Áron Niclas Horváth

Das EU-beihilferechtliche Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten – dogmatische Grundlagen und Entwicklung –

Dissertation

2021

Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest
Interdisziplinäre Doktorschule
Leiterin Prof. Dr. Ellen Bos

Áron Niclas Horváth

Das EU-beihilferechtliche Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten – dogmatische Grundlagen und Entwicklung –

Betreuer:
Univ.-Prof. Dr. iur. Ulrich Hufeld

Promotionsausschuss:

Vorsitzende:	Prof. Dr. Ellen Bos
Gutachter:	Priv.-Doz. Dr. Attila Vincze, LL.M. Prof. Dr. Gordon von Miller
Mitglieder:	Prof. Dr. Stefan Okruch Dr. Christian Kovács, LL.M.

Einreichung:
März 2021

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis VII

Kapitel 1 – Einführung 1

A. Untersuchungsgegenstand 1
B. Eingrenzung und Definition des Kriteriums 5
C. Gang der Untersuchung 7

Kapitel 2 – Die europaverfassungsrechtlichen Wurzeln der marktorientierten Beihilfeprüfung 9

A. Vorschriften über staatliche Beihilfen 9

I. Überblick 9
II. Sinn und Zweck 12
III. Prämissen des Beihilfetatbestandes 14

1. Unternehmen 15
2. Begünstigung 17

a) Begünstigungsbegriff 18

aa) Wortlaut 18
bb) Telos und Systematik 18

(1) Leistung ohne angemessene Gegenleistung 18
(2) Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter als Referenz 20
(3) Geldwerter Vorteil 22
(4) Irrelevanz der Form 23

cc) Rechtsprechung der Unionsgerichte 25

b) Zwischenergebnis 27

3. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige 27
4. Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen 29
5. Gefahr der Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels 30

IV. Rechtsfolgen 34

1. Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt 34
2. Anordnung der Rückforderung 36

V. Zwischenergebnis 38

B. Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung 39

I. Wirtschaftsordnung der Union 39

1. Binnenmarkt 40

a) Begriff 40
b) Ziele und die Entwicklung 40
c) Grundfreiheiten 42

2. Soziale Marktwirtschaft 43
3. Freier Wettbewerb 45

a) Eingrenzung des Begriffs 45
b) Wettbewerbsprinzip als Regelungsgegenstand der Verträge 47

II. Wettbewerbsrecht der Union 49

1. Vorschriften für Unternehmen ... 50
2. Vorschriften über öffentliche Unternehmen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ... 51
a) Geltung gegenüber öffentlichen Unternehmen ... 52
b) Aufgabenorientierte Einschränkung ... 53
III. Neutralität der Union gegenüber den Eigentumsordnungen ... 56
C. Zusammenfassung ... 59
Kapitel 3 – Das Kriterium in der Beihilfeprüfung ... 62
A. Anwendungsvoraussetzungen ... 62
I. Handeln als Wirtschaftsbeteiligter ... 62
II. Marktbezogenheit der Transaktion ... 63
1. Anforderungen an den Markt ... 63
2. Marktfähiges Transaktionssobjekt ... 65
3. Sonderfall: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ... 66
III. Kein Unternehmen in Schwierigkeiten ... 70
B. Anwendung des Kriteriums nach der Bekanntmachung über den Beihilfebegriff (2016/C 262/01) ... 73
I. Bewertungsgrundsätze ... 75
1. Bei vorhandenen transaktionsspezifischen Marktdaten ... 76
a) Pari-passu-Konstellationen ... 76
b) Ausschreibungsverfahren ... 77
aa) Allgemeine Anforderungen ... 77
bb) Veräußerung von Vermögenswerten ... 78
cc) Erwerb von Vermögenswerten ... 78
2. Bei fehlenden transaktionsspezifischen Marktdaten ... 79
a) Benchmarking ... 79
b) Standardbewertungsmethoden ... 80
aa) Prämissen ... 82
(1) Nutzenkalkül und Gewinnstreben ... 82
(2) Rentabilität und Cashflow ... 84
(3) Unsicherheiten und Risiken ... 84
bb) Interne Zinsfußmethode ... 85
cc) Kapitalwertmethode ... 87
dd) Abgezinster Zahlungsstrom ... 89
(1) Kapitalmarktmodell ... 90
(2) Gewichtete durchschnittliche Kapitalkosten ... 92
ee) Sensitivitätsanalysen ... 93
c) Zusammenfassung ... 94
3. Besondere Anwendungsfälle ... 97
a) Kredit- und Garantiebedingungen ... 97
b) Aufeinanderfolgende staatliche Maßnahmen ... 99
c) Kontrafaktische Analyse bei früherem staatlichen Engagement ... 100
II. Beurteilungszeitpunkt ... 101

III. Beurteilungsspielraum ... 102
C. Abwandlungen des Kriteriums ... 103
I. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Veräußerers ... 103
II. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Darlehensgebers ... 106
III. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Garantiegebers ... 107
IV. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Gläubigers ... 108
D. Kritik am Kriterium ... 114
I. Ziel- und Aufgabenverschiedenheit ... 114
II. Kein idealtypischer privater Investor in der Praxis ... 115
III. Ungleichbehandlung von Staat und Privaten ... 116
IV. Ungeeignet bei außergewöhnlichen Investitionsvorhaben ... 117
E. Zusammenfassung ... 118
Kapitel 4 – Das Kriterium in den Rechtsakten der Union ... 122
A. Ansätze und Vorläufer ... 122
I. Schrifttum ... 122
II. GATT-Zollrecht ... 122
III. Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage des Europäischen Parlaments vom 27.6.1963 ... 124
1. Hintergrund ... 124
2. Maßstab der Marktüblichkeit ... 124
IV. Bewertung ... 125
B. Kodifizierung ... 125
I. Terminologie ... 126
II. Sekundärrecht ... 127
1. 1981 – Richtlinie 81/363/EWG des Rates betreffend die Beihilfen für den Schiffbau ... 127
a) Ziel und Hintergrund ... 127
b) Aussagen zum Maßstab der Marktüblichkeit ... 128
2. 1981 – Entscheidung Nr. 2320/81/EGKS Beihilferegelungen zugunsten der Stahlindustrie ... 128
a) Ziel und Hintergrund ... 128
b) Aussagen zum Maßstab der Marktüblichkeit ... 129
3. Bewertung ... 130
III. Etablierung durch Soft Law ... 130
1. Ungekennzeichnetes Sekundärrecht als Soft Law der Union ... 131
a) Zulässigkeit der Handlungsform ... 131
b) Kommissionskompetenz ... 132
c) Fehlende Bindungswirkung ... 134
2. Kommissionsmitteilungen ... 137
a) 1984 – Mitteilung zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen (Bull. EG 9-1984) ... 137
aa) Ziel und Hintergrund ... 137
bb) Aussagen zum Kriterium ... 138
cc) Bewertung ... 141

b) 1993 – Mitteilung über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03) 142
aa) Ziel und Hintergrund 142
bb) Aussagen zum Kriterium 144
(1) Allgemeine Aussagen 144
(2) Relevanter Vergleichsmaßstab 145
(3) Beurteilungsspielraum 147
(4) Unterscheidung nach Interventionsform 149
(i) Kapitalzuführungen und -erhöhungen 149
(ii) Bürgschaften 150
(iii) Darlehen 151
(5) Verzinsung 151
cc) Bewertung 152
c) 1994 – Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien 154
aa) Luftverkehrs- und Flughafenleitlinie (94/C 350/07) 155
(1) Ziele und Hintergrund 155
(2) Aussagen zum Kriterium 155
(i) Kapitalzuführungen 156
(ii) Darlehensgewährungen 158
(iii) Bürgschaften 159
bb) Flughafenleitlinie (2014/C 99/03) 160
(1) Ziele und Hintergrund 160
(2) Aussagen zum Kriterium 160
cc) Bewertung 162
d) 2006 – Risikokapitalleitlinien (2006/C 194/02 und 2014/C 19/04) 163
aa) Ziele und Hintergrund 163
bb) Aussagen zum Kriterium 164
cc) Bewertung 164
e) 2008 – Bürgschaftsmitteilung (2008/C 155/02) 165
aa) Ziele und Hintergrund 165
bb) Aussagen zum Kriterium 166
cc) Bewertung 167
f) 2012 – Privatisierungsleitfaden der Kommission (swd(2012)14) 168
aa) Ziele und Hintergrund 168
bb) Aussagen zum Kriterium 169
cc) Bewertung 171
g) 2016 – Bekanntmachung zum Beihilfebegriff (2016/C 262/01) 172
aa) Ziele und Hintergrund 172
bb) Aussagen zum Kriterium und Kritik an der Entwurfsfassung 174
(1) Fehlende Detailtiefe und Struktur 174
(2) Ausschluss des Kriteriums bei früherem Engagement 175

(3) Marktkonformität bei Grundstücksveräußerungen 176
(4) Überschneidung von Vergabe- und Beihilferecht 178
cc) Bewertung 181
C. Zusammenfassung 181
Kapitel 5 – Das Kriterium in der Rechtsprechung der Unionsgerichte 185
A. Rechtsschutz vor den Unionsgerichten 185
B. Darlegungs- und Beweislast 187
C. Maßstäbe der Überprüfung der Anwendung des Kriteriums 188
I. Gleichbehandlungsgrundsatz und hoheitliche Maßnahmen 188
1. Hintergrund 188
2. Rechtssache „Électricité de France" („EDF") 189
3. Bewertung 191
II. Investorenmaßstab 191
1. Hintergrund 191
2. Rechtssache „Neue Maxhütte Stahlwerke" 191
3. Rechtssache „HAMSA" 192
4. Bewertung 193
III. Beurteilungsspielraum 194
1. Hintergrund 194
2. Rechtssache „Scott SA" 194
3. Rechtssache „Westdeutsche Landesbank Girozentrale" 195
4. Rechtssache „Bouygues SA u. Bouygues Télécom SA" 197
5. Rechtssache „Club Hotel Loutraki" 198
6. Rechtssache „Frucona Košice" 199
7. Bewertung 200
IV. Altbeihilfen und Eigentümereffekt 202
1. Hintergrund 202
2. Rechtssache „ING" 203
3. Rechtssache „FIH" 203
4. Bewertung 204
V. Privatisierungen 205
1. Hintergrund 205
2. Rechtssache „Land Burgenland" 205
3. Rechtssache „Corsica Ferries" 207
4. Bewertung 208
VI. Finanzierung von Infrastruktur 208
1. Hintergrund 208
2. Rechtssache „Germanwings" 209
3. Rechtssache „Ryanair" 210
4. Bewertung 211
D. Zusammenfassung 211
Kapitel 6 – Schlussfolgerungen und Thesen 213
Literaturverzeichnis CCXXV

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Beihilfebegriff-Bek.	Bekanntmachung der Kommission vom 19.7.2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262, S. 1 ff.,
BTDRs	Bundestagsdrucksache
CAPM	Capital Asset Pricing Model
CDS	Credit-Default-Swap-Spreads
DCF	Discounted Cashflow
EBIT	Earnings before Interest and Taxes
endg.	endgültige
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag von Lissabon
Fn.	Fußnote
GA/GAin	Generalanwalt/Generalanwältin
Hrsg.	Herausgeber
IBOR	Interbank Offered Rate
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IRR	Internal Rate of Return
KmhW	Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten
KOM	Europäische Kommission
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NPV	Net Present Value
Nr.	Nummer
RAROC	Risk Adjusted Return on Capital
Rn.	Randnummer
ROA	Return on Assets
ROE	Return on Equity
Rs.	Rechtssache
verb.	verbundene

Kapitel 1 – Einführung

A. Untersuchungsgegenstand

Die Europäische Union etabliert auf der Grundlage der europäischen Verträge eine marktwirtschaftliche Ordnung, die auf der individuellen Freiheit und dem Gewinnstreben ihrer Akteure gründet.[1] Auf diesem Vorverständnis fußend und zur Herstellung eines funktionierenden Binnenmarktes stellen die europäischen Verträge[2] mit Art. 107 AEUV ff. mitgliedstaatliche Beihilfen an Unternehmen und Produktionszweige unter besondere Kontrolle der Europäischen Kommission.[3] Sofern nicht übergeordnete Ziele eine Ausnahme[4] rechtfertigen, verbietet Art. 107 AEUV mitgliedstaatliche Beihilfen. Auf geldwerte Hilfe des Staates können Unternehmen daher grundsätzlich nicht hoffen.[5] Und dennoch ist festzustellen, dass Mitgliedstaaten mit Beihilfen das Verhalten von Unternehmen und ganzen Wirtschaftssektoren lenken.[6] Als Teil der Wirtschaftspolitik[7] sind Beihilfen Maßnahmen der Einzelsteuerung[8], die Leistungen des Staates an Wirtschaftssubjekte umfassen, denen keine marktmäßige Gegenleistung gegenübersteht.[9] Damit begründet die Beihilfe für den Empfänger einen Vorteil, weil er für die Leistung weniger an Gegenleistung erbringen muss als dies normalerweise der Fall wäre. Der Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV bringt dies mit dem Merkmal der Begünstigung zum Ausdruck.

---

1 *Hufeld*, in: Müller-Graff/Hatje, EnzEuR, Bd. 4, § 22, Rn. 6.

2 Im Folgenden nur als Verträge bezeichnet.

3 Im Folgenden auch nur als Kommission bezeichnet.

4 Vgl. die Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV.

5 *Schorkopf*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 3.

6 *H.-W. Arndt/Fetzer*, in: U. Steiner/H.-W. Arndt, Bes. VerwaltungsR, 747.

7 *Ipsen,* Subventionierung Privater, 9; *Ipsen,* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 670; *Zuleeg,* Rechtsform der Subventionen, 5; *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 3; *Rodi,* Subventionsrechtsordnung, 16; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1065; *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 20, 64; *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 1; *Caspari*, in: FS von der Groeben, 69 m.w.N.; *Weber,* Steuererlaß und Steuerstundung als Subvention, 56; vgl. zum Ganzen auch die frühe Arbeit von *Zachau-Mengers,* Subventionen als Mittel moderner Wirtschaftspolitik; vgl. auch den jährlich von der Kommission veröffentlichten Beihilfeanzeiger, der die Beihilfen der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 107 AEUV erfasst, belegt das hohe Subventionsvolumen in der Union; vgl. auch 23. „Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2009 bis 2012" veröffentlicht vom Bundestag unter BTDRs. 17/6795 v. 11.8.2011, Rn. 3, [4] f., dort heißt es: […] *Abgesehen von stabilisierungspolitischen Aspekten können in der Sozialen Marktwirtschaft Subventionen unter bestimmten Bedingungen ein legitimes Instrument der Finanzpolitik sein.*[…]".

8 Im Gegensatz dazu stehen die Maßnahmen der Globalsteuerung zur Herstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, zu denen die Geld- und Fiskalpolitik zählt, die in den Art. 119 bis 121 AEUV eingebettet ist.

9 Brockhaus Enzyklopädie online, Stichwort: Subventionen, URL: https://brockhaus-1de-100883d290407.erf.sbb.spk-berlin.de/ecs/permalink/B640ED377F548208D2861648F3A4C225.pdf (Abruf 21.3.2021); *Schorkopf*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 3

Im Rahmen der der Kommission übertragenen Kontrolle und Prüfung mitgliedstaatlicher Beihilfen ist die Identifizierung und die Quantifizierung dieses Vorteils zentraler Aspekt jeder Beihilfeprüfung. Nach ihrem „Aktionsplan staatliche Beihilfen“[10] greift die Europäische Kommission[11] zu diesem Zweck neben rechtlichen verstärkt zu ökonomischen Kriterien. Eines ist das „Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten“[12], das zentraler Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[13] dient dieses Kriterium der Abgrenzung zwischen tatbestandlicher Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV und marktkonformem, beihilfefreiem Verhalten des Staates.

Anlassgebend für die vorliegende Untersuchung war die Entscheidung des EuGH[14] in der Rechtssache „Électricité de France“ („EDF“).[15] In der Sache ging es um die Frage, ob eine bilanzielle Umstrukturierungsmaßnahme Frankreichs zugunsten der EDF, auf die Frankreich infolge einer gesetzlichen Steuerbefreiung keine Körperschaftsteuer erhoben hatte, einen beihilferechtlichen Vorteil begründet, der am Maßstab des KmhW zu messen ist. Der EuGH stellte fest, dass es für die Anwendung des KmhW nicht auf die äußere Form einer Maßnahme ankomme, sondern auf die Natur und das verfolgte Ziel sowie den Rechtsrahmen der Maßnahme.[16] So hänge die finanzielle Lage eines begünstigten öffentlichen Unternehmens nicht von der Form der Vorteilsgewährung ab, sondern vom Betrag, der ihm letztlich zufließt.[17]

Nun sollte das Kriterium also auf Handlungsformen Anwendung finden, die, wie auch bei dem angesprochenen Steuerschuldenerlass Frankreichs zugunsten der EDF, Privaten von vornherein nicht offenstehen. Schien bis zu dieser Entscheidung gesichert, dass das

---

10 *Europäische Kommission*, Aktionsplan staatliche Beihilfen – Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009 vom 7.6.2005, KOM(2005) 107 endgültig.

11 Im Folgenden nur als Kommission bezeichnet.

12 Im Folgenden nur KmhW; in der Literatur finden sich unterschiedliche Bezeichnungen und Abkürzungen: Teils als Grundsatz, Prinzip, aber auch Konzept, Kriterium oder Test verstanden, werden insbesondere die Begriffe „Market Econcomy Operator Test“ (kurz MEOT), „Market Economy Investor Principle“ (kurz nur MEIP) und „Private Investor Test“ gleichbedeutend verwendet.

13 EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Stardust Marine), Rn. 70 mit Verweis auf EuGH, 3.10.1991, Rs. C-261/89 (Aluminia u. Comsal), Rn. 8; EuGH, 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92 (Hytasa), Rn. 21; EuGH, 14.9.1994, Rs. C-42/93 (Merco), Rn. 13.

14 Im Folgenden nur EuGH.

15 EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF).

16 EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 89; EuG, 15.12.2009, Rs. T-156/04 (EDF), Rn. 256 ff., 258.

17 EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 91.

KmhW nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten angewendet werden kann,[18] die Privaten gleichermaßen offenstehen, weil es auf einem Vergleich des Verhaltens des Staates mit dem eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten beruht, legte der EuGH mit seiner Entscheidung den Grundstein für die – auf den ersten Blick als Systembruch anmutende – Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Kriteriums. Den Mitgliedstaaten scheint damit aufgegeben, originär hoheitliche Handlungsformen, mit denen sie andere Ziele in den Mittelpunkt rücken, als ein eigennützig handelnder Unternehmer[19] an der Funktionslogik der Marktwirtschaft auszurichten, um nicht Gefahr zu laufen, Beihilfen zu gewähren. Wie der Fall EDF zeigt, beeinflussen die im Rahmen des Kriteriums ermittelten Ergebnisse und die zugrundeliegenden Annahmen maßgeblich den Beihilfebegriff und damit den Ausgang der Beihilfeprüfung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Dieser Befund wirft Fragen auf: Was verbirgt sich hinter dem KmhW? In welchen Fällen ist es anzuwenden? Wo liegen seine methodischen sowie rechtlichen Grundlagen und Grenzen? Was rechtfertigt die mit dem Kriterium verbundene Ausrichtung auf marktwirtschaftliche Gesichtspunkte und allein ökonomischen und betriebswirtschaftlichen Kriterien? Und was bedeutet dies im Ergebnis für die Beihilfeprüfung?

Gemessen an der Zahl der Veröffentlichungen erfuhr das KmhW in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung bislang wenig Aufmerksamkeit. Zwar wurde spätestens seit der Intensivierung der Beihilfenkontrolle im Zuge des von der Kommission initiierten Programms zur Vollendung des Binnenmarktes in der Literatur kontinuierlich zu zahlreichen Fragen des Beihilferechts publiziert. Gegenstand der Arbeiten waren jedoch vor allem Fragen nach der Rückforderung gemeinschaftswidriger Beihilfen sowie der beihilferechtskonformen Ausgestaltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Zuge der viel beachteten Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans“[20].

Die soweit ersichtlich einzigen umfangreicheren rechtswissenschaftlichen Arbeiten im deutschsprachigen Raum, von *Karl Soukup*[21] und *Joachim Asendorf*[22], die sich eingehend mit dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten in der Beihilfenkontrolle befassen, liegen etwa zwanzig Jahre zurück. Im Schwerpunkt untersuchen diese

---

18 *Sühnel*, EWS 2007, 115, 115 u. 118.

19 *Henke,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 31.

20 EuGH, 24.7.2003, Rs. C -80/00 (Altmark Trans).

21 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht.

22 *Asendorf,* Der private reasonable investor's test.

Arbeiten die Anwendung der Beihilfevorschriften und des KmhW auf öffentliche Unternehmen. Aus dem englischsprachigen Raum liegt zudem eine jüngere Arbeit von *Małgorzata Cyndecka*[23] vor, die die Entwicklung des Kriteriums in der Rechtsprechung untersucht und anhand der Entscheidungen Antworten auf die Frage nach der praktischen Anwendbarkeit und dem Anwendungsbereich des Kriteriums gibt.

Eine Ursache für die dürftige Auseinandersetzung mit dem KmhW mag der Mangel an Informationen zum Vorgehen und zum Inhalt des Kriteriums in der Praxis sein. Dies ist unter anderem auf den zeitlichen Ablauf der Beihilfenkontrolle und den Zeitpunkt, in dem das Kriterium zum Tragen kommt, zurückzuführen. So kommt es regelmäßig in der Vorprüfphase[24] zur Anwendung. Verfahrensunbeteiligten sind Informationen zu den von den Beteiligten angestellten ökonomischen Berechnungen und Erwägungen deswegen erst nach einer Negativentscheidung seitens der Kommission zugänglich. Ein weiterer Fall, der Hintergründe des KmhW erkennen lässt, ist der, in dem die Kommission die Maßnahme von sich aus aufgreift und untersucht,[25] nachdem ein Mitgliedstaat vermeintlich von der Beihilfe- und Notifizierungsfreiheit (sog. „No Aid") der Maßnahme ausging. Aber auch hier sind Informationen zur konkreten Anwendung und zu den Ergebnissen des KmhW wegen der geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten letztlich nur eingeschränkt zugänglich.

Hinzu kommt, dass das Beihilferecht stets fortentwickelt[26] und an gesellschaftliche Veränderungen angepasst wird. Die europäischen Verträge erfuhren eine grundlegende Revision und die Europäische Union wuchs bis zum Austritt des Vereinigten Königreichs am 31. Januar 2020 auf zunächst 28 Mitglieder. Die Europäische Union befindet sich zudem in einer krisengeschüttelten Gegenwart, die ebenfalls ihre Spuren in der Beihilfepraxis und im Beihilferecht selbst hinterlassen hat – das Ausbrechen der Finanzkrise[27] 2008, die darauffolgende mehrere Mitgliedstaaten ergreifende Staatsschuldenkrise gefolgt von der Flüchtlingskrise sowie jüngst die COVID-19-Pandemie, mit schweren wirtschaftlichen Folgen für den Binnenmarkt. Angesichts dessen haben sich die Rahmenbedingungen in der Beihilfenkontrolle im Großen wie im Kleinen grundlegend verändert. Das Beihilferecht als integraler Be-

---

23 *Cyndecka,* The market economy investor test.

24 Vgl. Art. 4 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (VO EU 2015/1589).

25 Vgl. Art. 12 VO EU 2015/1589.

26 *Wagner/Blazek*, NZBau 2017, 67, 67.

27 Siehe dazu auch *Buss,* Finanzmarktkrise und *Fehling*, EuR 2010, 598; *Müller-Graff*, EWS 2009, 201.

standteil der Gründungsverträge ist in den vergangenen zwei Jahrzehnten aus seinem früheren Schattendasein herausgetreten und die rechtlichen Grundlagen sind durch zahlreiche Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien angewachsen und richten die Beihilfenkontrolle betont stärker auf diejenigen ökonomischen Wirkungen aus, die die stärksten Wettbewerbsverzerrungen verursachen. Mit Blick auf das KmhW forderte 2008 der 67. Deutsche Juristentag[28] sogar eine breitere sekundärrechtliche Grundlage für die Anwendung des Kriteriums und auch die Kommission diskutierte 2017 dessen weitere Klarstellung und Präzisierung[29]. Dieser Hintergrund und die bislang dürftige wissenschaftliche Auseinandersetzung regen an, das KmhW auf den Prüfstand zu stellen und ihn im europarechtlichen Koordinatensystem zu verorten.

B. Eingrenzung und Definition des Kriteriums

In ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff[30] aus dem Jahr 2016, die aus Sicht der Kommission den aktuellen Stand in der Präzisierung und Fortschreibung des KmhW bildet, stellt sie fest, dass immer dann, wenn Behörden oder öffentliche Unternehmen Waren oder Dienstleistungen zu einem Preis anbieten, der unter dem Marktpreis liegt oder in einer Weise in ein Unternehmen investieren, das nicht das KmhW erfüllt, darin ein Verzicht auf staatliche Mittel und die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils liegt.[31] Der Empfänger erhält nämlich einen Vorteil, den er unter normalen Marktbedingungen nicht erhält und durch den er sich im Vergleich zu seinen Wettbewerbern in einer günstigeren Lage befindet.[32] Entsprechen wirtschaftliche Transaktionen der Mitgliedstaaten dagegen „normalen Marktbedingungen", können sie keinen Vorteil begründen, denn das Unternehmen hätte die Leistung nach

---

28 *Deutscher Juristentag*, DVBl 2008, 1490, 1490.

29 Rede des Generaldirektor Johannes Laitenberger „State aid modernisation: The benefits of working more closely together" anlässlich des High Level Forum of Member States am 28.6.2017 in Brüssel, das Manuskript ist unter http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_dg.html (Abruf 17.10.2020) vgl. S. 6, „*The topics that are being discussed include: - Clarifying the market economy operator principle […]*".

30 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.7.2016, S. 1-50, im Folgenden nur „Beihilfebegriff-Bek.", zur Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten nach der Beihilfebegriff-Bek. siehe Kapitel 3, B, sowie zur Entstehungsgeschichte Kapitel 4, B.III.2.g)

31 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 53, mit Verweis auf EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99 (*West LB*), Rn. 208; zur Entscheidung „West LB" siehe auch *Stöckl*, ELR 2003, 153.

32 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 76, mit Verweis auf EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 90; EuGH, 15.3.1994, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Rn. 14; EuGH, 19.5.1999, Rs. C-6/97 (Italien/Kommission), Rn. 16.

diesem Maßstab ebenso gut von Privaten erhalten können. Eine Beihilfe ist damit ausgeschlossen.[33] Unter Verweis auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte definiert die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff das KmhW schließlich folgendermaßen:

> „Um zu ermitteln, ob eine Investition einer öffentlichen Stelle eine staatliche Beihilfe darstellt, ist zu prüfen, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können".[34] Geprüft werden soll, „ob der Staat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt hat, indem er sich in Bezug auf eine bestimmte Transaktion nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten hat.".[35]

Maßgeblich ist danach, ob der Mitgliedstaat sich verhält, wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in vergleichbarer Lage. Zu berücksichtigen sind nur Vorteile und Verpflichtungen, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen.[36] Vorteile oder Verpflichtungen, die aus der Eigenschaft oder dem Handeln des Staates als Träger öffentlicher Gewalt, wie im Bereich der sozialen oder regionalen Entwicklung, herrühren, z. B. soziale Folgekosten einer Unternehmensinsolvenz, sind dagegen, unabhängig von der politischen Notwendigkeit, bei dieser Bewertung unbeachtlich.[37] Denn kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter würde solche Erwägungen berücksichtigen.[38] Die vorzunehmende Prüfung erstreckt sich auf die Marktüblichkeit der Bedingungen sowie auf Leistung und Gegenleistung einer Transaktion. Die Frage der Sinnfälligkeit, d. h., ob ein Privater die fragliche Transaktion überhaupt vornehmen würde,[39] ist dagegen nicht Gegenstand des Beihilferechts und somit nicht anhand des KmhW zu prüfen. Sie ist vielmehr eine vorgelagerte Frage und der mitgliedstaatlichen Autonomie überlassen.[40] Andernfalls läge in jeder staatlichen Investition, die Private nicht vornehmen, z. B. der Kauf von Rüstungsgütern oder Leistungen der Daseinsvorsorge, eine Beihilfegewährung.

---

33 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 74.
34 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 74.
35 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 76.
36 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.
37 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.
38 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.
39 In diese Richtung *Tollmann*, WM 41 (2000), 2030, 2033.
40 *Wielpütz*, EWS 2010, 14, 15.

C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in sechs Kapitel. Um sich systematisch Antworten zu nähern, werden in Kapitel 2 die europaverfassungsrechtlichen Wurzeln der marktorientierten Beihilfeprüfung herausgearbeitet. Im Mittelpunkt steht die Frage nach den Anknüpfungspunkten des Kriteriums in den europäischen Verträgen. Ist die Anwendung des Kriteriums europaverfassungsrechtlich geboten, wenn nicht sogar zwingend? Liefern die Verträge ökonomische Wertungsmaßstäbe oder legitimieren sie diese? Dazu wird auf die Beihilfevorschriften im AEUV, insbesondere auf das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung in Art. 107 Abs. 1 AEUV sowie auf den wirtschaftsordnungsrechtlichen Normbestand der Verträge einzugehen sein.

Kapitel 3 widmet sich dem KmhW in der Beihilfeprüfung. In seiner Funktion als rechtlicher Maßstab soll die konkrete Anwendung untersucht werden. Im Mittelpunkt steht die Frage, wie die Prüfung anhand des KmhW als Fremdvergleichsmaßstab erfolgt und was die auf ökonomische Kriterien reduzierte Prüfung bewirkt. Dazu ist auf die Voraussetzungen für die Anwendung und die Prüfungsschritte sowie Abwandlungen des Kriteriums einzugehen. Dabei sollen die ökonomischen Grundlagen des Kriteriums ebenso wie die angewandten Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren beleuchtet werden. Ausgangspunkt ist die Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfebegriff,[41] in der sie ihr Verständnis vom Kriterium und dessen Anwendung darlegt. Fragen der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie das beihilferechtliche Anmelde- bzw. Notifizierungs- und Kontrollverfahren vor der Kommission sind, soweit sie nicht für das KmhW von Relevanz sind, ausgeklammert.

Im Kapitel 4 geht es um die Kodifizierung des KmhW im Unionsrecht. Es soll die Entwicklung und Etablierung des KmhW in Rechtsakten der Union untersucht werden. Dazu werden die verschiedenen Ebenen des Unionsrechts daraufhin beleuchtet, ob und inwieweit das KmhW Erwähnung findet und welcher Grad an Konkretisierung und rechtlicher Kodifizierung des Kriteriums vorhanden ist. Insbesondere wird auf die Frage eingegangen, welche Rechtsnatur, Wirkung und Funktion den Mitteilungen und Bekanntmachungen der Kommission zukommt und welche Schlussfolgerungen sich daraus für das KmhW ergeben.

Kapitel 5 widmet sich dem KmhW in der Rechtsprechung der Unionsgerichte. Dazu ist zunächst zu untersuchen, ob und wie das KmhW zum Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen wird und wie sich die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf das

---

41 Zur Beihilfebegriff-Bek. siehe Fußnote 30.

Kriterium gestaltet. In welchem Umfang wird die Anwendung des KmhW durch Kommission, Mitgliedstaaten und Betroffene gerichtlich überprüft? Dazu sollen die Maßstäbe der Unionsgerichte in Bezug auf das KmhW entlang typischer Konstellationen, in denen das Kriterium Relevanz hat, herausgearbeitet werden. Die Arbeit beschränkt sich auf eine kurze fallweise Darstellung von Entscheidungen, die typische Problemfelder der jeweiligen Konstellation erkennen lassen. Die jeweiligen Entwicklungsstationen des Kriteriums in der älteren Rechtsprechung des EuGH behandeln ausführlich dagegen bereits die vorgenannten Arbeiten[42]. Die gewonnenen Erkenntnisse und Schlussfolgerungen werden sodann im Kapitel 6 zusammengetragen.

[42] *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht; *Asendorf,* Der private reasonable investor's test; *Cyndecka,* The market economy investor test

Kapitel 2 – Die europaverfassungsrechtlichen Wurzeln der marktorientierten Beihilfeprüfung

Das Kriterium findet in den Verträgen keine Erwähnung und ist somit nicht explizit von ihnen vorgegeben. Daher ist im folgenden Kapitel zu untersuchen, wo die europaverfassungsrechtlichen Wurzeln und Anknüpfungspunkte des Kriteriums liegen. Inwieweit ist es der Beihilfeprüfung vorgegeben oder immanent, ökonomische Maßstäbe anzuwenden und das Handeln marktwirtschaftlicher Wirtschaftsteilnehmer zum Referenzpunkt zu nehmen. Da das KmhW ein Instrument der Beihilfeprüfung ist, wird der Blick zunächst auf die Beihilfevorschriften, insbesondere den Beihilfetatbestand, gerichtet. Anschließend wird der Blick auf die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung der Union erweitert und analysiert, inwieweit sie die Beihilfeprüfung anhand ökonomischer Maßstäbe und marktwirtschaftlicher Gesichtspunkte vorgeben oder sie legitimieren.

A. Vorschriften über staatliche Beihilfen

Die Kontrolle der Union über Beihilfen der Mitgliedstaaten ist in den Art. 107 bis 109 AEUV im Kapitel „Wettbewerbsregeln" im Titel VII geregelt. Zusammen mit den kartellrechtlichen[43] Vorschriften sind sie Teil des Systems, das den umfassenden Schutz des Wettbewerbs im Sinne des Protokolls Nr. 27 „Über den Binnenmarkt und Wettbewerb" zum Ziel hat. Das Beihilferecht ist damit integraler Bestandteil des Binnenmarktkonzepts des AEUV.[44]

I. Überblick

Materiell-rechtliche Zentralnorm ist Art. 107 AEUV, mit dem in Abs. 1 geregelten allgemeinen Beihilfeverbot. Mit dem Tatbestand sind die Ungleichheiten in den Wettbewerbsbedingungen erfasst, die nicht in den natürlichen Unterschieden in den Produktions- und Leistungsbedingungen wurzeln, sondern die auf staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen beruhen[45] und die Konkurrenzunternehmen in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung beeinträchtigen.[46] Erst das Vorliegen einer von einem Mitgliedstaat beabsichtigten oder bereits vollzogenen Maßnahme, die die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1

---

43 *Martin-Ehlers*, EuZW 2010, 287, 287.

44 *Hirschberger,* Prozeduralisierung, 224; *Frenz,* Beihilfe- und VergabeR, Rn. 85.

45 *Weides*, AwD-BB 1963, 295, 297; *Ose,* Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung, 35.

46 *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 30 f.; *Zehetner*, in: Rill, Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 303, 340; *Steindorff*, ZHR 2000, 223, 255.

AEUV erfüllt, setzt das staatliche Handeln dem Rechtfertigungsdruck und den Zulässigkeitsbeschränkungen der Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie dem Prüfprozedere aus Art. 108 AEUV aus. Art. 107 Abs. 2 AEUV enthält diejenigen Beihilfen, die die Verträge per se als unionskonform deklarieren, wohingegen Art. 107 Abs. 3 AEUV die Voraussetzungen bestimmt, unter denen die Kommission Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären kann. Greift keine Rechtfertigung, dürfen die Mitgliedstaaten die Maßnahme nicht durchführen. Ist sie vollzogen, muss sie nach Anordnung der Kommission durch die Mitgliedstaaten vom Empfänger zurückgefordert werden.

Die Regelungen sind seit den Gründungsverträgen von 1958 in Kraft.[47] Größere Aufmerksamkeit erlangten die Beihilfevorschriften aber erst zu Beginn der achtziger Jahre, da bis dahin die Errichtung des gemeinsamen Marktes bzw. ab den Lissaboner Verträgen des Binnenmarktes im Vordergrund stand. Der Wortlaut des Beihilfeverbotes in Art. 107 Abs. 1 AEUV, der zuerst in Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag, später im Zuge des Vertrages von Amsterdam in Art. 87 Abs. 1 EGV überführt wurde, ist seit seiner Aufnahme in die Verträge nahezu unverändert geblieben.[48] Von der Nummerierung abgesehen änderten die Vertragsgeber allein die Bezeichnungen von „in diesem Vertrag" auf „in den Verträgen" sowie von „Gemeinsame[r] Markt" zu „Binnenmarkt". Angesichts dieser geringfügen Änderungen spricht dies nicht nur rechtshistorisch betrachtet für einen gelungenen Wortlaut.

Schlüsselbegriff des Beihilferechts und Ausgangspunkt der Prüfung ist der in den Art. 107 bis 109 AEUV sowie an verschiedenen Stellen in den Verträgen[49] genannte Begriff der „Beihilfen". Der europaverfassungsrechtliche Normgeber definiert weder im Primär- noch Sekundärrecht abschließend,[50] was eine Beihilfe ist. Dies ist auch nicht angestrebt.[51] Stattdessen kennzeichnet er sein Verständnis vom Beihilfebegriff mit weitläufigen Tatbestandsmerkmalen wie „staatliche Mittel", ergänzt um die erweiternde Beifügung „gleich welcher Art", „Produktionszweige" und „Begünstigung". Angesichts der möglichen einschneidenden Folgen einer rechtswidrigen Beihilfegewährung deutet die fehlende Begriffsklarheit

---

47 *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129; *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 24.

48 Erkenntnisse auf der Grundlage der Altfassungen lassen sich daher auch auf den AEUV übertragen.

49 Vgl. z. B. Art. 40 Abs. 2, 42 UAbs. 2, 349 UAbs. 2 AEUV.

50 *GA Lenz,* Schlussanträge, 16.4.1986, Rs. 234/84 (Meura), Slg. 1986, 2263, 2269, *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 20; *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 93 *Bleckmann,* Subventionsrecht, 155; *Rengeling*, in: Börner/Neundörfer, Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 23, 26; Mederer in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, 6. Teil, Vorbem. Art. 107 bis 109 AEUV, Rn. 4; *Metaxas,* Grundfragen des Beihilferechts, 36; *Hirschberger,* Prozeduralisierung, 225; *Reufels,* Subventionskontrolle durch Private, 37; Kritisch gegenüber allen Definitionsversuchen, *Obernolte*, Europäische Wirtschaft 4. (1961), 388, 389, „Jeder Versuch, den Begriff der Beihilfe näher zu bestimmen, läuft darauf hinaus, ihn einzuengen".

51 *Hirschberger,* Prozeduralisierung, 225.

auf den ersten Blick auf eine Problemstellung des Beihilferechts hin. Sie erklärt sich historisch aus den unterschiedlichen Vorstellungen der Gründerstaaten.[52] Die terminologische Festlegung auf den Beihilfebegriff erfolgte vor dem Hintergrund des eng umrissenen französischen Verständnisses vom Begriff der „Subvention", der Zahlungs- und Sachleistungssubventionen beschreibt.[53] Vor dem Hintergrund erwähnte Art. 4c EGKS Subventionen und Beihilfen nebeneinander, um nicht aufgrund der Begrifflichkeit andere begünstigende staatliche Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich auszuklammern.[54]

In Abgrenzung der Begriffe Subvention und Beihilfe entschied der EuGH, dass die Subvention eine Geld- oder Sachleistung ist, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgeltes liegt, das der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen erbrachten Leistungen entrichtet.[55] Demgegenüber werde – so der EuGH – in der Beihilfe allgemein ein damit eng verwandter Vorgang gesehen, der aber in stärkerem Maße zweckbetont ist. Danach verfolgen Beihilfegeber mit ihren Zuwendungen regelmäßig bestimmte Ziele, die die Beihilfeempfänger in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreichen oder von sich aus verfolgen. Insofern ist der Begriff der „Beihilfe" weiter als der der Subvention, denn er umfasst neben positiven Leistungen wie Subventionen Maßnahmen, die in verschiedener Form Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und daher den Subventionen nach Art und Wirkung gleichstehen.[56] Wenngleich der EuGH diese Feststellung zum EGKS traf, sind sie übertragbar auf den Beihilfenbegriff in Art. 107 Abs. 1 AEUV.[57] In Art. 92 EWG-Vertrag verzichteten die Vertragsgeber allerdings auf die Erwähnung der Subvention und wählten stattdessen „Beihilfe" als Oberbegriff[58] und fügten eingrenzende Tatbestandsmerkmale hinzu.[59] Eine Unterscheidung zwischen dem Begriff der „Subvention",[60] der im AEUV nur in Art. 207 im

---

52 *Weides*, AwD-BB 1963, 295, 295.

53 *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 8.

54 Vgl. zur Auslegung und dem Verhältnis beider Begriffe im EGKS, *Hochbaum,* Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG, 22 f. sowie *Kasson,* Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG, 10 f.

55 EuGH, 23.2.1961, Rs. 30/59 (Steenkolenmijnen), LS. 3; *Schina,* State aids under the EEC Treaty, 47 ff.

56 St. Rspr. seit EuGH, 23.2.1961, Rs. 30/59 (Steenkolenmijnen), LS. 3; EuGH, 15.3.1994, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Rn. 13f., 17.6.1999, Rs. C-75/97 (Belgien/Kommission), Rn. 23; EuGH, 8.11.2001, Rs. C-143/99 (Adria-Wien Pipeline), Rn. 38; EuGH, 19.9.2000, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Rn. 25; 19.3.2013, verb. Rs. C-399/10 P u. C-401/10 P (Bouygues, u. a./Kommission), Rn. 101 f.; 3.4.2014, Rs. C-559/12P, (La Poste), Rn. 94 f.

57 *Hasselmann,* Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff, 8.

58 *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 8.

59 *Hochbaum,* Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG, 136.

60 Zum Begriff der Subvention als Rechtsbegriff, vgl. *Fischer*, BB 1962, 1185 f., 1185 f.

Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik erwähnt ist, besteht angesichts dessen für den Bereich des Beihilferechts nicht.

II. Sinn und Zweck

Als Teil der Wettbewerbsvorschriften im Titel VII des dritten Teils des AEUV dienen die Vorschriften über Beihilfen der Umsetzung der in der Zielbestimmung der Verträge, genauer in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV, festgelegten Errichtung eines Binnenmarktes und der Unionsbildung.[61] Nach dem Protokoll Nr. 27 zum AEUV umfasst der Binnenmarkt „ein System [...], das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt". Anders als in rein nationalen oder partikularen Bezugsrahmen, wirkt jede staatliche Beihilfe in einem Binnenmarkt auf die Wettbewerbssituation.[62] Staatseingriffe in Form von Beihilfen stellen punktuell bestimmte Unternehmen besser und wirken auf diese Weise diskriminierend gegenüber den von der Begünstigung ausgeschlossenen Unternehmen.[63] Das Funktionieren des Binnenmarktes setzt gleiche Wettbewerbsbedingungen und einen unverfälschten Wettbewerb[64] in den Mitgliedstaaten voraus. Dafür ist es unerlässlich, dass für alle Unternehmen, die auf einem Markt in Wettbewerb treten, unabhängig von der Person ihrer Eigentümer, seien sie privat oder öffentlich, dieselben Regeln gelten.[65] Der Schutz des Wettbewerbs vor wettbewerbsverzerrenden staatlichen Interventionen in Form von Beihilfen ist die sachlogische Konsequenz aus dem Willen der Vertragsparteien zur Errichtung des Binnenmarktes.[66] Mit dem Ziel, gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt herzustellen,[67] steuert das Beihilferecht als Teil des europäischen Wettbewerbsrechts das Subventionsverhalten der Mitgliedstaaten,[68] indem es verzerrende staatliche Eingriffe grundsätzlich verbietet und nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Allerdings liegen allgemein wirkende politische und gesetzliche Rahmenbedingungen, die in den Mitgliedstaaten verschieden ausgestaltet sein können und die über die Attraktivität eines Standortes mitbestimmen, ebenso wie etwa mitgliedstaatliche Haushaltsdisziplin oder Ausgaben- und Haushaltspolitik und Wettbewerbsverzerrungen im

---

61 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 407.

62 *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 63.

