f.).

ob die Maßnahme materiell **ausschließlich zu Lasten staatlicher Mittel** oder ob sie **auch zu Lasten privater Mittel** geht, da der Staat letztere Belastung überhaupt nur kraft seiner allgemeinen Hoheitsmacht anordnen **konnte**.

Dass eine Belastung allein zu Lasten dem Staat zuzurechnender Mittel geht, kann der Staat dabei auf ganz verschiedene Weise erreichen, wie anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden soll:

Staatlich angeordnete **Mindestpreise** etwa gelten grundsätzlich für alle Käufer, also regelmäßig auch - oder sogar primär[977] - für Private, so dass keine aus staatlichen Mitteln stammende und daher unter Art. 87 I EG fallende Beihilfe vorliegt[978], und zwar selbst dann nicht, wenn nun vereinzelt auch staatliche Einrichtungen das Produkt zum überhöhten Mindestpreis kaufen.[979] Anders ist es dagegen, wenn die finanzielle Belastung der Käufer durch das Mindestpreissystem nur formal allgemein gilt, in Wirklichkeit aber ausschließlich den Staat trifft, etwa wenn der Staat einen Mindestpreis für ein Produkt anordnet, das nur er kauft, z.B. indem er gesetzlich einen (überhöhten) Mindestpreis für Panzer festlegt. Diese Maßnahme trifft zwar formal alle Käufer von Panzern, d.h. private Käufer genauso wie staatliche; de facto wird aber wohl kein einziger Privater jemals einen Panzer kaufen. Auch wenn die Maßnahme formal allgemeingültig ist, so ist offensichtlich, dass die finanzielle Belastung hier ausschließlich zu Lasten staatlicher Mittel geht.

Auch bei der **Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute** in Deutschland handelt es sich um eine gesetzliche[980], also formal allgemein geltende Regelung. Dass diese Haftung allein staatliche Mittel belastet, ergibt sich daraus, dass Träger der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute - und damit der finanziellen Belastung - nur eine staatliche Einrichtung sein kann.[981]

Der Staat kann also selbst bei formal allgemein geltenden, hoheitlichen Maßnahmen auf vielfältige Weise sicherstellen, dass die Belastung trotzdem ausschließlich staatliche Einrichtungen - also letztlich ihn selbst - trifft. Allgemein ist eine Belastung daher nur dann, wenn sie

---

[977] Meist wird der typische Käufer der Produkte wohl ein Privater sein.

[978] siehe zum mangels staatlichen Mitteleinsatzes fehlenden Beihilfecharakter von Mindestpreisen bereits oben S. 163 f.

[979] Soweit ersichtlich ist noch nie vertreten worden, dass in diesem Falle eine staatlich zurechenbare Beihilfe vorliegt. Andernfalls würde es auch zu der offensichtlich unsinnigen Folge kommen, dass über staatliche Mittel verfügenden Einrichtungen wie z.B. im staatlichen Eigentum stehenden Unternehmen beihilferechtlich entweder verboten wäre, das fragliche Produkt überhaupt zu erwerben, oder aber der Staat gezwungen wäre, für diese Einrichtungen eine Ausnahmeregelung vom Mindestpreis zu schaffen, so dass staatliche Unternehmen zu günstigeren Preisen als ihre privaten Konkurrenten einkaufen könnten.

[980] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 108

[981] siehe dazu, dass Träger einer juristischen Person des öffentlichen Rechts nur der „Staat" sein kann, oben S. 121

**tatsächlich staatliche und private Mittel gleichermaßen** trifft[982], weil die Belasteten eine bestimmte allgemeine Voraussetzung erfüllen, die aber in keinerlei Zusammenhang mit einer besonderen Verfügungsmacht des Staates über ihre Mittel steht. Eine in diesem Falle - gewissermaßen nur zufällig[983] - auftretende Mitbelastung auch staatlicher Mittel ist bei wertender Betrachtung nicht ausreichend, um eine Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln zu bejahen.

Durch eine solche Auslegung des Beihilfebegriffs, die allgemein belastenden staatlichen Maßnahmen wie dem Stromeinspeisungsgesetz die Beihilfequalität abspricht, entstehen im Übrigen auch nicht, wie vielfach behauptet[984], Lücken im Wettbewerbsschutz, da insoweit die anderen Vertragsvorschriften - insbesondere die Grundfreiheiten - ausreichende Kontroll- und Abwehrmechanismen zur Verfügung stellen.[985] Das StrEG etwa unterfällt der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG: Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH erfasst Art. 28 EG jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinträchtigen.[986] Gemäß § 1 StrEG gilt die Abnahme- und Vergütungspflicht der Energieversorgungsunternehmen ausdrücklich nur für in Deutschland erzeugten Strom.[987] Die Verpflichtung, eine bestimmte Menge eines Erzeugnisses von inländischen Lieferanten abzunehmen, beschränkt aber die Möglichkeiten der Einfuhr dieses Erzeugnisses.[988] Das StrEG stellt daher eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.d. Art. 28 EG dar.[989] Kritisieren kann man am Urteil des EuGH in der Rs. C-379/98 möglicherweise, dass der EuGH diese Maßnahme gleicher Wirkung aus Gründen des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen,

---

[982] vgl. Könings, EStAL 2002, S. 19 (22)

[983] vgl. dazu Pünder, Jura 2001, S. 591 (593)

[984] so etwa die Kommission in EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2134 f.) [PreussenElektra/Schleswag]; Heller, GewArch 2001, S. 191 (192); Dederer, BayVBl. 2001, S. 366 (367); Witthohn/Smeddinck, ET 2001, S. 466 (468); Heller, atw 2001, S. 353 (354); Bronckers/Vlies, ECLR 22 (2001), S. 458 (467 f.)

[985] Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (764)

[986] sog. Dassonville-Formel: std. Rspr. seit EuGH Slg. 1974, S. 837 (852) [Dassonville]

[987] siehe BGBl. 1998 I, S. 730

Die ursprüngliche Fassung des StrEG von 1990 (BGBl. 1990 I, S. 2633) verpflichtete die Elektrizitätsversorgungsunternehmen stattdessen zur Abnahme des in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Stroms, wobei aber auch durch diese Beschränkung auf das Versorgungsgebiet der nationalen Versorgungsunternehmen die Abnahmepflicht - zumindest weitestgehend - auf in Deutschland erzeugten Strom beschränkt blieb.

[988] EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2184) [PreussenElektra/Schleswag]

[989] EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2184) [PreussenElektra/Schleswag]; Lecheler, RdE 2001, S. 140; Tremmel, ecolex 2001, S. 573 (574); Dederer, BayVBl. 2001, S. 366 (367); Witthohn/Smeddinck, ET 2001, S. 466 (468); Heller, GewArch 2001, S. 191 (192); Koenig/Kühling, NVwZ 2001, S. 768 (770); Just, EWiR 2001, S. 423 (424)

Tieren und Pflanzen und der Umwelt für gerechtfertigt gehalten[990], nicht aber, dass er das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG verneint hat.

## VII. Exkurs: Gemeinschaftsbeihilfen

Dass Art. 87 EG keine Gemeinschaftsbeihilfen, sondern nur (national-)staatliche bzw. aus (national-)staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen erfasst, ist heutzutage weitgehend anerkannt.[991] Auch der EuGH unterstellt Gemeinschaftsbeihilfen nicht dem Kontrollsystem der Art. 87 ff. EG.[992]

Die Frage, auf welche Weise Gemeinschaftsbeihilfen im Einzelnen von nationalen Beihilfen abzugrenzen sind, ist umstritten.[993] Sie zu klären, soll jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit sein. Die Abgrenzung der gemeinschaftlichen von den nationalstaatlichen Beihilfen wird nämlich nach anderen Gesichtspunkten zu erfolgen haben als die hier behandelte Frage der Eingrenzung der einem (National-)Staat zurechenbaren Beihilfen, denn während es im letzteren Falle um eine Unterscheidung zwischen den gerade vom Staat und den nur von Privaten herrührenden Begünstigungen geht, also letztlich um eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Sektor[994], geht es im ersteren Falle darum, zwei unterschiedliche Ebenen der öffentlichen Gewalt (Nationalstaat und Europäische Gemeinschaft) auseinander zu halten.

## VIII. Zusammenfassung: Die staatliche Zurechnung von Begünstigungen aufgrund staatlichen Mitteleinsatzes

Für die Zurechnung einer Beihilfe zum Staat kommen nur zwei mögliche Anknüpfungspunkte in Betracht, und zwar das staatliche Verhalten und der staatliche Mitteleinsatz. Allein das Beruhen der Begünstigung des Unternehmens auf einem staatlichen Verhalten kann für die Zu-

---

[990] EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2185 f.) [PreussenElektra/Schleswag]; hierzu siehe Ruge, EuZW 2001, S. 247 (247 f.); Dederer, BayVBl. 2001, S. 366 (367); Lecheler, RdE 2001, S. 140; Tremmel, ecolex 2001, S. 573 (575); Streinz, Jus 2001, S. 596 (597); Goossens/Emmerechts, CML Rev. 2001, S. 991 (1009); Ruge, WuW 2001, S. 560 (563); Nagel, ZUR 2001, S. 263 (265); Raabe/Meyer, NJW 2000, S. 1298 (1300 f.)

[991] Häring, S. 85; Götz, in: Dauses, H III Rn. 2; Rodi, S. 78; T. Koch, S. 11; A. Rapp, AnwBl. 2001, S. 476 (477); Michaelis, JA 1999, S. 757 (758); Berrisch, EuR 1997, S. 155 (160); Ritvay, S. 14; Matthies, ZHR 152 (1988), S. 442; Kapteyn/VerLoren van Themaat/Gormley, S. 816; H/O/S, S. 24 f.; Sinnaeve, S. 33; unentschieden Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (449)

[992] Beispiele für Gemeinschaftsbeihilfen finden sich etwa in: EuGH Slg. 1980, S. 617 [Ferwerda]; EuGH Slg. 1982, S. 1503 [BayWa u.a./BALM]; EuGH Slg. 1982, S. 3583 [Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor u.a./BALM]; EuGH Slg. 1983, S. 2633 [Deutsche Milchkontor u.a/Deutschland]; EuGH Slg. 1988, S. 5515 [Asteris u.a./Griechenland u.a.]; EuGH Slg. 1998, S. I-2661 [Steff-Houlberg Export u.a.]; EuGH Slg. 1998, S. I-2975 [Jensen und Korn- og Foderstofkompagniet]; EuGH Slg. 1998, S. I-4767 [Ölmühle Hamburg]

[993] zu einzelnen Abgrenzungsansätzen siehe etwa: Rodi, S. 78; Götz, in: Dauses, H III Rn. 2; Sinnaeve, S. 33 f.

[994] siehe oben S. 110

rechnung aber nicht ausreichend sein. Das ausschlaggebende Kriterium für die staatliche Zurechenbarkeit muss daher die Erbringung des geldwerten Vorteils zu Lasten („eigener") staatlicher Mittel sein, zumal eine solche Belastung staatlicher Mittel ganz automatisch auch mit sich bringt, dass die Beihilfe auf einem staatlichen Verhalten - zumindest in Form einer Mittelbereitstellungsentscheidung - beruht.

Sowohl der Begriff der „Mittel" als auch der des „Staates" ist dabei weit zu verstehen: Als „Mittel" zur Beihilfegewährung kommen neben Geldmitteln auch Vermögens- und Personalmittel des Staates in Betracht. Und zum „Staat" ist im beihilferechtlichen Sinne nicht nur der Mitgliedstaat selbst zu zählen, sondern auch alle Einrichtungen, die - unmittelbar oder mittelbar - im Eigentum des Mitgliedstaates stehen oder deren Mittel und Verhalten man im Einzelfalle aufgrund vergleichbarer Inhaber- bzw. Trägerbefugnisse auf diesen zurückführen kann und daher dem Mitgliedstaat zurechnen muss.

Auch wenn aufgrund der identischen Rechtsfolgen eine genaue Unterscheidung zwischen „staatlichen" und „aus staatlichen Mitteln gewährten" Beihilfen an sich nicht notwendig ist, sollte man zur ersten Tatbestandsvariante der „staatlichen Beihilfen" i.S.d. Art. 87 I EG sinnvollerweise all jene Begünstigungen zählen, die das begünstigte Unternehmen unmittelbar von einer zum „Staat" (i.w.S.) zu zählenden Einrichtung erhält, da hier die Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln im Regelfalle außer Frage stehen muss und Ausnahmen im Grunde nur in zwei Fällen möglich sind:

Zum einen können die von der staatlichen Einrichtung kommenden Mittel dann nicht als staatlich angesehen werden, wenn diese Mittel ursprünglich von Privaten stammen und die Zwischenschaltung der staatlichen Einrichtung zu keinerlei Umverteilung der Mittel führt und daher wegdenkbar wäre, da dieses nur formale Durchfließen durch einen staatlichen Haushalt die zunächst privaten Mittel nicht zu „staatlichen" werden lässt. Von diesem (seltenen) Ausnahmefalle einmal abgesehen, ist es jedoch grundsätzlich irrelevant, wie die staatliche Einrichtung sich refinanziert.

Zum anderen können Begünstigungen, auch wenn sie unmittelbar aus den Mitteln einer staatlichen Einrichtung stammen, dann nicht als aus staatlichen Mitteln herrührend angesehen werden, wenn die Begünstigung bloß infolge einer allgemeingültigen, hoheitlich angeordneten Belastung eintritt, die die Belasteten aufgrund allgemeiner Kriterien trifft, die in keinerlei Zusammenhang mit der staatlichen Zurechenbarkeit der belasteten Mittel stehen, da die Belastung hier allein auf der allgemeinen Hoheitsmacht des Staates beruht und gewissermaßen nur zufällig auch eine entsprechende (Mit-)Belastung staatlicher Mittel bewirkt.

Unter die zweite Tatbestandsvariante der „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“ fallen dann nur die sog. mittelbaren Beihilfen, die die begünstigten Unternehmen nicht unmittelbar aus den Händen einer staatlichen Einrichtung, sondern von nicht-staatlichen Dritten (vor allem privaten Verbrauchern oder Unternehmen) erhalten, die aber mittelbar aus staatlichen Mitteln stammen.

# 2. Teil: Anwendung der bisherigen Erkenntnisse auf ausgewählte, beihilfeverdächtige Einzelmaßnahmen der Mitgliedstaaten

Nachdem zunächst die beiden Tatbestandsmerkmale der Begünstigung und ihrer staatlichen Zurechenbarkeit, die den Begriff der Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG kennzeichnen, generell inhaltlich bestimmt worden sind, sollen die bisher gewonnenen Ergebnisse nun dazu verwendet werden, im Folgenden ausgewählte staatliche Einzelmaßnahmen, die allesamt als Wettbewerbshindernisse auf dem Gemeinsamen Markt von großer praktischer Bedeutung sind, aber auch aus theoretisch-dogmatischer Sicht als besonders interessant erscheinen, auf ihre Beihilferelevanz zu untersuchen.

## A. Investitionen in eigene Unternehmen

Unternehmen, die dem Staat ganz oder teilweise gehören, zeichnen sich durch eine beihilferechtliche Besonderheit aus: Sie kommen sowohl als staatlicher Beihilfegewährer[995] als auch als unternehmerischer Beihilfeempfänger[996] in Betracht.[997] An dieser Stelle sollen aber nicht Beihilfen **von**[998], sondern **an** staatliche Unternehmen im Mittelpunkt der Untersuchung stehen.

Investitionen des Staates in seine eigenen Unternehmen sind auf den ersten Blick stark beihilfeverdächtig, da bei ihnen die staatliche Zuwendung meist in einer Geldzahlung des Staates an das Unternehmen bestehen wird[999], also einer - für sich betrachtet - klassischen Subventi-

---

[995] vgl. EuGH Slg. 1997, S. II-229 (279) [FFSA u.a./Kommission] sowie EuGH Slg. 1998, S. I-1303 [FFSA u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-545 (551 f. und 565) [INMA und Itainvest/Kommission]

[996] siehe EuGH Slg. 1994, S. I-877 (905 ff.) [Banco Exterior de Espana]; EuGH Slg. 1994, S. I-4175 (4189) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1995, S. I-343 (353 f.) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2274) [EPAC/Kommission]

[997] Asendorf, S. 7; so auch EuGH Slg. 1995, S. I-673 (696) [Kommission/Italien] hinsichtlich der staatlichen Holdinggesellschaft IRI; ebenso EuGH Slg. 1995, S. I-699 (716) [Kommission/Italien] bezüglich der staatlichen Holdinggesellschaft ENI

[998] siehe zu diesen schon oben S. 124 ff. und S. 131 ff.

[999] Das wohl klassischste Beispiel sind Geldzuwendungen des Staates im Wege des Erwerbs einer Kapitalbeteiligung bzw. einer Kapitalerhöhung bei bereits bestehender Kapitalbeteiligung (vgl. aus der Rspr. z.B. EuGH Slg. 1984, S. 3809 [Intermills/Kommission]; EuGH Slg. 1985, S. 809 [Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 89 [Kommission/Belgien]; EuGH Slg. 1987, S. 1773 [Kommission/Belgien]; EuGH Slg. 1990, S. I-959 [Belgien/Kommission („Tubemeuse")]; EuGH Slg. 1994, S. I-4103 (4153) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1994, S. I-4175 (4191 f.) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-2405 (2415) [British Airways u.a. und British Midland Airways/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-3235 (3242) [BP Chemicals/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-3327 (3332) [Ryanair/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-2881 [Kneissl Dachstein/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-2925 [Salomon/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3898 ff.) [Alitalia/Kommission]).
Dabei sind regelmäßig nur effektive Kapitalerhöhungen, die von außen finanziert werden, beihilfeverdächtig (Pape, S. 27; vgl. Soukup, S. 3 ff.), denn nur in diesem Falle erhält das Unternehmen Geld bzw. geldwerte

onsleistung, deren Beihilfecharakter allenfalls an der Vereinbarkeit der Investition mit dem **Privatinvestortest** scheitern kann.[1000] Auch aus Art. 295 EG ergibt sich im Übrigen, dass der Staat seine Unternehmen in demselben Umfang unterstützen darf, wie private Investoren dies bei ihren Unternehmen tun.[1001]

Bei unternehmerischen Investitionsentscheidungen bestehen jedoch oft große Unsicherheiten über die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Investition.[1002] Investitionsentscheidungen erfordern den Einsatz von unternehmerischen Fähigkeiten und beinhalten naturgemäß eine weite Bandbreite der Beurteilungsmöglichkeiten durch den Investor, innerhalb derer nicht auf das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe geschlossen werden kann.[1003] Auch Investitionen privater Investoren können zu einer unerwartet niedrigen Rendite führen oder sogar völlig scheitern.[1004] Als Beihilfe kann man eine Investition des Staates in seine Unternehmen daher erst dann ansehen, wenn sie unter Rentabilitätsgesichtspunkten schlechterdings nicht mehr nachzuvollziehen ist[1005], also für das geförderte Unternehmen keinerlei ernsthafte Aussicht auf Rentabilität besteht.[1006] Die Beihilfeaufsicht beschränkt sich hier somit weitgehend auf eine bloße **Missbrauchskontrolle**[1007]: Auf der einen Seite hat sie sicherzustellen, dass der Staat

---

Leistungen vom staatlichen Inhaber zugewandt. Nominelle Kapitalerhöhungen, die aus vorhandenen Rücklagen des Unternehmens selbst finanziert werden, sind dagegen keine staatlich zurechenbaren Beihilfen, weil das Unternehmen keine geldwerte Leistung aus staatlichen Mitteln erhält, sondern sein Kapital allein aus eigenen Mitteln erhöht.

[1000] vgl. Eilmansberger, Staatliche Beihilfen, S. 26 f.; Rosenstock, S. 55; Lenz - Rawlinson, Art. 87 EG Rn. 3; Verhoeven, ICLQ 45 (1996), S. 861 (867); zur Anwendung des Privatinvestortests auf Investitionssachverhalte siehe etwa EuGH Slg. 1985, S. 809 (823 f.) [Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 2263 (2285 f.) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1986, S. 2321 (2344 f.) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1990, S. I-959 (1012) [Belgien/Kommission („Tubemeuse")]

[1001] Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 45; Soukup, S. 58

[1002] EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2295) [EPAC/Kommission]

[1003] Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (10)

[1004] Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (10)

[1005] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 272; vgl. Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (10); EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2295) [EPAC/Kommission]

[1006] so die Kommission in EuGH Slg. 1998, S. II-3437 (3465 f.) [BFM und EFIM/Kommission]

[1007] Trotzdem hat die Kommission grundsätzlich **kein Ermessen** hinsichtlich der wirtschaftlichen Beurteilung staatlicher Investitionsentscheidungen. Ein Ermessensspielraum steht der Kommission nämlich an sich nur bei der Beurteilung der Voraussetzungen des Art. 87 III EG zu (siehe dazu EuGH Slg. 1994, S. I-4103 (4162) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. I-2549 (2576) [TWD/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. II-2031 (2047) [Ducros/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-335 (350) [Comité d'entreprise de la Société francaise de production u.a./Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-717 (749 f.) [Vlaams Gewest/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-2405 (2442) [British Airways u.a. und British Midland Airways/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-1889 (1929) [ARAP u.a./Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3703) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-2881 (2900) [Kneissl Dachstein/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-2925 (2943) [Salomon/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-3663 (3725) [Freistaat Sachsen u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2300) [EPAC/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3145 (3168 f.) [BP Chemicals/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3207 (3246) [CETM/Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. II-1169 (1202) [Regione autonoma Friuli Venezia Giulia/Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. I-8365 (8393) [Adria-Wien Pipeline u.a.]; EuGH Slg. 2002, S. II-261

als Unternehmer nicht im Vergleich zu in ihren Investitionsentscheidungen grundsätzlich freien privaten Unternehmern benachteiligt wird, was gegen Art. 295 EG verstieße. Auf der anderen Seite ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Gleichbehandlung staatlicher und privater Unternehmen nach Art. 295 EG eine vergleichbare Ausgangslage voraussetzt, die jedoch oft nicht gegeben ist.[1008] Denn während Maßnahmen privater Unternehmer ihre Grenzen in deren grundsätzlichem Gewinnstreben finden[1009], lässt der Staat sich beim Betrieb der staatlichen Unternehmen oft auch von nicht kommerziellen Zielsetzungen leiten.[1010] Der Grundsatz, dass nach Art. 295 EG dem Staat als Unternehmer alles erlaubt ist, was auch privaten Inhabern von Unternehmen gestattet ist, muss daher dort eine Grenze finden, wo das Verhalten dem Privaten zwar nicht ausdrücklich verboten ist, er ein solches Verhalten aber schon deshalb gar nicht ernsthaft erwägen würde, weil es jeglichen wirtschaftlichen Überlegungen widerspricht. Wenn man dem Staat nur Maßnahmen untersagt, bei denen hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sein Verhalten gar nicht auf wirtschaftlichen Erwägungen beruht, sondern er die - dem Staat grundsätzlich in gleichem Maße wie jedem Privaten zustehenden - wirtschaftlichen Freiheiten als Unternehmer nur missbraucht, um unter ihrem Deckmantel andere, marktwidrige staatliche Ziele zu verfolgen, kann man kaum von einer gegen Art. 295 EG verstoßenden Diskriminierung des Staates sprechen. Die Verneinung des Beihilfecharakters einer staatlichen Investition setzt daher das Bestehen zumindest langfristiger Rentabilitätsaussich-

---

(302) [Keller und Keller Meccanica/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1365 f.) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2337) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3128) [HAMSA/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-7601 (7651) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-11949 (11986 f.) [Frankreich/Kommission]).
Bei der Beurteilung, ob eine staatliche Maßnahme tatbestandlich als Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG einzustufen ist, ist der Kommission dagegen normalerweise kein Ermessen einzuräumen (EuGH Slg. 1998, S. II-1 (26) [Ladbroke Racing/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3961 (3977) [Linde/Kommission]). Eine Ausnahme gilt nur, wenn besondere Umstände vorliegen, die etwa mit der besonders komplexen Natur der betreffenden staatlichen Maßnahme zusammenhängen (EuGH Slg. 1998, S. II-1 (26) [Ladbroke Racing/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3108) [HAMSA/Kommission]). Sofern es bei der Anwendung des Art. 87 I EG nämlich um die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten geht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die gerichtliche Kontrolle einer Entscheidung der Kommission, die eine solche Würdigung einschließt, darauf zu beschränken, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten worden sind, ob der zugrunde liegende Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob eine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts oder ein Ermessensmissbrauch vorliegen, so dass auf diese Weise der Kommission letztlich auch hier ein gewisser Ermessensspielraum zukommen kann (std. Rspr.: siehe etwa EuGH Slg. 1996, S. I-723 (772) [Belgien/Kommission] m.w.N.; EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2135) [Air France/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-3437 (3467) [BFM und EFIM/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3108) [HAMSA/Kommission]; Entscheidung des EuG in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 282).

[1008] Soukup, S. 60

[1009] siehe Pape, S. 99; vgl. Häring, S. 130 f.; Immenga/Rudo, S. 45

[1010] vgl. Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (11)

ten voraus.[1011] Zur Beurteilung der Rentabilitätsaussichten sind dabei alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die zumindest mittelbar zu finanziellen Gewinnen führen können, wie etwa das Bemühen um Imagepflege des Konzerns oder um Neuorientierung seiner Tätigkeit[1012], nicht aber Faktoren, die sich auch mittelbar nicht in materiellen Erträgen des Unternehmens niederschlagen können.[1013]

Auch wenn bei Investitionen des Staates in seine Unternehmen die Gegenleistung der Unternehmen also in der voraussichtlich erzielbaren Rendite liegt[1014], reicht allein die Feststellung, dass das Unternehmen nach der Investition rentabel arbeitet, dennoch nicht aus, um den Beihilfevorwurf zu vermeiden.[1015] Andernfalls müsste der Staat beihilferechtlich besonders hohe Geldzuwendungen gerade den aussichtslosesten Unternehmen zukommen lassen, da diese erst infolge einer sehr hohen Subventionierung wieder rentabel arbeiten können.[1016] Vielmehr muss sich für den staatlichen Investor[1017] **gerade die getätigte Investition** rentieren, also bei-

---

[1011] std. Rspr.: siehe nur EuGH Slg. 1998, S. II-3437 (3466) [BFM und EFIMKommission] m.w.N.; EuGH Slg. 1999, S. II-17 (51) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2603 (2644) [DSG/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3904) [Alitalia/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3107 f.) [HAMSA/Kommission]

[1012] EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1476) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]; vgl. auch EuGH Slg. 1991, S. I-1603 (1640) [Italien/Kommission („Alfa Romeo")]

[1013] Anders sah es der EuGH in den Rs. C-278/92 bis C-280/92, indem er ausführte, dass bei der Anwendung des Privatinvestortests nicht nur die Wahrscheinlichkeit eines - wenn auch nur mittelbaren - materiellen Gewinns zu berücksichtigen sei, sondern auch „andere Erwägungen" (EuGH Slg. 1994, S. I-4103 (4154) [Spanien/Kommission]). Als „andere Erwägungen" nennt er aber etwa das Bemühen um Imagepflege des Konzerns oder um Neuorientierung seiner Tätigkeiten, also Gesichtspunkte, die sich letztlich mittelbar auch wirtschaftlich positiv auswirken sollten. Überzeugender sind daher die Ausführungen des EuGH im am gleichen Tag ergangenen Urteil in der Rs. C-42/93, wonach der Staat sich immer von - zumindest längerfristigen - Rentabilitätsaussichten leiten lassen muss (EuGH Slg. 1994, S. I-4175 (4192) [Spanien/Kommission]). Und auch das EuG hat später noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass immaterielle Gesichtspunkte wie etwa Imagefragen nur insoweit in den Privatinvestorvergleich einfließen dürfen, als sie zumindest zu einer langfristigen Aussicht auf Rentabilität, also zumindest mittelbar zu materiellen Gewinnen führen (EuGH Slg. 1999, S. II-17 (55) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]).
Im Rahmen des Privatinvestortests dürfen also nur **wirtschaftliche Erwägungen** berücksichtigt werden, wobei es aber keinen Unterschied machen kann, ob der wirtschaftliche Erfolg direkt oder indirekt erzielt wird, sofern nur der Eintritt des Erfolges mit ausreichender Sicherheit erwartet werden kann (Pape, S. 63).

[1014] vgl. 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 68; Häring, S. 134; Koenig/Ritter, ZIP 2000, S. 769; EuGH Slg. 1990, S. I-307 (361) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]

[1015] vgl. EuGH Slg. 1990, S. I-307 (362 ff.) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")], wo der EuGH trotz des Einwandes Frankreichs, die Beihilfe habe letztlich die Sanierung des Unternehmens bewirkt, das jetzt statt unwirtschaftlicher wieder rentable Tätigkeiten ausübe, das Vorliegen einer Beihilfe bejaht hat; vgl. auch Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (8 f.)

[1016] Die Rückkehr zur Rentabilität kann nämlich oft gerade durch eine Subventionierung ermöglicht werden (so zu Recht die Klägerin in EuGH Slg. 1999, S. II-2925 (2953) [Salomon/Kommission]).

[1017] Erforderlich ist, dass die Investition sich **gerade für den staatlichen Investor** rentiert (vgl. auch oben S. 78 f.). Wenn beispielsweise der Staat nur anteilig am Kapital des Unternehmens beteiligt ist und die restliche Beteiligung in privaten Händen liegt, wird man zur Verneinung der Beihilfequalität einer Investition grundsätzlich fordern müssen, dass diese von allen Anteilseignern gleichmäßig, d.h. entsprechend ihrer jeweiligen Kapitalbeteiligung getragen wird. Eine überproportionale Beteiligung des Staates an der Investition ist regelmäßig ein Hinweis auf den Beihilfecharakter der staatlichen Zuwendung, solange sich der Staat hiermit keine zusätzlichen Unternehmens- oder zumindest Ertragsanteile erkauft (vgl. auch die Entscheidung des EuG in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 316).

spielsweise ein ohnehin schon rentables Unternehmen durch die Investition noch rentabler werden. So hat etwa auch der EuGH in der Rs. C-261/89 trotz einer rentablen Betriebsführung des unterstützten Unternehmens den Beihilfecharakter der Kapitalzufuhr bejaht, weil das „positive Ergebnis... zu geringfügig" war und „nicht ausgereicht hätte, um einen gedachten Privatinvestor zu der fraglichen Kapitalzufuhr zu veranlassen".[1018] Nur aus der Gegenüberstellung von **Investitions*be*trag** und **Investitions*er*trag** ergibt sich also, ob sich die staatliche Investition - zumindest langfristig - rentiert. Die Höhe des Investitionsertrags ist grundsätzlich zu ermitteln, indem der aktuelle, also abgezinste[1019] Wert des zukünftigen Cash flow aus dem Finanzierungsvorhaben errechnet wird.[1020] Wenn dieser den Investitionsbetrag übersteigt, rechnet sich die Investition, so dass eine Beihilfe ausgeschlossen ist.[1021]

Hier bestätigt sich wieder, dass Privatinvestortest und die Forderung nach einer angemessenen Gegenleistung sich letztlich gleich kommen[1022], denn ein Privatinvestor erwartet als Gegenleistung für seine Investition, dass die (abgezinsten[1023]) zukünftigen Erträge den Wert seiner Investition übersteigen oder diesen zumindest erreichen.[1024] Das Gegenleistungserfordernis darf dabei allerdings nicht zu eng verstanden werden: Es ist nicht etwa notwendig, dass das Unternehmen dem Staat die Erträge auszahlt und so eine positive Leistung an diesen erbringt, denn auch ohne Auszahlung profitiert der Investor als Anteilseigner von den infolge der Zuwendung erwirtschafteten Erträgen, indem der Wert seiner Beteiligung steigt. Ob der Ertrag dem Investor direkt über Ausschüttungen zufließt oder indirekt über Wertsteigerungen des Unternehmens, ist daher unerheblich.[1025] Auch eine bloße Wertsteigerung seines Unterneh-

---

[1018] EuGH Slg. 1991, S. I-4437 (4460) [Italien/Kommission]

[1019] zur Notwendigkeit der Abzinsung später erfolgender Zahlungen auf ihren Gegenwartswert siehe unten S. 254 f.

[1020] vgl. EuGH Slg. 1998, S. II-3235 (3293 ff.) [BP Chemicals/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3905) [Alitalia/Kommission]; Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (12); Soukup, S. 166; Abbamonte, ELR 23 (1998), S. 414 (430)

[1021] vgl. EuGH Slg. 2000, S. II-3871 (3905) [Alitalia/Kommission]; Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (12); Häring, S. 153; Soukup, S. 166

[1022] siehe dazu schon oben S. 65 f.

[1023] Schwierig ist allerdings gerade in Investitionsfällen die Ermittlung des der Abzinsung zugrunde zu legenden Zinsfußes (siehe dazu Soukup, S. 173; Häring, S. 153 ff.; vgl. zur Problematik der Festlegung des marktmäßig angemessenen Zinssatzes im Übrigen auch die Entscheidung des EuG in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 355 ff.).

[1024] In Anbetracht der unternehmerischen Freiheit privater Investoren wird man es insoweit für die Verneinung des Beihilfecharakters bereits als ausreichend ansehen müssen, wenn die staatliche Investition sich durch die zukünftig zu erwartenden Erträge - in Ansetzung eines angemessenen Abzinsungszinssatzes - gerade eben bezahlt macht.

Falsch ist im Übrigen die Aussage, dass rentable Finanzentscheidungen des Staates gar nicht anhand des Kriteriums des privaten Investors überprüft werden könnten (so aber DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 277 f.; vgl. auch H.-G. Vogel, ZBB 2001, S. 103 (111 f.); dagegen zu Recht das EuG in seiner Entscheidung in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission], Rn. 210), sondern profitable Investitionen sind bloß mit dem Privatinvestortest **vereinbar**.

[1025] Soukup, S. 166; W. Schroeder, ZHR 161 (1997), S. 805 (827); vgl. auch Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (12)

mens reicht einem Privatinvestor als Gegenleistung für seine Investition aus, sofern die Wertsteigerung einen Umfang erreicht, bei dem sich die Investition rentiert.[1026]
Die Ermittlung der zukünftigen Ertragsaussichten von Unternehmen ist aber oft von solchen Prognoseunsicherheiten geprägt, dass eine exakte, rechenhafte Gegenüberstellung von Investitionswert und voraussichtlichen Erträgen in der Praxis meist kaum durchführbar sein wird.[1027] Statt einer rein rechnerischen Feststellung des Beihilfecharakters, indem vom Investitionsbetrag der Gegenwartswert der zu erwartenden Gegenleistung des Unternehmens abgezogen wird, müssen daher vielfach andere Kriterien zur Beurteilung der Beihilfequalität einer Investition herangezogen werden, die aber letztlich nur hilfsweise als **Indizien** darüber Aufschluss geben können, inwieweit die staatliche Investitionsentscheidung sich rentiert. In Frage kommen insoweit neben den eigentlichen Ertragsaussichten etwa die Finanzplanung des Unternehmens, diverse Finanzkennzahlen (wie z.B. der Verschuldungsgrad) oder die Marktverhältnisse.[1028] Durch die langjährige Entscheidungspraxis der Kommission ist ein umfassender Katalog solcher Kriterien und Indizien entstanden, der es in den allermeisten Fällen ermöglichen wird, zu einer sachgerechten Entscheidung über die Beihilferelevanz der staatlichen Investition zu kommen.[1029]

## B. Staatliche Haftungszusagen

Eine direkte Subventionszahlung an ein Unternehmen kann der Staat häufig auch dadurch ersetzen, dass er eine Haftung zu Gunsten des Unternehmens übernimmt, die es diesem ermöglicht, sich auf dem Finanzmarkt überhaupt oder zumindest günstiger Gelder zu beschaffen.[1030] Im Folgenden soll daher die Beihilfeeigenschaft staatlicher Haftungsübernahmen näher untersucht werden, wobei zwischen Haftungen des Staates zu Gunsten seiner eigenen Unternehmen (sog. Eigenhaftung[1031]) und Haftungen zu Gunsten von Unternehmen, die nicht dem Staat gehören (sog. Fremdhaftung), unterschieden werden soll.

---

[1026] Immenga/Rudo, S. 84
Im Übrigen wird sich gerade die sog. Thesaurierung, also die Belassung von Erträgen im Unternehmen, um mit diesen weitere Erträge zu erwirtschaften, oft als besonders rentabel erweisen (vgl. Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 65).
[1027] Häring, S. 153 ff.; vgl. Sinnaeve, S. 228
[1028] Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (13); Soukup, S. 167 f.
[1029] Häring, S. 179 f.
[1030] vgl. Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (181)
[1031] Immenga/Rudo, S. 51 f.; DSZ Nr. 52 vom 28. Juli 2000, S. 3; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 28

## I. Fremdhaftungen, insbesondere Staatsbürgschaften

Die wohl klassischste Form der staatlichen Fremdhaftung ist die Übernahme einer Bürgschaft durch den Staat.[1032] Dass staatliche Bürgschaften Beihilfen zu Gunsten des Kreditnehmers darstellen können, ist allgemein anerkannt.[1033] Streit herrscht aber über Art und Höhe der Begünstigung sowie die Frage, inwieweit Bürgschaften auch zu einer Begünstigung des Kreditgebers führen.

### 1. Die Bürgschaftsübernahme als Beihilfe zu Gunsten des kreditnehmenden Unternehmens

Schon weil die Auszahlung der Bürgschaftssumme im Haftungsfalle an die kreditgebende Bank erfolgt[1034], muss man die staatliche Maßnahme, die das kreditnehmende Unternehmen begünstigt, primär in der **Übernahme** der Bürgschaft durch den Staat suchen.[1035] Mit der Bürgschaftsverpflichtung übernimmt der Staat eine Risikoträgerfunktion, die angesichts der hiermit verbundenen Haftungsrisiken auf dem Markt nur gegen Entgelt in Form der sog. **Bürgschaftsprovision** erhältlich ist.[1036] Die staatliche Übernahme einer Bürgschaft stellt daher unabhängig davon, ob die Bürgschaft auch in Anspruch genommen wird, eine begünstigende Leistung zu Gunsten des kreditnehmenden Unternehmens dar[1037], weil die Bürgschaftsübernahme bereits selbst einen Marktwert hat und somit eine geldwerte Leistung darstellt[1038], deren Wert freilich im Regelfalle wesentlich geringer sein wird als die verbürgte Kreditsumme.[1039] Der marktmäßig angemessene Wert einer Bürgschaftsübernahme ist unter Zugrundelegung des übernommenen finanziellen Risikos zu ermitteln, also aus einer Multiplikation der Höhe der verbürgten Verbindlichkeiten mit dem Wahrscheinlichkeitsfaktor einer

---

[1032] vgl. DSZ Nr. 52 vom 28. Juli 2000, S. 3

[1033] siehe dazu etwa ausführlich Niggemann, S. 155 ff. m.w.N.; vgl. auch Schwarz, S. 150 f.; Kölbl-Vogt, S. 36 ff.; Färber, S. 23; Leibrock, S. 7; Traupel, in: EG-Beihilfenrecht, S. 97 (102); Ross, CML Rev. 34 (1997), S. 1293 (1302); Ritter, EWS 2000, S. 397 (401); Steindorff, EuZW 1997, S. 7; Jestaedt, EuZW 1993, S. 49; Immenga/Rudo, S. 50; siehe aus der Rspr. etwa EuGH Slg. 1996, S. I-5151 [Deutschland u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-8237 (8288) [Deutschland/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-545 (565 ff.) [INMA und Itainvest/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3066) [HAMSA/Kommission]

[1034] siehe zur möglichen Beihilfeeigenschaft der staatlichen Zahlung an die Bank im Haftungsfalle unten S. 217 ff.

[1035] anders Niggemann, S. 183 f.; Frisinger/Behr, RIW 1995, S. 708 (710)

[1036] Kühling, RdE 2001, S. 93 (96); Immenga/Rudo, S. 82; vgl. die Kommission in EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2291) [EPAC/Kommission]

[1037] Bartosch, EuZW 2001, S. 650 (651); Häring, S. 136; Soukup, S. 169; Ross, CML Rev. 37 (2000), S. 401 (414); Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (13)

[1038] vgl. Möller, S. 92; Häring, S. 136; Grabitz/Hilf - von Wallenberg, Art. 92 EGV Rn. 6

[1039] 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 61 und 68

Inanspruchnahme.[1040] Allenfalls bei besonders großen Haftungsrisiken, wenn eine Inanspruchnahme des Bürgen als nahezu sicher erscheint, kann die Bürgschaftsprovision, die ein vernünftiger privater Bürge verlangen würde, bis zu 100% der Bürgschaftssumme erreichen[1041], so dass der Wert von Bürgschaften zu Gunsten von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesamthöhe des verbürgten Betrages entsprechen kann.[1042]

Marktwidrig erfolgt die Gewährung des geldwerten Vorteils durch die staatliche Bürgschaftsübernahme jedoch nur, wenn das Unternehmen für die staatliche Leistung keine gleichwertige Gegenleistung zahlt, also keinen oder nur einen geringeren als den marktüblichen Bürgschaftszins entrichtet.[1043] Die sich aus einer staatlichen Bürgschaft ergebende Begünstigung liegt also darin, dass der Empfänger die Bürgschaft zu einem unter dem Marktsatz liegenden Risikoentgelt oder sogar völlig unentgeltlich erhält.[1044] Das Beihilfeäquivalent errechnet sich dementsprechend aus der Differenz zwischen dem für eine entsprechende Bürgschaft marktüblichen und dem vom Unternehmen tatsächlich gezahlten Bürgschaftszins.[1045]

Vereinzelt wird jedoch ausgeführt, auf die Differenz in der Höhe der Bürgschaftsprovision könne zur Ermittlung der Begünstigung nicht abgestellt werden, da entscheidend für die Beihilferelevanz die Wirkungen der Maßnahme beim Empfänger seien, so dass es nicht auf die dem Staat entgangene Provision ankommen könne.[1046] Zwar ist richtig, dass die Wirkungen beim Unternehmen für den Begünstigungscharakter entscheidend sind.[1047] Aber die Differenz in der Bürgschaftsprovision stellt nicht nur die entgangene Provision des Staates, sondern auch die ersparte Bürgschaftsprovision des Unternehmens dar und verkörpert somit auch die begünstigende Wirkung beim Unternehmen. Hier wird noch einmal deutlich, dass staatlicher „Nachteil" (= staatliche Mittelbelastung) und unternehmerischer „Vorteil" (= Begünstigung) sich notwendig der Höhe nach entsprechen, wenn die Begünstigung aus der Differenz der Marktwerte von Leistung und Gegenleistung errechnet wird: Genau in dem Maße, in dem das Unternehmen einen marktwidrigen geldwerten Vorteil erzielt, weil es die geldwerte Leistung vom Staat zu günstig erhält, erleidet der Staat eine finanzielle Belastung, weil er die geldwerte Leistung zu günstig abgegeben hat.[1048]

---

[1040] vgl. Götz, in: Dauses H III Rn. 38

[1041] siehe etwa EuGH Slg. 1996, S. I-5151 (5208) [Deutschland u.a./Kommission], wo die Kommission aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens eine Beihilfe in Höhe des vollen Bürgschaftsbetrags annahm; ebenso EuGH Slg. 2000, S. I-8237 (8293 ff.) [Deutschland/Kommission]

[1042] vgl. dazu Götz, in: Dauses H III Rn. 38; Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 66; Evans, EC Law of State Aid, S. 33; Palombini, ThürVBl. 2001, S. 97 (99 und 108)

[1043] vgl. R. Fischer, WM 2001, S. 277 (278)

[1044] 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 61

[1045] R. Fischer, WM 2001, S. 277 (282)

[1046] so Immenga/Rudo, S. 105

[1047] vgl. oben S. 44 f.

[1048] siehe schon oben S. 175 f.

Damit ist auch die Aussage widerlegt, dass nichtbeanspruchte Bürgschaften keine aktuelle, sondern nur eine ***potentielle*** **Belastung staatlicher Mittel** bewirkten, weil ein Abfluss von staatlichen Geldmitteln allenfalls bei Inanspruchnahme der Bürgschaft stattfinde.[1049] Das Problem der angeblich nur potentiellen Mittelbelastung liegt auch hier wieder in einem zu engen Verständnis des Begriffs der staatlichen Mittel begründet. Der Begriff der staatlichen Mittel umfasst nämlich nicht nur Geldmittel, sondern ist - parallel zur Erweiterung des Begünstigungsbegriffes von Geldleistungen auf alle geldwerten Leistungen - auf alle Geld-, Vermögens- und Personalmittel des Staates zu erstrecken, zu deren Lasten er geldwerte Leistungen erbringen kann.[1050] Jede geldwerte Leistung, die der Staat ohne eine angemessene Gegenleistung erbringt, führt zu einer finanziell bezifferbaren Belastung des Staates, die aus der Differenz der Geldwerte der erbrachten und der erhaltenen Leistung entsteht, so dass überhaupt nicht denkbar ist, dass eine vom Staat aus seinen Mitteln erbrachte, tatsächlich begünstigende Leistung[1051] zu einer bloß potentiellen staatlichen Mittelbelastung führen kann. Schon die Übernahme des Haftungsrisikos stellt eine finanzielle Belastung des Staates in Höhe des (Markt-)Wertes der übernommenen Haftung dar.[1052]

Vielfach wird auch versucht, die begünstigende Wirkung der staatlichen Bürgschaft in den infolge der Verbürgung verminderten Refinanzierungskosten des kreditnehmenden Unternehmens zu sehen.[1053] Zwar senkt in der Tat die staatliche Bürgschaft die Refinanzierungskosten des Unternehmens, da die Haftungsübernahme durch den Staat dazu führt, dass das Risiko eines Geschäftsabschlusses mit dem Unternehmen sich verringert und geringere Risiken am Markt auch geringer honoriert werden.[1054] Die finanzielle Zinsvergünstigung erhält das Unternehmen aber unmittelbar von der kreditgewährenden Bank. Eine staatlich zurechenbare - weil aus staatlichen Mitteln stammende - Beihilfe könnte hierin nur dann liegen, wenn eine mittelbare Beihilfe vorläge, bei der das Kreditinstitut nur „Auszahlungswerkzeug" für

---

[1049] so etwa Immenga/Rudo, S. 48 f.; Soltész, EuZW 1998, S. 747 (753); Palombini, Staatsbürgschaften, S. 38; Diehm, S. 16; G/T/E - Mederer, Art. 92 EGV Rn. 17; so auch die Klägerin in EuGH Slg. 2000, S. II-2267 (2289 f.) [EPAC/Kommission]

[1050] siehe oben S. 113 ff.