63 EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15P (Club Hotel Loutraki u. a.), Rn. 74; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 90.

64 Zu Inhalt und Bedeutung vgl. *Birk,* Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs, 45 f.

65 *Soukup*, ZögU 1995, 16, 16.

66 *Börner*, in: *Börner/Jahrreiß/Stern,* FS Karl Carstens, Bd. 1, S. 63 ff.; *Pape,* Staatliche Kapitalbeteiligungen, 10.

67 *Kube*, EuR 2004, 230, 236.

68 *Säcker*, in: MüKo WettbewerbR, Bd. 5, BeihR, Einl., Art. 107, Rn. 1 f.; *Koenig/Paul*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 68.

Binnenmarkt durch Subventionen europäischen Ursprungs[69] außerhalb des analytischen Rahmens.

Anders als binnenmarktfördernde Rechtssetzung wirkt das Beihilfeverbot als staatsgerichtetes Pendant zu den Grundfreiheiten[70] negativ harmonisierend. Während die Grundfreiheiten Binnenmarktakteure vor diskriminierenden staatlichen Maßnahmen und damit vor einer Schlechterstellung schützen sollen, bezweckt das Beihilferecht in allen Bereichen staatlichen Handelns die Verhinderung einer wie auch immer motivierten selektiven Besserstellung von Marktteilnehmern, die schlechter gestellte Marktteilnehmer mittelbar diskriminiert. Die Beihilfenkontrolle gewährleistet damit die Chancengleichheit der Marktakteure im Wettbewerb.[71]

Im 2005 veröffentlichten „Aktionsplan Staatliche Beihilfen"[72] der Europäischen Kommission heißt es folgerichtig: „Die Beihilfenkontrolle ergibt sich aus der Notwendigkeit, für alle im europäischen Binnenmarkt tätigen Unternehmen – gleich in welchem Mitgliedstaat sie niedergelassen sind – gleiche Bedingungen aufrechtzuerhalten. Daher muss das besondere Augenmerk staatlichen Beihilfemaßnahmen gelten, die bestimmten Unternehmen ungerechtfertigte selektive Vorteile verschaffen und so dazu führen, dass wettbewerbsfähige Unternehmen gar nicht oder erst mit Verzögerung von den Kräften des Markts profitieren, was sich negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft insgesamt auswirken kann. Sie können ferner dazu führen, dass sich die Marktmacht in den Händen einiger weniger Unternehmen konzentriert, wenn z. B. die Unternehmen, die keine staatliche Beihilfe erhalten (z. B. ausländische Unternehmen), ihre Marktpräsenz deshalb einschränken müssen oder wenn mit Hilfe staatlicher Beihilfen Marktzutrittsschranken errichtet werden. Als Folge solcher Wettbewerbsverzerrungen muss der Kunde gegebenenfalls mit höheren Preisen, Qualitätseinbußen und weniger innovativen Produkten rechnen. ".[73] Ähnlich bringt es der EuGH auf den Punkt, der feststellt, dass das Beihilferecht verhindern soll, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedenartiger Weise durch die Bevorzugung bestimmter Un-

---

69 *Schorkopf*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 10.

70 Hirschberger, Seite 224.

71 *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 63.

72 *Europäische Kommission*, Aktionsplan staatliche Beihilfen – Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009 vom 7.6.2005, KOM(2005) 107 endgültig.

73 *Europäische Kommission*, Aktionsplan staatliche Beihilfen – Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009 vom 7.6.2005, KOM(2005) 107 endgültig, S. 3.

ternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Art. 107 Abs. 1 AEUV unterscheidet daher nicht nach den Gründen oder Zielen solcher staatlicher Maßnahmen, sondern beschreibt diese nach ihren Wirkungen. Aus diesem Grund genügt es nicht, dass die Maßnahme möglicherweise steuerlicher Art ist oder eine soziale Zielsetzung hat, um sie dem Anwendungsbereich des Beihilferechts zu entziehen.[74]

Wie die Grundfreiheiten wirkt das Beihilferecht in Bereiche hinein, die nach der Kompetenzverteilung in der Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind.[75] Der europäischen Beihilfenkontrolle kommt damit die makroökonomische Aufgabe zu, die Beihilfepolitik, die weiterhin Teil der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik ist, in mit dem Funktionieren des Binnenmarktes vereinbare Bahnen zu lenken und staatliche Beihilfewettläufe zu verhindern.[76] Auf diese Weise wirkt das Beihilferecht integrationsfördernd.[77] Es trägt dazu bei, dass Unternehmen unter im Wesentlichen gleichen Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt agieren können und Wettbewerbsprozesse auf Gütermärkten kanalisiert werden, sodass sie gesellschaftlich gewünschte Ergebnisse erzielen.[78]

III. Prämissen des Beihilfetatbestandes

Aus dem Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV leiten die Unionsgerichte fünf Tatbestandsmerkmale ab, die zur Prüfung des Vorliegens einer Beihilfe herangezogen werden und allesamt erfüllt sein müssen.[79] Danach muss (1.) eine Maßnahme zugunsten eines Unternehmens im Sinne des Wettbewerbsrechts vorliegen. (2.) Die Maßnahme muss das Unternehmen begünstigen, (3.) aus staatlichen Mitteln finanziert sowie (4.) selektiv sein, d. h. bestimmte Unternehmen bevorteilen. Und (5.) muss die Maßnahme den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Die einzelnen Konkretisierungsstufen[80] des Verbotstatbestandes legte die Kommission umfassend in der im Jahr 2016 veröffentlichten Bekanntmachung zum Beihilfebegriff dar.[81] Allerdings soll

---

74 EuGH, 2.7.1974, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), LS. 2.

75 EuGH, 30.6.2016, Rs. C-270/15P (Belgien/Kommission), Rn. 39.

76 Mederer, in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, 6. Teil, A. Vorbem., Rn. 3; *Hochreiter*, EWS 2015, 301, 301 f.

77 *Rodi,* Subventionsrechtsordnung, 144 f.

78 *Gröteke,* Beihilfenkontrolle und Standortwettbewerb, 263.

79 EuGH, 30.3.2006, Rs. C-451/03 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl), Rn. 55; EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Rn. 75; EuGH, 13.3.2001, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra).

80 *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 170.

81 Zur Beihilfebegriff-Bek. siehe Fußnote 30, zur Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten nach der Beihilfebegriff-Bek. siehe Kapitel 3, B, sowie zur Entstehungsgeschichte Kapitel 4, B.III.2.g).

nicht verkannt werden, dass die nicht ohne Kritik[82] gebliebene Bekanntmachung das aufgrund ihrer originären Zuständigkeit für die Beihilfenkontrolle zukommende Ermessen bindet.[83]

Zur Eingrenzung des Beihilfetatbestandes finden sich in der älteren Literatur demgegenüber vereinzelt Ansätze, die dem in Art. 107 Abs. 1 AEUV enthaltenen Begriff der „Beihilfe" einen eigenen, normativen Bedeutungsgehalt beimessen und diesen mit Definitionen zu untersetzen suchen. Diese Auffassungen sahen in den weiteren, in Art. 107 Abs. 1 AEUV genannten Merkmalen eine ergänzende Funktion.[84]

Der in der jüngeren Beihilfepraxis und der Literatur etablierte Ansatz, eine Maßnahme danach zu qualifizieren, ob diese die in Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgeführten fünf Tatbestandsmerkmale erfüllt, ist vorzuziehen. Denn der interpretatorische Ansatz marginalisiert die vom Normgeber in Art. 107 Abs. 1 AEUV zur Identifikation wettbewerbsverzerrender Maßnahmen genannten Merkmale. Gerade die unterschiedlichen Vorstellungen der Gründerstaaten von den Begriffen „Beihilfe" sowie „Subvention" legen nahe, die Prüfung nicht anhand eines einzelnen auslegungsbedürftigen Begriffs auszuführen. Die Prüfung anhand der weiteren Tatbestandsmerkmale in Art. 107 Abs. 1 AEUV steht näher am Wortlaut der Norm und entspricht besser dem umschreibenden Ansatz der Normgeber. Im Folgenden sollen die fünf Tatbestandsmerkmale näher beleuchtet und untersucht werden.

1. Unternehmen

Das Beihilfeverbot ist an die Mitgliedstaaten adressiert, aus den Tatbestandsmerkmalen des Art. 107 Abs. 1 AEUV folgt aber, dass zum Empfängerkreis ausschließlich „Unternehmen" oder „Produktionszweige" zählen. Die Tatbestandsalternative der Begünstigung von Produktionszweigen erfasst Beihilfen zugunsten ganzer Branchen. Begünstigte sind auch in dieser Variante letztlich aber Unternehmen.[85] Vom Begriff des „Produktionszweiges" sind der Handels- und Dienstleistungssektor gleichermaßen erfasst, obgleich sie streng genommen nicht dem Produktionssektor zugehören.[86] Zuwendungen und Förderungen an private Verbraucher sind damit erlaubt, sofern sie keine mittelbar selektiven Vorteile zugunsten von Unternehmen verschaffen.

---

82 Vgl. *Stöbener de Mora, Sarah Patricia*, EuZW 2016, 685, f.; siehe zur Kritik an der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff Kapitel 4, B.III.2.g).

83 *Gundel*, EuZW 2016, 606, 607; siehe zur Rechtsnatur und der Wirkung von Mitteilungen Kapitel 4, B.III.

84 *Hoischen,* Beihilferegelung, 32.

85 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 3, B., Art. 107 Abs. 1, Rn. 10.

86 *Lefèvre,* Ausfuhrförderung, 122.

Was ein Unternehmen im Sinne des Beihilferechts ist, bestimmt sich, wie für das europäische Wettbewerbsrecht generell, nach ständiger Rechtsprechung des EuGH funktional. Nur so wird die kohärente Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts in allen Mitgliedstaaten gewährleistet. Konturen gewann der Begriff insbesondere in der Auseinandersetzung um die an die Unternehmen adressierten Art. 101 AEUV ff.[87] Ein Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln ist danach jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Form und der Art ihrer Finanzierung.[88] Danach ist das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft nicht status- oder rechtsform-, sondern konkret handlungsbezogen zu beurteilen. Unerheblich ist damit insbesondere, ob die handelnde Einheit eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt oder rechtlich unselbstständig oder beispielsweise in die übergeordnete staatliche Verwaltung eingegliedert ist, solange die „ausübende" oder „handelnde" Einheit ein gewisses Maß an organisatorischer Selbstständigkeit besitzt. Denn andernfalls wäre die zielführende Abgrenzung zwischen dem Handeln der Einheit und der übergeordneten Verwaltung praktisch kaum zu bewältigen. In der Rechtssache „Becu" entschied der EuGH, dass die in ein Unternehmen eingegliederten Arbeitnehmer selbst keine von ihren Arbeitgebern zu unterscheidenden Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts sind.[89] Das Unternehmen im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist folglich nicht zwingend der Rechtsträger oder das Rechtssubjekt, dem die Begünstigung rechtlich zuzurechnen ist und das gegebenenfalls späterer Adressat der Rückforderungsentscheidung ist.

Die Einheit ist soweit Unternehmen im funktionalen Sinne, als ihre Tätigkeiten als „wirtschaftliche Tätigkeiten" einzustufen sind.[90] Aus der Rechtsprechung des EuGH folgt, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit ist, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.[91] Da sich der funktionale Unternehmensbegriff nicht auf eine bestimmte Institution bezieht, sondern die Qualifikation bezogen auf eine konkrete Handlung am Markt erfolgt, kann ein und dieselbe Institution in Bezug auf einen Teil ihrer Tätigkeiten als Unternehmen anzusehen sein und in Bezug auf einen anderen

---

87 *Lefèvre,* Ausfuhrförderung, 119.

88 EuGH, 27.6.2017, Rs. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rn. 41 ff.; EuGH, 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 u. C-355/01 (AOK Bundesverband u. a.), Rn. 46; EuGH, 19.1.1994, Rs. C-364/92 (SAT Fluggesellschaft), Rn. 18; EuGH, 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner u. Elser/Macrotron GmbH), Rn. 21.

89 EuGH, 16.9.1999, Rs. C-22/98 (Becu), Rn. 26.

90 EuGH, 12.7.2012, Rs. C-138/11 (Compass-Datenbank), Rn. 35 f.

91 EuGH, 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner u. Elser/Macrotron GmbH), Rn. 21; EuGH, 19.1.1994, Rs. C.364/92 (SAT Fluggesellschaft), Rn. 18; EuGH, 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 u. C-355/01 (AOK Bundesverband u. a.), Rn. 46; Mitteilung der Kommission zum Beihilfebegriff vom 19.7.2016, ABl. C 262, Seite 3, Nr. 2.1. ff., m. w. N.

Teil nicht. Ob die Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt, ist ohne Belang. Es spielt für den Wettbewerbsschutz und mit Blick auf die Interessen der Marktteilnehmer keine Rolle, ob das staatlich bevorteilte Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht agiert, solange es sich in den Wettbewerb mit anderen Unternehmen begibt.

Anders verhält sich dies bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse. Ihr fehlt es schon an dem wirtschaftlichen Charakter, denn der Staat tritt insoweit nicht als Wettbewerber auf, sodass mangels wettbewerbsverzerrender Wirkung des staatlichen Handelns kein Bedürfnis für die Anwendung der Beihilfevorschriften besteht. Handelt der Staat in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt, zählt die Tätigkeit mithin also zu seinen wesentlichen Aufgaben oder ist diese nach den für sie geltenden Vorschriften mit den Aufgaben des Staates verbunden und wird nicht in einem Marktumfeld erbracht, finden die Beihilfevorschriften keine Anwendung. Hierzu zählen nach Auffassung der Kommission und des EuGH vor allem klassisch hoheitliche Tätigkeiten wie zum Beispiel Aufgaben des Militär- oder Polizeiwesen, Aufgaben der Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle und die Organisation, Finanzierung und Durchsetzung des Justizwesens.[92]

2. Begünstigung

Bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter der „Beihilfe" eine Unterstützungshandlung zu verstehen. Wenngleich nicht zwingend, da also bereits aus dem Wortsinn des Begriffs „Beihilfe" folgend,[93] verlangt der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV gleichwohl die „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige". Für die Beihilfe und deren Verständnis ist die Begünstigung definitorisch[94] und zugleich zentrales Tatbestandsmerkmal.[95] Bemerkenswert ist umso mehr, dass die Verträge nicht darauf eingehen, was unter Begünstigung zu verstehen ist oder wann sie vorliegt.

---

92 EuGH, 4.5.1988, Rs. C-30/87 (Corinne Bodson/SA Pompes funèbres des régions libérées), Rn. 18; EuGH, 19.1.1994, Rs. C-364/92 (SAT Fluggesellschaft), Rn. 30; EuGH, 12.7.2012, Rs. C-138/11 (Compass-Datenbank), Rn. 35 f.; vgl. ferner auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ABl. C 8 vom 11.1.2012, Seite 4–14, Rn. 11 f.

93 *Khan/Borchardt*, in: Gadea, EC state aid law, 109, 110

94 *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 20; *Müller-Graff,* ZHR 152 (1988), 403, 418; a. A. *K. Möller,* Staatsbürgschaften, 53.

95 *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1065; *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 89; *Jakob,* Finanzierung von Fußballstadien, 183; *Jennert*, WRP 2003, 459, 461; *Zeitz,* Begriff der Beihilfe, 15.

a) Begünstigungsbegriff

aa) Wortlaut

Aus dem Wortsinn „Begünstigung" folgt, dass sie den Empfänger im Verhältnis zu anderen besserstellt.[96] Die Begünstigung setzt einen wie auch immer gearteten Vorteil voraus. Nach dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV muss die Beihilfe staatlich oder aus staatlichen Mitteln „gewährt" worden sein, sodass ihr eine Handlung oder Leistung zugrunde liegen muss. Ein günstiger Umstand, der ohne Zutun des Staates dem Empfänger einen Vorteil beschert, reicht nicht. Aus der Formulierung „Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung […] den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen" folgt weiter, dass Handlungen, die keine Begünstigungen hervorrufen, gleichwohl aber geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen oder zumindest zu beeinträchtigen, nicht Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen.[97] In Betracht kommen staatliche Belastungen von Unternehmen oder Produktionszweigen[98] oder Maßnahmen aufgrund rechtlicher Verpflichtungen.[99] Aus der Wendung „die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen" in Art. 107 Abs. 1 AEUV folgt ferner, dass die Besserstellung eingetreten sein muss. Es kommt also auf die Wirkung beim Empfänger an.

bb) Telos und Systematik

(1) Leistung ohne angemessene Gegenleistung

Aus dem wirtschaftsordnungsrechtlichen Normenbestand der Verträge, der den Binnenmarkt[100] in das Zentrum stellt und diesen sowie die Politiken von Union und Mitgliedstaaten normativ mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV sowie Art. 119 Abs. 1 AEUV auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet,[101] sowie dem Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften folgt, dass der Prämisse des wirtschaftlich rationalen Handelns bei der Beurteilung Bedeutung zukommen muss. Eine Begünstigung liegt vor, wenn der staatlichen Leistung keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.[102] Leistung und Ge-

---

96 *K. Möller,* Staatsbürgschaften, 44.

97 *K. Möller,* Staatsbürgschaften, 45.

98 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 417.

99 *Appelt,* Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen, 160.

100 *Wollenschläger*, in: Reiner Schmidt/Wollenschläger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 7; *Groeben*, in: FS Narjes, 19

101 Siehe zum Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb Kapitel 2, B.I.

102 *Kassow,* Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG, 66.

genleistung, Mittelzu- und Mittelabfluss stehen sich zum Vorteil des Empfängers der staatlichen Leistung nicht gleichwertig bzw. äquivalent gegenüber. Begünstigung beschreibt insofern eine Äquivalenzstörung der Leistungsbeziehung zwischen Staat und Empfänger.

Einer älteren Auffassung zufolge soll eine staatliche Leistung dann als Begünstigung eingestuft werden können, wenn sie für den Empfänger unentgeltlich ist – der Empfänger also überhaupt keine Gegenleistung erbringen muss – die Maßnahme folglich vollständig einseitig ist. In der Rechtssache „Steinike & Weinlig“[103] schien sich der EuGH dem anzuschließen. Woraus teilweise der Schluss gezogen wurde, dass der Beihilfetatbestand eine unentgeltliche Zuwendung voraussetze und schon eine nicht gleichwertige Gegenleistung das Vorliegen der Begünstigung insgesamt ausschließe,[104] obgleich der Empfänger unstreitig im Genuss eines Vorteils war.[105] Vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck[106] der Beihilfevorschriften, Ungleichheiten in den Wettbewerbsbedingungen zu erfassen, die nicht in den natürlichen Unterschieden in den Produktions- und Leistungsbedingungen wurzeln, sondern die auf staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen beruhen[107] und die Konkurrenzunternehmen in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung beeinträchtigen,[108] überzeugt dies aus folgenden Gründen nicht:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Mitgliedstaaten in den seltensten Fällen Beihilfen gänzlich ohne eine wie auch immer geartete Gegenleistung, gleich ob einklagbar oder nicht, gewähren. Auch „der Staat hat nichts zu verschenken“[109], sodass regelmäßig Gegenteiliges zu beobachten ist. Die Mitgliedstaaten verknüpfen Beihilfen mit mehr oder weniger ausgeprägten Zielstellungen und Erwartungen und stellen sie auf diese Weise zur Verwirklichung eigener Ziele und Zwecke in ihren Dienst.[110] Insofern handelt es sich häufig um intendierte Erwartungen ohne konkrete Rechtspflicht. Eine Verknüpfung durch ein rechtlich verpflichtendes Synallagma ist für das Vorliegen einer Begünstigung aber nicht erforderlich. Vielmehr genügt ein tatsächlicher, wechselseitiger, wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung.[111] Die Motive der Staaten sind vielfältig, so zum Beispiel der

---

103 EuGH, 22.3.1977, Rs. 78/76 (Steinike & Weinlig), Rn. 22.

104 *Schina,* State aids under the EEC Treaty, Rn. 50; *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 22; *Schernthanner,* Beihilfeaufsichtsrecht, 30.

105 *Rengeling*, in: Börner/Neundörfer, Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 23, 28.

106 Siehe zum Sinn und Zweck der Beihilfevorschriften Kapitel 2, A.II.

107 *Weides*, AwD-BB 1963, 295, 297; *Ose,* Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung, 35.

108 *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 30 f.

109 *Isensee*, in: Hufeld/Reimer/Mußgnug, Finanzverfassung, 117, 117 ff.

110 *Jennert*, EuR 38 (2003), 343, 344; zum Handeln des Staates als Investor Kapitel 3, A.I.

111 *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1066.

Erhalt von Arbeitsplätzen, die Steigerung der Standortattraktivität oder die Steuerung eines Strukturwandels durch Ansiedelung von Unternehmen. Erfüllen die Empfänger die mit der Gewährung verbundenen Erwartungen der öffentlichen Hand, indem sie sich ansiedeln, nicht abwandern und keine Stellen streichen oder weitere Arbeitsplätze schaffen, erbringen sie nicht irgendeine, sondern gerade die von ihnen erwartete Gegenleistung. Allerdings ist diese aus Sicht der Wirtschaftsbeteiligten in der Marktwirtschaft nicht marktadäquat.

Liegt die wie auch immer geartete und anzurechnende Gegenleistung vor, hängt die Antwort auf die Frage, ob die Leistung den Empfänger begünstigt, aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Beihilferegeln davon ab, ob die Gegenleistung „angemessen" ist.[112] Andernfalls würde schon eine symbolische Gegenleistung zur Unanwendbarkeit der Beihilfevorschriften führen.[113] Dann hätten es die Mitgliedstaaten leicht, Unternehmen wettbewerbsverzerrende, binnenmarktschädigende Vorteile zu verschaffen, ohne die Prüfung durch die Kommission zu befürchten. So indiziert folglich die Tatsache, dass eine staatliche Maßnahme für den Empfänger unentgeltlich ist, das Vorliegen einer Begünstigung. Für die regelhafte Beurteilung ist dieser Maßstab indes ungeeignet. Stattdessen muss es für die Frage, ob eine Begünstigung vorliegt, auf die Angemessenheit der Gegenleistung des Empfängers ankommen.[114] Zutreffend verzichtete daher der EuGH in seinen späteren Entscheidungen auf die Hervorhebung der Unentgeltlichkeit.[115]

(2) Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter als Referenz

Aus der Stellung der Beihilfevorschriften innerhalb der Wettbewerbsvorschriften sowie dem Sinn und Zweck, den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen und dem vorgegebenen Empfängerkreis, und zwar den Unternehmen als wirtschaftlich tätige Einheiten,[116] folgt weiter, dass die Begünstigung einen Bezug zum Wettbewerb erfordert.[117] Andernfalls wäre der Sinn und Zweck, den Wettbewerb zu schützen, nicht effektiv sichergestellt. Aus dem Zusammenspiel von Neutralitäts- und Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 345 AEUV[118], wonach die Union gleiche Wettbewerbsbedingungen für öffentliche und private Unternehmen zu schaffen hat, ohne die Mitgliedstaaten daran zu hindern, über Art

---

112 *Kassow,* Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG, 62 f.; *Schernthanner,* Beihilfeaufsichtsrecht, 33 f.

113 So auch *Pape,* Staatliche Kapitalbeteiligungen, 19; *Appelt,* Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen, 162.

114 *K. Möller,* Staatsbürgschaften, 45.

115 Vgl. auch Schlussanträge GA *Slynn*, 25.1.1984, Rs. 84/82 (Claes-Plan), Slg. 1984, 1451, 1500.

116 Siehe dazu auch oben Kapitel 2, A.III.

117 *Bartosch*, EuZW 23 (2012), 81.

118 Siehe zum Neutralitätsgrundsatz aus Art. 345 AEUV Kapitel 2, B.II.

und Ausmaß öffentlicher Wirtschaftsbetätigung in ihrem Hoheitsgebiet zu entscheiden,[119] folgt ferner, dass auf das Verhalten investierender Mitgliedstaaten auf das Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligte abzustellen ist. Denn die Wettbewerbsverfälschung tritt ein, wenn aus natürlichen Wettbewerbsprozessen hervorgegangene und auf einem gemeinsamen Verständnis der marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten beruhende Wettbewerbsparameter künstlich, durch staatliche Intervention in Form von marktunüblichem Verhalten beeinflusst werden.[120] Das Handeln der Wirtschaftsbeteiligten ist in der marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung der Union an deren Funktionslogik ausgerichtet und bildet zutreffend den Normal- und Idealfall. Jedes von diesem zum eigenen Nachteil abweichende staatliche Verhalten ist systemfremd und deshalb in einem ersten Schritt als Beihilfegewährung zu werten,[121] die erst in einem weiteren Schritt auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu überprüfen ist. In der Folge ist der Vergleichsmaßstab aus dem Markt heraus zu entwickeln. Mit dem KmhW erfolgt dies.[122] In der Situation des Empfängers staatlicher Leistungen ist das Unternehmen vergleichbar mit einem Nachfrager nach Leistungen. Erhält es Leistungen des Staates zu besseren Bedingungen als auf dem privaten Markt, ist damit die Besserstellung und mithin ein Vorteil verbunden. Was angemessen ist, entscheidet also der Markt. Wie der Vorteil begrifflich relativ ist,[123] ist die beihilferechtliche Begünstigung marktrelativ. Ähnlich erfolgt die Festlegung der Kompensation für die Übernahme von Leistungen der Daseinsvorsorge nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen in der Rechtssache „Altmark Trans“[124] sowie nach den von der Kommission mit dem DAWI-Paket[125] vorgegebenen Maßstäben anhand der betriebswissenschaftlichen Kostenrechnung und -analyse am Maßstab eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“[126] oder der Benchmark-Analyse durch sachverständige Wirtschaftsprüfer. Der Maßstab erlaubt es Unternehmen zugleich, aus Geschäften mit der öffentlichen Hand angemessene Gewinne zu erzielen und ihre Kostenlage zu verbessern,[127] ohne dass damit in beihilferechtlicher Hinsicht bereits ein Vorteil verbunden ist. Die Grenze

---

119 *Montag/Leibenath*, EWS 2003, 402, 402 ff.

120 *Platt,* Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht, 160 f.

121 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 85.

122 Siehe zum Vergleichsmaßstab Kapitel 3, B.

123 *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 238.

124 EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans).

125 Zum DAWI-Paket und den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse siehe Kapitel 3, A.II.3.

126 Vgl. nur Art. 5 Abs. 5 Beschluss der Kommission 2012/21/EU („DAWI-Freistellungsbeschluss“).

127 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 418.

dessen, was an Gewinnen erzielt werden kann, ohne Beihilfen zu begründen, markiert die Marktüblichkeit. Einfach sind Fälle zu beurteilen, in denen ein konkreter Marktpreis bestimmt werden kann, der als Maßstab für die Beurteilung der Marktangemessenheit des Austauschverhältnisses dienen kann. Schwieriger ist es dagegen bei der Veräußerung von öffentlichen Gütern, wie Konzessionen oder Grundstücken und dem unternehmerischen Engagement der öffentlichen Hand.[128] Wann die staatliche Leistung marktrelativ angemessen bzw. begünstigend ist, beantwortet in diesen Fällen das KmhW, das insofern zu einem Perspektivenwechsel auf das Verhalten des Staates führt.[129]

(3) Geldwerter Vorteil

Aus dem Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften, den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen und angesichts des von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorgegebenen Empfängerkreises, nämlich den Unternehmen,[130] folgt, dass die Begünstigung sich nur auf Vorteile erstrecken kann, die der wirtschaftlich tätigen Einheit im Wettbewerb als Anbieter oder Nachfrager eine vorteilhaftere Stellung verschafft.[131] Auch hier folgt aus dem wirtschaftsordnungsrechtlichen Normenbestand der Verträge, mit dem Binnenmarkt im Zentrum[132] und der mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV sowie Art. 119 Abs. 1 AEUV normativen Ausrichtung der Politiken von Union und Mitgliedstaaten auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb,[133] dass dies nur wirtschaftliche und marktrelevante Vorteile sein können. Dies ist immer dann der Fall, wenn diese Vorteile geeignet sind, die finanzielle Situation des Unternehmens zu verbessern und mithin geldwerten Charakter besitzen.[134]

Da nahezu jeder Leistung am Markt ein Geldwert zukommt, geht damit die Gefahr einher, dass alles geeignet sein kann, eine Begünstigung zu bewirken. So haben beispielsweise administrative Pflichten wie die Pflicht zur Zahlung von Steuern oder das Vorhandensein

---

128 *Rodi,* Subventionsrechtsordnung, 156.

129 *Mamut*, in: T. Jaeger, Jb BeihilfeR 09, 329, 335.

130 Siehe dazu auch oben Kapitel 2, A.III.1.

131 Vgl. auch EuGH, 30.3.2000, Rs. C-451/03 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti), Rn. 60; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 77.

132 *Wollenschläger*, in: Reiner Schmidt/Wollenschläger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 7.

133 Siehe zum Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb Kapitel 2, B.I.

134 Vgl. nur EuGH, 8.11.2001, Rs. C-143/99 (Adria Wien Pipeline), Rn. 41; *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 232; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1065 *Modlich,* Infrastrukturmaßnahmen, 20; *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 417; *Kassow,* Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG, 44 f.; *Herrmann-Strobelt,* Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, 31.

von Rechtssicherheit für ein Unternehmen einen in Geld messbaren Wert.[135] Vor dem Hintergrund des Sinnes und Zwecks des Beihilfeverbotes, den Wettbewerb vor staatlichen Eingriffen zugunsten bestimmter Unternehmen zu schützen, sind in teleologischer Reduktion Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV auszunehmen, die zwar einen Vorteil verschaffen, aber wettbewerbskonform sind.[136] Hierunter können Maßnahmen aufgrund rechtlicher Verpflichtung fallen, wie die Aufhebung von Entlastungen.[137]

Für die Frage der Begünstigung ist es irrelevant, ob und auf welche Weise das staatlich begünstigte Unternehmen den Vorteil für sich nutzt. Es genügt der Umstand, dass das Unternehmen einen Vorteil erhalten hat, weil schon dies allein die Wettbewerbssituation zugunsten des Unternehmens verändert. Reicht das begünstigte Unternehmen den Vorteil an die Nachfrager weiter, z. B. durch gesteigerte Qualität oder günstigere Preise, liegt die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung auf der Hand. Das begünstigte Unternehmen entfernt sich von der Position des nicht begünstigten Grenzanbieters, d. h. von dem Unternehmen, das gerade noch kostendeckend produziert bzw. seine Leistung anbietet.[138] Will der Nicht-Begünstigte seinen Marktanteil erhöhen oder zumindest halten, muss er seine Bemühungen intensivieren.[139] Je nach Ausmaß der Begünstigung gelangt der Nicht-Begünstigte aber an den Punkt, an dem es ihm seine Kostenrechnung nicht mehr erlaubt, den Wettbewerb fortzusetzen.[140] Das bevorteilte Unternehmen kann schließlich den Vorteil ebenso gut für sich behalten, z. B. indem es sein Kapital erhöht und damit seine Liquidität und Kreditwürdigkeit verbessert. Dadurch wird es in die Lage versetzt, z. B. größere Zukunftsinvestitionen vorzunehmen oder einen ausbleibenden Unternehmenserfolg länger durchzustehen, als dies etwa Mitbewerbern ohne den Vorteil möglich ist.

(4) Irrelevanz der Form

Tritt der Staat in seiner Funktion als Hoheitsträger auf und wählt hoheitliche Handlungsformen, die Privaten nicht offen stehen, liegt hoheitliches Handeln des Staates vor. Staat und Marktteilnehmer stehen sich in dem Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenüber. Die

---

135 *Mamut*, in: T. Jaeger, Jb BeihilfeR 09, 329, 331.

136 *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 239.

137 EuGH, 17.3.1993, Rs. 72/91 (Tarifvertragsrecht für Seeleute unter Bundesflagge), Rn. 17.

138 „Marginalanbieter", „Grenzanbieter", „Grenzproduzent": In der Preistheorie Bezeichnung für diejenigen Anbieter bei vollkommener Konkurrenz, welche bei dem herrschenden Marktpreis lediglich den Unternehmerlohn und die marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erzielen, vgl. Gablers Wirtschaftslexikon, Online-Ressource unter http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/130243/marginaler-anbieter-v5.html (Abruf 17.10.2020).

139 *Himmler,* Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, 36.

140 *Himmler,* Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, 36.

Zurechnung zur hoheitlichen Sphäre erfolgt anhand der äußeren Form des staatlichen Handelns.[141] Hoheitliche Handlungsformen sind nach beihilferechtlichen Maßstäben grundsätzlich geeignet, Unternehmen und Produktionszweige zu begünstigen und den Wettbewerb zu verzerren.[142] Ob eine Begünstigung vorliegt, bestimmt sich in diesen Fällen danach, ob der Adressat von Belastungen befreit wird, die er normalerweise zu tragen hat.[143] Typische Fälle sind die Rechtssetzung, Marktregulierung und Steuervergünstigungen. Damit nicht jede wirtschaftsregulierende Maßnahme der Mitgliedstaaten dem Beihilfetatbestand und der Prüfung durch die Kommission ausgesetzt ist, erfährt der Beihilfetatbestand mit dem Merkmal der Bestimmtheit[144] eine Eingrenzung. Das Bestimmtheitserfordernis dient der Abgrenzung beihilferechtlich begünstigender Maßnahmen von allgemeinen, wirtschafts- oder sozialpolitischen staatlichen Maßnahmen,[145] die allen Unternehmen unterschiedslos zugutekommen, wie im Falle von allgemeinen Infrastrukturinvestitionen[146] oder allgemeinen Steuervergünstigungen.[147]

Aus der aus Art. 345 AEUV abgeleiteten Anerkennung, dass es Mitgliedstaaten unbenommen ist, sich in marktwirtschaftliche Beziehungen zu Unternehmen zu begeben, z. B. durch die Vergabe von Aufträgen, durch den Kauf oder Verkauf von Grundstücken oder die Investition und Beteiligung an Unternehmen, folgt, dass es dem Staat möglich ist, Unternehmen durch das zugrunde liegende Rechtsgeschäft verdeckt zu begünstigen und damit Beihilfen zu gewähren, um eigene, z. B. regional- oder strukturpolitische Ziele zu verfolgen. Die Grenzen zwischen unternehmerischem Handeln und Begünstigung sind in diesen Fällen fließend. Noch schwieriger ist die Grenzziehung, wenn der Staat durch seine Unternehmen am Markt agiert und diese auf verschiedene Weise unterstützt. So kann der Staat wie ein Privater Kapitalerhöhungen vornehmen, Gesellschafterdarlehen gewähren, für die Schulden des Unternehmens bürgen oder auf Dividenden verzichten.[148] Dem äußeren Erscheinungsbild nach entspricht das Handeln einem normalen privaten Eigentümerverhalten. Nähme man die beihilferechtliche Einordnung in diesen Fällen nach der äußeren Erscheinungsform,

---

141 *Haslehner*, in: T. Jaeger/Rumersdorfer, Jb BeihilfeR 11, 274, 275.

142 Zur Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten auf hoheitliche Maßnahmen Anwendung EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF) sowie Kapitel 3, C.I, S. 96.

143 *Bartosch*, EuZW 2018, 261, 261.

144 Häufig auch Selektivität oder Spezifität der Begünstigung.

145 *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 205 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 3, B., Art. 107 Abs. 1, Rn. 168.

146 *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 205.

147 *Friederiszick/Tröge* 2006, 105, 105; *Friederiszick/Röller/Verouden*, in: Buccirossi, Hb antitrust economics, 625, 628.

148 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 20.

der sich der Staat bedient, vor, wäre eine eindeutige Abgrenzung mit klaren Ergebnissen möglich. Allerdings nur auf den ersten Blick: Denn trotz der äußeren Erscheinungsform muss dem Handeln nicht zwingend ein marktwirtschaftlich motiviertes und wirtschaftlich rationales Handeln zugrunde liegen. Bei wertender Betrachtung kann sich die Maßnahme als verdeckte beihilferelevante Unterstützungshandlung erweisen. Die Einordnung anhand der Handlungsform steht also in einem Spannungsverhältnis zum Zweck des Beihilferechts, Wettbewerbsverzerrung auf dem Binnenmarkt durch staatliche Begünstigungen zu verhindern.[149] Dass es nicht auf die Form der Beihilfegewährung ankommen kann, zeigt zudem der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV, der „Beihilfen gleich welcher Art" erfasst.[150] Ob eine staatliche Maßnahme begünstigt und dadurch den Wettbewerb beeinträchtigt, hängt also nicht von ihrer Form ab, sondern von ihrer Wirkung und dem wirtschaftlichen Effekt auf den Empfänger und das Marktgeschehen. Die Wirkung ist beihilferechtlich begünstigend, wenn sie den Empfänger in einem Maße bevorteilt, das von den Prämissen marktwirtschaftlich handelnder Marktteilnehmer nicht mehr gedeckt ist, da das sonst von äußeren Einflüssen unbehelligte, sich selbst regulierende Marktgeschehen zugunsten des Empfängers und zum Nachteil der Wettbewerber verändert wird.

cc) Rechtsprechung der Unionsgerichte

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine Begünstigung die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, den der Empfänger unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten würde.[151] Hierzu zählen Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen oder die als wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte,[152] bzw. jede aus

---

149 *Weides*, AwD-BB 1963, 295, 297; *Ose,* Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung, 35; *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 30 f.; *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 407; vgl. auch Protokoll Nr. 27 zum AEUV, danach umfasst der Binnenmarkt „[...] *ein System [...], das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt*".

150 Vgl. die Fassung der Arbeitsgruppe Gemeinsamer Markt zu den Vertragsverhandlungen über den Gemeinsamen Markt, Entwurf einer Abfassung von Artikeln entsprechend dem Text des Berichts [Anm. Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister (Spaak-Bericht) vom 21.4.1956 = EWG DOK 14] vom 20.6.1956, zu Artikel 44 Absatz 1 – Beihilfen der Staaten: „*1. Unvereinbar mit der Errichtung des Gemeinsamen Marktes sind die von den Staaten gewährten Beihilfen – ungeachtet ihrer äußeren Form –, die durch die Begünstigung gewisser Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen und die Arbeitsteilung Beeinträchtigen.*" (Hervorhebung nicht im Original), abgedruckt bei *Schulze/Hoeren,* Bd. I, Gründungsverträge, 752 (905).

151 EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 45 ff.; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 78; EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice), Rn. 21 und 22; *v. Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 67. EL, Art. 107, Rn. 52; *Arhold*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 185.

152 EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 44; EuGH, 27.6.2017, Rs. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rn. 65 ff.; EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 70.

staatlichen Mitteln bewirkte Leistung ohne angemessene marktübliche Gegenleistung.[153] Die staatliche Leistung muss nicht unentgeltlich sein[154] und setzt keine positive Mittelgewährung voraus. Ein wirtschaftlicher Vorteil kann also im Verzicht auf Mittel liegen, auf die unter dem Gesichtspunkt der Marktüblichkeit ein Anspruch besteht, sowie in der Verminderung von wirtschaftlichen Belastungen, die Unternehmen normalerweise haben und die nach Art und Wirkung Subventionen gleichstehen. Entscheidend ist die marktunübliche vorteilhafte ökonomische Wirkung,[155] die äußere Form der Maßnahme; ihre Art und rechtliche Konstruktion sind irrelevant.[156] Daraus folgt zugleich, dass es keiner Absicht des Staates bedarf, den Empfänger zu begünstigen. Der EuGH betont dies stets, indem er hervorhebt, dass der Begriff „Beihilfe" ein objektiver Begriff sei.[157] Aus dieser Beziehung erklärt sich unter anderem, warum die Form, Gründe, intendierten Ziele des staatlichen Handelns oder die Motivation des Mitgliedstaates irrelevant sind.[158] Da die staatlichen Maßnahmen zudem unterschiedliche Formen annehmen können, bestimmt sich das Vorliegen der Begünstigung nach den Wirkungen der staatlichen Maßnahme.[159]

Was im konkreten Fall marktrelativ angemessen ist, ist eine Frage des Einzelfalls, die in der Praxis häufig zu den am schwierigsten zu beantwortenden Fragen zählt.[160] Die Bewertung, ob ein Leistungs-Gegenleistungsverhältnis in diesem Sinne marktrelativ angemessen ist, erfordert eine wirtschaftliche Analyse, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung des Entgelts für Leistungen berücksichtigt.[161]

---

153 EuGH, 25.6.1970, Rs. 47/69 (Frankreich/Kommission), Rn. 16/17.

154 *Kahl*, NVwZ 1996, 1082, 1084.

155 EuGH, 2.7.1974, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Rn. 26/28; EuGH, 24.2.1987, Rs. 310/85 (Deufil), Rn. 8; *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 107 f. AEUV, Rn. 10; *Zeitz*, Begriff der Beihilfe, 15.

156 *Schina,* State aids under the EEC Treaty, Rn. 51.

157 EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange, ehem. France Télécom), Rn. 87; EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P u. C-536/12 P (SNCM), Rn. 15; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas), Rn. 100, EuGH, 2.12.2009, Rs. C-89/08 P (Kommission/Irland), Rn. 72; *Wollenschläger*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 508 f.; *Schroeder/Sild*, EuZW 2014, 12, 14.

158 St. Rspr. bereits im EGKS-Bereich EuGH, 23.2.1961, Rs. 30/59 (Steenkolenmijnen); für den EWG Bereich: EuGH, 2.7.1974, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Rn. 26/28; vgl. auch *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 237.

159 EuGH, 9.6.2011, verb. Rs. C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P (Comitato „Venezia vuole vivere"), Rn. 94; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 77; EuGH, 19.3.2013, verb. Rs. C-399/10P u. C-401/10 P (Bouygues, u. a./Kommission), Rn. 102 f.

160 *Giuseppe B.*, ECLR 17 (1996), 258, 266.

161 EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 61; EuGH, 3.7.2003, verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P u. C-94/01 P (Chronopost/UFEX), Rn. 70.

b) Zwischenergebnis

Ein Schwerpunkt der beihilferechtlichen Prüfung ist die unter dem Tatbestandsmerkmal der Begünstigung des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorzunehmende Prüfung. Die Prüfung muss normorientiert und europaverfassungsrechtlich rückgebunden erfolgen.[162] Die Auslegung des Begünstigungsmerkmals hat gezeigt, dass das Merkmal kein rein deskriptives ist. Der wirtschaftsordnungsrechtliche Normenbestand, der die Herstellung des Binnenmarktes und die Verpflichtung von Union und Mitgliedstaaten auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb ins Zentrum stellt[163], bedingt, dass bei der Begünstigungsprüfung der Prämisse wirtschaftlich rationalen Handelns entscheidende Bedeutung zukommt. Aus der Stellung der Beihilfevorschriften im Wettbewerbsrecht folgt, dass die Begünstigung sich auf den Wettbewerb und damit die Wirtschaftsteilnehmer auswirken muss. Deren Prämissen und ihr Entscheidungsverhalten dienen als Referenzmaßstab und als Lackmustest[164] der beihilferechtlichen Begünstigungsprüfung, denn ihr Handeln ist in der marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung der Normal- und Idealfall. Davon abweichendes staatliches Verhalten erscheint systemfremd und ist, bei Erfüllung der weiteren Tatbestandsmerkmale, als Beihilfegewährung einzustufen.[165] Das KmhW übernimmt in diesem Umfeld die Funktion des Fremdvergleichs, mit dem marktwirtschaftlich handelnden hypothetischen Wirtschaftsteilnehmer.

3. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige

Es genügt nicht, dass der Empfänger der Begünstigung ein Unternehmen oder Produktionszweig ist. Dem Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen nur Begünstigungen, die sachlich, räumlich oder zeitlich „bestimmten" Unternehmen oder Produktionszweigen zukommen, also selektiv wirken.[166] Eine staatliche Maßnahme ist selektiv, wenn sie eine Differenzierung zwischen Unternehmen vornimmt, es sei denn, diese folgt aus der Natur oder dem inneren Aufbau der Regelung, zu der sie gehört, was vom betreffenden Mitgliedstaat darzulegen ist.[167] Das Merkmal der Bestimmtheit[168] dient der Abgrenzung von allgemeinen,

---

162 *Behrens*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 181.