[1051] Der Begünstigungsbegriff des Art. 87 I EG erfasst nämlich keine potentiellen, sondern nur tatsächlich gewährte Begünstigungen. Allein hinsichtlich der Wettbewerbsverfälschung, nicht aber hinsichtlich der Begünstigung genügt die bloße **Möglichkeit** ihres Eintritts (vgl. den Wortlaut des Art. 87 I EG: „ ... Beihilfen ..., die ... den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen ..."; siehe dazu etwa Bleckmann, Europarecht, S. 747).

[1052] so i.E. auch Kühling, RdE 2001, S. 93 (97)

[1053] R. Fischer, WM 2001, S. 277 (278); Soukup, S. 169; Tollmann, WM 2000, S. 2030 (2031); Habersack, ZHR 159 (1995), S. 663 (674); Frisinger/Behr, RIW 1995, S. 708 (711); Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 753 (754); Elfter Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 11/1338, S. 244; Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (13); Bürgschaftsmitteilung der Kommission, ABl. 2000, C 71, S. 14 (15)

[1054] Immenga/Rudo, S. 75

eine staatliche Mittelgewährung wäre.[1055] Zum einen erschiene es aber als fernliegend, eine solche mittelbare Beihilfe überhaupt konstruieren zu wollen, wenn doch außer Frage steht, dass der Staat mit der Bürgschaftsübernahme dem kreditnehmenden Unternehmen bereits **direkt** eine geldwerte Leistung aus seinen Mitteln gewährt.[1056] Zum anderen müsste zur Bejahung einer mittelbaren Beihilfe die staatliche Bürgschaft bewirken, dass die kreditgewährende Bank eine begünstigende Zuwendung aus staatlichen Mitteln erhält, da Voraussetzung einer mittelbaren Beihilfe ist, dass die in die Beihilfegewährung eingeschaltete Privatperson eine begünstigende Leistung aus staatlichen Mitteln erhält und diesen aus staatlichen Mitteln stammenden Vorteil bloß an das begünstigte Unternehmen weiterleitet.[1057] Grundsätzlich kann aber weder in der staatlichen Bürgschaftsübernahme selbst noch in der Zahlung der Bürgschaftssumme an die Bank im Haftungsfalle eine begünstigende Zuwendung des Staates zu Gunsten der Bank gesehen werden.[1058] Die Refinanzierungsvorteile stellen damit keine aus staatlichen Mitteln stammende Subventionierung, sondern nur Wettbewerbsvorteile dar, die das Unternehmen infolge der staatlichen Maßnahme aus Geschäften mit privaten Dritten ziehen kann. Solche bloß „mittelbaren" Folgen eines staatlichen Wettbewerbseingriffs sind aber nicht mehr beihilferelevant.[1059]

Fraglich könnte allenfalls sein, ob man die Refinanzierungskosten hilfsweise zur Ermittlung der Höhe der Begünstigung heranziehen kann, weil es im Einzelfalle schwer fallen könnte, die marktmäßig angemessene Bürgschaftsprovision zu ermitteln.[1060] Eigentlich müsste nämlich die Höhe der ersparten Refinanzierungskosten dem (Markt-)Wert der staatlich übernommenen Bürgschaft entsprechen, da das finanzielle Risiko, von dem der Kreditgeber durch die staatliche Bürgschaft entlastet wird, doch genau dem Risiko entspricht, das der Staat mit der Bürgschaft übernimmt. Das Beihilfeelement einer staatlichen Bürgschaft könnte dementsprechend auch errechnet werden aus der Differenz zwischen dem auf dem freien Markt zu zahlenden Darlehenszinssatz und dem aufgrund der Bürgschaft geringeren, vom Unternehmen tatsächlich gezahlten Darlehenszins, abzüglich freilich der vom Unternehmen gezahlten Bürgschaftskosten.[1061] In der Praxis ist es allerdings häufig so, dass bei einem durch eine Bürg-

---

[1055] so etwa Frisinger/Behr, RIW 1995, S. 708 (710); vgl. auch Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 753 (756); DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 6; Tollmann, WM 2000, S. 2030

[1056] Frisinger/Behr beispielsweise kommen überhaupt erst deshalb in die Verlegenheit, eine mittelbare Beihilfe konstruieren zu müssen, weil sie fälschlich eine begünstigende Wirkung bereits der Bürgschaftsübernahme selbst verneinen (siehe Frisinger/Behr, RIW 1995, S. 708 (710)).

[1057] siehe oben S. 179 ff.

[1058] siehe dazu sogleich unten S. 216 f. und S. 217 ff.

[1059] siehe schon oben S. 8 f.

[1060] so Immenga/Rudo, S. 105

[1061] Tryantafyllou, DÖV 1999, S. 51 (52); Schütte/Kirchhoff, EWS 1996, S. 189 (189 f.); Soukup, S. 169; Götz, in: Dauses H III Rn. 38

schaft gesicherten Darlehen die Zinskostenersparnis den Marktpreis der Bürgschaft übersteigt (sog. marktüblicher Bürgschaftsfinanzierungsvorteil)[1062], so dass die ersparten Refinanzierungskosten den Wert der staatlichen Bürgschaft allenfalls eingeschränkt widerspiegeln. Zudem würde eine solche Hilfsmethode zur Berechnung der Begünstigung überhaupt nur Sinn machen, wenn die Refinanzierungsvorteile genauer ermittelbar wären als der angemessene Marktpreis der Bürgschaft. Die Refinanzierungsvorteile ergeben sich aber als Differenz aus marktüblichem und tatsächlich gezahltem Darlehenzins und setzen folglich eine Ermittlung des marktüblichen Darlehenszinses voraus. Warum nun der marktübliche Zinssatz für ein Darlehen an das betreffende Unternehmen leichter ermittelbar sein sollte als die marktübliche Provision für eine Bürgschaft zu Gunsten dieses Unternehmens, erschließt sich dem Verfasser jedoch nicht.

## 2. Die Bürgschaftsübernahme als Beihilfe zu Gunsten der kreditgewährenden Bank

Fraglich ist, ob bereits die Übernahme der Bürgschaft[1063] durch den Staat auch eine begünstigende Leistung zu Gunsten der kreditgewährenden Bank beinhaltet.[1064] Als Begründung für die Bejahung einer Begünstigung auch der Bank, die den staatlich verbürgten Kredit gewährt, wird etwa die durch die Bürgschaft ermöglichte Ausweitung des Geschäftsvolumens der Bank angeführt.[1065] Eine bloße Ausweitung des Geschäftsvolumens ist aber nicht ausreichend, um die Beihilfequalität der staatlichen Maßnahme zu begründen[1066], denn schließlich gehört es auch zu den typischen Folgen eines nicht unter Art. 87 I EG fallenden Einfuhrkontingents i.S.d. Art. 28 EG, dass bestimmte (inländische) Unternehmen ihr Geschäftsvolumen ausweiten können.

Jedoch nimmt der Staat mit seiner Bürgschaft dem Kreditinstitut zweifellos ein finanzielles Risiko ab, und solche Übernahmen finanzieller Haftungsrisiken sind auf dem Markt üblicherweise zu vergüten.[1067] Aber obwohl es gerade die Bank ist, die den Eventualanspruch aus der Bürgschaft erhält, da an sie im Haftungsfalle die Bürgschaftssumme zu leisten ist, hat am Markt trotzdem typischerweise nicht die kreditgewährende Bank, sondern der Kreditnehmer

---

[1062] siehe dazu Immenga/Rudo, S. 105; Niggemann, S. 188

[1063] zur Frage, inwieweit die **Auszahlung** der Bürgschaftssumme an die Bank eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG zu ihren Gunsten darstellen kann, siehe sogleich unten S. 217 ff.

[1064] vgl. dazu etwa Palombini, Staatsbürgschaften, S. 45 ff.; Tollmann, WM 2000, S. 2030 (2031 ff.); Habersack, ZHR 159 (1995), S. 663 (674 ff.)

[1065] Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 753 (756); Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 801 (807)

[1066] Palombini, Staatsbürgschaften, S. 73; Möller, S. 84; Roth, in: EG-Beihilfenrecht, S. 133 (138); Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (180 f.); Frisinger/Behr, RIW 1995, S. 708 (710); siehe dazu auch unten S. 244 f.

[1067] vgl. oben S. 212

den Preis für die Bürgschaft in Form der Bürgschaftsprovision zu bezahlen, woran deutlich wird, dass zumindest im Regelfalle die Übernahme der Bürgschaft nur zu Gunsten des kreditnehmenden Unternehmens eine staatliche Leistung mit einem Marktwert darstellt. Das Kreditinstitut dagegen erhält durch die staatliche Bürgschaftsübernahme keine mit einem Marktwert bezifferbare Leistung, weil es am Markt normalerweise gar keinen Preis für den Erwerb eines entsprechenden Anspruchs aus einer Bürgschaft zahlen muss. Einen Geldwert in Höhe des Marktpreises hat eine Leistung **nur der Person gegenüber, die üblicherweise auf dem Markt den Preis für die Leistung zu zahlen hätte**, und das ist im Falle einer Bürgschaft allein der Kreditnehmer und nicht die kreditgewährende Bank. Daher kann man die staatliche Bürgschaftsübernahme grundsätzlich nicht als begünstigende Leistung gegenüber der Bank ansehen.

Nur in besonderen, seltenen Ausnahmefällen kann eine Begünstigung des Gläubigers durch eine staatliche Bürgschaft bejaht werden.[1068] Ein solcher Fall einer untypischen, den Kreditgeber begünstigenden Bürgschaft kann etwa bei Ausfuhrbürgschaften vorliegen, für die auf dem freien Markt eher der Gläubiger als der Schuldner die Bürgschaftsprovision zu tragen, also den Marktpreis zu zahlen hat.[1069] Ebenso dürfte ausnahmsweise eine Begünstigung der kreditgebenden Bank anzunehmen sein, wenn der Staat bei einem gefährdeten Kredit kurz vor dem drohenden Ausfall noch eine nachträgliche Bürgschaft übernimmt[1070], weil dies faktisch einer unmittelbaren Rückzahlung des ausgefallenen Kredites durch den Staat an die Bank gleichkommt, so dass hier weniger eine typische Bürgschaft[1071] als vielmehr eine ohne Gegenleistung erfolgende Geldzahlung an die Bank vorliegt.

### 3. Die Inanspruchnahme des staatlichen Bürgen als Beihilfe

Eine Beihilfe zu Gunsten der kreditgebenden Bank könnte aber möglicherweise im Falle der **Inanspruchnahme des Staates** aus der Bürgschaft vorliegen, da in diesem Falle der Staat eine Geldzahlung an die Bank leistet, ohne hierfür von dieser eine Gegenleistung zu erhal-

---

[1068] Bartosch, EuZW 2001, S. 650 (653); vgl. Roth, in: EG-Beihilfenrecht, S. 133 (138 ff.); R. Fischer, WM 2001, S. 277 (278); Bürgschaftsmitteilung der Kommission, ABl. 2000, C 71, S. 14 (15)

[1069] Ausfuhrbürgschaften dienen der Förderung der Ausfuhr (Bellers, S. 9) und kommen daher in erster Linie dem Exporteur zugute, der sich so gegen besondere, der Forderung gegen seinen ausländischen Abnehmer anhaftende wirtschaftliche Risiken absichern will, die sich aus dessen Sitz im Ausland ergeben (z.B. auch Wechselkursschwankungen (vgl. dazu Bellers, S. 18 ff.)). Den „Preis" für die Ausfuhrbürgschaft hat daher der Exporteur, also Gläubiger der Forderung und nicht der Schuldner zu zahlen (Bellers, S. 9; vgl. auch Klanten, ZIP 1995, S. 535 (538)).

[1070] Beispiel nach R. Fischer, WM 2001, S. 277 (278)

[1071] Bei einer typischen, marktüblichen Bürgschaft dürfte der Eintritt des Haftungsfalles nämlich ungewiss sein, wohingegen in diesem Falle der Kreditausfall letztlich von vornherein absehbar ist.

ten.[1072] Wenn man jedoch schon in der Bürgschaftsübernahme als solcher eine geldwerte staatliche Leistung sieht und dementsprechend zur Vermeidung des Beihilfevorwurfs die Zahlung eines angemessenen Bürgschaftsentgelts durch das Unternehmen fordert, so wird die Bürgschaft hiermit zu einem marktgemäß entgoltenen Geschäft. Die Erfüllung der Bürgschaft darf dann nicht einfach als unentgeltliche staatliche Leistung angesehen werden, denn das Risiko, aus der Bürgschaft in Anspruch genommen zu werden, wird dem Staat bereits durch die vom Unternehmen zu entrichtende marktübliche Bürgschaftsprovision angemessen bezahlt. Die Bürgschaft und ihre Erfüllung können beihilferechtlich nicht getrennt voneinander beurteilt werden, sondern stellen einen als Einheit zu betrachtenden Vorgang dar, da zu einem marktgemäßen Geschäft immer auch dessen Erfüllung gehört. **Die bloße Erfüllung eines marktgemäß entgoltenen Geschäfts kann keine Beihilfe sein.** Sie stellt, selbst wenn sie in einer Geldzahlung besteht, keine geldwerte Zuwendung im Sinne des Beihilferechts dar, da man für sie auf dem Markt gar kein (separates) Entgelt verlangen könnte und sie folglich keinen (eigenen) Marktwert aufweist.[1073]

Dass die Erfüllung der Bürgschaft durch den Staat nicht beihilferelevant ist, gilt im Übrigen auch dann, wenn das Unternehmen tatsächlich gar keine angemessene Bürgschaftsprovision entrichtet hat. Die beihilferechtlich untersagte, unentgeltliche Zuwendung liegt auch hier schon in der Bürgschaftsübernahme selbst, die daher aufzuheben ist, indem vom Unternehmen der unentgeltlich erhaltene geldwerte Vorteil rückgefordert wird.[1074] Durch die beihilferechtliche Pflicht des Staates zur (Rück-)Forderung des Marktwertes der Bürgschaft vom kreditnehmenden Unternehmen ist sichergestellt, dass das Unternehmen die marktübliche Bürgschaftsprovision (nach)entrichten muss[1075] und damit dem Staat das Bürgschaftsrisiko angemessen entgolten wird, so dass die Bürgschaft beihilfefrei an die Bank erfüllt werden kann.

---

[1072] Zwar geht in diesem Falle der Zahlungsanspruch gegen das kreditnehmende Unternehmen von der Bank auf den Staat über (vgl. § 774 I BGB); jedoch dürfte dieser Zahlungsanspruch beim Eintritt des Haftungsfalles regelmäßig kaum mehr etwas wert sein.

[1073] siehe dazu, dass auch einer Geldzahlung des Staates als an sich klassischer Subventionsleistung ein Geldwert nur insoweit zukommt, als sie einen Marktwert hat, der zwar typischerweise, aber nicht in jedem Falle mit ihrem Nominalbetrag identisch sein wird, bereits oben S. 97 (Fn. 442)
Die Bürgschaft kann insoweit als Risikogeschäft in gewissem Sinne mit einem Loskauf verglichen werden: Wenn jemand ein Los kauft, erwirbt er für sein Geld eine Gewinnchance. Realisiert sich diese Gewinnchance, so kann man in der Auszahlung des Gewinns keine unentgeltliche Zuwendung sehen, denn eben diese mögliche Gewinnchance ist schon beim Kauf des Loses doch angemessen bezahlt worden. Auch die Bürgschaft ist ein solches Risikogeschäft, bei der dem Staat durch die beihilferechtlich begründete Pflicht des Unternehmens, die marktübliche Bürgschaftsprovision zu zahlen, das Risiko, die Bürgschaft erfüllen zu müssen, bereits angemessen entgolten worden ist. Nur in der **Übernahme** einer Eventualverpflichtung, nicht aber in ihrer **Erfüllung** liegt eine Leistung mit Marktwert, da auf dem Markt nur für die Übernahme der Verpflichtung ein Entgelt zu erwarten ist, nicht aber für die spätere, bloße Erfüllung der ja bereits gegen Entgelt übernommenen Verpflichtung.

[1074] zur Aufhebung des erhaltenen geldwerten Vorteils durch Rückforderung vom Begünstigten siehe ausführlich unten S. 267 ff.

[1075] vgl. dazu Habersack, ZHR 159 (1995), S. 663 (682 ff.)

Die Marktmäßigkeit des Geschäftes ist dadurch herzustellen, dass der unentgeltliche Vorteil dort aufgehoben wird, wo er entstanden ist, also indem ein angemessenes Entgelt von demjenigen gefordert wird, der es auf dem Markt üblicherweise zu entrichten hätte, und das ist bei der Bürgschaft allein das kreditnehmende Unternehmen und nicht die Bank.
Dennoch ist es auch nicht ausgeschlossen, dass infolge der Inanspruchnahme des Staates als Bürge eine Beihilfe vorliegt, allerdings an das Unternehmen und nicht an die Bank, obwohl die Bürgschaftssumme an letztere ausgezahlt wird. Die Auszahlung des verbürgten Betrages an die Bank ist schließlich mit der (notfalls vom kreditnehmenden Unternehmen nachzufordernden) Bürgschaftsprovision abgegolten. Die Zahlung der Bürgschaftsprovision durch den Kreditnehmer verhindert aber nicht, dass im Falle der Inanspruchnahme des Bürgen ein entsprechender Rückgriffsanspruch des Bürgen gegen den Schuldner entsteht (vgl. § 774 I BGB).[1076] Der Staat erwirbt also durch die Zahlung der Bürgschaftssumme an die Bank einen Rückgriffsanspruch in entsprechender Höhe gegen das Unternehmen, und wenn er auf die Geltendmachung dieses Anspruchs verzichtet, so liegt hierin wiederum eine unentgeltliche Zuwendung an das Unternehmen[1077], denn ein Verzicht des Bürgen auf seinen Rückgriffsanspruch ist auch durch ein angemessenes Bürgschaftsentgelt üblicherweise nicht abgegolten.

**4. Fazit**

Die beihilferelevante Wirkung einer staatlichen Bürgschaft ergibt sich bereits aus der Bürgschaftsübernahme selbst, während in Zahlungen des Staates, die bloß in Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung erfolgen, keine beihilferechtlich separat zu beurteilenden Leistungen erblickt werden können. Die Bürgschaftsübernahme bewirkt dabei typischerweise allein eine Begünstigung des kreditnehmenden Unternehmens, nicht aber der kreditgewährenden Bank. Wird die Bürgschaft dem Unternehmen marktwidrig ohne Zahlung einer angemessenen Bürgschaftsprovision gewährt, so ist diese Marktwidrigkeit allein im Zuwendungsverhältnis zwischen Staat und Begünstigtem - sprich: dem Unternehmen - zu beheben und darf nicht zu Lasten durch die staatliche Leistung gar nicht begünstigter Dritter - sprich: der Bank - gehen. Die Bank verhält sich, wenn sie einen Kredit an einen wenig solventen Schuldner nur gegen eine

[1076] Entsprechende Rückgriffsansprüche des in Anspruch genommenen Bürgen bestehen nicht nur nach dem deutschen BGB, sondern auch in den anderen Mitgliedstaaten (siehe z.B. zum englischen Recht Bernstorff, S. 139).
[1077] Der (Markt-)Wert dieses Anspruchs gegen den Kreditnehmer, auf den der Staat hier verzichtet, wird in Anbetracht der Tatsache, dass der Kreditnehmer sich bei Inanspruchnahme des Bürgen meist in einer wirtschaftlichen Notlage befinden wird, im Regelfalle freilich deutlich unter dessen Nominalwert liegen, was bei der Ermittlung des Beihilfeäquivalents zu berücksichtigen ist (siehe oben S. 96 f.).

werthaltige Bürgschaft gewährt, absolut marktgemäß.[1078] Sie kann den Staat daher auch beihilfefrei aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen, und die gezahlte Bürgschaftssumme kann der Staat allenfalls vom kreditnehmenden Unternehmen, nicht aber von der kreditgewährenden Bank zurückfordern.

## II. Staatliche Haftungszusagen zu Gunsten eigener Unternehmen (Eigenhaftungen)

Finanzielle Haftungsverpflichtungen übernimmt der Staat nicht nur im Rahmen von Bürgschaften als Fremdhaftungen zu Gunsten ihm nicht gehörender Unternehmen, sondern auch im Rahmen von Eigenhaftungen zu Gunsten eigener Unternehmen. Im Blickpunkt des Interesses standen insoweit zuletzt vor allem Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland[1079], anhand derer daher exemplarisch der Beihilfecharakter solcher staatlicher Haftungsverpflichtungen untersucht werden soll.

### 1. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute

Die Sparkassen und Landesbanken sowie auch die meisten übrigen Kreditinstitute der sog. Sparkassen-Finanzgruppe werden in Deutschland als Anstalten öffentlichen Rechts betrieben[1080], die von einem zum Staat zu zählenden Gewährträger getragen werden.[1081] Für diese öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute bestehen finanzielle Einstandsverpflichtungen des jeweiligen staatlichen Gewährträgers in Form von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.[1082] Unter Anstaltslast versteht man dabei die Verpflichtung des Gewährträgers, die Anstalt mit den zur Aufgabenerfüllung nötigen finanziellen Mitteln auszustatten und so für die Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten.[1083] Unter Gewährträgerhaftung ist dagegen die unmittelbare Haftung des Trägers einer Sparkasse oder Landesbank für die Verbindlichkeiten der Anstalt zu verstehen, soweit die Gläubiger nicht durch diese selbst befriedigt werden.[1084] Die finanzielle Haftung des Gewährträgers aus der Anstaltslast besteht also im Innenverhält-

---

[1078] Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (181)
[1079] vgl. dazu Götz, in: Liber amicorum Thomas Oppermann, S. 593 (594)
[1080] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 65
[1081] Gewährträger der Sparkassen sind vor allem Gemeinden, aber auch Landkreise oder deren Zweckverbände (DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 39), Gewährträger der Landesbanken die Bundesländer, meist gemeinsam mit Sparkassen- und Giroverbänden (Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 24).
[1082] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 93
[1083] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 96; Immenga/Rudo, S. 23 f.; Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 39
[1084] Kruse, NVwZ 2000, S. 721 (722); DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 102; Immenga/Rudo, S. 27

nis gegenüber der betriebenen Anstalt (sog. Innenhaftung), die finanzielle Haftung aus der Gewährträgerhaftung im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern der Anstalt (sog. Außenhaftung).[1085]

Veranlasst durch eine Wettbewerbsbeschwerde der Europäischen Bankenvereinigung eröffnete die Kommission ein beihilfeaufsichtsrechtliches Verfahren im Hinblick auf diese Haftungskonstruktionen.[1086] In einer ersten Entscheidung vom 08. Mai 2001 stellte die Kommission fest, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen i.S.d. Art. 87 I EG anzusehen seien und schlug zweckdienliche Maßnahmen vor, um diese Haftungskonstruktionen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben anzupassen.[1087] Wie diese Anpassung im Einzelnen aussehen sollte, wurde sodann in einer von Wettbewerbskommissar Mario Monti und dem deutschen Staatssekretär im Bundesministerium der Finanzen, Caio Koch-Weser, unterzeichneten „Verständigung" zwischen der Kommission und Deutschland vom 01. März 2002 konkretisiert.[1088] Im Anschluss an diese Verständigung änderte die Kommission am 27. März 2002 ihre Entscheidung vom 08. Mai 2001 ab und entschied, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken und Sparkassen grundsätzlich abzuschaffen seien[1089], so dass sie offensichtlich als unter das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG fallende Maßnahmen eingestuft worden sind.[1090] Im Folgenden soll untersucht werden, ob dies zu Recht geschehen ist.

**a) Die grundsätzliche Beihilferelevanz von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung**

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung begründen finanzielle Einstandsverpflichtungen des staatlichen Gewährträgers, und die Übernahme finanzieller Haftungsrisiken stellt eine auf dem Markt grundsätzlich zu vergütende und daher geldwerte Leistung dar.[1091] Dass diese geldwerten Leistungen auch aus staatlichen Mitteln stammen, steht außer Frage, da nur eine zum staatlichen Sektor zu zählende Einrichtung Gewährträger der fraglichen Kreditinstitute als Anstalten öffentlichen Rechts sein kann.[1092]

---

[1085] Kinzl, S. 33; Friesen, Haftungszusagen, S. 41; Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 41; Immenga/Rudo, S. 27

[1086] siehe dazu DSZ Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 1

[1087] siehe Pressemitteilung der Kommission IP/01/665 vom 19. Mai 2001, nachzulesen unter http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/01/665|0|AGED&lg=DE&type=PDF

[1088] Der Inhalt dieser „Verständigung" ist im Einzelnen nachzulesen unter http://www.bdb.de/pic/artikelpic/032002/0302_ALGH-DE.pdf.

[1089] Nur für sog. Förderbanken können Anstaltslast und Gewährträgerhaftung fortbestehen (siehe Pressemitteilung der Kommission IP/02/634 vom 26. April 2002, nachzulesen unter http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/634|0|RAPID&lg=DE&type=PDF)

[1090] Wiesel, ZBB 2002, S. 288 (291); Füßer, ZBB 2002, S. 300

[1091] siehe oben S. 212

[1092] vgl. oben S. 201

Gegen die Beihilfequalität von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wird eingewandt, diese seien durch die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt bedingt, die eine der ältesten öffentlich-rechtlichen Organisationsformen darstelle und nicht speziell auf Haftungselemente zugeschnitten sei.[1093] Sie stellten damit keine gezielt begünstigenden Maßnahmen des Staates dar.[1094] Zwischen staatlicher Trägerschaft der Anstalt und geldwerten Unterstützungsmaßnahmen des staatlichen Trägers zu Gunsten seiner Anstalt ist jedoch streng zu trennen.[1095] Die Verbindung von Anstaltsträgerschaft mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung beruht letztlich allein auf einer Ausgestaltung der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts durch das nationale Recht[1096], was schon deshalb der Anwendung des Art. 87 EG nicht entgegenstehen kann, da das gemeinschaftsrechtliche Beihilfeverbot Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten hat.[1097]

Als Grund zur Verneinung der Beihilfequalität von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wird auch angeführt, dass es sich bei diesen um eine Eigenhaftung, also eine Haftung des Staates als Unternehmer für seine eigenen Unternehmen handle, die nicht mit einer Bürgschaft als Form der Fremdhaftung gleichgesetzt werden dürfe.[1098] Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bewahrten bloß den haftungsrechtlichen Status, wie er bei einem Eigenbetrieb des Staates gegeben wäre.[1099] Es handle sich hierbei daher allein um staatsinterne Vorgänge und nicht um die Begünstigung eines Dritten.[1100] Zwar ist richtig, dass Subventionen ein Zwei-Personen-Verhältnis zwischen staatlichem Subventionsgeber und unternehmerischem Subventionsempfänger voraussetzen.[1101] Jedoch müssen ein Unternehmen und sein Inhaber, der Unternehmer, beihilferechtlich auch als zwei unterschiedliche Rechtssubjekte betrachtet werden. Der Staat darf einem Unternehmen nicht schon deshalb geldwerte Unterstützungsleistungen zukommen lassen, weil ihm das Unternehmen gehört.[1102] Auch bei Leistungen an eigene Unternehmen erwartet ein wirtschaftlich denkender Investor eine angemessene Ver-

---

[1093] Thode/Peres, VerwArch 1998, S. 439 (444); DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 244 f.
[1094] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 247; Stern, in: FS Rommel, S. 211 (216); H.-G. Vogel, ZBB 2001, S. 103 (110)
[1095] so auch Kinzl, S. 91; vgl. Löhr, S. 123 f.; Kemmler, DVBl. 2003, S. 100 (101)
[1096] Die Gewährträgerhaftung ist gesetzlich angeordnet (DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 108); die Anstaltslast beruht zum Teil auf ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen, zum Teil auf ungeschriebenen Grundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts (DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 95; vgl. auch Gruson, EuZW 1997, S. 429).
[1097] Immenga/Rudo, S. 109
[1098] DSZ Nr. 52 vom 28. Juli 2000, S. 3; DSZ Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 6
[1099] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 248
[1100] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 248
[1101] vgl. oben S. 156
[1102] vgl. schon oben S. 206 ff.

gütung für das eingesetzte Kapital.[1103] Dies gilt sogar dann, wenn es sich bei dem Unternehmen um einen staatlichen Eigenbetrieb handelt, der keine rechtliche Selbstständigkeit aufweist.[1104] Die Einstufung als Unternehmen - und damit als möglicher Subventionsempfänger - setzt nicht voraus, dass die Einrichtung eine eigene, vom Staat verschiedene Rechtspersönlichkeit besitzt, sondern nur, dass eine organisatorisch vom Staat zu trennende Einrichtung vorhanden ist, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.[1105] Selbst wenn formal nur ein Rechtssubjekt vorliegt, verhindert dies nicht die beihilferechtliche Annahme eines subventionstypischen Zwei-Personen-Verhältnisses zwischen Beihilfegeber und Begünstigtem.

Beihilferechtlich ist insoweit allein die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenfinanzierung, nicht aber zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung von Bedeutung: Die Innenfinanzierung eines Unternehmens erfolgt durch finanzielle Mittel, die allein aus eigener Betriebstätigkeit des Unternehmens stammen[1106] und kann somit schon deshalb nicht beihilferelevant sein, weil nicht ersichtlich ist, welche andere, auch nur faktisch vom Unternehmen zu unterscheidende Person man hier überhaupt als Beihilfegeber ansehen sollte. Die Subventionierung stellt daher eine Form der Außenfinanzierung von Unternehmen dar.[1107] Außenfinanzierung erfolgt durch die Zur-Verfügung-Stellung von Finanzmitteln durch außerhalb des Unternehmens stehende Personen, wobei die Mittel allerdings nicht nur von Fremd-, sondern auch von Eigenkapitalgebern stammen können.[1108] Auch die Eigenfinanzierung des Unternehmens durch seinen Inhaber ist eine beihilferelevante Form der Außenfinanzierung.

Was nun die Ermittlung der Höhe der durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vermittelten geldwerten Vorteile betrifft, ist hier ebenso wenig wie bei der Bürgschaft auf die Höhe der Refinanzierungsvorteile abzustellen, die den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten infolge der staatlichen Übernahme von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung entstehen[1109], sondern der angemessene (Markt-)Wert des staatlich übernommenen Haftungsrisikos ist aus der Multiplikation von Haftungsbetrag und Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Haftungsfalles zu ermitteln.[1110] Auch wenn bei Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der Haftungsbetrag der

---

[1103] vgl. Soukup, S. 4

[1104] vgl. Hancher/Buendia Sierra, CML Rev. 35 (1998), S. 901 (931); Immenga/Rudo, S. 52

[1105] vgl. EuGH Slg. 1987, S. 2599 (2622) [Kommission/Italien („AAMS")]; Schernthanner, S. 77; Koenig, ECLR 22 (2001), S. 238 (241); Koenig, EuZW 2000, S. 37 (39 f.)

[1106] Heyd, S. 221; Soukup, S. 3

[1107] Soukup, S. 5

[1108] Heyd, S. 57; Soukup, S. 3

[1109] vgl. schon oben S. 214 ff.; so auch DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 135; Martin-Ehlers, EWS 2001, S. 263 (266); Schneider/Busch, EuZW 1995, S. 602 (608); anders Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 46 ff.; Immenga/Rudo, S. 74 ff.; Friesen, Haftungszusagen, S. 158 f.; Kinzl, S. 102 ff.; Koenig, EWS 1998, S. 149 (151); Löhr, S. 146; Henneke, NdsVBl. 2002, S. 113 (114); Friesen, EuZW 1999, S. 581 (582)

[1110] Bürgschaftsmitteilung der Kommission, ABl. 2000, C 71, S. 14 (15); vgl. auch schon oben S. 212 f.

Die **besonders hohe Bonität des Staates** (siehe dazu etwa Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 70; Schmid/Vollmöller, NJW 1998, S. 716 (719); Mitteilung der Kommission über ein Beihilfevorhaben zu Gunsten

Höhe nach keiner Beschränkung unterliegt[1111], sondern die Haftung des Gewährträgers sämtliche Geschäftsrisiken des betreffenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts abdeckt, dürfte die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des staatlichen Gewährträgers und damit das staatlich übernommene Haftungsrisiko insgesamt als eher gering anzusehen sein.[1112]

Obwohl es sich also bei Anstaltslast und Gewährträgerhaftung um beihilferelevante, geldwerte Zuwendungen handelt, ist ihr Beihilfecharakter zu verneinen, wenn die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute[1113] für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbringen. Bei Investitionen in eigene Unternehmen reicht es dem Investor dabei aus, dass sich die Investition durch eine ertragreiche Geschäftstätigkeit des Unternehmens rentiert.[1114] Das Vorliegen einer Beihilfe wird man angesichts der geringen Haftungsrisiken nur dann bejahen können, wenn

---

der Firma EFIM, ABl. 1993, C 349, S. 2 (3 f.)) spielt im Übrigen bei der Begünstigungsermittlung nur eine untergeordnete Rolle und führt nicht dazu, den Wert der staatlichen Haftung gewissermaßen hochzutreiben. Zwar wäre natürlich ein Abschlag von dem aus Haftungsbetrag und -wahrscheinlichkeit zu ermittelnden Haftungswert vorzunehmen, wenn in Frage stünde, ob der Haftende im Haftungsfalle seine Verpflichtungen auch erfüllen kann. Erst bei eher fragwürdiger Bonität des Haftenden schlägt diese sich so aber spürbar (negativ) in der Ermittlung des Wertes der Haftungsübernahme nieder. Dass ein solches Risiko der Zahlungsunfähigkeit im Haftungsfalle bei staatlicher Haftungsübernahme als weitestgehend ausgeschlossen erscheint, unterscheidet die staatliche Haftung auch nicht von auf dem Markt üblichen Haftungsübernahmen durch Private, denn es gibt durchaus private Marktteilnehmer, die eine vergleichbar hohe Finanzkraft wie die Mitgliedstaaten der EU haben (DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 235 und 263 f.; Immenga/Rudo, S. 67 f.).

[1111] Immenga/Rudo, S. 50

[1112] vgl. Immenga/Rudo, S. 70; Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (175)
In Anbetracht der großen Anzahl bestehender Sparkassen und Landesbanken kam es bisher nur äußerst selten zu einer finanziellen Inanspruchnahme des haftenden Gewährträgers (zu Beispielen siehe Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 42 f.), und in vereinzelt aufgetretenen Fällen einer unrentablen Sparkasse konnte, vor allem durch Fusionen mit anderen Sparkassen, über die hierdurch erzielten Synergien die erforderliche finanzielle Stabilität und Rentabilität des Instituts regelmäßig wieder hergestellt werden (DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 274).

[1113] Dass die Gegenleistung von den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zu erwarten ist und daher bloß diese, nicht aber ihre Gläubiger als Begünstigte der Haftung in Frage kommen, steht schon deshalb außer Zweifel, weil der Kreis der Gläubiger so groß sein und sich ständig ändern wird, dass es bereits faktisch als ausgeschlossen erscheint, das marktübliche Risikoentgelt von diesen zu fordern. Unbedenklich ist es dabei, das marktmäßige Entgelt auch im Falle der Gewährträgerhaftung als Außenhaftung von dem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut und damit von einer anderen Person zu erwarten als von derjenigen, an die im Haftungsfalle die Verpflichtung zu erfüllen ist (vgl. oben S. 216 f.).

[1114] siehe oben S. 206 ff.
Keine beihilfeausschließende Gegenleistung liegt im Übrigen in der Erfüllung eines **öffentlichen Auftrags** durch die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute (so aber DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 328; Quardt, EuZW 2002, S. 424 (425 f.); Koenig, WM 1997, S. 1279 (1280); Hasselmann, S. 209; dagegen überzeugend Friesen, Haftungszusagen, S. 168 ff.). Beihilfeaufzehrend anzurechnen sind nämlich nur marktgemäße Gegenleistungen, für die auch ein Privatinvestor ein Entgelt zu zahlen bereit wäre (siehe oben S. 71). Und von den im Rahmen des öffentlichen Auftrags von den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zu erbringenden Leistungen (Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen, Wahrnehmung öffentlicher Finanzierungsaufgaben im Rahmen regional- und strukturpolitischer Zielsetzungen, Wahrnehmung der Hausbankfunktion für den jeweiligen staatlichen Träger und „Wettbewerbsergänzungsfunktion", die das Entstehen oligopolistischer Marktstrukturen, wie sie etwa in Großbritannien vorliegen, verhindern soll (DSZ Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3)) wird man allenfalls der Hausbankfunktion einen Marktwert zuschreiben können, da eine Kontoführung auf dem Markt oft nur gegen Entgelt erfolgt. Der öffentliche Auftrag könnte aber möglicherweise herangezogen werden, um eine Ausnahme vom Beihilfeverbot nach Art. 86 II EG zu begründen (dafür DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 329 ff.; Stern, in: FS Rommel, S. 211 (219); dagegen Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 92 f.; Friesen, Haftungszusagen, S. 240 f.; Möschel, WM 2001, S. 1009 (1013); Koenig, EuZW 1995, S. 595 (598)).

der ausnahmsweise Fall einer auch langfristig fehlenden Rentabilitätsaussicht des betreffenden Kreditinstituts gegeben ist.[1115] Da es sich bei der Übernahme und Aufrechterhaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu Gunsten der deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute um eindeutig rentable staatliche Investitionen in eigene Unternehmen handeln dürfte[1116], geht eine generelle Pflicht zur Abschaffung dieser Haftungskonstruktionen nach Ansicht des Autors deutlich über das hinaus, was beihilferechtlich geboten ist.

**b) Zahlungen des staatlichen Gewährträgers in Erfüllung der Haftungsverpflichtungen**

Nicht als unentgeltliche geldwerte Leistung und damit als Beihilfe kann man wiederum die bloße Erfüllung der übernommenen Haftungsverpflichtung durch den Staat ansehen, denn zu entgelten ist allein die Übernahme einer Verpflichtung und nicht ihre Erfüllung.[1117] Es wäre auch unsinnig, auf der einen Seite zwar das Bestehen der staatlichen Einstandspflicht beihilferechtlich nicht zu beanstanden, auf der anderen Seite aber ihre Erfüllung zu untersagen[1118], da eine Pflicht, die nicht erfüllt werden darf, im Grunde gar nicht besteht.

Allerdings sind nur solche Zahlungen des staatlichen Gewährträgers beihilferechtlich unbedenklich, die auch tatsächlich in Erfüllung der Haftungsverpflichtung erfolgen, wohingegen Zahlungen, die über die übernommene Verpflichtung hinausgehen, sehr wohl selbstständige Beihilfen sein können. So ist etwa zu beachten, dass bei der Gewährträgerhaftung als Außenhaftung die finanzielle Verpflichtung des Gewährträgers nur gegenüber den Gläubigern der Anstalt besteht. Zahlungen an die Anstalt selbst gehen daher über eine bloße Erfüllung der Gewährträgerhaftung hinaus.[1119] Statt Zahlungen **an** die Anstalt sind infolge der staatlichen Übernahme der Gewährträgerhaftung allenfalls Zahlungen **von** der Anstalt zu erwarten, nämlich eine angemessene Bezahlung des staatlich übernommenen Haftungsrisikos.

Aber auch bei der Anstaltslast als Innenhaftung, aus der finanzielle Ansprüche **der Anstalt selbst** gegenüber ihrem Träger entstehen können, kommt es nicht zu Lücken im beihilferechtlichen Wettbewerbsschutz, bloß weil man Zahlungen des Trägers an seine Anstalt als bloße Erfüllung einer übernommenen Verpflichtung nicht separat beanstanden kann. Beihilferechtlich angreifbar ist nämlich schon die Übernahme der Verpflichtung selbst. Hat der Staat

---

[1115] so i.E. auch Immenga/Rudo, S. 70

[1116] DSGV, Beschwerdeerwiderung, 276 ff.; vgl. Kemmler, DVBl. 2003, S. 100 (101)

[1117] vgl. schon oben S. 217 f.

[1118] vgl. auch Pape, S. 39 ff.

[1119] Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 774 I BGB wird man wohl sogar davon ausgehen müssen, dass der Haftende sich bei Erfüllung seiner Haftungsverpflichtung gegenüber den Gläubigern des Unternehmens die geleisteten Zahlungen von dem Unternehmen erstatten lassen muss (vgl. schon oben S. 219).

diese ohne angemessenes Entgelt übernommen, so ist der beihilferechtswidrig unentgeltlich gewährte geldwerte Vorteil von dem Unternehmen zurückzufordern[1120], und die Höhe des rückzufordernden Vorteils wird gerade bei Haftungen zu Gunsten von Unternehmen, die sich in einer finanziell schwierigen Situation befinden, weitgehend dem Gesamtbetrag entsprechen, auf den sich die Haftung erstreckt[1121], so dass der Gewährträger seine finanzielle Inanspruchnahme aufgrund eines entsprechenden Gegenanspruchs gegen die Anstalt abwehren kann.

**c) Die Problematik des revolvierenden Haftungsrisikos**

Ausschlaggebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Beihilfequalität einer Maßnahme ist der Zeitpunkt der Investitions- oder Finanzierungsentscheidung, wohingegen spätere Ereignisse bei der beihilferechtlichen Bewertung grundsätzlich außer Acht zu bleiben haben.[1122] Ausreichend für die Verneinung der Beihilfequalität einer staatlichen Haftungsverpflichtung zu Gunsten eigener Unternehmen müsste demnach das Bestehen hinreichender Ertragsaussichten des Unternehmens zum Zeitpunkt der **Haftungsübernahme** sein. Dies wäre im Hinblick auf einen möglichst effektiven beihilferechtlichen Wettbewerbsschutz jedoch problematisch, da der Staat dann eine Haftung, die er zunächst zu Gunsten eines rentablen Unternehmens übernommen hat, auch im Falle eines späteren Eintritts dauerhafter Unrentabilität des Unternehmens aufrechterhalten und - zumindest im Rahmen einer Innenhaftung - dem Unternehmen sogar fortlaufend in Erfüllung der von ihm übernommenen finanziellen Einstandspflicht Unterstützungszahlungen zukommen lassen dürfte, bloß weil anfänglich einmal aufgrund hinreichender Rentabilitätsaussichten das Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis ausgeglichen war. Es muss aber zweifellos verhindert werden, dass ein Staat die Beihilferegeln umgehen kann, indem er Beihilfen als Ausfluss seiner Haftung gestaltet und so ein chronisch defizitäres Unternehmen als Inhaber dauerhaft subventionieren kann.[1123]

Lösen könnte man diese Problematik, indem man die beihilferelevante Maßnahme nicht in der Übernahme, sondern im **Aufrechterhalten** der Haftung erblickt und so in bestimmten Abständen eine Neubewertung von Leistung und Gegenleistung vornimmt. Der staatliche Gewährträger müsste dann bei Unternehmen mit schlechter werdender Rentabilität, bei denen

---

[1120] siehe zur Rückforderung ausführlich unten S. 267 ff.
[1121] siehe schon oben S. 212 f.
[1122] vgl. EuGH Slg. 1996, S. II-2109 (2135 ff.) [Air France/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. I-6993 (7019 f.) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3096) [HAMSA/Kommission]; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 271
[1123] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 253

auf der einen Seite der Wert der staatlichen Leistung mit dem staatlich getragenen Haftungsrisiko wächst, auf der anderen Seite dagegen die Gegenleistung des Unternehmens mit dessen Erträgen sinkt, dafür Sorge tragen, dass die Unternehmen ihm eine zusätzliche Gegenleistung erbringen, sobald die erwirtschafteten Unternehmenserträge als Gegenleistung für das staatliche Haftungsrisiko nicht mehr angemessen sind, wobei das Unternehmen aber zur Zahlung eines angemessenen Entgelts aufgrund seiner schwierigen wirtschaftlichen Situation regelmäßig nicht in der Lage sein dürfte. In diesem Falle entstünde eine beihilferechtliche Verpflichtung zur Haftungsbeendigung, notfalls durch die Abwicklung des betroffenen Unternehmens.[1124]

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Beihilfekontrolle **Verhaltenskontrolle**[1125] und das bloße Bestehenlassen der Haftung nur ein Unterlassen ist[1126], denn auch ein Unterlassen ist ein Verhalten. Zu Recht ist daher mittlerweile anerkannt, dass auch ein staatliches Unterlassen Beihilferelevanz haben kann, wenn es einer positiven Leistungsgewährung gleichkommt.[1127] Fraglich ist aber, ob allein das Aufrechterhalten einer bereits bestehenden Haftung wirklich wie eine positive Mittelzuführung wirkt. *Pape* sieht hierin nur einen sog. „**Belassungssachverhalt**“[1128], also eine Fallkonstellation, in der einem Unternehmen nicht frisches Kapital zugeführt werde, sondern bloß früher zugeführte Mittel in dem Unternehmen belassen würden.[1129] In einem solchen Belassen früher zugeführter Mittel darf nun in der Tat keine Beihilfe durch Unterlassen gesehen werden, da ja die Kapitalzuführung selbst bereits der beihilferechtlichen Kontrolle unterliegt und es andernfalls aufgrund einer einmaligen staatlichen Mittelzuführung zu einer dauernden Erfolgskontrolle der Kommission über staatliche Beteiligungsunternehmen käme.[1130] Jedoch kann eine unbeschränkte Haftungsübernahme

---

[1124] Eine Pflicht zur **Privatisierung** öffentlicher Unternehmen, die gegen Art. 295 EG verstoßen könnte (siehe dazu etwa DSZ Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3; DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 12 ff.; Ennuschat, RdE 2001, S. 46 (48)), ergibt sich hier dagegen nicht, zumal Unternehmen, denen selbst längerfristige Rentabilitätsaussichten fehlen, regelmäßig nicht einmal **privatisierbar** sein dürften, schon weil sich für sie gar kein privater Investor finden wird. Das Eingreifen des Beihilfeverbots bei fehlenden Rentabilitätsaussichten hat allenfalls eine Pflicht zur **Haftungsbeendigung** - notfalls durch Abwicklung des betroffenen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts - zur Folge (Immenga/Rudo, S. 70; Gruson, EuZW 1997, S. 357 (360); Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 94; so auch die Kommission in ABl. 1993, C 282, S. 5 (7)). Und dass das Beihilferecht durchaus den Zwang zur Schließung und Abwicklung eines Unternehmens zur Folge haben kann, wenn dieses den Geldwert der staatlichen Zuwendung nicht bezahlen kann, ist im Rahmen der Rückforderung von Beihilfen mittlerweile allgemein anerkannt (siehe hierzu etwa EuGH Slg. 2002, S. I-6031 (6071) [Kommission/Spanien]; vgl. auch unten S. 269 f.).