163 Siehe dazu Kapitel 2, B.I.1.

164 *Koenig*, EWS 2010, 1.

165 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 85.

166 Die Begriffe „Selektivität", „Spezifität" und „Bestimmtheit" werden in diesem Zusammenhang synonym verwendet, vgl. auch *Bartosch*, EU-BeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 105; *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 205.

167 EuGH, 27.6.2017, Rs. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rn. 71 ff.

168 Häufig auch Selektivität oder Spezifität der Begünstigung.

wirtschafts- oder sozialpolitischen staatlichen Maßnahmen,[169] die allen Unternehmen unterschiedslos zugutekommen, wie im Falle von allgemeinen Infrastrukturinvestitionen[170] oder allgemeinen Steuervergünstigungen.[171] Es markiert die Grenze zwischen der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz für allgemeine Maßnahmen der Wirtschafts- und Sozialpolitik und dem Schutz des Wettbewerbs vor punktuellen staatlichen Eingriffen.[172]

Ob eine Maßnahme selektiv wirkt, ist ebenfalls durch Analysen ihrer Wirkung und Sachgesetzlichkeiten zu untersuchen. Auch hierbei können ökonomische Analysen besondere Bedeutung erlangen. Entscheidend ist, ob die in eine rechtliche Regelung eingebettete Maßnahme geeignet ist, bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Erfahren diese eine unterschiedliche Behandlung, die als diskriminierend eingestuft werden kann, ist die Regelung selektiv.[173] Eine Maßnahme ist zudem selektiv, wenn sich ein abgrenzbarer Kreis begünstigter Unternehmen ausmachen lässt, der sich von anderen rechtlich und tatsächlich[174] nicht begünstigten Unternehmen abgrenzt.[175] Hierfür genügt es bereits, dass singulär ein Unternehmen oder Produktionszweig von der Maßnahme ausgenommen ist. Die Bestimmtheit beschreibt also die punktuelle Gleichheitswidrigkeit einer Maßnahme innerhalb eines Bezugsrahmens. Dies führt zu einem sehr weiten Verständnis von Bestimmtheit, die die ohnehin weite Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV verstärkt.[176] Eine auf den ersten Blick unterschiedslos gestaltete gesetzliche Grundlage für eine Zuwendung kann gleichwohl dennoch selektiv wirken, sofern die Regelung tatsächlich nur bestimmte Unternehmen erfasst. Aus diesem Grund kommt dem Merkmal eine besondere Bedeutung bei der Prüfung von Steuervergünstigung unter dem Gesichtspunkt verbotener Beihilfen zu.

Eine die gesamte Wirtschaft umfassende Hilfsmaßnahme liefe letztlich dem Verständnis von Begünstigung zuwider, wonach die Begünstigung die aus der Allgemeinheit

---

169 *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 205; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 3, B., Art. 107 Abs. 1, Rn. 168.

170 *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 205.

171 *Friederiszick/Tröge* 2006, 105, 105; *Friederiszick/Röller/Verouden*, in: Buccirossi, Hb antitrust economics, 625, 628.

172 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 3, B., Art. 107 Abs. 1, Rn. 169.

173 EuGH, 21.12.2016, verb. Rs. C-20/15 P u. C-21/15 P (World Duty Free Group SA, u. a.), Rn. 53 ff.

174 *Koenig/Hellstern*, in: Müller-Graff/Hatje, EnzEuR, Bd. 4, § 14, Rn. 44.

175 *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 210.

176 *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 211.

herausgehobene spezielle Gunsterweisung bezeichnet.[177] Der Umstand, dass eine staatliche Maßnahme einen wirtschaftlichen Vorteil begründet, reicht daher nicht aus,[178] soweit sie Teil des Systemwettbewerbs der Mitgliedstaaten ist.[179] Aus diesem Grund sind die Begünstigung und die Bestimmtheit eng aufeinander bezogen.[180] Dies schlägt sich in der Prüfungspraxis der Kommission nieder, die nicht immer die klare Trennung erkennen lässt, jedoch für die Beweislast von Bedeutung ist.[181]

4. Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen

Die äußere Grenze des Beihilfetatbestandes markiert Art. 107 Abs. 1 AEUV mit dem Erfordernis der Staatlichkeit der Mittel.[182] Voraussetzung sind danach „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen". Das Tatbestandsmerkmal ist weit auszulegen und soll sämtliche Geldmittel mittel- oder unmittelbarer Art erfassen, ohne dass es darauf ankommt, dass diese Mittel dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören und für die Unterstützung der Unternehmen durch öffentliche Stellen vorgesehen sind.[183]

Aufgrund der Neutralität der Union gegenüber dem innerstaatlichen Verwaltungsaufbau der Mitgliedstaaten zählen zu den staatlichen Mitteln ebenso Mittel der Länder und Kommunen bzw. mitgliedstaatlicher Verwaltungsuntergliederungen. Staatlichen Ursprungs ist eine Leistung, wenn sie direkt von einer Behörde zur Verfügung gestellt wird und aus nationalen oder regionalen Haushaltsmitteln oder Mitteln öffentlicher Banken stammen, d. h. zu Lasten des staatlichen Haushalts gehen. Was der Fall ist, wenn die Mittel unter staatlicher Kontrolle und damit mitgliedstaatlichen Behörden zur Verfügung stehen.[184]

Mittel, die nicht unmittelbar auf den Staatshaushalt zurückzuführen sind, sondern z. B. aus Fonds stammen oder durch parafiskalische Abgaben Privater finanziert werden, stammen gleichwohl dennoch aus staatlichen Mitteln, wenn diese dem Staat zurechenbar sind, was der Fall ist, wenn er einen erheblichen Einfluss auf die Mittelverwendung hat.[185]

---

177 *Hochbaum,* Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG, 177.

178 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 3, B., Art. 107 Abs. 1, Rn. 169.

179 *Kliemann*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatjem, EuR, Art. 107, Rn. 44.

180 *Koenig/Paul*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 68.

181 *Koenig/Paul*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 68.

182 *Schroeder*, EuZW 2015, 202-207.

183 EuGH, 9.11.2017, Rs. C-656/15 P (TV2/Danmark), Rn. 46; EuGH, 18.5.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn 16; EuGH, 19.12.2013, Rs. C-262/12 (Association Vent De Colère, u. a.), Rn. 21; EuGH, 30.5.2013, Rs. C-677/11 (Doux Élevage), Rn. 35; EuGH, 17.7.2008, Rs. C-206/06 (Essent Netwerk Noord u. a.), Rn. 70; EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission), Rn. 37.

184 EuGH, 9.11.2017, Rs. C-656/15 P (TV2/Danmark), Rn. 46.

185 EuGH, 11.3.1992, verb. Rs. C-78 bis 83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest), Rn. 32 f.; EuGH, 11.11.1987, Rs. 259/85 (Textilbeihilfen Frankreichs), Rn. 23.

Infolgedessen liegt selbst dann eine staatliche Beihilfe vor, wenn öffentliche oder private Einrichtungen sie gewähren, sie aber vom Staat zur Durchführung der Beihilfe errichtet oder beauftragt wurden.[186] Nicht zurechenbar sind dagegen Maßnahmen, die letztlich vom Endabnehmer aufgrund staatlicher Regelung vollständig selbst finanziert sind.[187]

Der Wortlaut „staatliche oder aus staatlichen Mitteln" legt die Vermutung nahe, dass es sich um alternative Verwirklichungsformen handelt. Sinn und Zweck der Eingrenzung ist es indes, den Mitgliedstaaten zurechenbare Maßnahmen zu erfassen,[188] weshalb die beiden Merkmale nach der Rechtsprechung kumulativ erfüllt sein müssen.[189] Es muss sich also um eine Maßnahme handeln, die unmittelbar oder mittelbar aus dem Staatshaushalt folgt und eine dem Staat zurechenbare und seinen Haushalt belastende Maßnahme darstellt. Mit dieser Festlegung wird der ohnehin nahezu jede Form von marktunüblicher Begünstigung erfassende Tatbestand in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Mittel rein privater Akteure, ebenso wie direkt aus dem Unionshaushalt stammende, sind von dem Beihilfeverbot nicht erfasst.[190] Spenden, Unterstützungen von Selbsthilfeorganisationen und privaten Vereinigungen sind Teil der gewollten privatautonomen Selbststeuerung[191] und finden in den an die Unternehmen adressierten Kartell- und Missbrauchsvorschriften der Art. 101 f. AEUV sowie den allgemeinen Gesetzen ihre Grenzen. Ebenso sind Maßnahmen ausgeschlossen, die den Haushalt nicht in geldwerter Form belasten, z. B. bei selektiven Festlegungen von Umweltstandards oder Rahmenbedingungen der unternehmerischen Tätigkeit.[192]

5. Gefahr der Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels

Ökonomische Analysen geben darüber hinaus Antworten auf die Frage, ob eine selektiv begünstigende Maßnahme, wie von Art. 107 Abs. 1 AEUV gefordert, tatsächlich oder potenziell wettbewerbsverfälschend wirkt und den mitgliedstaatlichen Handel beeinträchtigt. Regelmäßig ist dazu kontrafaktisch die ökonomische Wirkung der fraglichen Maßnahme zu vergleichen.[193] Bei den Voraussetzungen handelt es sich um voneinander getrennt zu betrachtende Merkmale. Allerdings prüfen Kommission und Unionsgerichte die Merkmale

---

186 EuGH, 30.5.2013, Rs. C-677/11 (Doux Élevage), Rn. 35; EuGH, 24.3.2011, Rs. T-443/08 u. T-455/08 (Flughafen Halle-Leipzig), Rn. 143; EuGH, 13.3.2001, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra), Rn. 58.

187 EuGH, 13.9.2017, Rs. C-329/15 (ENEA S.A. v Prezes Urzędu Regulacji Energetyki), Rn. 31 f.

188 *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 157.

189 EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission), Rn. 24.

190 EuGH, 14.7.1998, Rs. C-341/98 (Bettati), Rn. 73.

191 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 412.

192 EuGH, 17.3.1993, verb. Rs. C-72/91 u. C-73/91 (Sloman Neptun), Rn. 21.

193 *Eilmansberger*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 342.

häufig zusammen.[194] Dies mag damit zusammenhängen, dass die Kommission in der Vergangenheit keine hohen Anforderungen an die Verwirklichung der Merkmale stellte. In Bezug auf das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung ging die Kommission teilweise von der „Naturgemäßheit" der wettbewerbsverfälschenden Wirkung aus,[195] weshalb sie diese fast immer ohne eingehende Prüfung bejahte.[196] Damit ist die Bewertung der wettbewerblichen Situation aus der Definition des Beihilfetatbestandes trotz der Selbstverpflichtung der Kommission zu einem ökonomischeren Ansatz[197] weitgehend ausgeblendet.[198]

Für die Qualifizierung einer nationalen Maßnahme als staatliche Beihilfe bedarf es nach der Rechtsprechung des EuGH daher keines Nachweises zu den tatsächlichen Auswirkungen der Beihilfe auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und einer tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung, sondern nur der Prüfung, ob die Beihilfe geeignet ist, diesen Handel zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu verfälschen.[199] Denn nach der Rechtsprechung kann jede Beihilfe an Unternehmen auf dem Binnenmarkt zu einer Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen.[200] Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darf jedoch nicht bloß hypothetischer Natur sein oder vermutet werden.[201] Daher ist der Grund zu bestimmen, weshalb die betreffende Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und aufgrund ihrer voraussichtlichen Auswirkungen geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Gründe muss die Kommission in ihren Entscheidungen darlegen.

Bereits nach dem Wortlaut ist das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung weit gefasst. Da der Wettbewerb umfassend zu schützen ist, ist die Verfälschung bereits anzunehmen, wenn die fragliche Maßnahme tatsächlich oder potenziell in ein bestehendes oder in

---

194 Beihilfenbegriff-Bek, Rn. 186.

195 Vgl. EuGH, 24.2.1987, Rs. C-304/85 (Falck), Rn. 24.

196 Vgl. nur EuG, 8.7.2004, Rs. T-198/01 (Technische Glaswerke Ilmenau), Rn. 97.

197 *Europäische Kommission*, Aktionsplan staatliche Beihilfen – Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009 vom 7.6.2005, KOM(2005) 107 endgültig.

198 *Sedemund*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 31, 34; *Koenig/Julia Paul*, BZR 2010, 131-139, 193-199, 198.

199 EuGH, 18.5.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn. 29; EuGH, 30.4.2009, Rs. C-494/06 P (Kommission/Italien und Wam), Rn. 50; EuGH, 26.10.2016, C 211/15 P (Orange), Rn. 64; EuGH, 9.6.2011, verb. Rs. C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P (Comitato „Venezia vuole vivere"), Rn. 76; EuGH, 15.12.2005, Rs. C 66/02 (Italien/Kommission), Rn. 111.

200 EuG, 11.6.2009, Rs. T-189/03 (ASM), Rn. 68; EuG, 6.3.2002, verb. Rs. T-92/00 u. T-103/00 (Disputación Foral de Álva), Rn. 72.

201 EuGH, 18.5.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn. 30.

der Entstehung befindliches Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und die Entstehung oder den Ablauf des Wettbewerbs verändert.[202] Wettbewerbsverfälschend sind folglich ebenso Maßnahmen, die von ihren Befürwortern häufig mit dem Argument verteidigt werden, dass sie den Wettbewerb überhaupt erst ermöglichen. Zum Beispiel, weil sie einen Marktteilnehmer erst konkurrenzfähig machen, also seine Marktzutrittschancen beeinflussen.[203] Die ins Feld geführte Wirkung ist allenfalls im Rahmen der Rechtfertigung der Maßnahme nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen. Im Kern geht es darum, Maßnahmen zu identifizieren, die die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber den Mitbewerbern verbessern. Dazu zählen Maßnahmen, die dem Empfänger auf einem liberalisierten Markt einen finanziellen Vorteil gewähren oder diesen von Kosten befreien, die normalerweise zu tragen sind.[204] Bezugspunkt für die Prüfung ist der Zeitpunkt vor Erlass der staatlichen Maßnahme. Die Wettbewerbsverfälschung ist also nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf einen bestimmten, den relevanten Markt feststellbar. Für die Beurteilung des relevanten Marktes greifen die Kommission und der EuGH auf das Bedarfsmarktkonzept zurück. Danach bestimmt sich der relevante Markt nach der funktionellen Austauschbarkeit von Gütern und Leistungen. Ihren Standpunkt zur Bestimmung des relevanten Marktes hat die Kommission in der eigens dazu erlassenen Bekanntmachung dargelegt, die in Beihilfesachen ebenfalls heranzuziehen ist.[205] Allerdings stehen im Beihilferecht stärker der Beihilfeempfänger und der von einer staatlichen Maßnahme betroffene Wirtschaftszweig im Vordergrund, weniger dagegen die präzise Feststellung der Wettbewerbskräfte.[206] In der Vergangenheit griff die Kommission vereinzelt auf das mit dem Bedarfsmarktkonzept aufgestellte Prüfungsraster zurück.[207] Das ist zu kritisieren, da auf diese Weise die Chance vertan wird, objektivere und besser vorhersehbare Entscheidungen zu treffen.[208]

Im Unterschied zu den Grundfreiheiten setzt der Beihilfetatbestand keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus, knüpft also nicht an die grenzüberschreitende Tätigkeit

---

202 EuGH, 17.9.1979, Rs. C-730/79 (Philip Morris), Rn. 8 ff.; *Koenig/Paul*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 87.

203 *Rengeling*, in: Börner/Neundörfer, Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 23, 30 f.

204 Beihilfenbegriff-Bek., Rn. 187 u. 189 m. w. N.

205 Vgl. auch Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), ABl. vom 9.12.97, Nr. C 372, S. 5 f.

206 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 1 ff., Fn. 1, S. 7 f., Rn. 11 f.; ähnlich auch: Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013, ABl. C 54, vom 4.3.2006, S. 13 f., Rn. 69.

207 Ähnlich etwa *Schina,* State aids under the EEC Treaty, 82 ff.

208 So auch *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1069.

des Beihilfeempfängers oder des von der Beihilfe ausgeschlossenen Wettbewerbers an[209]. Funktionsäquivalent dient aber das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten der Abgrenzung von staatlichen Maßnahmen, die rein lokal wirken.[210] Der durch die Maßnahme beeinträchtigte Handel ist umfassend zu verstehen. Erfasst ist der Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten ist von einer Maßnahme beeinträchtigt, wenn diese die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel unabhängig vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Wirtschaftsleistungen oder von der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebietes stärkt.[211] Nach der Rechtsprechung ist es ausreichend, dass die Maßnahme geeignet ist, eine Handelsbeeinträchtigung zu bewirken. Anders als bei Art. 101 Abs. 1 AEUV[212] folgt dies allerdings nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, sondern aus dem Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften. Es wäre mit dem Binnenmarktgedanken unvereinbar, wenn Maßnahmen zulässig wären, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel negativ zu berühren. Angesichts der fortschreitenden Verflechtung der Handelsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und auf dem Binnenmarkt sind allerdings kaum mehr Maßnahmen denkbar, die nicht zugleich den mitgliedstaatlichen Handel berühren.[213] Angesichts dessen stellt die Praxis an die Erfüllung des Merkmals zutreffend niedrige Anforderungen.[214] Ohne Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel sind danach z. B. allenfalls Beihilfen zugunsten rein lokal agierender Kleinbetriebe.[215]

In jüngerer Vergangenheit hat die Kommission vermehrt staatliche Maßnahmen mit dem Verweis auf ihren rein lokalen Charakter als zulässig erachtet. In einer Reihe von Entscheidungen lehnte sie das Vorliegen der Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels aufgrund der lokal begrenzten Wirkung der Maßnahmen ab. In den Entscheidungen nahm

---

209 *Rosenfeld*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 30.

210 *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 235.

211 EuGH, 18.5.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn. 31; EuGH, 14.1.2015, Rs. C-518/13 (Eventech/The Parking Adjudicator), Rn. 66; EuGH, 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11 u. C-203/11 (Libert, u. a.), Rn. 77; EuGH, 10.1.2006, Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze), Rn. 141; EuGH, 21.7.2005, Rs. C-71/04 (Xunta de Galicia"), Rn. 44.

212 Vgl. Art. 101 Abs. 1 AEUV: „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, *welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind* und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere […]".

213 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 433; *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 235.

214 *Herrmann*, KommJur 2016, 201, 201.

215 *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1070.

die Kommission an, dass rein lokale oder regionale Einrichtungen keine relevante internationale Anziehungskraft haben, die Benutzer von außerhalb anziehen und so den Wettbewerb mit anderen überregionalen Anbietern berühren. In diesen Fällen war zudem nicht davon auszugehen, dass die Maßnahme mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben würde.[216]

Auf eine besondere Spürbarkeit oder Intensität der Wettbewerbsverfälschung oder Handelsbeeinträchtigung, z. B. aufgrund der Größe oder des Marktanteils des begünstigten Unternehmens oder des Umfangs der fraglichen Maßnahme, kommt es ebenfalls nicht an.[217] Dies bedeutet aber nicht, dass auf die Prüfung der Wettbewerbsverfälschung verzichtet werden kann. Denn nicht jede selektiv wirkende Beihilfe führt automatisch zu einer Wettbewerbsverfälschung.[218] So liefern beispielweise die De-minimis-Schwellenwerte aus der Verordnung 1407/2013 bzw. Verordnung 360/2012 Anhaltspunkte für unkritische Beihilfehöhen im Bereich von 200.000 Euro bzw. 500.000 Euro in drei Steuerjahren, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.

IV. Rechtsfolgen

1. Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

Während die an die Unternehmen adressierten kartellrechtlichen Vorschriften die Unvereinbarkeit der genannten Verhaltensweisen ausdrücklich mit einem Verbot belegen,[219] ist Art. 107 Abs. 1 AEUV ein solches nicht unmittelbar zu entnehmen. Stattdessen leitet die herrschende Meinung aus der Formulierung „mit dem Binnenmarkt unvereinbar" und dem

---

216 Entscheidungen der Kommission SA. 41158, Erfurt Tourismus u. Marketing GmbH, Entscheidung der Kommission SA.41273, Zweckverband Tourismuszentrale Holsteinische Schweiz (Da die Kommission die Beschwerdeführer mit einfachen Ablehnungsschreiben (sog. „rejection letter") beschied und diese nicht substanziell widersprachen, haben weder die Bundesrepublik noch die betroffenen Beihilfeempfänger Kopien der Ablehnungsmitteilung erhalten. Insofern sind nur die Aussagen der Kommission bekannt, dass die Beschwerden aus den genannten Gründen zurückgewiesen wurden.); vgl. insbesondere Beihilfebegriff-Bek, S. 41, Rn. 190 f. m. w. N., beispielhaft KOM 12.1.2001, N 258/00 – „Freizeitbad Dorsten", KOM 20.12.2006, N 497/2006 - „Přerov Municipal Hall"; Beschluss C 10/2003 – Niederlande – Jachthäfen ohne Erwerbscharakter (ABl. L 34 vom 6.2.2004, S. 63), Entscheidung SA.37963 – Vereinigtes Königreich – Mutmaßliche Beihilfe für Glenmore Lodge (ABl. C 277 vom 21.8.2015, S. 3) u. SA.38208 – Vereinigtes Königreich – Mutmaßliche Beihilfe für mitgliedschaftlich organisierte Golfclubs (ABl. C 277 vom 21.8.2015, S. 4).

217 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 189; *Bartosch*, RIW 53 (2007), 681, 682; *Malek,* Daseinsvorsorge und Beihilfenrecht, 79.

218 A. A. Schlussanträge GA *Capotorti*, 18.6.1980, Rs. C-730/79 (Philip Morris), S. 2698, Rn. 4.

219 Art. 101 Abs. 1 u. Art. 102 Abs. 1 AEUV: „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten[…]".

Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften ein Verbot ab.[220] Wie der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV zeigt, ist das Beihilfeverbot weder absolut noch unbedingt.[221] Es handelt sich dogmatisch um die in Deutschland bekannte Rechtsfigur des präventiven Verbots mit Genehmigungsvorbehalt.[222]

Von der von Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgehenden Verbotswirkung ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 107 f. AEUV zu trennen. Die ist gegeben, wenn eine Norm eine Verpflichtung begründet, die hinreichend klar und bestimmt normiert ist und die keiner weiteren Bedingung oder keines weiteren Rechtsaktes bedarf.[223] Der Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV, darauf weist *Lefèvre* in Bezug auf den nahezu wortlautidentischen Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag zutreffend hin, stünde angesichts des eindeutigen Inhalts und der Normstruktur der unmittelbaren Anwendung nicht entgegen.[224] Vielmehr folgt aus der Gesamtschau der einzelnen Absätze und den Varianten, nach denen Beihilfen zulässig sein können, sowie aus der der Kommission mit Art. 108 AEUV zugewiesenen Kontrolle, die mit einem weiten Ermessen ausgestattet ist, sowie die von Art. 109 AEUV stillschweigend vorausgesetzte Notwendigkeit weiterer konkretisierender Durchführungsverordnungen, dass es an der notwendigen Unbestimmtheit und Unbedingtheit fehlt.[225] Die primärrechtlichen Beihilfebestimmungen der Art. 107 ff. AEUV sind im Gegensatz zu den an die Unternehmen gerichteten Kartell- und Missbrauchsvorschriften also nicht unmittelbar anwendbar,[226] sodass sich Wirtschaftsteilnehmer, vor allem nachteilig von einer Beihilfe Betroffene, vor mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten nicht auf Art. 107 AEUV unmittelbar berufen können. Vielmehr bedarf es für die unmittelbare Geltung gegenüber Dritten der Konkretisierung durch eine Kommissionsentscheidung.[227] Die Grundlage dafür ist der in Art. 15 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 5 VO (EU) 2015/1589 geregelte Negativbeschluss für unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht angemeldete Beihilfen.

---

220 *Hochbaum,* Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG, 53, 174; *Huth,* Sonderstellung der öffentlichen Hand, 343; *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 9, m. w. N.; *v. Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 61. EL, Art. 107, Rn. 15.

221 EuGH, 22.3.1977, Rs. 78/76 (Steinike & Weinlig), Rn. 8; EuGH, 11.3.1992, verb. Rs. C-78 bis 83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest), Rn. 33.

222 *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065, 1065.

223 EuGH, 5.2.1963, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), S. 25 f.

224 *Lefèvre,* Ausfuhrförderung, 107; *Modlich,* Infrastrukturmaßnahmen, 11.

225 *Müller,* Wettbewerb und Unionsverfassung, 243; *Modlich,* Infrastrukturmaßnahmen, 12; *Reufels,* Subventionskontrolle durch Private, 127.

226 St. Rspr., siehe etwa EuGH, 22.3.1977, Rs. 78/76 (Steinike & Weinlig), Rn. 8; EuGH, 14.2.1990, Rs. 301/87 (Boussac), Rn. 15; EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 36; zur unmittelbaren Anwendbarkeit vgl. .*Knauff,* Regelungsverbund, 192

227 *v. Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 61. EL, Art. 107, Rn. 15.

Mit diesem sog. Negativbeschluss stellt die Kommission die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt fest.

Von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Beihilfeverbotes ist die Frage zu trennen, ob Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV unmittelbar anwendbar ist. Danach darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat. Diese Norm ist angesichts ihres klaren und eindeutigen sowie unbedingten Wortlauts, der keinen weiteren Vollzugsakt fordert, spätestens seit dem obiter dictum des EuGH in der Rechtssache „Costa/E.N.E.L."[228] unmittelbar anwendbar. Die Durchsetzung des beihilferechtlichen Durchführungsverbotes ist damit in die Hände der mitgliedstaatlichen Gerichte gelegt,[229] sodass Dritte vor den mitgliedstaatlichen Gerichten die Durchsetzung des Durchführungsverbotes verlangen können. Eine Durchführung kann bereits in der einseitigen Zusage des Mitgliedstaates zur Beihilfegewährung, erst recht aber in dem Erlass von Verwaltungsvorschriften oder Gesetzen liegen, die eine Gewährung der Beihilfe ohne weitere Zwischenschritte und Formalitäten bestimmen. Zum Schutz der Betroffenen haben die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot, einschließlich der Ungültigkeit des streitigen Durchführungsaktes sowie der Rückforderung etwaiger erlangter Vorteile, zu ziehen.[230][231]

2. Anordnung der Rückforderung

Stellt die Kommission durch den Negativbeschluss gemäß Art. 15 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 5 VO (EU) 2015/1589 für eine unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht angemeldete Beihilfe fest, dass diese rechtswidrig und mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, erlässt sie gemäß Art. 16 Abs. 1 Satz 1 VO (EU) 2015/1589 einen

---

228 EuGH, 15.7.1964, Rs. C-6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1253 (1272).

229 *Fronczak*, EuR 2014, 576, 576.

230 St. Rspr. EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 39, 40 ff.; EuGH, 21.11.1991, Rs. C-354/90 (FNCE), Rn. 11, 12 ff.; EuGH, 11.12.1973, 120/73 (Lorenz), Rn. 8; EuGH, 15.7.1964, Rs. C-6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1253 (1272).

231 Maßnahmen, die unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot aus Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV geschlossen werden, sind in Deutschland nach der Rechtsprechung des BGH darüber hinaus nach § 134 BGB nichtig, vgl. BGH, Urteil vom 5.7.2007, IX ZR 256/06, Rn. 33/34; BGH, Urteil vom 12.10.2006, III ZR 299/05, Rn. 19 ff.; BGH, Urteil vom 20.1.2004, XI ZR 53/03; BGH, Urteil vom 24.10.2003, V ZR 48/03. Zudem stuft der BGH die Anmeldepflicht aus Art. 108 Abs. 1 AEUV als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ein, vgl. BGH, 10.2.2011, I ZR 136/09 (Flughafen Frankfurt Hahn), Rn. 16f; dem folgend SchlHOLG, 8.4.2015, 6 U 54/06. Vollzieht die öffentliche Hand unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV eine nicht angemeldete Beihilfe, macht sie sich gegenüber geschädigten Dritten daher schadensersatzpflichtig.

Rückforderungsbeschluss, mit dem sie den betreffenden Mitgliedstaat verpflichtet, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. In ihrer jüngst veröffentlichten Mitteilung über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen erläutert die Kommission die Verfahren und Vorschriften, die für die Rückforderung staatlicher Beihilfen gelten und legt dar, wie sie mit den Mitgliedstaaten zusammenarbeitet, um die Einhaltung der Verträge durch die Mitgliedstaaten zu gewährleisten.[232]

Die Verträge enthalten zwar keine ausdrückliche Bestimmung zur Rückforderung rechtswidriger staatlicher Beihilfen, allerdings entschied der EuGH, dass die Rückforderung die notwendige Ergänzung des allgemeinen Verbots staatlicher Beihilfen nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt und die Wirksamkeit des in Artikel 108 Abs. 3 AEUV verankerten Durchführungsverbots schützt.[233] Wenngleich zu den der Union vorbehaltenen administrativen Aufgaben die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einschließlich der Kontrolle über die nationale Beihilfenpraxis zählen,[234] vollzieht sich die Rückforderung nach den Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates.[235]

Die Rückforderungsanordnung kann sich auf den Zeitraum von höchstens zehn Jahren ab der Entscheidung der Kommission beziehen und ergeht in der Regel mit der Verpflichtung zur Verzinsung der Beihilfesumme für den gesamten Rückforderungszeitraum, Art. 16 Abs. 2, Art. 17 Abs. 1 VO (EU) 2015/1589. Die Rückforderung dient nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zur Wiederherstellung der früheren Lage vor Gewährung der Beihilfe[236] und somit zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung. Dieses Ziel ist erreicht, wenn das begünstigte Unternehmen die Beihilfen, gegebenenfalls zuzüglich Verzugszinsen, zurückgezahlt hat.[237] Durch diese Rückzahlung verliert dieses Unternehmen den Vorteil, den es auf dem Markt gegenüber seinen Konkurrenten besaß und die Lage vor der Zahlung der

---

232 Mitteilung der Kommission vom 23.7.2019 über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen (2019/C 247/01), („Rückforderungsmitteilung"), ABl. C Nr. 247, S. 1.

233 EuGH, 11.12.1973, Rs. C-120/73 (Lorenz GmbH/Bundesrepublik Deutschland), Rn. 3 f.; Rückforderungsmitteilung, 2019/C 247/01, Rn. 14.

234 *Stettner*, in: Dauses/Ludwigs, EU-WirtschaftsR, B. III, 48. EL, Rn. 20.

235 EuGH, 30.4.2020, Rs. C-627/18 (Nelson Antunes da Cunha Lda), Rn. 58; EuGH, 20.3.1997, Rs. C-24/95 (Alcan), Rn. 24.

236 EuGH, 21.12.2016, Rs. verb. Rs. C-164/15 P u. C-165/15 P (Aer Lingus u. Ryanair), Rn. 89 f.; EuGH, 4.4.1995, Rs. C-350/93 (Kommission/Italien), Rn. 21.

237 Zum Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte in Folge der Durchsetzung von Rückforderungsbeschlüssen der Kommission vgl. EuGH, 20. 3.1997, C-24/95 (Alcan), Rn. 37; dazu ferner *Hanf*, ZaöRV 59-92 (1999), 52 ff.

Beihilfe wird wiederhergestellt.[238] Weder ist dazu die Herausgabe eines etwaigen, von dem Begünstigten durch die Ausnutzung dieses Vorteils erzielten wirtschaftlichen Gewinns, noch künstlich eine neue Vergangenheit anhand hypothetischer Umstände und Entscheidungen, wie sie möglicherweise ohne die Beihilfe getroffenen worden wären, zu schaffen.[239]

V. Zwischenergebnis

Beihilfen als Instrument zur Beeinflussung und Änderung von Marktprozessen sind traditionell Untersuchungsgegenstand der Wirtschaftswissenschaften.[240] Als Teil des Wettbewerbsrechts liegt das Beihilferecht mit Merkmalen wie *Binnenmarkt*, *Handel* und *Wettbewerb* unmittelbar an der Schnittstelle von Ökonomie und Recht.

Drei der fünf Merkmale aus dem Prüfprogramm von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfordern eine ökonomische Bewertung: die Begünstigung, die Bestimmtheit sowie die Frage, ob eine staatliche Maßnahme tatsächlich oder potenziell wettbewerbsverfälschend wirkt und den mitgliedstaatlichen Handel beeinträchtigt. Sinn und Zweck der Beihilfevorschriften ist es, den gesamtwirtschaftlichen Nutzen zu befördern,[241] indem staatlich motivierte Ressourcenfehlallokation und ökonomische Ineffizienzen durch diskriminierende finanzielle Vorteile an wenige Unternehmen, die andere, etwa Konkurrenzunternehmen, finanzieren,[242] verhindert werden. Vor dem Hintergrund liegt ein Schwerpunkt auf der Prüfung, ob eine Begünstigung gegeben ist. Daher zwingt das Beihilferecht zu einer Beurteilung anhand ökonomischer Maßstäbe.

Für das Beihilferecht gilt jedoch wie für andere Rechtsgebiete, in denen nichtjuristische Begriffe zum Tragen kommen, dass der Begriffskern der juristischen Auslegung vorbehalten ist.[243] Beurteilungsmaßstäbe müssen sich daher am Europaverfassungsrecht messen lassen und die Beihilfeprüfung muss normorientiert und im Sinne der Verträge erfolgen.[244] Ökonomische Maßstäbe, wie sie dem Beihilferecht immanent sind, sind an die Verträge und die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV gebunden. Einer ausschließlich öko-

---

238 EuGH, 21.12.2016, Rs. verb. Rs. C-164/15 P u. C-165/15 P (Aer Lingus u. Ryanair), Rn. 90; EuGH, 29.4. 2004, Rs. C-277/00 (Deutschland/Kommission), Rn. 75.

239 EuGH, 21.12.2016, verb. Rs. C-164/15 P u. C-165/15 P (Aer Lingus u. Ryanair), Rn. 91; EuGH, 15.12.2005, Rs. C-148/04 (Unicredito Italiano), Rn. 118.

240 *Rodi,* Subventionsrechtsordnung, 17.

241 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 407.

242 *Walther*, in: Rill, Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 339, 340.

243 *Scherer,* Wirtschaftsverfassung der EWG, 78.

244 *Behrens*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 181.

nomischen Betrachtung sind daraus folgend Grenzen gesetzt, die einerseits dem ökonomischen Ansatz selbst innewohnen, andererseits normativ durch die europäischen Verträge bestimmt sind.[245]

B. Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung

Das KmhW ist nicht von den Verträgen vorgegeben,[246] sondern findet lediglich Erwähnung im Sekundärrecht. Es beruht insofern auf keiner speziellen normativen Grundlage. Es stellt sich somit die Frage, wo das Kriterium europaverfassungsrechtlich Anknüpfung findet und wo die Grundlagen der ökonomisch fokussierten beihilferechtlichen Begünstigungsprüfung liegen.

I. Wirtschaftsordnung der Union

Die europäischen Verträge enthalten einen in Umfang und Wirkung – spätestens seit der Feststellung des Anwendungsvorrangs als Funktionsbedingung der Integration[247] –umfassenden wirtschaftsordnungsrechtlichen Normenbestand.[248] Die darin zum Ausdruck kommenden wirtschaftsordnungsrechtlichen Grundentscheidung bilden den materiellen Regelungsschwerpunkt der Gründungsverträge.[249] Sie bilden die europäische Wirtschaftsordnung,[250] die im Dienste der Integration[251] auf die mitgliedstaatlichen Ökonomien einstrahlen und diese mitgestalten.[252] Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit werden diejenigen Normen, die eine die Wirtschaftsordnungen und Märkte der Mitgliedstaaten sowie

---

245 *Behrens*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 194.

246 *Karim*, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?, 6.

247 EuGH, 15.7.1964, Rs. C-6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1253 (1272); *Knauff,* Regelungsverbund, 188

248 Der Begriff der „Wirtschaftsverfassung", vgl. etwa bei *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 1 ff. ist umstritten. Gegen den Begriff spricht das Scheitern des Verfassungsvertrages. Dagegen m. w. N. zum Meinungsstand sowie Theorie und Funktion einer Wirtschaftsverfassung, *Luczak,* Europäische Wirtschaftsverfassung, 24; *Frenz,* HbEuR, Bd. 2, Rn. 11, der vom Verfassungsrang ausgeht. Zum Meinungsstand aus deutscher Perspektive.

249 *Müller-Graff,* Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung, 271.

250 Uneinheitlich, wenn nicht sogar synonym werden die Begriffe „Wirtschaftssystem" und „Wirtschaftsordnung" verwendet. Inhaltlich überschneiden sie sich, als sie nach der Form der Wirtschaftslenkung im Sinne von Planung und Koordination differenzieren. Mit dem Begriff „Wirtschaftssystem" wird zumeist das jeweilige theoretische Gebäude, der jeweilige Idealtypus, mit „Wirtschaftsordnung" dagegen das reale Phänomen, die Realtypen, betrachtet. Letzteres umfasst die Regeln, Normen und Institutionen, die als längerfristig angelegte Rahmenbedingungen die wirtschaftlichen Entscheidungs- und Handlungsspielräume privater wie öffentlicher Haushalte prägen. Vgl. zum Ganzen etwa: *Lachmann,* Volkswirtschaftslehre 1, 22; *Woll,* Volkswirtschaftslehre, 43; *Luczak,* Europäische Wirtschaftsverfassung, 32; *Thieme*, in: Apolte/Bender/Berg ua, Wirtschaftstheorie, Bd. 1, 10.

251 *Gross,* Beihilfenrecht im Wandel, 149.

252 *Bührle,* Gründe und Grenzen des "EG-Beihilfenverbots", 130.

der Union ordnende Funktion erfüllen,[253] als wirtschaftsverfassungsrechtliche Normen betrachtet.[254]

1. Binnenmarkt

Im Zentrum der europäischen Wirtschaftsordnung und Integrationsarchitektur steht der Binnenmarkt.[255] Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV bringt dies als Errichtungsziel der Union in knappen Worten auf den Punkt: „Die Union errichtet einen Binnenmarkt.". Ihm kommt in den Verträgen sowie mit einer Fülle von Rechtsakten, die seiner Umsetzung dienen, eine zentrale Funktion zu.

a) Begriff

Den materiellen Gewährleistungsgehalt des Binnenmarktes bestimmt Art. 26 Abs. 2 AEUV: „Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.". Die Binnenmarkterrichtung, d. h. die Integration freier Einzelmarktwirtschaften in einen grenzüberschreitenden einheitlich strukturierten Markt, ist eine Daueraufgabe und folgt aus der Erkenntnis, dass die Union nach dem gegenwärtigen Stand der Integration keine einheitliche Volkswirtschaft ist. Die Wirtschaft ist vom Nebeneinander mitgliedstaatlicher Volkswirtschaften geprägt. In der Präambel des AEUV klingt dies an. So gibt UAbs. 5 das Bestreben der Vertragschließenden wieder, „ihre Volkswirtschaften zu einigen und deren harmonische Entwicklung zu fördern".

b) Ziele und die Entwicklung

Ökonomische Ziele des Binnenmarktes sind der erleichterte Absatz von Produkten und die effiziente Faktorallokation.[256] Sein Vorläufer, der gemeinsame Markt in der Konzeption der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit dem Vertrag von Rom 1957 zeichnete sich durch den Abbau tarifärer und nicht tarifärer Handelshemmnisse aus, flankiert durch die vier Grundfreiheiten, die Warenverkehrsfreiheit, Personenfreizügigkeit sowie die Dienstleis-

---

253 *Ipsen,* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 564; dem folgend *Modlich,* Infrastrukturmaßnahmen, 196.

254 Zu dem vornehmlich in Deutschland geführten Streit um Bestehen und Inhalt einer europäischen Wirtschaftsverfassung, vgl. etwa Mestmäcker, der von einer „marktwirtschaftliche[n] Ordnung mit Verfassungscharakter" spricht, vgl. *Mestmäcker*, in: FS von der Groeben, 9, 13; Maag geht noch weiter und spricht in Bezug auf den EWGV nach dessen Form und Inhalt von „[…] *Wirtschaftsverfassung schlechthin*", vgl. *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 59.

255 *Wollenschläger*, in: Reiner Schmidt/Wollenschläger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 7.

256 *Wollenschläger*, in: Reiner Schmidt/Wollenschläger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 8.

tungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit. Der Wettbewerb sollte frei von privaten wie staatlichen Verfälschungen sein und damit unterschiedlichen Ausgangslagen in den sechs Gründungsstaaten Rechnung tragen.[257]

Der gemeinsame Markt sollte ursprünglich in einem – in der Rückschau als ambitioniert zu bewertenden – Zeitraum von 12 Jahren die wirtschaftliche Integration der mitgliedstaatlichen Volkswirtschaften bewirken. Primär politische und nicht ökonomische Motive gaben Anfang der 1950er Jahre den Anstoß für die Dynamik der europäischen Integration.[258] Von ökonomischer Seite wurde die Einigung schließlich maßgeblich befeuert.[259] Die Idee der Verschmelzung der nationalen Volkswirtschaften zu einem gemeinsamen Markt und damit die Integration von nationalen Produktions- und Vertriebsräumen in einen gemeinsamen sektoralen Interventionsraum war indes keine neue. Vorläufer der Zusammenarbeitsbestrebungen sind die OEEC, die Montanunion sowie die an der Abstimmung in der französischen Nationalversammlung gescheiterte Initiative zur Gründung der Europäischen Politischen Gemeinschaft. Die Pläne zur Zollunion und Errichtung eines gemeinsamen Marktes durch textliche Verankerung im EWG-Vertrag entwickelten nach dem Scheitern der Verhandlungen zur Europäischen Politischen Gemeinschaft der französische Unternehmer *Jean Monnet* und der niederländische Außenminister *Johan Willem Beyen*. In einem initialgebenden Memorandum zur Schaffung eines gemeinsamen Marktes und Verschmelzung der Volkswirtschaften formulierte der belgische Politiker *Paul-Henri Spaaks* darauf aufbauend Vorschläge zur wirtschaftspolitischen Integration der EGKS-Staaten.[260] Insoweit fußt der EWG-Vertrag formell wie materiell auf der EGKS,[261] mit dem man eingedenk der kriegerischen Zerwürfnisse und der Millionen von Toten in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu erreichen suchte. Hebel hierzu sollte der gemeinsame Markt sein. Wie sich zu Recht herausstellte, nahmen die Gründerstaaten an, dass infolge eines gemeinsamen Marktes die Bevölkerung der Mitgliedstaaten voneinander profitiert und Vorbehalte abbaut, indem Marktteilnehmer wie Anbieter, Nachfrager und Wettbewerber, Hersteller, Händler, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Dienstleister und Dienstleistungsempfänger sowie Kapitalnehmer und -geber in geschäftliche Kontakte, Lieferbeziehungen und Wettbewerbsverhältnisse treten.[262]

---

257 *Müller-Graff*, in: ders./Hatje, EnzEuR, Bd. 4, § 1, Rn. 25.

258 *Nienhaus*, in: Apolte/Vollmer/Bender ua, Kompendium Wirtschaftstheorie, Bd. 2, 617

259 *Häberle,* Europäische Verfassungslehre, 561; *Behrens*, EuZW 2008, 193, 193.

260 Abgedruckt bei *Schulze/Hoeren,* Bd. I, Gründungsverträge, 679.

261 *Huth,* Sonderstellung der öffentlichen Hand, 217.

262 *Müller-Graff*, in: Mensch und Recht – FS für Eibe Riedel, 429, 433, 435.