[1125] siehe dazu Immenga/Rudo, S. 69; vgl. Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, S. 165 (177)

[1126] DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 232

[1127] Frenz, DVBL. 2001, S. 673 (679); EuGH Slg. 2000, S. I-8717 (8740) [Spanien/Kommission]
So kann ein Staat beispielsweise mit dem dauerhaften Unterlassen der Geltendmachung einer ihm zustehenden Forderung den gleichen wirtschaftlichen Effekt erreichen wie mit einem positiv erklärten Verzicht auf die Forderung (siehe dazu unten S. 254 ff.).

[1128] Pape, S. 40

[1129] Pape, S. 30

[1130] Pape, S. 30 ff. und 114 f.

des Staates zu Gunsten seiner Unternehmen nicht mit einer einmaligen Mittelzuführung mit nachfolgender bloßer Belassung des gewährten geldwerten Vorteils gleichgesetzt werden. Anders als beispielsweise bei einer Bürgschaft, bei der aufgrund ihrer Akzessorietät das Haftungsrisiko von vornherein durch die Beschränkung auf die Erfüllung der Hauptschuld fest umgrenzt ist[1131], wandelt sich bei einer globalen, unbegrenzten Übernahme des finanziellen Geschäftsrisikos eines Unternehmens der Haftungsinhalt ständig mit der aktuellen Geschäftsentwicklung des Unternehmens. Die einmalige Haftungsübernahme hat nicht dauerhaft den gleichen Inhalt, sondern ist durch den **revolvierenden Charakter** des übernommenen Haftungsinhalts gekennzeichnet, der sich im Grunde mit jedem neuen Geschäftsabschluss des Unternehmens ändert: Alte Geschäfte sind irgendwann abgewickelt, so dass aus ihnen keine finanziellen Haftungsrisiken mehr drohen, und aus den neuen Geschäften entstehen stattdessen neue, möglicherweise ganz andere Risiken, für die nun gehaftet wird. Es handelt sich hier nicht um die einmalige Übernahme eines im Wesentlichen feststehenden Risikos wie bei einer Bürgschaft, sondern um die fortlaufende Übernahme immer wieder neuer finanzieller Risiken. Durch ihren revolvierenden Inhalt wirkt bereits die bloße Aufrechthaltung der Haftung wie die fortlaufende Übernahme eines neuen, „frischen" Haftungsrisikos und damit wie die Zuführung **immer wieder neuer** geldwerter Vorteile. Eine zeitlich wie betraglich unbegrenzte Haftungsübernahme wirkt daher, auch wenn sie durch eine einmalige Maßnahme begründet wird, nicht bloß wie eine einmalige Unterstützungsleistung, sondern wie eine **Dauerbeihilfe**[1132], bestehend aus immer wieder neuen Einzelzuwendungen. Sie kann (und muss!) daher mit der Veränderung ihres Inhalts auch fortlaufend neu auf ihren Beihilfecharakter untersucht werden.

Dass der Inhalt einer solchen unbeschränkten Haftung zu Gunsten eigener Unternehmen über die bloß einmalige Zuwendung eines geldwerten Vorteils hinausgeht, kommt im Übrigen auch in der Art und Weise zum Ausdruck, wie diese Haftungen tatsächlich am Markt entgolten werden: Während eine Bürgschaftsübernahme auf dem Markt oft durch die einmalige Zahlung einer Bürgschaftsprovision abgegolten ist, lässt sich ein Unternehmer die generelle Haftung zu Gunsten seines Unternehmens typischerweise durch dessen fortlaufend erwirtschaftete Erträge entgelten. Für eine solche Haftung ist auf dem Markt also nicht nur ein einmaliges, sondern fortlaufend ein neues Entgelt von dem Unternehmen zu bezahlen. Auch

---

[1131] siehe nur Palandt - Sprau, § 765 BGB Rn. 28 ff.

[1132] so auch Koenig/Sander, EuZW 1997, S. 363 (363 f.); Niemeyer/Hirsbrunner, EuZW 2000, S. 364 (368); Bankenvereinigung, Beschwerdebegründung, S. 88; vgl. auch Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen, ABl. 1993, C 307, S. 3 (13)

hieran wird deutlich, dass bereits die bloße Aufrechterhaltung der Haftung eine immer wieder neu einen Markt- und damit Geldwert aufweisende Zuwendung darstellt.

Fraglich bleibt allein, **unter welchen Voraussetzungen** eine Neubewertung von Leistung und Gegenleistung vorgenommen und so neu überprüft werden kann, ob beide (noch) in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Schließlich verändern sich Haftungsrisiko und Ertragsaussichten an sich mit jedem neuen Geschäft des Unternehmens. Eine so häufig erfolgende Neubewertung erscheint aber schon wegen der fehlenden praktischen Durchführbarkeit als ausgeschlossen. Eine immer wieder neue finanzielle Bewertung wird zudem auch rechtlich fragwürdig, wenn etwa die Kommission die Übernahme der Haftung in Anbetracht anfänglich guter Rentabilitätsaussichten zunächst für beihilferechtlich unbedenklich gehalten hat, da der Rückgängigmachung einer einmal getroffenen Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit Art. 87 EG die gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit entgegenstehen.[1133] Jedoch ist anerkannt, dass die Kommission eine ein Beihilfeprüfungsverfahren abschließende Entscheidung im Anschluss an eine erneute Einleitung eines Kontrollverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen durch eine abweichende Entscheidung ersetzen kann.[1134] Auch bei einer grundsätzlich genehmigten Beihilfe muss die Kommission über eine bestimmte Verwaltungs- und Kontrollbefugnis verfügen, die es ihr zumindest ermöglicht, mit Entwicklungen fertig zu werden, die beim Erlass der ursprünglichen Entscheidung nicht vorhersehbar waren.[1135] Eine Neubewertung von Leistung und Gegenleistung wird man also vor allem dann vornehmen können und müssen, wenn die weitere Entwicklung der Rentabilitätslage des Unternehmens so zunächst nicht vorhersehbar war.[1136] Hält der staatliche Gewährträger in diesem Falle seine Haftung aufrecht, obwohl ein privater Investor angesichts der fehlenden Ertragsaussichten des Unternehmens zweifelsfrei nicht mehr bereit gewesen wäre, das finanzielle Haftungsrisiko zu

---

[1133] vgl. dazu EuGH Slg. 1994, S. I-4635 (4655) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 1996, S. II-1377 (1395) [CSF und CSME/Kommission]; EuGH Slg. 1997, S. I-2507 (2539) [Siemens/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-3713 (3756) [Waterleiding Maatschappij/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-1889 (1920) [ARAP u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1205 (1239) [Kvaerner Warnow Werft/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1353) [Diputación Foral de Alava/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-4287 (4380) [ARAP u.a./Kommission]

[1134] EuGH Slg. 1998, S. II-3327 (3358) [Ryanair/Kommission]; vgl. auch EuGH Slg. 2000, S. II-51 (63 f.) [TAT European Airlines/Kommission]

[1135] EuGH Slg. 1998, S. II-3327 (3359) [Ryanair/Kommission]

Eine vergleichbare Ausnahme vom Schutz des Vertrauens in einmal erlassene Verwaltungsentscheidungen findet sich im Übrigen auch im nationalen Subventionsrecht: So ist im deutschen Subventionsrecht die Rechtsfigur des „**rechtswidrig gewordenen Verwaltungsaktes**" entwickelt worden. Hierunter versteht man einen ursprünglich rechtmäßig erlassenen Verwaltungsakt, bei dem sich die für seinen Erlass maßgebliche Sach- bzw. Rechtslage im Nachhinein geändert hat, was gerade bei Subventionen mit Dauerwirkung zu einer erst im Nachhinein erkennbaren Aufhebungsbedürftigkeit der Subvention führen kann (siehe dazu Rodi, S. 686 ff.).

[1136] So wird auch das Argument entkräftet, dass die Haftungsübernahme schließlich ein Risikogeschäft ist, also gerade für den Fall einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens gedacht ist.

tragen, so liegt insoweit eine neue[1137], beihilferechtswidrige Mittelzuwendung an das Unternehmen vor.

## 2. Allgemein belastende Haftungsnormen

Während die Haftungsverpflichtungen aus Anstaltslast und Gewährträgerhaftung immer nur eine dem Staatssektor zuzurechende Einrichtung treffen können und damit immer zu Lasten staatlicher Mittel gehen[1138], gibt es auch Haftungsverpflichtungen des Inhabers zu Gunsten seines Unternehmens, die durch allgemeine Normen begründet werden. So enthält beispielsweise Art. 2362 des italienischen Zivilgesetzbuchs eine Regelung, wonach bei Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft, die nur über einen einzigen Eigentümer verfügt, dieser unbeschränkt für alle Verbindlichkeiten des Unternehmens haftet.[1139] Diese Haftungsverpflichtung trifft alle Alleineigentümer eines Unternehmens völlig **unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zum staatlichen Sektor**. Bei formaler Betrachtung handelt es sich also um eine allgemein belastende finanzielle Verpflichtung, die staatliche wie private Eigentümer gleichermaßen trifft, und solche allgemein belastenden Maßnahmen können nicht als gerade zu Lasten staatlicher Mittel gehende und damit staatlich zurechenbare Unterstützungsleistungen eingestuft werden[1140], so dass das Bestehen einer Haftung des Staates zu Gunsten seiner Unternehmen aufgrund des Art. 2362 des italienischen Zivilgesetzbuchs auf den ersten Blick nicht als staatlich zurechenbare Beihilfe erscheint. Da zudem natürlich auch hier der Grundsatz gelten

---

[1137] Die Bezeichnung als „**neue**" Zuwendung darf freilich in diesem Zusammenhang nicht missverstanden werden:
Sowohl Beihilfen, die ordnungsgemäß bei der Kommission notifiziert und von dieser nicht beanstandet worden sind, als auch Beihilfen, die - wie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute - bereits bei Inkrafttreten des EG-Vertrages bestanden, sind **bestehende** Beihilfen, die nicht mehr - wie neue Beihilfen - dem Notifizierungsgebot und Durchführungsverbot des Art. 88 III EG unterliegen (zur Unterscheidung zwischen neuen und bestehenden Beihilfen siehe etwa G/T/E - Mederer, Art. 93 EGV Rn. 27; Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (285); Kruse, NVwZ 2001, S. 612 (613)). Eine bloße Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des durch die staatliche Haftung begünstigten Unternehmens führt nicht zu einer **Umgestaltung** der Beihilfe, die neu zu notifizieren wäre (vgl. EuGH Slg. 1994, S. I-3829 (3874 ff.) [Namur-Les assurances du crédit]). Die staatliche Maßnahme kann bloß im Rahmen der **fortlaufenden Überprüfung bestehender Beihilfen** nach Art. 88 I EG ohne Verstoß gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes neu auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 87 EG untersucht werden (vgl. dazu Bürgschaftsmitteilung der Kommission, ABl. 2000, C 71, S. 14 (18); Klingbeil, S. 61 ff.; Sasserath, S. 42 f.; W. Schroeder, ZIP 1996, S. 2097 (2098)).

[1138] siehe schon oben S. 201

[1139] Soukup, S. 170; vgl. Mitteilung der Kommission über ein Beihilfevorhaben zu Gunsten der Firma EFIM, ABl. 1993, C 349, S. 2 (5); Mitteilung der Kommission über Beihilfen für CMF Sud SpA und CMF SpA, ABl. 1993, C 282, S. 5 (6)
Eine vergleichbare unbeschränkte Haftung des Inhabers für alle Verbindlichkeiten seines Unternehmens gibt es aber auch im deutschen Gesellschaftsrecht, etwa für den Gesellschafter einer OHG oder den Komplementär einer KG oder KGaA (DSGV, Beschwerdeerwiderung, Rn. 281).

[1140] siehe oben S. 198 ff.

muss, dass die bloße Erfüllung einer beihilferechtlich unbedenklichen Verpflichtung nicht separat als Beihilfe angegriffen werden kann, scheinen hier Lücken im beihilferechtlichen Wettbewerbsschutz zu drohen, wenn weder die Haftungsverpflichtung zu Gunsten eines unrentablen Unternehmens als solche noch ihre Erfüllung angreifbar ist.[1141]

Jedoch handelt es sich bei solchen allgemeinen, zivilrechtlichen Haftungsverpflichtungen des Eigentümers zu Gunsten seines Unternehmens nur formal um allgemeine Belastungen. Für die beihilferechtliche Bewertung ist auch hier wieder an die staatliche Entscheidung zur **Aufrechterhaltung** der Haftung anzuknüpfen, zu der ein privater Investor, dem immer auch die Alternative offen steht, seine Haftung - notfalls durch Schließung seines Unternehmens - zu beenden, nicht verpflichtet ist[1142] und im Übrigen regelmäßig auch gar nicht verpflichtet werden **könnte**, da es kaum als zulässig erscheinen mag, dass ein Mitgliedstaat private Unternehmensinhaber dazu verpflichtet, unrentabel gewordene Unternehmen dauerhaft weiter zu betreiben und dabei uneingeschränkt für ihre Schulden zu haften. Sobald der Staat sich also entscheidet, seine Haftung trotz grundlegender Verschlechterung der finanziellen Lage seines Unternehmens aufrechtzuerhalten, tritt diese Belastung staatlicher Mittel nicht infolge einer allgemeinen Verpflichtung ein, die auch private Unternehmer trifft, sondern allein infolge einer freiwilligen Entscheidung des staatlichen Investors zur Fortführung des begünstigten Unternehmens[1143], so dass das Vorliegen einer Finanzierung der Begünstigung gerade aus staatlichen Mitteln zu bejahen ist.

---

[1141] vgl. dazu auch Pape, S. 39 ff.
Pape meint allerdings, die zweifelsfrei nötige Möglichkeit zu beihilferechtlichen Eingriffen nur durch Vertragsverletzungsverfahren oder durch Schadensersatzansprüche beeinträchtigter Wettbewerber sicherstellen zu können (Pape, S. 41). Dagegen spricht schon, dass dies Kontrollinstrumente sind, die dem Beihilferecht an sich fremd sind und die Lösung stattdessen primär im Rahmen des beihilferechtlichen Instrumentariums der Art. 87 f. EG zu suchen sein muss.

[1142] so auch die Kommission in ihrer Mitteilung über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 (12); vgl. auch Mitteilung der Kommission über Beihilfen für CMF Sud SpA und CMF SpA, ABl. 1993, C 282, S. 5 (7 f.)
Allerdings sieht die Kommission die Beihilfe fälschlich nicht schon in der Aufrechterhaltung der Haftung zu Gunsten des Unternehmens, sondern erst in nachfolgenden tatsächlichen Kapitalzuführungen (siehe ABl. 1993, C 307, S. 3 (12)), die aber - zumindest solange sie über die bloße Erfüllung der Haftungsverpflichtung nicht hinausgehen - beihilferechtlich nicht angreifbar sein können.

[1143] Unzulässig ist im Übrigen an dieser Stelle der Einwand, dass dann nie eine allgemein belastende Maßnahme vorliegen könne, weil der Staat schließlich einer jeden allgemeinen Belastung entgehen könne, indem er die von der Belastung betroffene staatliche Einrichtung schließe. Das Beihilferecht kann den staatlichen Inhaber allenfalls zur Liquidierung des **begünstigten** Unternehmens verpflichten, um so die Aufhebung der Beihilfe zu erreichen und die zu Gunsten des Unternehmens bewirkte Wettbewerbsverfälschung zu beenden (siehe dazu etwa EuGH Slg. 2002, S. I-6031 (6071) [Kommission/Spanien]). Eine beihilferechtliche Pflicht, die **leistungsgewährende** staatliche Einrichtung zu schließen, bloß weil diese von einer allgemeinen Belastung erfasst ist, kann dagegen nicht angenommen werden.

In einem solchen Falle ist Folge des Vorliegens einer verbotenen Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG im Übrigen grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit der (Außen-)Haftung[1144] gegenüber den Gläubigern des Unternehmens[1145], die von der Beihilferechtswidrigkeit normalerweise schon deshalb nicht betroffen sein dürfen, weil sie gar nicht Begünstigte der Maßnahme sind.[1146] Vielmehr muss der staatliche Träger der Haftung diese bloß für die Zukunft beenden und sich eine beihilferechtswidrige Aufrechterhaltung der Haftung, soweit diese bereits in der Vergangenheit liegt, im Rahmen der Rückforderung von dem begünstigten Unternehmen angemessen nachentgelten lassen.[1147]

### 3. Fazit

Staatliche Haftungen zu Gunsten eigener Unternehmen sind durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass - zumindest bei zeitlich und betragsmäßig unbeschränkter Risikoübernahme - sowohl der Wert der staatlichen Leistung als auch der Wert der Gegenleistung des Unternehmens mit einer Veränderung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens starken Schwankungen ausgesetzt ist. Solche Haftungen sind aufgrund ihres revolvierenden Inhalts nicht als einmalige geldwerte Leistung, sondern als immer wieder einen neuen Geldwert aufweisende und damit immer wieder neu angemessen zu entgeltende Zuwendungen anzusehen. Daher kann bereits die bloße Aufrechterhaltung der Haftung durch den Staat, die als Dauerbeihilfe zu fortlaufend neuen geldwerten Vorteilen des Unternehmens führt, daraufhin überprüft werden, ob sie in Anbetracht der Rentabilitätsaussichten des Unternehmens (noch) marktgemäß ist.

Wenn die Rentabilitätsaussichten das finanzielle Haftungsrisiko nicht mehr abdecken, ist die staatliche Haftung für die Zukunft aufzuheben, was i.d.R. auch zur Notwendigkeit der Liquidation des unrentablen und damit allein nicht lebensfähigen Unternehmens führen wird. Soweit eine bereits für die Vergangenheit festzustellende Beihilferechtswidrigkeit der Haftung aufzuheben ist, hat dies allein im Verhältnis zum begünstigten Unternehmen zu geschehen, indem von diesem der unentgeltlich erhaltene geldwerte Vorteil zurückgefordert und das Un-

---

[1144] Rechtsfolge des Art. 2362 des italienischen Zivilgesetzbuchs ist allein eine unbeschränkte Haftung des Eigentümers nach außen für alle Verbindlichkeiten des Unternehmens (vgl. Soukup, S. 170). Dies hat natürlich auch zur Folge, dass **Kapitalzuführungen an das Unternehmen selbst** keinesfalls als Erfüllung der Haftung anzusehen und daher eigenständig auf ihren Beihilfecharakter zu untersuchen sind.

[1145] anders die Kommission in ihrer Mitteilung über ein Beihilfevorhaben zu Gunsten der Firma EFIM, ABl. 1993, C 349, S. 2 (5); zu Recht vorsichtiger jetzt die Bürgschaftsmitteilung der Kommission, ABl. 2000, C 71, S. 14 (18)

[1146] vgl. schon oben S. 219 f.

[1147] siehe zur „Nachentgeltung" eines beihilferechtswidrig unentgeltlich gewährten geldwerten Vorteils durch Rückforderung einer entsprechenden Geldsumme ausführlich unten S. 267 ff.

ternehmen so gezwungen wird, diesen gleichsam nachzuentgelten. Da das Unternehmen zu entsprechenden Zahlungen in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Situation regelmäßig nicht mehr in der Lage sein dürfte, zumal der Wert der Haftung aufgrund der bei einem unrentablen Unternehmen großen Haftungsrisiken recht hoch sein wird, wird es auch hier im Regelfalle zu einer Liquidation des Unternehmens kommen. Auf diese Weise verschwindet das begünstigte Unternehmen aus dem Wettbewerb, womit sichergestellt ist, dass die Beihilfe den Wettbewerb nicht mehr zu seinen Gunsten verfälschen kann und damit dem Zweck des Beihilfeverbotes Genüge getan ist. Aus der Haftung entstandene Ansprüche der Gläubiger im Rahmen einer Außenhaftung müssen von der Beihilferechtswidrigkeit dagegen grundsätzlich unberührt bleiben.

## C. Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erfolgt zwar teilweise - wie bei der privaten Konkurrenz - aus Werbeeinnahmen[1148]; weitere zur Erfüllung ihres Programmauftrages erforderliche Mittel erhalten die Veranstalter öffentlich-rechtlichen Rundfunks aber aus besonderen, auf den Staat zurückgehenden Finanzierungssystemen: Während beispielsweise die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter in Spanien und Portugal unmittelbare Geldzuwendungen von staatlichen Gebietskörperschaften erhalten[1149], erfolgt in Deutschland die Finanzierung durch ein staatlich angeordnetes Rundfunkgebührensystem.[1150]

Im Folgenden soll zunächst aufgezeigt werden, warum eine aus staatlichen Mitteln stammende Zuwendung geldwerter Vorteile an die Veranstalter öffentlich-rechtlichen Rundfunks, wie sie beispielsweise in Spanien und Portugal zweifelsfrei vorliegt, da die Rundfunkveranstalter hier Gelder unmittelbar vom Staat erhalten, eine Begünstigung der Veranstalter bewirkt. Daraufhin soll untersucht werden, ob auch die Geldzuwendungen, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland durch das deutsche Gebührenfinanzierungssystem erhalten, eine aus staatlichen Mitteln stammende und damit unter das Beihilfeverbot des Art. 87 EG fallende Begünstigung darstellen.

---

[1148] siehe Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 40 ff.; Dörr, ZUM 1996, S. 105; EuGH Slg. 1998, S. II-3407 (3412) [Gestevisión Telecinco/Kommission]

[1149] EuGH Slg. 1998, S. II-3407 (3412) [Gestevisión Telecinco/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2131) [SIC/Kommission]

[1150] siehe dazu etwa Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 40 ff.

## I. Die begünstigende Wirkung einer aus staatlichen Mitteln stammenden Rundfunkfinanzierung

Wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zur Erfüllung ihres Programmauftrages unmittelbar Geldzuwendungen vom Staat erhalten, also Leistungen, die - für sich betrachtet - klassische Subventionen darstellen, kann die Begünstigungsqualität dieser Zuwendungen allenfalls daran scheitern, dass die Rundfunkveranstalter hierfür mit der **Erfüllung ihres öffentlichen Programmauftrages** eine begünstigungsausschließende Gegenleistung erbringen.[1151]

Zum Teil wird das Vorliegen einer Begünstigung verneint, da die Zuwendungen nicht die notwendigen Kosten für das Programmangebot überstiegen und den Unternehmen daher keine finanziellen Vorteile verschafften.[1152] Kosten können außer bei wettbewerbskonformen aber auch bei wettbewerbswidrigen Aktivitäten entstehen.[1153] Die von den Rundfunkveranstaltern mit der Erfüllung des Programmauftrags erbrachte Gegenleistung kann somit nicht schon deshalb begünstigungsausschließend wirken, weil sie für die Rundfunkveranstalter Kosten zur Folge hat[1154], sondern nur dann, wenn sie marktgemäß ist, also - zumindest potentiell - auch am Markt durch Dritte finanziert werden könnte.[1155] Fraglich ist also, inwieweit es sich bei der Erfüllung des öffentlichen Programmauftrags um eine **marktgemäße** Gegenleistung handelt.

Teilweise wird versucht, die Programmtätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in marktfähige und nicht-marktfähige Programminhalte aufzuteilen.[1156] Für die marktfähigen, zuschauerattraktiven Programminhalte könne der Sender auch auf dem Markt Einnahmen erzielen.[1157] Insoweit läge demzufolge eine beihilfeausschließende Gegenleistung mit Marktwert vor. Hinsichtlich der nicht-marktfähigen, wenig zuschauerattraktiven Programminhalte liege hingegen ein Marktversagen vor.[1158] Da sich für sie also auf dem Markt kein Finanzier finden würde, läge insofern demnach keine (Gegen-)Leistung mit Marktwert vor. Diese Ansicht würde aber zu einem äußerst merkwürdigen Ergebnis führen: In der Förderung der nicht-marktfähigen Programminhalte läge eine Beihilfe, die nur unter den Voraussetzungen

---

[1151] vgl. Damm, S. 86; Dörr, Rundfunkfinanzierung; S. 12 ff.
[1152] Michel, S. 57 f.; Dörr, K&R 2001, S. 233 (235); so auch die Kommission in EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2136 f.) [SIC/Kommission] und EuGH Slg. 1998, S. II-3407 (3431) [Gestevisión Telecinco/Kommission]
[1153] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 48 f.
[1154] siehe dazu schon oben S. 66 ff.
[1155] so zu Recht Damm, S. 91 ff.; vgl. auch oben S. 71
[1156] vgl. dazu Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 43 f.
[1157] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 43
[1158] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 41

des Art. 86 II EG zulässig wäre, wohingegen die staatliche Finanzierung des marktfähigen Programmteils aufgrund des Vorliegens einer marktmäßigen Gegenleistung gar keine Beihilfe darstellte und daher auch ohne die Beschränkungen des Art. 86 II EG zulässig wäre. Auf diese Weise entstünde letztlich die Gefahr, dass der öffentliche Rundfunk sich beihilferechtlich genötigt sieht, zunehmend Programme auszustrahlen, die weniger am öffentlichen Rundfunkauftrag ausgerichtet sind, als sich vielmehr als zuschauerträchtige, werbewirksame Sendungen präsentieren, da er nur so auch ohne Beachtung der strengen Voraussetzungen des Art. 86 II EG das Vorliegen einer Beihilfe vermeiden könnte. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk würde damit durch das Beihilferecht regelrecht dazu angehalten, mithilfe der staatlichen Unterstützungszahlungen seinen privaten Konkurrenten gerade in deren angestammtem Programmbereich verstärkte Konkurrenz zu machen. Dabei erscheint es doch gerade dort, wo der öffentlich-rechtliche Rundfunk im zuschauerattraktiven Programmbereich tätig wird und auch der Markt die Programmtätigkeit tragen würde, nicht als gerechtfertigt, eine staatliche Finanzierung zuzulassen.[1159]

Der Grund, warum man die Sendetätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch insoweit nicht als marktgemäße Gegenleistung ansehen kann, als es sich um zuschauerattraktive Sendungen handelt, liegt darin, dass der Staat die Rundfunkunternehmen für eine Dienstleistung bezahlt, die diese weniger an ihn, als vielmehr an die (privaten) Rundfunkteilnehmer erbringen, da schließlich primär die privaten Teilnehmer - und nicht etwa staatliche Einrichtungen - mit ihren Rundfunkgeräten das Programm empfangen. Hier zeigt sich wieder, wie problematisch es ist, (Dienst-)Leistungen, die das Unternehmen nicht an den die Tätigkeit bezahlenden Staat selbst, sondern unmittelbar an Dritte erbringt, als marktgemäße Gegenleistung des Unternehmens für die staatliche Zuwendung anzusehen: Wenn der Staat ein Unternehmen für eine Leistung bezahlt, von der weniger er selbst, sondern vielmehr in erster Linie private Dritte profitieren, wird der Staat dies regelmäßig nur tun, wenn und weil die Erbringung dieser Leistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegt. Der Umstand, dass die staatliche Zuwendung für die Erfüllung einer Verpflichtung gedacht ist, die dem Unternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse durch den Staat auferlegt worden ist, sollte jedoch nur bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 86 II EG berücksichtigt werden und keine Auswirkungen auf die Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG haben, da andernfalls die Gefahr einer Umgehung der Voraussetzungen des Art. 86 II EG drohte.[1160] Bei Zuwendungen des Staates an Unter-

---

[1159] Gersdorf, S. 86

[1160] Wallenberg, MMR 2001, S. 103 (104); Hain, MMR 2001, S. 219 (222); EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2155 f.) [SIC/Kommission]; siehe dazu schon oben S. 81 f.

nehmen, die als Gegenleistung im Allgemeininteresse liegende Leistungen an Dritte erbringen, sollte man daher regelmäßig das Vorliegen einer Beihilfe bejahen.[1161]

Gerade im Rundfunkbereich dürfte zudem eine eindeutige Trennung zwischen marktfähigem und nicht-marktfähigem Programminhalt auch gar nicht möglich sein: Wenn nicht-marktfähige Programminhalte solche sind, für die auf dem Markt keine Nachfrage besteht, dann kann mit ihnen der öffentliche Programmauftrag doch gar nicht erfüllt werden, weil eine Erfüllung dieses Auftrags schließlich eine Wahrnehmung des Programms durch Nachfrager, nämlich Zuhörer bzw. Zuschauer voraussetzt.[1162] Ein Programm, das niemand einschaltet, kann den öffentlichen Programmauftrag nicht erfüllen.[1163] Nicht-marktfähige Programminhalte müssen also immer in ein zuschauerattraktives und damit marktfähiges Programm eingebunden werden, damit sie überhaupt wahrgenommen werden.[1164] Insofern kann man das Programm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht in einen marktfähigen und einen nicht-marktfähigen Bereich aufteilen[1165], sondern beide sind untrennbar miteinander verknüpft und bilden so das „Gesamtprogramm" des öffentlichen Rundfunks. Folglich kann die Programmtätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur insgesamt als nicht marktkonforme (Gegen-)Leistung eingestuft werden, da sie so am Markt keinen privaten Finanzier finden würde.[1166] Eine staatliche Rundfunkfinanzierung stellt somit eine beihilferelevante Begünstigung dar. Da der öffentlich-rechtliche Rundfunk aber ohne staatliche Unterstützung nicht in der Lage wäre, seinen öffentlichen Programmauftrag zu erfüllen, dürften die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 86 II EG gegeben sein.[1167]

## II. Die staatliche Zurechenbarkeit der aus dem deutschen Rundfunkgebührensystem stammenden Geldzuwendungen

In Deutschland erfolgt die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks - anders als etwa in Spanien und Portugal - nicht durch unmittelbare Zuwendungen seitens staatlicher Einrichtungen, sondern mittels Rundfunkgebühren. Das deutsche Rundfunkgebührensystem ist

---

[1161] vgl. auch Damm, S. 91 ff.
[1162] vgl. Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 46
[1163] so überzeugend Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 46
[1164] Schellhaaß, Rundfunkgebühr, S. 46
[1165] Schellhaaß, Podiumsdiskussion, S. 93 f.; vgl. auch Eberle, AfP 1995, S. 559 (563); Hansmeyer, S. 102
[1166] Damm, S. 91; vgl. Wallenberg, in: Gedächtnisssschrift Grabitz, S. 867 (871 f.); anders Holzer, ZUM 1996, S. 274 (281); Otten, ZUM 1997, S. 790 (796); Dörr, ZUM 1996, S. 105 (113); Eberle, AfP 1995, S. 559 (562); Dörr, K&R 2001, S. 233 (235); Oppermann, ZUM 1996, S. 656; Bartosch, ECLR 20 (1999), S. 197 (200)
[1167] so auch Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 10; vgl. auch 31. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, S. 118; dagegen Selmer/Gersdorf, S. 38 ff.

durch die deutschen Bundesländer in den Rundfunkstaatsverträgen geregelt worden.[1168] Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten melden ihren Finanzbedarf bei der unabhängigen Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs (KEF) an, die den angemeldeten Bedarf überprüft und daraufhin einen Gebührenvorschlag macht, auf dessen Grundlage die Landesparlamente die Gebührenhöhe gesetzlich festlegen.[1169] Die Rundfunkgebühr wird dann von den Rundfunkteilnehmern an die von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eingerichtete Gebühreneinzugszentrale (GEZ) gezahlt und von dort nach dem festgelegten Schlüssel unter den Anstalten verteilt.[1170]

Außer Frage steht zunächst, dass es sich bei der Gebührenfestlegung um eine staatliche Maßnahme handelt, denn alle an ihr beteiligten Einrichtungen stehen in staatlicher Trägerschaft und sind schon deshalb dem Staatssektor zuzurechnen.[1171] Um eine staatlich zurechenbare Beihilfe darzustellen, muss der Mittelzufluss bei den Rundfunkanstalten aber nicht bloß auf ein staatliches Verhalten zurückgehen, sondern auch aus staatlichen Mitteln stammen. Die Gebührenzahlungen werden jedoch von privaten Rundfunkteilnehmern geleistet, und aus den Gebührenzahlungen Privater stammende Gelder können allenfalls dann zu staatlichen Mitteln werden, wenn sie zwischenzeitlich den Haushalt einer staatlichen Einrichtung durchfließen.[1172] Als staatliche Einrichtung, deren Einschaltung in das Gebühreneinzugsverfahren die ursprünglich privaten zu staatlichen Mitteln machen kann, kommt daher nur die GEZ in Frage, da die anderen Einrichtungen wie z.B. die KEF bloß bei der Festsetzung der Rundfunkgebühren mitwirken, die Gebühren aber nie in ihre Hände gelangen.[1173] Die GEZ dagegen vereinnahmt zwischenzeitlich die Rundfunkgebühren, da diese von den Teilnehmern zunächst an sie gezahlt und von ihr sodann unter den Rundfunkanstalten verteilt werden.[1174]

Fraglich ist aber, ob mit der Vereinnahmung durch die GEZ die Mittel auch zu staatlichen werden. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Vereinnahmung durch die staatliche Stelle zu einer **Umverteilung** der Mittel führt, also die Abwicklung über die staatliche Stelle nicht

---

[1168] Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 44; Dörr, K&R 2001, S. 233 (234)
[1169] Dörr, K&R 2001, S. 233 (234 f.); Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 41
[1170] Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46
[1171] So wird die GEZ zwar direkt von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten getragen (Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46), die aber als Anstalten öffentlichen Rechts ihrerseits wiederum in ausschließlicher staatlicher Trägerschaft stehen. Die KEF dagegen ist unmittelbar durch den staatlichen Gesetzgeber eingerichtet worden, der auch Aufgaben, Zusammensetzung und Verfahren des Gremiums regelt (siehe BVerfGE 90, 60 (103)). Eine solche staatliche Trägerschaft ist regelmäßig für die Zurechnung der Einrichtung zum staatlichen Sektor ausreichend (vgl. dazu oben S. 120 ff.). Auch durch ihre angebliche **Staatsferne** kann der „staatliche" Charakter der an der Gebührenfestlegung beteiligten Einrichtungen nicht in Frage gestellt werden (siehe oben S. 128 f.).
[1172] siehe zur Transformation ursprünglich privater Mittel zu staatlichen Mitteln durch Zwischenschaltung einer staatlichen Einrichtung oben S. 192 ff.
[1173] so auch Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (544 f.)
[1174] Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46

durch eine Direktzahlung der Privaten zu ersetzen wäre.[1175] Die GEZ fungiert aber bloß als „Inkassobüro" der Rundfunkanstalten.[1176] Sie stellt nur ein gemeinsames Rechenzentrum dar, das für die Rundfunkanstalten die Einziehung und Weiterleitung der Gebühren übernimmt.[1177] Obwohl sie die Gebührenzahlungen entgegennimmt, stehen diese trotzdem unmittelbar den Rundfunkanstalten zu[1178], die nach § 7 RGebStV Gläubiger der Rundfunkgebühren sind.[1179] Die GEZ hat allein die eingenommenen Rundfunkgebühren nach dem festgelegten Schlüssel unter den Anstalten zu verteilen.[1180] Sie nimmt aber eben nur die vorgeschriebene Aufteilung und keine Umverteilung des Gebührenaufkommens vor. Aufgrund des von vornherein feststehenden Verteilungsschlüssels könnte die Abwicklung der Gebührenzahlungen über die GEZ auch durch Direktzahlungen der Bürger ersetzt werden[1181], indem diese den betreffenden Rundfunkanstalten direkt den ihnen nach dem Verteilungsschlüssel zustehenden, prozentualen Anteil an den Gebühren überweisen. Bei der Einziehung der Gebühren über die GEZ handelt es sich letztlich nur um eine Vereinfachung der Zahlungsweise für den Bürger, um zu verhindern, dass dieser mehrere Einzelzahlungen an die verschiedenen Rundfunkanstalten tätigen muss. Daher findet durch die Durchleitung der Gebührenzahlungen durch den Haushalt der GEZ keine Transformation zu staatlichen Mitteln statt. Die Rundfunkgebühren stammen aus einer „Bürgerabgabe"[1182], also aus privaten und nicht aus staatlichen Mitteln, so dass es sich nicht um staatlich zurechenbare Beihilfen handelt.[1183]

## D. Hoheitliche Gestattungen

Während ein staatlicher Hoheitsakt als solcher selbst grundsätzlich keinen Marktwert hat, kann einer mit ihm verbundenen staatlichen Leistungsgewährung durchaus ein Marktwert zukommen.[1184] Zum Teil mag es aber schwer fallen zu beurteilen, ob eine staatliche Genehmigung sich bloß in einer unveräußerlichen hoheitlichen Gestattung erschöpft oder eine da-

---

[1175] siehe oben S. 193 ff.
[1176] Damm, S. 102
[1177] Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (540); vgl. Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 24
[1178] Damm, S. 102
[1179] Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 24; Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (545)
In welchem Umfang ihnen die Rundfunkgebühren zustehen, ist im RFinStV geregelt (Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (540)).
[1180] Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46; Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (545 f.)
[1181] so auch Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 537 (546), nach denen die Zahlungsweise der Rundfunkgebühr „dem Modell des unmittelbaren Mittelflusses" zwischen privaten Gebührenzahlern und den Rundfunkanstalten entspricht; ähnlich Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46
[1182] Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46; Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 25
[1183] so i.E. auch Bartosch, NVwZ 2001, S. 643 (645); Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 46; Koenig/Kühling, NVwZ 2001, S. 768 (770); Eberle, AfP 1995, S. 559 (562 f.)
[1184] siehe oben S. 49 ff.

rüber hinausgehende, geldwerte Leistung des Staates beinhaltet, wie im Folgenden anhand zweier Beispiele veranschaulicht werden soll.

## I. UMTS-Lizenzen

Die deutschen Lizenzen für die dritte Mobilfunkgeneration (das sog. „Universal Mobile Telecommunications System" (UMTS)) sind im August 2000 versteigert worden, was der Bundesrepublik Deutschland Einnahmen i.H.v. fast 100 Mrd. DM bescherte.[1185] Im Hinblick darauf, dass die Vergabe in den verschiedenen Mitgliedstaaten nach unterschiedlichen Verfahren erfolgt ist (Versteigerungsverfahren z.B. in Großbritannien und Deutschland, Ausschreibungsverfahren z.B. in Schweden und Spanien), wurde diskutiert, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen in der Vergabe ein Verstoß gegen das EG-Beihilferecht liegen kann.[1186]
Um das Vorliegen einer Begünstigung bejahen zu können, müsste der Staat den betroffenen Unternehmen mit der Lizenzzuteilung einen beihilferelevanten Vorteil zugewandt haben, in der Vergabe der Lizenzen mit anderen Worten eine geldwerte Leistung des Staates liegen.[1187]
Die UMTS-Lizenz beinhaltet nicht nur eine hoheitliche Gestattung zur Durchführung bestimmter Telekommunikationsleistungen, sondern auch das Recht zur Nutzung bestimmter Funkfrequenzen.[1188] Zwar nicht im gestattenden staatlichen Hoheitsakt selbst, aber in der mit dem Hoheitsakt verbundenen weiteren Vorteilseinräumung, nämlich der Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit an den Funkfrequenzen, könnte ein solcher geldwerter Vorteil liegen. Man könnte insoweit durchaus davon sprechen, dass der Staat mit der Veräußerung der UMTS-Lizenzen ein Nutzungsrecht an den Mobilfunkfrequenzen „vermietet" hat.[1189] Die Einräumung eines Nutzungsrechts an einer Mietsache ist nun aber eine Leistung, die auf dem Markt üblicherweise gegen Entgelt erfolgt, also eine mit einem Marktpreis bewertbare und damit geldwerte Leistung darstellt.

---

[1185] Pautsch, MMR 2001, S. 423
[1186] siehe hierzu Pautsch, MMR 2001, S. 423 m.w.N.
[1187] Ist dies zu bejahen, stellt sich die Frage, ob die Unternehmen für die Lizenzen eine angemessene Gegenleistung gezahlt haben, was eine Beihilfe ausschließen würde. Auf das **Verfahren**, in dem die Vergabe erfolgt ist, kommt es insofern allenfalls mittelbar an: Solange dieses dazu führt, dass die Bezahlung durch die Unternehmen (mindestens) dem Marktwert der Lizenzen entspricht, ist es beihilferechtlich nicht zu beanstanden. Da im Versteigerungsverfahren die Vergabe gegen das Höchstgebot, also gegen den höchsten am Markt überhaupt erzielbaren Preis erfolgt, ist allerdings davon auszugehen, dass eine Vergabe im Versteigerungsverfahren typischerweise beihilferechtlich unbedenklich ist (vgl. Bauer, EuZW 2001, S. 748 (749); Soltész, BB 2001, S. 1049 (1052); Bartosch, WuW 2001, S. 673 (677)). Beihilferechtlich eher bedenklich ist dagegen die Vergabe im Ausschreibungsverfahren, da die hier erzielten Entgelte zum Teil vergleichsweise gering waren. Eine Beihilfe liegt aber auch hier nicht im Ausschreibungsverfahren als solchem, sondern erst in einer infolge dieses Verfahrens zu „billigen" Vergabe der Lizenzen (vgl. Pautsch, MMR 2001, S. 423).
[1188] Koenig/Neumann, ZRP 2001, S. 252 (252 f.); Kötter, DVBl. 2001, S. 1556 (1558)
[1189] vgl. Kötter, DVBl. 2001, S. 1556 (1560)

Zweifel an ihrer Handelbarkeit auf dem Markt und damit an der Zuordnung eines Marktpreises können nur deshalb bestehen, weil die Frequenznutzungsrechte ursprünglich an sich dem Staat zustehen.[1190] Nur der Staat kann daher zunächst diese Nutzungsrechte anbieten, wohingegen ein Privater ein solches Recht allenfalls dann auf dem Markt anbieten kann, wenn er es vorher vom Staat erworben hat. Und immerhin war die fehlende Beihilferelevanz staatlicher Hoheitsakte gerade auch mit dem Argument der fehlenden Marktgängigkeit begründet worden, weil nur der Staat und kein privater Marktteilnehmer diese Leistungen erbringen kann.[1191]

Der Unterschied liegt hier aber in Folgendem: Hoheitsakte können immer nur durch den Staat erlassen werden und grundsätzlich **gar nicht** auf dem Markt gehandelt werden. Insoweit unterscheiden sie sich von Leistungen, die bloß tatsächlich in einem bestimmten Moment allein durch den Staat erbracht werden können, ansonsten aber durchaus auch Gegenstand von Marktgeschäften sein könnten. Letzteres ist etwa der Fall, wenn die Leistung bloß deshalb zur Zeit allein durch den Staat erbracht werden kann, weil der Staat Inhaber des Leistungsgegenstandes ist, eine solche Leistung - etwa nach Veräußerung des Leistungsgegenstandes durch den Staat - aber in gleicher Weise auch von Privaten auf dem Markt angeboten werden könnte. Bestimmte Leistungsgegenstände stehen typischerweise zunächst im Eigentum des Staates. So gehört etwa das Rathaus üblicherweise dem „Staat", nämlich der Gemeinde[1192], so dass nur der Staat Räume in diesem Gebäude vermieten kann. Die Vermietung von Räumen im Rathaus durch den Staat ist aber trotzdem als marktgängige, mit einem Marktwert in Höhe des marktüblichen Mietzinses zu bewertende Leistung anzusehen, schon weil der Staat das Gebäude auch an einen Privaten veräußern und so den Leistungsgegenstand „auf den Markt bringen" kann - anders als die Möglichkeit zum Erlass von Hoheitsakten, die der Staat nicht einfach an Private veräußern kann. Man muss also unterscheiden zwischen einerseits solchen Leistungen, die gewissermaßen „kraft Natur der Sache" nur der Staat erbringen kann, die also auch potentiell nicht Gegenstand von Markthandel sein könnten und daher keinen - auch keinen potentiellen - Marktpreis haben (klassisches Beispiel: staatliche Hoheitsakte) und andererseits solchen Leistungen, die zwar möglicherweise de facto momentan nur der Staat erbringen kann, die aber (zumindest potentiell) auch Gegenstand eines Tauschgeschäfts auf dem Markt sein könnten und die folglich einen - wenn auch nur potentiellen[1193] - Marktpreis haben. Die alleinige Tatsache, dass eine bestimmte Leistung zur Zeit nur durch den Staat und

---

[1190] vgl. Kötter, DVBl. 2001, S. 1556 (1560)
[1191] siehe oben S. 52
[1192] siehe dazu, dass die Gemeinden beihilferechtlich zum „Staat" zu zählen sind, oben S. 119 f.
[1193] Schließlich reicht die Zumessung eines potentiellen Marktpreises zu einer staatlichen Leistung aus, um ihre Beihilferelevanz zu bejahen (siehe oben S. 53).

nicht auch durch einen privaten Anbieter erbracht werden kann, etwa aufgrund staatlicher Inhaberschaft des Leistungsgegenstandes, verhindert also noch nicht die Bejahung der Handelbarkeit der Leistung auf dem Markt.

Im Rahmen der UMTS-Lizenzvergabe stellt der Staat ihm zustehende Funkfrequenzen zur Nutzung zur Verfügung. Wenn der Staat sein Eigentum oder sonstige in seiner Inhaberschaft stehende Gegenstände oder Rechte aus der Hand gibt oder Nutzungsrechte hieran einräumt, liegt hierin in aller Regel genauso eine geldwerte Leistung, wie wenn ein Privater ihm gehörende Gegenstände auf dem Markt veräußert oder vermietet. Das Recht zur Nutzung der UMTS-Frequenzen stellt daher eine zumindest potentiell auf dem Markt handelbare und mit einem Marktwert bezifferbare[1194], also beihilferelevante geldwerte Leistung des Staates dar.

## II. Zertifikate für KWK-Strom

Zur Förderung der Stromerzeuger, die in Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen sog. KWK-Strom erzeugen, gab es in Deutschland Pläne, eine Quotenregelung einzuführen, mit der ein bestimmter Anteil dieser Energiequelle an der gesamten Stromversorgung abgesichert werden sollte.[1195] Die Quotenregelung sollte wiederum mit einer Regelung verknüpft werden, wonach die Erzeuger von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung vom Staat Zertifikate erhalten sollten, die an Erzeuger anderweitig hergestellten Stroms (weiter)veräußerbar gewesen wären, sofern sie selbst das Zertifikat nicht (mehr) hätten ausschöpfen wollen.[1196] Erst dieses Zertifikat hätte es Stromerzeugern, die hinter dem geforderten KWK-Anteil zurückbleiben, ermöglicht, ihren Strom auf dem deutschen Markt abzusetzen, indem sie sich von der vorgeschriebenen KWK-Quote „freikaufen".[1197] Die (Erst-)Vergabe der Zertifikate an die KWK-Stromerzeuger sollte hierbei unentgeltlich erfolgen.[1198] Ob man in einem solchen, unentgeltlich gewährten Zertifikat einen beihilferelevanten Vorteil sehen kann, ist fraglich.[1199]

Die Beantwortung dieser Frage hängt entscheidend davon ab, ob in der Einräumung eines solchen Zertifikats durch den Staat eine Leistung mit Geld-, also Marktwert liegt oder ob es

---

[1194] Problematisch ist aber möglicherweise die genaue Festlegung des angemessenen Marktwertes der Frequenzen. Dies gilt insbesondere, wenn die Frequenzen im Ausschreibungsverfahren nach marktwidrigen Kriterien vergeben worden sind. Im Versteigerungsverfahren hingegen müssten die Gebote der Versteigerungsteilnehmer eigentlich den wirtschaftlichen Wert des Versteigerungsgutes widerspiegeln, zumindest wenn man von einem wirtschaftlich rationalen Bieterverhalten ausgeht (Koenig/Neumann, ZRP 2001, S. 252 (254)).

[1195] siehe dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung und zum Ausbau der gekoppelten Strom- und Wärmeerzeugung (KWK-Gesetz) vom 16. Februar 2000, BT-Drs. 14/2693

[1196] Ehricke, EWS 2002, S. 301; Frenz, DVBl. 2001, S. 673 (673 f.)

[1197] Frenz, DVBl. 2001, S. 673 (675)

[1198] Frenz, DVBl. 2001, S. 673 (673 f.)

[1199] Die Kommission scheint den Beihilfecharakter bejahen zu wollen (vgl. dazu Frenz, DVBl. 2001, S. 673 (674)).

sich bloß um einen unveräußerlichen, nicht marktgängigen staatlichen Hoheitsakt handelt. Dass (KWK-)Strom eine geldwerte Leistung mit einem Marktpreis ist, steht außer Frage. Das Zertifikat beinhaltet aber keine Stromlieferung, sondern der Staat gewährt hiermit nur das Recht, Strom auf dem deutschen Markt zu verkaufen. Es spricht daher zunächst alles dafür, dass es sich um eine bloße hoheitliche Gestattung eines bestimmten Verhaltens handelt, die als solche grundsätzlich nicht beihilferelevant ist[1200] und auch mit keiner weiteren geldwerten Leistung des Staates verbunden ist. Die geldwerte staatliche Leistung liegt hier aber in dem Zertifikat, das über das gewährte Recht ausgestellt wird: Anders als eine rein hoheitliche Genehmigung wie z.B. eine Verkaufsgestattung oder eine Baugenehmigung, die der Betroffene regelmäßig nicht einfach (weiter)veräußern kann[1201], hat der Inhaber des Zertifikats nämlich das Recht, es zu Marktkonditionen[1202] weiterzuverkaufen. Durch die Ausstellung des Zertifikats kann das eingeräumte Recht - anders als bei sonstigen, bloß ein bestimmtes Verhalten gestattenden Hoheitsakten - entgeltlich auf dem Markt gehandelt werden. Der Staat hat hier, auch wenn das Zertifikat ursprünglich allein hoheitlich von ihm erteilt werden konnte, mit dem Zertifikat einen Gegenstand „auf den Markt" gebracht, der nunmehr nicht mehr bloß von ihm erhältlich und damit marktgängig (geworden) ist. Die **Weiterveräußerbarkeit** ist in diesem Falle also das entscheidende Merkmal, an dem die Marktgängigkeit der staatlichen Leistung und somit auch die Möglichkeit, ihren Marktwert zu ermitteln, deutlich wird. Die geplante Zertifikatsvergabe an KWK-Stromerzeuger stellt folglich aufgrund des Marktwertes der Zertifikate einen beihilferelevanten geldwerten Vorteil dar, so dass im Falle der Unentgeltlichkeit der Vergabe eine staatliche Beihilfe vorliegt.[1203]

Genauso können auch andere, durch staatlichen Hoheitsakt eingeräumte Rechte als beihilferelevante geldwerte Vorteile angesehen werden, wenn das eingeräumte Recht weiterveräußert werden kann.[1204]

---

[1200] so auch Ehricke, EWS 2002, S. 301 (302); siehe dazu, dass die bloße hoheitliche Gestattung, bestimmte Produkte auf dem Markt zu verkaufen, als solche grundsätzlich keinen Geldwert hat, bereits oben S. 50 f.

[1201] Eine hoheitliche Genehmigung als solche kann grundsätzlich nicht einfach weiterverkauft werden. So kann etwa im Falle der Erteilung einer Baugenehmigung zwar das Grundstück veräußert werden, doch Grundstück und - wenn auch mit ihm verbundene - Baugenehmigung sind zwei rechtlich voneinander zu unterscheidende Gegenstände (vgl. oben S. 49 f.).

[1202] siehe Frenz, DVBl. 2001, S. 673

[1203] Anders als die **Zertifikatsregelung** fällt die **Quotenregelung** hingegen unter Art. 28 EG, da sie zu einer (faktischen) Diskriminierung ausländischer Stromerzeuger führt (vgl. Ehricke, EWS 2002, S. 301 (304 f.); Frenz, DVBl. 2001, S. 673 (674 ff.)). Die enge Verknüpfung von Quoten- und Zertifikatsregelung führt freilich zu der schwierigen Frage, wie in diesem Falle das Konkurrenzverhältnis zwischen den Art. 28 und 87 EG zu lösen ist.

[1204] Als aktuelles Beispiel wäre insoweit etwa die unentgeltliche Verteilung von **Emissionsrechten** durch die Mitgliedstaaten an bestimmte Unternehmen zu nennen, da solche Emissionsrechte gemäß dem Protokoll von Kyoto vom 11. Dezember 1997 zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (sog. **Kyoto-Protokoll**) auf dem Markt handelbar sind (vgl. dazu Hohenstein, EWS 2002, S. 511 (516) m.w.N.).

## E. Öffentliches Auftragswesen

Öffentliche Aufträge lassen sich umschreiben als Verträge, deren Partner der Staat, eine seiner Untergliederungen oder eine von diesen beherrschte Einrichtung als Auftraggeber und ein privater Unternehmer als Auftragnehmer sind.[1205] Gegenstand des Vertrages ist die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.[1206]

Auch wenn das Primärrecht keine Norm enthält, die das öffentliche Vergabewesen explizit regelt[1207], finden sich im EG-Vertrag trotzdem zahlreiche rechtliche Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge, und zwar unter anderem in den Grundfreiheiten (Art. 28 ff., 39 ff., 43 ff., 49 ff. EG) oder dem allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EG).[1208] Eine detaillierte Regelung hat das öffentliche Vergaberecht zudem im Sekundärrecht in diversen Vergaberichtlinien der Europäischen Gemeinschaft gefunden.[1209] Das sekundärrechtliche europäische Regelwerk zum Vergaberecht besteht aus der Baukoordinierungsrichtlinie[1210], der Lieferkoordinierungsrichtlinie[1211], der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie[1212] und der Sektorenkoordinierungsrichtlinie[1213] sowie zwei Rechtsmittelrichtlinien.[1214]

Ob ein Verstoß gegen das sekundärrechtliche Vergaberecht vorliegt, gibt aber keinerlei Auskunft über die Einhaltung der höherrangigen, primärrechtlichen Anforderungen.[1215] Fraglich ist also, ob und wann eine öffentliche Auftragsvergabe - gerade wenn sie gegen das einschlägige Sekundärrecht verstößt - auch als staatlich zurechenbare Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG anzusehen sein kann.

---

[1205] Ose, S. 5
[1206] Ose, S. 5; Büsing, S. 10
[1207] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (134); Büsing, S. 46; Ose, S. 3 f.
[1208] Vetter, NVwZ 2001, S. 745
[1209] Vetter, NVwZ 2001, S. 745; Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (135 ff.)
[1210] Richtlinie 93/37/EWG, ABl. 1993, L 199, S. 54; zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABl. 2001, L 285, S. 1
[1211] Richtlinie 93/36/EWG, ABl. 1993, L 199, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABl. 2001, L 285, S. 1
[1212] Richtlinie 92/50/EWG, ABl. 1992, L 209, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABl. 2001, L 285, S. 1
[1213] Richtlinie 93/38/EWG, ABl. 1993, L 199, S. 84; zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABl. 2001, L 285, S. 1
[1214] Richtlinie 89/665/EWG, ABl. 1989, L 395, S. 33; Richtlinie 92/13/EWG, ABl. 1992, L 76, S. 14
[1215] Büsing, S. 53

## I. Die Begünstigung durch eine öffentliche Auftragsvergabe

Unter welchen Voraussetzungen eine öffentliche Auftragsvergabe überhaupt Beihilfeelemente aufweisen kann, ist äußerst strittig. Von manchen wird die Einbeziehung öffentlicher Aufträge in den Bereich des Beihilferechts generell abgelehnt, während andere hier eine Subventionierung zwar für möglich halten, sich aber über die entsprechenden Voraussetzungen nicht einig sind.[1216]

Zum Teil wird behauptet, in einer öffentlichen Auftragsvergabe könne schon mangels Unentgeltlichkeit keine Beihilfe liegen, da die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung folgten.[1217] Die pauschale Verneinung der Unentgeltlichkeit mit der Begründung, es handle sich bei öffentlichen Aufträgen um Leistungsaustauschverträge, vermag aber nicht zu überzeugen, da die Qualifizierung eines bestimmten Vertragstyps als Austauschvertrag nicht ausschließt, dass er im Einzelfall atypische Elemente enthält.[1218] Jedes Austauschverhältnis kann auch nur teilentgeltlich - und dementsprechend auch teilunentgeltlich - sein. Der beihilferelevante, unentgeltliche geldwerte Vorteil ergibt sich durch die Bildung der Differenz der Marktwerte von staatlicher Leistung und Gegenleistung des Unternehmens.[1219] Durch die Gegenüberstellung der Marktwerte der ausgetauschten Leistungen kann der unentgeltliche Teil klar vom entgeltlichen getrennt werden. Da die staatliche Leistung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge regelmäßig in einer Geldzahlung bestehen wird, liegt die Subventionierung also in der Differenz zwischen marktüblichem und vom Staat tatsächlich gezahltem Entgelt; der Rest ist marktübliches Austauschgeschäft.[1220] Ist der Preis, den der Staat für die Leistungen des Unternehmens zahlt, marktgemäß, so ergibt sich aus der Differenz der Marktwerte von Leistung und Gegenleistung kein positiver Saldo, also kein Subventionsäquivalent zu Gunsten des Unternehmens, das daher auf diese Weise nicht im beihilferechtlichen Sinne begünstigt wird.

Dies gilt selbst dann, wenn der Staat mehr kauft, als er im Hinblick auf die Verwendung der gekauften Güter braucht[1221] oder wenn er bei der Auftragsvergabe bestimmte Unternehmen bevorzugt.[1222] Zwar erhalten die Unternehmen, an die diese Aufträge vergeben werden, auf diese Weise ***er*höhte** Geldzahlungen vom Staat, erbringen jedoch für die zusätzlich erhaltenen

---

[1216] ausführlich zum Streitstand siehe etwa Ose, S. 212 ff. m.w.N.
[1217] Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 22; Schlotke, S. 9
[1218] Ose, S. 215 f.
[1219] siehe oben S. 91 f.
[1220] Ose, S. 209 f.
[1221] anders Albers, Band VII, S. 492; Schardt, S. 200
[1222] anders Koschyk, S. 59 ff.

Gelder jeweils auch eine zusätzliche, gleichwertige Gegenleistung, so dass sie letztlich keinen **unentgeltlichen** geldwerten Vorteil vom Staat erhalten, solange der Staat die Leistungen nur angemessen entgilt. Selbst wenn den Unternehmen diese zusätzlichen Aufträge marktwidrig erteilt werden, führt dies nicht zum Vorliegen einer Beihilfe, da im Beihilferecht unter marktwidriger Vorteilsgewährung bloß eine unentgeltlich, also ohne marktmäßig angemessene Gegenleistung gewährte staatliche Zuwendung zu verstehen ist.[1223] Eine Beihilfe liegt daher erst dann vor, wenn die Unternehmen in Anbetracht ihrer Gegenleistungen **marktwidrig *über*höhte** Geldzuwendungen vom Staat erhalten.

Auch die bei den beauftragten Unternehmen infolge der zusätzlichen Umsätze möglicherweise eintretenden Kostendegressionen bewirken keine beihilferelevante Begünstigung der Unternehmen.[1224] Die Tatsache, dass ein Unternehmen im Falle der Berücksichtigung bei der Erteilung eines staatlichen Auftrags aufgrund einer größeren Anzahl produzierter Einheiten eine Kostendegression erzielen kann, ist eine typische Entwicklung bei jeder Erteilung eines (zusätzlichen) Auftrags.[1225] Dies führt daher nicht zu einer „künstlichen", marktwidrigen Verringerung der Produktionskosten, sondern allenfalls zu einer „natürlichen", marktüblichen Verringerung infolge der Kostendegression.[1226] Eine solche Kostendegression ist ein absolut markttypischer Vorgang und ergibt sich auch, wenn das Unternehmen einen Auftrag von Privaten erhält.[1227] Die hierdurch erzielten Kostenvorteile beruhen nicht auf staatlicher Gewährung, sondern auf unternehmensinternen Rationalisierungsmöglichkeiten im Rahmen der Fertigung.[1228] Erst wenn der Staat dem Unternehmen einen „Überpreis" bezahlt, dieses also keine marktmäßig angemessene Gegenleistung für die staatliche Bezahlung erbringt, liegt eine aus staatlichen Mitteln stammende Begünstigung vor. Erwirbt allerdings der Staat bei einem Unternehmen eine besonders hohe Anzahl von Leistungen, kann zu beachten sein, dass hier aufgrund der bekannten Kostendegression die Einräumung eines Mengenrabatts[1229] oder ähnlicher Großkundenvorteile oft marktüblich sein wird, so dass der marktmäßig angemessene Preis der (Gegen-)Leistung des Unternehmens im Rahmen staatlicher Großaufträge eventuell nach unten zu korrigieren sein kann.

Durch diese Auslegung entstehen im Übrigen auch keine Lücken im Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages. Wenn der Staat Aufträge zu marktüblichen Konditionen vergibt und

---

[1223] siehe dazu oben S. 66
[1224] so aber Koschyk, S. 61
[1225] Ose, S. 222
[1226] so zu Recht Ose, S. 222
[1227] Ose, S. 222
[1228] vgl. dazu, dass die Kostenvorteile des Unternehmens nicht geeignet sind, die Begünstigung darzustellen, auch bereits oben S. 45 ff.
[1229] vgl. hierzu etwa EuGH Slg. 1999, S. II-139 (164) [BAI/Kommission]

dabei bestimmte Unternehmen bevorzugt, liegt die angebliche „Begünstigung" letztlich nur in einer Diskriminierung der Mitbewerber.[1230] Eine Diskriminierung ausländischer Waren oder Anbieter bei der Auftragsvergabe ist aber - sogar unabhängig von der Zahlung eines „Überpreises" - von den Grundfreiheiten erfasst.[1231] Bei allen Grundfreiheiten gilt nämlich der Grundsatz der Inländergleichbehandlung, der es verbietet, Waren, Personen oder Kapitalien aus anderen Mitgliedstaaten schlechter als die entsprechenden nationalen Waren, Personen oder Kapitalien zu behandeln.[1232] Eine Lücke im Wettbewerbsschutz kann daher allenfalls dann entstehen, wenn die Diskriminierung **inländische** Anbieter betrifft, da die Grundfreiheiten nach h.M. kein Verbot der sog. umgekehrten Diskriminierung beinhalten.[1233] Eine bloße Benachteiligung bestimmter inländischer Anbieter stellt jedoch auch kein Hemmnis für den zwischenstaatlichen, sondern nur für den innerstaatlichen Handel dar. Der EG-Vertrag richtet sich aber nur gegen nationale Maßnahmen, die den **zwischenstaatlichen** Handel beeinträchtigen, denn nur diese haben schädliche Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt und müssen gemeinschaftsrechtlich begrenzt werden.[1234] Wer - entgegen der h.M. und im Übrigen auch der Ansicht des Verfassers - bereits eine bloße Diskriminierung inländischer Anbieter aus Sicht des Wettbewerbsschutzes in der Europäischen Union als problematisch ansieht, sollte eher die hergebrachte Auslegung der Grundfreiheiten in Frage stellen als die hier vorgenommene Auslegung des Beihilfeverbots, denn zur Beseitigung solcher Ungleichbehandlungen sind die in den Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverbote zweifellos besser geeignet als das Beihilferecht.

Ob die staatliche Vergabe eines Auftrags eine Beihilfe darstellt, hängt also allein von der marktmäßigen Angemessenheit der staatlichen Bezahlung der (Gegen-)Leistung des Unternehmens ab, so dass die beihilferechtlich entscheidende Frage die nach dem **Marktpreis der Leistung des Unternehmens** ist.[1235]

Was nun die Richtlinien über das öffentliche Vergaberecht angeht, so liegt deren Zweck vor allem darin, eine Bevorzugung einheimischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und so zu vermeiden, dass sich eine vom Staat oder anderen Gebietskörperschaften beherrschte Einrichtung beim Einkauf von Leistungen von

---

[1230] so selbst Koschyk, S. 61
[1231] vgl. Ose, S. 223
[1232] Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (443)
[1233] siehe nur Bleckmann, Europarecht, S. 642 ff.; grundlegend zur Problematik der Inländerdiskriminierung Reitmaier, S. 9 ff.
[1234] Albin, DÖV 2001, S. 890 (893); Ose, S. 239
[1235] so richtig Ose, S. 219

anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.[1236] Damit überschneidet sich das Anliegen des öffentlichen Vergaberechts durchaus mit dem Ziel des Beihilferechts, das ebenfalls verhindern will, dass der Staat oder von ihm beherrschte Einrichtungen bei der Vergütung von (Gegen-)Leistungen von Unternehmen nicht-wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen.[1237]

Das sekundärrechtliche Vergaberecht sieht zunächst vor, dass öffentliche Aufträge nicht ohne die vorherige öffentliche Ausschreibung des Auftrags vergeben werden dürfen.[1238] Die fehlende Ausschreibung ist aber nur ein formaler Fehler, der nicht unbedingt materiell das Vorliegen einer beihilferelevanten Begünstigung zur Folge hat, denn dem durch die staatliche Leistung gewährten Vorteil kann durchaus eine angemessene Gegenleistung des Unternehmens gegenüberstehen, auch wenn die Begründung der Leistungs-Gegenleistungs-Beziehung nicht im Wege einer Ausschreibung erfolgt ist.[1239]

Materiell sehen die Vergaberichtlinien erst eine Prüfung der Anbieter auf ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit vor; im Rahmen dieser Eignungsprüfung werden alle Unternehmen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, die nicht hinreichend finanziell, wirtschaftlich oder technisch leistungsfähig sind.[1240] Anschließend erfolgt die Wertung der Angebote derjenigen Bieter, die im Vergabeverfahren verblieben sind, wobei der Zuschlag entweder aufgrund des günstigsten Preises oder aufgrund des wirtschaftlich günstigsten Angebots erteilt werden kann.[1241]

Die vergaberechtliche Nichtberücksichtigung nicht hinreichend leistungsfähiger Anbieter ist auch beihilferechtlich unproblematisch, da Leistungen dieser Anbieter entsprechend wertlos sein dürften. Der EuGH hat es im Rahmen des öffentlichen Auftragsrechts allerdings auch für zulässig gehalten, bei der Bieterauswahl sog. vergabefremde Kriterien zu berücksichtigen, also Bedingungen, die nicht auf aus wirtschaftlicher Sicht beachtliche Gesichtspunkte abstellen[1242], beispielsweise die Fähigkeit eines Bieters, Arbeitslose zu beschäftigen.[1243] Jedoch hat

---

[1236] vgl. EuGH Slg. 2000, S. I-8035 (8070) [H. M. Treasury]; EuGH Slg. 2001, S. I-939 (976) [Kommission/Frankreich]; Weidemann/Otting, EWS 1999, S. 41 (42)

[1237] vgl. dazu, dass bei der Frage, inwieweit eine Gegenleistung des Unternehmens, die dieses für eine geldwerte staatliche Zuwendung erbringt, begünstigungsaufzehrend wirkt, nur **wirtschaftliche** Erwägungen zu berücksichtigen sind, bereits oben S. 75 und S. 209 (Fn. 1013)

[1238] siehe zu den Ausschreibungspflichten etwa Büsing, S. 57 f.; vgl. auch EuGH Slg. 1998, S. I-8565 (8595) [Kommission/Irland]

[1239] Bartosch kritisiert daher zu Recht eine Praxis der Kommission, die zum Teil aus dem bloßen Fehlen eines ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahrens den Schluss gezogen hat, es liege eine Begünstigung vor (siehe dazu Bartosch, EuZW 2000, S. 333 (334 f.) m.w.N.).

[1240] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (136)

[1241] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (136)

[1242] Bartosch, EuZW 2001, S. 229 (229 ff.); Benedict, NJW 2001, S. 947; Herma, NuR 2002, S. 8 (9)

[1243] EuGH Slg. 1988, S. 4635 (4659 ff.) [Beentjes/Niederlande]; vgl. im Übrigen auch EuGH Slg. 2000, S. I-7445 (7488 ff.) [Kommission/Frankreich]

der Gerichtshof dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anwendung solcher vergabefremder Kriterien mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar sein muss.[1244] Im Beihilferecht ist nun aber allgemein anerkannt, dass Zielsetzungen wie die Schaffung von Arbeitsplätzen nicht als Gegenleistung des Unternehmens berücksichtigt werden dürfen.[1245] Ob die staatliche Bezahlung in Anbetracht der (Gegen-)Leistung des Unternehmens angemessen ist, ist daher ohne Berücksichtigung der Tatsache, inwieweit das Unternehmen Arbeitsplätze schafft, zu ermitteln. Sofern die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien bei der Auftragsvergabe dazu führt, dass das vereinbarte Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis nicht mehr als marktangemessen bezeichnet werden kann, liegt eine Beihilfe vor.[1246] Ist dagegen die Vergütung für die Gegenleistung des Unternehmens trotz der Berücksichtigung sozialer, politischer oder sonstiger nicht-wirtschaftlicher Kriterien bei der Auftragsvergabe nur als marktmäßig angemessen anzusehen, so liegt keine Beihilfe vor.

Grundsätzlich enthält das Vergaberecht aber die Vorgabe, das - preislich bzw. wirtschaftlich - günstigste Angebot auszuwählen. Die Vergaberichtlinien dienen der Durchsetzung des Grundsatzes „**best value for public money**“[1247], wobei jedoch zu beachten ist, dass das billigste Angebot nicht unbedingt auch das wirtschaftlich günstigste ist.[1248] Auch bei der beihilferechtlichen Bestimmung des marktmäßig angemessenen Preises ist zu berücksichtigen, dass dieser oft nicht nur von der eigentlichen Leistung des Unternehmens selbst, sondern auch von Faktoren wie beispielsweise Güte und Schnelligkeit der Arbeit abhängen wird. Ein erhöhter Preis kann somit durchaus seine wirtschaftliche Berechtigung haben, beispielsweise wegen kurzer Lieferzeiten oder hoher Qualitätsstandards.[1249] Der Staat ist also weder beihilfe- noch vergaberechtlich unbedingt verpflichtet, bei dem Anbieter zu kaufen, der den absolut geringsten Preis verlangt. Während aber vergaberechtlich das - zumindest wirtschaftlich - **günstigste** Angebot, also das mit dem **besten** Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis auszuwählen ist, genügt es für die beihilferechtliche Unbedenklichkeit, dass das Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis **ausgeglichen** ist. Damit geht das öffentliche Auftragsrecht insoweit über das Beihilferecht hinaus, als es im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis ein bestmögliches Verhältnis anstrebt, während es im Beihilferecht ausreicht, dass ein angemessenes, ausgeglichenes Ver-

---

[1244] EuGH Slg. 1988, S. 4635 (4659) [Beentjes/Niederlande]; vgl. EuGH Slg. 2000, S. I-7445 (7490) [Kommission/Frankreich]

[1245] siehe oben S. 67; so auch Bartosch, EuZW 2001, S. 229 (231 f.); Bartosch, CML Rev. 39 (2002), S. 551 (574)

[1246] Lübbig, EuZW 1999, S. 671 (672); Bartosch, EuZW 2001, S. 229 (231); vgl. auch Lehne/Haak, ZfBR 2002, S. 656 (658)

[1247] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (135)

[1248] Häring, S. 132 f.

[1249] Koschyk, S. 60; Häring, S. 132 f.; Schardt, S. 200; vgl. auch Frenz, WuW 2002, S. 352 (360)

hältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Das Beihilferecht begnügt sich also mit dem Grundsatz „**adequate value for public money**".

Dass im Beihilferecht nicht unbedingt nur der günstigste Preis, der auf dem Markt für eine Leistung verlangt wird, als ihr Marktpreis anzusehen ist, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass auch im normalen Wettbewerb unterschiedliche Unternehmen zum Teil verschieden hohe Preise für eine Leistung fordern.[1250] Man wird von einem Unternehmen, dessen Preise am Markt von den (privaten) Nachfragern akzeptiert werden, also offensichtlich durchaus marktgemäß sind, kaum fordern können, diese Preise gerade bei Geschäften mit dem Staat zu senken, bloß weil es vielleicht andere Anbieter gibt, die die Leistung dem Staat günstiger anbieten. Jedoch kann es auch nicht zulässig sein, dass der Staat einem Unternehmen jeden geforderten Preis zahlt, nur weil das Unternehmen diesen verlangt, dieser also „sein Marktpreis"[1251] ist. Die Marktmäßigkeit des Preises ist immer anhand des Privatinvestortests zu überprüfen, also anhand der Frage, ob auch ein vernünftiger privater Marktteilnehmer den verlangten Preis für die Leistung zahlen würde. Der Beweis für die Marktmäßigkeit des Preises ist dabei aber natürlich typischerweise als erbracht anzusehen, wenn nachweisbar ist, dass tatsächlich Private bereit sind, diesen Preis auf dem Markt zu zahlen.

## II. Die staatliche Zurechnung öffentlicher Auftragsvergaben

Grundsätzlich stellt der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers" letztlich nichts anderes dar als einen **Staatsbegriff**[1252], der freilich nicht in einem formalen, institutionellen, sondern in einem weiten, funktionalen Sinne zu verstehen ist.[1253] Nachdem zunächst unter dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers nur die sog. klassischen öffentlichen Auftraggeber Bund, Länder und Gemeinden sowie sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts verstanden worden waren, hat man Ende der achtziger Jahre erkannt, dass diese Definition in Anbetracht der Tatsache, dass der Staat immer mehr Aufgaben in privater Rechtsform erledigte, zu eng war.[1254] Das Anfang der neunziger Jahre erlassene Sekundärrecht enthält daher einen neuen, erweiterten Begriff des öffentlichen Auftraggebers, um eine Möglichkeit der Mitgliedstaaten

---

[1250] Ose, S. 220; vgl. hierzu auch EuGH Slg. 2002, S. II-1275 (1315) [Diputación Foral de Alava/Kommission], wo das EuG (hier allerdings bezüglich eines staatlichen Verkaufs und nicht Einkaufs von Leistungen) feststellte, dass der gezahlte Preis „***noch* ein Marktpreis**" war und infolgedessen (zu Recht!) aufgrund der Ausgeglichenheit der Leistungsaustauschbeziehung das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe verneint hat

[1251] so aber Ose, S. 222

[1252] vgl. Noch, DÖV 1998, S. 623 (624)

[1253] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (135); vgl. EuGH Slg. 1988, S. 4635 (4655) [Beentjes/Niederlande]; EuGH Slg. 1998, S. I-6821 (6868) [BFI Holding]; EuGH Slg. 1998, S. I-8565 (8593) [Kommission/Irland]; EuGH Slg. 1998, S. I-8761 (8783) [Connemara Machine Turf]

[1254] Noch, DÖV 1998, S. 623 (624)

zur Umgehung des europäischen Vergaberechts durch „Flucht ins Privatrecht“ zu verhindern.[1255]

In den drei sog. Basisrichtlinien zum öffentlichen Auftragsrecht (Baukoordinierungsrichtlinie, Lieferkoordinierungsrichtlinie, Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie)[1256] findet sich eine jeweils identische Definition des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers[1257]: Nach dem jeweiligen Art. 1 b) Satz 1 der Richtlinien gelten als öffentliche Auftraggeber „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“; als Einrichtung öffentlichen Rechts gilt nach Satz 2 „jede Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, die Rechtspersönlichkeit besitzt und die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind“.

Die Kriterien, die die vergaberechtliche Zurechnung einer Einrichtung zum Staatsbereich als öffentlicher Auftraggeber begründen, sind zwar zum Teil ähnlich wie diejenigen, die eine Zurechnung zum Staatssektor im Beihilferecht begründen (z.B. überwiegende staatliche (Finanzierungs-)Beteiligung[1258], unmittelbare oder mittelbare staatliche Kontrolle der Aufsichtsorgane[1259]), letztlich aber nicht identisch. Kein öffentlicher Auftraggeber liegt etwa vor,

---

[1255] Noch, DÖV 1998, S. 623 (624)

[1256] siehe Richtlinie 93/37/EWG, ABl. 1993, L 199, S. 54; Richtlinie 93/36/EWG, ABl. 1993, L 199, S. 1; Richtlinie 92/50/EWG, ABl. 1992, L 209, S. 1

[1257] Büsing, S. 53

[1258] vgl. oben S. 145 und S. 150 f.
Im Vergaberecht gilt insoweit wie im Beihilferecht, dass bereits die Stellung des Staates als herrschender Gesellschafter eines Unternehmens dessen Zurechnung zur öffentlichen Hand zur Folge hat und das bloße Vorhandensein eines privaten Miteigentümers dem nicht entgegensteht (Sura, EuZW 1999, S. 19 (20); vgl. auch EuGH Slg. 2000, S. I-8035 (8075) [H. M. Treasury]).

[1259] vgl. oben S. 122 und S. 148
Interessant ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-237/99: Obwohl es für die vergaberechtliche Zurechnung einer Einrichtung zur öffentlichen Hand nach dem Wortlaut des insofern einschlägigen Sekundärrechts bereits ausreicht, dass die betreffende Einrichtung „hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch ... (den Staat) unterliegt“, rechtfertigt das Bestehen einer Staatsaufsicht nach diesem Urteil des EuGH die Einstufung als öffentlicher Auftraggeber nicht schon dann, wenn sie sich auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt, da letztlich das Handeln jedes Privaten vom Staat schon aufgrund seiner allgemeinen Hoheitsmacht auf seine Rechtmäßigkeit kontrolliert werden kann, sondern nur dann, wenn die Fälle, in denen der Staat eingreifen kann, „zur Geschäftspolitik der betreffenden Gesellschaft“ gehören (EuGH Slg. 2001, S. I-939 (979) [Kommission/Frankreich]). Auch hier geht es - wie im Beihilferecht (siehe dazu oben S. 137 ff.) - letztlich um eine Abgrenzung des immer gegebenen, allgemein-hoheitlichen staatlichen Einflusses auf (private) Unternehmen von einer darüber hinausgehenden staatlichen Mitwirkung „innerhalb“ eines Unternehmens im Rahmen dessen normaler Geschäftsführung.

wenn die Einrichtung Aufgaben gewerblicher Art erfüllt.[1260] Ob eine Einrichtung gewerblich tätig ist, nämlich sich in einem „entwickelten Wettbewerb" mit starkem Wettbewerbsdruck privater Konkurrenten befindet[1261], kann im Beihilferecht allenfalls bei der Beantwortung der Frage eine Rolle spielen, ob mangels marktwidrigen Handelns eine Begünstigung zu verneinen ist, nicht aber bei der Frage der staatlichen Zurechnung.[1262] Auch an sich unter starkem Wettbewerbsdruck privater Konkurrenten stehende staatliche Einrichtungen können Beihilfegeber sein, sobald sie sich nur in einem Einzelfalle marktwidrig verhalten und beihilferelevante Vorteile gewähren.

Dabei kann im Übrigen im sekundären europäischen Vergaberecht nicht einmal ein einheitlicher Begriff des öffentlichen Auftraggebers festgestellt werden. So sind von der Sektorenkoordinierungsrichtlinie alle Unternehmen erfasst, die eine der in ihr bezeichneten Tätigkeiten ausüben, nämlich die Versorgung der Öffentlichkeit mit Trinkwasser, Elektrizität, Gas, Wärme, Verkehrs- oder Telekommunikationsdienstleistungen oder die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zur Förderung von Erdöl, Erdgas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen.[1263] Damit bezieht sie auch rein private Auftraggeber in das Vergaberecht mit ein, das insoweit im Grunde über ein bloß öffentliches Auftragsrecht hinausgeht.[1264]

Auch wenn zwar grundsätzlich sowohl für die beihilfe- als auch für die vergaberechtliche Relevanz einer Auftragsvergabe entscheidend ist, ob der Auftrag (und damit auch dessen Bezahlung) vom „Staat" kommt und in beiden Rechtsgebieten ein weiter, funktional zu verstehender Staatsbegriff gilt, weisen die Relevanzkriterien für eine Zurechnung allenfalls gewisse Ähnlichkeiten auf, sind aber keineswegs inhaltlich absolut deckungsgleich, was auch einleuchtet, da ein funktional zu verstehender Begriff sich immer an den Funktionen des jeweiligen Rechtsgebietes auszurichten hat und damit in jedem einzelnen Rechtsgebiet Besonderheiten aufweisen kann, die sich nicht unbedingt in ein anderes Rechtsgebiet übertragen lassen.

## III. Fazit

Beihilfe- und Vergaberecht weisen durchaus beachtenswerte Parallelen auf, die oft dazu führen werden, dass eine Vergabe von Aufträgen unter Verstoß gegen das öffentliche Vergaberecht auch gegen das Beihilfeverbot des Art. 87 I EG verstößt. Weder die erfassten Marktwidrigkeiten bei der Auftragsvergabe noch die über die Zurechnung des Auftraggebers zum Staat

---

[1260] siehe dazu etwa EuGH Slg. 1998, S. I-73 (117 f.) [Mannesmann]
[1261] Sura, EuZW 1999, S. 19 (20); Lienemeyer, EWS 2000, S. 448 (450) ; Prieß, BauR 1999, S. 1354 (1357 ff.)
[1262] vgl. oben S. 125 f.
[1263] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (136)
[1264] Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (136); Elbel, DÖV 1999, S. 235 (236)

entscheidenden Kriterien decken sich freilich komplett, so dass es auch möglich ist, dass eine gegen öffentliches Vergaberecht verstoßende Maßnahme beihilferechtlich unbedenklich ist und umgekehrt.

## F. Infrastrukturmaßnahmen

Inwieweit die Gewährung infrastruktureller Vorteile durch den Staat eine beihilferelevante Begünstigung darstellen kann, ist strittig.

Zum Teil wird behauptet, eine Beihilfe könne nicht schon in der bloßen Nutzungsüberlassung von Gegenständen der Infrastruktur (z.B. einer Straße) liegen, sondern nur bei einer Übereignung des Gegenstands gegeben sein.[1265] Jedoch kann auch die Nutzungsüberlassung von Gegenständen einen beihilferelevanten Vorteil mit Marktwert darstellen, denn etwa im Rahmen von Miet- oder Leasingverträgen ist es durchaus marktüblich, bereits für die Überlassung einer Nutzungsmöglichkeit einen Preis zu verlangen.[1266] Fraglich ist aber, ob es marktüblich ist, auch für die Überlassung einer Nutzungsmöglichkeit an Gegenständen der Infrastruktur einen Preis zu verlangen, denn zumindest aus deutscher Sicht dürfte es als durchaus üblich anzusehen sein, die Infrastruktur zur Erreichung einer Neuansiedlung von Unternehmen bzw. einer Expansion bereits ansässiger Firmen zu verbessern, auch ohne von diesen hierfür ein Entgelt zu verlangen.[1267] Eine Fördermaßnahme kann jedoch nicht allein deshalb keine Beihilfe sein, weil es im betreffenden Mitgliedstaat übliche Praxis ist, Unternehmen auf diese Art zu unterstützen.[1268] Selbst wenn aber die unentgeltliche Gewährung infrastruktureller Vorteile in **allen** Mitgliedstaaten gängige Praxis ist, lässt dies nicht zwingend auf das Fehlen einer Begünstigung schließen.[1269] Die „Gängigkeit" einer unentgeltlichen Gewährung solcher Leistungen durch alle Mitgliedstaaten besagt nicht unbedingt etwas darüber, ob diese unentgeltliche Gewährung auch marktgemäß ist. So sind etwa unentgeltliche (Geld-)Zuwendungen an bestimmte Unternehmenszweige (z.B. Kohle und Stahl, aber auch Werften) in allen Mitgliedstaaten gängig, ohne dass dies ihren Beihilfecharakter berühren könnte. Mit dem Kriterium der „Gängigkeit" wird schon deshalb der falsche Maßstab für die Ermittlung des begünstigenden Charakters einer Maßnahme gewählt, weil die Beihilferelevanz in diesem Falle anhand des Vergleichs des Verhaltens eines Mitgliedstaates mit dem eines anderen Mitgliedstaates gewonnen wird. Die Beihilferelevanz staatlichen Verhaltens ergibt sich aber aus dem Ver-

---

[1265] Modlich, Infrastrukturmaßnahmen, S. 264 ff.
[1266] vgl. schon oben S. 93
[1267] Koschyk, S. 58
[1268] Koschyk, S. 59
[1269] so aber Koschyk, S. 59

gleich des staatlichen Verhaltens mit dem eines typischen privaten Marktteilnehmers und nicht mit dem anderer Mitgliedstaaten, die sich möglicherweise ebenfalls marktwidrig verhalten.

Die Subventionsqualität von Infrastrukturleistungen scheitert vielmehr meist daran, dass sich aus ihrem Charakter als öffentliches Gut typischerweise kaum lösbare Zurechnungsprobleme ergeben.[1270] Nationale Maßnahmen der Schaffung oder Verbesserung der Infrastruktur räumen nämlich üblicherweise nicht nur bestimmten Unternehmen einen Vorteil ein, sondern liegen im allgemeinen öffentlichen Interesse.[1271] Die Begünstigung eines bestimmten Unternehmens kann aber nicht schon dann bejaht werden, wenn eine staatliche Leistung überhaupt einen - und sei es auch nur potentiellen - (Markt-)Wert hat, sondern begünstigt ist ein bestimmtes Unternehmen erst dann, wenn **gerade dieses** auch das entsprechende Entgelt zu bezahlen hat.[1272] Infrastrukturleistungen stehen jedoch grundsätzlich der Allgemeinheit zur Nutzung zur Verfügung[1273], so dass nicht ersichtlich ist, warum gerade bestimmte Unternehmen zur Zahlung eines Entgelts hierfür verpflichtet sein sollten. Nur wenn sich ausnahmsweise herausstellt, dass in Wirklichkeit ausschließlich ganz bestimmte Unternehmen von der Infrastrukturleistung profitieren, ist diese ihnen zum Marktpreis zu berechnen[1274], auch wenn die genaue Ermittlung des angemessenen Preises hierbei zugegebenermaßen oft schwer fallen mag.[1275]

## G. Verzichtssachverhalte

Da ein Verzicht des Staates auf eine Geldzahlung des Unternehmens dieses in gleicher Weise finanziell besser stellt wie eine positive Übertragung von staatlichen Geldmitteln, ist zu Recht anerkannt, dass nicht nur positive Mittelgewährungen, sondern auch Verzichtssachverhalte dem Beihilfebegriff des Art. 87 I EG unterfallen.[1276]

---

[1270] Albers, Band VII, S. 492; vgl. Soltész, EuZW 2001, S. 107 (108 f.)
[1271] GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (918) [Sloman Neptun]; Koenig/Kühling, DÖV 2001, S. 881 (882)
[1272] siehe oben S. 217
[1273] so auch die Kommission in EuGH Slg. 1993, S. I-3203 (3220) [Matra/Kommission]
[1274] vgl. die Kommission in EuGH Slg. 1993, S. I-3203 (3220) [Matra/Kommission]; Koenig/Kühling, SpuRT 2002, S. 53 (56); Soltész, EuZW 2001, S. 107 (111)
[1275] vgl. dazu Albers, Band VII, S. 492
[1276] siehe schon oben S. 93 ff.; zu Beispielen aus der Rechtsprechung siehe etwa EuGH Slg. 1993, S. I-3203 (3252) [Matra/Kommission]; EuGH Slg. 1994, S. I-877 (908) [Banco Exterior de Espana]; EuGH Slg. 2002, S. II-3049 (3068 f.) [HAMSA/Kommission]

## I. Ausdrücklicher Verzicht und verzichtsähnliche Maßnahmen

Keine Zweifel können am Beihilfecharakter des staatlichen Verhaltens bestehen, wenn der Staat ausdrücklich den Verzicht auf eine ihm zustehende Forderung erklärt. Die gleiche begünstigende Wirkung wie ein ausdrücklicher Forderungsverzicht haben aber auch alle anderen Maßnahmen, mit denen der Staat faktisch auf die Rückzahlung einer Forderung verzichtet. Die bloß **faktische dauerhafte Nichteinziehung** einer Forderung ist daher in gleicher Weise beihilferelevant wie ein tatsächlich erklärter Verzicht.[1277] Ein solcher faktischer Verzicht auf eine Forderung ist beispielsweise bei einer Umwandlung der Schulden eines Unternehmens gegenüber dem Staat in Kapital gegeben.[1278]

Aber bereits die bloß **vorübergehende Nichteinziehung** einer Forderung kann beihilferelevant sein. Zwar bewirkt eine Stundung nur das Hinausschieben der Schuld, ohne diese aufzuheben oder auch nur zu mindern.[1279] Auch eine nicht endgültige, sondern nur vorübergehende Überlassung von Geld kann jedoch einen Marktwert haben und damit eine beihilferelevante geldwerte Leistung darstellen, wie man schon daran sieht, dass die Überlassung von Liquidität auf Zeit im Rahmen von **Darlehen**[1280] auf dem Markt üblicherweise zu entgelten ist.[1281] Auch die bloße staatliche Stundung von Forderungen kann daher eine Beihilfe sein.[1282] Ob ein staatliches Verhalten eine begünstigende Wirkung hat, ist immer bezogen auf einen bestimmten Zeitpunkt, nämlich den der Gewährung des Vorteils zu ermitteln.[1283] Erst in Zukunft

---

[1277] Häring, S. 157; Soltész/Makowski, EuZW 2003, S. 73 (74)
Auch das GATT/WTO-Subventionsrecht stellt die bloße Nichterhebung von fälligen staatlichen Einnahmen dem förmlichen Verzicht gleich (siehe Art. 1 des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen vom 15. April 1994 („Subventionskodex '94"), ABl. 1994, L 336, S. 156).