In seiner tatsächlichen wie rechtlichen Verfasstheit prägt der Binnenmarkt die europäische Wirtschaftsordnung.[263] Mit Beihilfen beeinflussen die Mitgliedstaaten die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und Wirtschaftsbereichen und gestalten dadurch anders als durch Normsetzung nicht unmittelbar, sondern mittelbar ihrerseits in erheblichem Ausmaß[264] die Aktivität und Vitalität des Binnenmarktes, obgleich sie sich seit 2001 wiederholt dafür aussprachen, den Anteil staatlicher Beihilfen zurückzufahren.[265] Das KmhW referenziert auf den auf diese Weise rechtlich verfassten wie tatsächlich gestalteten Binnenmarkt, indem mit dem Kriterium die normalen Marktbedingungen zum Maßstab erhoben werden. In Abhängigkeit von der beabsichtigten staatlichen Maßnahme profilieren ergänzend einschlägige primär- und sekundärrechtliche Vorschriften den jeweiligen Referenzmarkt innerhalb des Binnenmarktes besonders.

c) Grundfreiheiten

Ebenfalls untrennbar mit dem Binnenmarkt verbunden sind die den grenzüberschreitenden Handel individuell ermöglichenden Grundfreiheiten. Die mit ihnen seit den Römischen Verträgen begründeten Freiheitsvoraussetzungen sind wesentliche Funktionsbedingung marktwirtschaftlicher strukturierter Wirtschaftsordnungen.[266] Daneben stehen die politischen Rechte[267] sowie die Grundrechte aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.[268] Letztere sind seit dem Vertrag von Lissabon mit den Verträgen rechtlich gleichrangig, Art. 6 Abs. 1 EUV.

---

263 *Rodi,* Ökonomische Analyse, 204.

264 Beispielsweise stiegen die Ausgaben für staatliche Beihilfen 2017 sowohl in absoluten Beträgen als auch im Verhältnis zum BIP. Die Mitgliedstaaten gaben 116,2 Mrd. Euro, d. H. 0,76 % des BIP, für staatliche Beihilfen auf EU-Ebene aus, was einem Anstieg von etwa 0,04 Prozentpunkten des BIP im Vergleich zu 2016 entspricht, vgl. der von der Kommission jährlich aktualisierte Beihilfenanzeiger für 2018 (State Aid Scoreboard 2018): https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/scoreboard_2018.html (Abruf 17.10.2020).

265 Die Zielsetzung geht unter anderem auf die Schlussfolgerung des Europäischen Rates in Stockholm 2001 zurück, die lautete: „[20.] *Es ist notwendig, den Umfang der staatlichen Beihilfen in der Europäischen Union zu verringern und das System transparenter zu gestalten.* […]", vgl. http://www.consilium.europa.eu/de/european-council/conclusions/1993-2003/ (Abruf 17.10.2020); wiederholt im März 2002 in Barcelona „[18.] *Zudem ist festzuhalten, dass der Europäische Rat — die Mitgliedstaaten erneut aufruft, das am BIP gemessene Gesamtniveau der staatlichen Beihilfen vom Jahr 2003 an zu verringern und diese Beihilfen auf horizontale Ziele von gemeinsamem Interesse wie den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt auszurichten und sie nur bei eindeutig ermittelten Fehlentwicklungen des Marktes einzusetzen; weniger und zielgerichtetere staatliche Beihilfen sind entscheidend für effektiven Wettbewerb* […], vgl. a. a. O.; ferner im März 2003 in Brüssel, „[26.] *Vor diesem Hintergrund und auf der Grundlage der künftigen Binnenmarktstrategie […] ruft der Europäische Rat zu einer weiteren Reduzierung der staatlichen Beihilfen und einer Neuausrichtung der Beihilfen auf horizontale Ziele auf und begrüßt, dass die Kommission weiterhin auf die Vereinfachung und Modernisierung der Regelungen über staatliche Beihilfen hinarbeiten will, wobei der Schwerpunkt auf den Beihilfen liegen wird, die den Wettbewerb am stärksten verzerren;* […]", vgl. a. a. O.

266 *Luczak,* Europäische Wirtschaftsverfassung, 153.

267 *Pernice,* Grundrechtsgehalte, 66.

268 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, vom 12.12.2007, ABl. C 303, S. 1.

2. Soziale Marktwirtschaft

Ungeachtet der Tatsache, dass schon das Binnenmarktziel die Notwendigkeit von Märkten[269] impliziert und marktwirtschaftliche Strukturen voraussetzt, richtet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV die Wirtschaftsordnung der Union normativ aus und legt sie auf die soziale Marktwirtschaft fest[270]. Die Union wirkt danach „auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie auf ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin." An verschiedenen Stellen der Verträge taucht ferner die Formulierung von der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb"[271] Von der Union und den Mitgliedstaaten fordern die Verträge mit Art. 120 Satz 2 AEUV jedenfalls ein Handeln im Einklang mit dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, kurz: marktwirtschaftlich verfasste, auf dem Prinzip des Wettbewerbs beruhende Ökonomien. Die normative Zielsetzung deckt Art. 120 Satz 2, 2. Halbsatz AEUV auf. Es soll „ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert" werden.

Mit dem Postulat der Marktwirtschaft wird die Systementscheidung zugunsten eines dezentralen Wirtschaftssystems getroffen.[272] Anderen ökonomischen Konzepten, wie die Errichtung einer zentralverwalteten Wirtschaft, wird damit die Absage erteilt.[273] Was unter Marktwirtschaft zu verstehen ist, lassen die Verträge weitgehend offen, schaffen dadurch

---

269 *Behlau*, in: Behlau/Lutz/Schütt, Klimaschutz durch Beihilfen, 34.

270 *Frenz,* NZS 2011, 81, 81

271 Vgl. Art. 119 Abs. 1 und 2 jeweils letzter HS AEUV, Art. 120 AEUV, Art. 127 Abs. 1 Satz 3 AEUV, Art. 2 Protokoll Nr. 4 zum AEUV über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank.

272 Wirtschaftssysteme können allgemein zentraler oder dezentraler Lenkung unterliegen, dazwischen liegen die Mischformen. In zentralen Wirtschaftssystemen plant, koordiniert und lenkt eine sich wie auch immer legitimierende Kollektivhoheit die Gestaltung, Erzeugung und Verteilung der Produktionsergebnisse. Vereinfacht könnte man sagen, zentrale Volkswirtschaften denken sich wie ein Unternehmen. Sie bedingen allein schon deshalb einen hohen Grad vertikaler Organisation, die durchgehenden Wissenstransfer über die Bedürfnisse und durchgreifende Umsetzungskontrolle gewährleistet. In dezentralen Wirtschaftssystemen erfolgt die Planung und Koordination aufgrund individueller ökonomischer Freiheit selbstbestimmt durch die Akteure, weshalb von selbststeuernden Systemen gesprochen wird. Gestaltung, Erzeugung und Verteilung der Produktionsergebnisse regulieren sich auf Märkten, die Angebot und Nachfrage zusammenführen. Angebot und Nachfrage bestimmten sich nach den Wünschen und Möglichkeit der Akteure und der Staat tritt zurück. Herzstück dezentraler Modelle ist deshalb der Markt, auf dem sich die Entscheidungsträger, Anbieter und Nachfrager im Wettbewerb marktwirtschaftlicher Ordnung treffen, vgl. zum Ganzen etwa. *Thieme*, in: Apolte/Bender/Berg ua, Wirtschaftstheorie, Bd. 1, 28; *Kerber/Schwalbe*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 36; *Blanke/Thumfart*, in: Blanke/Backhaus, Dimensionen des Wettbewerbs, 1, 3.

273 *Scherer,* Wirtschaftsverfassung der EWG, 201, der für den EWGV, insoweit weitergehend, auch eine reine Marktwirtschaft für ausgeschlossen hielt; *Luczak,* Europäische Wirtschaftsverfassung, 162; *Wolff/Heintschel von Heinegg*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Auflage 2018, Art. 3 EUV, Rn. 13.

aber den nötigen Spielraum für die inhaltliche und normative Ausformung. Dabei erlegt Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV n. F. zusammen mit den Bestimmungen über die Wirtschaftspolitik, die im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb stehen muss, den Mitgliedstaaten keine klaren und unbedingten Verpflichtungen auf, auf die sich die Einzelnen vor den nationalen Gerichten berufen können.[274] Die Norm statuiert einen allgemeinen Grundsatz, dessen Anwendung komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordert, die in die Zuständigkeit des Gesetzgebers oder der nationalen Verwaltung fallen. Die formulierten wirtschaftsordnungspolitischen Vorgaben konkretisiert Art. 119 Abs. 1 AEUV. „Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union im Sinne des Artikels 3 des Vertrags über die Europäische Union umfasst […] die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt […] und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist."

Das sich über den Markt selbststeuernde Wirtschaftssystem,[275] auf das die Union hinwirken soll, ist nicht sich selbst überlassen, sondern mit dem Attribut „sozial" in den Dienst gesellschafts- und sozialpolitischer Ziele gestellt. Die Union und die Mitgliedstaaten sollen Rahmenbedingungen setzen, damit die Wirtschaft „in hohem Maße sozial" und „wettbewerbsfähig", also einerseits ausgleichend ist sowie andererseits die Kraft hat, in ökonomischer Rivalität zu bestehen. Konturen gewinnt das Ziel mit den Begriffen „Vollbeschäftigung" und „sozialer Fortschritt" sowie mit Art. 3 UAbs. 2 und 3 EUV, wo es unter anderem heißt, die Union bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern sowie den wirtschaftlichen und sozialen und territorialen Zusammenhalt. Weitere Konkretisierung führt der der Sozialpolitik der Union gewidmete Titel X des AEUV herbei.[276] Insgesamt ist die soziale Komponente durch den Vertrag von Lissabon deutlich gestärkt.[277]

In der beihilferechtlichen Prüfung anhand des KmhW sind solche Aspekte wegen der ausschließlichen Fokussierung auf ökonomische Kriterien gleichwohl ausgeklammert, sofern nicht ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter diese berücksichtigen würde. Erst auf der Ebene der Vereinbarkeitsprüfung fließen soziale Belange in die Prüfung ein. So sind Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher mit dem Binnenmarkt vereinbar,

---

274 EuGH, 3.10.2000, Rs. C-9/99 (Nationale Buchpreisregelung), Rn. 25.

275 *Kerber/Schwalbe*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 36.

276 Zum Aspekt der „sozialen Marktwirtschaft" als Wirtschaftsverfassung der EWG, vgl. *Schmidt-Preuß*, in: FS Säcker, 969.

277 *Frenz*, NZS 2011, 81, 86.

wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden, vgl. Art. 107 Abs. 2 AEUV.

3. Freier Wettbewerb

Wettbewerb ist die maßgeblich den Markt steuernde und strukturierende Kraft. Insofern determiniert Wettbewerb, wie er durch die Verträge intendiert ist, maßgeblich das KmhW. Er beeinflusst das Verhalten der Marktakteure, das wiederum zentraler Bestandteil des Referenzsystems für das KmhW ist.

a) Eingrenzung des Begriffs

Das ökonomische Konzept des Wettbewerbs geht von Prämissen aus, die seit *Adam Smiths* Werk „An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations" Grundlagen der Wirtschaftswissenschaften bilden.[278] Umgangssprachlich beschreibt Wettbewerb den von Gewinninteresse geleiteten Rivalitätsprozess,[279] in dem mindesten zwei Subjekte nach einem Ziel streben.[280] Eine im Wettbewerbsrecht häufiger anzutreffende Begriffsbestimmung stammt von *Wolfgang Fikentscher.*[281] Ihm zufolge ist Wettbewerb „das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitwettbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch in Aussicht stellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen.". Trotz dieser Ansätze hat sich in der wirtschaftswissenschaftlichen[282] wie auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur bislang weder eine allgemeine[283] noch eine fachspezifische Definition des Begriffs „Wettbewerb" etabliert. Das Phänomen Wettbewerb soll aufgrund seiner Vielschichtigkeit einer umfassenden und aussagekräftigen Definition unzulänglich sein.[284] Allerdings haben die Wirtschaftswissenschaften verschiedene, teils in sich geschlossene, teils aufeinander aufbauende Theorien zur Analyse von Wettbewerbsprozessen entwickelt. Wenngleich nicht alle, so konnten Vorhersagen und Ergebnisse dieser Theorien empirisch belegt werden.

---

278 Vgl. bei *Smith/Recktenwald* (Hrsg.), Der Wohlstand der Nationen, 9.

279 *Kerber/Schwalbe*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 37.

280 *Lachmann,* Volkswirtschaftslehre 2, 188.

281 *Fikentscher*, WuW 1961, 788, 798.

282 *Lachmann,* Volkswirtschaftslehre 1, 188.

283 *Kerber/Schwalbe*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 37.

284 *Himmler,* Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, 19, der es jedenfalls für „fragwürdig" hält.

Im Ergebnis besteht jedoch Einigkeit darüber, dass Wettbewerb ein ebenso unsichtbares[285] wie unentbehrliches Freiheit-, Effizienz- und Gerechtigkeitsprinzip der Wirtschaft ist.[286] Wie das Hoheitsprinzip, das eine gesellschaftliche Ordnungsstruktur im Sinne einer grundsätzlichen Hierarchie beschreibt, trägt das Wettbewerbsprinzip Merkmale einer sozialen Handlungs- und Ordnungsstruktur.[287] Dabei ist Wettbewerb kein Ziel an sich,[288] sondern ihm werden aufgrund seiner Wirkungen bestimmte Funktionen zugeschrieben, die die Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik aufgreift und als wirtschafts- oder gesellschaftspolitisch[289] schützenswerte Ziele unterschiedlich nuanciert. Zu den Wirkungen funktionierenden Wettbewerbs zählen die Freiheits-, Lenkungs- und Verteilungs- sowie Kontrollwirkung.

Da der Wettbewerb es jedem selbst überlässt, ob und wie er seine Fähigkeiten einsetzt, wirkt er freiheitsgewährend und -fördernd. Die wettbewerbliche Lenkung kommt in verschiedener Gestalt zum Tragen. Dem Wettbewerbsprinzip zufolge ordnet sich der Markt durch den Wettbewerb von Anbietern und Nachfragern auf der Grundlage der natürlichen Leistungsfaktoren.[290] Wettbewerb bewirkt, dass sich langfristig der Nachfrage entsprechende Güter und Leistungen durchsetzen. Auf diese Weise koordiniert er die Art, Anzahl der Güter und Leistungen der sich stetig aufeinander anpassenden Anbieter. In diesem Prozess setzen sich die Anbieter durch, die sich am besten den Bedürfnissen und der Knappheit anpassen, wie zum Beispiel durch technischen Fortschritt,[291] sodass die Anreiz- und Auslesewirkung entsteht. Diese bewirkt die optimale Allokation und Verteilung von Ressourcen und Distribution von Gütern und befördert insgesamt deren produktivsten Einsatz[292] sowie die leistungsbestimmte, anhand der Grenzproduktivität gemessene[293] Verteilung erwirtschafteter Einkommen. Da Anbieter und Nachfrager zur Bedürfnisbefriedigung aufeinander angewiesen sind sowie auf ihrer jeweiligen Marktseite in Konkurrenz zueinanderstehen, entstehen

---

285 Vgl. Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776, 4. Buch, 2. Kapitel („[The individual] is […] led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention."). Vgl. bei *Smith/Recktenwald* (Hrsg.), Der Wohlstand der Nationen, 9; zur Ideengeschichte vgl. *Issing/Dobias,* Geschichte der Nationalökonomie.

286 Vgl. *Möschel*, AcP 216 (2016), 13, 13 ff.; *Hayek,* Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; *Meessen/Kersting*, in Loewenheim, KartR, Einf., A.II, Rn. 6 m. w. N.; vertiefend zu den Theorien vgl. *Mantzavinos,* Wettbewerbstheorie.

287 *Blanke/Thumfart*, in: Blanke/Backhaus, Dimensionen des Wettbewerbs, 1, 1.

288 *Säcker*, in: ders./Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 3.

289 *Säcker*, in: ders./Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 4.

290 *Ose,* Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung, 35; *Günther*, WuW 1963, 161, 191 f.; *Weides*, AwD-BB 1963, 295, 295; *Steindorff*, ZHR 2000, 223, 255.

291 *Knieps,* Wettbewerbsökonomie, 4.

292 *Säcker*, in: ders./Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 4.

293 *Säcker*, in: ders./Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 4.

vielschichtige Kontrollbeziehungen zwischen den Marktteilnehmern, die Selbststeuerung und Selbstkontrolle bewirken.

b) Wettbewerbsprinzip als Regelungsgegenstand der Verträge

Von Beginn an maßen die Gründerstaaten dem Wettbewerbsprinzip einen selbstständigen Wert bei[294] und rückten ihn in den Mittelpunkt des ordnungspolitischen Leitbildes der EWG. Er ist Schlüsselstrategie und zentrales Instrument[295] zur erstrebten Steigerung der Wirtschaftsleistung und des Sozialproduktes[296] durch Sicherung einer stetigen Zuwachsrate auf dem Binnenmarkt mit dem Ziel fortschreitender Integration.[297] Im Gegensatz zu den im Grundgesetz[298] andeutungsweise vorhandenen Aussagen zum Wettbewerb ist er in den europäischen Verträgen normgebundener Regelungs-[299] und Schutzgegenstand.

Die Forderung nach einem System unverfälschten Wettbewerbs findet sich im Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Die Protokolle und Anhänge über Art. 51 EUV sind Bestandteil der Verträge, weshalb die Forderung primärrechtlichen Charakter hat. Die Pflicht, den Wettbewerb zu schützen, folgt zudem aus den Wettbewerbsregeln des Titels VII des AEUV, die jenes System unverfälschten Wettbewerbs intendieren und dessen Bestand ohne explizite Bekundung gewährleisten. Das System des unverfälschten Wettbewerbs dient dem öffentlichen Interesse, dem einzelnen Unternehmen und dem Verbraucher.[300] Das Wettbewerbsprinzip gilt aber nicht ausnahmslos, sondern kann im Interesse übergeordneter Gemeinwohlbelange, wie bspw. in den Fällen des Art. 106 AEUV oder Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV, durchbrochen werden.[301] In diesem Sinne kann grundsätzlich geforderter Wettbewerb beschränkt sein oder werden.[302]

Die Notwendigkeit, den Wettbewerb besonders zu schützen, erkannten bereits die Gründerstaaten, obgleich zunächst unterschiedliche Vorstellungen über die Umsetzung bestanden. Auf der Konferenz zur Durchführung eines gemeinsamen Marktes im Juni 1955 in

---

294 *Wessely*, in: Glassen/Achenbach, FK KartellR, Einl., Rn. 41; *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 60.

295 *Ciresa,* Beihilfenkontrolle, 14.

296 *Reimer Schmidt,* Grundfragen des Gemeinsamen Marktes, 6; *Hochbaum,* Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG, 142.

297 Markert, EuR, 1970 (zit. nach Maag, 1979), *Kerber/Schwalbe*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 1, 1. Teil, Rn. 61; *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 62.

298 Zur Diskussion, ob und wenn ja, welche Wirtschaftsverfassung das Grundgesetz vorsieht BVerfGE 4, 7, 17.

299 *Müller-Graff,* Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung, 266.

300 EuGH, 26.6.1980, Rs. 136/79 (National Panasonic), Rn. 20.

301 EuGH, 19.5.1993, Rs. C-320/91 (Corbeau), Rn. 14; *Weizsäcker*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 85, 117; siehe zum Wettbewerbsbegriff als Gegenstand der Verträge Kapitel 2, B.I.3.

302 *Fikentscher,* Fikentscher, Recht und Wirtschaftliche Freiheit, Bd. II, 6.

Messina forderten die Außenminister der Gründerstaaten „Regeln zur Sicherung des freien Wettbewerbs".[303] Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung enthielt sodann der „Spaak-Bericht",[304] der in seiner Endfassung im April 1956 vorlag und den die sechs Gründerstaaten im Anschluss, auf der Konferenz von Venedig im Mai 1956, ohne wesentliche Änderung zur Grundlage der Vertragsverhandlungen über den EWG machten. Darin fanden neoliberale Strömungen, insbesondere die der Freiburger Schule, deutlichen Anklang. Ihr zufolge war die Errichtung und Gewährleistung eines gemeinsamen Marktes durch eine gemeinsame Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsregeln, die den fairen und effektiven Wettbewerb schützen, möglich.[305] Dementsprechend sahen die Autoren des Spaak-Berichts explizit Wettbewerbsregeln vor, um die „normale[n] Wettbewerbsbedingungen" vor Staatseingriffen und Monopolstellungen zu schützen.[306] In der Urfassung des EWG-Vertrages kommt dieses vor allem in Art. 3 lit. f zum Ausdruck, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft „die Errichtung eines Systems [umfasst], das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt". Der EuGH schlussfolgerte daraus, dass ein wirksamer Wettbewerb („workable competition") erforderlich ist, durch den die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere der Binnenmarkt, erreicht werden.[307] Dies lasse, so der EuGH, zu, „daß Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den in Betracht kommenden Waren oder Dienstleistungen und der wirtschaftlichen Struktur des betroffenen Marktsektors verschieden sein können.".[308] Als funktionsfähig kann der Wettbewerb angesehen werden, wenn jedes Unternehmen damit rechnen muss, von mindestens einem Wettbewerber unter Druck gesetzt zu werden.[309]

Veränderungen in der konzeptionellen und rechtlichen Einbindung des Systems des unverfälschten Wettbewerbs in das Vertragswerk brachte die Lissabonner Vertragsrevision. Den bis dahin in Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV verankerten Wettbewerbsschutz gaben die Vertragsstaaten in Reaktion auf den Vorstoß des französischen Staatspräsidenten *Nicolas Sárkozy*

---

303 Abgedruckt bei *Schulze/Hoeren,* Bd. I, Gründungsverträge, 698. Mit der Vorbereitung der Verträge, die den Bestrebungen Gestalt geben sollten, Beauftragten sie *Paul-Henri Spaak, der* Sachverständigengruppe gehörten u. a. auch Hans von der Groeben und Pierre Uri an.

304 Abgedruckt bei *Schulze/Hoeren,* Bd. I, Gründungsverträge, 752.

305 v. d. Groeben, in*Schulze/Hoeren,* Bd. I, Gründungsverträge, 1.

306 Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister, Brüssel, 21.4.1956 [EG-]Dok. MAE 120d/56 (korr.) 17, abgedruckt bei *Schulze/Hoeren,* Bd. I, Gründungsverträge, 698 ebenso *Mestmäcker*, RabelsZ 1988, S. 240, 246, zitiert nach *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 1.

307 EuGH, 25.10.1977, Rs. 26/76 (Metro I), Rn. 20.

308 EuGH, 25.10.1977, Rs. 26/76 (Metro I), Rn. 20.

309 *Möhlenkamp*, ZIP 2018, 1907, 1909.

in den Reformverhandlungen als selbstständiges Ziel der Europäischen Union auf. Frankreichs Ziel war es, das Gewicht der Wettbewerbsregeln in den Verträgen zu mindern.[310] Die Forderung nach einem System unverfälschten Wettbewerbs ist seitdem im Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb verlagert. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV nennt die Errichtung des Binnenmarktes. Das Attribut „wettbewerbsfähig" findet seitdem lediglich im Kontext der sozialen Marktwirtschaft Erwähnung, die in hohem Maße wettbewerbsfähig sein soll. Der Wettbewerbsschutz und die dazu notwendigen Regelungen sind danach „nur" noch Mittel zum Zweck für das Funktionieren des Binnenmarktes. Dies erscheint folgerichtig, denn Wettbewerb als solcher ist kein Selbstzweck, sondern er ist wie dargelegt aufgrund positiver Wirkungen[311] in den Dienst der Gesellschaft gestellt.[312] Gleichwohl dürfte mit der Änderung ein politisches Zeichen verbunden sein.

II. Wettbewerbsrecht der Union

Der wettbewerblich strukturierte Binnenmarkt impliziert, dass sich nicht alle Branchen eines Mitgliedstaats als wettbewerbsfähig erweisen können.[313] Überließe man es angesichts dessen den Mitgliedstaaten, ihre heimische Wirtschaft mit den hergebrachten Mitteln der Wirtschaftspolitik, zu denen gleichermaßen Beihilfen,[314] Steuerermäßigungen, Staatsbürgschaften und Vorzugskonditionen bei der Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen zählen, zu fördern, würde der von den Verträgen intendierte Leistungswettbewerb der Wirtschaftsteilnehmer in erheblichem Maße verzerrt.[315] Die betroffenen Mitgliedstaaten wären versucht, wenn nicht sogar gezwungen, die verschlechterten Wettbewerbschancen ihrer Unternehmen durch eigene staatliche Beihilfen auszugleichen.[316] Schädlicher Subventionswettlauf zum Nachteil der Staatshaushalte und in letzter Konsequenz steigende Kosten für Verbraucher

---

310 *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 3 EU, Rn. 26.

311 Siehe dazu Kapitel 2, B.I.3.

312 *I. Schmidt/A. Schmidt,* Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, 9.

313 *Jungheim*, BZR 2010, 123-130, 187-192, 189

314 vgl. *Gundlach,* Gundlach, Subvention als Mittel der Wirtschaftspolitik.

315 *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129; Wagner/Eger, Seite 358.

316 *Wagener/Eger,* Europäische Integration, 358; *Jungheim*, BZR 2010, 123-130, 187-192, 189.

wären die Folgen.[317] Um dies zu verhindern und einen funktionierenden[318] sowie unverfälschten[319] Wettbewerb zu gewährleisten, kommt dem Wettbewerbsrecht der Union entscheidende Bedeutung zu.[320] Es sichert Wettbewerb, etwa durch Verhaltens- und Strukturkontrolle, oder ermöglicht Wettbewerb, etwa durch Infrastruktursicherung, Subventionen und gleichen Zugang zu öffentlichen Aufträgen. Während die Marktfreiheiten den Akteuren die diskriminierungsfreie grenzüberschreitende wirtschaftliche Handlungsfreiheit garantieren, sichern die Wettbewerbsregeln als Pendant dazu den Wettbewerb gegen Beschränkungen durch die Marktakteure oder durch den Staat.[321] Die Verträge zeigen sich damit gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen äußerst sensibel, was den hohen Stellenwert des Wettbewerbsprinzips im europäischen Normgefüge unterstreicht.[322]

Das Wettbewerbsrecht ist in sich systematisch und geschlossen[323] im dritten Teil, den internen Politiken und Maßnahmen der Union und dort im ersten Kapitel des Titels VII, den Regeln über Wettbewerb, Steuern und Rechtsangleichung, Art. 101 bis 118 AEUV, normiert. Es ist zusammen mit der Wirtschaftspolitik geregelt, worin die gleichrangige Bedeutung beider Politiken zum Ausdruck kommt. Die Vorschriften gliedern sich in die an die Unternehmen gerichteten Art. 101 bis 105 AEUV, sowie die Bestimmungen über die öffentlichen Unternehmen in Art. 106 AEUV und die oben bereits dargestellten Regeln über Beihilfen in den Art. 107 ff. AEUV,[324] auf die hier wegen der geringen Bedeutung für das KmhW nur in gebotener Kürze eingegangen werden soll. Normkonkretisierende und normausfüllende Instrumente wie das KmhW sind im Lichte dieser Wettbewerbsregeln auszulegen, die ihrerseits im Lichte der Zielbestimmungen der Verträge auszulegen sind.[325]

1. Vorschriften für Unternehmen

Mit dem Kartell- und Missbrauchsverbot in Art. 101 und 102 AEUV widmet sich das europäische Primärrecht den wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweisen von Unternehmen. Die unmittelbar anwendbaren[326] Bestimmungen schützen den wettbewerblich organisierten

---

317 *Wagener/Eger,* Europäische Integration, 359.

318 EuGH, 25.10.1977, Rs. 26/76 (Metro I), Rn. 20.

319 *Säcker/Montag/Bornkamm* (Hrsg.), MüKo WettbewerbsR, Rn. 12.

320 *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 61.

321 *Müller-Graff*, in: Blanke/Backhaus, Dimensionen des Wettbewerbs, 329, 330; *Cremer*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 107, Rn. 5.

322 *Luczak,* Europäische Wirtschaftsverfassung, 202; *Dreher*, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.), Dörr et al. 1997, 105, 110 f.

323 *Luczak,* Europäische Wirtschaftsverfassung, 201.

324 Siehe zu den Vorschriften über staatliche Beihilfen Kapitel 2, A.

325 EuGH, 13.7.1966, Rs. 32/65 (Italien/Rat), Slg. 1966, 457, 483.

326 Zum Verhältnis zwischen dem mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrecht vgl. auch Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003.

Binnenmarkt gegen wettbewerbsbeeinträchtigende Verhaltensweisen Privater.[327] Die Regeln sind von sämtlichen Unternehmen einzuhalten. Hypothetische oder tatsächliche Vergleichsunternehmen, zum Beispiel im Rahmen der Pari-passu-Konstellation, müssen diesen Bestimmungen ebenfalls entsprechen.

Art. 101 Abs. 1 AEUV regelt das Kartellverbot, demzufolge sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Ausgangspunkt sind normale, ohne die Absprache herrschende Wettbewerbsbedingungen.[328] Die Aufzählung in Art. 101 Abs. 1 AEUV nennt Regelbeispiele wie Preisfestsetzung, Marktaufteilung, Diskriminierung von Handelspartnern und unlautere Kopplungsverträge. Weil die Verträge anerkennen, dass es Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen geben kann, die sich aufgrund zusätzlicher Wohlfahrtsgewinne vorteilhaft erweisen, können solche Übereinkommen unter den in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Voraussetzungen vom Verbot im Einzelfall als auch für ganze Gruppen und Branchen[329] freigestellt werden.

Art. 102 AEUV untersagt schließlich „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“. Als Regelbeispiele des Missbrauchs werden unter anderem die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen, die Mengenrestriktion zum Schaden der Verbraucher sowie die Diskriminierung von Handelspartnern genannt.

2. Vorschriften über öffentliche Unternehmen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Art. 106 AEUV regelt die Geltung der Wettbewerbsvorschriften für öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

---

327 *I. Schmidt/A. Schmidt,* Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, 45.

328 *I. Schmidt/A. Schmidt,* Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, 49.

329 Gruppenfreistellungsverordnungen bestehen für verschiedene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, vgl. bspw. für den Bereich Technologietransfer, Verordnung (EU) Nr. 316/2014, für den Kraftfahrsektor Verordnung (EU) Nr. 461/2010.

betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Mit der Norm gehen die Verträge auf die besondere Gefahr ein, die aufgrund der staatlichen Privilegien sowie der besonderen Nähe zum unterstützenden Staat von diesen Unternehmen für den Wettbewerb ausgeht.[330] Die Norm geht zurück auf einen Kompromiss bei der Verhandlung der EWG-Verträge zwischen den Beneluxstaaten mit ihrer weitgehend privatwirtschaftlich organisierten Industrie sowie Frankreich und Italien mit einem starken staatlichen Sektor.[331]

Art. 106 Abs. 1 AEUV nimmt die öffentlichen Unternehmen, Art. 106 Abs. 2 AEUV die jeweilige Tätigkeit in den Fokus. Art. 106 Abs. 3 AEUV regelt schließlich einen Rechtsdurchsetzungsmechanismus[332] zugunsten der Kommission, mit dem ihre Funktion als Hüterin der Verträge im Sinne des Art. 17 Abs. 1 EUV erweitert ist.[333]

a) Geltung gegenüber öffentlichen Unternehmen

Art. 106 Abs. 1 AEUV nimmt unmittelbar öffentliche Unternehmen in den Blick[334] und verpflichtet die Mitgliedstaaten, in Bezug auf diese Unternehmen sowie Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Art. 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.[335] Als Verweisungsnorm[336] mit Klarstellungsfunktion[337] erklärt die Norm die Wettbewerbsvorschriften auf öffentliche Unternehmen für anwendbar.

Normverpflichtet und -adressat sind die Mitgliedstaaten. Art. 106 AEUV konkretisiert insofern das an die Mitgliedstaaten gerichtete Gebot der Unionstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV für den Bereich der öffentlichen Unternehmen.[338] Von ihnen wird die Eingliederung ihres öffentlichen Sektors in die europäische Wettbewerbsordnung gefordert.[339] Im wettbewerbsrechtlichen Normgefüge kommt Art. 106 Abs. 1 AEUV aufgrund der Stellung zwischen den an die Unternehmen adressierten Kartell- und Missbrauchsvorschriften[340] und den

---

330 *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106, Rn. 1, vgl. zum Ganzen *Vygen,* Öffentliche Unternehmen

331 *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 29.

332 *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 32.

333 *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 28; *Weizsäcker*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 85, 126.

334 *Tiegelkamp,* Transparenzrichtlinie, 6.

335 *Brüning*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 42; zur Anwendung der Beihilfevorschriften auf öffentliche Unternehmen, vgl. *Appelt,* Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen; *Bonkamp,* Beteiligung der öffentlichen Hand; *Hagendorf,* Instrumentaleinsatz öffentlicher Unternehmen; *Hertwig*, VergabeR 2008, 589; *Koenig*, ZIP 22 (2001), 629.

336 *Rodi,* Subventionsrechtsordnung, 181; *Storr,* Staat als Unternehmer, 293.

337 *Modlich,* Infrastrukturmaßnahmen, 46, *Storr,* Staat als Unternehmer, 293.

338 *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106, Rn. 4; *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, 2336, 2338.

339 *Brüning*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 42.

340 *Burghardt,* Eigentumsordnungen.

an die Mitgliedstaaten gerichteten Beihilfebestimmungen eine Sonderstellung zu. Ziel ist die Gewährleistung eines unionsweiten unverfälschten Wettbewerbs ohne Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen.[341] Das aus der Norm abgeleitete Gleichheitsgebot ist jedoch ein einseitiges, da es die Schlechterstellung öffentlicher Unternehmen nicht ausschließt.[342]

Eine allgemeine Bestimmung, was unter dem „schillernden"[343] Begriff des öffentlichen Unternehmens zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen von einem solchen auszugehen ist, bestimmt das Primärrecht nicht. Während für die Frage, wann eine Einrichtung ein Unternehmen im Sinne des Art. 106 AEUV ist, auf den funktionalen Unternehmensbegriff zurückgegriffen wird, besteht für das Merkmal „öffentlich" keine klare Prüfung. Anhaltspunkte liefert die Transparenzrichtlinie.[344] Anhand von Art und Ausmaß der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und ihren Unternehmen liefert sie Kriterien für die Einordnung als öffentliches Unternehmen. Im Kern geht es um die Möglichkeit, bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen nehmen zu können. Mit der Richtlinie soll die Kommission in die Lage versetzt werden zu prüfen, ob die Wettbewerbsregeln, insbesondere die Beihilfebestimmungen, eingehalten sind. Unternehmen mit „besonderen" oder „ausschließlichen" Rechten setzen zumindest eine Sonderstellung der betreffenden Unternehmen sowie eine Abhängigkeitsstellung der öffentlichen Hand voraus.[345]

b) Aufgabenorientierte Einschränkung

Art. 106 Abs. 2 AEUV nimmt Aufgaben, an denen ein besonderes gesellschaftliches Interesse besteht, in den Blick und ermöglicht zum Schutz dieser die aufgabenorientierte Einschränkung der Wettbewerbsvorschriften.[346] Danach gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder, die den Charakter eines Finanzmonopols haben, soweit, wie die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen

---

341 EuGH, Rs. 19.12.2019, C-385/18 (Arriva Italia u. a.), Rn. 67.

342 *Storr,* Staat als Unternehmer, 293.

343 *Wollenschläger*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 3.

344 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L 318, 17.11.2006, S. 17–25, danach ist im Sinne der Richtlinie ein „[…] *„öffentliches Unternehmen": jedes Unternehmen, auf das 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. Es wird vermutet* […]".

345 *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 35.

346 Zur Frage, ob es sich um eine Bereichs- oder aber Legalausnahme handelt, vgl. *Wissing,* Marktstrukturverantwortung, 190 m. w. N.; *Koenig/Kühling*, ZHR 166 (2002), 656.

übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Finanzmonopole sind Unternehmen mit staatlich eingeräumter Monopolstellung, um dem Staatshaushalt eine besondere Einnahmequelle zu sichern.[347] Die in der Norm angesprochenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse[348] sind identisch mit denen in Art. 14 AEUV. Bei der Festlegung dessen, was Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) sind, haben die Mitgliedstaaten einen primärrechtlich verbürgten weiten Ermessensspielraum.[349] Beruf sich im beihilferechtlichen Prüfverfahren vor der Kommission ein Mitgliedstaat darauf, dass die Leistung eine DAWI ist, prüft die Kommission diese Frage jedoch umfassend.[350]

Wie Art. 14 AEUV nicht das betraute Unternehmen, sondern funktional die jeweils gemeinwohlorientierte Leistung ins Zentrum des legislatorischen Bemühens stellt, privilegiert Art. 106 Abs. 2 AEUV vorrangig die gemeinwohlorientierte Leistung und partiell die betreffenden Unternehmen, soweit die effektive Aufgabenerfüllung gefährdet ist.[351] Art. 106 Abs. 2 AEUV vermittelt somit zwischen dem Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- und Fiskalpolitik und dem Unionsinteresse an der Wettbewerbsordnung und dem Binnenmarkt[352] und ermöglicht im Interesse des Gemeinwohls die Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips.[353] Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV zieht die Grenze dort, wo die sonst hingenommene Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs in einem dem Interesse der Union zuwiderlaufenden Ausmaß, also besonders einschneidend, beeinträchtigt wird.

Dem Wortlaut nach adressiert Art. 106 Abs. 1 AEUV die Mitgliedstaaten, wohingegen Art. 106 Abs. 2 AEUV sich unmittelbar an die betrauten Unternehmen wendet. Die Re-

---

347 *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, EuR, Art. 106, Rn. 75 f.; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 61. EL, Art. 106, Rn. 52; *Wegner*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 AEUV, Rn. 46.

348 Siehe zur fehlenden Anwendbarkeit des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Kapitel 3, A.II.3.

349 Vgl. Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse sowie Art. 14 Abs. 1 AEUV, siehe zu den Voraussetzungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Kapitel 3, A.II.3.

350 EuG, 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Rn. 178 f.; zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse siehe Kapitel 3, A.II.3.

351 *Brüning*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 47.

352 EuGH, 19.3.1991, Rs. C-202/88 (Telekom-Endgeräte), Rn. 12.

353 *Weizsäcker*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 85, 117; *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 73

gelungen stehen nach der Rechtsprechung des EuGH in einem engen systematischen Zusammenhang und sind zusammen zu lesen, weshalb sich die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung auf Art. 106 Abs. 2 AEUV berufen können.[354]

Die partielle Privilegierung beruht auf einem Kompromiss der Gründerstaaten, die sich über die Aufgaben und Funktion der privaten und öffentlichen Hand uneins waren.[355] Während Frankreich und Italien die Daseinsvorsorge durch die öffentliche Hand einem Sonderrecht unterstellen wollten, lehnten Deutschland und die Beneluxstaaten dies ab.[356] Ergebnis ist die bewusst mehrdeutig gehaltene Norm.[357] Eine vollständige Bereichsausnahme, wie sie etwa für die Produktion und den Handel von landwirtschaftlichen Erzeugnissen existiert, begründet die Vorschrift jedoch nicht.[358]

Auf Initiative Frankreichs löste man die Dienste aus dem als Ausnahmevorschrift restriktiv auszulegenden Art. 86 Abs. 2 EGV bzw. Art. 106 Abs. 2 AEUV heraus und überführte sie in Art. 16 EGV, bzw. Art. 14 AEUV.[359] Die Norm betont den Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „innerhalb der gemeinsamen Werte der Union […] sowie […] bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts" und verbindet sie mit dem an die Union gerichteten Entwicklungs- und Gestaltungsauftrag.[360]

Zusammenfassend folgt die Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen unternehmerischen Betätigung aus Art. 345 AEUV. Sie findet ihre Grenze in den Wettbewerbsvorschriften, zu denen das Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV zählt. Weder erweitert noch schränkt Art. 345 AEUV den Beihilfebegriff aus Art. 107 Abs. 1 AEUV daher ein.[361] Dieser ist vielmehr in Übereinstimmung mit der Wertung des Art. 106 Abs. 1 AEUV unterschiedslos auf öffentliche wie private Unternehmen anzuwenden.[362] Ob ungeachtet der Eigentümerstellung

---

354 EuGH, 19.5.1993, Rs. C-320/91 (Corbeau), Rn. 14; *Wissing,* Marktstrukturverantwortung, 191 m. w. N.

355 *Schorkopf*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 10.

356 *Schorkopf*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 10 m. w. N.; Reiner, in: *Schulze/Hoeren,* Bd. 3, Kartellrecht, Dokumenten Nr. 78, 83, 84, 88, 94 u. 96).

357 *Schorkopf*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, § 12, Rn. 11.

358 EuGH, 30.4.1986, verb. Rs. 209 bis 213/84 (Asjes), Rn. 40; *Danwitz,* 39. Bitburger Gespräche: Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand, 73, 75.

359 *Danwitz,* 39. Bitburger Gespräche: Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand, 73, 82 f.; *Frenz,* EuR 2000, 901, 918.

360 *Schulte/Kloos/Apel*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 18; *Danwitz,* 39. Bitburger Gespräche: Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand, 73, 82 f.; *Frenz,* EuR 2000, 901, 918.

361 EuGH, 4.6.2002, Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Rn. 48; EuGH, 1.6.1999, Rs. C-302/97 (Konle), Rn. 38; EuGH, 6.11.1984, Rs. 182/83 (Fearon), Rn. 7.

362 EuG, 13.6.2000, Rs. T-204/97 u. T-270/97 (EPAC), Rn. 122.

der öffentlichen Hand eine staatliche Kapitalzufuhr in Bezug auf ein Unternehmen im Einklang mit Art. 107 Abs. 1 AEUV steht, weil sie keine markunübliche wirtschaftliche Vergünstigung enthält, ist anhand des KmhW festzustellen.[363] Insoweit ist das KmhW eine Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlichem und privatem Sektor.[364] Das Zusammenspiel von Neutralitäts- und Gleichbehandlungsgrundsatz lässt sich also dahingehend zusammenfassen, dass die Union gleiche Wettbewerbsbedingungen für öffentliche und private Unternehmen zu schaffen hat, ohne die Mitgliedstaaten daran zu hindern, Art und Ausmaß öffentlicher Wirtschaftsbetätigung in ihrem Hoheitsgebiet frei zu gestalten.[365]

III. Neutralität der Union gegenüber den Eigentumsordnungen

Art. 345 AEUV bestimmt, dass die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen. Damit verpflichtet der AEUV die Union und ihre Organe zur Neutralität gegenüber Fragen des öffentlichen oder privaten Eigentums.[366]

Die Eigentumsordnung umfasst die Gesamtheit aller verfassungsrechtlichen Vorschriften eines Mitgliedstaates über das Privateigentum, die Enteignung oder Sozialisierung sowie die damit verbundenen Rechte und Pflichten.[367] In Bezug auf Unternehmen sind das Vorschriften der Mitgliedstaaten, die es ihnen erlauben, die Eigentumsverhältnisse der Unternehmen zu regeln und die aus der Eigentümerstellung abgeleiteten Rechte in Bezug auf ihre Organisation und Leitung wahrzunehmen.[368]

Die Verträge überlassen es damit den Mitgliedstaaten, z. B. ein gemischtes System öffentlicher und privater Unternehmen zu unterhalten oder im Laufe der Zeit zu errichten.[369] Sie können in allen Wirtschaftsbereichen öffentliche Unternehmen gründen,[370] in bestehende Unternehmen investieren oder sich an ihnen beteiligen[371] sowie ganze Wirtschaftsbereiche

---

363 EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission), Rn. 41; EuG, 10.5.2000, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission (rechtskräftig)), Rn. 78.

364 EuGH, 5.10. 2000, Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Rn. 30 f.

365 *Montag/Leibenath*, EWS 2003, 402, 402 ff.

366 Zur Neutralität der Union gegenüber den Eigentumsordnungen siehe Kapitel 2, B.II.

367 *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 68. EL, Art. 345, Rn. 12, m. w. N.

368 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 42.

369 *Tiegelkamp,* Transparenzrichtlinie, 7.

370 *Dreher*, in: GS Knobbe-Keuk, 583, 587.

371 *Giuseppe B.*, ECLR 17 (1996), 258, 258; *Sühnel*, EWS 2007, 115, 116.

verstaatlichen.[372] Art. 345 AEUV stellt insoweit die Schranke für die Unionskompetenzen dar[373] und deklariert entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten als mit den Integrationszielen vereinbar.[374] Die äußere Grenze von Art. 345 AEUV ist erreicht, wenn ein Mitgliedstaat seine Eigentumsordnung so umgestaltet, dass der postulierten Marktwirtschaft der Boden entzogen ist.[375]

Aus dem aus Art. 345 AEUV abgeleiteten „Recht auf Eigentum an Unternehmen"[376] folgt, dass den Mitgliedstaaten „echtes" unternehmerisches Handeln erlaubt ist.[377] Unterfiele demgegenüber jegliches unternehmerische Handeln der Mitgliedstaaten, also das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anstelle oder neben Privaten sowie das Halten und Verwalten von Unternehmen,[378] dem Anwendungsbereich und der Verbotsfolge des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wäre es der Union mit den Mitteln des Beihilferechts möglich, in den für die Mitgliedstaaten mit Art. 345 AEUV reservierten Gestaltungsspielraum einzugreifen.[379]

Die Zielsetzung, der Wortlaut sowie die Systematik der Verträge begrenzen diesen Spielraum aber allein auf die Gestaltung der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen.[380] Eine wirtschaftspolitische Neutralität ist damit nicht verbunden. Diese sehen die Verträge nicht vor.[381] Stattdessen steht die Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten unter dem Harmonisierungsdruck des Art. 119 Abs. 1 AEUV, der sie auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet.[382] Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH führt Art. 345 AEUV daher nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten

---

372 Gemeinsame Antwort des Rates auf die schriftlichen Anfragen Nr. 1208 bis 1234/81 (Galland) zur dritten Verstaatlichungswelle in Frankreich zum ABl. C 65 vom 15.3.1982, S. 6, zur Verstaatlichungswelle vgl. *Wölker*, ZaöRV 1983, 213 f.; *Wollenschläger*, in: Reiner Schmidt/Wollenschläger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 5; vgl. Erwägungsgrund 4 und 5 der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. C 307/3 vom 13.11.1993.

373 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 67.

374 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 43.

375 *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 65. EL, Art. 63, Rn. 43; *Zentner,* Vermögensprivatisierung, 16 f.

376 Vgl. Erwägungsgrund 32 der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. C 307/3 vom 13.11.1993.

377 *Schroeder*, ZHR 161 (1997), 805, 815; *Gross,* Beihilfenrecht im Wandel, 46; vgl, den Überblick zu wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand bei *Badura*, ZHR 1982, 448, 449.

378 *Ronellenfitsch*, in: Isensee/P. Kirchhof, HbStR, § 98, Rn. 2.

379 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 93.

380 *Bonkamp,* Beteiligung der öffentlichen Hand, 29.

381 *Bonkamp,* Beteiligung der öffentlichen Hand, 29.

382 Siehe zum Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb Kapitel 2, B.I.

bestehenden Eigentumsordnungen den Grundprinzipien der Verträge entzogen sind.[383] Die Neutralitätsverpflichtung endet, wo der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Wettbewerbsvorschriften berührt sind.[384] Andernfalls könnten die Mitgliedstaaten die mit den Art. 101 ff. und Art. 119 ff. AEUV zugunsten der Union reservierte Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik unterlaufen, wenn alle Verhaltensweisen zugunsten von öffentlichen oder privaten Unternehmen nach dem Neutralitätsgebot mit Verweis auf Art. 345 AEUV zulässig wären. Die Mitgliedstaaten sind also ihrerseits zur Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen und zur Beachtung der Wettbewerbsvorschriften verpflichtet und haben dies in ihren Unternehmen sicherzustellen. Den Mitgliedstaaten und ihren Unternehmen wird auf diese Weise marktkonformes Verhalten und ein Verzicht auf die Vorteile aus theoretisch unbegrenzten Haushaltsmitteln und hoheitlichen Lenkungsbefugnissen abverlangt.[385] Mitgliedstaatlich eingeräumte Vorzugsstellungen für öffentliche Unternehmen werden auf das zur Aufgabenerfüllung notwendige Maß eingeebnet. Das KmhW knüpft hieran an, indem es einen Maßstab liefert, mit dem überprüft werden kann, ob die Mitgliedstaaten sich so verhalten wie private Unternehmen und dadurch den Wettbewerbsvorschriften genügen.

Art. 345 AEUV geht zurück auf Art. 83 EGKS[386] sowie Art. 91 EAGV[387] und sollte die Mitgliedstaaten vor Eingriffen der Gemeinschaftsorgane in bestimmte wirtschaftspolitische Entscheidungen schützen.[388] Obzwar gemeinsames Grundprinzip der Wirtschaftspolitik in den Mitgliedstaaten und eine aus dem Freiheitspostulat abgeleitete, durch den Wettbewerb regulierte Marktwirtschaft ist,[389] enthielten insbesondere die Gründerstaaten Frankreich und Italien in ihren Verfassungen eine stärkere Gemeinwohlbindung des Eigentums durch Verstaatlichungsvorbehalte.[390] So sahen die Verfassungen Frankreichs in Abschnitt 8 der Präambel von 1946 und Italiens in Art. 43 aber auch das Grundgesetz in Artikel 14 und 15

---

383 EuGH, 27.2.2019, Rs. C-563/17 (Associação Peço a Palavra u. a.), Rn. 46; EuGH, 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12 (Essent u. a.), Rn. 36.

384 *Zeitz,* Begriff der Beihilfe, 14.

385 EuGH, Rs. 19.12.2019, C-385/18 (Arriva Italia u. a.), Rn. 67; *Pape,* Staatliche Kapitalbeteiligungen, 43.

386 Art. 83 EGKS lautet: „Die Begründung der Gemeinschaft berührt in keiner Weise die Ordnung des Eigentums an den Unternehmen, für welche die Bestimmungen dieses Vertrages gelten".

387 Art. 91 EAGV lautet: „Die Ordnung des Eigentums an den Gegenständen, Stoffen und Vermögenswerten, an denen kein Eigentumsrecht der Gemeinschaft aufgrund dieses Kapitels besteht, richtet sich nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten.".

388 *Voland*, EuR 2014, 237, 238.

389 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 31.

390 *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 61. EL, Art. 345, Rn. 2.

Regelungen über die Sozialisierung und Enteignung sowie Gründung öffentlicher Unternehmen aufgrund übergeordneter Gemeinwohlinteressen vor. Privateigentum unterliegt sonach der gesellschaftlichen Bindung und steht unter dem Vorbehalt des Gemeinwohls.[391] Dieser stand der Zuständigkeitsübertragung auf die Gemeinschaft und möglichen Beschränkung durch den EWG-Vertrag von vornherein entgegen.[392] Unter anderem deshalb behielten sich die Gründerstaaten die Entscheidung über die Gestaltung ihrer Eigentumsordnungen vor, die zwar vom Bestehen eines privaten Sektors ausgingen, daneben aber einen mehr oder weniger ausgedehnten staatlichen Sektor kennen. Mit der Schrankenregelung in Art. 345 AEUV trugen sie diesem Umstand Rechnung[393] und schafften sich zu ihren Gunsten einen Gestaltungsspielraum.[394]

C. Zusammenfassung

Die Verträge bilden die Grundlage des KmhW. Die Gründerstaaten haben die Gründungsverträge im Zuge der voranschreitenden Europäisierung und Integration in einem beispiellosen Ausmaß an der Funktionslogik des Wettbewerbs[395] und der Sprache der Wirtschaft ausgerichtet. Attestierte man bereits dem EWG-Vertrag eine „wirtschaftswissenschaftliche Sprache“[396] und betrachtete ihn als „kodifizierte[r] Wirtschaftstheorie“,[397] gilt dies gleichermaßen für die Fortschreibung in EUV und AEUV.

Im Zentrum der Verträge steht mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, Art. 26 Abs. 2 AEUV als Grundpfeiler der europäischen Wirtschaftsordnung und Integrationsarchitektur der Binnenmarkt, der den erleichterten Absatz von Produkten und die effiziente Faktorallokation bezweckt. Fernziel ist die Wirtschafts- und Währungsunion, Art. 3 Abs. 4 EUV. Um den Binnenmarkt konstituieren die Verträge mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, Art. 119 Abs. 1 AEUV die marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung,[398] welche – aus dem Freiheitspostulat abgeleitet – der Wettbewerb reguliert. Markt und Wettbewerb sind zwar in erster Linie ökonomische Phänomene, sie sind jedoch mit den Verträgen Bestandteil rechtlicher Regelungen

---

391 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 47 f.

392 *Wölker*, ZaöRV 1983, 213, 264.

393 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 67.

394 *Burghardt,* Eigentumsordnungen, 42; *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 30; *Jungbluth*, EuR 2010, 471, 479.

395 *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1963, 1713 ff., 1714; *Huth,* Sonderstellung der öffentlichen Hand, 212; *Magen*, Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, 2014, Rn. 94.

396 *Scherer,* Wirtschaftsverfassung der EWG, 77.

397 *Reimer Schmidt,* Grundfragen des Gemeinsamen Marktes, 9.

398 Zu den offenen Einschränkungen der marktwirtschaftlichen Ordnung, *Steindorff*, ZHR 2000, 223, 243 f.

geworden, sodass die Rechtsanwendung in der Folge in ökonomische Überlegungen einzubeziehen ist.[399]

Art. 345 AEUV verpflichtet die Union und ihre Organe zur Neutralität gegenüber Fragen der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen und eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gemischter Systeme öffentlicher und privater Unternehmen. Grenzen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sowie den Wettbewerbsvorschriften. Eine wirtschaftspolitische Neutralität sehen die Verträge in der Gesamtschau nicht vor.[400] Stattdessen steht die Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten unter dem Koordinierungsvorbehalt aus Art. 119 Abs. 1 AEUV, der sie auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. Die normalen Marktbedingungen, wie sie im Rahmen des KmhW von Bedeutung sind, sind somit Ziel und Ergebnis wirtschaftsordnungspolitischer Systementscheidungen der Union und in den Mitgliedstaaten sowie der Verträge. Dies rechtfertigt es, die normalen Marktbedingungen und das Verhalten des sich an diesem System ausrichtenden Wirtschaftsteilnehmers – des insoweit marktwirtschaftlich Handelnden – im Rahmen des KmhW zum Referenzpunkt zu erheben. Denn dessen Verhalten ist in dem von den Verträgen geschaffenen Rechtsrahmen der Normal- und Idealfall. Abweichendes staatliches Verhalten erscheint systemfremd und ist, bei Erfüllung der weiteren Tatbestandsmerkmale, als Beihilfegewährung einzustufen.[401]

Markt und Markteilnehmer schützten die Verträge mit den Wettbewerbsregeln in den Art. 101 bis Art. 109 AEUV vor ökonomischer Vermachtung ebenso wie vor unverhältnismäßiger hoheitlicher Einmischung. Um Letzterem Rechnung zu tragen, muss zulässiges wirtschaftliches Handeln der Mitgliedstaaten von unzulässiger Beihilfegewährung sachgerecht getrennt werden.[402] Das Beihilferecht übernimmt diese Aufgabe als Teil des europäischen Wettbewerbsrechts mit dem Ziel, gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt herzustellen.[403] Es spiegelt marktwirtschaftliche Ordnungsvorstellungen,[404] sodass der Bezug des KmhW auf das Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer gerechtfertigt ist. Ob eine Begünstigung vorliegt, steht und fällt mit der Marktüblichkeit und insoweit

---

399 *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 26.

400 *Bonkamp,* Beteiligung der öffentlichen Hand, 29.

401 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 85.

402 *Soukup*, ZögU 1995, 16, 18

403 *Säcker*, in: ders./Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, 1. Teil, Rn. 1 f.; *Koenig/Paul*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 68.

404 *Caspari*, in: FS von der Groeben, 69, 91.

Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung.[405] Als Referenzpunkt gibt dabei das Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer bei der ökonomischen Bewertung staatlicher Investitionsentscheidungen hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung den Ausschlag.

[405] *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 418; *Rodi,* Subventionsrechtsordnung, 156.

Kapitel 3 – Das Kriterium in der Beihilfeprüfung

Die europaverfassungsrechtlichen Wurzeln des Beihilferechts und damit des KmhW wurden im vorangegangenen Kapitel untersucht. Herausgearbeitet wurde, dass staatliche Maßnahmen ökonomisch und marktorientiert auf Beihilfen zu prüfen sind. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie die Prüfung anhand des KmhW im Einzelnen erfolgt. Es sollen die Voraussetzungen für die Anwendung des KmhW und dessen konkrete Anwendung anhand der Bekanntmachung der Kommission über den Beihilfebegriff und die ökonomischen Grundlagen dargestellt werden. Anschließend soll auf die gängigen und etablierten Abwandlungen sowie die teilweise geäußerte Kritik an dem Kriterium eingegangen werden.

A. Anwendungsvoraussetzungen

Die Anwendung des KmhW setzt voraus, dass der Staat in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsbeteiligter eine Transaktion vornimmt. Daraus ergeben sich Anforderungen an die Rolle des Staates und die Transaktion, denen im Folgenden nachgegangen werden soll.

I. Handeln als Wirtschaftsbeteiligter

Das KmhW findet ohne Rücksicht auf die Form und rechtliche Ausgestaltung auf alle staatlichen Maßnahmen Anwendung, wenn der Staat „in seiner Eigenschaft als Anteilseigner“[406], mithin als Wirtschaftsbeteiligter, diese beschließt und durchführt, zum Beispiel, indem er in Unternehmen investiert, Beteiligungen erwirbt, Kapital an Unternehmen erhöht, sich als Bürge für Unternehmen zur Verfügung stellt, damit diese Kredite aufnehmen können, Gesellschafterdarlehen oder sonstige Darlehen vergibt, Gegenstände und Immobilien erwirbt oder veräußert oder Personal und Material im Wege der Quersubventionen[407] überlässt.[408] Es ist also immer anzuwenden, wenn sich der Staat in ein Austauschverhältnis begibt, insbesondere also, wenn er unternehmerisch tätig wird. Im Fokus steht das „Wie“ des finanziellen staatlichen Engagements.[409] Für den Bereich der Kapitalzuführungen stellt der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Anwendbarkeit des KmhW unter die Bedingung, dass der be-

---

406 EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 82; EuGH, 27.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice II), Rn. 20; vgl. auch *Donat/Kruppe*, EWS 28. (2017), 126, 127.

407 Vgl. dazu *Platt,* Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht, 57 f.; *Eilmansberger*, RIW 2001, 902; *Riesenkampff*, EWS 2007, 492; *Gesterkamp/Hellstern/Koenig*, WRP 2011, 1047.

408 *Schernthanner,* Beihilfeaufsichtsrecht, 64 f.

409 *Wagner/Blazek*, NZBau 2017, 67, 67.

troffene Mitgliedstaat einem Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil nicht in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt, sondern in seiner Eigenschaft als Anteilseigner gewährt.[410]

Das KmhW ist zum Nachweis der Beihilfefreiheit einer Maßnahme ungeeignet und folglich nicht anzuwenden, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger auftritt und z. B. den Markt ordnet oder reguliert.[411] Als Träger öffentlicher Gewalt tritt der Staat nach der Rechtsprechung des EuGH immer dann auf, wenn er unmittelbar und spezifisch öffentliche Gewalt durch hinreichend qualifizierte Sonderrechte, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnisse oder Regelungs-, Kontroll- und Weisungsbefugnisse ausübt.[412] Typischerweise also wenn er gegenüber Privaten im Über-/Unterordnungsverhältnis steht, er insbesondere Verwaltungsakte wie Bescheide erlässt, aber nicht wenn er Rettungsdienste durchführt, selbst wenn dazu Blaulicht und Einsatzhorn erforderlich sind.[413]

II. Marktbezogenheit der Transaktion

Bereits in seiner Kernfrage, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können, ist angelegt, dass das KmhW den Markt als Referenzpunkt aufstellt. Erforderlich ist ein Vergleich staatlicher mit privaten Investitionsentscheidungen, die hypothetisch im Umfeld von tatsächlich existierenden oder unterstellten normalen Marktbedingungen getroffen werden.[414] Es stellt sich daher die Frage, ob und welche Anforderung an den Markt zu stellen sind, damit das KmhW sinnfällig angewandt werden kann.

1. Anforderungen an den Markt

Der Markt bezeichnet allgemein den Ort, an dem Anbieter und Nachfrager in Verfolgung ihrer Eigeninteressen[415] Leistungen austauschen,[416] weil Angebot und Nachfrage zusammentreffen. Der in der Wirtschaftswissenschaft verwendete Begriff des „Marktes", der zugleich dessen zentraler Untersuchungsgegenstand ist, hat wenig mit dem traditionellen Wochen-

---

410 EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P (SNCM), Rn. 31, mit Verweis auf EuGH, 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92 (Hytasa), Rn. 22 sowie EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 80 u. 81; EuG, Urteil vom 17.12.2008, Rs. T-196/04 (Flughafen Charleroi), Rn. 86 ff.

411 Beihilfenbegriff-Bek., Rn. 77 f. mit Verweis auf EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 79-81; EuGH, 10.7.1986, Rs. 234/84 (Meura), Rn. 14; EuGH, 10.7.1986, Rs. 40/85 (Boch), Rn. 13; u. a.

412 EuGH, 29.4.2010, Rs. C-160/08 (Rettungsdienste), Rn. 56 ff.; EuGH, 13.7.1993, Rs. C-42/92 (Thijssen).

413 EuGH, 29.4.2010, Rs. C-160/08 (Rettungsdienste), Rn. 56 ff.

414 *Khan/Borchardt*, in: Gadea, EC state aid law, 109, 111.

415 *Dieth*, in: Towfigh/Dieth, Recht und Markt, 137, 145.

416 *Schaefer*, in: Towfigh/Dieth, Recht und Markt, 117, 122.

oder Bauernmarkt zu tun.[417] Verallgemeinernd und abstrahierend ist der Markt der physische oder virtuelle Ort,[418] auf dem sich sämtliche Austauschprozesse, die aus dem Zusammentreffen von Anbietern und Nachfragern resultieren, vollziehen. Das Angebot und die Nachfrage der Marktakteure verbinden sich im Tausch zu Interaktionen und den relevanten Marktprozessen. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht insoweit das aus den Marktprozessen hervorgebrachte System der Koordination von Angebot und Nachfrage nach geldwerten Gütern und Leistungen. Die Koordination erfolgt über den Preis und nach freien Präferenzentscheidungen der Marktteilnehmer,[419] deren Ergebnis sich als eine spontane Ordnung darstellt. Daher wird der Markt zutreffend als ein gesellschaftlicher Mechanismus beschrieben, der die Eigenschaft hat, dass die aus ihm spontan entstehenden Veränderungen mit großer Wahrscheinlichkeit die Eigenschaft der Effizienz haben.[420] Relevante Marktgrößen sind Marktkapazität, -potenzial, -volumen und -anteil.[421] Unternehmen haben es in dieser Hinsicht mit einer ganzen Reihe von Märkten, wie dem Beschaffungs-, Finanz- und dem Absatzmarkt zu tun.[422]

Nach ständiger Rechtsprechung sind der Prüfung am Maßstab des KmhW normale Marktbedingungen zugrunde zu legen. Damit sind diejenigen Bedingungen gemeint, die die Wirtschaft regeln und die gelten, wenn der Staat nicht zugunsten bestimmter Unternehmen eingreift.[423] Nicht erforderlich ist dafür, dass der Markt, auf den sich die Investitionsentscheidung bezieht und auswirkt, ein nach wirtschaftswissenschaftlichen Maßstäben funktionierender Markt ist. So betont die Kommission, dass es für die Prüfung, ob ein normaler Marktteilnehmer unter denselben Umständen genauso gehandelt hätte, wie die öffentliche Hand[424], irrelevant ist, ob ein dysfunktionaler Markt oder Marktversagen, wie zum Beispiel bei rückläufigen Preisen aufgrund negativer Externalitäten und übermäßiger Risikoaversion, gegeben

---

417 *Rodi,* Ökonomische Analyse, 31.

418 *Petersen/Englerth/Towfigh* ua, Ökonomische Methoden, 43.

419 *May,* Didaktik der ökonomischen Bildung, 17.

420 *Weizsäcker*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 85, 93.

421 *Joachim Paul,* Einführung Betriebswirtschaftslehre, 559.

422 *Joachim Paul,* Einführung Betriebswirtschaftslehre, 559.

423 EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 72; EuGH, 5.2.2015, Rs. C-296/14 P (Griechenland/Kommission), Rn. 34; EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 60.

424 Der Begriff öffentliche Hand kennzeichnet im Folgenden als Sammelbegriff alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts (außer Religionsgemeinschaften) und, sofern öffentlich-rechtliche Träger beherrschenden Einfluss auf sie ausüben können, des privaten Rechts.

ist.[425] Ebenso bedarf es weder eines „normalen" Marktumfeldes noch herausgehobener wettbewerblicher Strukturen.[426]

2. Marktfähiges Transaktionssobjekt

Kommt es auf die Wirkung der staatlichen Maßnahme und ihre Marktüblichkeit an,[427] können nur Gegenleistungen des Empfängers Berücksichtigung finden, denen der Markt Beachtung schenkt, indem er ihnen einen Marktwert zuschreibt. Investiert der Staat in marktfähige Güter, z. B. eine Unternehmensbeteiligung oder ein sonstiges Investitionsobjekt, richtet sich die beihilferechtliche Relevanz nach dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Gegenleistungen, für die kein Markt existiert oder die nicht am Markt gehandelt, also angeboten oder nachgefragt werden, sind daher nicht geeignet, einer staatlichen Leistung eine begünstigende Wirkung zu geben oder ihr eine vorhandene begünstigende Wirkung zu nehmen. Verhaltensverpflichtungen von Unternehmen, die sozial-, gesellschafts- oder wirtschaftspolitisch relevant oder wünschenswert sind, wie die Erhaltung von Arbeitsplätzen, sind als Gegenleistung im Rahmen des KmhW daher unerheblich, da zu diesen Bedingungen bzw. zu dieser (privaten) Gegenleistung am Markt kein Kapital zu erlangen ist.[428] Nach dem Kriterium werden somit allein ökonomische Aspekte geprüft. Daraus folgt, dass ein sinnfälliger Vergleich zwischen dem Handeln der öffentlichen Hand und dem eines Privaten an dessen Handlungsprämissen nur möglich ist, wenn der Staat seine Investitionsentscheidung auf einen marktfähigen Gegenstand lenkt. Das setzt voraus, dass ein Privater in der Lage wäre, in Bezug auf die Leistung das staatliche Investitionsobjekt ein Investitionskalkül zu entwickeln. Dies bedeutet nicht, dass der Private tatsächlich in der Lage sein muss, in das vom Staat ins Auge gefasste Investitionsobjekt zu investieren, sondern es genügt die theoretische Möglichkeit. So steht es beispielsweise nicht jedem Privaten offen, sich an eben den (öffentlichen) Unternehmen zu beteiligen, die von der öffentlichen Hand als Beteiligungs- und Investitionsobjekt näher ins Auge gefasst werden. Gleichwohl ist der Private in der Lage, die Inves-

---

425 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen vom 10.2.2012, swd(2012) 14, (Privatisierungsleitfaden), S. 11, Fn. 21.

426 *Atanasiu*, EStAL 2008, 571, 571.

427 EuGH, 2.7.1974, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Rn. 26/28; EuGH, 24.2.1987, Rs. 310/85 (Deufil), Rn. 8; *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, EuR, Art. 107, Rn. 10.

428 *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 418; *Appelt,* Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen, 160 f.; Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.

titionswürdigkeit der Unternehmensbeteiligung zu bewerten. Trifft der Staat seine Investitionsentscheidung wie ein Privater, kann der Wettbewerb nicht durch eine Beihilfe verfälscht werden.[429]

3. Sonderfall: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse,[430] sog. DAWI, bilden in der Anwendung des KmhW einen dogmatischen Sonderfall. Primärrechtlich wurzeln DAWI in Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV sowie im Protokoll Nummer 26 über Dienste von allgemeinem Interesse. Sekundärrechtlich sind sie von der Kommission in einer Reihe von Rechtsakten, dem sog. DAWI-Paket, geregelt, die die beihilferechtskonforme Ausgestaltung ermöglichen und inhaltlich vor allem auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans"[431] zurückgehen.

Die primär- und sekundärrechtlichen Normen unterstreichen die besondere Bedeutung der DAWI bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts und erleichtern im Sinne einer Funktionsgarantie[432] ihre Erbringung im Anwendungsbereich der Verträge und unter Geltung der wettbewerbs- und damit zugleich beihilferechtlichen Vorschriften. Dass DAWI besonders geregelt sind, liegt an der Erkenntnis, dass sich bestimmte Güter und Dienstleistungen von anderen Waren und Diensten dadurch unterscheiden, dass sie Grundbedürfnisse jeder menschlichen Existenz bedienen und diese zuverlässig, für alle erreichbar und zu angemessenen Preisen erbracht werden müssen.[433] Aus diesem Grund werden sie nicht dem Markgeschehen überlassen, sondern unterliegen staatlicher Verantwortung.[434]

Trotz der Tatsache, dass der DAWI-Begriff der Unionsrechtsordnung entspringt und somit autonom auszulegen ist,[435] fehlt es an einer klaren und genauen gesetzlichen Definition des Begriffs der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe oder einem Rechtsinstitut, das abschließend die Voraussetzungen festlegt, die erfüllt sein müssen, damit sich ein Mitgliedstaat zu Recht auf das Vorhandensein und den Schutz einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe berufen

---

429 Schlussanträge GA *Maduro* vom 1.4.2004, Rs. C-276/02 (Spanien/Kommission), Rn. 24.

430 Siehe zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung des Staates, *Kling*, NZKart 2017, 611, 617.

431 EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans).

432 *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 68. EL, Art. 106, Rn. 39, m. w. N.; *Wernicke*, EuZW 2015, 281; *Kling*, NZKart 2017, 611, 617; *Kapp*, in: FK KartR, Art. 106 AEUV, Rn. 124, m. w. N.

433 *Weiß*, EuR 2013, 668, 668.

434 *Weiß*, EuR 2013, 668, 668

435 *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 68. EL, Art. 106, Rn. 37.

kann.[436] Die Kommission definiert DAWI als wirtschaftliche Tätigkeiten,[437] die dem Allgemeinwohl dienen und die ohne staatliche Eingriffe am Markt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalen Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt werden würden.[438] Ob an der Dienstleistung ein Interesse besteht, das sich von anderen Dienstleistungen des Wirtschaftslebens wesentlich unterscheidet, ist durch die Kommission vor den Unionsgerichten überprüfbar.[439] Entscheidend ist, dass die Leistung auch dann erbracht werden muss, wenn der Markt hierfür keine ausreichenden Anreize bietet.[440] Allerdings haben die Mitgliedstaaten bei der Festlegung und Ausgestaltung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einen primärrechtlich abgesicherten weiten Ermessensspielraum.[441] Erforderlich ist, dass die Dienstleistung universalen und obligatorischen Charakter hat,[442] was anzunehmen ist, wenn sie zugunsten sämtlicher Nutzer im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates ohne Rücksicht auf Rentabilität und Sonderfälle des jeweiligen Vorgangs im Sinne eines sog. Universaldienstes aufgrund eines Hoheitsaktes[443] verpflichtend zu erbringen ist.[444] Typischerweise fallen Ver- und Entsorgungsleistungen, wie die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, die Abfallbeseitigung, Straßenreinigung sowie Wärme- und Energieversorgung, Post- und Telekommunikationsleistungen sowie die Verkehrsleistung und Infrastrukturleistungen, wie auch Krankenversorgung, Pflegedienste und Kinderbetreuung sowie Flughafen- und Hafeninfrastrukturvorsorge, darunter. Sind die Dienstleistungen dagegen aus sich heraus wirtschaftlich rentabel, kann sich der Staat auf die Aufgaben der Gefahrenabwehr zurückziehen. Sofern die Dienstleistungen am Markt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalen Zugang nur zu anderen Standards verfügbar sind, kann das daran liegen, dass Kunden zur Zahlung eines für das Unternehmen lohnenden Preises nicht bereit sind, z. B. weil sie auf die Dienstleistung verzichten können, etwa weil sie sich anderweitig organisieren oder (sozial-)

---

436 EuG, 12. 2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Rn. 165.

437 In Abgrenzung dazu stehen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die Leistungen nichtwirtschaftlicher Art umfassen und nicht unter den funktionalen Unternehmensbegriff fallen.

438 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, vom 20.12.2011, KOM(2011) 900 endgültig, S. 4.

439 EuG, 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Rn. 178 f.

440 *Szirbik,* Interkommunale Zusammenarbeit, 164

441 Vgl. Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse sowie Art. 14 Abs. 1 AEUV.

442 EuG, 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Rn. 172.

443 *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 47; *Weizsäcker*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 85, 121 m.w.N.

444 *Bach,* Wettbewerbsrechtliche Schranken, 47; *Weizsäcker*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 85, 121 m.w.N.; *Wissing,* Marktstrukturverantwortung, 189.

politische Vorgaben dazu führen, dass der Staat die Kunden nicht den „wahren Preis" zahlen lassen will.[445] Lässt sich die Dienstleistung nicht durch entsprechende Preise gegenüber den Kunden rentabel gestalten und besteht ein besonderes gesellschaftliches Interesse an dieser, muss die Finanzierung auf andere Weise sichergestellt werden. Hier kommt die staatliche Unterstützung ins Spiel. Erst sie macht die Dienstleistung für Private zu einem lohnenden Geschäft und rückt die DAWI in den Fokus des Beihilferechts, das wegen Art. 106 Abs. 2 AEUV zunächst unbeschadet der besonderen Natur der Leistungen gilt. Dabei gilt im Grundsatz, dass die staatliche Finanzierung unrentabler Dienstleistungen ein wettbewerbsrelevanter Markteingriff ist.[446] Allerdings stellt sich die Frage, ob und ggfs. in welcher Höhe die staatliche Finanzierung von DAWI begünstigend wirkt und diese am Maßstab des Kriteriums zu messen ist.

Als Begünstigung gilt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte[447] bzw. jede aus staatlichen Mitteln bewirkte Leistung ohne angemessene marktübliche Gegenleistung.[448] Im Fall der DAWI fehlt es an normalen Marktbedingungen bzw. sind diese dadurch gekennzeichnet, dass der Staat die Art und Weise der Leistungserbringung regelt und nötigenfalls finanziert. Normale Markbedingungen zeichnen sich dagegen dadurch aus, dass der Staat nicht zugunsten bestimmter Unternehmen eingreift,[449] auch wenn dieser Markt nicht zwingend ein nach wirtschaftswissenschaftlichen Maßstäben funktionierender sein muss. Da das KmhW an das Vorliegen normaler Marktbedingungen anknüpft, indem zu prüfen ist, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage wie der Staat zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können, ist er unter diesem Gesichtspunkt für die Begünstigungsprüfung in DAWI-Fällen ungeeignet.[450] Die entscheidende Frage lautet daher, ob die Kompensation marktunüblicher Leistungen überhaupt im Wege „normaler privater Wirtschaftsteilnahme" erfolgen kann.[451] Die staatliche Finanzierung von DAWI ist

---

445 *Britz*, ZHR 2005, 370, 370 ff.

446 Vgl. zu den Ansätzen Tatbestandslösung und Rechtfertigungslösung *Britz*, ZHR 2005, 370, 370 ff.

447 EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 44; EuGH, 27.6.2017, Rs. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rn. 65 ff.; EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 70.

448 EuGH, 25.6.1970, Rs. 47/69 (Frankreich/Kommission), Rn. 16/17.

449 EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 72; EuGH, 5.2.2015, Rs. C-296/14 P (Griechenland/Kommission), Rn. 34; EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 60.

450 In diese Richtung *Britz*, ZHR 2005, 370, 393.

451 *Britz*, ZHR 2005, 370, 373.

kein „normaler Marktvorgang", an dem der Staat wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer beteiligt sein kann. Die Figur des privaten Wirtschaftsteilnehmers, verstanden als Marktüblichkeitstest,[452] passt bei der staatlichen Vergabe und Finanzierung von DAWI nicht.[453] Stellt der Staat DAWI bereit, tut er dies aus übergeordneten Zielen und nicht aus ökonomischen Erwägungen heraus.

In der Rechtssache „Altmark Trans",[454] in der es um die Frage ging, ob Kompensationszahlungen an ein privates Busunternehmen für dessen unrentable Fahrten als Beihilfen anzusehen sind, entschied der EuGH, dass in bestimmten Fällen Kosten, die einem Unternehmen durch die Erbringung von DAWI entstehen, vom Staat ausgeglichen werden können, ohne dass die staatlichen Leistungen als Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen sind, sofern vier Voraussetzungen erfüllt sind: (1.) das begünstigte Unternehmen ist tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und die Verpflichtungen sind klar definiert (Betrauungsakt); (2.) die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind vor der Auszahlung objektiv und transparent festgelegt und das betraute Unternehmen erhält gegenüber Wettbewerbern keinen wirtschaftlichen Vorteil; (3.) der Ausgleich geht nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken (Verbot der Überkompensation); (4.) die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, beruht auf einem Vergabeverfahren, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann oder, sofern die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht möglich ist, die Höhe des erforderlichen Ausgleiches auf der Grundlage der Analyse der Kosten zu bestimmen, die unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und unter Anrechnung Erzielter Einnahmen, ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen hätte (Benchmark[455]).[456]

Der Entscheidung liegt die Annahme zugrunde, dass der Staat keinen Vorteil gewährt, sondern Kosten für die Übernahme von Leistungen erstattet, für die ohne staatliche

---

452 *Thalmann*, EuR 48 (2013), 432, 433; *Koenig/Busch, Martin*, GewArch 2011, 181, 184.

453 *Börner*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 92.

454 EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans).

455 Siehe zum Benchmarking, Kapitel 3, B.I.2.a).

456 EuGH, 26.10.2016, C 211/15 P (Orange), Rn. 44; EuGH, 22.10.2015, Rs. C-185/14 (EasyPay und Finance Engineering), Rn. 45; EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans).

Finanzierung kein (Anbieter-)Markt existiert, wenn der staatlichen Leistung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.[457] Trotz der für die Praxis richtungsweisenden Entscheidung des EuGH und des primären und sekundären Rechtsrahmens ist die dogmatische Verortung der DAWI im europäischen Wettbewerbsrecht und das Verhältnis von Art. 107 AEUV zu Art. 106 Abs. 2 AEUV bis heute nicht vollständig geklärt.[458] Insbesondere die Frage, ob der staatliche Ausgleich für die Verpflichtung zur Erbringung von DAWI bereits schon tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist oder diese als Beihilfe anzusehen ist, deren Zulässigkeit auf der Ebene der Rechtfertigung zu klären ist, steht regelmäßig in der Diskussion.[459]

III. Kein Unternehmen in Schwierigkeiten

Das Unionsrecht sowie die Mitteilungen und Leitlinien der Kommission gehen durchweg davon aus, dass Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten außerhalb der durch die Umstrukturierungs- und Rettungsleitlinien[460] gezogenen Kulisse nicht marktkonform und damit Beihilfen sind.[461] Deutlich wird dies im Besonderen für staatliche Bürgschaften und Garantien, die nach Nr. 3.2. lit. a der Bürgschaftsmitteilung[462] beihilfenfrei nur finanziell gesunden Unternehmen gewährt werden können. Befindet sich das Unternehmen dagegen in finanziellen Schwierigkeiten, was anhand der Umstrukturierungs- und Rettungsleitlinien zu prüfen ist, sind diese von dem Anwendungsbereich der Bürgschaftsmitteilung ausgeschlossen.

---

457 *Britz*, ZHR 2005, 370, 393; Beihilfenbegriff-Bek., Rn. 76 und S. 17, Rn. 74.

458 Vgl. *Wernsmann/Loscher*, NVwZ 2014, 976, 976.

459 Vgl. *Wernsmann/Loscher*, NVwZ 2014, 976, 976.

460 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01), ABl. C vom 31.7.2014; vgl. zur Vorgängerregelung *Kilb*, EWS 2004, 55

461 Zu Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, *Soltész/Marquier*, EWS 2005, 241 *Ehricke*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 176; *Herrmann-Strobelt,* Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten.

462 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (2008/C 155/02), ABl. C 155 vom 20.6.2008, (Bürgschaftsmitteilung), S. 10; ebenso auch die Vorgängerfassung in ABl. C 71 vom 11.3.2000, S. 14–18, Nr. 4.2 lit. a); siehe dazu Kapitel 4, B.III.2.e).

Wie aus Erwägungsgrund Nr. 18 zur De-minimis-Verordnung[463] hervorgeht, sind zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten selbst die sog. De-minimis-Beihilfen ausgeschlossen, also Beihilfen, deren Umfang[464] so gering ist, dass sie tatbestandlich bereits nicht als Beihilfen gelten. Auch die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung („AGVO“)[465] schließt Maßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten gemäß Art. 1 Abs. 4 lit. c AGVO von ihrem Anwendungsbereich aus. Wie Erwägungsgrund Nr. 14 der AGVO klarstellt, sind solche Maßnahmen nach den spezielleren Umstrukturierungs- und Rettungsleitlinien zu beurteilen. Auch der Entscheidungspraxis der Kommission lässt sich nicht entnehmen, dass finanzielle Maßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten bislang nicht als Beihilfen gewertet wurden. Aus den Mitteilungen und der Kommissionspraxis, die nichts Gegenteiliges belegen, muss gefolgert werden, dass Maßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten generell als nicht-marktkonform anzusehen sind.[466] Dies ist konsequent, denn ein Unternehmen in Schwierigkeiten kennzeichnet gerade der Umstand, dass es auf dem privaten Markt weder neues Eigen- noch Fremdkapital erhält.

Als Unternehmen in Schwierigkeiten gilt nach der Mitteilung der Kommission ein Unternehmen, das auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeiten gezwungen ist, wenn es keine staatliche Unterstützung erhält.[467] Oder, wie die mittlerweile überholte Kommissionsmitteilung aus 2004 mit folgender Formulierung auf den Punkt brachte: Wenn das Unternehmen nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder Fremdmitteln, die ihm von seinen Eigentümern oder Anteilseignern oder Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, dauerhaft Verluste aufzufangen.[468] Hierzu zählen typischerweise Unternehmen mit steigenden Verlusten, sinkenden Einnahmen, vermindertem

---

463 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352 vom 24.12.2013, S. 1 f.

464 Der De-minimis-Beihilfen-Höchstbetrag beträgt 200.000 Euro für ein Unternehmen in einem Zeitraum von drei Jahren. Bei diesem Betrag wird davon ausgegangen, dass die Maßnahmen weder Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben noch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 und Art. 3 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1407/2013.

465 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17.6.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187, vom 26.6.2014.

466 Einschränkend *Herrmann-Strobelt,* Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, 38, für den Fall, dass ein schlüssiges Sanierungs- und Umstrukturierungskonzept vorliegt.

467 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung), ABl. C 249, vom 31.7.2014, S. 1, [6], Rn. 20. Zur Kritik an der Begriffsbestimmung der Kommission *Ehricke*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 176, 190.

468 Mitteilung der Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung), ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2, [6], Rn. 9.

Cashflow[469], zunehmender Verschuldung und Zinsbelastung, sinkendem Reinvermögenswert, wachsenden Lagerbeständen oder sonstigen Überkapazitäten.[470] Marktübliche Maßnahmen, wie die Kapitalaufnahme zu marktkonformen Bedingungen sind für Unternehmen in dieser Situation praktisch ausgeschlossen. Die strengeren Voraussetzungen der Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung sind insoweit Ausprägung des Marktwirtschaftlichkeitsprinzips.[471] Denn nach Auffassung der Kommission beruhen Produktivitätszuwächse neben Effizienz-, Innovations- und Leistungssteigerungen marktstarker Unternehmen auf der Kompensation und Übernahme von Marktanteilen ausscheidender ineffizienter oder rückständiger Unternehmen.[472] Beihilfen zugunsten von Unternehmen in substanzaushöhlender Schieflage hemmen diesen ökonomischen Wirkungszusammenhang und begründen zudem künstliche Marktzutrittsschranken für Wettbewerber. Die mit der Umsetzung des Binnenmarktziels von Mitgliedstaaten und Union geschaffenen Anreize für den grenzüberschreitenden Handel machen Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten daher zunichte[473] und verlagern zudem die Strukturanpassungslast einschließlich der damit einhergehenden sozialen und wirtschaftlichen Probleme auf andere Mitgliedstaaten, was letztlich die Gefahr eines unwirtschaftlichen Subventionswettlaufs bewirkt.[474] Aus diesem Grund sind Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten an den strengen Maßstäben der Umstrukturierungs- und Rettungsleitlinien zu messen und dürfen ohne vorherige Notifizierung nicht gewährt werden.

Besondere Relevanz hat die Einstufung als Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn das betreffende Unternehmen selbst nicht der Auffassung ist, in Schwierigkeiten im Sinne der Mitteilung zu sein, da marktkonforme Leistungen der Mitgliedstaaten in diesem Fall dennoch als unzulässige Beihilfen gewertet werden könnten.[475] Ist das Empfängerunternehmen gleichwohl dennoch ein Unternehmen in Schwierigkeiten, genügt eine erfolgreiche Prüfung anhand des KmhW allein nicht zur Rechtfertigung der Maßnahme. Vielmehr muss die staatliche Maßnahme den Anforderungen der entsprechenden Kommissionsmitteilung gerecht

---

469 Siehe zum Begriff, Kapitel 3, A.III.

470 Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung, ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2, [6], Rn. 11.

471 *Hasselmann,* Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff, 93.

472 *Ehricke*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 176, 184; *Soltész/Marquier*, EWS 2005, 241, 241 f.

473 Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung, ABl. C 249, vom 31.7.2014, S. 1, [3 und 4.], Rn. 6 und 10.

474 Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung, ABl. C 249, vom 31.7.2014, S. 1, [4], Rn. 10.

475 In diese Richtung EuG, 24.9.2008, Rs. T-20/03 (KAHLA/Thüringen Porzellan GmbH), Rn. 236 f., allerdings waren dem staatlichen Engagement durch Beteiligung an KAHLA und das ihr gewährte partiarische Darlehen keine ausreichenden Rentabilitätsuntersuchungen vorausgegangen und die Gegenleistung sah die Kommission, ohne Beanstandung durch das EuG, als „nicht angemessen" an.

werden, um sie nach der typischerweise[476] herangezogenen Rechtsgrundlage des Art. 107 Abs. 4 lit. c AEUV genehmigen zu lassen. Erforderlich ist dafür unter anderem der Nachweis eines belastbaren Abwicklungsplans im Fall von Rettungsbeihilfen oder ein Umstrukturierungsplan für Umstrukturierungsbeihilfen sowie der Nachweis, dass die Beihilfe einen Beitrag zur Erreichung eines Ziels von gemeinsamen Unionsinteresse leistet, wie die Vermeidung sozialer Härten oder die Behebung von Marktversagen.[477] Die Verhinderung eines Marktaustrittes eines Unternehmens genügt allein nicht. Soweit es sich also um ein Unternehmen in Schwierigkeiten handelt, ist zwar die sinnfällige Anwendung des Kriteriums nicht ausgeschlossen, allerdings gehen die Regelungen der Kommission zu Unternehmen in Schwierigkeiten als speziellere Regelungen vor.

B. Anwendung des Kriteriums nach der Bekanntmachung über den Beihilfebegriff (2016/C 262/01)

Die Anwendung des KmhW legte die Kommission anhand einer umfangreichen Auswahl von Entscheidungen der Unionsgerichte, die sie als primären Bezugspunkt nimmt,[478] in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff dar.

Der Vergleich gliedert sich im Wesentlichen in drei Schritte: Im ersten Schritt ist zu ermitteln, welche Rendite die beabsichtigte Maßnahme erzielen würde. Im Fall des Erwerbs von Unternehmensanteilen etwa ist die Rendite des betreffenden Unternehmens zu ermitteln. Für die Ermittlung der jährlichen Kapitalrendite einer Investition empfiehlt die Kommission die Berechnung des internen Zinsfußes oder des Investitionsbarwertes anhand der Kapitalwertmethode.[479] In Abhängigkeit von Art und Ziel der staatlichen Maßnahme ist zudem zu untersuchen, wie die Rendite ohne die staatliche Maßnahme wäre. So ist etwa bei der Gewährung staatlicher Darlehen zur Unternehmenserweiterung zu untersuchen, welche Rendite im Fall der Nichtvornahme der Investition zu erwarten wäre, um bereits daraus Rückschlüsse auf die Rentabilität der staatlichen Maßnahme ziehen zu können.