[1278] EuGH Slg. 1996, S. II-351 (357) [AITEC/Kommission]

[1279] Koschyk, S. 128

[1280] zur Beihilferelevanz staatlicher Darlehensgewährungen siehe etwa EuGH Slg. 1984, S. 3809 (3830) [Intermills/Kommission]; EuGH Slg. 1990, S. I-307 (362) [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")]; EuGH Slg. 1995, S. II-2265 (2270) [TWD/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. II-757 (777 f. und 787) [Cityflyer Express/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-17 (68) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3207 (3263 f.) [CETM/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-8855 (8896) [Italien und Sardegna Lines/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-261 (277 ff. und 290 f.) [Keller und Keller Meccanica/Kommission]

[1281] Darauf, dass das Unternehmen die gewonnene Liquidität rentabel anlegt oder für die Verminderung einer Kreditaufnahme verwendet, kommt es im Übrigen nicht an (so aber Koschyk, S. 151 und S. 166). Der geldwerte Vorteil für das Unternehmen ergibt sich nämlich bereits aus der vorübergehenden Überlassung von Liquidität, soweit diese am Markt üblicherweise nur gegen Entgelt erfolgt. Ob und wie das Unternehmen den erhaltenen geldwerten Vorteil nutzt, d.h. welche (weiteren) geldwerten Vorteile es letztlich durch Geschäfte mit Dritten (z.B. durch rentable Anlage oder Kredittilgung) aus dem staatlich gewährten Vorteil zieht, spielt für die Ermittlung der Begünstigung dagegen keine Rolle (vgl. schon oben S. 8 f.).

[1282] Wessely, EWiR 1999, S. 1115 (1116); Brenner/Huber, DVBl. 2001, S. 1013 (1017); EuGH Slg. 1999, S. I-2459 (2487 f.) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3932 ff.) [DM Transport]; EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6892) [Deutschland/Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. II-867 (875) [Prayon-Rupel/Kommission]

[1283] siehe schon oben S. 226

erfolgende Zahlungen haben aber trotz gleichen Nominalwerts einen geringeren wirtschaftlichen Wert als eine sofort erfolgende Zahlung, was sich beihilferechtlich in der Notwendigkeit widerspiegeln kann, spätere Zahlungen auf einen Gegenwartswert abzuzinsen[1284], so dass ein Verzicht auf eine sofortige Zahlung letztlich einem Teilverzicht auf den Forderungswert gleichkommt.

Dem Beihilfeverbot des Art. 87 EG kann damit in bestimmten Fällen nicht nur das Verbot positiver Maßnahmen entnommen werden, sondern auch ein Verbot für den Staat, untätig zu bleiben und stattdessen die ihm zustehenden Forderungen auch tatsächlich einzutreiben. Das Beihilfeverbot gewinnt hier den Charakter einer Verpflichtung zum Handeln[1285]; es wird vom **Handlungs*verbot*** zum **Handlungs*gebot***. Freilich kann in einem Unterlassen nur dann eine Beihilfe gesehen werden, wenn eine beihilferechtliche Pflicht des Staates zum Handeln angenommen wird. Fraglich ist aber, woraus sich diese Pflicht ergeben soll. Über die Beihilfequalität entscheiden kann jedoch auch hier nur der Privatinvestortest, also der Vergleich des Verhaltens des Staates mit dem (hypothetischen) Verhalten eines vernünftigen Privatinvestors.[1286] Ein Tätigwerden (sprich: Eintreiben der Forderung) kann vom Staat folglich dann verlangt werden, wenn ein Untätigbleiben unter keinen Umständen dem marktüblichen Verhalten eines normal handelnden privaten Marktteilnehmers entspräche.[1287] Sofern die von der öffentlichen Hand gewährten Zahlungserleichterungen größer sind als diejenigen, die ein privater Gläubiger dem Unternehmen gewährt hätte, liegt daher eine Beihilfe vor.[1288]

Hieraus ergibt sich, dass der Staat nicht in jedem Falle allein aufgrund des Bestehens einer fälligen Forderung dazu verpflichtet ist, diese auch sofort und unnachgiebig geltend zu machen. Genauso wie für einen privaten Marktteilnehmer kann es auch für den Staat - beispielsweise bei einer nur vorübergehenden wirtschaftlichen Krise des Schuldners - sehr wohl ökonomisch sinnvoll sein, eine Forderung, die jetzt sowieso nicht in voller Höhe eintreibbar wäre, zunächst zu stunden, um später dann den vollen Forderungsbetrag von dem wirtschaftlich wieder gesundeten Unternehmen erhalten zu können. Eine absolute Strenge bei der Geltend-

---

[1284] siehe zur **Abzinsung** später erfolgender Zahlungen auf einen Gegenwartswert etwa EuGH Slg. 1994, S. I-4103 (4137) [Spanien/Kommission]; 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 67; Anhang 1 der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998, C 74, S. 19 (20)
Wessely drückt dies sehr anschaulich aus, indem er ausführt, die Formel „**Zeit ist Geld**" habe auch beihilferechtliche Bedeutung (Wessely, EWiR 1999, S. 1115 (1116)).

[1285] Pape, S. 113

[1286] Streinz, JuS 2000, S. 487 (488); Soltész/Makowski, EuZW 2003, S. 73 (74)

[1287] vgl. Pape, S. 114

[1288] EuGH Slg. 1999, S. I-3913 (3934) [DM Transport]; EuGH Slg. 2000, S. II-2125 (2158 f.) [SIC/Kommission]; vgl. auch EuGH Slg. 2000, S. I-8717 (8739 f.) [Spanien/Kommission], wo der EuGH dem Vorwurf, der spanische Staat habe bei der Geltendmachung seiner Forderungen gegenüber einem zahlungsunfähigen Unternehmen nicht alle ihm möglichen Mittel genutzt, entgegenhielt, dass eine Beihilfe nur dann vorliege, wenn dem Staat größere Ausfälle entstünden, als ein jeder Gläubiger in einem solchen Falle nun einmal hinnehmen müsse

machung von Forderungen dagegen kann letztlich beiden Seiten schaden, indem der Schuldner möglicherweise in die Insolvenz getrieben wird und der Gläubiger endgültig nur einen geringen Teilbetrag seiner Forderung erhält. Eine gewisse Nachsicht bei der Geltendmachung von Forderungen kann, solange sie sich noch im marktüblichen Rahmen bewegt, daher auch beihilferechtlich nicht beanstandet werden.[1289]

## II. Die Leistungen, auf die der Staat verzichten kann

Beihilferelevant ist nicht nur der staatliche Verzicht auf Geldzahlungen des begünstigten Unternehmens, selbst wenn dies sicherlich den weitaus überwiegenden Teil der Verschonungssubventionen ausmacht. Auch bei der indirekten Subventionierung muss gelten, dass alle geldwerten Leistungen einer Geldzahlung gleichzustellen sind, so dass nicht nur der staatliche Verzicht auf Geldforderungen, sondern auch auf **alle** sonstigen **geldwerten Ansprüche** beihilferechtlich erheblich ist.[1290]

Aus der Tatsache, dass die Begünstigung des Unternehmens zu Lasten staatlicher Mittel gehen muss, ergibt sich im Übrigen, dass nur dann eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG vorliegen kann, wenn Inhaber, also **Gläubiger** des Anspruchs der Staat ist. Irrelevant ist dagegen, welche staatliche Einrichtung (etwa eine Gebietskörperschaft, ein Sozialversicherungsträger oder ein staatliches Unternehmen) Gläubiger ist.

Unerheblich ist ebenfalls, auf welche Weise es zur Entstehung der Gläubigerposition des Staates kommt.[1291] Die Forderung des Staates kann sich beispielsweise aus Rechtsgeschäf-

---

[1289] Dies spiegelt sich im Übrigen auch schon in der oben entwickelten allgemeinen Berechnungsformel für das Subventionsäquivalent von Verschonungssubventionen wider: Bei der Ermittlung des (Markt-)Wertes des staatlichen Anspruchs, auf dessen Geltendmachung der Staat (zumindest vorübergehend) verzichtet, ist bereits zu berücksichtigen, ob auch ein privater Marktteilnehmer in der gleichen Situation den Anspruch gar nicht oder nur teilweise geltend machen würde. Der Marktwert einer Forderung kann in diesem Falle deutlich unter ihrem Nominalwert liegen (siehe oben S. 96 f.).

[1290] siehe schon oben S. 95

[1291] Dies verkennt die Kommission in der Rs. T-67/94 und der darauffolgenden Rechtsmittelentscheidung (Rs. C-83/98 P): In diesem Falle ging es um Mittel aus nicht beanspruchten Gewinnen für Pferdewetten, die der Pari mutuel urbain (PMU), der die Wetten entgegennahm, grundsätzlich an den Staat abzuführen hatte (EuGH Slg. 1998, S. II-1 (45) [Ladbroke Racing/Kommission]). Eine neue Regelung ermöglichte es dem PMU nun, mit diesen Beträgen bestimmte Maßnahmen (vor allem Entlassungsentschädigungen für ehemalige Beschäftigte) zu finanzieren (vgl. GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2133) [PreussenElektra/Schleswag]).
Die Kommission wollte hier eine Unterscheidung treffen zwischen „(öffentlichen) Abgaben", die in den Staatshaushalt fließen, und „nichtöffentlichen Entnahmen" (siehe EuGH Slg. 2000, S. I-3271 (3313) [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission]): Die nichtöffentlichen Entnahmen dem PMU zur Finanzierung bestimmter neuer Aufgaben zu überlassen, stelle keine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe dar (vgl. EuGH Slg. 2000, S. I-3271 (3316) [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission]). Bei den nichtöffentlichen Entnahmen handle es sich nämlich um Gelder, die nicht dem Staat zustünden, sondern übliche Einnahmen des PMU darstellten (so die Kommission in EuGH Slg. 1998, S. II-1 (16 f.) [Ladbroke Racing/Kommission]; so auch die Rechtsmittelführerin in EuGH Slg. 2000, S. I-3271 (3331) [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission]). Entscheidend ist aber nicht, **aus welchem Grund** (ob als öffentliche Abgabe oder nichtöffentliche Entnahme) der Staat die Mittel

ten[1292], aber auch aus Rechtsvorschriften - vor allem des Steuer- und sonstigen Abgabenrechts[1293] - ergeben. Entscheidend ist allein, **dass** dem Staat ohne seinen Verzicht eine entsprechende Forderung zustünde, denn verzichten kann man schließlich nur auf etwas, worauf man andernfalls einen Anspruch hätte. Gerade im Abgabenrecht kann jedoch die Feststellung problematisch sein, ob man davon auszugehen hat, dass dem Staat an sich ein Anspruch gegen das Unternehmen zustünde. Einen Abgabenverzicht kann der Staat nämlich schon durch die Ausgestaltung seines nationalen Abgabenrechts bewirken, indem er eine abgabenrechtliche Ausnahmeregelung schafft, die bestimmte Unternehmen von der fraglichen Abgabe freistellt, so dass aufgrund der Ausnahmeregelung die Abgabenlast des Unternehmens **gar nicht erst entsteht**.[1294] Fraglich ist, wann man hier von einem staatlichen Verzicht auf von dem Unternehmen „eigentlich"[1295] zu zahlende Abgaben reden kann.

Die Freistellung von einer Belastung ist eine beihilferechtliche Begünstigung, wenn es sich um eine regulär von dem Unternehmen zu tragende Last handelt, wofür die Frage, ob die Entlastung sich in das Wesen und die Struktur des Belastungssystems einfügt, das entschei-

---

beanspruchen kann, sondern allein, **dass** die verbleibenden Gewinne grundsätzlich an den Staat abzuführen waren. Die Zulassung der Verwendung der fraglichen Gelder für bestimmte Zwecke des PMU führte im vorliegenden Falle dazu, dass Mittel, die sonst in den Staatshaushalt gelangt wären, nicht dorthin gelangten, sondern dem PMU verblieben (so zu Recht EuGH Slg. 1998, S. II-1 (45) [Ladbroke Racing/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-3271 (3331) [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission]; vgl. auch GA Jakobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2133) [PreussenElektra/Schleswag]). Damit kam die Maßnahme einem staatlichen Einnahmeverzicht gleich, weil der Staat auch hinsichtlich der nichtöffentlichen Entnahmen auf Mittel verzichtete, die sonst ihm zugeflossen wären.

[1292] Erfasst ist hiervon etwa der Fall, dass der Staat eine Leistung an ein Unternehmen zwar zunächst unter Vereinbarung einer (erst später zu leistenden, aber trotzdem als marktmäßig angemessen anzusehenden) Gegenleistung des Unternehmens erbringt, im Folgenden aber auf die Erbringung der geschuldeten Leistung des Unternehmens verzichtet.

[1293] zur Beihilferelevanz staatlicher Abgabenverzichte siehe D. Schroeder, EWiR 1994, S. 565 (565 f.); Dreher/ Haas, EWiR 1999, S. 641 (642); Streinz, JuS 2000, S. 390 (391); Rodger, ECLR 20 (1999), S. 251; Calster, ECLR 21 (2000), S. 294 (308 f.); Sutter, EuZW 2002, S. 215 (215 f.); Weerth, RIW 2001, S. 443 (448); EuGH Slg. 1974, S. 709 (719) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1996, S. II-1363 [Pantochim/Kommission]; EuGH Slg. 1998, S. I-259 [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1998, S. II-3713 [Waterleiding Maatschappij/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-2981 [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3697) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-6639 (6666) [Frankreich/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. II-1889 [ARAP u.a./ Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3145 [BP Chemicals/Kommission]; EuGH Slg. 2001, S. I-5107 (5125) [Kommission/Belgien]; EuGH Slg. 2002, S. II-2309 (2352 ff.) [Government of Gibraltar/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-4287 (4357 f. und 4380) [ARAP u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-8245 (8270 und 8282) [Frankreich/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-4217 (4241 ff.) [Diputación Foral de Guipúzcoa u.a./Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. II-4259 (4284 ff.) [Diputación Foral de Alava u.a./Kommission]

[1294] vgl. dazu Streinz, JuS 2002, S. 492 (493); Frenz, DStR 2000, S. 137 (138); Frenz, EuZW 1999, S. 616

[1295] vgl. R. Koch, S. 96; Albers, Band VII, S. 492

Statt von „**eigentlich**" zu tragenden Abgabenlasten spricht der EuGH insoweit meist von „Belastungen, welche ein Unternehmen **normalerweise** zu tragen hat" (vgl. EuGH Slg. 1961, S. 1 (43) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]; EuGH Slg. 1995, S. II-1675 (1696) [Siemens/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3695) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. II-3207 (3239) [CETM/Kommission]; EuGH Slg. 2003, S. I-1487 (1538) [Spanien/Kommission]).

dende Indiz ist.[1296] Von einem Verzicht des Staates auf ihm an sich zustehende Abgaben wird man nur dann sprechen können, wenn eine spezielle Abweichung von der allgemeinen Abgabennorm im Sinne einer Ausnahmebehandlung vorliegt, nicht aber wenn es sich um Differenzierungen handelt, die überhaupt erst zur Ermittlung der allgemeinen, als ideal oder bestmöglich angesehenen Abgabenschuld dienen.[1297] Das Abgabenrecht kann nicht jeden Bürger bzw. jedes Unternehmen zur Zahlung eines gleichen Betrags verpflichten, sondern diese nur je nach ihrer Belastbarkeit gleich belasten.[1298] Unterschiede in der Abgabenhöhe, die auf dem Gedanken der abgabenrechtlichen Gerechtigkeit (etwa auf dem Prinzip der Leistungsfähigkeit) beruhen, stellen daher keine Subventionierung dar.[1299] Es sind folglich zwei Arten der abgabenrechtlichen Vergünstigung zu unterscheiden[1300]: Nicht beihilferelevant sind diejenigen Vergünstigungen, die als Ausdruck des Prinzips der materiellen Abgabengerechtigkeit bloß der Festlegung der gerechten Höhe der Abgabenlast dienen. Beihilfecharakter haben dagegen Vergünstigungen, die nicht mehr als Ausgestaltung der lastenaufteilenden Gerechtigkeit im Rahmen der Finanzierungsfunktion der Abgabe erklärt werden können, sondern andere Zwecke verfolgen[1301], also Abgabenentlastungen, die Zielen dienen, die mit dem Belastungssystem in keinem Zusammenhang mehr stehen.[1302] Als Beispiel wäre etwa ein Sozialversicherungssystem zu nennen, in dem bestimmten Unternehmen eine Entlastung gewährt wird, weil sie unter besonders starkem Wettbewerbsdruck ihrer Konkurrenten stehen.[1303] Eine abgabenrechtliche Subventionierung ist demzufolge nur dann gegeben, wenn sie eine echte Ausnahme vom abgabenrechtlichen Normaltatbestand darstellt[1304], also der Staat eine abgabenrechtliche Regelbelastung durch bestimmte, **systemfremde** Verschonungstatbestände durchbricht.[1305] Allerdings kann es sich als äußerst schwierig erweisen, im Einzelfalle die Unterscheidung zwischen lastenaufteilenden und systemfremden Vergünstigungen zu treffen. Wie insoweit eine praktikable Abgrenzung vorzunehmen ist, erscheint noch nicht als endgül-

---

[1296] Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (282); Schön, in: EG-Beihilfenrecht, S. 106 (117); Götz, in: FS Vogel, S. 579 (588); Schön, CML Rev. 36 (1999), S. 911 (924); Bacon, ECLR 20 (1999), S. 384 (390); Nowak, EuZW 2001, S. 293 (294); EuGH Slg. 1974, S. 709 (719) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-8031 (8083) [Spanien/Kommission]

[1297] Folkers, FA 46 (1988), S. 214 (215 f.)

[1298] Kirchhof, S. 116

[1299] Rittner, S. 501

[1300] K. Vogel, S. 38; Koschyk, S. 179 f.; Jooss, S. 305; vgl. Weber, S. 59 f.

[1301] vgl. Rasenack, Der Staat 20 (1981), S. 1 (24)

[1302] Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (282); vgl. auch Rasenack, Der Staat 20 (1981), S. 1 (2), der eine Steuervergünstigung dann als Subvention kennzeichnet, wenn sie „nichtsteuerlich motiviert" ist

[1303] Oldiges, NVwZ 2001, S. 280 (282)

[1304] Rasenack, Der Staat 20 (1981), S. 1 (2)

[1305] Kirchhof, S. 96; Koschyk, S. 136 f.; vgl. Köllges, S. 56 f.; Frenz, DStR 2000, S. 137 (138)

tig geklärt.[1306] Die Kommission spricht hier nach Ansicht des Autors zu Recht von einer „Grauzone", die aufzuhellen es weiterer Untersuchungen bedarf.[1307]

Anhand der bisherigen Erkenntnisse wird im Übrigen auch deutlich, wann die sog. „**negative Subventionierung**" eines Unternehmens durch den Konkurrenten auferlegte Nachteile unter den Subventionsbegriff des Art. 87 I EG fällt.[1308] Dies ist dann der Fall, wenn den Konkurrenten eine Verpflichtung zur Erbringung geldwerter Leistungen an den Staat auferlegt wird, die eigentlich auch das fragliche Unternehmen treffen müsste. In diesem Falle erwächst dem von der Verpflichtung verschonten Unternehmen ein unmittelbar in Geld quantifizierbarer Sondervorteil in Höhe des Geldwertes der nicht zu erbringenden Leistung, welcher unschwer als beihilferelevante Begünstigung erkennbar ist.[1309]

## III. Abgabenrechtliche „Nebenwirkungen" staatlicher Maßnahmen

Beihilferechtlich besonders interessant sind auch staatliche Sonderregelungen für bestimmte Unternehmen, die zwar selbst noch keinen Abgabenverzicht des Staates beinhalten, als deren unvermeidbare Folge sich aber eine abgabenrechtliche Vergünstigung zu Gunsten der von der Maßnahme betroffenen Unternehmen ergibt. Wie problematisch in diesem Falle die Untersuchung sein kann, ob eine systemwidrige Abgabenentlastung vorliegt, soll im Folgenden vor allem anhand des Beispielsfalles aufgezeigt werden, den der EuGH in den Rs. C-72/91 und C-73/91 „Sloman Neptun" zu entscheiden hatte. In diesem Urteil ging es um eine Regelung des deutschen Gesetzes zur Einführung eines zusätzlichen Registers für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr (sog. ISR-Gesetz)[1310], die es bestimmten unter deutscher Flagge fahrenden Seeschifffahrtsunternehmen erlaubte, Seeleute, die Staatsangehörige von Drittstaaten waren, schlechteren Arbeits- und Vergütungsbedingungen zu unterwerfen als denjenigen, die für deutsche Staatsangehörige galten.[1311] Da diese Regelung auch bewirkte, dass die von ihr betroffenen Reeder geringere Sozialversicherungsbeiträge als im Falle der Beschäftigung deutscher Seeleute zu entrichten hatten, sah das vorlegende Gericht in ihr eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG zu Gunsten deutscher Reedereien.[1312]

---

[1306] Götz, in: Dauses, H III Rn. 27
[1307] 6. Beihilfebericht der Kommission, S. 66
[1308] generell gegen die Beihilferelevanz der sog. negativen Subventionierung dagegen Bleckmann, RabelsZ 48 (1984), S. 419 (443)
[1309] vgl. Koschyk, S. 56
[1310] BGBl. 1989 I, S. 550
[1311] vgl. GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2132) [PreussenElektra/Schleswag]
[1312] siehe EuGH Slg. 1993, S. I-887 (932) [Sloman Neptun]

Die deutsche Bundesregierung versuchte hier das Vorliegen einer beihilferelevanten Abgabenbegünstigung mit der Argumentation zu bestreiten, dass Begünstigungen, die bloß daraus entstünden, dass ein Mitgliedstaat auf einen bestimmten Tatbestand mit internationalem Bezug seine Rechtsordnung nicht anwende, keine Beihilfen sein könnten, da ein Staat frei in der Entscheidung sein müsse, ob er die Geltung seiner Rechtsordnung auf einen solchen internationalen Sachverhalt erstrecken wolle.[1313] Richtig ist hieran zwar, dass die Gewährung von Beihilfen durch Ausnahmen von der nationalen Abgabenordnung nur dann möglich ist, wenn die nationale Abgabenordnung grundsätzlich überhaupt anwendbar ist.[1314] Ein Fall der Nichtanwendung des deutschen Abgabenrechts lag aber gar nicht vor, denn das deutsche Sozialversicherungsrecht blieb auf die Beschäftigung von Seeleuten aus Drittstaaten weiterhin anwendbar.[1315] Allein das deutsche Tarifvertragsrecht[1316], nicht aber das deutsche Sozialabgabenrecht wurde für diesen Fall außer Geltung gesetzt. Das Vorliegen einer Vergünstigung nationaler Sozialabgaben steht damit im Ergebnis außer Frage, und da es auch nahe liegt, die Systemwidrigkeit der Sonderregelung zu Gunsten bestimmter deutscher Reeder zu bejahen, scheint auf den ersten Blick ein systemwidriger und damit beihilferelevanter Abgabenverzicht gegeben zu sein.

Dieses Urteil wäre aber vorschnell gefällt, weil zwischen der tarifrechtlichen Sonderregelung und der in ihrer Folge eintretenden Abgabenverminderung zu differenzieren ist. Beihilferechtlich ist nämlich streng zwischen dem Inhalt einer Maßnahme und geldwerten Vorteilen, die sich bloß infolge der Maßnahme ergeben, zu unterscheiden.[1317] Inhalt der Sonderregelung war allein eine Ausnahme vom deutschen Tarifvertragsrecht und somit eine Verschlechterung der Arbeits-, insbesondere der Vergütungsbedingungen. Die Sonderregelung zur Verschlechterung der Vergütungsbedingungen ging aber ausschließlich zu Lasten der privaten Arbeitnehmer und damit nicht zu Lasten staatlicher Mittel.[1318] Die Belastung staatlicher Mittel durch Verminderung der Einnahmen an Sozialabgaben dagegen war nicht mehr Inhalt der staatlichen Maßnahme, da durch das ISR-Gesetz nur ein tarifrechtlicher, aber kein abgaben-

---

[1313] siehe EuGH Slg. 1993, S. I-887 (894) [Sloman Neptun]

[1314] so auch GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (921) [Sloman Neptun]

[1315] vgl. EuGH Slg. 1993, S. I-887 (932 f.) [Sloman Neptun], wonach sich die Höhe der für die drittstaatlichen Seeleute zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge offensichtlich nach der deutschen Reichsversicherungsordnung bestimmte

[1316] siehe Art. 1 Nr. 2 ISR-Gesetz

[1317] vgl. dazu bereits oben S. 49: Die staatliche Erteilung einer Baugenehmigung bewirkt keinen beihilferelevanten geldwerten Vorteil zu Gunsten des Grundstückseigentümers. Zwar entsteht diesem infolge der Erteilung der Baugenehmigung ein mit einem Geldwert bezifferbarer Vorteil, indem die Baugenehmigung typischerweise eine Wertsteigerung des betreffenden Grundstücks zur Folge hat. Das Grundstück ist aber von der staatlich gewährten Baugenehmigung zu unterscheiden, die allein das Recht zur Bebauung eines Grundstücks zum Inhalt hat, das als solches nicht gegen Entgelt veräußerbar ist und daher keinen Geldwert hat.

[1318] vgl. Gellermann, DVBl. 2000, S. 509 (512); Schön, CML Rev. 36 (1999), S. 911 (920 f.)

rechtlicher Sondertatbestand geschaffen wurde, sondern die Regelungen über die zu leistenden Sozialabgaben vielmehr unverändert geblieben sind. Die Abgabenverminderung war nur eine mittelbare Folge der Sonderregelung[1319], die erst **infolge einer anderen Regelung** eintrat, nämlich des **regulären** staatlichen Sozialabgabenrechts, in dem die zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge von dem den Arbeitnehmern gezahlten Lohn abhängen.[1320] An der Einräumung eines systemwidrigen Vorteils im Abgabenrecht fehlte es damit aber, da es im Abgabenrecht üblich ist, dass sich die Höhe der Sozialabgaben nach dem Lohn richtet, so dass die Verluste des Staates an Sozialabgaben durch die Natur bzw. den inneren Aufbau des nationalen Abgabensystems gerechtfertigt waren.[1321] Systemwidrig mag die gewährte Sonderausnahme vom Tarifvertragsrecht gewesen sein; sie ging aber allein zu Lasten der beschäftigten Seeleute und damit privater Mittel. Die bloß als Folge der tarifrechtlichen Sonderregelung zu Lasten staatlicher Mittel eintretende Abgabenverminderung jedoch war im nationalen Abgabensystem absolut systemgerecht und damit kein beihilferelevanter abgabenrechtlicher Sondervorteil.

Der Regelungsgehalt der beihilfeverdächtigen staatlichen Maßnahme ist also genau zu untersuchen.[1322] Wenn die Belastung staatlicher Mittel sich nicht aus dieser Regelung selbst ergibt, sondern erst infolge anderer Rechtsnormen, die zur allgemeinen, sonstigen Rechtsordnung gehören, ist das Vorliegen einer systemwidrig gewährten Begünstigung aus staatlichen Mitteln zu verneinen.[1323] Nicht jede finanzielle „**Nebenwirkung**“[1324] einer staatlichen Maßnahme, die letztlich (auch) zu einer Belastung staatlicher Mittel führt, ist also eine Beihilfe.[1325] Zu Recht hat der EuGH daher im „Sloman“-Urteil den Beihilfecharakter der angegriffenen Sonderregelung verneint.[1326]

Die gegebene Begründung für den fehlenden Beihilfecharakter des deutschen ISR-Gesetzes muss allerdings zumindest insoweit als unglücklich formuliert kritisiert werden, als der EuGH die Verminderung der staatlichen Abgabeneinnahmen als „einer solchen Regelung immanent“ bezeichnet hat.[1327] Der Gerichtshof hat das Wort „immanent“ hier nämlich mit falschem Be-

---

[1319] Soltész, EuZW 1998, S. 747 (748)
[1320] GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (905) [Sloman Neptun]
[1321] GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (905) [Sloman Neptun]
[1322] Soltész, EuZW 1998, S. 747 (752)
[1323] vgl. Soltész, EuZW 1998, S. 747 (752)
[1324] vgl. GA Jacobs, EuGH Slg. 2001, S. I-2099 (2140) [PreussenElektra/Schleswag]: „Nebeneffekt“
[1325] siehe auch anschaulich GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-887 (905) [Sloman Neptun]: „**Man kann jedoch die Hauptsache nicht über die Nebensache erfassen** ... (Die) Finanzierung ... stammt nämlich von den Arbeitnehmern selbst ... Die ... Einkommensverluste des deutschen Staates und der deutschen Sozialversicherungsträger sind nur die Konsequenz aus dieser Situation.“
[1326] EuGH Slg. 1993, S. I-887 (934) [Sloman Neptun]
[1327] EuGH Slg. 1993, S. I-887 (934) [Sloman Neptun]

zug verwendet: Der EuGH wollte sich mit seiner Formulierung offensichtlich an die Argumentation der deutschen Bundesregierung anlehnen, die ausgeführt hatte, die Entrichtung niedrigerer Sozialversicherungsbeiträge aufgrund niedrigerer Löhne stelle keine Beihilfe dar, sondern ergebe sich aus der Anwendung des allgemeinen Beitragssystems in der Sozialversicherung, wonach sich die Höhe der vom Arbeitgeber zu tragenden Anteile an den Beiträgen zur Sozialversicherung stets am jeweiligen Lohnniveau messe.[1328] Die rechtlichen Konsequenzen der Lohnsenkung seien „somit systemimmanent".[1329] Aus diesen Ausführungen wird aber deutlich, dass die Vergünstigung der Sozialabgaben zu Gunsten der Unternehmen und zu Lasten des Staates nicht etwa - wie der EuGH meinte - der Sonderregelung des ISR-Gesetzes, sondern vielmehr dem regulären nationalen Abgabenrecht „(system)immanent" war, was zur Folge hatte, dass der Charakter einer systemwidrigen und damit beihilferelevanten Abgabenvergünstigung zu verneinen war.

Erwähnung finden sollen an dieser Stelle auch noch zwei weitere Urteile, in denen der EuGH seine Rechtsprechung aus dem „Sloman"-Urteil fortgeführt hat:

In der Rs. C-189/91 „Kirsammer-Hack" ging es ebenfalls um eine Freistellung von nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften, indem Kleinbetriebe von den strengen deutschen Kündigungsschutzvorschriften für Arbeitnehmer ausgenommen wurden.[1330] Während sog. sozial ungerechtfertigte Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG grundsätzlich rechtsunwirksam waren[1331], so dass trotz einer solchen Kündigung das Arbeitsverhältnis und damit die Lohnzahlungspflicht des Unternehmens fortbestand, enthielt § 23 KSchG eine Ausnahmeregelung von diesen Kündigungsschutzvorschriften zu Gunsten von Kleinbetrieben.[1332] Regelungsgehalt dieser staatlichen Sonderregelung zu Gunsten von Kleinbetrieben ist allein eine Ausnahme vom Kündigungsschutz. Der bestimmten Betrieben damit eingeräumte Sondervorteil geht jedoch ausschließlich zu Lasten der von einer Kündigung betroffenen privaten Arbeitnehmer. Dass bei erfolgreicher Kündigung und damit entfallender Lohnzahlungspflicht auch keine Sozialabgaben mehr an den Staat zu zahlen sind, ist dagegen nicht mehr Inhalt des eingeräumten Sondervorteils, sondern diese Belastung staatlicher Mittel ergibt sich bloß als mittelbare Folge aus der systemgerechten Anwendung des regulären nationalen Abgabenrechts, nach dem die Sozialabgabenpflicht an die Lohnzahlung anknüpft. Die Beihilfequalität der staatlichen Re-

---

[1328] siehe EuGH Slg. 1993, S. I-887 (894) [Sloman Neptun]
[1329] siehe EuGH Slg. 1993, S. I-887 (894) [Sloman Neptun]
[1330] EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6217 f.) [Kirsammer-Hack]; vgl. Ruge, WuW 2001, S. 560 (567)
[1331] EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6186) [Kirsammer-Hack]
[1332] Erasmy, MDR 1995, S. 109; vgl. GA Darmon in EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6197) [Kirsammer-Hack]

gelung verneinte der EuGH daher im Ergebnis zu Recht unter Berufung auf seine Ausführungen im Falle „Sloman Neptun".[1333]

Eine dem Falle „Kirsammer-Hack" vergleichbare Regelung lag auch dem EuGH-Urteil in den Rs. C-52/97 bis C-54/97 „Viscido" zugrunde. Hier ging es um die Befreiung eines italienischen Unternehmens von dem grundsätzlichen Verbot des Abschlusses befristeter Arbeitsverträge[1334], also ebenfalls um eine Sonderregelung, die es dem betroffenen Unternehmen ermöglichte, sich leichter von seinen Arbeitnehmern - und damit letztlich auch der Pflicht, Lohn und Sozialabgaben für diese zahlen zu müssen - zu lösen. Auch hier verneinte der EuGH zu Recht den Beihilfecharakter[1335], weil die allein arbeitsrechtliche Sonderregelung keinen systemwidrigen Vorteil im Abgabenrecht und damit keinen beihilferelevanten Vorteil aus staatlichen Mitteln gewährt.

## IV. Allgemein angeordnete Forderungsverzichte in insolvenzrechtlichen Regelungen

Mehrfach hatte der EuGH sich auch mit der Untersuchung der Beihilfequalität insolvenzrechtlicher nationaler Sonderregelungen zu befassen, die bestimmte Unternehmen vor der Durchsetzung bestehender Forderungen durch ihre Gläubiger schützen sollten.[1336] Da eine Untersagung der Durchsetzung von Ansprüchen sich für die Gläubiger zumindest wie eine durch staatlichen Zwang angeordnete Stundung ihrer Forderungen auswirkt[1337], bewirken solche staatlichen Maßnahmen im Regelfalle einen marktwidrigen geldwerten Vorteil zu Gunsten der vor der Vollstreckung geschützten Unternehmen.[1338] Diese Begünstigung ist aber nur dann eine staatlich zurechenbare Beihilfe, wenn sie auch zu Lasten staatlicher Mittel geht, also staatliche Gläubiger belastet. Trifft die Belastung durch Anordnung der fehlenden Durchsetzbarkeit dagegen **alle**, d.h. private wie staatliche Gläubiger gleichermaßen, ist der gewährte Vorteil nicht als aus staatlichen Mitteln stammend anzusehen.[1339]

---

[1333] EuGH Slg. 1993, S. I-6185 (6220) [Kirsammer-Hack]; zustimmend Erasmy, MDR 1995, S. 109 (110)

[1334] siehe EuGH Slg. 1998, S. I-2629 (2638 f.) [Viscido u.a.]

[1335] EuGH Slg. 1998, S. I-2629 (2641) [Viscido u.a.]

[1336] siehe zum Inhalt der fraglichen Regelungen im Einzelnen EuGH Slg. 1998, S. I-7907 (7929 ff.) [Ecotrade]; EuGH Slg. 1999, S. I-3735 (3754 ff.) [Piaggio]; EuGH Slg. 1998, S. II-3437 (3447) [BFM und EFIM/Kommission]

[1337] Führt die Regelung zu einer dauerhaften Nichtdurchsetzbarkeit der Forderungen, so kann sie faktisch sogar einem staatlich angeordneten Forderungs**verzicht** gleichkommen, wobei aber zu berücksichtigen ist, dass der (Markt-)Wert einer solchen Forderung im Insolvenzfalle meist weit unter ihrem Nominalwert liegen wird (siehe dazu oben S. 96 f.).

[1338] siehe dazu, dass auch der Stundung von Forderungen grundsätzlich ein Geldwert zukommt, oben S. 254 f. Zu beachten ist freilich, dass eine Stundung von Forderungen gegenüber einem Unternehmen, das sich in einer so schweren wirtschaftlichen Krise befindet, möglicherweise auch marktgemäß sein kann (vgl. oben S. 255 f.).

[1339] siehe zur Verneinung der staatlichen Zurechnung im Falle allgemein belastender Maßnahmen oben S. 198 ff.

„Allgemein" ist eine insolvenzrechtliche Belastung aber nur, wenn sie nicht nur formal in gleicher Weise für private wie für staatliche Gläubiger gilt, sondern diese auch materiell gleich belastet.[1340] Ordnet der Staat beispielsweise an, dass im Insolvenzfalle bestimmter Unternehmen sowohl alle staatlichen als auch alle privaten Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten müssen, wobei aber die privaten Gläubiger nur 50%, die staatlichen Gläubiger dagegen 80% ihrer Forderungen verlieren sollen, so trifft die Belastung nur i.H.v. 50% private und staatliche Gläubiger gleichermaßen, wohingegen die um 30 Prozentpunkte höhere Belastung allein zu Lasten staatlicher Gläubiger und damit staatlicher Mittel geht. Zu Recht bejaht der EuGH die Beihilfequalität solcher insolvenzrechtlicher Regelungen daher nur insoweit, als sie zu einer „**zusätzlichen Belastung**" des Staates führen.[1341] Finanzielle Vorteile bestimmter Unternehmen, die aus nationalen insolvenzrechtlichen Bestimmungen resultieren, sind also so lange beihilferechtskonform, als die Regelungen öffentliche und private Gläubiger gleich betreffen, wohingegen eine Beihilfe vorliegt, wenn der Staat in diesem Rahmen gerade „auf seine Kosten"[1342] - also aus staatlichen Mitteln - den fraglichen Unternehmen weitere finanzielle Vergünstigungen einräumt.

## H. Mittelbare Beihilfen

Im Folgenden sollen zur weiteren Verdeutlichung des Begriffs der mittelbaren Beihilfe einige Beispiele für mittelbare Beihilfegewährungen aus der Rechtsprechung des EuGH dargestellt werden.

## I. Die Bergmannsprämie

In der Rs. 30/59 ging es um die Beihilferelevanz[1343] einer Schichtprämie, die von der Bundesrepublik Deutschland an die unter Tage beschäftigten Arbeitnehmer im Bergbau gezahlt wurde.[1344] Obwohl diese staatliche Prämie unmittelbar an die Bergarbeiter ausgezahlt wurde, stufte der EuGH sie als (mittelbare) Beihilfe zu Gunsten der Bergbauunternehmen ein.[1345] In der Tat waren alle Merkmale einer mittelbaren Beihilfe erfüllt: Mit der Zahlung der Lohnzu-

---

[1340] vgl. oben S. 201 f.
[1341] siehe EuGH Slg. 1998, S. I-7907 (7938 f.) [Ecotrade]; EuGH Slg. 1999, S. I-3735 (3762 f.) [Piaggio]
[1342] vgl. Wessely, EWiR 2001, S. 425 (426)
[1343] Zwar ging es hier um das Beihilfeverbot des Art. 4 lit. c EGKSV, dessen Beihilfebegriff sich aber mit dem des Art. 87 I EG deckt (siehe oben S. 10).
[1344] EuGH Slg. 1961, S. 1 (52 f.) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]
[1345] EuGH Slg. 1961, S. 1 (58) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]

lage empfingen die Bergarbeiter vom Staat eine unentgeltliche geldwerte Zuwendung. Die Weiterleitung dieses finanziellen Vorteils an die Bergbauunternehmen war faktisch dadurch sichergestellt, dass ohne die staatliche Prämie die Arbeitgeber die Bergarbeiterlöhne hätten erhöhen müssen, um der Abwanderung von Bergarbeitern zu anderen Industrien entgegenzuwirken[1346], also die Arbeitnehmer infolge der staatlichen Prämienzahlung gegenüber ihrem Beschäftigungsunternehmen auf eine ansonsten fällige Lohnerhöhung verzichten mussten. Und dass von dem staatlich gewährten Vorteil nicht die Bergarbeiter, sondern deren Arbeitgeber marktwidrig profitierten, ergibt sich ebenfalls daraus, dass es sich bei der Lohnzulage um einen Lohnbestandteil handelte, der an sich vom Arbeitgeber hätte gezahlt werden müssen, so dass nicht die Arbeitnehmer einen marktwidrig erhöhten Lohn erhielten, sondern bloß die Arbeitgeber von der Zahlung einer entsprechenden Zulage entlastet wurden.[1347]
Ein gewissermaßen umgekehrter Fall, in dem das Vorliegen einer mittelbaren Beihilfe zu verneinen war, findet sich im Übrigen in der Rs. C-241/94: In diesem Falle ging es um staatliche Zuwendungen an ein französisches Unternehmen zur Finanzierung eines Sozialplans.[1348] Während die französische Regierung argumentierte, Begünstigte dieser Zahlungen seien die Arbeitnehmer, da der Sozialplan die sozialen Auswirkungen der Entlassungen für sie abmildere, entgegnete der EuGH, begünstigt sei vielmehr das Unternehmen, das ansonsten die Kosten des Sozialplans selbst hätte tragen müssen.[1349] Hier sieht man, dass für die Ermittlung des Begünstigten nicht entscheidend ist, wer unmittelbar die staatliche Zuwendung erhält, sondern wem bei wirtschaftlicher Betrachtung der zugewandte Vorteil zugute kommt. Dies waren in beiden Fällen nicht die Arbeitnehmer, sondern die Unternehmen, die letztlich durch die staatliche Zuwendung entsprechende Zahlungen aus ihren Mitteln einsparen konnten, auch wenn die staatliche Zahlung in der Rs. 30/59 an die Arbeitnehmer, in der Rs. C-241/94 dagegen an das Unternehmen erfolgte.

## II. Die staatliche Übernahme von Sozialabgaben

In der Rs. 203/82 entschied der EuGH, dass in der staatlichen Übernahme von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung eine mittelbare Unternehmensbeihilfe liegen kann.[1350] In diesem Falle lag nicht etwa ein Verzicht der Sozialversicherungsträger auf an sich geschul-

---

[1346] siehe EuGH Slg. 1961, S. 1 (42) [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde]
[1347] Ose, S. 78; vgl. hierzu auch EuGH Slg. 2002, S. I-11991 (12036 ff.) [Belgien/Kommission]
[1348] EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4571) [Frankreich/Kommission]
[1349] EuGH Slg. 1996, S. I-4551 (4579) [Frankreich/Kommission]
[1350] EuGH Slg. 1983, S. 2525 (2530 f.) [Kommission/Italien]

dete Beiträge der Unternehmen vor, der ebenfalls eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG darstellen kann[1351], sondern die Sozialversicherungsträger erhielten nach wie vor die vollen Beiträge, wobei aber an sich durch die Unternehmen zu zahlende Beiträge jetzt durch den Staat übernommen wurden.[1352] Auch wenn die staatliche Zuwendung formal an die Sozialversicherungsträger gezahlt wurde, begünstigte sie in Wirklichkeit die Unternehmen, die in entsprechender Höhe von ihrer Zahlungspflicht hinsichtlich der Sozialabgaben frei wurden.