Im zweiten Schritt ist die sog. Vergleichs- oder Mindestrendite zu ermitteln und festzulegen.[480] Die Kommission spricht in diesem Zusammenhang von der normalen, d. h.

---

476 *Schütte/Werner*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Teil 5, A, Rn. 6; ähnlich auch *Hasselmann,* Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff, 92.

477 Rettung- und Umstrukturierungsmitteilung, ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2, [9], Rn. 43.

478 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 1 f.

479 Die Kommission verwendet für die Interne Zinsfußmethode die englische Bezeichnung Internal Rate of Return, Abk. IRR, sowie für die Berechnung des Kapitalwertes die engl. Bezeichnung Net Present Value, Abk. NPV, vgl. Beihilfenbegriff-Bek., Rn. 102; siehe zu den Methoden Kapitel 3, B.I.2.b).

480 Siehe zum Benchmarking, Kapitel 3, B.I.2.a).

durchschnittlich von dem Markt geforderten Rendite.[481] Da die Prüfung anhand des KmhW nicht zum Ziel hat festzustellen, ob die staatliche Maßnahme überhaupt rentabel ist, was schon nach dem ersten Schritt festgestellt werden kann, sondern, ob die erwartete Rendite für einen marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten akzeptabel wäre, braucht es einen entsprechenden Fremdvergleichsmaßstab.

Die Vergleichs-/Mindestrendite entspricht dem Ertrag, den marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte für den Einsatz seines Kapitals von einer vergleichbaren Investition bzw. Maßnahme mindestens erwarten würde. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kapitalgeber sein Kapital anderweitig einsetzen könnte, jedoch mit jeder Investitionsentscheidung zugleich die Ablehnung alternativer Investitionen verbunden ist, weshalb er angesichts knapper Ressourcen bestrebt ist, sein Kapital zu einer zumindest marktüblichen Rendite anzulegen.

Bei der Ermittlung und der Festlegung der Vergleichs-/Mindestrendite verfolgt die Kommission durchweg einen pragmatischen Ansatz. Ob als Vergleichsmaßstab ein kurz- oder langfristig denkender Investor, ein erstmaliges Investment oder eine Investition einer größeren Unternehmensgruppe in ein Tochterunternehmen zugrunde gelegt werden, richtet sich nach dem zu beurteilenden Sachverhalt.[482] In der Regel ist jedoch die langfristige Perspektive und die sich daraus ergebende Rentabilität entscheidend.[483] Bei der Ermittlung sind die finanzielle Lage des Unternehmens und die Besonderheiten des Wirtschaftszweigs, der Region oder des Landes zu berücksichtigen.[484] Die Festlegung muss allgemein anerkannten Methoden entsprechen und der allgemeinen Marktentwicklung sowie dem speziellen Investitionsrisiko angemessen Rechnung tragen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass, je höher das Investitionsrisiko ist, desto höher im Allgemeinen die von den Kapitalgebern verlangte Rendite ist, d. h. die Kapitalkosten umso höher sind.[485]

Neben ihren eigenen Erfahrungen und Marktstatistiken greift die Kommission für die Beurteilung auf Entscheidungen, Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital und Investitionen zurück, ebenso wie auf Stellungnahmen der Beteiligten im Verfahren.[486] Im Vordergrund

---

481 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

482 *Soukup*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 43, 47.

483 *Soukup*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 43, 47.

484 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

485 *Nicolaides/Schoenmaekers*, EStAL 2015, 143, 144; *Nicolaides*, EStAL 2013, 243, 243; *Nicolaides/Rusu*, EStAL 2011, 237, 239; siehe zum CAPM Kapitel 3, B.I.2ndb)dd)(1).

486 Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8.7.1999, ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1 ff. (West LB), Rn. 209.

steht für sie nicht die mathematisch bis ins Kleinste vollzogene Berechnung, sondern vor allem die Objektivität von zugrunde gelegten Tatsachen, die sie auch auf der Grundlage ihrer Erfahrungen beurteilt.[487] Parallelen zieht die Kommission insoweit zu institutionellen und großen Kapitalanlegern, die ebenfalls häufig auf empirische Weise zu ausreichend genauen Schätzwerten für die Mindestrendite gelangen.[488]

In einem dritten Schritt erfolgt sodann der Vergleich: Die erwarteten Renditen sind mit der ermittelten Mindestrendite zu vergleichen. Stellt sich heraus, dass die erwartete Rendite gleich hoch oder höher als die Mindestrendite ist, ist davon auszugehen, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation des Staates investieren würde. Weil nach diesem Maßstab das betreffende Unternehmen oder der Vorhabenträger ebenso in der Lage wäre, sich über den privaten Kapitalmarkt zu finanzieren, ist eine Begünstigung ausgeschlossen. Der Staat verhält sich in dieser Situation wie jeder andere Marktteilnehmer. In Anbetracht des Ziels von Art. 107 Abs. 1 AEUV, einen unverfälschten Wettbewerb – auch zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen – zu gewährleisten, kann der Begriff *Beihilfe* keine Maßnahme aus Staatsmitteln zugunsten eines Unternehmens umfassen, wenn das betreffende Unternehmen denselben Vorteil unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können.[489] Wenn die Mindestrendite nicht erwartet werden kann, würde die Investition höchstwahrscheinlich zu Marktbedingungen nicht getätigt werden.[490] Führt der Staat die Maßnahme in dieser Situation dennoch durch, ist davon auszugehen, dass das Empfängerunternehmen durch sie begünstigt wird.

I. Bewertungsgrundsätze

Nach der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff richtet die Kommission ihr Prüfprogramm zur Bestimmung der Marktkonformität einer staatlichen Maßnahme nach dem Vorhandensein transaktionsspezifischer Marktdaten aus. Transaktionsspezifische Marktdaten sind Daten, die unmittelbar auf die zugrunde liegende staatliche Maßnahme zurückzuführen sind. Liegen sie vor, sind diese der Prüfung zwingend zugrunde zu legen. Ein Rückgriff auf andere Bewertungsmethoden ist dann ausgeschlossen. Fehlen transaktionsspezifische Marktdaten,

---

[487] Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8.7.1999, ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1 ff. (West LB), Rn. 209.

[488] Entscheidung 2001/723/EG der Kommission vom 18.7.2001, ABl. L 271 vom 12.10.2001, S. 28 ff, (Alitalia II), Rn. 24.

[489] EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 45 ff.; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 78; EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice), Rn. 21 und 22.

[490] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

prüft die Kommission die Marktüblichkeit der staatlichen Maßnahme mithilfe von Berechnungsmodellen der Finanzierungs-, Kapitalmarkt- sowie Investitionstheorie zur Bewertung von Investitions- und Finanzierungsszenarien.

1. Bei vorhandenen transaktionsspezifischen Marktdaten

Auf transaktionsspezifische Marktdaten kann die Kommission zurückgreifen, wenn die Transaktion entweder pari-passu erfolgt, d. h. öffentliche Hand und Private Hand agieren gemeinsam oder, wenn der Transaktion eine Ausschreibung vorangegangen ist.[491] Denn die Beteiligung Privater oder die Durchführung einer Ausschreibung belegt in diesen Fällen die Marktüblichkeit bzw. den Umstand, dass mit der Transaktion keine Vorteilsgewährung verbunden ist, die nicht auch Private hinnehmen würden.[492]

a) Pari-passu-Konstellationen

In den pari-passu-Konstellationen nehmen die öffentliche Hand und mindestens ein privates Unternehmen kooperativ, zeitgleich und zu vergleichbaren Bedingungen und Risiken eine Transaktion zugunsten des Empfängerunternehmens vor.[493]

Ob eine pari-passu-Transaktion in diesem Sinne vorliegt, hängt vom Umfang und Ablauf der privaten Transaktionsbeteiligung ab. Die private Beteiligung muss in Relation zur Finanzkraft des Privaten sowie zum anderen – absolut gesehen – von Bedeutung sein.[494] Die Beteiligung muss für den Privaten also eine effektive wirtschaftliche Auswirkung haben und von substanzieller Tragweite sein. Ein lediglich symbolisches Engagement genügt nicht, weshalb die Kommission in diesem Zusammenhang verlangt, dass die Beteiligung des Privaten von einer „realen wirtschaftlichen Bedeutung" ist.[495] Gleiches gilt etwa für Einkommensverzichtserklärungen der Belegschaft von Unternehmen in Schieflage, die im Gegenzug Anteile am Unternehmen erhalten.[496]

Voraussetzung für die beihilfefreie pari-passu-Transaktion ist weiter, dass öffentliche und private Hand die fragliche Maßnahme im Wesentlichen gleichzeitig beschließen und die

---

491 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 82 f.

492 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 87 f.

493 Vgl. hierzu und zum Folgenden, Beihilfebegriff-Bek., Rn. 86 ff. einschließlich der dortigen Nachweise; vgl. auch *Sühnel*, EWS 2007, 115, 118.

494 Kommissionsentscheidungen 2008/729/EG vom 11.12.2007, über die staatliche Beihilfe C-53/06, Niederlande – Citynet Amsterdam, ABl. L 247 vom 16.9.2008, S. 27, Erwägungsgründe 96 f.

495 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 87 f., mit Verweis auf die Kommissionsentscheidungen 2008/729/EG vom 11.12.2007, über die staatliche Beihilfe C-53/06, Niederlande – Citynet Amsterdam, ABl. L 247 vom 16.9.2008, S. 27, Erwägungsgründe 96 bis 100; sowie N 429/10, Griechenland – Agricultural Bank of Greece (ATE), ABl. C 317 vom 29.10.2011, S. 5; EuG, 12.12.2000, Rs. T-296/97(Alitalia I), Rn. 81.

496 EuG, 12.12.2000, Rs. T-296/97(Alitalia I), Rn. 81.

Bedingungen für beide dieselben sind. Dazu muss der sachliche Rahmen der öffentlichen und privaten Investition vergleichbar sein. Das bedeutet, dass es unter anderem auf das wirtschaftliche Engagement von Privaten und öffentlicher Hand in der Vergangenheit, auf mögliche Synergien aus dem Engagement, der Beteiligung an den Transaktionskosten in einem angemessenen und üblichen Umfang ankommt.[497] Trägt die öffentliche Hand dagegen allein die Kosten der Investitions- und Finanzierungsrechnung und der Transaktion, z. B. durch eine staatliche Bank, reicht dies nicht für eine beihilfefreie pari-passu-Transaktion.[498] Auch dürfen keine Umstände vorliegen, die den Vergleich des Engagements zwischen Privaten und der öffentlichen Hand verfälschen.[499] So kann keine Beihilfefreiheit aufgrund der pari-passu-Konstellation angenommen werden, wenn das staatliche Engagement so gestaltet ist, dass unter normalen Marktbedingungen kein Privater in der Lage wäre, sich in derselben Weise an der Investition zu beteiligen.[500]

b) Ausschreibungsverfahren

Als marktkonform ist nach dem KmhW eine staatliche Maßnahme ferner anzusehen, wenn ihr eine Ausschreibung vorausgegangen ist.[501] Das gilt sowohl für dem Verkauf staatlicher Vermögenswerte als auch den staatlichen Erwerb von Leistungen.[502] Im Fall der Vergabe von Fördermitteln und Zuschüssen führt die Ausschreibung allerdings nicht zum Nachweis der Marktüblichkeit von Leistung und Gegenleistung. Denn die Ausschreibung dient in diesen Fällen der Begrenzung der mit dem jeweiligen Zuschuss ohnehin verbundenen beabsichtigten Vorteilsgewährung auf ein Minimum.[503]

aa) Allgemeine Anforderungen

Die Kommission fordert in ihrer Mitteilung wettbewerbliche, transparente und diskriminierungsfreie Verfahren, die im Einklang mit den Vorschriften des AEUV zum Beschaffungswesen stehen.

---

497 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 87 f.

498 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 87, dort Fußnote 144.

499 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 87 f.

500 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 88.

501 Vgl. hierzu und zum Folgenden, Beihilfebegriff-Bek., Rn. 89 ff.; vgl. zur Ausschreibung *Nicolaides/Schoenmaekers*, EStAL 2015, 143.

502 Vgl. *Ludwigs,* in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 72; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, HK-VergabeR, Einf., Rn. 11; vgl. für den speziellen Fall der privaten Beteiligung an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen *Koenig*, EuZW 2006, 203, 204

503 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 89.

Wettbewerblich meint, dass potenziell interessierte Unternehmen die Chance zur Verfahrensteilnahme haben, was insbesondere die effektive und rechtzeitige Kenntnismöglichkeit durch inhaltlich ausreichende Bekanntmachung des Verfahrens mit angemessenen Fristen erfordert. Transparent ist das Verfahren, wenn alle Bieter in gleicher Weise Zugang zu den Verfahrensinformationen, insbesondere den Auswahl- und Zuschlagskriterien, haben.[504] Schließlich muss das Verfahren diskriminierungsfrei sowie unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots durchgeführt werden, was einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote erfordert.

bb) Veräußerung von Vermögenswerten

Die beihilfefreie Veräußerung von öffentlichen Vermögenswerten, Waren oder Dienstleistungen setzt voraus, dass das höchste Angebot den Zuschlag erhält. Auch dürfen keine Bedingungen gestellt werden, die Private nicht aufstellen würden, mit Ausnahme von rechtlichen Verpflichtungen oder Auflagen, z. B. aus dem Planungsrecht. Verpflichtungen, die darüber hinausgehen und die die öffentliche Hand dem Bieter auferlegen will, z. B. solche zugunsten der Allgemeinheit, würden dagegen Private nicht zur Voraussetzung eines Vertragsabschlusses machen, weshalb solche Ausschreibungen eingeschränkt die Marktüblichkeit ermittelter Preise belegen.[505]

cc) Erwerb von Vermögenswerten

Bei der Beschaffungstätigkeit müssen die Verfahrens- und Auftragsbedingungen in einem engen und objektiven Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand und dem wirtschaftlichen Interesse und Ziel des Verfahrens stehen. Die von dem Zuschlagaspiranten bzw. künftigen Vertragspartner erzielte Rendite aus der Vertragsdurchführung darf nicht höher sein als die marktübliche Rendite,[506] sofern dem Preis innerhalb der Zuschlagskriterien ein hohes Gewicht zukommt. Das ist anzunehmen, wenn er mit mehr als 50 Prozent gewichtet ist.

Nach der Bekanntmachung ist es dagegen nicht erforderlich, dass die Ausschreibungen den strengen Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien entsprechen. Allerdings weist die Kommission darauf hin, dass richtlinienkonforme Verfahren geeignet sind, marktmäßige Preise zu erzielen. In diesem Sinne ist zu vermuten, dass Ausschreibungen, die nach den Vorschriften der Vergaberichtlinien durchgeführt wurden, keine Beihilfen implizieren.

---

504 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 91.

505 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 94.

506 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 96; vgl. auch EuGH, 11.11.2015, Rs. C-505/14 (Klausner).

Allerdings greift diese Vermutung nur, wenn die gewählte Vergabeverfahrensart geeignet ist, wettbewerbliche Preise zu generieren. Als Vergabeverfahrensart ungeeignet ist etwa das sog. Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung.[507] Bei dieser Vergabeverfahrensart wendet sich der Auftraggeber an von ihm ausgewählte Bieter und fordert sie zur Angebotsabgabe auf, ohne seine Absicht zur Vergabe eines Auftrags zu veröffentlichen. Die Teilnahme am Verfahren steht daher nicht allen interessierten Unternehmen offen, sodass der Wettbewerb von vornherein eingeschränkt ist.

Ebenso wenig kann von einer Marktüblichkeit ausgegangen werden, wenn zwar das Vergabeverfahren den Vorschriften der Vergaberichtlinien entspricht, aber nur ein Unternehmen ein Angebot abgegeben hat. Für die Marktüblichkeit spricht dieses Ergebnis nur, wenn es offensichtlich ist, dass nur dieses Unternehmen bereit und in der Lage ist, ein Angebot abzugeben, und der Auftraggeber zuvor alle Maßnahmen ergriffen hat, um einen echten Wettbewerb sicherzustellen. Hierzu zählen die ausreichende öffentliche Bekanntgabe der Verfahrensabsicht, längere Fristen und sachlich angemessene Auswahl- und Zuschlagskriterien und die vertiefte Prüfung des Angebots auf Marktangemessenheit.[508]

2. Bei fehlenden transaktionsspezifischen Marktdaten

Welches Prüfprogramm zur Bestimmung der Marktkonformität einer staatlichen Maßnahme nach dem KmhW durchzuführen ist, hängt davon ab, ob transaktionsspezifische Marktdaten vorliegen. Erfolgt die staatliche Maßnahme nicht zusammen mit Privaten oder ist ihr keine Ausschreibung vorangegangenen, greift die Kommission zur Prüfung der Marktüblichkeit der Maßnahme auf Berechnungsmodelle der Finanzierungs-, Kapitalmarkt- sowie Investitionstheorie zur Bewertung von Investitions- und Finanzierungsszenarien zurück. Auf diese Methoden soll im Folgenden näher eingegangen werden.

a) Benchmarking

Benchmarking bedeutet eine Markierung, einen Bezugs- oder Referenzpunkt setzen, der eine quantitative Orientierung in Form von Richtwerten, Kennzahlen oder Zielgrößen mit Vorgabecharakter gibt.[509] Nach der Benchmarking-Methode werden die mit der staatlichen Maßnahme zusammenhängenden Preise und Bedingungen, die die öffentliche Hand beabsichtigt

---

[507] Vgl. Art. 32 Richtlinie 2014/24/EU und Erwägungsgrund 50, dort heißt es: „Angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb sollten Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen […]".

[508] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 93.

[509] *Zilahi-Szabó*, DStR 44 (2005), 1872, 1872.

einzugehen, mit verfügbaren Referenzwerten, sog. Benchmarks vergleichbarer Transaktionen und Vorhaben von privaten Investoren in vergleichbarer Lage, gegenüberstellt. Der Vergleich zeigt, ob die Preise und Bedingungen üblichen Marktbedingungen entsprechen.[510] Allerdings existiert in der Regel kein exakt zu bestimmender Referenzwert, sondern es werden Spannen sowie innerhalb derer Tendenzen, Durchschnitte oder der Median bestimmt, anhand derer die staatliche Maßnahme qualifiziert werden kann.[511] Besonderes Augenmerk legt die Kommission auf die in jeder Hinsicht miteinander vergleichbaren Transaktionsparameter. So betont die Kommission, dass eine Benchmark von den Rahmenbedingungen wie vergleichbaren Wirtschaftsbeteiligten, Transaktionen und betroffenen Märkten und dem vorgesehenen Zeitpunkt der Durchführung abhängt. In ihrer Mitteilung nennt die Kommission als vergleichbaren Investorenmaßstab beispielhaft eine Konzerndachgesellschaft, spekulative Fonds oder langfristig planende Investoren. Im Hinblick auf die Transaktionsart unterscheidet die Kommission beispielsweise nach Beteiligungs- und Kredittransaktionen, in Bezug auf betroffene Märkte werden beispielhaft Finanzmärkte, schnell wachsende Technologiemärkte sowie Versorgungs- und Infrastrukturmärkte genannt. Können nach diesen Maßstäben taugliche Benchmarks erhoben werden, sind diese im Einzelfall an die besonderen Merkmale der staatlichen Maßnahme anzupassen. Weil die Benchmarking-Methode in hohem Maße vergleichbare Transaktionsparameter bedingt, ist sie in den Fällen, in denen Marktpreise nicht Ergebnis marktwirtschaftlicher Mechanismen, sondern beispielsweise staatlicher Regulierung oder Eingriffe sind, zur Überprüfung der Marktkonformität der von der öffentlichen Hand geplanten Maßnahmen ungeeignet.

b) Standardbewertungsmethoden

Alternativ sowie ergänzend zieht die Kommission ökonomische Bewertungsmethoden heran, um festzustellen, ob eine staatliche Maßnahme marktkonform und somit eine Vorteilsgewährung ausgeschlossen ist. Zu diesem Zweck bewertet sie mithilfe von Bewertungsmethoden aus den Finanzierungs-, Kapitalmarkt- sowie Investitionstheorien die von der öffentlichen Hand der fraglichen Maßnahme zugrunde gelegten Investitions- und Finanzierungsszenarien und die von ihr verwendeten Parameter. Ziel ist es festzustellen, ob die von der öffentlichen Hand aus der fraglichen Maßnahme erwartete Rendite den normalen, d. h. marktüblichen Renditen entspricht.

---

[510] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 99.

[511] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 100.

Unter Rekurs auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte verlangt die Kommission, dass die Bewertungen auf verfügbaren objektiven, überprüfbaren sowie zuverlässigen und ausreichend detaillierten Daten und validierten Annahmen beruhen. Dazu braucht es Angaben und Hintergründe zur staatlichen Maßnahme bzw. Transaktion, etwa zur Investitionssumme und Marktlage sowie spezielle Unternehmenskennzahlen, Ratings und Risikoeinstufungen. Um möglichst genaue Ergebnisse zu liefern, müssen die Bewertungsmethoden die tatsächliche wirtschaftliche Lage des Investitionsempfängers im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung sowie die Prognose über die (Ausfall-)Risiken und künftigen wirtschaftlichen Vorteile einbeziehen.[512] Betrifft die Entscheidung eine größere, z. B. langfristige Investition oder komplexere Transaktion, ist die Aussagekraft der Bewertungsergebnisse zusätzlich durch sog. Sensitivitätsanalysen zu prüfen. Dazu sind verschiedene Geschäftsszenarien zu entwickeln und durchzuspielen sowie Notfallpläne zu erstellen und die Bewertungsergebnisse mit den Ergebnissen weiterer, alternativer Bewertungsmethoden zu vergleichen. Verzögert sich die staatliche Maßnahme und haben sich zwischenzeitlich die Marktbedingungen verändert, ist eine erneute Ex-ante-Bewertung vorzunehmen.

Für die Bewertung und Renditeprüfung stehen verschiedene Methoden zur Verfügung. Nicht alle Methoden beruhen auf etablierten Standards und einheitlichen Definitionen,[513] allerdings haben sich bestimmte Bewertungsmethoden zur Beurteilung etabliert. Als anerkannte Bewertungsmethoden verweist die Kommission auf die sog. Interne Zinsfußmethode sowie Kapitalwertmethode.[514] Welche Methode anzuwenden ist, richtet sich nach der Art der in Frage stehenden staatlichen Maßnahme, den konkret vorhandenen Daten über die Maßnahme sowie nach der Marktsituation.[515] Geht es etwa um einen nach möglichst hohen Gewinnen strebenden Investor, ist die Interne Zinsfußmethode oder Kapitalwertmethode in Betracht zu ziehen, wohingegen für den auf Leistung des Schuldners in Form von Kapital und Zinsen bedachten Gläubiger die Bewertung von Sicherheiten Vorrang hat, sodass die Substanzwertmethode besser geeignet sein kann. Nach allgemein anerkannten Standards und Indikatoren erstellte Wertgutachten von unabhängigen Sachverständigen können wiederum

---

512 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 101.

513 *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 66.

514 Die Kommission verwendet für die Interne Zinsfußmethode (auch Interne Zins*satz*methode genannt) die englische Bezeichnung Internal Rate of Return, abgk. IRR, sowie für die Berechnung des Kapitalwertes die engl. Bezeichnung Net Present Value, Abk. NPV, vgl. Beihilfenbegriff-Bek., Rn. 102; vgl. zu beiden Vorgehensweisen beispielhaft der Beschluss (EU) 2017/2112 der Kommission vom 6.3.2017 (Atomkraftwerk Paks II), ABl. L 317 vom 1.12.2017, S. 45 ff., Rn. 54 ff. und 259; siehe zu den Methoden Kapitel 3, B.I.2.c).

515 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 103.

bei Grundstücksverkäufen zur Anwendung kommen. Zur Ermittlung der Marktüblichkeit von Grundstücksverkaufspreisen der öffentlichen Hand ist ferner auch das Vergleichspreissystem geeignet. Bei diesem wird der Verkaufspreis im Wege eines elektronischen Datenabgleichs anhand der wertbestimmenden Eigenschaften des Grundstücks mit ähnlich gelagerten Grundstücksverkäufen in der Vergangenheit ermittelt.

Im Folgenden sollen die von der Kommission angewandten Bewertungsmethoden auf ihre jeweiligen Ziele und die methodischen Ansätze näher untersucht werden. Bevor auf die einzelnen Bewertungsmethoden eingegangen wird, sollen jedoch die Grundlagen und Prämissen, die ihnen zugrunde liegen, dargestellt werden.

aa) Prämissen

(1) Nutzenkalkül und Gewinnstreben

Die von einem Investor erwogenen Entscheidungsalternativen hängen u. a. davon ab, an welchen Zielgrößen er sich orientiert.[516] Die Wirtschaftswissenschaften gehen regelmäßig von folgenden Axiomen aus: der Bedürfnisgetriebenheit des Menschen, der Knappheits- sowie der Rationalitätsannahme.

Beweggrund freiwilligen Handelns sind die unbegrenzten Bedürfnisse des Menschen, die in sozialpsychologischen Untersuchungen kategorisiert und in Modellen in unterschiedliche Hierarchiebeziehungen zueinander gesetzt wurden. Nach der Knappheitsannahme stehen den unbegrenzten Bedürfnissen des Menschen begrenzt geeignete Güter und Mittel zur Befriedigung zur Verfügung. Dies mündet in der treffenden Formulierung, dass am Beginn jedes Wirtschaftens die Knappheit steht: Der Mensch will mehr als er kann; seine Beschränktheit und die Knappheit der Ressourcen begrenzen die Befriedigung seiner Bedürfnisse.[517] Der Rationalitätsannahme liegt das Bild vom „Homo oeconomicus“[518] zugrunde. Danach wählt der Mensch unter mehreren Möglichkeiten zur Bedürfnisbefriedigung diejenige, die ihm den optimalen Mitteleinsatz und größten Nutzen verheißt. Der „Homo oeconomicus“ ist danach jemand, „der in allen Lebensbeziehungen den Nützlichkeitswert voranstellt. Alles wird für ihn zu Mitteln der Lebenserhaltung, des naturhaften Kampfes ums

---

516 *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes,* Entscheidungstheorie, 7.

517 *Korff/Baumgartner/Schlecht* (Hrsg.), Wirtschaftsethik, Bd. 2, 186; vgl. zum Homo oeconomicus in der Rechtsanwendung, *Dieckmann/Sorge* (Hrsg.), homo oeconomicus.

518 Dem liegt das modellhafte Bild des Menschen als „Homo oeconomicus“ zugrunde, der ausschließlich unter wirtschaftlichen Aspekten handelt und vollständig und widerspruchsfrei, also rational, sein Eigeninteresse im Sinne des Strebens nach größtmöglichem Nutzen, in Kenntnis aller Entscheidungsalternativen (vollständige Markttransparenz, vollständige Information) und deren Konsequenzen (vollständige Voraussicht) verfolgt, vgl. Brockhaus Enzyklopädie online, Stichwort: Homo oeconomicus, URL: https://brockhaus-1de-100883d290407.erf.sbb.spk-berlin.de/ecs/permalink/8BC8B2560D87AA41B91E722E81913DC7.pdf (Abruf 21.3.2021); ferner *Rodi,* Ökonomische Analyse, 50.

Dasein und der angenehmen Lebensgestaltung".[519] Während dies volkswirtschaftlich zur Folge hat, dass im freien Spiel der Kräfte tatsächliche oder erwartete Gewinnveränderungen Anpassungsvorgänge initiieren, bedeutet es aus dem Blickwinkel der Mikroökonomie, dass für Unternehmen die Schaffung von Mehrwert für deren Eigentümer im Zentrum der Aktivitäten steht. Die damit verbundene Forderung nach adäquater Verzinsung eingesetzten Kapitals führt in der Marktwirtschaft schließlich dazu, dass das Kapital in Bereiche und Unternehmen fließt, in denen es den höchsten Ertrag erwarten lässt.[520] Durch diesen Allokationsmechanismus sind Unternehmen gezwungen, möglichst effizient zu arbeiten, um im Wettbewerb bestehen zu können.

Im Sinne des „Homo oeconomicus" handelt, wer erstens mit einem gegebenen Aufwand einen möglichst hohen Ertrag zu erzielen sucht (Maximalprinzip), zweitens bei gegebenem Ertrag den eingesetzten Aufwand möglichst gering hält (Minimalprinzip) oder drittens nach dem möglichst günstigen Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag strebt (generelles Extremumprinzip).[521] Die einzelnen Prinzipien sind Ausdruck des ökonomischen Prinzips, dessen spezifische Konkretisierung das Streben nach Gewinn ist.[522]

Hiervon ausgehend unterstellen die Verfahren der Investitionsrechnung einen rational handelnden Investor, der nach dem sog. Nutzenkalkül[523] das Ziel verfolgt, durch die Investition seinen Nutzen zu maximieren. Der Nutzen bestimmt sich operational einerseits nach Höhe und Dauer von Gewinnen sowie der Wahrscheinlichkeit, sie zu erzielen und andererseits dem Risiko, eingesetztes Kapital zu verlieren. Aus diesem Grund orientiert sich der Investor unabhängig von individuellen Zeit- und Risikopräferenzen ausschließlich an Zahlungsgrößen und strebt nach Maximierung des Wertes der aus einer Investition folgenden Zahlungen.

Unterstellt wird, dass der Investor das Risiko scheut und es nur in Kauf nimmt, wenn ihm eine überproportionale Nutzenerwartung gegenübersteht.[524] Dabei wird davon ausgegangen, dass sich der Investor über die Gegebenheiten des Marktes informiert und er entscheidet, in dem er Chancen und Risiken gegeneinander abwägt.

---

519 *Spranger,* Lebensformen. Geisteswissenschaftliche Psychologie und Ethik, 148.

520 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 19; zum Gewinnstreben öffentlicher Unternehmen vgl. auch *Cremer*, DÖV 2003, 922.

521 *Schierenbeck/Wöhle,* Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 5.

522 *Schierenbeck/Wöhle,* Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 5 f.

523 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 30; *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 11 f.

524 *Nicolaides/Rusu*, EStAL 2011, 237, 239.

(2) Rentabilität und Cashflow

Die ökonomische Vernunft einer Investition bestimmt sich vor dem Hintergrund des Nutzenkalküls nach ihrer Rentabilität. Eine Investition ist umso vernünftiger, desto rentabler sie ist. Marktwirtschaftlich handelnde Investoren richten ihre Entscheidungen hieran aus.[525] Die Rentabilität oder Rendite[526] zeigt sich in dem monetären Ergebnis einer Investition im Verhältnis zum eingesetzten Kapital.[527] Der Wert einer Investition, etwa in ein Unternehmen, zeigt sich an den finanziellen Überschüssen,[528] am kumulierten Cashflow. Cashflow[529] ist der „Zahlungsstrom", „Kapitalfluss" oder „Zahlungsüberschuss". Er beschreibt den nach Abzug aller Kosten verbleibenden Überschuss, bestehend aus der Summe von Reingewinn, Zuführungen in die langfristige Rückstellung und Abschreibungen.

(3) Unsicherheiten und Risiken

Als zukunftsorientierte Planungsrechnungen beruhen Investitionsrechnungen auf einer Reihe von Annahmen über die Entwicklung einer Investition und über den betreffenden Markt. Damit verbunden ist die Gefahr, dass getroffene Annahmen sich als falsch erweisen. So können etwa den Erfolg der Investition beeinflussende Faktoren, wie die Marktentwicklung und -nachfrage, technische Probleme, die Kapitalmarktentwicklung oder die Entwicklung von Beteiligungsinvestitionen, unterschätzt werden. In der Folge werden Ergebnisse nicht wie erwartet erzielt. Im Voraus kann also nicht genau gesagt werden, welche Konse-

---

525 Vgl. nur Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8.7.1999, ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1 ff. (*West LB*), Rn. 207, bestätigt im Hinblick auf die Methode durch EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99 (*West LB*).

526 Kritisch zur Rendite als selbstständige ökonomische Zielgröße eines Investors, da das Streben nach einer möglichst hohen Eigenkapitalrendite letztlich auf das Streben nach Einkommensmaximierung bzw. Vermögensmehrung zurückzuführen ist, vgl. *Hax*, Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung 15 (1963), 337, 341; ebenso *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 14, mit Verweis auf Hax.

527 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 14.

528 *Hüttemann*, in: Fleischer/ders., Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2015, § 1 Rn. 52.

529 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 31. „Cashflow" beschreibt die Veränderung (Zu- oder Abfluss) an liquiden Mitteln eines Unternehmens, deren Höhe den in einer Periode erwirtschafteten Finanzmittelüberschuss (beziehungsweise die Finanzmittelunterdeckung) angibt und damit Einblick in die Liquiditätslage eines Unternehmens gibt. Der Cashflow wird aus der Differenz aller Zuflüsse (Einzahlungen) an liquiden Mitteln (Cash-Inflow) und aller Abflüsse (Auszahlungen) an liquiden Mitteln (Cash-Outflow) errechnet. Der Begriff wird in der Praxis uneinheitlich verwendet, neben dem Cashflow aus Investitions- oder Finanzierungstätigkeit, wie er hier gemeint ist, wird er unter anderem zur Kennzeichnung des (Perioden-)Cashflow aus laufender Tätigkeit verwendet, vgl. Brockhaus Enzyklopädie online, Stichwort: Cashflow, https://brockhaus-1de-100883d290407.erf.sbb.spk-berlin.de/ecs/permalink/6D6CAD8F27A86CE0CBF7A6F0EC9B9107.pdf (Abruf 21.3.2021). Die Kommission definiert Cashflow übereinstimmend mit der herrschenden Lehre, vgl. etwa Beschluss (EU) 2015/506 der Kommission vom 20.2.2014, ABl. L 89 vom 1.4.2015, S. 1 ff. (Flughafen Berlin-Schönefeld), Rn. 209.

quenzen in Aussicht genommene Investitionsmöglichkeiten haben werden. Die Bewertungsmethoden berücksichtigen diese Unsicherheit als sog. Risiko.[530] Das Risiko besteht im Scheitern der Investition und damit im Verlust des eingesetzten Kapitals. Der Grad an Unsicherheit bzw. Risiko richtet sich nach dem Investitionsobjekt.

Der Markt und daraus abgeleitet die Kapitalmarkttheorie berücksichtigt dieses Risiko durch eine mit der Höhe des Risikos steigenden marktüblich verlangten Mindestrendite.[531] Die Berücksichtigung dieser Beziehung zwischen Risiko und marktüblicher Rendite ist ein zentrales Element, weshalb Investitionsrechenverfahren um diese Einflussgröße, z. B. im Capital Asset Pricing Model,[532] modifiziert werden.

bb) Interne Zinsfußmethode

Die Interne Zinsfußmethode (Internal Rate of Return – IRR) ist eine der zentralen Bewertungsmethoden innerhalb der dynamischen Investitionsrechenverfahren.[533] Mithilfe des IRR lässt sich feststellen, ob die aus einem Investitionsvorhaben resultierenden Zahlungen ausreichen, die Tilgung des eingesetzten Kapitals sowie die Verzinsung bzw. Rendite des in diesem Vorhaben gebundenen Kapitals sicherzustellen. Die IRR-Methode gibt damit Antworten auf die Frage nach der Höhe des Kalkulationszinssatzes und der Mindestverzinsung, die

---

530 Vgl. z. B. den Überblick bei *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 109; *Götze,* Investitionsrechnung, 367; *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 278 f.; *Bieg/Kussmaul,* Investition, 181 f.

531 *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 65.

532 Siehe zum CAPM Kapitel 3, B.I.2ndb)dd)(1).

533 Im Wesentlichen lassen sich zwei Gruppen unterscheiden: Zum einen die auf Erlösen und Kosten oder Bilanzen beruhenden sog. kalkulatorischen, statischen oder einperiodischen Verfahren und zum anderen die auf Ein- und Auszahlungen beruhenden, sog. finanzmathematischen, dynamischen oder mehrperiodischen Verfahren. Zu den bilanzbasierten, statischen Verfahren zählen Kenngrößen wie die EBIT-Marge, der Return on Assets (ROA) oder der Return on Equity (ROE). Diese Verfahren errechnen nur Durchschnittswerte und Gewinne und beruhen auf teilweise uneinheitlichen Prüfungs- und Bewertungsstandards. Opportunitätskosten und die zeitliche Entwicklung von Investitionen lassen diese Verfahren außer Acht. Wegen der damit verbundenen geringeren Aussagekraft sind sie für das KmhW weniger geeignet und werden auch von der Kommission nicht herangezogen (vgl. dazu *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 66). Im Gegensatz zu den statischen Verfahren erweitern die dynamischen Verfahren die Betrachtungsperspektive, indem sie die durch die Verzinsung bedingten Veränderungen des Geldwertes berücksichtigen. Dazu bilden sie den Zeitfaktor einer Investition durch mehrere Perioden und Zinseszinsrechnungen sowie die bewirkten Zahlungsströme und Cashflows ab. Dynamische Verfahren beurteilen Investitionen auf der Grundlage von Zahlungsreihen nach dem Barwertkonzept. Der Barwert beschreibt den Gegenwarts- oder Zeitwert einer künftigen Zahlung, der im Wege der Diskontierung, also Abzinsung, der aus der zu prüfenden Investition folgenden (Rück-) Zahlungen anhand von Kapitalmarktzinssätzen ermittelt wird. Gegenüber den statischen sind die dynamischen Rechenverfahren komplexer und in der Anwendung schwieriger, aber dafür präziser, sodass die ermittelten Ergebnisse aussagekräftiger innerhalb der zugrunde gelegten Annahmen sind, weshalb die Praxis die dynamischen Rechenverfahren bevorzugt, vgl. zum Ganzen etwa: *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 149; *Bieg/Kussmaul,* Investition, 92; *Dahmen,* Investition, 38; *Ott*, Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 2011, S. 106.

ein Investor an einzelne Investitionsmöglichkeiten stellt sowie die Frage, welche IRR einzelne Investitionsmöglichkeiten erwarten lassen.[534] Dabei wird unterstellt, dass die Rendite während der gesamten Laufzeit des Investitionsobjektes konstant ist.[535] Im Ergebnis können verschiedene Investitionen auf ihre Vorteilhaftigkeit hinsichtlich ihrer Effektivverzinsung bzw. der Rendite aus dem in einem Investitionsobjekt gebundenen Kapital zu verschiedenen Zeitpunkten untersucht werden.[536] Ist eine Einzelinvestitionsentscheidung zu treffen, gilt als Entscheidungsregel, dass die Investition lohnenswert ist, wenn der IRR der geprüften Investition höher ist als der IRR der Alternativinvestition; ist eine Investition aus mehreren zur Wahl stehenden Investitionsmöglichkeiten zu treffen, ist diejenige Investitionsmöglichkeit zu wählen, deren IRR am höchsten ist.[537]

Den IRR bestimmt die Kommission als den Abzinsungssatz, bei dem der Kapitalwert mehrerer Zahlungsströme null beträgt.[538] In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird er als Zinssatz definiert, bei dessen Anwendung als Diskontierungs- bzw. Abzinsungsfaktor die Summe der Barwerte der für die Investition geplanten Einzahlungen gleich der Summe der Barwerte der geplanten Auszahlungen ist, mithin der Kapitalwert gleich null ist.[539] Er stellt sonach den Abzinsungsfaktor dar, bei dessen Verwendung die diskontierten künftigen Zahlungen dem Preis der Anfangsinvestition entsprechen.[540] Dafür müssen die Ein- und Auszahlungen der Handlungsalternativen bekannt sein. Für die Berechnung des IRR existiert jedoch keine einheitliche mathematische Lösung, vielmehr wird der IRR näherungsweise bestimmt.[541] Die Aussagefähigkeit und Treffgenauigkeit der IRR-Methode wird deshalb und wegen der impliziten Prämissen und mehrdeutigen Lösungen unterschiedlich beurteilt.[542] Insbesondere wenn eine Investition, abweichend von der sog. Normalinvestition, aus sich

---

534 *Friederiszick/Tröge* 2006, 105, 106; *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 106.

535 *Dahmen,* Investition, 48.

536 *Götze,* Investitionsrechnung, 104; *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 106; *Dahmen,* Investition, 48 *Bieg/Kussmaul,* Investition, 105.

537 *Dahmen,* Investition, 48 f.

538 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102, dort Fußnote 158; vgl. auch Beschluss (EU) 2017/2112 der Kommission vom 6.32017 (Atomkraftwerk Paks II), ABl. L 317 vom 1.12.2017, S. 45 ff., Rn. 199; Entscheidung 2001/723/EG der Kommission vom 18.7.2001, ABl. L 271 vom 12.10.2001, S. 28 ff, Rn. 19.

539 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 55; *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 149.

540 *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 67.

541 *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 113.

542 *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 147; gänzlich ablehnend bspw. *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 92; zu den Kritikpunkten im Einzelnen vgl. *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 149.

abwechselnden Ein- und Auszahlungen besteht, wie z. B. bei komplexen Investitionen, führt sie zu mehrdeutigen Ergebnissen durch verschiedene IRR.[543]

Von der Kommission ist die IRR-Methode im Rahmen des KmhW dennoch explizit anerkannt.[544] Im Gegensatz zur Kapitalwertmethode[545] (dazu sogleich) liefert die Methode keinen impliziten Vergleich des in der Investition gebundenen Kapitals mit alternativen Investitionsmöglichkeiten.[546] Allein die Ermittlung des internen Zinsfußes einer Investition erlaubt somit noch keine Beurteilung der Vorteilhaftigkeit einer Investition. Es handelt sich insofern nicht um einen absoluten Vorteilhaftigkeitsmaßstab, wie ihn der Kapitalwert liefert.[547] Für das KmhW ist der investitionsbezogen ermittelte interne Zinsfuß deshalb in einem weiteren Schritt mit der normalen, erwarteten marktüblichen Rendite des eingesetzten Kapitals zu vergleichen.[548] Als „normale erwartete Rendite" oder die Kapitalkosten der Investition sieht die Kommission „die durchschnittliche erwartete Rendite, die der Markt bei einer Investition auf der Grundlage allgemein anerkannter Kriterien und insbesondere des Investitionsrisikos verlangt, wobei der finanziellen Lage des Unternehmens und den Besonderheiten des Wirtschaftszweigs, der Region oder des Landes Rechnung getragen wird".[549] Die Kommission unterstellt dazu grundsätzlich, dass mit steigendem Investitionsrisiko private Kapitalgeber im Allgemeinen eine umso höhere Rendite fordern, die Kapitalkosten des Empfängers mithin steigen.[550] Liegt die aus der staatlichen Investition erwartete Rendite unter der marktüblichen Rendite, verhält sich der Staat nicht wie ein Privater und es liegt eine Begünstigung und damit Beihilfe vor.

cc) Kapitalwertmethode

Die Kapitalwertmethode (Net Present Value – NPV)[551] ist die in der Praxis am stärksten verbreitete Methode innerhalb der dynamischen Investitionsrechenverfahren.[552] Auch die Kommission verweist in ihrer Beihilfebegriffsbekanntmachung auf die NPV-Methode als

---

543 *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 100.

544 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102 f.; vgl. auch *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 67; *Sühnel*, EWS 2007, 115, 117; in den Kommissionsentscheidungen teilw. auch interner Ertragssatz bezeichnet, vgl. Entscheidung 2001/723/EG der Kommission vom 18.7.2001, ABl. L 271 vom 12.10.2001, S. 28 ff, Rn. 19.

545 Siehe dazu Kapitel 3, B.I.2ndb)cc).

546 *Dahmen,* Investition, 48.

547 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 55; siehe zum Kapitalwert Kapitel 3, B.I.2ndb)cc).

548 *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 68.