## III. Die Steuervergünstigung des § 52 VIII EStG

Zum 01. Januar 1996 trat die Regelung des § 52 VIII des deutschen EStG in Kraft, die Steuervorteile für Unternehmen vorsah, die Anteile an Kapitalgesellschaften erwarben, wenn der Erwerb im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung oder der Neugründung von Kapitalgesellschaften erfolgte, die ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung in den neuen Bundesländern oder in Berlin hatten und zum Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung nicht mehr als 250 Arbeitnehmer beschäftigten.[1353] Der EuGH sah hierin überzeugend zwar keine Beihilfe an die investierenden Unternehmen[1354], aber eine mittelbare Beihilfe an die Unternehmen in den neuen Bundesländern und Berlin, in die investiert wurde (Investitionsunternehmen)[1355], da alle Voraussetzungen einer mittelbaren Beihilfe gegeben waren: Die investierenden Unternehmen sind durch die steuerrechtliche Sonderregelung von ansonsten fälligen Steuerzahlungen entlastet worden und haben so einen beihilferelevanten Vorteil vom Staat erhalten. Da die investierenden Unternehmen den steuerlichen Sondervorteil zudem nur dann erhielten, wenn sie eine entsprechende Investition in Unternehmen in den neuen Bundesländern oder Berlin nachweisen konnten, war auch die Weiterleitung des finanziellen Vorteils an bestimmte Investitionsunternehmen in jedem Falle gesichert.[1356] Fraglich erscheint allein, wer wirtschaftlich von der marktwidrigen staatlichen Zuwendung profitiert. Problematisch ist die Annahme einer mittelbaren Begünstigung der Investitionsunternehmen insbesondere dann, wenn nicht sie, sondern die investierenden Unternehmen aus dem Steuervorteil wirtschaftlich den „Gewinn" gezogen haben.[1357] Jedoch hat der EuGH bereits mehrfach festgestellt, dass in dem Falle, dass nicht Einzelbeihilfen, sondern Beihilfeprogramme beihilferechtlich zu untersuchen

---

[1351] siehe zur Beihilferelevanz der Verminderung von Sozialabgaben oben S. 256 ff.
[1352] EuGH Slg. 1983, S. 2525 (2530) [Kommission/Italien]; vgl. im Übrigen auch EuGH Slg. 1983, S. 2621 (2625) [Kommission/Frankreich]
[1353] siehe dazu Streinz, JuS 2001, S. 599
[1354] EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6892) [Deutschland/Kommission]
[1355] EuGH Slg. 2000, S. I-6857 (6893) [Deutschland/Kommission]
[1356] anders fälschlich Streinz, JuS 2001, S. 599 (600)
[1357] vgl. Streinz, JuS 2001, S. 599 (600)

sind, die Untersuchung nicht anhand einer Beurteilung jeder Einzelbeihilfe, sondern anhand der generellen Vorgaben des Beihilfeprogramms zu erfolgen hat[1358], was schon deshalb einleuchtet, weil andernfalls eine Untersuchung der beihilferechtlichen Zulässigkeit des Beihilfeprogramms selbst oft gar nicht möglich sein dürfte. Auch hier ging es aber nicht um die Beurteilung von Einzelbeihilfen, sondern einer generellen Förderregelung, und die Förderungsbedingungen des § 52 VIII EStG (eher kleine Investitionsunternehmen mit nicht mehr als 250 Arbeitnehmern, die zudem in Regionen mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten (neue Bundesländer bzw. Berlin) gelegen waren) sprechen in der Tat dafür, den marktwidrigen finanziellen Vorteil bei den Investitionsunternehmen zu verorten, die im Regelfalle - anders als die investierenden Unternehmen selbst - ohne die staatliche Förderregelung wohl kaum eine Chance gehabt hätten, Investitionsgelder auf dem Markt zu erhalten.

## I. Exkurs: Die Aufhebung von Beihilfen durch Rückforderung

Aufgrund der besonderen praktischen Bedeutung der Rückforderung von Beihilfen soll auch das Rückforderungsrecht daraufhin untersucht werden, inwieweit es mit dem hier entwickelten Beihilfebegriff - vor allem mit der Definition der Begünstigung als marktwidrig gewährter, geldwerter Vorteil - in Einklang steht.

Art. 88 II EG sieht vor, dass eine gemeinschaftsrechtswidrig[1359] gewährte Beihilfe „aufzuheben" ist. Mit einer nachträglichen **Aufhebung** der Beihilfe soll ein bereits begangener Vertragsverstoß geheilt werden.[1360] Versagt wegen des rechtswidrigen Verhaltens eines Mitgliedstaates die präventive Funktion der Beihilfeaufsicht, muss sie sich restitutiver Mittel bedienen, indem die Beihilfe durch einen actus contrarius aufgehoben wird.[1361] Die Verpflichtung des Staates, eine unter Verstoß gegen das Beihilfeverbot gewährte Beihilfe aufzuheben, dient der Wiederherstellung der früheren Lage, wie sie vor der Beihilfegewährung bestand.[1362]

Eine Form der Aufhebung ist die **Rückabwicklung** der Beihilfe.[1363] Eine Rückgewährung der staatlich zugewandten Leistung ist aber nicht immer möglich.[1364] So kann beispielsweise eine

---

[1358] vgl. EuGH Slg. 1987, S. 4013 (4041) [Deutschland/Kommission]; EuGH Slg. 1994, S. I-1173 (1202 ff.) [Deutschland und Pleuger Worthington/Kommission]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3701) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-8855 (8912) [Italien und Sardegna Lines/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2349) [Italien/Kommission]; siehe dazu auch Bartosch, ZIP 2000, S. 2010 (2011)

[1359] zu den genauen Voraussetzungen für eine Aufhebung siehe ausführlich Sinnaeve, S. 38 ff.

[1360] Sinnaeve, S. 38 f. und S. 52

[1361] Oldiges, NVwZ 2001, S. 626 (627 und 630)

[1362] EuGH Slg. 1997, S. I-1591 (1616) [Alcan]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3705) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2351) [Italien/Kommission]

[1363] EuGH Slg. 1986, S. 89 (104) [Kommission/Belgien]

[1364] R. Fischer, WM 2001, S. 277 (281)

staatliche Beihilfegewährung durch Erbringung einer geldwerten Dienstleistung zu Gunsten eines Unternehmens nicht im eigentlichen Sinne rückabgewickelt werden, da eine Dienstleistung mit ihrer Erbringung untergeht[1365], also die beihilferelevante staatliche Leistung in diesem Falle vom begünstigten Unternehmen nicht zurückgewährt werden kann. Die Pflicht zur Aufhebung einer Beihilfe kann aber nicht davon abhängen, in welcher Form die Beihilfe gewährt worden ist.[1366] Erst wenn unabhängig von der Art der staatlichen Beihilfeleistung die nachträgliche Aufhebung **aller** von den Mitgliedstaaten unter Verstoß gegen das Beihilfeverbot gewährter beihilferelevanter Vorteile möglich ist, ist die praktische Wirksamkeit des Subventionsverbotes gewährleistet, das ansonsten nur solange funktionieren würde, wie die Mitgliedstaaten sich an die beihilferechtlichen Vorschriften halten.[1367] Die notwendige weitere Möglichkeit zur Aufhebung des beihilferelevanten Vorteils, den das begünstigte Unternehmen vom Staat erhalten hat, wird allgemein in der sog. **Rückforderung** gesehen.[1368] Zur Aufhebung des erhaltenen Vorteils wird in diesem Falle der Geldwert der begünstigenden Leistung quantifiziert und dieser - sprich: ein entsprechender Geldbetrag[1369] - zurückgefordert.[1370] Es gibt damit zwei Arten der nachträglichen Aufhebung einer Beihilfe: zum einen die Rückabwicklung, die durch **Rückgewähr der Begünstigung selbst** - sprich: der vom Staat erhaltenen, begünstigenden Leistung - durch das begünstigte Unternehmen erfolgt; zum anderen die Rückforderung, die durch **Rückgewähr eines der Begünstigung entsprechenden Geldwertes** durch das Unternehmen erfolgt.

Durch die Möglichkeiten einer Rückabwicklung und Rückforderung ist sichergestellt, dass jede Beihilfegewährung nachträglich aufgehoben werden kann. Bei klassischen Subventionen decken sich Rückabwicklung und Rückforderung, da eine Rückabwicklung durch Rückzah-

---

[1365] siehe bereits oben S. 37

[1366] EuGH Slg. 1993, S. I-3131 (3150) [Kommission/Griechenland]

[1367] siehe dazu im Einzelnen Sinnaeve, S. 38 f.

[1368] EuGH Slg. 1987, S. 901 (927) [Deufil/Kommission]; EuGH Slg. 1995, S. I-673 (696) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1995, S. I-699 (716) [Kommission/Italien]; EuGH Slg. 1997, S. I-1591 (1616) [Alcan]; EuGH Slg. 1999, S. I-3671 (3705) [Belgien/Kommission]; EuGH Slg. 2000, S. I-8717 (8745) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-2289 (2351 f.) [Italien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-7657 (7696) [Spanien/Kommission]; EuGH Slg. 2002, S. I-11695 (11725) [Kommission/Deutschland („WestLB")]; Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 753 (759); Sinnaeve, S. 41 f.; R. Fischer, WM 2001, S. 277 (281); Slot, in: State Aid, S. 36 (47); Magiera, in: FS Börner, S. 213 (222); Kahl, JA 1996, S. 857; Karpenschif, RTD Eur. 37 (2001), S. 551 (552)

[1369] Genau wie die Gewährung des geldwerten Vorteils kann im Übrigen auch die Rückgewähr seines Geldwertes im Rahmen der Rückforderung nicht nur durch eine Geldzahlung, sondern auch auf andere geeignete Weise erfolgen (EuGH Slg. 2002, S. I-11695 (11727) [Kommission/Deutschland („WestLB")]). Solche Maßnahmen müssen aber die gleiche Wirkung haben wie eine Rückerstattung durch die Übertragung von Geldmitteln (vgl. EuGH Slg. 2002, S. I-11695 (11731) [Kommission/Deutschland („WestLB")]). Die gleiche Wirkung wie eine Geldzahlung hat auch hier jede andere Leistung des Begünstigten an den Beihilfegewährer, die einen entsprechenden Geldwert hat.

[1370] R. Fischer, WM 2001, S. 277 (281)

lung des gewährten Geldbetrages erfolgt[1371], aber auch eine Aufhebung durch Rückforderung in der (Rück-)Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages liegen würde. Bei staatlichen Dienstleistungen dagegen ist eine Rückabwicklung nicht möglich; die Begünstigung kann hier nur durch eine Rückforderung aufgehoben werden. Teilweise bestehen aber auch beide Möglichkeiten zur Aufhebung der Beihilfe nebeneinander: Wenn z.B. der Staat einem Unternehmen das Eigentum an einem Grundstück übertragen hat, kann die Beihilfe rückabgewickelt werden, indem das Grundstück rückübereignet und damit die staatlich gewährte Leistung selbst zurückübertragen wird. Anstatt den Beihilfevorgang i.e.S. rückgängig zu machen, kann das Beihilfeelement aber auch neutralisiert werden, indem das Unternehmen den Wert der Beihilfeleistung zurückzahlt[1372] und dem Staat den (Markt-)Wert des Grundstücks erstattet. Das Unternehmen kann so durch eine Rückforderung verpflichtet werden, dem Staat nachträglich das marktmäßig angemessene Entgelt für seine Zuwendung zu zahlen, also die erhaltene, begünstigende Leistung gewissermaßen **nachzuentgelten**.

Selbst wenn das Rückforderungsverlangen die Insolvenz des begünstigten Unternehmens bewirkt, ist dies kein Hinderungsgrund für eine Rückforderung.[1373] Auch in diesem Falle hat grundsätzlich die Erstattung des geldwerten Vorteils durch den Begünstigten zu erfolgen.[1374] Ist das begünstigte Unternehmen zur Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages nicht in der Lage, wird der Rückforderungsverpflichtung im Regelfalle[1375] Genüge getan, wenn der Staat als Gläubiger[1376] die Liquidation des Unternehmens betreibt und seinen Anspruch im Rahmen des Insolvenzverfahrens geltend macht[1377], auch wenn von der Begünstigung nur die Insolvenzquote rückerstattet wird, da durch das insolvenzbedingte Ausscheiden des Unternehmens aus dem Wettbewerb endgültig die Gefahr gebannt ist, dass der Begünstigte zukünftig im

---

[1371] siehe etwa EuGH Slg. 1994, S. I-833 (836) [TWD Textilwerke Deggendorf]

[1372] vgl. Sinnaeve, S. 262

[1373] R. Fischer, WM 2001, S. 277 (287); Fromont, in: State Aid, S. 96 (102); Rapp/Bauer, KTS 2001, S. 1 (15); Ehricke, WM 2001, Sonderbeilage Nr. 3, S. 1 (10 ff.); Koenig, BB 2000, S. 573 (578); EuGH Slg. 1986, S. 89 (104) [Kommission/Belgien]; EuGH Slg. 1987, S. 1773 (1779) [Kommission/Belgien]; EuGH Slg. 1999, S. II-17 (79) [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission]

[1374] vgl. Frisinger/Behr, RIW 1995, S. 708 (711); Ehricke, ZIP 2000, S. 1656 (1658); R. Fischer, WM 2001, S. 277 (281); Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 801 (810); GA van Gerven in EuGH Slg. 1991, S. I-1433 (1466) [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")]

[1375] In Ausnahmefällen, etwa wenn das begünstigte Unternehmen zur Umgehung einer Rückforderung durch die Übertragung von Vermögenswerten auf Dritte die Rückforderung von ihm unmöglich gemacht hat, kann das Rückforderungsverlangen aber ersatzweise auch an denjenigen gerichtet werden, der jetzt über das Haftungssubstrat verfügt, das an sich für die Rückforderung vom Begünstigten gehaftet hätte (siehe dazu Oldiges, NVwZ 2001, S. 626 (634); Ehricke, ZIP 2000, S. 1656 (1658); Ehricke, ZIP 2001, S. 489; Borchardt, ZIP 2001, S. 1301 (1310); Mitteilung der Kommission über Beihilfen für CMF Sud SpA und CMF SpA, ABl. 1993, C 282, S. 5 (7)).

[1376] Durch den Rückforderungsanspruch hat der Staat immer eine Gläubigerstellung inne, die ihm die Liquidation des zahlungsunfähigen Unternehmens durch Einleitung eines Insolvenzverfahrens ermöglicht.

[1377] Koenig, EuZW 2001, S. 37 (43 f.); vgl. EuGH Slg. 1990, S. I-959 (1019) [Belgien/Kommission („Tubemeuse")]

Wettbewerb von der Beihilfe profitieren kann und so der Wettbewerbsschutzfunktion des Beihilfeverbots Rechnung getragen ist.[1378] Insofern stellt auch die **Liquidation des begünstigten Unternehmens** einen Fall der Aufhebung der Beihilfe dar.[1379]

Die Anerkennung der Möglichkeit einer Rückforderung von Beihilfen und die Notwendigkeit derselben zur effektiven Durchsetzung des Beihilfeverbots sprechen noch einmal für den in dieser Arbeit gewählten Ansatz, für die Begriffsbestimmung der Begünstigung den **Geldwert** des gewährten Vorteils als entscheidend anzusehen, denn gerade aufgrund der Bezifferung des beihilferelevanten Vorteils mit einem Geldwert ist die Rückforderung eines entsprechenden Geldbetrages bei jeder Art der Beihilfegewährung in der Lage, den gewährten Beihilfevorteil gewissermaßen zu neutralisieren und damit aufzuheben.

Auch der Unterschied zwischen der Begünstigung und ihren nicht mehr als Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG einzustufenden bloßen Folgen im Wettbewerb tritt hier wiederum deutlich zu Tage: Die Rückforderung ist der actus contrarius zur Gewährung der Begünstigung.[1380] Sie stellt daher auch nur bezüglich der Gewährung des beihilferelevanten Vorteils wieder den ursprünglichen Zustand her, kann (und soll) aber nicht alle Wettbewerbswirkungen der Beihilfe wieder neutralisieren.[1381] Die verbotswidrige Beihilfegewährung kann nämlich zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die auch durch eine spätere Rückforderung nicht mehr aufgehoben werden können. So kann es insbesondere in Krisensektoren vorkommen, dass Konkurrenten des begünstigten Unternehmens, die keine Beihilfe erhalten haben, zwischenzeitlich ihre Tätigkeit aufgeben mussten.[1382] Eine Rückforderung kann daher nicht alle Wettbewerbsfolgen einer Beihilfegewährung beseitigen; dies ist aber auch gar nicht notwendig, denn nicht jeder Wettbewerbsvorteil ist als beihilferechtlich relevante Begünstigung einzustufen.[1383] Wenn die Kommission also meint, sie habe das Recht, von dem subventionierten Unternehmen entweder „einen Ausgleich für die Verzerrung des Wettbewerbs[1384] oder eine Rückzahlung der Beihilfe zu verlangen“[1385], so ist dieser Aussage entschieden zu widersprechen: Nur zu letzterem,

---

[1378] Hopt/Mestmäcker, WM 1996, S. 801 (808); Borchardt, ZIP 2001, S. 1301

[1379] vgl. EuGH Slg. 1990, S. I-959 (1017) [Belgien/Kommission („Tubemeuse“)]; Niggemann, S. 174

[1380] Sinnaeve, S. 113; Oldiges, NVwZ 2001, S. 626 (627 und 630)

[1381] vgl. auch GA van Gerven in EuGH Slg. 1991, S. I-1603 (1633) [Italien/Kommission („Alfa Romeo“)], wonach „die durch die Gewährung der Beihilfe bewirkte Verzerrung des Wettbewerbsgrundes ... nicht durch die Erstattung der gezahlten Beträge ungeschehen gemacht werden kann“

[1382] Sinnaeve, S. 80

[1383] siehe oben S. 23 ff.

[1384] vgl. hierzu im Übrigen auch EuGH Slg. 2002, S. I-11695 (11728) [Kommission/Deutschland („WestLB“)], wonach die Rückforderung „die durch die Beihilfen bewirkte Wettbewerbsverzerrung ... beseitigen“ soll

[1385] Mitteilung der Kommission über Beihilfen für CMF Sud SpA und CMF SpA, ABl. 1993, C 282, S. 5 (7)

nicht aber zu ersterem kann die Kommission im Rahmen der Rückforderung das Recht haben.[1386]

## J. Fazit

Die Beschränkung des Beihilfebegriffs auf - ohne marktgemäße Gegenleistung erfolgende - **geldwerte Zuwendungen** im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung und auf Begünstigungen, die **aus staatlichen Mitteln** stammen, im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der staatlichen Zurechnung bewährt sich auch in der Anwendung auf beihilfeverdächtige Einzelmaßnahmen, da sie den Beihilfecharakter aller herkömmlich als Beihilfen eingestuften Maßnahmen zutreffend zu erklären vermag. Und obwohl der hier vertretene Ansatz zur Bestimmung des Beihilfebegriffes insoweit eher restriktiv ist, als zum einen nicht jede wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit als Begünstigung eingestuft und zum anderen die Forderung nach einer Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln erhoben wird, führt er zu einem hinreichend weiten Verständnis des Begriffs der staatlich zurechenbaren Beihilfe, das - wie im Einzelnen nachgewiesen wurde - keine Lücken im Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages offenlässt, zumal zu berücksichtigen ist, dass sich allein aus der Verneinung der Beihilferelevanz einer staatlichen Maßnahme nicht schon ihre Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag ergibt, der schließlich noch zahlreiche weitere Normen enthält, die wettbewerbsschädliches staatliches Verhalten untersagen.

---

[1386] Die Rückforderung ist zum Ausgleich der Wettbewerbsfolgen das falsche Instrument, denn als actus contrarius zur Begünstigungsgewährung ist sie auf die Rückgewähr der Begünstigung im Subventionsverhältnis zwischen staatlichem Beihilfegewährer und begünstigtem Unternehmen zu beschränken. Die (Wettbewerbs-)Folgen für dritte, außerhalb des Subventionsverhältnisses stehende Personen können allenfalls auf andere Weise neutralisiert werden. Die Wettbewerber des von der Beihilfe begünstigten Unternehmens können etwa im Falle einer rechtswidrig gewährten Beihilfe Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten erhalten (G/T/E - Mederer, Art. 93 EGV Rn. 71) und sich so dagegen wehren, dass ihre Konkurrenten die rechtswidrige Beihilfe im Wettbewerb ausnutzen (siehe dazu Köhler/Steindorff, NJW 1995, S. 1705 (1705 f.); Staebe, S. 217 ff.; Sasserath, S. 263 f.). Nur nationale Gerichte sind auch in der Lage, einem Unternehmen wegen rechtswidriger Beihilfegewährungen an seine Konkurrenten Schadensersatz zuzusprechen (Wagner, S. 202; Tilmann/Schreibauer, GRUR 2002, S. 212 (217); Lampert, EWS 2001, S. 357 (364); Soltész, EuZW 2001, S. 202 (203)).

## Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

1. Das Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages ist grundsätzlich umfassend angelegt und soll alle wettbewerbsverfälschenden Verhaltensweisen verhindern, die das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen. Das Beihilfeverbot des Art. 87 EG stellt aber nur einen Teil dieses wettbewerbsschützenden Systems dar, das aus zahlreichen Einzelvorschriften besteht, die wettbewerbsschädliches Verhalten der Mitgliedstaaten - und teilweise sogar auch privater Marktteilnehmer - untersagen. Der Begriff der staatlich zurechenbaren Beihilfe kann daher nicht sämtliche Wettbewerbsvorteile von Unternehmen umfassen, die auf ein staatliches Verhalten zurückgeführt werden können, so dass die Notwendigkeit besteht, die Beihilfe von anderen wettbewerbsverzerrenden staatlichen Maßnahmen - insbesondere denen, die den Grundfreiheiten unterfallen - abzugrenzen.

2. Der Begriff der Beihilfe stellt nur einen spezifisch europarechtlichen Terminus für einen **Subventionssachverhalt** dar. Die Begriffe Beihilfe und Subvention sind grundsätzlich identisch.

3. Die Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG als Subventionssachverhalt ist gekennzeichnet durch zwei Merkmale: erstens durch die marktwidrige Vermittlung eines beihilferelevanten Vorteils (**Begünstigung**), dessen Gewährung zweitens auf den Staat zurückgehen muss (**staatliche Zurechenbarkeit**).

4. Der Beihilfebegriff des Art. 87 I EG ist wirkungsbezogen weit zu verstehen. Trotz des grundsätzlich extensiven Verständnisses darf der Beihilfebegriff aber aufgrund der unmittelbaren Rechtswirkungen, die mit ihm verbunden sind (z.B. Notifizierungsgebot und Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III EG), nicht konturenlos weit verstanden werden. Aus den Beihilfebegriff herauszuhalten sind insbesondere Vorteile, die dem betroffenen Unternehmen nicht durch die staatliche Subventionierung entstehen, sondern die das Unternehmen sich bloß infolge der staatlichen Maßnahme durch eigenes Verhalten - etwa Geschäfte mit (privaten) Dritten - selbst erwirtschaften kann.

5. Die wirkungsbezogene Erweiterung des Beihilfebegriffes sollte ausgehend vom Begriff der **klassischen Subvention** in Form einer unmittelbaren Geldzahlung des Staates an das begünstigte Unternehmen vorgenommen werden. Beihilfen sind dementsprechend nach dem Wir-

kungskriterium alle Maßnahmen, die wie eine **Geldzahlung des Staates** an den Begünstigten wirken.

6. Die Erweiterung des Beihilfebegriffes über klassische Subventionen in Form einer unmittelbaren Geldzahlung des Staates an das begünstigte Unternehmen hinaus erfolgt entsprechend den beiden Tatbestandsmerkmalen der Beihilfe in zwei Richtungen:
Als **Begünstigung** sind alle staatlichen Vorteilszuwendungen anzusehen, die **wie eine Geldzahlung** des Staates wirken, obwohl die staatliche Maßnahme nicht in einer Geldzahlung, sondern in der Gewährung andersartiger Vorteile liegt. Die erste Art der Erweiterung betrifft somit die möglichen Formen, die der beihilferelevante Vorteil des Unternehmens annehmen kann.
Die **staatliche Zurechenbarkeit** solcher begünstigenden Vorteilsgewährungen ist gegeben, wenn die Vorteilszuwendung wie eine Geldzahlung **des Staates** wirkt, obwohl der Vorteil nicht unmittelbar vom Staat selbst stammt. Die zweite Art der Erweiterung betrifft damit die Art und Weise der staatlichen Vermittlung der beihilferelevanten Vorteile.

7. Die **Begünstigung** setzt sich aus zwei Elementen zusammen: erstens der staatlichen Gewährung eines **geldwerten Vorteils** und zweitens der **marktwidrigen** Gewährung dieses Vorteils, die in dem Fehlen einer marktmäßig angemessenen Gegenleistung liegt.

8. Beihilferelevant sind nur geldwerte Vorteile. Das Entstehen sonstiger Vorteile bei bestimmten Unternehmen ist dagegen beihilferechtlich irrelevant. Insbesondere die staatliche Einräumung eines Wettbewerbsvorteils ist nicht ausreichend zur Bejahung einer Begünstigung, zumal die wettbewerbsverfälschende Wirkung zu Gunsten des Unternehmens ein weiteres, von der Begünstigung zu unterscheidendes Tatbestandsmerkmal des Art. 87 I EG ist.

9. Entscheidend für die Ermittlung des Geldwertes des Vorteils, den das Unternehmen vom Staat erhalten hat, sind weder die dem Staat für die Vorteilsgewährung entstehenden Kosten noch die aus der Vorteilsgewährung sich ergebenden Kostenersparnisse des Unternehmens, sondern allein der **Marktwert** des Vorteils. Ausreichend für die Zumessung eines Geldwertes ist dabei bereits die Existenz eines potentiellen Marktwertes, zu dem der staatlich zugewandte Vorteil auf dem Markt gehandelt werden könnte. Staatliche Leistungen dagegen, die auch potentiell nicht auf dem Markt handelbar wären und daher keinen Marktwert haben, sind nicht

beihilferelevant. Dies gilt insbesondere für staatliche Hoheitsakte, die grundsätzlich unveräußerlich sind.

10. Die staatliche Zuwendung eines beihilferelevanten, geldwerten Vorteils wirkt aber nur dann marktwidrig begünstigend, wenn die Vorteilsgewährung **ohne marktmäßig angemessene Gegenleistung** des Unternehmens erfolgt. Selbst eine - für sich betrachtet - klassische Subvention in Form einer Geldzahlung des Staates an das begünstigte Unternehmen wird erst durch das Fehlen einer den erhaltenen Vorteil gewissermaßen wieder aufzehrenden marktgemäßen Gegenleistung des Unternehmens zu einer letztlich vorteilhaften und damit begünstigenden Maßnahme. Der marktwidrige geldwerte Vorteil des begünstigten Unternehmens wird also dadurch bewirkt, dass der Staat diesem eine geldwerte Zuwendung günstiger erbringt, als sie am Markt zu erhalten wäre, indem er ganz oder teilweise auf eine Gegenleistung in Höhe ihres Marktwertes verzichtet.
Die Kriterien der Unentgeltlichkeit und der marktrelativen Günstigkeit sowie der Privatinvestortest bedeuten im Übrigen letztlich ebenfalls nur eine Bestimmung der Marktwidrigkeit der staatlichen Vorteilszuwendung anhand der Frage nach dem Vorliegen einer angemessenen marktmäßigen Gegenleistung.

11. Auch die Gegenleistung des Unternehmens ist mit ihrem **Marktwert** zu bewerten, der sowohl über ihre Marktmäßigkeit als auch über ihre Angemessenheit Auskunft gibt. Ein übereinstimmender Marktwert der ausgetauschten Leistungen ist **die** Kennzeichnung für einen marktgemäßen Leistungsaustausch, denn der Marktpreis einer jeden Leistung gibt - dargestellt in einem Geldwert - genau die Gegenleistung wieder, die man auf dem Markt für diese Leistung erwarten würde. Die Gegenüberstellung der Marktwerte der gegenseitig erbrachten Leistungen gibt demzufolge Auskunft darüber, ob ein Ungleichgewicht im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis zwischen Staat und Unternehmen besteht und der Vorgang somit von einem marktüblichen Austauschgeschäft abweicht. Eine von dem Unternehmen erbrachte Gegenleistung kann daher nur insoweit vorteilsaufzehrend wirken, als ihr Marktwert reicht. Zwar kostenverursachende, aber nicht marktgemäße Gegenleistungen des Unternehmens wie etwa die Schaffung von Arbeitsplätzen können nicht begünstigungsausschließend berücksichtigt werden.
Insbesondere kann auch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten, die bestimmten Unternehmen vom Staat auferlegt werden, nicht als beihilfeausschließende, marktgemäße Gegenleistung der Unternehmen angesehen werden, da andernfalls eine Umgehung der Aus-

nahmevorschrift des Art. 86 II EG droht, die explizit - und damit abschließend - regelt, unter welchen Voraussetzungen ein staatlich gewährter, finanzieller Ausgleich für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist.

12. Der Geldwert der Begünstigung (sog. **Beihilfe- oder Subventionsäquivalent**) kann errechnet werden aus der Differenz der Marktwerte von staatlicher Zuwendung und eventueller Gegenleistung des Unternehmens.

13. Der Marktwert einer Leistung entspricht selbst bei an sich klassischen Subventionsleistungen in Form einer Geldzahlung nicht unbedingt ihrem Nominalwert. So haben beispielsweise später erfolgende Zahlungen trotz gleichen Nominalbetrages üblicherweise einen geringeren Marktwert als sofort erfolgende Zahlungen. Ebenso ist es möglich, dass die Erbringung der Gegenleistung für eine Geldzahlung von einer anderen Person zu erwarten ist als von derjenigen, an die die Geldzahlung erfolgt. Einen Marktwert hat eine Leistung aber nur der Person gegenüber, von der auf dem Markt üblicherweise die Zahlung des Marktpreises - sprich: die Erbringung einer gleichwertigen Gegenleistung - zu erwarten wäre.

14. Außer durch positive geldwerte Leistungen können Beihilfen auch in Form von **Verschonungssubventionen** gewährt werden, wobei eine Verschonungssubvention nur dann vorliegen kann, wenn mangels positiver geldwerter Zuwendung des Staates die Annahme einer Leistungssubvention ausscheidet (Vorrang der Leistungssubvention). Im Falle von Verschonungssubventionen ist für die Ermittlung der Höhe des Geldwertes der staatlichen Zuwendung entscheidend, welchen Marktwert der Anspruch hat, auf den der Staat verzichtet.

15. Art. 87 I EG erfasst nur „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfen. Die Zurechnungsformel „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt" kann zusammenfassend als das Kriterium der **staatlichen Zurechenbarkeit** von Beihilfen bezeichnet werden.

16. Als Anknüpfungspunkte für eine staatliche Zurechnung kommen letztlich nur das staatliche Verhalten, auf dem die Beihilfegewährung beruht (sog. Vergabeentscheidung), sowie der Einsatz staatlicher Mittel zur Erbringung der Begünstigung in Frage.

17. Keine Zweifel an der staatlichen Zurechnung können bestehen, wenn sowohl die Vergabeentscheidung als auch die Mittel, aus denen die Begünstigung erbracht wird, vom Staat

stammen. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass beihilferechtlich sowohl der Begriff der „Mittel" als auch des „Staates" weit zu verstehen ist.

18. Unter staatlichen „**Mitteln**" sind **alle (eigenen) Geld-, Vermögens- und Personalmittel des Staates** zu verstehen. Die Erstreckung des Begünstigungsbegriffes über Geldzahlungen hinaus auf alle geldwerten Vorteile hat zwingend eine entsprechende Erweiterung des Mittelbegriffes zur Folge, da ein Staat geldwerte Leistungen nicht nur durch Einsatz seiner Geldmittel, sondern auch seines Vermögens oder Personals erbringen kann.

19. Unter „**Staat**" ist beihilferechtlich nicht nur der Mitgliedstaat selbst zu verstehen, sondern auch alle rechtlich von diesem zu unterscheidenden **Einrichtungen, soweit sie unmittelbar oder mittelbar im Eigentum des Mitgliedstaates stehen oder vergleichbaren mitgliedstaatlichen Inhaber- bzw. Trägerbefugnissen unterliegen**. Eine solche Beherrschung der Einrichtung durch den Mitgliedstaat hat zur Folge, dass sowohl die Entscheidungen als auch die Mittel dieser Einrichtung letztlich in vergleichbarer Weise auf den Mitgliedstaat zurückgeführt werden können wie bei einer Beihilfegewährung unmittelbar durch diesen selbst, so dass diese Fälle aufgrund der Bestimmung der staatlichen Zurechnung nach dem Wirkungskriterium (Wirkung wie eine Beihilfegewährung durch den Mitgliedstaat selbst) beihilferechtlich gleich zu behandeln sind.
Dem Eigentum gleichkommende Inhaber- bzw. Trägerbefugnisse des Staates liegen vor, wenn dieser auf das Verhalten der betreffenden Einrichtung einen **eigentumsähnlichen, beherrschenden Einfluss** hat, wobei sich die Eigentumsähnlichkeit des Einflusses in - direkten oder indirekten - Einwirkungsbefugnissen auf das Verhalten der Einrichtung zeigt, die über die dem Staat immer gegebenen hoheitlichen Einflussmöglichkeiten hinausgehen.
Als „staatlich" sind dementsprechend nicht nur Beihilfen der Mitgliedstaaten selbst anzusehen, sondern auch Beihilfen, die von seinen Untergliederungen stammen oder von anderen öffentlich-rechtlich organisierten Institutionen, ebenso aber Beihilfen privatrechtlich organisierter Einrichtungen, soweit sie unter beherrschendem und eigentumsähnlichem staatlichen Einfluss stehen.

20. Zweifel an der staatlichen Zurechnung von Beihilfen können erst auftreten, wenn an der Gewährung der Begünstigung - sei es an der Vergabeentscheidung, sei es an den zur Erbringung der Begünstigung eingesetzten Mitteln - nicht nur bereits selbst als „staatlich" (im so-

eben erläuterten, weiten Sinne) anzusehende Einrichtungen, sondern nicht-staatliche Dritte beteiligt sind.

21. Allein der Eintritt eines marktwidrigen geldwerten Vorteils bei bestimmten Unternehmen infolge eines staatlichen Verhaltens reicht nicht aus, um die staatliche Zurechnung der Begünstigung zu bejahen. Die gleiche vorteilhafte Wirkung wie eine unmittelbar vom (Mitglied-)Staat selbst an ein Unternehmen erbrachte Subventionsleistung hat eine begünstigende Leistung, die dem Unternehmen unter Einschaltung nicht-staatlicher Dritter zugewandt wird, vielmehr nur dann, wenn die Begünstigung letztlich zu Lasten staatlicher Mittel erbracht wird. Das entscheidende Kriterium für die staatliche Zurechnung von Begünstigungen liegt also im **staatlichen Mitteleinsatz**.
Auch wenn die Beihilfekontrolle Verhaltenskontrolle ist, eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG also immer ein staatliches Verhalten voraussetzt, weil im Rahmen des Beihilferechts - anders als bei den unternehmensgerichteten Wettbewerbsschutzvorschriften der Art. 81 f. EG - die Staaten Adressaten des Verbots wettbewerbsverfälschender Maßnahmen sind, spricht dies nicht dagegen, das entscheidende Kriterium für die staatliche Zurechnung gerade im Einsatz staatlicher Mittel zu sehen, da die Beschränkung der staatlichen Mittel auf „eigene" Mittel des Staates zur Folge hat, dass das Vorliegen staatlichen Mitteleinsatzes gewissermaßen automatisch zugleich auch das Beruhen der Begünstigung auf einem staatlichen Verhalten - zumindest in Form einer grundlegenden Mittelbereitstellungsentscheidung des Staates - mit sich bringt, denn über seine „eigenen" Mittel kann nur der Staat selbst verfügen.

22. Eine begünstigende Leistung, die ein Unternehmen unmittelbar von einem nicht-staatlichen Dritten erhält, kann nur dann eine staatlich zurechenbare (mittelbare) Beihilfe darstellen, wenn die Begünstigung letztlich aus staatlichen Mitteln stammt. Voraussetzung für die Annahme einer solchen mittelbar aus staatlichen Mitteln stammenden Begünstigung ist, dass erstens der Private eine begünstigende Leistung aus staatlichen Mitteln erhält und zweitens den erhaltenen Vorteil zu Gunsten bestimmter Unternehmen verwenden und so die staatlichen Mittel an diese weiterleiten muss. Aber erst wenn die Unternehmen die staatlichen Mittel vom unmittelbaren Empfänger auch marktwidrig unentgeltlich erhalten, sind sie und nicht der Empfänger Begünstigte der unentgeltlichen staatlichen Zuwendung.

23. Die beiden Tatbestandsvarianten des Art. 87 I EG sollten wie folgt verstanden werden:
- Der ersten Variante der „**staatlichen Beihilfen**" können all jene Beihilfen zugeordnet werden, die dem begünstigten Unternehmen unmittelbar von einer dem „Staat" (i.w.S.) zuzurechnenden Einrichtung zufließen. Da die als „staatlich" einzustufenden Einrichtungen sich dadurch auszeichnen, dass man ihre Mittel und auch die Entscheidung, diese zur Beihilfegewährung einzusetzen, immer auf den (Mitglied-)Staat selbst zurückführen kann, kann an der „Staatlichkeit" der unmittelbar von diesen stammenden Beihilfen grundsätzlich nicht gezweifelt werden.
- „**Aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen**" i.S.d. zweiten Tatbestandsvariante sind dann nur diejenigen begünstigenden Leistungen, die den begünstigten Unternehmen nicht unmittelbar von „staatlichen" Einrichtungen, sondern aus den Händen nicht-staatlicher Dritter zufließen. Solche Begünstigungen, die die Unternehmen unmittelbar aus den Händen privater Dritter und nicht vom „Staat" (i.w.S.) erhalten, sind nichts anderes als die sog. **mittelbaren Beihilfen**.

24. Die staatliche Zurechnung von Begünstigungen, die ein Unternehmen unmittelbar von einer dem Staat zuzurechnenden Einrichtung erhält, kann nur in zwei (seltenen) Ausnahmefällen verneint werden:
- Auch wenn grundsätzlich gleichgültig sein muss, wie eine staatliche Einrichtung zu ihren Mitteln gekommen ist, zumal gerade die Mittel des Mitgliedstaates selbst größtenteils ursprünglich private Mittel waren, nämlich aus Steuerzahlungen Privater stammen, führt die Einschaltung einer staatlichen Einrichtung in den Mittelfluss ausnahmsweise nicht dazu, dass die von ihr zunächst von Privaten vereinnahmten und dann an bestimmte Unternehmen ausgezahlten Gelder von privaten zu staatlichen Mitteln werden, wenn die Zwischenschaltung des staatlichen Haushalts keinerlei materielle Auswirkungen hat, also die mittelbare Zahlungsabwicklung über die staatliche Einrichtung durch eine Direktzahlung der Privaten unmittelbar an die betreffenden Unternehmen ersetzt werden könnte, ohne dass dies finanzielle Auswirkungen auf Seiten der privaten Zahler oder der unternehmerischen Zahlungsempfänger hätte.
- Begünstigungen, die durch allgemeine, hoheitlich angeordnete Belastungen finanziert werden, die staatliche Einrichtungen und nicht-staatliche Dritte gleichermaßen treffen, können nicht als aus staatlichen Mitteln erbracht angesehen werden, da die Mittelbelastung hier allein auf der staatlichen Hoheitsgewalt und nicht auf darüber hinausgehenden staatlichen Verfügungsbefugnissen über die fraglichen Mittel beruht. Für die Qualifizierung als „allgemeine"

hoheitliche Belastung ist aber nicht die formal allgemeine Geltung der staatlichen Maßnahme entscheidend, sondern allein, ob die Belastung tatsächlich staatliche und private Mittel gleichermaßen trifft, weil die Belasteten eine bestimmte allgemeine Voraussetzung erfüllen, die aber in keinerlei Zusammenhang mit einer besonderen Verfügungsmacht des Staates über die belasteten Mittel steht. Eine in diesem Falle - gewissermaßen nur zufällig - auftretende Mitbelastung auch staatlicher Mittel infolge einer hoheitlichen Maßnahme ist bei wertender Betrachtung nicht ausreichend, um eine Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln zu bejahen.

25. Die staatlich zurechenbare Beihilfe i.S.d. Art. 87 I EG kann definiert werden als **marktwidrig ohne angemessene Gegenleistung erfolgende Zuwendung eines geldwerten Vorteils aus staatlichen Mitteln** an bestimmte Unternehmen.

26. Auch wenn der in dieser Arbeit gewählte Ansatz zur Bestimmung des Beihilfebegriffes insoweit eher restriktiv ist, als erstens der Begünstigungsbegriff auf geldwerte Vorteile beschränkt und zweitens für die staatliche Zurechnung eine Herkunft der Begünstigung aus staatlichen Mitteln gefordert wird, entstehen durch diese Auslegung des Beihilfebegriffes keine Lücken im Wettbewerbsschutzsystem des EG-Vertrages, da gegen beihilferechtlich nicht erfassbares wettbewerbsverfälschendes Verhalten der Mitgliedstaaten die anderen Vertragsvorschriften - insbesondere die Grundfreiheiten - ausreichende Kontroll- und Abwehrmechanismen zur Verfügung stellen.

# Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| Abbamonte, Giuseppe B. | Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?, in: ELR 23 (1998), S. 414 ff. |
| Albers, Willi u.a. | Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Stuttgart 1988 |
| Albin, Silke | Daseinsvorsorge und EG-Beihilfenrecht, in: DÖV 2001, S. 890 ff. |
| Asendorf, Joachim | Die Anwendung der Beihilfevorschriften des EU-Vertrages auf öffentliche Unternehmen: Der private reasonable investor's test, Göttingen 1998 |
| Bacon, Kelyn | Differential Taxes, State Aids and the Lunn Poly Case, in: ECLR 20 (1999), S. 384 ff. |
| Bankenvereinigung der Europäischen Union | Begründung der Beschwerde gegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei der Westdeutschen Landesbank, der Stadtsparkasse Köln und der Westdeutschen Immobilienbank, nachzulesen unter: http://www.fbe.be/pdf/Text%20-%20Complaint%20DE.pdf |
| Bartosch, Andreas | Das Risikopotential der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Bürgschaften für den Kreditgeber, in: EuZW 2001, S. 650 ff. |
| Bartosch, Andreas | Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken - das Urteil in der Rechtssache Ferring/ ACOSS, in: NVwZ 2002, S. 174 ff. |

| | |
|---|---|
| Bartosch, Andreas | Die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen im EG-Beihilfenrecht, in: NJW 2001, S. 921 ff. |
| Bartosch, Andreas | Neue Transparenzpflichten - eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, in: EuZW 2000, S. 333 ff. |
| Bartosch, Andreas | Neues zum Tatbestandsmerkmal der „Belastung des Staatshaushalts“ i.S. des Art. 87 I EG, in: NVwZ 2001, S. 643 ff. |
| Bartosch, Andreas | Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht, in: WuW 2001, S. 673 ff. |
| Bartosch, Andreas | Schranken-Schranken in der EG-Beihilfenkontrolle, in: NJW 2002, S. 3588 ff. |
| Bartosch, Andreas | The Financing of Public Broadcasting and E.C. State Aid Law: An Interim Balance, in: ECLR 20 (1999), S. 197 ff. |
| Bartosch, Andreas | The relationship between public procurement and State aid surveillance - The toughest standard applies?, in: CML Rev. 39 (2002), S. 551 ff. |
| Bartosch, Andreas | Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?, in: EuZW 2001, S. 229 ff. |

| | |
|---|---|
| Bartosch, Andreas | Verschärft sich die Spruchpraxis zum Europäischen Beihilfenrecht? - Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 19. September 2000, Rs. C-156/98, in: ZIP 2000, S. 2010 ff. |
| Bast, Joachim/<br>Blank, Klaus Günter | Beihilfen in der EG und Rechtsschutzmöglichkeiten für Wettbewerber, in: WuW 1993, S. 181 ff. |
| Bauer, Kilian | Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, in: EuZW 2001, S. 748 ff. |
| Becker, Tim | Das WTO-Subventionsübereinkommen: Einfluss auf die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter gegen Beihilfen im Rahmen des EG-Rechts, Frankfurt am Main 2001 |
| Beckmann, Sabine | Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen, Frankfurt am Main 1996 |
| Behboodi, Rambod | Industrial Subsidies and Friction in World Trade, London 1994 |
| Bellers, Jürgen | Staatliches System und „Hermes"-Ausfuhrbürgschaften: Garantien in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1989, Siegen 1999 |
| Benedict, Christoph | „Vergabefremde" Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais, in: NJW 2001, S. 947 ff. |
| Benitah, Marc | The Law of Subsidies under the GATT/WTO System, London 2001 |
| Bernatzik, Edmund | Über den Begriff der juristischen Person, Wien 1996 (Nachdruck) |

| | |
|---|---|
| Bernstorff, Christoph Graf von | Einführung in das englische Recht, 2. Auflage, München 2000 |
| Berrisch, Georg M. | Rückforderung rechtswidriger staatlicher Beihilfen; Grenzen der Anwendung nationalen Rechts; Art. 92, 93 Abs. 3 EGV, in: EuR 1997, S. 155 ff. |
| Blanke, Hermann Josef/ Peilert, Andreas | Zur Verfassungsmäßigkeit energiewirtschaftlicher Subventionsregime (Teil 2), in: RdE 1999, S. 125 ff. |
| Bleckmann, Albert | Die kommunale Leistungsverwaltung, insbesondere die Subventionsvergabe im europäischen Binnenmarkt, in: NVwZ 1990, S. 820 ff. |
| Bleckmann, Albert | Europarecht, 6. Auflage, Köln 1997 |
| Bleckmann, Albert | Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, in: Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil D, München 1984, S. D 1 ff. |
| Bleckmann, Albert | Subventionsprobleme des GATT und der EG, in: RabelsZ 48 (1984), S. 419 ff. |
| Bleckmann, Albert | Subventionsrecht, Stuttgart 1978 |
| Bleckmann, Albert/ Koch, Tanja | Stellen Ausnahmen von gesetzlichen Umweltbestimmungen nach Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag verbotene Beihilfen dar?, in: Jörn Ipsen, Hans-Werner Rengeling, Jörg Manfred Mössner, Albrecht Weber, Verfassungsrecht im Wandel: Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus, Köln 1995, S. 305 ff. |

| | |
|---|---|
| Bogs, Harald | Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, Berlin 1973 |
| Bogs, Harald/<br>Ferber, Christian von | Soziale Selbstverwaltung, Aufgaben und Funktion der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, Band 1, Bonn 1977 |
| Bonkamp, Josef | Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbotes für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, Berlin 2001 |
| Borchardt, Klaus-Dieter | Die Rückforderung zu Unrecht gewährter staatlicher Beihilfen beim Verkauf von Vermögenswerten des Beihilfenempfängers durch den Insolvenzverwalter, in: ZIP 2001, S. 1301 ff. |
| Brenner, Michael/<br>Huber, Peter M. | Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2000/2001, in: DVBl. 2001, S. 1013 ff. |
| Brevern, Daniel von | Kommentar zum Urteil des EuGH vom 22. November 2001 in der Rs. C-53/00, in: EWS 2001, S. 586 ff. |
| Bronckers, Marco/<br>Vlies, Rosalinde van der | The European Court's PreussenElektra Judgment: Tensions Between E.U. Principles and National Renewable Energy Initiatives, in: ECLR 22 (2001), S. 458 ff. |
| Brümmerhoff, Dieter | Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, 4. Auflage, München, Wien 1992 |
| Bürger, Ilka/<br>Senger, Falk | Das neue Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien und seine verfassungs- und europarechtliche Problematik, in: UPR 2000, S. 215 ff. |

| | |
|---|---|
| Büsing, Heiko | Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Göttingen 2002 |
| Burgi, Martin | Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, in: EuR 1997, S. 261 ff. |
| Busch, Tobias | Subventionsrecht in der Rechtsprechung, in: JuS 1992, S. 563 ff. |
| Busse von Colbe, Walther | Lexikon des Rechnungswesens, 3. Auflage, München, Wien 1994 |
| Caesar, Rolf | „Pfennigabgaben" - fiskalisch motivierte Steuertarnung und Rückfall in die Fondswirtschaft? Eine finanzwissenschaftliche Analyse, in: FA 38 (1980), S. 385 ff. |
| Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias | Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Neuwied 2002 |
| Calster, Geert van | Greening the E.C.'s State Aid and Tax Regimes, in: ECLR 21 (2000), S. 294 ff. |
| Ciresa, Meinhard | Beihilfenkontrolle und Wettbewerbspolitik in der EG, Köln 1992 |
| Clade, Harald | Subventionen und Defizitfinanzierung verzerren Wettbewerb, in: Deutsches Ärzteblatt 2002, S. C 1784 f. |
| Cordes, Ulrich | Das öffentliche Rechnungswesen, Wiesbaden 1996 |
| Cremer, Wolfram | Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, in: EuR 1996, S. 225 ff. |

| | |
|---|---|
| Cremer, Wolfram | Forschungssubventionen im Lichte des EGV, Baden-Baden 1995 |
| Dahl, Dieter | Volkswirtschaftslehre, 7. Auflage, Wiesbaden 1993 |
| Damm, Andreas | Gebührenprivileg und Beihilferecht - Zur Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland mit Art. 92 EGV, Berlin 1998 |
| Danwitz, Thomas von | Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, in: JZ 2000, S. 429 ff. |
| Deckert, Martina R./ Schroeder, Werner | Öffentliche Unternehmen und EG-Beihilferecht, in: EuR 1998, S. 291 ff. |
| Dederer, Hans-Georg | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98, in: BayVBl. 2001, S. 366 f. |
| Degenhart, Christoph | Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 18. Auflage, Heidelberg 2002 |
| Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV) | Stellungnahme des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes zu der gegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in Deutschland gerichteten Beihilfebeschwerde der Europäischen Bankenvereinigung, nachzulesen unter: http://www.dsgv.org/DSGV/Presseex.nsf/9f06c9b6989b3c0cc12569290036762b/b44ec3e3950761c4c12569ec0046b5af/$FILE/EU-Beschwerdeerwiderung.pdf |
| Dichtl, Erwin/ Issing, Otmar | Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, München 1987 |
| Dickersbach, Alfred | Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1993, in: NVwZ 1996, S. 962 ff. |

| | |
|---|---|
| Diehm, Sabine | Die Überwindung der nationalen Beihilfenpolitik durch die Europäische Gemeinschaft, Nürnberg 1999 |
| Dörr, Dieter | Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung und die Vorgaben des EG-Vertrages, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 5 ff. (zitiert: Dörr, Rundfunkfinanzierung) |
| Dörr, Dieter | Die Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des Österreichischen Rundfunks mit dem EG-Beihilferecht, in: ZUM 1996, S. 105 ff. |
| Dörr, Dieter | Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Gebührenregelung unter dem Druck des Gemeinschaftsrechts, in: K&R 2001, S. 233 ff. |
| Dörr, Dieter/ Haus, Florian C. | Das Wettbewerbsrecht des EGV, in: JuS 2001, S. 313 ff. |
| Dorn, Dietrich W. | Diskusssion, in: Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil M, München 1984, S. M 94 ff. |
| Dreher, Meinrad/ Haas, Gabriele | Kurzkommentar zum Urteil des EuG vom 11. Februar 1999 in der Rs. T-86/96, in: EWiR 1999, S. 641 f. |
| Eberle, Carl-Eugen | Die Rundfunkgebühr, Verfassungsrechtlicher Anspruch und gesellschaftspolitische Funktion, in: AfP 1995, S. 559 ff. |

| | |
|---|---|
| Ehricke, Ulrich | Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfeempfängers, in: ZIP 2000, S. 1656 ff. |
| Ehricke, Ulrich | Grundprobleme staatlicher Beihilfen an ein Unternehmen in der Krise im EG-Recht, in: WM 2001, Sonderbeilage Nr. 3, S. 1 ff. |
| Ehricke, Ulrich | Rückzahlung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfenempfängers, in: ZIP 2001, S. 489 ff. |
| Ehricke, Ulrich | Wider die Wiederbelebung der INNO/ATAB-Doktrin bei Quotenmodellen im Europäischen Energierecht!, in: EWS 2002, S. 301 ff. |
| Eilmansberger, Thomas | Quersubventionen, marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber und das EG-Wettbewerbsrecht, in: RIW 2001, S. 902 ff. |
| Eilmansberger, Thomas | Staatliche Beihilfen, in: Hans-Georg Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2, Wien 2000 |
| Elbel, Thomas | Das Recht der öffentlichen Aufträge auf dem Prüfstand des europäischen Rechts, in: DÖV 1999, S. 235 ff. |
| Engel, Christoph | Der Gesetzesvorbehalt für die Privatisierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks, in: ZUM 1993, S. 214 ff. |
| Ennuschat, Jörg | Die neue Mitteilung der EU-Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, in: RdE 2001, S. 46 ff. |

| | |
|---|---|
| Erasmy, Walter | Einfluss der EuGH-Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung auf deutsches Arbeitsrecht, in: MDR 1995, S. 109 ff. |
| Erlbacher, Friedrich | Die neuen Leitlinien der Kommission für die Vergabe staatlicher Regionalbeihilfen, in: EuZW 1998, S. 517 ff. |
| Europäische Kommission | Vademekum: Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen, Luxemburg 2002 |
| Europäische Kommission | 6. Bericht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union im verarbeitenden Gewerbe und in einigen weiteren Sektoren, Luxemburg 1998 |
| Europäische Kommission | 9. Bericht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union, Luxemburg 2001 |
| Europäische Kommission | 16. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1987 |
| Europäische Kommission | 31. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 2002 |
| Evans, Andrew | Contextual Problems of EU Law: State Aid Control under the Europe Agreements, in: ELR 21 (1996), S. 263 ff. |
| Evans, Andrew | European Community Law of State Aid, Oxford 1997 |
| Evans, Andrew | Law, Policy and Equality in the European Union: the Example of State Aid Control, in: ELR 23 (1998), S. 434 ff. |
| Faber, Angela | Europarechtliche Grenzen kommunaler Wirtschaftsförderung, Köln 1992 |

| | |
|---|---|
| Faber, Markus | Die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes und des Erneuerbare-Energien-Gesetzes mit dem primären Europarecht, in: NuR 2002, S. 140 ff. |
| Färber, Gisela | Subventionen vor dem EG-Binnenmarkt, Speyer 1993 |
| Falk, Hermann | Die materielle Beurteilung des Stromeinspeisungsgesetzes nach europäischem Beihilferecht, in: ZIP 1999, S. 738 ff. |
| Feldmüller, Christian | Die Rechtsstellung fremder Staaten und sonstiger juristischer Personen des ausländischen öffentlichen Rechts im deutschen Verwaltungsprozess, Berlin 1999 |
| Fischer, Hans Georg | Die neue Verfahrensverordnung zur Überwachung staatlicher Beihilfen nach Art. 93 (jetzt Art. 88) EGV, in: ZIP 1999, S. 1426 ff. |
| Fischer, Hans Georg | Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Jahr 2001, in: RiA 2002, S. 261 ff. |
| Fischer, Reinfrid | Rechtsfolgen des Beihilfeverbots für öffentliche Bürgschaften, Anwendung der Mitteilung der EU-Kommission zu Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, in: WM 2001, S. 277 ff. |
| Folkers, Cay | Wer wird durch Steuervergünstigungen eigentlich begünstigt?, in: FA 46 (1988), S. 214 ff. |
| Forsthoff, Ernst | Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931 |
| Frenz, Walter | Auftragsvergabe nach Umweltschutzkriterien und Gemeinschaftsrecht, in: WuW 2002, S. 352 ff. |

| | |
|---|---|
| Frenz, Walter | Das Ineinandergreifen von nationalem Steuerrecht und gemeinschaftlichem Beihilfeverbot am Beispiel einer partiellen Befreiung von der Mineralölsteuer, in: DStR 2000, S. 137 ff. |
| Frenz, Walter | Energiebeihilfen bei Abnahmegarantien zu Mindestpreisen und Selbstverpflichtungen, in: RdE 2002, S. 201 ff. |
| Frenz, Walter | Energiesteuer und Beihilfenverbot, in: EuZW 1999, S. 616 ff. |
| Frenz, Walter | Quoten, Zertifikate und Gemeinschaftsrecht - am Beispiel einer Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung, in: DVBl. 2001, S. 673 ff. |
| Frenz, Walter | Warenverkehrsfreiheit und umweltbezogene Energiepolitik, in: NuR 2002, S. 204 ff. |
| Friauf, Karl Heinrich | Das Stromeinspeisungsgesetz als Mittel einer unzulässigen Zwangssubventionierung zu Lasten privater Unternehmen, in: ET 1995, S. 597 ff. |
| Friauf, Karl Heinrich | Referat, in: Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil M, München 1984, S. M 8 ff. |
| Friauf, Karl Heinrich | Staatsvermögen, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg 1990, S. 295 ff. |
| Frick, Karl Alois | Einkommensteuerrechtliche Vergünstigungen und Beihilfeverbot nach dem EG-Vertrag, Sinzheim 1994 |

| | |
|---|---|
| Friesen, Alexander von | Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, Stuttgart 1998 |
| Friesen, Alexander von | Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, in: EuZW 1999, S. 581 ff. |
| Frisinger, Jürgen/ Behr, Andreas | Staatsbürgschaften, Banken und EU-Beihilfenverbot, in: RIW 1995, S. 708 ff. |
| Fromont, Michel | La récupération des aides versées an violation du droit communautaire, in: Ian Harden, State Aid: Community Law and Policy, Köln 1993, S. 96 ff. (zitiert: Fromont, in: State Aid) |
| Füßer, Klaus | Umfang der fortgeltenden Gewährträgerhaftung zu Gunsten der öffentlichen Kreditinstitute nach der Verständigung mit der EU-Kommission, in: ZBB 2002, S. 300 ff. |
| Fuhrhop, Andreas | Der Steuervorteilsbegriff i.S. des § 370 AO - Eine Abgrenzung zu dem Begriff des Vermögensvorteils i.S. des § 263 StGB und dem Begriff der Subvention i.S. des § 264 StGB, München 1979 |
| Gellermann, Martin | Das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: DVBl. 2000, S. 509 ff. |
| Gent, Kai | Beihilferechtliche Anforderungen an das Erneuerbare-Energien-Gesetz, in: ET 2000, S. 600 ff. |

| | |
|---|---|
| Gersdorf, Hubertus | Podiumsdiskussion, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 84 ff. |
| Gindely, Gerhard | Das Verbot staatlicher Schenkungen an Private: zu den Grundsätzen der Bestandserhaltung und Substanzerhaltung des Staatsvermögens, München 1970 |
| Götz, Volkmar | Europäische Beihilfenaufsicht über staatliche Finanzhilfen für die Wirtschaft im Beitrittsgebiet, in: Jörn Ipsen, Hans-Werner Rengeling, Jörg Manfred Mössner, Albrecht Weber, Verfassungsrecht im Wandel: Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus, Köln 1995, S. 319 ff. |
| Götz, Volkmar | Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Rudolf Wendt, Wolfram Höfling, Ulrich Karpen, Martin Oldiges, Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 37 ff. |
| Götz, Volkmar | Recht der Wirtschaftssubventionen, München 1966 |
| Götz, Volkmar | Rechtsstellung und Rechtsschutz der Konkurrenten in der europäischen Beihilfenaufsicht, in: Claus Dieter Classen, Armin Dittmann, Frank Fechner, Ulrich M. Gassner, Michael Kilian, In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, Liber amicorum Thomas Oppermann, Berlin 2001, S. 593 ff. |

| | |
|---|---|
| Götz, Volkmar | Steuervergünstigungen als Gegenstand der europäischen Beihilfenaufsicht, in: Paul Kirchhof, Moris Lehner, Arndt Raupach, Michael Rodi, Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 579 ff. |
| Götz, Volkmar | Subventionsrecht, in: Manfred A. Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München, Stand: März 2002 |
| Goossens, Ann/ Emmerechts, Sam | Annotation to Case C-379/98, PreussenElektra AG v. Schleswag AG, in: CML Rev. 2001, S. 991 ff. |
| Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard | Kommentar zur Europäischen Union, München, Stand: Februar 2002 |
| Gramm, Christof | Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001 |
| Grave, Carsten | Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen, Berlin 2001 |
| Griffiths, Mark | Failing to Install Effective Competition in Postal Services - The Limited Impact of E.C. Law, in: ECLR 21 (2000), S. 399 ff. |
| Groeben, Hans von der/ Thiesing, Jochen/ Ehlermann, Claus-Dieter | Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band II/2, 5. Auflage, Baden-Baden 1999 (zitiert: G/T/E - Bearbeiter) |
| Gruson, Michael | Noch einmal zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Sicherung von Anleihen der Landesbanken, in: EuZW 1997, S. 429 |

| | |
|---|---|
| Gruson, Michael | Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen von Landesbanken, in: EuZW 1997, S. 357 ff. |
| Gusy, Christoph | Subventionsrecht (Teil 1), in: JA 1991, S. 286 ff. |
| Gutowski, Armin/ Thiel, Eberhard | Referat, in: Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil M, München 1984, S. M 45 ff. |
| Habersack, Mathias | Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, in: ZHR 159 (1995), S. 663 ff. |
| Häring, Jörg | Die Vereinbarkeit von Sanierungsengagements der öffentlichen Hand mit dem EG-Beihilfeverbot, Tübingen 1998 |
| Hain, Karl-E. | Die Europäische Transparenz-Richtlinie und der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland, in: MMR 2001, S. 219 ff. |
| Hakenberg, Waltraud/ Erlbacher, Friedrich | Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1999 und 2000, in: EWS 2001, S. 208 ff. |
| Hakenberg, Waltraud/ Tremmel, Ernst | Die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen im Jahre 1996, in: EWS 1997, S. 217 ff. |
| Hakenberg, Waltraud/ Tremmel, Ernst | Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1997 und 1998, in: EWS 1999, S. 167 ff. |

| | |
|---|---|
| Hancher, Leigh/<br>Buendia Sierra, José-Luis | Cross-subsidization and EC Law, in: CML Rev. 35 (1998), S. 901 ff. |
| Hancher, Leigh/<br>Ottervanger, Tom/<br>Slot, Piet Jan | EC State Aids, London 1993<br>(zitiert: H/O/S) |
| Hansmeyer, Karl-Heinrich | Schlusswort, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 101 ff. |
| Harden, Ian | State Aids and the economic constitution of the Community, in: Ian Harden, State Aid: Community Law and Policy, Köln 1993, S. 12 ff.<br>(zitiert: Harden, in: State Aid) |
| Harings, Lothar | Praxis des Europäischen Beihilfenrechts, Köln 2001 |
| Hasselmann, Anja | Die Ausschlusstatbestände für den Beihilfebegriff des Art. 87 EGV am Beispiel von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im öffentlich-rechtlichen Bankensystem der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 2001 |
| Hausner, Andreas | Die Zulässigkeit von Subventionen nach Art. 4 c EGKS-Vertrag, Köln 1987 |
| Haverkate, Görg/<br>Huster, Stefan | Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999 |
| Heidenhain, Martin | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 19. September 2000 in der Rs. C-156/98, in: EuZW 2000, S. 729 f. |

| | |
|---|---|
| Heiermann, Wolfgang | Rückzahlungsverpflichtung bei gemeinschaftsrechtswidrig gewährten Beihilfen, in: EWS 1994, S. 145 ff. |
| Helfritz, Vark Heinrich | Verselbstständigte Verwaltungseinheiten der Europäischen Union: zur Notwendigkeit einer juristischen Person des europäischen öffentlichen Rechts, Berlin 2000 |
| Heller, Wolfgang | Europäisches Beihilferecht mit Schwächen, in: atw 2001, S. 353 f. |
| Heller, Wolfgang | Stromeinspeisungsgesetz bestätigt - europäisches Beihilferecht kein Allheilmittel gegen ordnungspolitische Fehlentwicklungen, in: GewArch 2001, S. 191 ff. |
| Henneke, Hans-Günter | Beeilt euch zu handeln, bevor es zu spät ist zu bereuen - Zum Vorentwurf einer sparkassenrechtsändernden Gesetzesvorlage der Niedersächsischen Landesregierung, in: NdsVBl. 2002, S. 113 ff. |
| Herbert, Alexander | Das Staatsvermögen der Bundesrepublik Deutschland und seine Verwaltung, in: VR 1996, S. 46 ff. |
| Herma, Michael | Auftragsvergaberecht als Mittel zur Durchsetzung von Umweltschutz und Umweltrecht - Zur Zulässigkeit nach dem Gemeinschaftsrecht de lege lata und de lege ferenda, in: NuR 2002, S. 8 ff. |
| Heyd, Reinhard | Lexikon für Rechnungswesen und Controlling, 1. Auflage, Stuttgart 1993 |
| Hoffmann-Klein, Friederike/ Noch, Rainer | Die Vergabe von Leistungen im ÖPNV - Ansätze zur Lösung des Widerstreits zwischen Vergaberecht, Personenbeförderungsrecht und Beihilferecht, in: DÖV 2002, S. 422 ff. |

| | |
|---|---|
| Hohenstein, Christine | Rechtliche Aspekte des Emissionsrechtehandels, in: EWS 2002, S. 511 ff. |
| Hoischen, Stefan | Die Beihilferegelung in Art. 92 EWGV, Köln 1989 |
| Holzer, Norbert | Deutsche Rundfunkgebühr als unzulässige Beihilfe im Sinne des europäischen Rechts?, in: ZUM 1996, S. 274 ff. |
| Hopt, Klaus J./ Mestmäcker, Ernst-Joachim | Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht am Beispiel staatlich verbürgter Kredite, Teil I, WM 1996, S. 753 ff. |
| Hopt, Klaus J./ Mestmäcker, Ernst-Joachim | Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht am Beispiel staatlich verbürgter Kredite, Teil II, WM 1996, S. 801 ff. |
| Idot, Laurence | Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire, in: RTD Eur. 34 (1998), S. 295 ff. |
| Immenga, Ulrich/ Rudo, Joachim | Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, Baden-Baden 1997 |
| Ipsen, Jörn | Allgemeines Verwaltungsrecht, Köln 2000 |
| Ipsen, Hans-Peter | Subventionen, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg 1990, S. 357 ff. |
| Jestaedt, Thomas | Das Rückzahlungsrisiko bei „formell rechtswidrigen" Beihilfen, in: EuZW 1993, S. 49 ff. |

| | |
|---|---|
| Jestaedt, Thomas/<br>Miehle, Andreas | Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, in: EuZW 1995, S. 659 ff. |
| Jooss, Gerhard | Subventionsrecht, in: Franz Klein, Lehrbuch des öffentlichen Finanzrechts, Neuwied 1987, S. 283 ff. |
| Jour-Schröder, Alexandra | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14. September 1994 in den Rs. C-278/92 bis C-280/92, in: EuZW 1994, S. 701 f. |
| Jour-Schröder, Alexandra | The Application of the EC-State Aid Rules in the Central and Eastern European Countries, in: EuZW 1996, S. 741 ff. |
| Junginger-Dittel, Klaus-Otto | EG-beihilfenrechtliche Grundsätze der Regionalförderung, in: Christian Koenig, Wulf-Henning Roth, Wolfgang Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 81 ff.<br>(zitiert: Junginger-Dittel, in: EG-Beihilfenrecht) |
| Just, Christoph | Kurzkommentar zum Urteil des EuGH vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98, in EWiR 2001, S. 423 f. |
| Kämmerer, Jörn Axel | Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen", in: NVwZ 2002, S. 1041 ff. |
| Kahl, Wolfgang | Das öffentliche Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes, in: NVwZ 1996, S. 1082 ff. |
| Kahl, Wolfgang | Die Rückabwicklung europarechtswidriger Beihilfen, in: JA 1996, S. 857 ff. |
| Kahl, Wolfgang/<br>Röder, Angelika | Subventionierung des örtlichen Gewerbes mittels Städtebaurecht?, in: JuS 2001, S. 24 ff. |

| | |
|---|---|
| Kapteyn, P. J. G./ VerLoren van Themaat, P./ Gormley, Laurence W. | Introduction to the Law of the European Communities, Third Edition, London, The Hague, Boston 1998 |
| Karpenschif, Michael | La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n° 659/1999 : du mythe à la réalité ?, in: RTD Eur. 37 (2001), S. 551 ff. |
| Kemmler, Iris | Keine Anstalt ohne Anstaltslast - Zur Abschaffung der Anstaltslast für Landesbanken und Sparkassen, in: DVBl. 2003, S. 100 ff. |
| Kerber, Wolfgang | Die EU-Beihilfenkontrolle als Wettbewerbsordnung: Probleme aus der Perspektive des Wettbewerbs zwischen Jurisdiktionen, in: Dieter Cassel, Europäische Integration als ordnungspolitische Gestaltungsaufgabe, Berlin 1997, S. 37 ff. |
| Kinzl, Ulrich-Peter | Anstaltslast und Gewährträgerhaftung: Unbegrenzte staatliche Einstandspflicht für öffentliche Banken unter dem Beihilfe- und Durchführungsverbot des EG-Vertrages, Baden-Baden 2000 |
| Kirchhof, Paul | Staatliche Einnahmen, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg 1990, S. 87 ff. |
| Klanten, Thomas | Staatliche Kreditabsicherung durch Bürgschaft oder Exportkreditversicherung, in: ZIP 1995, S. 535 ff. |
| Klein, Eckart/ Haratsch, Andreas | Mitgliedstaatliche Regionalförderung insbesondere zu Gunsten kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) aus der Sicht des EG-Rechts, in: EWS 1997, S. 410 ff. |

| | |
|---|---|
| Kleine, Juliana | Kommunale Bürgschaften und EG-Beihilferecht, in: Gemeindehaushalt 2002, S. 73 ff. |
| Klingbeil, F. Thilo | Das Beihilfeverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag, Baden-Baden 1998 |
| Koch, Rüdiger | Beihilfen nach dem EWG-Vertrag, insbesondere Unterstützungen des Staates für eigene Unternehmen, Göttingen 1967 |
| Koch, Tanja | Zulässigkeit staatlicher Umweltschutzbeihilfen, Köln 1997 |
| Köhler, Helmut/ Steindorff, Ernst | Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, in: NJW 1995, S. 1705 ff. |
| Kölbl-Vogt, Jasmin | Auswirkungen des EG-Beihilfenverbotes auf Landesbürgschaften, Marburg 1999 |
| Köllges, Wilhelm | Steuerliche Beihilfemaßnahmen beim grenzüberschreitenden Warenverkehr auf dem Gemeinsamen Markt, Freiburg i. Br. 1965 |
| Koenig, Christian | Bestimmung des passivlegitimierten Adressaten einer Beihilfenrückforderung nach der Veräußerung eines begünstigten „Unternehmens", in: EuZW 2001, S. 37 ff. |
| Koenig, Christian | Determining the Addressee of a Decision Ordering the Recovery of State Aid after the Sale of Substancial Assets of the Undertaking in Receipt of Aid, in: ECLR 22 (2001), S. 238 ff. |

| | |
|---|---|
| Koenig, Christian | Die Privilegien öffentlich-rechtlicher Einstandspflichten zu Gunsten der Landesbanken vor den Schranken der EG-Beihilfenaufsicht, in: EWS 1998, S. 149 ff. |
| Koenig, Christian | EG-beihilfenrechtliche Anforderungen an Unterstützungsmaßnahmen eines öffentlichen Mutterunternehmens zu Gunsten seiner Tochtergesellschaften, in: ZIP 2001, S. 629 ff. |
| Koenig, Christian | EG-beihilfenrechtliche Rückforderung als Insolvenzauslöser, in: BB 2000, S. 573 ff. |
| Koenig, Christian | Fremd- und Eigenkapitalzufuhr an Unternehmen durch die öffentliche Hand auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts, in: ZIP 2000, S. 53 ff. |
| Koenig, Christian | Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?, in: EuZW 1995, S. 595 ff. |
| Koenig, Christian | Weichenstellungen im EG-Beihilfentatbestand: „Market Economy Investor"-Test und Marktabgrenzung, in: Christian Koenig, Wulf-Henning Roth, Wolfgang Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 9 ff.<br>(zitiert: Koenig, in: EG-Beihilfenrecht) |
| Koenig, Christian | Zur Auslegung der Amsterdamer Erklärung im Hinblick auf die EG-Beihilfenaufsicht über Landesbanken, in: NJW 1997, S. 1279 f. |

| | |
|---|---|
| Koenig, Christian/ Braun, Jens-Daniel/ Lekar, Eva Mareike | Erfüllen die Einstandspflichten des Bundes für die betrieblichen Altersversorgungssysteme der privatisierten Bahn- und Postunternehmen den Beihilfentatbestand des Art. 92 EGV?, in: EuZW 1998, S. 5 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | Das PreussenElektra-Urteil des EuGH: Freibrief für Abnahme- und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, in: NVwZ 2001, S. 768 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | EC control of aid granted through State resources, in: EStAL 2002, S. 7 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | EG-Beihilfenrecht, private Sportunternehmen und öffentliche Förderung von Sportinfrastrukturen, in: SpuRT 2002, S. 53 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | EG-beihilfenrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung, in: DÖV 2001, S. 881 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, in: NJW 2000, S. 1065 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | How to cut a long story short: Das PreussenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensystem, in: ZUM 2001, S. 537 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission, in: EuZW 2000, S. 197 ff. |

| | |
|---|---|
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs, in: EuZW 1999, S. 517 ff. |
| Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen | „Totgesagte Vorschriften leben länger" - Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, in: ZHR 166 (2002), S. 656 ff. |
| Koenig, Christian/ Neumann, Andreas | Telekommunikationsrechtliche Optimierung künftiger Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen, in: ZRP 2001, S. 252 ff. |
| Koenig, Christian/ Ritter, Nicolai | Die EG-beihilfenrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen, in: ZIP 2000, S. 769 ff. |
| Koenig, Christian/ Sander, Claude | Die verbrauchervermittelte Unternehmensbegünstigung auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts, in: EuR 2000, S. 743 ff. |
| Koenig, Christian/ Sander, Claude | Zur Beihilfeaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Art. 93 EGV, in: EuZW 1997, S. 363 ff. |
| Könings, Melvin | State Aid for Renewable Energy Sources: A Practical State Aid Manual for Going Green, in: EStAL 2002, S. 19 ff. |
| Kötter, Matthias | Wettlauf der Abgabenpflichtigen? - Zum Versteigerungsverfahren in § 11 Abs. 4 TKG, in: DVBl. 2001, S. 1556 ff. |
| Kopp, Ferdinand O./ Ramsauer, Ulrich | Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, München 2003 |

| | |
|---|---|
| Koppensteiner, Hans-Georg | Das Subventionsverbot im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Baden-Baden 1965 |
| Koschyk, Mirko M. | Steuervergünstigungen als Beihilfen nach Artikel 92 EG-Vertrag, Hamburg 1998 |
| Kruse, Eberhard | Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle - Erwägungen zu einzelnen Verfahrensregelungen und zu Rechtsschutzmöglichkeiten, in: NVwZ 1999, S. 1049 ff. |
| Kruse, Eberhard | Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts, in: NVwZ 2000, S. 721 ff. |
| Kruse, Eberhard | Säumnis der Europäischen Kommission bei der Beihilfenkontrolle und die Rechtsfolgen, in: NVwZ 2001, S. 612 ff. |
| Kuchinke, Björn A./ Schubert, Jens M. | Beihilfen und Krankenhäuser, in: WuW 2002, S. 710 ff. |
| Kühling, Jürgen | Von den Vergütungspflichten des Energieeinspeisungsgesetzes bis zur Deckungsvorsorge des Atomgesetzes: Die deutsche Energierechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts, in: RdE 2001, S. 93 ff. |
| Kühne, Gunther | Anmerkung zum Urteil des vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98, in: JZ 2001, S. 759 ff. |
| Lampert, Thomas | Dezentrale Beihilfenaufsicht durch Konkurrentenklagen vor den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten, in: EWS 2001, S. 357 ff. |

| | |
|---|---|
| Lamping, Wolfram | Selbstverwaltung und Parafiskalität: Die gesetzliche Krankenversicherung im politischen Ausgleich sozialer Risiken, in: Bernhard Blanke, Krankheit und Gemeinwohl, Opladen 1994, S. 75 ff. |
| Lauffer, Peter | Beihilfen für den Steinkohlenbergbau in der Europäischen Union nach 2002, Baden-Baden 1998 |
| Lecheler, Helmut | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98, in: RdE 2001, S. 140 ff. |
| Lefèvre, Dieter | Staatliche Ausfuhrförderung und das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, Baden-Baden 1977 |
| Lehmann, Jens | Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, Berlin 1999 |
| Lehne, Klaus-Heiner/ Haak, Andreas Max | Tariftreuegesetz aus europarechtlicher Perspektive, in: ZfBR 2002, S. 656 ff. |
| Leibrock, Gero | Rechtliche und wirtschaftliche Fragen der EG-Kontrolle staatlicher Beihilfen zu Gunsten der Luftfahrtindustrie, Saarbrücken 1996 |
| Lenz, Carl Otto | EG-Vertrag, Kommentar, 2. Auflage, Köln 1999 |
| Lienemeyer, Max | „Öffentlicher Auftraggeber" im Vergaberecht - das Beispiel der Messegesellschaften, in: EWS 2000, S. 448 ff. |
| Lindner, Berend | Entstehung und Untergang von Körperschaften des öffentlichen Rechts, Frankfurt am Main 2002 |

| | |
|---|---|
| Lindner, Josef Franz | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2001 in der Rs. C-276/99, in: BayVBl. 2002, S. 141 ff. |
| Lindner, Josef Franz | Die EG-Verfahrensverordnung zur gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenkontrolle - Auf dem Weg zu einem allgemeinen Europäischen Verwaltungsrecht?, in: BayVBl. 2002, S. 193 ff. |
| Löhr, Christian | Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und Landesbanken als gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG?, Bochum 2000 |
| Löw, Norbert | Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegenüber Subventionen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 1992 |
| Löwisch, Manfred | Arbeitsrecht, 6. Auflage, Düsseldorf 2002 |
| Lübbig, Thomas | Anmerkung zum Urteil des EuG vom 28. Januar 1999 in der Rs. T-14/96, in: EuZW 1999, S. 671 f. |
| Lübbig, Thomas | Neue Entwicklungen im Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaften, in: WuW 1999, S. 249 ff. |
| Magiera, Siegfried | Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen, in: Jürgen F. Baur, Peter-Christian Müller-Graff, Manfred Zuleeg, Europarecht - Energierecht - Wirtschaftsrecht, Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln 1992, S. 213 ff. |
| Martin-Ehlers, Andrés | Anstaltslast und Gewährträgerhaftung - Much ado about nothing?, in: EWS 2001, S. 263 ff. |

| | |
|---|---|
| Martin-Ehlers, Andrés | Der „Private Investor“ als Maßstab für das Vorliegen staatlicher Beihilfen, in: EWS 1999, S. 244 ff. |
| Martinez Soria, José | Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 04. Juni 2002 in den Rs. C-367/98, C-483/99 und C-503/99, in: DVBl. 2002, S. 1106 ff. |
| Martinez Soria, José | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98, in: DVBl. 2001, S. 882 ff. |
| Matthies, Heinrich | Grundlagen des Subventionsrechts und Kompetenzen aus EG-rechtlicher Sicht, in: ZHR 152 (1988), S. 442 ff. |
| Maurer, Hartmut | Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, München 2002 |
| Meng, Werner | WTO-Subventionsrecht - eine internationale Subventionsordnung mit juristischer Relevanz, in: Rolf Stober, Hanspeter Vogel, Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand, Köln 1999, S. 71 ff. |
| Meyer, Justus | Wirtschaftsprivatrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2001 |
| Michaelis, Lars Oliver | Rückforderung zu Unrecht gezahlter Gemeinschaftsbeihilfen, in: JA 1999, S. 757 ff. |
| Michel, Eva-Maria | Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, Kurzstatement aus der Sicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 55 ff. |

| | |
|---|---|
| Michels, Gabriele | Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, Frankfurt am Main 1997 |
| Mielke, Jürgen | Die Abgrenzung der juristischen Person des öffentlichen Rechts von der juristischen Person des Privatrechts, Hamburg 1965 |
| Modlich, Joachim Johannes | Nationale Infrastrukturmaßnahmen und Art. 92 Absatz 1 EGV, Köln 1996<br>(zitiert: Modlich, Infrastrukturmaßnahmen) |
| Modlich, Joachim Johannes | Nationale Infrastrukturmaßnahmen unter der Beihilfeaufsicht der Art. 92 ff. EGV, in: GewArch 1996, S. 227 ff. |
| Möller, Kim | Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilfenrechts, Berlin 2001 |
| Möschel, Wernhard | Teilprivatiserung der Landesbank Baden-Württemberg (LBBW), in: WM 2001, S. 1009 ff. |
| Montag, Frank | Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, in: NJW 2001, S. 1613 ff. |
| Müller-Graff, Peter-Christian | Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: ZHR 152 (1988), S. 403 ff. |
| Nagel, Bernhard | Ökostrom darf durch Mindestpreise gefördert werden - Zur Entscheidung des EuGH in Sachen PreussenElektra AG/Schleswag AG, in: ZUR 2001, S. 263 ff. |

| | |
|---|---|
| Niedersberg, Jörg | Das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG), in: NVwZ 2001, S. 21 ff. |
| Niemeyer, Hans-Jörg/ Hirsbrunner, Simon | Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 87 EG, in: EuZW 2000, S. 364 ff. |
| Niggemann, Peter | Staatsbürgschaften und Europäisches Beihilferecht, München 2001 |
| Noch, Rainer | Ausschreibungspflicht privater Unternehmen, in: DÖV 1998, S. 623 ff. |
| Noll, Bernd | Die EU-Kommission als Hüterin des Wettbewerbs und Kontrolleur von sektoralen und regionalen Beihilfen, Pforzheim 2001 |
| Nolte, Stefan | Quersubventionen in der deutschen Elektrizitätswirtschaft und deren Vereinbarkeit mit Europäischem Wettbewerbsrecht, Münster 1998 |
| Nordberg, Christian | Unternehmenssanierung durch die öffentliche Hand und EU-Beihilfenrecht, in: ecolex 2000, S. 260 ff. |
| Nowak, Carsten | Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000, in: EuZW 2001, S. 293 ff. |
| Obernolte, Wolfgang | Das EWG-Beihilfenverbot in der Praxis, in: Europäische Wirtschaft 1961, S. 388 ff. |
| Oder, Burak | Das gemeinschaftliche Beihilfenkontrollverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag, Köln 2000 |

| | |
|---|---|
| Oldiges, Martin | Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1996 (1. Teil), in: NVwZ 2001, S. 280 ff. |
| Oldiges, Martin | Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1996 (2. Teil), in: NVwZ 2001, S. 626 ff. |
| Oppermann, Thomas | Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, Berlin 1997 (zitiert: Oppermann, Rundfunkgebühren) |
| Oppermann, Thomas | Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, in: ZUM 1996, S. 656 ff. |
| Ose, Ludwig | Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Recht der EWG, Saarbrücken 1976 |
| Ossenbühl, Fritz | Europarechtliche Beihilfenaufsicht und nationales Gesetzgebungsverfahren, in: DÖV 1998, S. 811 ff. |
| Ossenbühl, Fritz | Staat und Markt in der Verfassungsordnung, in: Dietrich Murswiek, Ulrich Stovost, Heinrich A. Wolff, Staat - Souveränität - Verfassung, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, S. 237 ff. |
| Otten, Ralf Gerhard | Die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen des Art. 92 EGV, in: ZUM 1997, S. 790 ff. |
| Pache, Eckhard | Anmerkung zum Urteil des EuG vom 13. September 1995 in den Rs. T-244/93 und T-486/93, in: EuZW 1996, S. 256 ff. |

| | |
|---|---|
| Pache, Eckhard | Rechtsfragen der Aufhebung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide, in: NVwZ 1994, S. 318 ff. |
| Palandt, Otto | Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2003 |
| Palombini, Camillo Frhr. von | Staatsbürgschaften und Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2000 |
| Palombini, Camillo Frhr. von | Wirtschaftsförderung durch Garantien der öffentlichen Hand, in: ThürVBl. 2001, S. 97 ff. |
| Pape, Hans-Christoph | Staatliche Kapitalbeteiligungen an Unternehmen und das Beihilfeverbot gem. Art. 92 EG-V, Frankfurt am Main 1996 |
| Parish, Matthew | State aid and third parties: a logical paradox?, in: ELR 27 (2002), S. 628 ff. |
| Pautsch, Arne | Die beihilferechtliche Relevanz der UMTS-Vergabe im Ausschreibungsverfahren, in: MMR 2001, S. 423 ff. |
| Pechstein, Matthias | Das Flächenerwerbsprogramm verstößt gegen das EG-Beihilferecht, in: NJW 1999, S. 1429 ff. |
| Pechstein, Matthias | Verbilligte Vergabe forstwirtschaftlicher Flächen und EG-Beihilfenrecht, in: EuZW 1998, S. 671 f. |
| Pechstein, Matthias/ Damm, Andreas | EG-Beihilfeverbot und Flächenerwerbsprogramm des § 3 AusglLeistG, in: EWS 1996, S. 333 ff. |
| Pechtl, Esther M. | Staatliche Kulturförderung contra Beihilfenverbot, Innsbruck 1999 |

| | |
|---|---|
| Perry, Ben | State Aids to the Former East Germany: A Note on the VW/Saxony Case, in: ELR 22 (1997), S. 85 ff. |
| Petersen, Asger | State Aid and the European Union: State Aid in the Light of Trade, Competition, Industrial and Cohesion Policies, in: Ian Harden, State Aid: Community Law and Policy, Köln 1993, S. 20 ff. (zitiert: Petersen, in: State Aid) |
| Pomey, Michel | Traité des fondations d'utilité publique, Paris 1980 |
| Prieß, Hans-Joachim | Sind kommunale Wohnungsunternehmen Auftraggeber i.S. des EG-Vergaberechts? - Zur Neubestimmung des Auftraggeberbegriffs durch den Europäischen Gerichtshof, in: BauR 1999, S. 1354 ff. |
| Pünder, Hermann | Die Förderung alternativer Energiequellen durch das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: NVwZ 1999, S. 1059 ff. |
| Pünder, Hermann | EuGH billigt die Förderung von „Öko-Strom", in: Jura 2001, S. 591 ff. |
| Püttner, Günter | Öffentliche Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht - das Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsregeln und „allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" (Art. 90 Abs. 2 EWGV), in: Peter Eichhorn, Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Band 1, Baden-Baden 1995, S. 13 ff. |
| Quardt, Gabriele | Zur Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, in: EuZW 2002, S. 424 ff. |

| | |
|---|---|
| Quigley, Conor | The Notion of a State Aid in the EEC, in: ELR 13 (1988), S. 242 ff. |
| Quigley, Conor | The scope of Article 92 (1) of the EEC Treaty, in: Ian Harden, State Aid: Community Law and Policy, Köln 1993, S. 28 ff. (zitiert: Quigley, in: State Aid) |
| Raabe, Marius/ Meyer, Niels | Das Erneuerbare-Energien-Gesetz, in: NJW 2000, S. 1298 ff. |
| Raaflaub, Patrick | Subventionsregeln der EU und des GATT, Chur 1994 |
| Randelzhofer, Albrecht A. | Das Kontrollverfahren über staatliche Beihilfen im EG-Vertrag, Bonn 1997 |
| Rapp, Angela | Subventionsrecht, in: AnwBl. 2001, S. 476 ff. |
| Rapp, Gordon/ Bauer, Kilian | Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen im Insolvenzverfahren, in: KTS 2001, S. 1 ff. |
| Rasenack, Christian | Steuersubventionen oder direkte Finanzhilfen?, in: Der Staat 20 (1981), S. 1 ff. |
| Recker, Engelbert | EU-Beihilfenpolitik, Wettbewerb und kommunale Aufgabenerfüllung, in: ZKF 2001, S. 1460 ff. |
| Rehbinder, Eckard | Umweltsichernde Unternehmensorganisation, in: ZHR 165 (2001), S. 1 ff. |
| Reich, Dietmar O./ Helios, Marcus | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 16. Mai 2002 in der Rs. C-482/99, in: EuZW 2002, S. 474 ff. |

| | |
|---|---|
| Reitmaier, Marion-Angela | Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, Kehl am Rhein 1984 |
| Remlinger, Utz | Die Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Rückabwicklung rechtswidriger Beihilfeverhältnisse, Berlin 2001 |
| Rengeling, Hans-Werner | Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften, in: Bodo Börner, Konrad Neundörfer, Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, Köln 1984, S. 23 ff. (zitiert: Rengeling, Beihilferecht) |
| Rengeling, Hans-Werner | Grundlagen des Subventionsrechts und Kompetenzen aus der Sicht von Bund und Ländern, in: ZHR 152 (1988), S. 455 ff. |
| Ress, Georg | Die Zulässigkeit von Kulturbeihilfen in der Europäischen Union, in: Albrecht Randelzhofer, Rupert Scholz, Dieter Wilke, Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 595 ff. |
| Reufels, Martin J. | Europäische Subventionskontrolle durch Private, Köln 1997 |
| Reuter, Alexander | Die Projektfinanzierung öffentlich-rechtlicher Aufgaben aus dem Blickwinkel des Beihilferechts: Public-Private Partnerships nach EuGH-Ferring aus Bankensicht, in: ZIP 2002, S. 737 ff. |
| Richter, Stefan Klaus | Die Unvereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit europäischem Beihilferecht, in: RdE 1999, S. 23 ff. |
| Richter, Thorsten S. | Rückforderung gemeinschaftswidriger Subventionen nach § 48 VwVfG, in: DÖV 1995, S. 846 ff. |

| | |
|---|---|
| Ritgen, Klaus | Stromeinspeisungsgesetz und europäisches Beihilfenaufsichtsrecht, in: RdE 1999, S. 176 ff. |
| Ritter, Nicolai | Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, in: EWS 2000, S. 397 ff. |
| Rittner, Fritz | Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1987 |
| Ritvay, Alexander | Beihilfenpolitik und Kartellrecht der EG: Schnittstellen und Zielkonflikte, Jena 1996 |
| Rodger, Barry J. | State Aid - A Fully Level Playing Field?, in: ECLR 20 (1999), S. 251 ff. |
| Rodi, Michael | Die Subventionsrechtsordnung - Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht, Tübingen 2000 |
| Ronellenfitsch, Michael | Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt, in: VerwArch 2001, S. 293 ff. |
| Rosenstock, Manfred | Die Kontrolle und Harmonisierung nationaler Beihilfen durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1995 |
| Ross, Malcolm | Case law: Joined cases C-329/93, C-62/95 and C-63/95, in: CML Rev. 34 (1997), S. 1293 ff. |
| Ross, Malcolm | State aids and national courts: Definitions and other problems - a case of premature emancipation?, in: CML Rev. 37 (2000), S. 401 ff. |

| | |
|---|---|
| Roth, Wulf-Henning | Kreditsicherung und Beihilfenrecht, in: Christian Koenig, Wulf-Henning Roth, Wolfgang Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 133 ff. (zitiert: Roth, in: EG-Beihilfenrecht) |
| Ruge, Reinhard | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 22. November 2001 in der Rs. C-53/00, in: EuZW 2002, S. 50 ff. |
| Ruge, Reinhard | Das Beihilfe-Merkmal der staatlichen Zurechenbarkeit in der Rechtsprechung des EuGH am Beispiel des Stromeinspeisungsgesetzes, in: WuW 2001, S. 560 ff. |
| Ruge, Reinhard | Deutsches Stromeinspeisungsgesetz enthält keine Beihilferegelung, in: EuZW 2001, S. 247 f. |
| Rydelski, Michael Sánchez | EG und WTO Antisubventionsrecht, Baden-Baden 2001 |
| Rydelski, Michael Sánchez | Umweltschutzbeihilfen, in: EuZW 2001, S. 458 ff. |
| Säcker, Franz Jürgen | Zur wirtschafts- und sozialverfassungsrechtlichen Problematik parafiskalischer Sonderabgaben - dargestellt am Beispiel des § 17a WasserentnahmeG BW und des § 128 AFG, in: ZfS 1988, S. 449 ff. |
| Salje, Peter | Die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, in: RIW 1998, S. 186 ff. |
| Sasserath, Natascha | Schadensersatzansprüche von Konkurrenten zur Effektivierung der Beihilfekontrolle, Berlin 2001 |
| Schaefer, Klaus/ Kreile, Johannes/ Gerlach, Sascha | Nationale Filmförderung: Einfluss und Grenzen des europäischen Rechts, in: ZUM 2002, S. 182 ff. |