549 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

550 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

551 Auch Nettobarwert- oder Nettogegenstandwert-Methode (engl. net present value, abgk. NPV) genannt.

552 *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 87; *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 90.

anerkannte Standardmethode.[553] Sie beruht auf dem impliziten Vergleich der Verzinsung der Investition mit alternativen Verwendungsmöglichkeiten.[554] Die entscheidende Größe ist der zu einem bestimmten Zeitpunkt berechnete Kapitalwert (NPV) einer Investition als monetäre Zielgröße und betriebswirtschaftliche Kennziffer, die zur Bewertung der Rentabilität eines Vorhabens herangezogen wird.

Der NPV ist die Summe aller auf einen bestimmten Zeitpunkt ab- bzw. aufgezinsten Ein- und Auszahlungen, die die Realisation eines Investitionsobjektes verursacht, also insbesondere die Anschaffungsausgabe und ein möglicher Liquidationserlös.[555] Ökonomisch betrachtet bringt der NPV die durch die Investition bewirkte Erhöhung oder Verminderung des Geldvermögens bei gegebenem Verzinsungsanspruch in Höhe des Kalkulationszinssatzes und wertmäßig bezogen auf den Beginn des Planungszeitraumes zum Ausdruck.[556] Durch Vergleich der einzelnen NPV verschiedener Investitionsalternativen erlaubt die Methode folglich auch die Bestimmung der Vorteilhaftigkeit einer Investition.[557] Der NPV ist damit ein Maß für den Total-, im Gegensatz zum Periodenerfolg einer Investition, da die gesamte Nutzungsdauer eines Investitionsobjektes betrachtet wird.[558]

Ist der NPV einer Investition positiv, bedeutet dies, dass sie für den Investor rentabel ist, denn das Vorhaben hat einen internen Zinsfuß, der die erforderliche Rendite bzw. Opportunitätskosten des Investors übersteigt.[559] In diesem Fall lohnt sich die Investition. Hat das Vorhaben einen NPV von genau null, entspricht der interne Zinsfuß der erforderlichen Rendite in Höhe der Opportunitätskosten. Dann ist es unerheblich, ob der Investor in das fragliche oder in ein anderes Vorhaben investiert.[560] Wenn der NPV negativ ist, liegt der interne Zinsfuß unter den Kapitalkosten und die Investition ist nicht rentabel genug, da es am Markt bessere Investitionsmöglichkeiten gibt.[561] Dann liegt der Verdacht nahe, dass die

---

553 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102 f.; zur Anwendung in der Beihilfeprüfung *Claici/Siotis/Chatterjee* ua, The Market Economy Investor Principal: Lessons Learned from the Ciudad De La Luz Case.

554 *Dahmen,* Investition, 48.

555 *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 90; *Götze,* Investitionsrechnung, 78; *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 55 f.; *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 52.

556 Lüder, Kapitalwertrechnung, in *Issing* (Hrsg.), Vahlens-Großes Wirtschaftslexikon, 1104.

557 *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 55 f.

558 *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 91.

559 Vgl. Beschluss (EU) 2016/2069 der Kommission vom 1.10.2014, ABl. L 325 vom 30.11.2016, S. 63 ff. (Flughafen Charleroi), Rn. 422; Beschluss (EU) 2015/506 der Kommission vom 20.2.2014, ABl. L 89 vom 1.4.2015, S. 1 ff. (Flughafen Berlin-Schönefeld), Rn. 209; vgl. auch *Dahmen,* Investition, 41.

560 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102, dort Fußnote 160.

561 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102, dort Fußnote 160; vgl. auch Beschluss (EU) 2016/2069 der Kommission vom 1.10.2014, ABl. L 325 vom 30.11.2016, S. 63 ff. (Flughafen Charleroi), Rn. 422 und 440.

Investition den Empfänger begünstigt. Soll zwischen sich gegenseitig ausschließenden Investitionsmöglichkeiten gewählt werden, ist unter der Prämisse des ökonomischen Prinzips diejenige Investition mit dem höchsten Kapitalwert zu wählen.[562]

Die NPV-Methode weist einen vergleichsweise geringen Rechenaufwand auf.[563] Allerdings ist sie nicht ohne Nachteile. Ein besonderes Problem ist die Ermittlung und Verfügbarkeit korrekter Informationen und Daten. So erfordert die Methode die genaue Zuordnung und Prognose der investitionsbedingten Ein- und Auszahlungen zu den zugrunde gelegten Perioden.[564] Ferner lassen sich mit der NPV-Methode keine direkten Renditen bestimmen, sondern nur Aussagen darüber treffen, ob ein vorgegebener Kalkulationszinssatz erreicht wird. Letztlich sind die Ergebnisse sowie die Vorteilhaftigkeitsergebnisse stark vom gewählten Kalkulationszinssatz abhängig. Je höher der gewählte Zinssatz ist, desto geringer ist der NPV der Investition und umgekehrt.[565] Die Ermittlung und Festlegung eines geeigneten Kalkulationszinssatzes ist daher von zentraler Bedeutung. Sie ist zugleich einer der wichtigen Entscheidungs- und Problembereiche.[566]

dd) Abgezinster Zahlungsstrom

Zur Prüfung der Marktüblichkeit von Leistung und Gegenleistung im Rahmen staatlicher Unternehmensbeteiligungen kommt für die Ermittlung des Wertes von Unternehmen und damit für die Bestimmung der zu fordernden Mindestverzinsung für eingebrachtes Kapital zudem die Discounted Cashflow – DCF – zum Einsatz.[567] Gemäß IDW Standard-1[568] ist diese Bewertungsmethode vom Berufsstand der Wirtschaftsprüfer anerkannt und auch die Kommission zieht sie bei der Bewertung staatlicher Unternehmensbeteiligungen heran. Der Kapitalwert eines Unternehmens ist durch Diskontierung der prognostizierten Cashflow-Überschüsse mit dem aus dem Gesamtkapital anhand des Kapitalmarktmodells (Capital Asset Pricing Model – CAPM) ermittelten, risikoadjustierten Zinsfuß zu ermitteln.[569]

---

562 *Dahmen,* Investition, 41.

563 *Götze,* Investitionsrechnung, 87; *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 100.

564 *Götze,* Investitionsrechnung, 87; *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 100.

565 *Busse von Colbe/Lassmann/Witte,* Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 66.

566 *S. Ott,* Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, 100.

567 Dicht/Issing, 1994, S. 1104; vgl. IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1 i. d. F. 2008, Stand: 4.7.2016), Tz. 101. Unter Discounted Cashflow-Verfahren werden verschiedene Zukunftserfolgsverfahren verstanden, deren Ursprünge in der Kapitalmarkttheorie zur Bewertung von Börsen und Wertpapieren liegen, z. B. Bruttoansatz (Entity-Approach), die Adjusted Present Value Methode (Methode des angepassten Barwerts) und die Variante des Equity-Approach, vgl. *Behringer,* Unternehmenskauf im Mittelstand, B. 1., Rn. 50.

568 IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1 i. d. F. 2008, Stand: 4.7.2016), Tz. 7.

569 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 17.

(1) Kapitalmarktmodell

Das Kapitalmarktmodell (Capital Asset Pricing Model – CAPM)[570] ist eine in den 1960er Jahren entwickelte Methode zur Bewertung von Investitionsvorhaben unter Unsicherheit bzw. Risiken. Ursprünglich wurde die Methode entwickelt, um den Preis von Aktien im Portfolio eines Investors mit guter Diversifizierung zu berechnen.[571] Sie beruht auf der Feststellung, dass unter der Annahme effizienter Kapitalmärkte am Markt ein allgemeingültiger Preis für die Übernahme von Risiken besteht.[572] In wirtschaftswissenschaftlichen Anwendungen ist es seit vielen Jahren Best Practice.[573] Im Rahmen des KmhW können mithilfe des CAPM Investitionsrisiken bei der Ermittlung der marktüblichen Rendite berücksichtigt werden.[574]

Wie alle marktorientierten Bewertungsmethoden geht das CAPM davon aus, dass Investitionen ihrer Natur nach unsicher und ein Instrument zur Erzielung möglichst hoher Rückflüsse bzw. Cashflows sind.[575] Wie dies auch die Kommission im Rahmen der IRR-Methode macht, wird auch im CAPM von einem rational handelnden, risikoaversen Investor ausgegangen. Investoren dieses Typs fordern für die Übernahme eines Risikos eine im Vergleich zu einer sicheren Investitionsmöglichkeit höhere Belohnung, mithin eine Mindestverzinsung in Höhe der Rendite einer risikofreien Investition zuzüglich eines Risikoaufschlages.[576] Nach dem CAPM ist deshalb für jede Investition ein risikoadäquater Kalkulationszinsfuß zu bestimmen.[577]

Für die Ermittlung des Preises einer Investition durch Bereitstellung von Kapital wird unterstellt, dass ein Cashflow umso weniger wertvoll ist, je weiter dieser in der Zukunft liegt („ein früher Euro ist teurer als ein späterer") und je unsicherer seine Einkommenswahrscheinlichkeit ist („ein sicherer Euro ist teurer als ein unsicherer").

Die Unsicherheit wird durch einen individuellen Risikoaufschlag, den sog. Betafaktor, berücksichtigt. Als Kennzahl oder Risikoklassifizierung beschreibt der Betafaktor das

---

570 Zu Deutsch, Kapitalgutpreismodell oder Kapitalmarktlinie.

571 Vgl. nur Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8.7.1999, ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1 ff. (*West LB*), Rn. 207, bestätigt im Hinblick auf die Methode durch EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99 (*West LB*); *Witting*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Teil 6., Rn. 30.

572 *Hüttemann*, in: Fleischer/ders., Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2015, § 3 Rn. 44.

573 *Vettiger/Hirzel*, IRZ 2010, 387, 387 ff.

574 *Friederiszick/Tröge* 2006, 105, 107; *Simon*, EStAL 2007, 499, 503

575 *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 357.

576 *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 618; *Bieg/Kussmaul,* Investition, 281.

577 *Dahmen,* Investition, 135; *Bartosch*, EU-BeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 24; *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 66, *Bonkamp,* Beteiligung der öffentlichen Hand, 54; Beschluss (EU) 2015/506 der Kommission vom 20.2.2014, ABl. L 89 vom 1.4.2015, S. 1 ff. (Flughafen Berlin-Schönefeld), Rn. 209; Entscheidung 2001/723/EG der Kommission vom 18.7.2001, ABl. L 271 vom 12.10.2001, S. 28 ff, (Alitalia II), Rn. 19; Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8.7.1999, ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1 ff. (*West LB*).

sog. systematische Risiko, das gleich dem Marktrisiko ist und unabhängig von dem der Investition spezifisch innewohnenden, sog. unsystematischen Risiko ist. Das CAPM baut auf der Portfoliotheorie auf, die unterstellt, dass ein rational handelnder Investor nicht alles auf eine Karte setzt, sondern das Risiko streut, indem er in verschiedene Anlagen investiert und Risiken aus einem Vorhaben durch Chancen aus anderen abmildert.[578] Das spezifische, mithin unsystematische Risiko einer Investition verliert an Bedeutung und wird nicht isoliert, sondern auf dessen Beitrag zum Gesamtrisiko des Portfolios hin betrachtet.[579] Demgegenüber kann das systematische Risiko, dessen Ursache in makroökonomischen und politischen Faktoren liegt, nicht durch weitere Diversifizierung gemindert werden.[580] Der Betafaktor beschreibt insofern die Schwankung eines Wertpapiers im Verhältnis zur Marktentwicklung bzw. zum marktrepräsentativen Aktienindex, zu einer Gruppe von Referenzunternehmen (der sog. „Peer-Group") oder auch zum gesamten Markt – bspw. dem Immobilienaktienmarkt – in der Historie.[581]

Das CAPM stellt auf diese Weise eine Relation zwischen Investition und allgemeinem Marktrisiko her, für dessen Übernahme der Investor eine Risikoprämie erhalten soll. Schwankt die Rendite eines Wertpapiers bzw. einer Investition stärker als die des Marktportfolios, ist der Betawert größer eins, bei geringerer Schwankung dagegen kleiner eins. Entspricht der Betafaktor eins, entwickelt sich die Rendite im Durchschnitt genauso wie die des Marktes.[582] Der Betafaktor wird ausgehend von einer Reihe von Annahmen, wie der Annahme eines vollkommenen Marktes, auf dem die Marktteilnehmer homogene Erwartung hegen, sowie der unbegrenzten Verfügbarkeit risikozinsfreien Kapitals[583] anhand von Marktdaten aus der Vergangenheit, ermittelt.[584] Ratingagenturen berechnen und veröffentlichen regelmäßig die Betafaktoren börsennotierter Aktien. Der Betafaktor spielt im Rahmen der Anwendung des KmhW ebenfalls eine Rolle und wird für das Unternehmen, in das die zu

---

578 *Dahmen,* Investition, 140 f.

579 *Dahmen,* Investition, 140 f.

580 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 279.

581 *Conzen* (Hrsg.), Immobilien-Investitionen, Teil 2, 5.2.2.

582 *Bieg/Kussmaul,* Investition, 283.

583 Vgl. die Übersicht bei *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 272; *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 359; *Dahmen,* Investition, 136, *Götze,* Investitionsrechnung, 377 f.

584 *Bieg/Kussmaul,* Investition, 283.

prüfende Investition fließen soll, anhand vergleichbarer börsennotierter Unternehmen ermittelt und an die unternehmensindividuelle Finanzierungssituation angepasst.[585] In der Praxis berechnen und veröffentlichen Ratingagenturen in regelmäßigen Abständen die Betafaktoren börsennotierter Aktien.

Methodisch übernimmt das CAPM Markterfahrungswerte aus der Vergangenheit und formuliert daraus Schlussfolgerungen über das künftige systematische Risiko einer Investition. Damit hängt die Aussagekraft der mithilfe des CAPM ermittelten Ergebnisse stark von dem Vorhandensein vergleichbarer börsennotierter Unternehmen ab. In der Bestimmung des Betafaktors liegt neben den in der Realität nicht zu beobachtenden[586] Annahmen daher eine der Schwächen. Im Ergebnis ist festzustellen, dass das CAPM keine exakte und sichere Beurteilung einer Investition unter Risiken erlaubt.[587] Hinzu kommt, dass sich das CAPM auf die Bewertung von Sachverhalten im hypothetischen Marktgleichgewicht befasst, dem Zustand, in dem weitere Transaktionen ausgeschlossen sind. Auch deswegen ist die Aussagekraft beschränkt.[588] Mangels adäquater Alternativen zählt das CAPM dennoch in der Kommissionspraxis zu den etablierten Verfahren zur Bestimmung der von einem hypothetischen, marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten geforderten Rendite.[589]

(2) Gewichtete durchschnittliche Kapitalkosten

Die durchschnittlichen gewichteten Kapitalkosten (Weighted Average Cost of Capital – WACC) geben die Kosten eines Unternehmens für Eigen- und Fremdkapital wieder.[590] Diese entsprechen dem Kapitalkosten- bzw. Zinssatz, den das Unternehmen an seine Eigen- und Fremdkapitalgeber im gewogenen Mittel zu zahlen hat, um deren Verzinsungsansprüche zu erfüllen. Mit dem WACC kann folglich die zu fordernde Mindestrendite von Unternehmen und Investitionen berechnet werden. Die WACC werden im Rahmen der DCF-Verfahren bei der Unternehmensbewertung zur Berechnung des Diskontierungszinssatzes zugrunde gelegt. Von allen Varianten der DCF-Methoden ist die Berechnung mittels der WACC in der Praxis weit verbreitet.[591] Unternehmen oder Investitionen, deren erwartete Rendite die

---

585 *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 66.

586 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 281.

587 *Götze,* Investitionsrechnung, 383; *Dahmen,* Investition, 144; *Kruschwitz,* Investitionsrechnung, 370.

588 *Behringer,* Unternehmenskauf im Mittelstand, B, 1, Rn. 51.

589 EuG, 9.7.2008, Rs. T-301/01 (Alitalia II), Rn. 220 und Entscheidung 2001/723/EG der Kommission vom 18.7.2001, ABl. L 271 vom 12.10.2001, S. 28 ff, Rn. 22; *Friederiszick/Tröge* 2006, 105, 107

590 Vgl. zur Anwendung durch die Kommission, Entscheidung vom 11.12.2007 über eine Beihilfe C 53/06 (vormals N 262/05, vormals CP 127/04) zugunsten von Glasvezelnet Amsterdam für eine Investition der Stadt Amsterdam in ein Glasfasernetz (K(2007) 6072), ABl. EU Nr. L 247 vom 16.9.2008, S. 27 ff.

591 *Sühnel*, EWS 2007, 115, 116; *Heintzen, M.*, in: *Heintzen/Kruschwitz,* Unternehmen bewerten, 10.

WACC, also die gewichteten Kapitalkosten für Fremd- und Eigenkapital, übersteigt, sind grundsätzlich rentabel. Allerdings ist damit keine Aussage über die Marktüblichkeit einer Rendite verbunden. Unternehmen oder Investitionen, deren erwartete Rendite unter den gewichteten Kapitalkosten des Unternehmens liegen, vernichten investiertes Kapital, obgleich das Unternehmen für sich betrachtet rentabel sein kann.

ee) Sensitivitätsanalysen

Sensitivitätsanalysen, auch sog. Kritische-Werte-Rechnungen genannt,[592] dienen der Beurteilung und Validierung von Ergebnissen aus Investitionsrechenverfahren unter der Prämisse der Unsicherheit. Sie liefern keine Entscheidungsregeln, weshalb sie nur zur Ergänzung herangezogen werden.[593] Untersucht werden durch Variation der Inputgrößen, wie etwa Investitionskosten, Nutzungsdauer, geplante Einnahmen etc., die Stabilität der aus der Investitionsrechnung gewonnenen Ergebnisse und die in Bezug auf das Zielsystem entscheidungsrelevanten Größen. Im Ergebnis können mit Sensitivitätsanalysen im Rahmen des KmhW anhand der von der Kommission akzeptierten Bewertungsmethoden ermittelte Renditen bzw. Outputgrößen validiert werden.

Sensitivitätsanalysen ermöglichen somit Rückschlüsse auf die Bedeutung der Inputgrößen, schaffen dadurch Transparenz in Bezug auf Wirkungszusammenhänge und erleichtern die Bewältigung des Entscheidungsproblems unter Unsicherheit. Insbesondere lässt sich auf diese Weise ermitteln, wie weit der Wert einer oder mehrerer Inputgrößen vom ursprünglichen angenommen Wertansatz abweichen darf, ohne dass ein vorgegebener Zielfunktionswert über- oder unterschritten wird sowie umgekehrt, wie sich die Output-Größe bei Veränderung der Inputgrößen verändert. In der Realität bestehen gleichwohl Interdependenzen zwischen allen Inputgrößen, die die Sensitivitätsanalyse nicht abbilden kann. Aus den Ergebnissen der Analyse können schließlich kritische Werte oder bestimmte Kombinationen von Werten identifiziert werden, auf die im Rahmen der Investition besonderes Augenmerk zu legen ist, wenngleich die Sensitivitätsanalysen keine Erkenntnisse über die Wahrscheinlichkeit von bestimmten Abweichungen liefern.

Im Kern sind zwei methodische Ansätze zu unterscheiden, die Zielgrößen-Änderungsrechnung und die Dreifach-Rechnung. Nach der Zielgrößen-Änderungsrechnung werden schrittweise die Inputgrößen verändert. Bei der Dreifach-Rechnung werden die Ergebnisse der Investitionsrechnung dagegen mit zum einen optimistischen, zum anderen

---

592 *Perridon/M. Steiner/Rathgeber,* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 132.

593 *Bieg/Kussmaul,* Investition, 196.

wahrscheinlichen sowie pessimistischen Inputgrößen validiert. Das setzt voraus, dass die unsicheren Faktoren bestimmt und operationalisierbar sind. In der Betrachtung können isolierte Größen sowie mehrere Größen gleichzeitig sowie eine oder mehrere Planungsperioden berücksichtigt werden.

c) Zusammenfassung

Liegen für die zu prüfende Investition anhand des KmhW keine Marktdaten in Form der Pari-passu-Konstellation oder der transparenten und wettbewerblichen Ausschreibung vor und kann kein Benchmarking durchgeführt werden, zieht die Kommission betriebs- und finanzwirtschaftliche Standardbewertungsmethoden heran, um die Marktkonformität einer Investition zu prüfen. Diese fußen auf den Theorien und Modellen der Wirtschaftswissenschaften. Die Modelle zeigen die zugrundeliegenden Strukturen, indem sie die Beziehungen zwischen den Teilen ihres Gegenstandes, dem Modellierten, herausstellen[594] und Rückschlüsse auf bestehende Kausalitäten ermöglichen.

Ausgangspunkt aller Bewertungsmethoden ist das Paradigma vom „Homo oeconomicus“,[595] einem zweckrationalen Nutzen- und Gewinnmaximierer, der eingesetzte Mittel mit dem Ergebnis ins Verhältnis setzt. Die Rentabilität einer Investition bestimmt deshalb die ökonomische Vernunft. Eine Investition ist umso vernünftiger, desto rentabler sie ist, d. h. desto mehr sie Gewinn, Jahresüberschuss oder Cashflow erzielt. Dabei gilt auch hier, „ein früher Euro ist teurer als ein späterer“ und „ein sicherer Euro ist teurer als ein unsicherer“. Risiken werden mit Renditeaufschlägen berücksichtigt,[596] sodass die marktübliche Mindestrendite mit zunehmendem Investitionsrisiko steigt.[597]

Maßgebliche Faktoren und Inputgrößen der Bewertung sind der Investitionsbetrag, die zugrunde gelegten Szenarien, der Zeithorizont erwarteter Zahlungsströme, die Rendite und das mit der Investition verbundene Risiko. Die Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren verlangen von dem Investor insoweit einen hohen Grad an Abstraktion.[598]

---

[594] *Schuhr,* Rechtsdogmatik, 15, 225.

[595] Dem liegt das modellhafte Bild des Menschen als des „Homo oeconomicus“ zugrunde, der ausschließlich unter wirtschaftlichen Aspekten handelt und vollständig und widerspruchsfreies, also rational sein Eigeninteresse im Sinne des Strebens nach größtmöglichem Nutzen, in Kenntnis aller Entscheidungsalternativen (vollständige Markttransparenz, vollständige Information) und deren Konsequenzen (vollständige Voraussicht) verfolgt, vgl. Brockhaus Enzyklopädie online, Stichwort: Homo oeconomicus, URL: https://brockhaus-1de-100883d290407.erf.sbb.spk-berlin.de/ecs/permalink/8BC8B2560D87AA41B91E722E81913DC7.pdf (Abruf 21.3.2021); ferner *Rodi,* Ökonomische Analyse, 50.

[596] *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 65.

[597] EuG, 9.7.2008, Rs. T-301/01(Alitalia II), Rn. 263 f.; *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 65.

[598] *Bieg/Kussmaul,* Investition, 194.

Er muss für möglich gehaltene künftige Umweltzustände ausmachen und anhand dessen seine eigene Risikobereitschaft bestimmen.

Die ökonomischen Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren sind wissenschaftlich fundiert und haben sich in der Praxis bewährt. Die Anlässe, in denen sie zum Tragen kommen, sind vielfältig, beispielswiese aufgrund unternehmerischer Initiativen, insbesondere Entscheidung über Investitionen, aus Gründen des Kaufs oder Verkaufs von Investitionsobjekten, vor beabsichtigten Unternehmenszusammenschlüssen, bei Zuführung von Eigen-, Fremdkapital, Sacheinlagen oder bei Börsengängen. Darüber hinaus sind die anzuwendenden Bewertungsmethoden zum Teil in der externen Rechnungslegung obligatorisch.[599]

Keine Bewertungsmethode ist in sich geschlossen, zudem bestehen in der Realität zahlreiche Interdependenzen zwischen den Inputgrößen, die die Methoden nicht sämtlich abbilden. Die Verfahren greifen ineinander und bauen in Teilen aufeinander auf. Die Praxis kombiniert sie und validiert Ergebnisse der einen Methode mit denen der anderen Methoden. Die Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren zielen zwar auf Genauigkeit, dürfen aber nicht mit ihr gleichgesetzt werden. Sie liefern keine Aussagen über den tatsächlichen Erfolg oder Misserfolg von Investitionen, sondern die Ergebnisse gelten immer nur unter den jeweiligen Annahmen, die dem bestimmten Modell zugrunde liegen.[600] Denn die verschiedenen Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren können nicht alle Details der Lebenswirklichkeit der zu beurteilenden staatlichen Maßnahme erfassen und berücksichtigen. Zudem beruhen sie auf zukunftsgerichteten Annahmen (Prognosen), die falsch oder richtig sein können. Festzustellen ist, dass die Genauigkeit von Prognosen und Ergebnissen in der Regel mit der Nähe zum Prognosezeitraum steigt. Insgesamt liefern alle Methoden lediglich Näherungswerte und hängen die jeweiligen Ergebnisse von den impliziten Prämissen und Annahmen ab.

Die Kommission empfiehlt im Rahmen des KmhW die IRR-Methode und die NPV-Methode, lässt daneben jedoch fallbezogen weitere etablierte Bewertungsmethoden zu. Die IRR-Methode zeigt, ob die Rückzahlungsflüsse aus einem Investitionsvorhaben ausreichen, die Tilgung des eingesetzten Kapitals sowie die Verzinsung des in dem Investitionsvorhaben gebundenen Kapitals sicherzustellen. Zur Beurteilung der Vorteilhaftigkeit ist der investitionsbezogen ermittelte IRR mit der marktüblichen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu

---

599 Vgl. bspw. Bewertungen nach dem Bewertungsgesetz für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben.

600 *Götze,* Investitionsrechnung, 4.

vergleichen.[601] Die NPV-Methode beruht demgegenüber auf dem impliziten Vergleich der Verzinsung der Investition mit einer alternativen Verwendungsmöglichkeit.[602] Die entscheidende Größe ist der zu einem bestimmten Zeitpunkt berechnete NPV bzw. Kapitalwert[603] einer Investition als monetäre Zielgröße und betriebswirtschaftliche Kennziffer zur Bewertung der Rentabilität eines Vorhabens. In der Unternehmensbewertung kommt die Kapitalwertmethode unter dem Namen Discounted Cashflow (DCF) zum Einsatz.[604] Führen IRR und NPV zu unterschiedlichen Ergebnissen in Bezug auf die zu treffende Investitionsentscheidung, z. B. bei sich einander ausschließenden Vorhaben, empfiehlt die Kommission ausgehend von der Marktpraxis die NPV-Methode, es sei denn, in Bezug auf den anwendbaren Abzinsungssatz besteht erhebliche Unsicherheit.[605]

Zur Berücksichtigung von Unsicherheiten oder Risiken kommt ferner das CAPM als marktorientierte Methode zur Bewertung von Investitionsvorhaben zum Tragen. Unterstellt werden rationale, risikoaverse Investoren, die eine Rendite erwarten, die sie für die Übernahme eines Investitionsrisikos mit der Mindestverzinsung in Höhe der Rendite einer risikofreien Investition zuzüglich eines Risikoaufschlages belohnt.[606] Daneben kommen weitere Methoden zur Anwendung, wie z. B. die WACC-Methode. Durch Veränderung der Inputgrößen werden Ergebnisse im Rahmen von Sensitivitätsanalysen ergänzend validiert und Steuerungsgrößen sowie Wirkungszusammenhänge ermittelt.

Wie bei der Benchmarking-Methode lässt sich aber auch nach den Standardbewertungsmethoden aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte kein punktgenauer Referenzwert für marktübliche Renditen ermitteln, sodass Spannen akzeptabler Werte für erwartete Renditen festgelegt müssen. Dient die Bewertung der Überprüfung der Marktüblichkeit, ist mithilfe des Durchschnitts oder des Medians die zentrale Tendenz vergleichbarer Investitionen zu bestimmen. Darüber hinaus geht die Kommission davon aus, dass marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte ihre Investitionen oder Verkäufe nach mehreren Methoden prüfen und ihre Ergebnisse auf diese Weise validieren. Kommen verschiedene

---

601 *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 68.

602 *Dahmen,* Investition, 48.

603 Siehe dazu Kapitel 3, B.I.2ndb)cc).

604 Vgl. IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1 i. d. F. 2008, Stand: 4.7.2016), Tz. 101. Unter Discounted Cashflow-Verfahren werden verschiedene Zukunftserfolgsverfahren verstanden, deren Ursprünge in der Kapitalmarkttheorie zur Bewertung von Börsen und Wertpapieren liegen, z. B. Bruttoansatz (Entity-Approach), die Adjusted Present Value Methode (Methode des angepassten Barwerts) und die Variante des Equity-Approach, vgl. *Behringer,* Unternehmenskauf im Mittelstand, B. 1. Rn. 50.

605 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102, dort Fußnote 160.

606 *Bieg/Kussmaul,* Investition, 281.

Methoden zu demselben Ergebnis, sei dies nach Auffassung der Kommission ein Anhaltspunkt für einen echten Marktpreis.[607] Daher sei es positiv, wenn die Marktüblichkeit einer staatlichen Maßnahme anhand verschiedener Bewertungsmethoden geprüft und die Ergebnisse wechselseitig validiert werden.

3. Besondere Anwendungsfälle

a) Kredit- und Garantiebedingungen

Ergänzend zu ihrer Bürgschaftsmitteilung,[608] die Hinweise zur beihilfekonformen Ausgestaltung von Bürgschaften und Garantien enthält, geht die Kommission in ihrer Bekanntmachung auf die Besonderheiten der Prüfung der Marktkonformität von Kredit- und Garantiebedingungen ein.[609] Einleitend weist sie deklaratorisch darauf hin, dass Kredite und Garantien an Unternehmen zu günstigeren als den Marktbedingungen ebenfalls Beihilfen beinhalten können. Typischerweise erfolgt die staatliche Intervention in einer Dreieckskonstellation, bei der sich die öffentliche Hand, Kreditgeber und Kreditnehmer gegenüberstehen. In diesen Fällen kann die Beihilfe auf der Ebene des Kreditgebers[610] als auch Kreditnehmers vorliegen.

Ist die öffentliche Hand Garantiegeber, z. B. durch Übernahme einer Bürgschaft, kann sie dem Kreditnehmer zu einem gegenüber dem üblichen Marktzins günstigeren Darlehen verhelfen oder ihn wegen seines hohen individuellen Ausfallrisikos überhaupt erst in die Lage versetzen, ein Darlehen aufzunehmen.[611] Je nach Konstellation kann die Beihilfe auch auf der Ebene des Kreditgebers ansetzen. Denn er wird erst durch die staatliche Garantie in die Lage versetzt, ein Darlehen zu mindestens marktüblichen Zinsen aufzunehmen, ohne dem individuellen Ausfallrisiko des Kreditnehmers ausgesetzt sein zu müssen. Die Gefahr einer Beihilfe besteht zudem bei unbeschränkten staatlichen Garantien oder speziellen Haftungsregimen des Staates z. B. für öffentliche Unternehmen, die infolge dessen nicht dem normalen Insolvenzrecht unterliegen. Ebenso ist eine Beihilfe möglich, wenn die öffentliche Hand, erst nachdem sich Kreditgeber und Kreditnehmer über die Kreditgewährung einig geworden sind, eine Garantie abgibt, da in diesem Fall keine vollständige Weitergabe des

---

607 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 105.

608 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. C vom 20.6.2008, S. 10-22, siehe dazu Kapitel 4, B.III.2.e); vgl. Beihilfebegriff-Bek., Rn. 109 und den Hinweis der Kommission in der dortigen Fußnote Nr. 168, dass die Bürgschaftsmitteilung nicht durch Bekanntmachung zum Beihilfebegriff ersetzt wird.

609 Vgl. zum Folgenden Beihilfebegriff-Bek., Rn. 108 ff.

610 Siehe dazu auch *Bartosch*, EuZW 2001, 650; *Förtsch/Koenig*, EWS 2015, 61:

611 *Habersack*, ZHR 159 (1995), 663.

Vorteils an den Kreditnehmer gewährleistet ist. Gleiches gilt für die Rückzahlung eines unbesicherten Kredites mit einem besicherten. Die Marktüblichkeit solcher Maßnahmen prüft die Kommission entweder mithilfe eines Benchmarkings oder durch Abgleich der Zinsen, die der Transaktion zugrunde liegen.

Beim Benchmarking prüft die Kommission die Marktüblichkeit der Finanzierungskosten der staatlichen Maßnahme anhand eines Vergleichs mit Daten aus anderen, von dem betreffenden Unternehmen kürzlich vorgenommenen Kredittransaktionen oder anhand von Renditen, die aus Anleihen oder Kreditderivaten, wie Credit-Default-Swap-Spreads,[612] des Unternehmens abgeleitet werden. Darüber hinaus zieht sie zum Vergleich Daten aus Kredit- oder Garantietransaktionen, Anleihen oder aus den CDS-Spreads vergleichbarer Unternehmen heran. Lässt sich keine geeignete Benchmark ermitteln, ist ein Vergleich zwischen dem marktüblichen Entgelt einer unbesicherten Kredittransaktion und den gesamten Finanzierungskosten des mit der staatlichen Garantie gesicherten Kredits, einschließlich der Kreditzinsen und Garantieprämie, zu ziehen. Schließlich können Benchmarking-Methoden ergänzt werden durch auf der Kapitalrendite beruhende Standardbewertungsmethoden, z. B. durch die Ermittlung der risikobereinigten Kapitalrendite,[613] d. h. der Rendite, die Kreditgeber und Investoren verlangen, wenn sie für ein in demselben Wirtschaftszweig tätiges Unternehmen eine Finanzierung mit ähnlichem Benchmarkrisiko und ähnlicher Laufzeit gewähren.[614]

Liegen keine geeigneten Benchmarks vor, kann die Marktüblichkeit der Konditionen durch einen Abgleich der Rendite oder Finanzierungszinsen mit den Referenzzinsen der Referenzzinssatz-Mitteilung[615] festgestellt werden. Dabei dienen die Referenzzinssätze aus der Mitteilung als Ersatzgrößen für marktübliche Zinssätze.[616] Zu deren Bestimmung legt sie den

---

612 Credit-Default-Swap-Spreads (CDS) sind Instrumente zur Absicherung des Zahlungsausfalls bei einem Kreditnehmer ähnlich einer Kreditausfallversicherung. Dabei zahlt der Gläubiger einen bestimmten Betrag bzw. einen Risikoaufschlag, z. B. an seine Bank, der auf dem Nominalwert der Anleihe beruht, damit sie im Falle des Zahlungsausfalls des Schuldners einspringt. Die Höhe des Risikoaufschlages bestimmt sich u. a. nach der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Anhand der Höhe des CDS bzw. Risikoaufschlages können Investoren und Anleger daher die Bonität des Schuldners bzw. Zertifikate-Emittenten beurteilen. Dabei gilt: Je höher der entsprechende Credit-Spread, desto höher die Ausfallwahrscheinlichkeit und damit das Risiko. Da CDS an den Finanzmärkten getrennt von ihren zugehörigen Anleihen gehandelt werden, können sie auch zu spekulativen Zwecken eingesetzt werden, vgl. auch Gablers Wirtschaftslexikon, Online-Ressource unter https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/credit-default-swap-cds-52666/version-275784 (Abruf 17.10.2020).

613 Eng. Abk. RAROC – Risk Adjusted Return on Capital.

614 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 111 u. S. 26, dort Fußnote 174.

615 Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungsätze, ABl. vom 14.1.2008, Nr. C 14, Seite 6; vgl. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html (Abruf 17.10.2020); siehe zu den Referenzzinssätzen Kapitel 3, B.I.3.a).

616 *Arhold*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 249.

IBOR[617] für Kredite mit einjähriger Laufzeit als Basiszinssatz zugrunde, der abhängig vom Rating des betreffenden Unternehmens und den vorhandenen Sicherheiten um bestimmte, in der Mitteilung veröffentlichte Margen erhöht werden.[618] Aus der Verzinsung gemäß der Referenzzinssatz-Mitteilung zuzüglich der aufzuschlagenden Mindestmarge, deren Höhe von der Bonitätsbewertung des Kreditnehmers und den gestellten Sicherheiten abhängt, ergibt sich die anzuwendende Mindestverzinsung. Liegen keine Ratings für das betreffende Unternehmen vor, kann die Kreditwürdigkeit des Unternehmens anhand von anderen marktanerkannten Indikatoren beurteilt werden.

Fordert die öffentliche Hand für bereitgestellte Darlehen niedrigere Zinsen, liegt darin regelmäßig eine Beihilfe. Deren Höhe, das sog. Beihilfenelement, besteht in der Differenz zwischen tatsächlich gefordertem Zins und marktüblich bzw. nach der Referenzsatz-Mitteilung zu forderndem Zins. Werden jedoch Transaktionen unlängst zu einem tatsächlich niedrigeren Zins als nach dem Referenzsatz vorgenommen, kann der niedrigere Zins als marktüblich angesehen werden. Hat aber das voraussichtliche Empfängerunternehmen selbst unlängst Transaktionen zu einem höheren Zins gebilligt, als dies nach dem Referenzsatz der Fall wäre und haben sich weder das Marktumfeld noch die wirtschaftliche Lage des Unternehmens wesentlich verändert, ist der Referenzsatz nicht per se als marktübliche Ersatzgröße geeignet.

Der Abgleich mit den Referenzzinsen der Referenzzinssatz-Mitteilung eignet sich vor allem bei staatlichen Maßnahmen mit begrenzten Beträgen sowie bei Maßnahmen zugunsten von kleinen und mittleren Unternehmen, bei denen keine geeigneten Marktratings oder Benchmarks vorhanden sind.

b) Aufeinanderfolgende staatliche Maßnahmen

Folgen mehrere staatliche Maßnahmen zugunsten eines Empfängers, unterscheidet die Kommission in Rezeption der gefestigten Rechtsprechung des EuGH danach, ob die Maß-

---

[617] Engl. Interbank Offerd Rate, der Zinssatz, zu dem die Banken im Interbankenmarkt Kredite vergeben und untereinander Kredite aufnehmen. IBORs dienen als Indikator für das Niveau von Angebot und Nachfrage auf allen Finanzmärkten, vgl. auch https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/interbank-rate-40915/version-264289 (Abruf 17.10.2020).

[618] Vgl. dazu Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungsätze, ABl. vom 14.1.2008, Nr. C 14, Seite 8; *Arhold*, in: MüKo WettbewerbR, Bd. 5, BeihR, 2. Auflage 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 249.

nahmen normativ in einem funktionalen Zusammenhang stehen, der es erfordert, die verschiedenen Maßnahmen zusammengefasst als eine Beihilfe zu prüfen.[619] Der geforderte normative Zusammenhang kann sich aus einem besonderen zeitliche Zusammenhang ergeben, in verschiedenen, sich aufeinander beziehenden staatlichen Maßnahmen liegen oder sich aus der zeitlichen Abfolge oder Notwendigkeit ergeben.[620] Gleiches gilt, wenn mehrere einzelne Maßnahmen ohnehin geplant waren oder hätten vorhersehbar sein müssen. Beruhen verschiedene staatliche Maßnahmen dagegen auf unvorhergesehenen Ereignissen, sind diese nach der Kommissionsbekanntmachung getrennt zu prüfen.[621]

c) Kontrafaktische Analyse bei früherem staatlichen Engagement

Hat sich die öffentliche Hand zu einem früheren Zeitpunkt zugunsten des potenziellen Investitionsempfängers wirtschaftlich engagiert, ist dieses Engagement in der beihilferechtlichen Bewertung der fraglichen staatlichen Maßnahme zu berücksichtigen. Das setzt voraus, dass dem Privaten ein dem vorangegangenen staatlichen Engagement vergleichbares Verhalten möglich ist, so etwa bei einem privaten Anteilseigner eines Unternehmens.[622] Hätte ein Privater das vorangegangene staatliche Engagement der Natur nach nicht vornehmen können, etwa weil der Staat in seiner Eigenschaft als Träger der öffentlichen Gewalt handelte,[623] muss dies bei der Bewertung der Marktüblichkeit der fraglichen staatlichen Maßnahme unberücksichtigt bleiben.

Plant die öffentliche Hand eine Beteiligungs- oder Kreditmaßnahme zugunsten eines öffentlichen Unternehmens in Schwierigkeiten, muss deren erwartete Rendite mit dem Ergebnis ohne die geplante Maßnahme und nach Liquidation verglichen werden, da davon auszugehen sei, dass ein „umsichtiger" marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber sich für die weniger verlustbringende Variante entscheiden würde.[624] In der Bewertung sind indes nur solche Kosten zu berücksichtigen, die einem vernünftigen marktwirtschaftlichen Wirt-

---

619 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 81 f., mit Verweis auf EuGH, 19.3.2013, verb. Rs. C-399/10P u. C-401/10 P (Bouygues u. Bouygues Télécom), Rn. 104; EuG, 13.9.2010, verb. Rs. T-415/05, T-416/05 u. T-423/05 (Olympiaki Aeroporia AE), Rn. 172 f., 177; EuGH, 15.9.1998, T-11/95 (BP Chemicals), Rn. 170 u. 171; Beschluss der Kommission vom 19.12.2012, SA.35378, Deutschland – Finanzierung des Flughafens Berlin Brandenburg (ABl. C 36 vom 8.2.2013, S. 11), Erwägungsgründe 14-33.

620 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 81 f., mit Verweis auf Beschluss der Kommission vom 19.12.2012, SA.35378, Deutschland – Finanzierung des Flughafens Berlin Brandenburg (ABl. C 36 vom 8.2.2013, S. 11), Erwägungsgründe 14-33.

621 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 81 f.

622 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 107 u. dortige Fußnote 164.

623 Siehe zu den Vorbedingungen der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten Kapitel 3, A.

624 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 107.

schaftsbeteiligten bei der Liquidation ebenfalls entstünden, wozu unter Umständen in angemessenem Umfang Kosten für die Entwicklung der sozialen, wirtschaftlichen und ökologischen Rahmenbedingungen zählen, in denen das Unternehmen tätig ist.[625]

II. Beurteilungszeitpunkt

Die Prüfung einer staatlichen Maßnahme anhand des KmhW hat grundsätzlich vor ihrer Durchführung, d. h. ex-ante, auf der Grundlage der zum Entscheidungszeitpunkt verfügbaren Daten und Informationen zu erfolgen.[626] Die Kommission geht dabei davon aus, dass sich ein umsichtiger, marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber im Vorfeld einer Investitionsentscheidung über die Vor- und Nachteile sowie die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer ins Auge gefassten Investition, beispielsweise mithilfe des Geschäftsplans, informiert.[627]

Die Prüfung durch die Kommission, ob sich der Staat wie ein umsichtiger, marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hat, erfolgt vor diesem Hintergrund unter Ausschluss späterer Erkenntnisse.[628] Die Kommission hat sich dazu in den Kontext der Zeit zurückzuversetzen, in der die finanziellen Unterstützungsmaßnahmen ergriffen wurden. Wirtschaftliche Bewertungen, die nachträglich erstellt werden, die rückblickende Feststellung der tatsächlichen Rentabilität der vom betreffenden Mitgliedstaat getätigten Kapitalanlage oder spätere Rechtfertigungen der tatsächlich gewählten Vorgehensweise genügen nicht. Somit sind für die Anwendung des KmhW die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vornahme der fraglichen staatlichen Maßnahme verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen relevant, was insbesondere dann gilt, wenn die Kommission das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Zusammenhang mit einer staatlichen Maßnahme prüft, die ihr nicht mitgeteilt und im Zeitpunkt der Kommissionsprüfung bereits von der öffentlichen Hand umgesetzt wurde.[629]

---

625 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 107.

626 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 78.

627 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 78 f., mit Verweis auf EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 82f u. 105; EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Stardust Marine), Rn. 71 u. 72; EuG, 30.4.1998, Rs. T-16/96 (Cityflyer Express), Rn. 76.

628 So zuletzt auch EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange, ehem. France Télécom), Rn. 138 ff.

629 EuGH, 1.10.2015, Rs. C-357/14 P (Dunamenti Erőmű Zrt.), Rn. 103; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 104/105; EuGH, 8.5.3003, verb. Rs. C-328/99 u. C-399/00 (SIM 2 Multimedia), Rn. 41; EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings), Rn. 66, EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange, ehem. France Télécom), Rn. 136 ff.