| | |
|---|---|
| Schalast, Christoph/ Hermonies, Felix | Kraft-Wärme-Kopplung und EU-Beihilfeverbot, in: ET 2000, S. 688 ff. |
| Schardt, Ramona | Öffentliche Aufträge und das Beihilferegime des Gemeinschaftsrechts, Jena 2002 |
| Schellhaaß, Horst-Manfred | Ist die Rundfunkgebühr eine unzulässige Beihilfe? Eine ökonomische Analyse, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 41 ff. (zitiert: Schellhaaß, Rundfunkgebühr) |
| Schellhaaß, Horst-Manfred | Podiumsdiskussion, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 89 f. und S. 93 f. |
| Scherer, Peter/ Schödermeier, Martin | Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, in: ZBB 1996, S. 165 ff. |
| Schernthanner, Martina | Das materielle Beihilfeaufsichtsrecht nach dem EWG-Vertrag, Wien 1993 |
| Schina, Despina | State Aids under the EEC Treaty, Articles 92 to 94, Oxford 1987 |
| Schlotke, Helmut | Die hoheitliche Einflussnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen, Tübingen 1968 |
| Schmid, Kathrin/ Vollmöller, Tobias | Öffentlichrechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, in: NJW 1998, S. 716 ff. |

| | |
|---|---|
| Schmid, Tobias | Die Vergabe von Wirtschaftssubventionen und strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß § 264 StGB (Subventionsbetrug), Frankfurt am Main 1994 |
| Schmittmann, Jens | Podiumsdiskussion, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 80 ff. und S. 96 f. |
| Schneider, Hannes/ Busch, Torsten | Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, in: EuZW 1995, S. 602 ff. |
| Schneider, Jens-Peter | Neuere Entwicklungen im europäischen Beihilfeaufsichtsrecht, in: Rolf Stober, Hanspeter Vogel, Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand, Köln 1999, S. 41 ff. |
| Schnelle, Ulrich/ Bartosch, Andreas | Umfang und Grenzen des EG-wettbewerbsrechtlichen Verbots der Quersubventionierung, in: EWS 2001, S. 411 ff. |
| Schoch, Frank | Unbestimmte Rechtsbegriffe im Rahmen des GATT: Eine Untersuchung anhand der Regelungen über Dumping und Subventionen, Frankfurt am Main 1994 |
| Schön, Wolfgang | Steuerliche Beihilfen, in: Christian Koenig, Wulf-Henning Roth, Wolfgang Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 106 ff. (zitiert: Schön, in: EG-Beihilfenrecht) |
| Schön, Wolfgang | Taxation and state aid law in the European Union, in: CML Rev. 36 (1999), S. 911 ff. |

| | |
|---|---|
| Schohe, Gerrit/ Christoph, Arhold | Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1998-2002, in: EStAL 2002, S. 33 ff. |
| Schohe, Gerrit/ Hoenike, Mark | Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997, in: EuZW 1997, S. 741 ff. |
| Scholz, Rupert | Staatliche Sicherheitsverantwortung zu Lasten Privater?, in: Rudolf Wendt, Wolfram Höfling, Ulrich Karpen, Martin Oldiges, Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 439 ff. |
| Schroeder, Dirk | Kurzkommentar zum Urteil des EuGH vom 15. März 1994 in der Rs. C-387/92, in: EWiR 1994, S. 565 f. |
| Schroeder, Werner | Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und das EG-Beihilfenrecht, in: EWS 2002, S. 174 ff. |
| Schroeder, Werner | Rechtsprobleme der Beihilfekontrolle durch die EU-Kommission, in: ZIP 1996, S. 2097 ff. |
| Schroeder, Werner | Vernünftige Investition oder Beihilfe? - Gemeinschaftsrechtliche Optionen zur Finanzierung öffentlicher Unternehmen, in: ZHR 161 (1997), S. 805 ff. |
| Schubert, Jörg | Privatisierungen und öffentliches Vergaberecht, in: WuW 2001, S. 254 ff. |
| Schütte, Michael/ Hix, Jan-Peter | The application of the EC state aid rules to privatization: The East German example, in: CML Rev. 32 (1995), S. 215 ff. |

| | |
|---|---|
| Schütte, Michael/ Kichhoff, Wolfgang | Staatliche Bürgschaften und EG-Beihilferecht, in: EWS 1996, S. 189 ff. |
| Schütterle, Peter | Die Beihilfenkontrollpraxis der Europäischen Kommission im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, in: EuZW 1995, S. 391 ff. |
| Schütterle, Peter | EG-Beihilfenkontrolle und kommunale Grundstücksverkäufe, in: EuZW 1993, S. 625 ff. |
| Schütterle, Peter | State aid control - An accession criterion, in: CML Rev. 39 (2002), S. 577 ff. |
| Schütz, Charlotte | Die Eingliederung der ehemaligen DDR in die Europäische Gemeinschaft unter dem Aspekt der staatlichen Beihilfen, Frankfurt am Main 1994 |
| Schwarz, Andreas | Subventionen in Mittel- und Osteuropa, Theoretische und wirtschaftspolitische Analyse vor dem Hintergrund des Beitritts zur Europäischen Union, Köln 2001 |
| Schwarze, Jürgen | Der Staat als Adreassat des europäischen Wettbewerbsrechts, in: EuZW 2000, S. 613 ff. |
| Schwarze, Jürgen | Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, in: EuZW 2000, S. 133 ff. |
| Schwarze, Jürgen | EU-Kommentar, 1. Auflage, Baden-Baden 2000 (zitiert: Schwarze - Bearbeiter) |
| Schweitzer, Michael/ Hummer, Waldemar | Europarecht, 5. Auflage, Neuwied 1996 |

| | |
|---|---|
| Sedemund, Joachim | Neuere Entwicklungen im Beihilfetatbestand, in: Thomas von Danwitz, Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht, Stuttgart 2000, S. 31 ff. |
| Sellnick, Hans-Joachim | Die rechtliche Zulässigkeit von Subventionen im Lichte nationalen und europäischen Rechts, in: ThürVBl. 2000, S. 173 ff. |
| Selmer, Peter | Die parafiskalischen Abgaben im Spannungsfeld von nationalem Recht und europäischem Gemeinschaftsrecht, in: DStZ/A 1975, S. 396 ff. |
| Selmer, Peter/ Gersdorf, Hubertus | Die Finanzierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand des EG-Beihilferegimes, Berlin 1994 |
| Siekmann, Ruthardt | Staatliches Haushaltsrecht, Köln 1982 |
| Simon, Stephan | Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die EG-Wettbewerbspolitik, in: Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, München 1998, S. 61 ff. |
| Sinnaeve, Adinda | Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, Berlin 1997 |
| Sinz, Gerhard Benedikt | Die staatliche Wirtschaftsförderung im Gebiet der neuen Bundesländer, Rechtsgrundlagen und Praxis unter besonderer Berücksichtigung des EG-Beihilferechts, München 1993 |

| | |
|---|---|
| Slot, Piet Jan | Procedural Law of State Aids, in: Ian Harden, State Aid: Community Law and Policy, Köln 1993, S. 36 ff. (zitiert: Slot, in: State Aid) |
| Slotboom, Marco M. | State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?, in: ELR 20 (1995), S. 289 ff. |
| Soltész, Ulrich | Augen auf beim „Asset Deal"! - Beihilferechtliche Haftung des Erwerbers von Betriebsvermögen, in: BB 2001, S. 1049 ff. |
| Soltész, Ulrich | Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegen gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen vor nationalen Gerichten, in: EuZW 2001, S. 202 ff. |
| Soltész, Ulrich | Die „Belastung des Staatshaushalts" als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S.d. Art. 92 I EGV, in: EuZW 1998, S. 747 ff. |
| Soltész, Ulrich | Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht, in: EuZW 2001, S. 107 ff. |
| Soltész, Ulrich/ Makowski, Gösta Christian | Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe i.S. von Art. 87 I EG, in: EuZW 2003, S. 73 ff. |
| Soukup, Karl | Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht der EU, Wien 1995 |
| Sproll, Hans-Dieter | Allgemeines Verwaltungsrecht I, München 1997 |

| | |
|---|---|
| Spuller, Gábor | Wettbewerb des Öffentlichen Personennahverkehrs im Rahmen der EG-Beihilfenkontrolle, in: LKV 2001, S. 252 ff. |
| Staebe, Erik | Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen vor europäischen und deutschen Gerichten, Berlin 2001 |
| Stein, Edgar/ Martius, Alexander | Kommunale Wirtschaftsförderung und Europäisches Beihilferecht, in: Städtetag 1998, S. 362 ff. |
| Steindorff, Ernst | Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften, in: EuZW 1997, S. 7 ff. |
| Stern, Klaus | Die kommunalen Sparkassen im Visier der Europäischen Kommission, in: Gerhard Seiler, Gelebte Demokratie, Festschrift für Manfred Rommel, Köln 1997, S. 211 ff. |
| Stobbe, Alfred | Volkswirtschaftliches Rechnungswesen, 8. Auflage, Berlin 1994 |
| Stolba, Matthias | Europäisierung staatlicher Beihilfen, Frankfurt am Main 1999 |
| Streinz, Rudolf | Abgabenbefreiung für Großhändler als Ausgleich für gemeinwirtschaftliche Pflichten keine Beihilfe, in: JuS 2002, S. 492 f. |
| Streinz, Rudolf | Begriff der Beihilfe - Nachlässigkeit beim Einzug geschuldeter Sozialversicherungsbeiträge und Zahlungserleichterungen; Zulässigkeit von Vorlagen, in: JuS 2000, S. 487 f. |

| | |
|---|---|
| Streinz, Rudolf | Begriff der Beihilfe - Nachlass bei Sozialversicherungsbeiträgen, in: JuS 2000, S. 390 ff. |
| Streinz, Rudolf | Deutsches Stromeinspeisungsgesetz keine Beihilferegelung, in: JuS 2001, S. 596 ff. |
| Streinz, Rudolf | Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2001 |
| Streinz, Rudolf | Steuervergünstigung als rechtswidrige Beihilfe, in: JuS 2001, S. 599 f. |
| Sura, Martin | Begriff des öffentlichen Auftraggebers, in: EuZW 1999, S. 19 f. |
| Sutter, Franz Philipp | Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 08. November 2001 in der Rs. C-143/99, in: EuZW 2002, S. 215 ff. |
| Thies, Martin | Zur Situation der gemeindlichen Selbstverwaltung im europäischen Einigungsprozess, unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des EG-Vertrages über staatliche Beihilfen und der EG-Umweltpolitik, Frankfurt am Main 1995 |
| Thöni, Erich/<br>Ciresa, Meinhard | Österreich und das Beihilfeaufsichtsrecht der EG, Wien 1990 |
| Thode, Bernd/<br>Peres, Holger | Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht, in: VerwArch 1998, S. 439 ff. |
| Tilmann, Winfried/<br>Schreibauer, Marcus | Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, in: GRUR 2002, S. 212 ff. |

| | |
|---|---|
| Tollmann, Claus | Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften vor dem Hintergrund des EG-Beihilfeverbots, in: WM 2000, S. 2030 ff. |
| Traupel, Tobias | Wirtschaftsförderung und EG-beihilferechtliche Probleme aus der Perspektive eines Bundeslandes, in: Christian Koenig, Wulf-Henning Roth, Wolfgang Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 97 ff. (zitiert: Traupel, in: EG-Beihilfenrecht) |
| Trautwein, Thomas | Kommunale Wirtschaftsförderung und gemeinschaftsrechtliches Beihilfenrecht, in: BayVBl. 1996, S. 230 ff. |
| Tremmel, Ernst | Beihilferecht, Warenverkehrsfreiheit und Ökostromförderung, in: ecolex 2001, S. 573 ff. |
| Tryantafyllou, Dimitris | Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht, in: DÖV 1999, S. 51 ff. |
| Tryantafyllou, Dimitris | L'encadrement communautaire du financement du service public, in: RTD Eur. 35 (1999), S. 21 ff. |
| Ulmer, Peter | Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen - noch zeitgemäß?, in: ZHR 166 (2002), S. 271 ff. |
| Verhoeven, Amaryllis | Privatisation and EC Law: Is the European Commission „neutral" with respect to public versus private ownership of companies?, in: ICLQ 45 (1996), S. 861 ff. |
| Vetter, Andrea | Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NVwZ 2001, S. 745 ff. |

| | |
|---|---|
| Vogel, Hans-Gert | Öffentliche Kreditinstitute und EU-Beihilferecht, in: ZBB 2001, S. 103 ff. |
| Vogel, Klaus | Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg 1990, S. 3 ff. |
| Vogt, Gerhard | Staatliches Haushaltsrecht, in: Franz Klein, Lehrbuch des öffentlichen Finanzrechts, Neuwied 1987, S. 117 ff. |
| Vogt, Katharina | Rechtsprobleme der europäischen Beihilfenaufsicht, Frankfurt am Main 2000 |
| Wägenbaur, Rolf | Subventionsbericht der Kommission - Neues aus dem Beihilfensektor, in: ZRP 2002, S. 46 |
| Waelbroeck, Michel/ Frignani, Aldo | Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE, Volume 4: Concurrence, Brüssel 1997 |
| Wagner, Anne | Die Stellung des Wettbewerbers im Beihilfenaufsichtsverfahren der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 2001 |
| Wallenberg, Gabriela von | Anmerkung zum Urteil des EuG vom 10. Mai 2000 in der Rs. T-46/97, in: MMR 2001, S. 103 ff. |
| Wallenberg, Gabriela von | Die Vereinbarkeit der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten mit Art. 92 EGV, in: Albrecht Randelzhofer, Rupert Scholz, Dieter Wilke, Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 867 ff. |
| Weber, Hermann | Steuererlass und Steuerstundung als Subvention, Berlin 1980 |

| | |
|---|---|
| Weerth, Jan de | EG-Recht und direkte Steuern - Jahresüberblick 2000, in: RIW 2001, S. 443 ff. |
| Weidemann, Clemens/ Otting, Olaf | Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers i.S. der Dienstleistungsrichtlinie, in: EWS 1999, S. 41 ff. |
| Welser, Marcus von | Grundzüge des Europäischen Beihilfenkontrollrechts, in: JA 2002, S. 240 ff. |
| Wendling, Karl | Die Beihilfenentscheidung der Kommission zum Flächenerwerbsprogramm nach dem EALG, in: EuZW 1999, S. 293 ff. |
| Wessely, Thomas W. | Kurzkommentar zum Urteil des EuGH vom 29. Juni 1999 in der Rs. C-256/97, in: EWiR 1999, S. 1115 f. |
| Wessely, Thomas W. | Kurzkommentar zum Urteil des EuGH vom 12. Oktober 2000 in der Rs. C-480/98, in: EWiR 2001, S. 425 f. |
| Wieberneit, Bernd | Europarechtlicher Rahmen für Umweltsubventionen: Grundlagen, Bestand und Perspektiven, Berlin 1997 |
| Wiesel, Ernst | Sparkassen und Landesbanken auf dem Prüfstand des europäischen Wettbewerbsrechts, in: ZBB 2002, S. 288 ff. |
| Wiesner, Herbert | Öffentliche Finanzwirtschaft I, Haushaltsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 1992 |
| Winter, Johannes Albertus | Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht, Deventer 1981 |
| Winterfeld, Jörn W. | Grenzen des Handelns juristischer Personen des öffentlichen Rechts im Privatrechtsverkehr, Bonn 1986 |

| | |
|---|---|
| Wishlade, Fiona G. | Competition Policy or Cohesion Policy by the Back Door? The Commission Guidelines on National Regional Aid, in: ECLR 19 (1998), S. 343 ff. |
| Witthohn, Alexander/ Smeddinck, Ulrich | Die EuGH-Rechtsprechung zum Stromeinspeisungsgesetz - ein Beitrag zum Umweltschutz?, in: ET 2001, S. 466 ff. |
| Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf | Verwaltungsrecht, Band I, 11. Auflage, München 1999 |
| Woll, Artur | Wirtschaftslexikon, 8. Auflage, München 1996 |
| ohne Verf. | Beschwerde der privaten Banken - Die Gegenargumente, in: Die Sparkassenzeitung Nr. 52 vom 28. Juli 2000, S. 4 (zitiert: DSZ Nr. 52 vom 28. Juli 2000, S. 3) |
| ohne Verf. | Beschwerde der privaten Banken - Die Erwiderung, in: Die Sparkassenzeitung Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3 (zitiert: DSZ Nr. 6 vom 09. Februar 2001, S. 3) |

# Verzeichnis der zitierten Entscheidungen des EuGH und des EuG


**1961**

Entscheidung in der Rs. 30/59 vom 23. Februar 1961 [De Gezamenlijke Steenkolemijnen/Hohe Behörde], in: EuGH Slg. 1961, S. 1 ff.

**1963**

Entscheidung in der Rs. 26/62 vom 05. Februar 1963 [van Gend und Loos], in: EuGH Slg. 1963, S. 5 ff.

**1964**

Entscheidung in der Rs. 6/64 vom 15. Juli 1964 [Costa/ENEL], in: EuGH Slg. 1964, S. 1251 ff.

**1969**

Entscheidung in den Rs. 6/69 und 11/69 vom 10. Dezember 1969 [Kommission/Frankreich], in: EuGH Slg. 1969, S. 523 ff.

**1974**

Entscheidung in der Rs. 173/73 vom 02. Juli 1974 [Italien/Kommission], in: EuGH Slg. 1974, S. 709 ff.

Entscheidung in der Rs. 8/74 vom 11. Juli 1974 [Dassonville], in: EuGH Slg. 1974, S. 837 ff.

**1975**

Entscheidung in der Rs. 94/74 vom 18. Juni 1975 [IGAV/ENCC], in: EuGH Slg. 1975, S. 699 ff.

**1977**

Entscheidung in der Rs. 52/76 vom 03. Februar 1977 [Benedetti/Munari], in: EuGH Slg. 1977, S. 163 ff.

Entscheidung in der Rs. 74/76 vom 22. März 1977 [Ianelli und Volpi/Meroni], in: EuGH Slg. 1977, S. 557 ff.

Entscheidung in der Rs. 78/76 vom 22. März 1977 [Steinike und Weinlig/Deutschland], in: EuGH Slg. 1977, S. 595 ff.

Entscheidung in der Rs. 13/77 vom 16. November 1977 [INNO/ATAB], in: EuGH Slg. 1977, S. 2115 ff.

**1978**

Entscheidung in der Rs. 82/77 vom 24. Januar 1978 [van Tiggele], in: EuGH Slg. 1978, S. 25 ff.

**1980**

Entscheidung in der Rs. 265/78 vom 05. März 1980 [Ferwerda], in: EuGH Slg. 1980, S. 617 ff.

Entscheidung in der Rs. 61/79 vom 27. März 1980 [Denkavit], in: EuGH Slg. 1980, S. 1205 ff.

Entscheidung in der Rs. 72/79 vom 24. April 1980 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1980, S. 1411 ff.

Entscheidung in der Rs. 73/79 vom 21. Mai 1980 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1980, S. 1533 ff.

Entscheidung in der Rs. 811/79 vom 10. Juli 1980 [Ariete], in: EuGH Slg. 1980, S. 2545 ff.

Entscheidung in der Rs. 826/79 vom 10. Juli 1980 [MIRECO], in: EuGH Slg. 1980, S. 2559 ff.

Entscheidung in der Rs. 730/79 vom 17. September 1980 [Philip Morris/Kommission], in: EuGH Slg. 1980, S. 2671 ff.

**1982**

Entscheidung in den Rs. 146/81, 192/81 und 193/81 vom 06. Mai 1982 [BayWa u.a./BALM], in: EuGH Slg. 1982, S. 1503 ff.

Entscheidung in den Rs. 188/80 bis 190/80 vom 06. Juli 1982 [Frankreich u.a./Kommission („Transparenzrichtlinie")], in: EuGH Slg. 1982, S. 2545 ff.

Entscheidung in der Rs. 119/81 vom 07. Juli 1982 [Klöckner-Werke/Kommission], in: EuGH Slg. 1982, S. 2627 ff.

Entscheidung in den Rs. 213/81 bis 215/81 vom 13. Oktober 1982 [Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor u.a./BALM], in: EuGH Slg. 1982, S. 3583 ff.

Entscheidung in der Rs. 249/81 vom 24. November 1982 [Kommission/Irland („Buy Irish")], in: EuGH Slg. 1982, S. 4005 ff.

**1983**

Entscheidung in der Rs. 203/82 vom 14. Juli 1983 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1983, S. 2525 ff

Entscheidung in der Rs. 171/83 R vom 20. September 1983 [Kommission/Frankreich], in: EuGH Slg. 1983, S. 2621 ff.

Entscheidung in den Rs. 205/82 bis 215/82 vom 21. September 1982 [Deutsche Milchkontor u.a./Deutschland], in: EuGH Slg. 1983, S. 2633 ff.

**1984**

Entscheidung in der Rs. 323/82 vom 14. November 1984 [Intermills/Kommission], in: EuGH Slg. 1984, S. 3809 ff.

**1985**

Entscheidung in der Rs. 231/83 vom 29. Januar 1985 [Cullet/Leclerc], in: EuGH Slg. 1985, S. 305 ff.

Entscheidung in der Rs. 290/83 vom 30. Januar 1985 [Kommission/Frankreich („CNCA")], in: EuGH Slg. 1985, S. 439 ff.

Entscheidung in der Rs. 240/83 vom 07. Februar 1985 [ADBHU („Altölbeseitigung")], in: EuGH Slg. 1985, S. 531 ff.

Entscheidung in den Rs. 296/82 und 318/82 vom 13. März 1985 [Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission], in: EuGH Slg. 1985, S. 809 ff.

Entscheidung in der Rs. 18/84 vom 07. Mai 1985 [Kommission/Frankreich], in: EuGH Slg. 1985, S. 1339 ff.

Entscheidung in der Rs. 34/84 vom 25. September 1985 [Procureur de la République/Leclerc], in: EuGH Slg. 1985, S. 2915 ff.

**1986**

Entscheidung in der Rs. 52/84 vom 15. Januar 1986 [Kommission/Belgien], in: EuGH Slg. 1986, S. 89 ff.

Entscheidung in der Rs. 103/84 vom 05. Juni 1986 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1986, S. 1759 ff.

Entscheidung in der Rs. 234/84 vom 10. Juli 1986 [Belgien/Kommission], in: EuGH Slg. 1986, S. 2263 ff.

Entscheidung in der Rs. 40/85 vom 10. Juli 1986 [Belgien/Kommission], in: EuGH Slg. 1986, S. 2321 ff.

**1987**

Entscheidung in der Rs. 310/85 vom 24. Februar 1987 [Deufil/Kommission], in: EuGH Slg. 1987, S. 901 ff.

Entscheidung in der Rs. 5/86 vom 09. April 1987 [Kommission/Belgien], in: EuGH Slg. 1987, S. 1773 ff.

Entscheidung in der Rs. 118/85 vom 16. Juni 1987 [Kommission/Italien („AAMS")], in: EuGH Slg. 1987, S. 2599 ff.

Entscheidung in der Rs. 248/84 vom 14. Oktober 1987 [Deutschland/Kommission], in: EuGH Slg. 1987, S. 4013 ff.

Entscheidung in der Rs. 259/85 vom 11.November 1987 [Frankreich/Kommission], in: EuGH Slg. 1987, S. 4393 ff.

**1988**

Entscheidung in den Rs. 67/85, 68/85 und 70/85 vom 02. Februar 1988 [van der Kooy/Kommission („Gasunie")], in: EuGH Slg. 1988, S. 219

Entscheidung in den Rs. 62/87 und 72/87 vom 08. März 1988 [Exécutif régional wallon und Glaverbel/Kommission], in: EuGH Slg. 1988, S. 1573 ff.

Entscheidung in der Rs. 57/86 vom 07. Juni 1988 [Griechenland/Kommission], in: EuGH Slg. 1988, S. 2855 ff.

Entscheidung in der Rs. 31/87 vom 20. September 1988 [Beentjes/Niederlande], in: EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff.

Entscheidung in den Rs. 106/87 bis 120/87 vom 27. September 1988 [Asteris u.a./Griechenland u.a.], in: EuGH Slg. 1988, S. 5515 ff.

**1989**

Entscheidung in der Rs. 94/87 vom 02. Februar 1989 [Kommission/Deutschland („Alcan")], in: EuGH Slg. 1989, S. 175 ff.

**1990**

Entscheidung in der Rs C-301/87 vom 14. Februar 1990 [Frankreich/Kommission („Boussac Saint Frères")], in: EuGH Slg. 1990, S. I-307

Entscheidung in der Rs. C-21/88 vom 20. März 1990 [Du Pont de Nemours Italiana], in: EuGH Slg. 1990, S. I-889 ff.

Entscheidung in der Rs. C-142/87 vom 21. März 1990 [Belgien/Kommission („Tubemeuse")], in: EuGH Slg. 1990, S. I-959 ff.

Entscheidung in der Rs. C-169/84 vom 12. Juli 1990 [CDF Chimie AZF u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1990, S. I-3083 ff.

Entscheidung in der Rs. C-5/89 vom 20. September 1990 [Kommission/Deutschland („BUG Alutechnik")], in: EuGH Slg. 1990, S. I-3437 ff.

**1991**

Entscheidung in der Rs. C-303/88 vom 21. März 1991 [Italien/Kommission („ENI/Lanerossi")], in: EuGH Slg. 1991, S. I-1433 ff.

Entscheidung in der Rs. C-305/89 vom 21. März 1991 [Italien/Kommission („Alfa Romeo")], in: EuGH Slg. 1991, S. I-1603 ff.

Entscheidung in der Rs. C-287/89 vom 07. Mai 1991 [Kommission/Belgien], in: EuGH Slg. 1991, S. I-2233 ff.

Entscheidung in der Rs. C-263/85 vom 16. Mai 1991 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1991, S. I-2457 ff.

Entscheidung in der Rs. C-351/88 vom 11. Juli 1991 [Laboratori Bruneau], in: EuGH Slg. 1991, S. I-3641 ff.

Entscheidung in der Rs. C-261/89 vom 03. Oktober 1991 [Italien/Kommission], in: EuGH Slg. 1991, S. I-4437 ff.

Entscheidung in der Rs. C-354/90 vom 21. November 1991 [Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires]; in: EuGH Slg. 1991, S. I-5505 ff.

**1992**

Entscheidung in der Rs. C-294/90 vom 04. Februar 1992 [British Aerospace und Rover/Kommission], in: EuGH Slg. 1992, S. I-493 ff.

Entscheidung in den Rs. C-78/90 bis C-83/90 vom 11. März 1992 [Compagnie commerciale de l'Ouest u.a.], in: EuGH Slg. 1992, S. I-1847 ff.

Entscheidung in den Rs. C-149/91 und 150/91 vom 11. Juni 1992 [Sanders Adour u.a], in: EuGH Slg. 1992, S. I-3899 ff.

Entscheidung in der Rs. C-17/91 vom 16. Dezember 1992 [Lornoy u.a.], in: EuGH Slg. 1992, S. I-6523 ff.

Entscheidung in der Rs. C-114/91 vom 16. Dezember 1992 [Claeys], in: EuGH Slg. 1992, S. I-6559 ff.

Entscheidung in den Rs. C-144/91 und C-145/91 vom 16. Dezember 1992 [Demoor u.a.], in: EuGH Slg. 1992, S. I-6613 ff.

**1993**

Entscheidung in den Rs. C-72/91 und C-73/91 vom 17. März 1993 [Sloman Neptun], in: EuGH Slg. 1993, S. I-887 ff.

Entscheidung in der Rs. C-183/91 vom 10. Juni 1993 [Kommission/Griechenland], in: EuGH Slg. 1993, S. I-3131 ff.

Entscheidung in der Rs. C-225/91 vom 15. Juni 1993 [Matra/Kommission], in: EuGH Slg. 1993, S. I-3203 ff.

Entscheidung in der Rs. C-266/91 vom 02. August 1993 [CELBI], in: EuGH Slg. 1993, S. I-4337 ff.

Entscheidung in der Rs. C-72/92 vom 27. Oktober 1993 [Scharbatke/Deutschland], in: EuGH Slg. 1993, S. I-5509 ff.

Entscheidung in der Rs. C-2/91 vom 17. November 1993 [Meng], in: EuGH Slg. 1993, S. I-5751 ff.

Entscheidung in der Rs. C-189/91 vom 30. November 1993 [Kirsammer-Hack], in: EuGH Slg. 1993, S. I-6185 ff.

**1994**

Entscheidung in der Rs. C-188/92 vom 09. März 1994 [TWD Textilwerke Deggendorf], in: EuGH Slg. 1994, S. I-833 ff.

Entscheidung in der Rs. C-387/92 vom 15. März 1994 [Banco Exterior de Espana], in: EuGH Slg. 1994, S. I-877 ff.

Entscheidung in den Rs. C-324/90 und C-342/90 vom 13. April 1994 [Deutschland und Pleuger Worthington/Kommission], in: EuGH Slg. 1994, S. I-1173 ff.

Entscheidung in der Rs. C-44/93 vom 09. August 1994 [Namur-Les assurances du crédit], in: EuGH Slg. 1994, S. I-3829 ff.

Entscheidung in den Rs. C-278/92 bis C-280/92 vom 14. September 1994 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 1994, S. I-4103 ff.

Entscheidung in der Rs. C-42/93 vom 14. September 1994 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 1994, S. I-4175 ff.

Entscheidung in der Rs. C-47/91 vom 05. Oktober 1994 [Italien/Kommission], in: EuGH Slg. 1994, S. I-4635 ff.

**1995**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-349/93 vom 23. Februar 1995 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1995, S. I-343 ff.

Entscheidung in der Rs. C-348/93 vom 04. April 1995 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1995, S. I-673 ff.

Entscheidung in der Rs. C-350/93 vom 04. April 1995 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1995, S. I-699 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-459/93 vom 08. Juni 1995 [Siemens/Kommission], in: EuGH Slg. 1995, S. II-1675 ff.

Entscheidung in den Rs. T-244/93 und T-486/93 vom 13. September 1995 [TWD/Kommission], in: EuGH Slg. 1995, S. II-2265 ff.

Entscheidung in der Rs. T-471/93 vom 18. September 1995 [Tiercé Ladbroke/Kommission], in: EuGH Slg. 1995, S. II-2537 ff.

Entscheidung in der Rs. T-95/94 vom 28. September 1995 [Sytraval und Brink's France/Kommission], in: EuGH Slg. 1995, S. II-2651 ff.

**1996**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-56/93 vom 29. Februar 1996 [Belgien/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. I-723 ff.

Entscheidung in der Rs. C-39/94 vom 11. Juli 1996 [SFEI u.a./La Poste], in: EuGH Slg. 1996, S. I-3547 ff.

Entscheidung in der Rs. C-241/94 vom 26. September 1996 [Frankreich/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. I-4551 ff.

Entscheidung in den Rs. C-329/93, C-62/95 und C-63/95 vom 24. Oktober 1996 [Deutschland u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. I-5151 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-277/94 vom 22. Mai 1996 [AITEC/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. II-351 ff.

Entscheidung in der Rs. T-107/96 R vom 21. Oktober 1996 [Pantochim/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. II-1363 ff.

Entscheidung in der Rs. T-154/94 vom 22. Oktober 1996 [CSF und CSME/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. II-1377 ff.

Entscheidung in der Rs. T-358/94 vom 12. Dezember 1996 [Air France/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. II-2109 ff.

Entscheidung in der Rs. T-164/96 R vom 17. Dezember 1996 [Moccia Irme/Kommission], in: EuGH Slg. 1996, S. II-2261 ff.

**1997**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-24/95 vom 20. März 1997 [Alcan], in: EuGH Slg. 1997, S. I-1591 ff.

Entscheidung in der Rs. C-278/95 P vom 15. Mai 1997 [Siemens/Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. I-2507 ff.

Entscheidung in der Rs. C-355/95 P vom 15. Mai 1997 [TWD/Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. I-2549 ff.

Entscheidung in der Rs. C-157/94 vom 23. Oktober 1997 [Kommission/Niederlande], in: EuGH Slg. 1997, S. I-5699 ff.

Entscheidung in der Rs. C-158/94 vom 23. Oktober 1997 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1997, S. I-5789 ff.

Entscheidung in der Rs. C-159/94 vom 23. Oktober 1997 [Kommission/Frankreich], in: EuGH Slg. 1997, S. I-5815 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-106/95 vom 27. Februar 1997 [FFSA u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. II-229 ff.

Entscheidung in der Rs. T-239/94 vom 24. Oktober 1997 [EISA/Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. II-1839 ff.

Entscheidung in der Rs. T-243/94 vom 24. Oktober 1997 [British Steel/Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. II-1887 ff.

Entscheidung in der Rs. T-244/94 vom 24. Oktober 1997 [Wirtschaftsvereinigung Stahl u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. II-1963 ff.

Entscheidung in der Rs. T-149/95 vom 05. November 1997 [Ducros/Kommission], in: EuGH Slg. 1997, S. II-2031 ff.

**1998**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-44/96 vom 15. Januar 1998 [Mannesmann], in: EuGH Slg. 1998, S. I-73 ff.

Entscheidung in der Rs. C-280/95 vom 29. Januar 1998 [Kommission/Italien], in: EuGH Slg. 1998, S. I-259 ff.

Entscheidung in der Rs. C-174/97 P vom 25. März 1998 [FFSA u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. I-1303 ff.

Entscheidung in der Rs. C-367/95 P vom 02. April 1998 [Kommission/Sytraval und Brink's France], in: EuGH Slg. 1998, S. I-1719 ff.

Entscheidung in den Rs. C-52/97 bis C-54/97 vom 07. Mai 1998 [Viscido u.a.], in: EuGH Slg. 1998, S. I-2629 ff.

Entscheidung in der Rs. C-366/95 vom 12. Mai 1998 [Steff-Houlberg Export u.a.], in: EuGH Slg. 1998, S. I-2661 ff.

Entscheidung in der Rs. C-48/96 P vom 14. Mai 1998 [Windpark Groothusen/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. I-2873 ff.

Entscheidung in der Rs. C-132/95 vom 19. Mai 1998 [Jensen und Korn- og Foderstofkompagniet], in: EuGH Slg. 1998, S. I-2975 ff.

Entscheidung in der Rs. C-298/96 vom 16. Juli 1998 [Ölmühle Hamburg], in: EuGH Slg. 1998, S. I-4767 ff.

Entscheidung in der Rs. C-360/96 vom 10. November 1998 [BFI Holding], in: EuGH Slg. 1998, S. I-6821 ff.

Entscheidung in der Rs. C-415/96 vom 12. November 1998 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. I-6993 ff.

Entscheidung in der Rs. C-200/97 vom 01. Dezember 1998 [Ecotrade], in: EuGH Slg. 1998, S. I-7907 ff.

Entscheidung in der Rs. C-353/96 vom 17. Dezember 1998 [Kommission/Irland], in: EuGH Slg. 1998, S. I-8565 ff.

Entscheidung in der Rs. C-306/97 vom 17. Dezember 1998 [Connemara Machine Turf], in: EuGH Slg. 1998, S. I-8761 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-67/94 vom 27. Januar 1998 [Ladbroke Racing/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-1 ff.

Entscheidung in der Rs. T-189/97 vom 18. Februar 1998 [Comité d'entreprise de la Société francaise de production u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-335 ff.

Entscheidung in der Rs. T-214/95 vom 30. April 1998 [Vlaams Gewest/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-717 ff.

Entscheidung in der Rs. T-16/96 vom 30. April 1998 [Cityflyer Express/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-757 ff.

Entscheidung in den Rs. T-371/94 und und T-394/94 vom 25. Juni 1998 [British Airways u.a. und British Midland Airways/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-2405 ff.

Entscheidung in der Rs. T-11/95 vom 15. September 1998 [BP Chemicals/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-3235 ff.

Entscheidung in der Rs. T-140/95 vom 15. September 1998 [Ryanair/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-3327 ff.

Entscheidung in der Rs. T-95/96 vom 15. September 1998 [Gestevisión Telecinco/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-3407 ff.

Entscheidung in den Rs. T-126/96 und T-127/96 vom 15. September 1998 [BFM und EFIM/Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-3437 ff.

Entscheidung in der Rs. T-188/95 vom 16. September 1998 [Waterleiding Maatschappij/ Kommission], in: EuGH Slg. 1998, S. II-3713 ff.

## 1999

### EuGH

Entscheidung in der Rs. C-342/96 vom 29. April 1999 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. I-2459 ff.

Entscheidung in der Rs. C-6/97 vom 19. Mai 1999 [Italien/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. I-2981 ff.

Entscheidung in der Rs. C-75/97 vom 17. Juni 1999 [Belgien/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. I-3671 ff.

Entscheidung in der Rs. C-295/97 vom 17. Juni 1999 [Piaggio], in: EuGH Slg. 1999, S. I-3735 ff.

Entscheidung in der Rs. C-256/97 vom 29. Juni 1999 [DM Transport], in: EuGH Slg. 1999, S. I-3913 ff.

Entscheidung in der Rs. C-251/97 vom 05. Oktober 1999 [Frankreich/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. I-6639 ff.

**EuG**

Entscheidung in den Rs. T-129/95, T-2/96 und T-97/96 vom 21. Januar 1999 [Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. II-17 ff.

Entscheidung in der Rs. T-14/96 vom 28. Januar 1999 [BAI/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. II-139 ff.

Entscheidung in der Rs. T-82/96 vom 17. Juni 1999 [ARAP u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. II-1889 ff.

Entscheidung in der Rs. T-110/97 vom 06. Oktober 1999 [Kneissl Dachstein/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. II-2881 ff.

Entscheidung in der Rs. T-123/97 vom 06. Oktober 1999 [Salomon/Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. II-2925 ff.

Entscheidung in den Rs. T-132/96 und T-143/96 vom 15. Dezember 1999 [Freistaat Sachsen u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 1999, S. II-3663 ff.

**2000**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-83/98 P vom 16. Mai 2000 [Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. I-3271 ff.

Entscheidung in der Rs. C-404/97 vom 27. Juni 2000 [Kommission/Portugal], in: EuGH Slg. 2000, S. I-4897 ff.

Entscheidung in der Rs. C-156/98 vom 19. September 2000 [Deutschland/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. I-6857 ff.

Entscheidung in der Rs. C-225/98 vom 26. September 2000 [Kommission/Frankreich], in: EuGH Slg. 2000, S. I-7445 ff.

Entscheidung in der Rs. C-380/98 vom 03. Oktober 2000 [H. M. Treasury], in: EuGH Slg. 2000, S. I-8035 ff.

Entscheidung in der Rs. C-288/96 vom 05. Oktober 2000 [Deutschland/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. I-8237 ff.

Entscheidung in der Rs. C-480/98 vom 12. Oktober 2000 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. I-8717 ff.

Entscheidung in den Rs. C-15/98 und C-105/99 vom 19. Oktober 2000 [Italien und Sardegna Lines/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. I-8855 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-49/97 vom 27. Januar 2000 [TAT European Airlines/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-51 ff.

Entscheidung in der Rs. T-46/97 vom 10. Mai 2000 [SIC/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-2125 ff.

Entscheidung in den Rs. T-204/97 und T-270/97 vom 13. Juni 2000 [EPAC/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-2267 ff.

Entscheidung in den Rs. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98 vom 15. Juni 2000 [Alzetta u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-2319 ff.

Entscheidung in der Rs. T-234/95 vom 29. Juni 2000 [DSG/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-2603 ff.

Entscheidung in der Rs. T-184/97 vom 27. September 2000 [BP Chemicals/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-3145 ff.

Entscheidung in der Rs. T-55/99 vom 29. September 2000 [CETM/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-3207 ff.

Entscheidung in der Rs. T-237/99 R vom 08. Dezember 2000 [BP Nederland u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-3849 ff.

Entscheidung in der Rs. T-296/97 vom 12. Dezember 2000 [Alitalia/Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-3871 ff.

Entscheidung in der Rs. T-613/97 vom 14. Dezember 2000 [Ufex u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 2000, S. II-4055 ff.

**2001**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-237/99 vom 01. Februar 2001 [Kommission/Frankreich], in: EuGH Slg. 2001, S. I-939 ff.

Entscheidung in der Rs. C-379/98 vom 13. März 2001 [PreussenElektra/Schleswag], in: EuGH Slg. 2001, S. I-2099 ff.

Entscheidung in der Rs. C-378/98 vom 03. Juli 2001 [Kommission/Belgien], in: EuGH Slg. 2001, S. I-5107 ff.

Entscheidung in der Rs. C-143/99 vom 08. November 2001 [Adria-Wien Pipeline u.a.], in: EuGH Slg. 2001, S. I-8365 ff.

Entscheidung in der Rs. C-53/00 vom 22. November 2001 [Ferring], in: EuGH Slg. 2001, S. I-9067 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-73/98 vom 15. März 2001 [Prayon-Rupel/Kommission], in: EuGH Slg. 2001, S. II-867 ff.

Entscheidung in der Rs. T-288/97 vom 04. April 2001 [Regione autonoma Friuli Venezia Giulia/Kommission], in: EuGH Slg. 2001, S. II-1169 ff.

**2002**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-310/99 vom 07. März 2002 [Italien/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-2289 ff.

Entscheidung in der Rs. C-321/99 P vom 16. Mai 2002 [ARAP u.a./Kommission]; in: EuGH Slg. 2002, S. I-4287 ff.

Entscheidung in der Rs. C-482/99 vom 16. Mai 2002 [Frankreich/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-4397 ff.

Entscheidung in der Rs. C-503/99 vom 04. Juni 2002 [Kommission/Belgien], in: EuGH Slg. 2002, S. I-4809 ff.

Entscheidung in der Rs. C-382/99 vom 13. Juni 2002 [Niederlande/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-5163 ff.

Entscheidung in der Rs. C-499/99 vom 02. Juli 2002 [Kommission/Spanien], in: EuGH Slg. 2002, S. I-6031 ff.

Entscheidung in der Rs. C-113/00 vom 19. September 2002 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-7601 ff.

Entscheidung in der Rs. C-114/00 vom 19. September 2002 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-7657 ff.

Entscheidung in der Rs. C-351/98 vom 26. September 2002 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-8031 ff.

Entscheidung in der Rs. C-394/01 vom 03. Oktober 2002 [Frankreich/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-8245 ff.

Entscheidung in der Rs. C-209/00 vom 12. Dezember 2002 [Kommission/Deutschland („WestLB")], in: EuGH Slg. 2002, S. I-11695 ff.

Entscheidung in der Rs. C-456/00 vom 12. Dezember 2002 [Frankreich/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-11949 ff.

Entscheidung in der Rs. C-5/01 vom 12. Dezember 2002 [Belgien/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. I-11991 ff.

**EuG**

Entscheidung in der Rs. T-35/99 vom 30. Januar 2002 [Keller und Keller Meccanica/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-261 ff.

Entscheidung in der Rs. T-323/99 vom 26. Februar 2002 [INMA und Itainvest/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-545 ff.

Entscheidung in den Rs. T-227/99 und T-134/00 vom 28. Februar 2002 [Kvaerner Warnow Werft/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-1205 ff.

Entscheidung in den Rs. T-127/99, T-129/99 und T-148/99 vom 06. März 2002 [Diputación Foral de Alava/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-1275 ff.

Entscheidung in den Rs. T-92/00 und T-103/00 vom 06. März 2002 [Diputación Foral de Alava/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-1385 ff.

Entscheidung in den Rs. T-195/01 und T-207/01 vom 30. April 2002 [Government of Gibraltar/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-2309 ff.

Entscheidung in der Rs. T-126/99 vom 14. Mai 2002 [Graphischer Maschinenbau/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-2427 ff.

Entscheidung in der Rs. T-152/99 vom 11. Juli 2002 [HAMSA/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-3049 ff.

Entscheidung in der Rs. T-98/00 vom 17. Oktober 2002 [Linde/Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-3961 ff.

Entscheidung in den Rs. T-269/99, T-271/99 und T-272/99 vom 23. Oktober 2002 [Diputación Foral de Guipúzcoa u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-4217 ff.

Entscheidung in den Rs. T-346/99 bis T-348/99 vom 23. Oktober 2002 [Diputación Foral de Alava u.a./Kommission], in: EuGH Slg. 2002, S. II-4259 ff.

**2003**

**EuGH**

Entscheidung in der Rs. C-409/00 vom 13. Februar 2003 [Spanien/Kommission], in: EuGH Slg. 2003, S. I-1487 ff.

**EuG**

Entscheidung in den Rs. T-228/99 und T-233/99 vom 06. März 2003 [WestLB u.a./Kommission][1]

[1] Diese Entscheidung war zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht in der amtlichen Entscheidungssammlung veröffentlicht. Sie ist unter Angabe der Rechtssache zu finden unter: http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de.