III. Beurteilungsspielraum

Bei der Anwendung des KmhW räumt die Kommission den Mitgliedstaaten einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum ein. Beim Benchmarking etwa erkennt sie zudem an, dass sich regelmäßig ein genauer Referenzwert nicht ermitteln lässt, sondern sich eine Spanne möglicher Werte ergibt.

Der Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum erstreckt sich auf alle Bereiche der Anwendung des Kriteriums. Dies betrifft die Aufstellung strategischer Unternehmenspläne, Beteiligungspläne, die Bewertung realisierbarer Gewinne sowie die Bewertung und Nutzung von Vorteilen aus einer Unternehmensgruppe zur Quersubventionierung.[630] Dazu zählt auch der Umgang mit konkret praktischen Problemen bei der Anwendung von Bewertungsmethoden im Rahmen des KmhW, denen private Wirtschaftsteilnehmer in vergleichbarer Lage ebenfalls ausgesetzt wären, wie etwa fehlende belastbare Zahlen und Daten aufgrund der Besonderheiten des Investitionsvorhabens, aufgrund derer die Mitgliedstaaten z. B. die Bewertung auf der Grundlage von Annahmen durchführen.

Die Grenze zieht die Kommission jedoch dort, wo „ganz außer Frage steht, dass es keine andere plausible Erklärung für die Zurverfügungstellung von öffentlichen Mitteln gibt als die, sie als Beihilfengewährung anzusehen".[631] Haben die Mitgliedstaaten dennoch Zweifel an der Einstufung einer staatlichen Maßnahme, können sie diese über den zeitaufwändigen Weg der Genehmigung durch die Kommission präventiv zur Überprüfung stellen, Art. 108 Abs. 3 AEUV, Art. 2 ff. VVO. Nach der Prüfung erlässt die Kommission einen abschließenden Beschluss, der feststellt, dass die Maßnahme entweder keine Beihilfe oder zwar eine Beihilfe darstellt, diese aber mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV vereinbar ist, sog. Positivbeschluss, oder die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist (Negativbeschluss). Gegen einen solchen Beschluss können die Mitgliedstaaten schließlich mittels Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV vorgehen und so die staatliche Maßnahme indirekt gerichtlich überprüfen lassen.

---

630 Beschluss (EU) 2015/506 der Kommission vom 20.2.2014, ABl. L 89 vom 1.4.2015, S. 1 ff. (Flughafen Berlin-Schönefeld), Rn. 177; Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten vom 13.11.1993 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. vom 13.11.1993, Nr. C 307, S. 3 f, Rn. 29.

631 Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten vom 13.11.1993 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. vom 13.11.1993, Nr. C 307, S. 3 f, Rn. 29.

C. Abwandlungen des Kriteriums

Die Kommission und Unionsgerichte wandten das KmhW ursprünglich auf staatliche Kapitalbeteiligungen an Unternehmen an.[632] Aufgrund der unterschiedlichen Ausgangssituationen, auf denen bestimmte staatliche Maßnahmen jedoch beruhten, war die Kommission gehalten, ihre Prämissen und Annahmen bei der Anwendung des Kriteriums abzuwandeln. In der Praxis haben sich in der Folge eigenständige Abwandlungen mit zum Teil eigenständigen Bezeichnungen herausgebildet.[633]

Der EuGH geht dabei grundsätzlich von zwei Abwandlungen aus: dem Kriterium des privaten Kapitalgebers und dem Kriterium des privaten Gläubigers.[634] Welches im konkreten Fall anzuwenden ist, bestimmt sich nach der Art des Vorhabens.[635] Die Literatur und Kommissionspraxis hat darüber hinaus weitere Abwandlungen gebildet. Allen ist jedoch gemeinsam, dass sie Ausprägungen des Marktäquivalenzprinzips sind. Die gängigsten Abwandlungen sollen nachfolgend dargestellt werden.

I. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Veräußerers

Das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Veräußerers[636] (Private Vendor Test) ist das modifizierte Kriterium für Konstellationen, in denen der Staat als Veräußerer, etwa von ganzen Unternehmen, Beteiligungen, Waren und Gütern sowie Rechten und Konzessionen auftritt. Staat und Unternehmen stehen sich in einer Rechtsbeziehung gegenüber, bei der der Staat als Veräußerer, das private Unternehmen als Erwerber auftritt. Auch hier stellt sich die Frage, wann ein Erwerber durch marktunübliche Konditionen beihilferelevante Vorteile erhält. Bedeutung gewinnt das Kriterium vor allem bei Grundstückveräußerungen sowie bei der Privatisierung staatlicher Einrichtungen und Unternehmen. Erste Anforderungen an das Äquivalenzprinzip in Veräußerungskonstellationen formulierte die Kommission 1993 in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht.[637] Die Anforderungen präzisierte sie zum einen in der

---

632 *Nicolaides/Rusu*, EStAL 2011, 237, 238; *Herrmann-Strobelt,* Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, 35.

633 *Cyndecka,* The market economy investor test, 223 f.; *Bonhage/Dieterich Peter*, EuZW 2017, 749.

634 EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 52.

635 EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 52.

636 *Ebner/Gambaro*, in: Santa Maria, Competition, 21, 39; Vereinzelt auch „Market Economy Seller Test" etwa bei *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 394; vgl. zur Anwendung im Rahmen von Privatisierungen *Zentner,* Vermögensprivatisierung, 49 f., ferner *Martin-Ehlers*, EWS 1999, 244, 246.

637 XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Tz. 402 f.

Grundstücksmitteilung[638] von 1997, die mittlerweile durch die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff abgelöst wurde, sowie zum anderen im sog. Privatisierungsleitfaden.[639] Die aufgestellten Grundsätze dehnte sie sodann Schritt für Schritt auf weitere Bereiche, insbesondere auf Miet- und Leasingverträge, auf Grundstücke sowie Grundstückserwerbe durch die öffentliche Hand, aus.[640] Erfüllen die Maßnahmen die darin aufgeführten Voraussetzungen, können diese ohne die sonst notwendige Notifizierung bei der Kommission durchgeführt werden.

Im Rahmen des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Veräußerers ist zu prüfen, ob ein privater Veräußerer das betreffende Gut zu demselben Kaufpreis und denselben Bedingungen veräußern würde.[641] Sofern ein Markpreis für das betreffende Gut existiert, ist dieser mit dem Kaufpreis zu vergleichen, den die öffentliche Hand zu akzeptieren beabsichtigt. Dazu müssen alle den Kaufgegenstand umfassenden Leistungs- und Gegenleistungselemente unter Berücksichtigung aller wertbildenden Faktoren eingepreist werden, einschließlich nichtsynallagmatischer Be- und Entlastungen, Nebenleistungen oder Rechte und Pflichten, wie Vereinbarungen, die dem Erwerber eine staatliche Entschädigung für den Fall zusichern, falls der Veräußerungsvorgang sich als beihilferechtswidrig herausstellt.[642]

Diese Fälle setzen eine Marktpreisermittlung voraus. Um Begünstigungen und damit potenzielle Beihilfen auch in Fällen sicher auszuschließen, in denen nicht von vornherein ein Marktpreis festgestellt werden kann, empfiehlt die Kommission die Veräußerung im Wege einer bedingungsfreien Ausschreibung.[643] Eine weitere Möglichkeit, die Beihilfefreiheit nachzuweisen, besteht in der Preiserhebung auf der Grundlage von Wertgutachten. Allerdings präferiert die Kommission stets die Preisermittlung im Wege der Ausschreibung.

Die Bedingungs- und damit Beihilfefreiheit einer Ausschreibung setzt voraus, dass die Ausschreibung wettbewerbsoffen, transparent und diskriminierungsfrei ist und die Bieter ausreichend Zeit für die Prüfung und Angebotserstellung haben. Voraussetzung ist ferner, dass die Veräußerung bzw. der Erwerb nicht an weitere Bedingungen geknüpft ist, wie z. B. der Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung

---

638 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, (97 /C 209/03), ABl. C 209, 10.7.1997, S. 3 f.

639 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur beihilfekonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen vom 10.2.2012, swd(2012) 14, (Privatisierungsleitfaden); vgl. auch *Lübbig*, EWS 2001, 517, 519, *Büll,* Unternehmenskauf.

640 *Koenig*, EuZW 2006, 203, 204, m. w. N.

641 EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission), Rn. 41; *Koenig/Julia Paul*, EWS 2008, 113, 117.

642 EuGH, 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92 (Hytasa); EuGH, 12.11.1998, Rs. C-415/96 (Spanien/Kommission), Rn. 12; *Soltész/Schädle*, BB 2008, 510, 510 f.; *Verse/Wurmnest*, ZHR 2003, 403, 412.

643 EuGH, 16.12.2010, Rs. C-239/09 (Seydaland), Rn. 39.

bestimmter Geschäftstätigkeiten. Schließlich muss das Angebot des Höchstbietenden den Zuschlag erhalten.[644] Werden vor der Veräußerung Schulden des betreffenden öffentlichen Unternehmens abgeschrieben oder vermindert, liegt ebenfalls keine Beihilfegewährung vor, wenn der Veräußerungserlös die Schuldenreduzierung betragsmäßig übersteigt. Schließlich sind aus Sicht des marktwirtschaftlich handelnden privaten Verkäufers die subjektiven strategischen Gründe, die einen bestimmten Bieter veranlassen, ein Gebot in bestimmter Höhe abzugeben, nicht ausschlaggebend.[645] Der marktwirtschaftlich handelnde private Verkäufer entscheidet sich für das höchste Kaufangebot unabhängig von den Gründen, die die potenziellen Käufer dazu bewogen haben. Erfolgt die Privatisierung durch den Verkauf von Aktien über die Börse, ist anzunehmen, dass die Veräußerung zu Marktbedingungen erfolgt und kein Beihilfenelement enthält.

Gehen der Veräußerung Verhandlungen mit einem einzigen potenziellen Erwerber oder einigen ausgewählten Bietern voraus, erfolgt eine vorherige Schuldentilgung durch den Staat oder staatliche Unternehmen und Einrichtungen oder erfolgt eine Umwandlung der Schulden in Aktienkapital oder gehen Kapitalaufstockungen voraus, kann die staatliche Maßnahme ebenfalls nicht per se als beihilfefrei angesehen werden. In diesen Fällen ist eine genaue Analyse der staatlichen Maßnahme, des Unternehmenswertes mit und ohne diese sowie des gezahlten Kaufpreises erforderlich. Gleiches gilt, wenn der Veräußerung insgesamt Bedingungen zugrunde liegen, die bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privaten unüblich sind.

Der öffentlichen Hand stehen somit zum Nachweis der Marktüblichkeit eines von ihr beabsichtigten Verkaufs – neben dem seltener anzutreffenden Fall des Börsengangs – die Ausschreibung[646] oder die Ermittlung des Preises durch Wertgutachten zur Verfügung.[647] Allerdings verwehrt die Kommission den Mitgliedstaaten, die Methoden gegeneinander auszuspielen. Insofern rechtfertigt ein Wertgutachten nicht den Verkauf an einen anderen als den sich an der vorangegangenen Ausschreibung beteiligenden Höchstbietenden.[648]

In der Konstellation des staatlichen Verkäufers stellt sich zudem die Frage, ob auch sog. „stranded costs" in den Verkaufspreis einzupreisen sind. Dabei handelt es sich um die

---

644 *Kerst*, GWR 2014, 82; *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779.

645 EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, (Land Burgenland), Rn. 89, bestätigt durch EuGH, 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P (Land Burgenland).

646 Zum Bietverfahren *Koenig*, EuZW 2001, 741 ff.; *Bauer*, EuZW 2001, 748, 749

647 *Bauer*, EuZW 2001, 748, 749.

648 EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, (Land Burgenland), bestätigt durch EuGH, 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P (Land Burgenland), Rn. 53.

Kapitalkosten für Investitionen, die häufig im Zusammenhang mit der Liberalisierung staatlicher Monopole entstanden sind und die typische Altlasten infolge langfristiger Bindungen betreffen. Die privatisierungsbedingten „stranded costs" sind häufig irreversibel bzw. „versunkene Kosten", weil sie nicht mit einem dem Investitionswert angemessenen Veräußerungserlös gedeckt und rückgängig gemacht werden können.[649] Betriebswirtschaftlich handelt es sich somit um Belastungen, die der Privatisierung häufig entgegenstehen, da sie nicht in kurzer Zeitspanne marktgängig abgebaut werden können.

Angesichts dessen wurden diese Kosten über verschiedene Mechanismen bei der öffentlichen Hand „geparkt" oder durch diese finanziert, um den Privatisierungserfolg überhaupt möglich zu machen.[650] Den Ausschluss einer Begünstigung des Erwerbers kann in diesen Fällen selbst eine transparente, diskriminierungsfreie Ausschreibung und die Veräußerung an den Bestbieter nicht sicherstellen, da durch die Ausschreibung nicht gewährleistet ist, dass der Bestbieter einen vollständig kompensierenden Preis, d. h. einschließlich der „stranded costs", zahlen muss. In Fällen der Privatisierung staatlicher Monopole löst die Kommission Beihilfegewährung auf der Ebene der Rechtfertigung und Genehmigung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV, sofern das Liberalisierungsziel die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung überwiegt, mithin die Übernahme der „stranded costs" durch den Staat als Beihilfe zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete erforderlich ist.[651]

II. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Darlehensgebers

Das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Darlehensgebers (Market Economy Lender Principle) wandelt das KmhW auf die Darlehensgewährung durch die öffentliche Hand ab. Darlehensgewährungen der öffentlichen Hand zu marktunüblich niedrigen Zinsen begünstigen den Darlehensnehmer, da er Kapital zu Bedingungen erhält, die ihm der Markt nicht einräumen würde. Unter dem Äquivalenzgesichtspunkt folgt daraus, dass ein Darlehen dann keine Beihilfe enthält, wenn es zu Bedingungen gewährt wird, die für den marktwirtschaftlich handelnden Kreditgeber annehmbar wären.[652] Das relevante Beihilfenelement im Fall der Darlehensvergabe besteht in der Differenz aus dem für den Darlehensnehmer

---

649 *Koenig/Schramm*, EWS 2013, 267, 270.

650 *Koenig/Schramm*, EWS 2013, 267, 270.

651 2008/765/EG: Entscheidung der Kommission vom 11.12.2007 über die Beihilfe C 7/06 (ex NN 83/05), gewährt von Finnland zugunsten von Tieliikelaitos/Destia (bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2007) 6073), ABl. L 270 vom 10.10.2008, S. 1 ff., Nr. 291.

652 *Slocock*, Competition Policy Newsletter 2002, 23, 25.

marktüblich zu zahlenden Zinssatze und dem tatsächlich von ihm durch den Staat geforderten effektiven Zinssatz.[653] Da sich der Vorteil nicht durch eine einmalige Auszahlung des Darlehens realisiert, sondern sich als Zinsvorteil auf die gesamte Laufzeit des Darlehens erstreckt, wird der Barwert ermittelt, indem alle künftigen Zahlungen auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung diskontiert werden.

Anders als bei der Bereitstellung von Kapital in Form der Unternehmensbeteiligung kommt es bei der Kredit- bzw. Darlehensvergabe, bei der der Kreditgeber keinen Einfluss auf das Unternehmen und die Kapitalverwendung hat, vor allem auf die Stellung von Sicherheiten und die marktübliche Verzinsung des Kapitals an. Kann der Staat bei der Unternehmensbeteiligung eine stärkere Kontrolle über das Unternehmen ausüben,[654] hat er bei der Darlehensvergabe den Kennzahlen und dem (Markt-)Umfeld des darlehensnehmenden Unternehmens bei der Bestimmung der marktüblich zu erwartenden und zu fordernden Rendite ein deutlich höheres Gewicht beizumessen. Der Staat muss also bei der Vergabe von Darlehen strikt Renditeaspekte verfolgen und kann sich nicht auf sektorpolitische Beweggründe berufen.[655]

III. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Garantiegebers

Das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Garantiegebers (Market Economy Guarantor Principle) ist die Abwandlung des KmhW für Fälle, in denen der Staat als Garantiegeber auftritt.[656] Die staatliche Intervention erfolgt auch hier in einer Dreieckskonstellation. In dieser stehen sich der Darlehensnehmer sowie der Darlehensgeber und der garantiegebende Staat gegenüber. Die Begünstigung kann den Darlehensnehmer als auch den Darlehensgeber betreffen.

Infolge der staatlichen Garantie besteht die Gefahr, dass der Darlehensnehmer überhaupt erst Kreditwürdigkeit erlangt oder er infolge der Garantie ein verbilligtes Darlehen aufgrund marktunüblich günstiger Darlehenszinsen erhält.

Auf Seiten des Darlehensgebers kann eine Begünstigung etwa durch eine Übersicherung infolge der staatlichen Garantie eintreten, z. B. weil der Vorteil nicht in Form günstigerer Zinsen an den Darlehensnehmer weitergegeben werden soll. Die Begünstigung kann auch dadurch entstehen, dass die staatliche Garantie zu einem Zeitpunkt übernommen wird, an

---

653 *Ciresa,* Beihilfenkontrolle, 53.

654 *Slocock*, Competition Policy Newsletter 2002, 23, 25.

655 *Arhold*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 257.

656 *Slocock*, Competition Policy Newsletter 2002, 23, 25

dem Darlehensnehmer und -geber den Darlehensvertrag bereits abgeschlossen haben. Der Umstand, dass der Darlehensgeber auch ohne staatliche Sicherheiten das betreffende Darlehen gewährt, spricht dann dafür, dass die spätere staatliche Garantie nicht mehr erforderlich ist und daher marktunüblich sein könnte.

Die Herausforderung in Fällen staatlicher Garantien und Sicherheiten besteht darin, die Begünstigung auf allen Ebenen der Dreieckskonstellation auszuschließen. Dabei kommt es auf die Äquivalenz von Darlehen, Darlehenszins und Tilgungsbedingungen sowie Risikoverteilung im Lichte der staatlichen Garantie an. Ausführungen zu den Voraussetzungen der Marktüblichkeit macht die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff und in der Bürgschaftsmitteilung.[657]

IV. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Gläubigers

Früh stellte der EuGH klar, dass die Befreiung von Lasten, welche Unternehmen normalerweise zu tragen haben, Beihilfen entfalten kann.[658] Stehen dem Staat Unternehmen z. B. in Bezug auf Sozialversicherungsbeiträge, Steuern, Abgaben und Gebühren, Bußgelder oder als Schuldner gegenüber[659] und verringert der Staat Forderungen oder verändert er Zahlungsbedingungen zugunsten der Unternehmen, kann darin eine Beihilfegewährung liegen.

Während bei der Investition Entscheidungen über die künftige Kapitalverwendung getroffen werden, geht es in der Gläubigerrolle des Staates um den Umgang mit feststehenden Forderungen. Im Vordergrund steht nicht die Ausgestaltung eines künftigen Rechtsverhältnisses, sondern eines bestehenden Rechts- und Forderungsverhältnisses. Häufig befindet sich der Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten.[660] Der Gläubiger steht in dieser Situation in einem Spannungsverhältnis zu seinem Schuldner. Um seine Forderung dennoch zu realisieren, kann es sinnvoll sein, die Forderung teilweise zu erlassen, um zumindest einen Teil der Forderung zu realisieren oder einer Umschuldung zuzustimmen. Anders als beim Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, bei dem das betreffende Kapital

---

657 Vgl. Beihilfebegriff-Bek., Rn. 108 ff. sowie Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. C vom 20.6.2008, S. 10-22, siehe dazu Kapitel 4, B.III.2.e); vgl. Beihilfebegriff-Bek., Rn. 109 und den Hinweis der Kommission in der dortigen Fußnote Nr. 168, dass die Bürgschaftsmitteilung nicht durch Bekanntmachung zum Beihilfebegriff ersetzt wird.

658 EuGH, 2.7.1974, Rs. 173/73, (Italien/Kommission), Rn. 33/35; EuGH, 8.12.2011, Rs. C-81/10 P (France Télécom), Rn. 44; EuGH, 15.12.2005, Rs. C-66/02 (Italien/Kommission), Rn. 100.

659 *Soltész/Makowski*, EuZW 2003, 73, 74.

660 Schlussanträge GA *Maduro* vom 1.4.2004, Rs. C-276/02 (Spanien/Kommission), Rn. 24; *Köster/Molle*, EuZW 2007, 534, 536.

„auf den Markt" gebracht wird,[661] wird beim Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Gläubigers (Private Creditor Test) angesichts der Interessen von Gläubiger und Schuldner gerade kein Kapital zusätzlich gewährt, sondern die ohnehin bestehende Zahlungspflicht des Schuldners modifiziert. Dies kann das Ergebnis eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs zur Streitbeilegung sein. Möglich ist auch die faktische teilweise oder vollständige Nichtdurchsetzung, bzw. der Erlass einer Forderung durch den Staat, etwa weil das betroffene Unternehmen seine Verbindlichkeiten systematisch nicht begleicht.[662] Ein beihilferechtlich relevanter Vorteil kann ferner in der Stundung einer Forderung oder in der Prolongation eines Vertrages liegen, wenn sie ohne Gegenleistung des Schuldners erfolgen.

Die Grenzziehung zwischen zulässigem, da marktkonformes, Gläubigerverhalten im Fall der „Verschonung" eines Unternehmens ohne Beihilfecharakter und der dem Beihilfeverbot unterfallenden Rückzahlungserleichterung oder dem Erlass erfolgt anhand des Privatgläubigertests.[663] Der Test ist eine weitere Unterkategorie des KmhW. Ihm liegt ebenfalls das Marktäquivalenzprinzip zugrunde.[664] Das klassische, auf Investitionen angewandte Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers kann wegen dessen Zielrichtung, einen Vergleich mit den Investitionsentscheidungen eines privaten Kapitalgebers zu ermöglichen, der Kapital zum Zwecke der Rentabilisierung anlegt, nicht unmittelbar angewendet werden.[665] Daher erfährt die der Prüfung zugrunde liegende Fragestellung im Privatgläubigertest eine Abwandlung.

Eine konkretisierende Mitteilung oder Leitlinie der Kommission liegt für dieses Kriterium bislang nicht vor. Die inhaltlichen Konturen des abgewandelten Kriteriums sind unscharf.[666] Gleichwohl brachte es die Kommission erstmals in der Rechtssache „Tubacex"[667] zur Anwendung. In dem Verfahren ging es um die beihilferechtliche Beurteilung einer Rückzahlungsvereinbarung, die Zahlungserleichterungen zwischen einer staatlichen Sozialversicherung und einem spanischen Stahlrohrhersteller vorsah. Der EuGH bestätigte das von der

---

661 Schlussanträge GA *Maduro* vom 1.4.2004, Rs. C-276/02 (Spanien/Kommission), Rn. 24.

662 EuGH, 12.10. 2000, Rs. C-480/98 (Magefesa), Rn. 19; *Soltész/Makowski*, EuZW 2003, 73, 73.

663 Auch Market Economy Creditor Principle oder Debtor Principle genannt, vgl. *Koenig/Hellstern*, RIW 2011, 286, 287.

664 EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Tubacex); *Slocock*, Competition Policy Newsletter 2002, 23, 25; *Köster/Molle*, EuZW 2007, 534, 534

665 *Wiedenbauer*, BZR 2012, 210, 212.

666 *Köster/Molle*, EuZW 2007, 534, 535.

667 EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Tubacex), Rn. 46; EuGH, 29.6.1999, Rs. C-256/97 (DM Transport), Rn. 24; zum Ganzen, vgl. auch *Wiedenbauer*, BZR 2012, 210, 210 f.; *Ehricke*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 176, 179.

Kommission zur Prüfung des Vorliegens einer Beihilfe abgewandelte KmhW. Allerdings sah der EuGH den relevanten Vorteil in anderer Höhe als gegeben.

Der EuGH entschied, dass sich der Staat, wenn er im Hinblick auf seine Forderungen Rückzahlungsmodalitäten festlegt, nicht wie ein Investor verhält, der Kapital zum Zweck seiner mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung anlegt. In dieser Situation verhält er sich vielmehr wie ein privater Gläubiger, der die Bezahlung der ihm geschuldeten Beträge zu erlangen sucht und dazu mit dem Schuldner Vereinbarungen schließt, die eine Stundung oder Ratenzahlung der als Schulden aufgelaufenen Forderung vorsehen, um ihre Rückzahlung zu erleichtern bzw. zu erreichen.[668]

In der Rechtssache „Fondul Proprietatea“[669] bestätigte und präzisierte der EuGH diesen Grundsatz weiter. Danach liegt keine Beihilfe vor, wenn das Unternehmen denselben Vorteil, der ihm aus Staatsmitteln gewährt wurde, unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können. Gewährt ein öffentlicher Gläubiger einem Unternehmen Zahlungserleichterungen für von diesem geschuldete Forderungen, hat die Prüfung unter Anwendung des Kriteriums des privaten Gläubigers zu erfolgen. Zahlungserleichterungen sind danach Beihilfen, wenn das Unternehmen in Anbetracht der Bedeutung des gewährten wirtschaftlichen Vorteils derartige Erleichterungen offenkundig nicht von einem privaten Gläubiger erhalten hätte, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der öffentliche Gläubiger und der von einem Schuldner, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, die Zahlung der ihm geschuldeten Beträge zu erlangen sucht. Handelt der Staat beim zeitweisen oder teilweisen Verzicht jedoch wirtschaftlich und unternehmerisch, liegt darin keine Beihilfe.

Während also nach dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers danach gefragt wird, ob ein privater Marktteilnehmer ebenso bereit wäre, unter den gegebenen Bedingungen eine Leistung zu gewähren, wird im Rahmen des Privatgläubigertests danach gefragt, ob ein privater Marktteilnehmer bereit wäre, zu den gegebenen Bedingungen auf die Leistung des Schuldners zu verzichten oder ihm Zahlungserleichterungen

---

668 EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Tubacex), Rn. 46 f., sowie Schlussanträge GA *La Pergola*, Slg. 1999, I-2461, Rn. 9, 11; EuGH, 29.6.1999, Rs. C-256/97 (DMT), Rn. 19; *Bacon*, ECLR 24 (2003), 54, 55.

669 EuGH, 18.5.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn. 25; EuGH, 24.1.2013, C-73/11 P, (Frucona Košice I), Rn. 70 f.; EuGH, 21.3.2013, C-405/11 P (Buczek Automotive), Rn. 31 f.; vgl. auch KOM, Beschluss vom 29.6.2011, C(2011) 4426, Beihilfe Deutschlands zugunsten Weinabsatz Pfalz GmbH, Rn. 48.

einzuräumen. Verglichen wird, ob der staatliche Verzicht, die Verschonung oder Ermäßigung auf, die ihm in voller Höhe zustehende Forderung eine Besserstellung des Schuldnerunternehmens gegenüber Unternehmen mit den gleichen Schwierigkeiten bewirkt.[670]

Angesichts dessen gilt im Regelfall, dass Forderungen in voller Höhe durchzusetzen sind, da dies für den privaten Gläubiger der Normalfall ist, ganz gleich, ob der Schuldner zahlungsfähig ist oder sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Zahlt der Schuldner nicht, wird ein privater Gläubiger Forderungen gerichtlich durchsetzen und dazu auch Sicherheiten verwerten.[671] Denn der Verzicht auf die ihm zustehende Forderung bringt ihm im Regelfall keinen ökonomischen Vorteil. Dies gilt erst recht, wenn durch Sicherheiten bessere Möglichkeiten zur Verwirklichung der Forderungen gegeben sind. Bevor ein privater Gläubiger also auf die Durchsetzung einer Forderung verzichtet, nimmt er diese Sicherheiten in Anspruch. Vor allem wird der Gläubiger dem Schuldner keinen weiteren Kredit einräumen, da die Rückzahlung in Gefahr ist. Aufgrund derselben Erwägungen wird der private Gläubiger bereits bestehende Zahlungsansprüche in einer Liquiditätskrise des Schuldners geltend machen und durchsetzen, soweit ihm dies noch möglich ist.

Im Rahmen des Privatgläubigertests ist, wie beim KmhW, als Maßstab das Verhalten vergleichbarer Privater zu betrachten. Verzichten andere private Gläubiger nicht mindestens in demselben Maß auf die Durchsetzung der Forderung wie die öffentliche Hand, ist von dem Vorliegen einer Beihilfe auszugehen. Eine entscheidende Rolle spielt das konkrete Forderungsverhältnis, d. h. die Höhe und Art der Forderung, die gegebenen Sicherheiten und der Gläubigerrang.

Soziale, wirtschaftliche oder sonstige politische Erwägungen des Staates sind bei dem Vergleich seines Handelns mit dem eines privaten Gläubigers ebenfalls außer Betracht zu lassen. Unberücksichtigt bleiben daher Sozial- oder andere Folgekosten des Staates, die z. B. durch Entlassungen in Form von Arbeitslosenunterstützung und Hilfen für die Wiederherstellung der industriellen Struktur anfallen. Denn unter normalen Bedingungen verzichtet kein privater Gläubiger auf seine Forderung, nur um die Insolvenz seines Schuldners abzuwenden, da er nicht dem Gemeinwohl verpflichtet ist.

Verfügt die öffentliche Hand demgegenüber über Vorrechte bei der Durchsetzung ihrer Forderung, sind diese in die Vergleichsbetrachtung einzubeziehen. Der bloße Vergleich der von dem Schuldner mit den privaten bzw. den öffentlichen Gläubigern geschlossenen

---

670 Schlussanträge GA *Maduro* vom 1.4.2004, Rs. C-276/02 (Spanien/Kommission), Rn. 24.

671 *Wiedenbauer*, BZR 2012, 210, 213.

Rückzahlungsvereinbarungen ohne genaue Analyse der Rahmenbedingungen führt zu fehlerhaften Ergebnissen beim Privatgläubigertest.

Allerdings kann es wie auch für private Gläubiger im Interesse des staatlichen Gläubigers sein, eine Forderung zumindest zeitweise oder teilweise nicht durchzusetzen. Dies wird der Fall sein, wenn die Nichtdurchsetzung einer Forderung wirtschaftlich sinnvoller erscheint, so z. B. wenn sie im Vergleich zu anderen Möglichkeiten die Gewähr gibt, den größtmöglichen Teil der Forderungen eintreiben zu können oder sich dadurch größere Folgeverluste vermeiden lassen. Dazu wird ein privater Gläubiger den Betrag, den er maximal im Rahmen der Stundung oder Nichtdurchsetzung erlangen kann, mit dem Betrag vergleichen, den er im Rahmen der Einzel- oder Gesamtvollstreckung bei Verwertung aller Sicherheiten und Vorrechte realisieren würde. Nur wenn der letztgenannte Betrag niedriger ist, wird er auf die sofortige Durchsetzung seiner Forderung verzichten. In Betracht kommt dies vor allem in Fällen staatlicher Unternehmensbeteiligungen, wenn die Durchsetzung der Forderungen sich nur durch die Insolvenz realisieren lässt. Dies hätte indes den Verlust der Beteiligung zur Folge oder würde insgesamt die Zerschlagung oder Liquidation in der Zwangsvollstreckung und damit den Forderungsverlust bedeuten.

Am Maßstab des Privatgläubigertests ist zu prüfen, ob die öffentliche Hand bei der Beitreibung einer Forderung oder der Verringerung von Belastungen eines Unternehmens vergleichbar, d. h. vor allem mit vergleichbarem Nachdruck, Forderungen eintreibt, wie dies ein privater Gläubiger unter vergleichbaren Umständen getan hätte.[672] Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung, die alle Anhaltspunkte berücksichtigt, insbesondere den Wert des Aktivums, das Gegenstand der Hingabe an Zahlungs statt ist, das Verhältnis von gezahlten und offenen Forderungen sowie nicht zuletzt die Höhe der offenen Forderungen. Anhand wirtschaftlicher Beurteilung ist zu prüfen, ob die staatliche Maßnahme z. B. in Form der Bilanzsanierung und Erhöhung des Eigenkapitals einem wirtschaftlichen Ziel dient, das ebenso ein privater Kapitalgeber verfolgen könnte oder ob es das öffentliche Interesse rechtfertigt, das dem Staat als Träger öffentlicher Gewalt zukommt.

Eine Stundung bzw. ein zeitweiser Forderungsverzicht kann dagegen wirtschaftlich vernünftig sein, wenn der Schuldner dem öffentlichen Gläubiger als Gegenleistung für sein Entgegenkommen Vergünstigungen einräumt, etwa indem er zusätzliche Sicherheiten bestellt. Für das Vorliegen einer Beihilfe in Gestalt einer Umschuldungs- oder Stundungsvereinbarung spricht dagegen, wenn der Schuldner überhaupt keine Gegenleistungen einräumt.

---

[672] EuGH, 8.5.2003, verb. Rs. C-328/99 u. C-399/99 (Italien u. SIM 2/Kommission), Rn. 35; EuGH, 22.11.2007, Rs. C-525/04 P (Lenzing), Rn. 59.

Die Flexibilität und Interpretationsmöglichkeit des KmhW führt in diesen Fällen dazu, dass sich die öffentliche Hand regelmäßig darauf beruft, die Verschonung des Schuldners führe zu dessen wirtschaftlicher Erholung, mit der dann die bessere Durchsetzung der Forderung sichergestellt wäre. Die hierbei zugrunde gelegten optimistischen Zukunftsprognosen sind in der Regel kaum verifizierbar. Zu Recht sind in solchen Fällen daher keine hohen Anforderungen an den Nachweis zu stellen, dass die Nichtdurchsetzung die Position des Gläubigers wirklich verbessert hätte. Bei Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners wird ein privater Gläubiger seine Forderung selten zins- oder gegenleistungsfrei stunden, da mit der Stundung das Risiko des vollständigen Forderungsausfalls steigt.[673] Vielmehr kommen als Gegenleistung regelmäßig ein höherer Zinssatz und die Bestellung zusätzlicher Sicherheiten durch den Schuldner in Betracht, die den Schaden beim Gläubiger durch den Schuldnerverzug und drohenden Forderungsausfall ersetzen.[674]

Ebenso kann es wirtschaftlich sinnvoller sein, auf einen Teil der Forderung ganz zu verzichten, wenn dadurch ein größerer Teil der Forderung realisiert werden kann, als dies bei der Insolvenz der Fall wäre.[675] So kann ein Vergleich vernünftiger sein als die Beitreibung, wenn über Bestand und Höhe der Forderung eine Rechtsunsicherheit besteht, die die Durchsetzung vor Gericht erschwert. Allerdings beurteilte die Kommission derartige Fälle nicht stringent. In der Sache „SNIACE" sah sie in der Gewährung eines Zahlungsaufschubs zum Schutz der Interessen der Sozialversicherung einen erheblichen Vorteil für das betreffende Unternehmen und damit eine Beihilfe.[676] In einer weiteren Entscheidung stellte die Kommission dagegen fest, dass die öffentlichen Stellen dadurch, dass sie nicht die Zwangsvollstreckung betrieben hatten, die möglicherweise den Konkurs des Unternehmens zur Folge gehabt hätte, ihre Aussichten, die geschuldeten Beträge zurückzuerhalten, optimiert hätten.[677] Zusammenfassend gilt gleichwohl, dass ein gänzlicher Verzicht auf eine staatliche Forderung in kaum einem Fall beihilfefrei erfolgen kann; dies allenfalls wenn im Rahmen einer staatlichen Beteiligung an einem Unternehmen die Liquidation die Folge wäre und diese den Staat wirtschaftlich teurer käme als die Fortsetzung oder Veräußerung. Relevant ist der Privatgläubigertest damit insbesondere im Rahmen von Unternehmenssanierungen von staatlichen Unternehmen oder unter staatlicher Beteiligung.[678]

---

673 *Köster/Molle*, EuZW 2007, 534, 534.

674 *Köster/Molle*, EuZW 2007, 534, 534; EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Tubacex), Rn. 48.

675 *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 164.

676 Entscheidung der Kommission 2001/43/EG, ABl. 2001 L 11, S. 46, Rn. 29 (SNIACE).

677 Entscheidung der Kommission 97/21/EGKS, ABl. 2001 L 52, S. 26, Rn. 28 (Tubacex II).

678 *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 177.

D. Kritik am Kriterium

Trotz der weitgehenden Akzeptanz des KmhW für die sachgerechte Unterscheidung von zulässigem wirtschaftlichen Handeln und unzulässiger Beihilfegewährung[679] wird es auch kritisch gesehen.[680] Überwiegend betrifft die Kritik die fallbezogene Anwendung des Kriteriums durch die Kommission, die die Beteiligten häufig vor den Unionsgerichten klären und auf die in Kapitel 5 eingegangen wird. Im Folgenden sollen die Einwände beleuchtet werden, die das Kriterium grundsätzlich in Frage stellen.

I. Ziel- und Aufgabenverschiedenheit

Teilweise wird gegen das KmhW vorgebracht, dass es wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen von privaten und staatlichen Investoren und Wirtschaftsbeteiligten von vornherein ungeeignet sei für die Abgrenzung von marktwirtschaftlichem und staatlichem Verhalten.[681] So müsse der Staat andere Aufgaben erfüllen als ein privater Wirtschaftsbeteiligter, dem keine öffentlichen Pflichten obliegen. Das KmhW verlange vom Staat nichtsdestoweniger, dass er sich der Logik des Marktes unterwirft.[682]

Richtig ist, dass marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechende Maßnahmen, die daher im Einklang mit dem KmhW stehen, keine Beihilfen implizieren. Denn den mit der Maßnahme verbundenen Vorteil könnte das betreffende Unternehmen dann ebenso von privaten Wirtschaftsbeteiligten erhalten. Die damit ebenfalls verbundene Beihilfefreiheit und ersparte Notifizierung der Maßnahme mögen für den Staat Gründe sein, seine Maßnahmen an marktwirtschaftlichen Prämissen auszurichten. Allerdings übersieht die Kritik, dass das KmhW die Mitgliedstaaten nicht hindert, Beihilfen zu gewähren. Die Tatbestände in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV schaffen den Rahmen dafür. Darüber hinaus gestattet Art. 106 Abs. 2 AEUV bei Vorliegen der Voraussetzungen die für die Erfüllung des Gemeinwohlinteresses nötige aufgabenorientierte Einschränkung der Wettbewerbsvorschriften.[683] Beihilferechtlich sind die Mitgliedstaaten jedoch zur Transparenz und Kennzeichnung, sowie in den Fällen der Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV, zur Notifizierung verpflichtet. Das KmhW schafft insoweit Klarheit, indem es die Einordnung staatlichen Handelns in beihilferechtliche Kategorien ermöglicht.

---

679 *Soukup*, ZögU 1995, 16, 18

680 *Hasselmann,* Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff, 104 ff.

681 *Giesberts/Streit*, EuZW 2009, 484, 485; *Asendorf,* Der private reasonable investor's test, 156.

682 *Giesberts/Streit*, EuZW 2009, 484, 485

683 Zur Frage, ob es sich um eine Bereichs- oder aber Legalausnahme handelt, vgl. *Wissing,* Marktstrukturverantwortung, 190 m. w. N.

II. Kein idealtypischer privater Investor in der Praxis

Gegen das KmhW wird eingewandt, dass es keinen idealtypischen Investor bzw. Wirtschaftsbeteiligten gebe, der als Vergleichsmaßstab geeignet sei.[684] Die Praxis zeige dies mit riskanten Unternehmensentscheidungen, Fehlinvestitionen und zahlreichen Unternehmensinsolvenzen. Der Vergleich sei somit kein realer, sondern ein theoretischer.

Ein Blick auf Insolvenzstatistiken verdeutlicht in der Tat, dass es in der Praxis nicht *den einen* idealen privaten Investor bzw. Wirtschaftsbeteiligten gibt.[685] Im Kern übersieht die Kritik allerdings zwei wesentliche Aspekte: Zum einen beruht das KmhW gerade nicht auf dem Vergleich des staatlichen Handelns mit einem „idealen", sondern auf dem Vergleich mit einem typischen, d. h. unter normalen Marktbedingungen handelnden privaten Wirtschaftsbeteiligten von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage.[686] Darüber hinaus ist die Heranziehung idealisierter Maßstäbe zur rechtlichen Erfassung und Bewertung bestimmter Verhaltensweisen auch in anderen Bereichen der Rechtsordnungen nicht ungewöhnlich, wie etwa der Sorgfaltsmaßstab vom ordentlichen Kaufmann[687] zeigt.

Zum anderen übersieht die Kritik, dass die staatliche Maßnahme nicht am Maßstab eines exakt zu bestimmenden Referenzwertes für vergleichbare Maßnahmen gemessen wird. Vielmehr trägt die Kommission der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte Rechnung, indem sie Spannen marktüblicher Renditeerwartungen festlegt. Liegt die staatliche Entscheidung innerhalb der Bandbreite akzeptabler marktüblicher Werte, ist die Maßnahme beihilfefrei.[688] Auch hier können Parallelen zu anderen Bereichen gezogen werden, in denen ebenfalls Referenzwerte herangezogen werden, etwa im deutschen Werkvertragsrecht, wo im Falle einer fehlenden Vergütungsvereinbarung entweder die taxmäßige Vergütung oder die „übliche" Vergütung zu zahlen ist.[689]

---

684 *Martin-Ehlers*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 85; *Cyndecka,* The market economy investor test, 291; *Nicolaides/Rusu*, EStAL 2011, 237, 245; *Parish*, ELR 2003, 70; *Cecco,* State aid and the European economic constitution, 66 f.

685 In den vergangenen 10 Jahren (2009 bis 2019) beantragten 275.924 Unternehmen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, Quelle: Statistisches Bundesamt (Destatis) 2020, Insolvenzverfahren: Deutschland, Jahre, beantragte Verfahren, https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?operation=abruftabelleBearbeiten&levelindex=1&levelid=1589040746183&auswahloperation=abruftabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&code=52411-0001&auswahltext=&werteabruf=Werteabruf#astructure (9.5.2020).

686 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 74.

687 Vgl. § 347 Abs. 1 HGB: *Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.*; vgl. für Österreich vgl. § 347 UGB; *Spannowsky*, ZHR 1996, 560, 578

688 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 100.

689 Vgl. § 632 Abs. 2 BGB: *Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.*

III. Ungleichbehandlung von Staat und Privaten

In der Praxis wird der Kommission zudem vorgeworfen, das aus Art. 345 AEUV abgeleitete Gebot der Gleichbehandlung von öffentlichem und privatem Eigentum zu verletzen, weil sie die Rationalität und Sorgfalt wirtschaftlicher Entscheidungen in der Privatwirtschaft überschätze.[690] Beruhe eine fehlgeschlagene Investition in der Privatwirtschaft auf einem schlichten Irrtum, der bisweilen ohne Konsequenzen bleibe, oder einer Fehleinschätzung, können bei der Anwendung des KmhW Irrtümer der öffentlichen Hand zu beihilferechtlichen Rückforderungsrisiken führen.[691] Auch sei es der öffentlichen Hand nach den Mitteilungen der Kommission verwehrt, ihren Unternehmen in jeder Lage und zu jeder Zeit finanzielle Mittel bereitzustellen.[692] Der für das Kriterium als Vergleichsmaßstab zu bildende private Kapitalgeber sei zu streng und setze einen idealtypischen Investor voraus.[693] Dieser bewirke, dass der Staat Erwägungen ausblenden müsse, die im privaten Wirtschaftsleben durchaus eine Rolle spielen dürfen. Infolgedessen müsse die öffentliche Hand bei ihren Investitionsentscheidungen einem strengeren Verhaltensmaßstab genügen als private Kapitalgeber im Wirtschaftsleben.

Diese Auffassung, die eng mit der unter Punkt II. dargestellten Kritik zusammenhängt, übersieht zwei entscheidende Punkte: Erstens ist Maßstab für die Beurteilung einer staatlichen Maßnahme der Beihilfebegriff aus Art. 107 Abs. 1 AEUV. Insofern schränkt das KmhW den Beihilfebegriff aus Art. 107 Abs. 1 AEUV weder ein noch erweitert er ihn. Darüber hinaus regeln die Mitteilungen selbst keine Beschränkungen der unternehmerischen Betätigung der Mitgliedstaaten. Sie fixieren regelbeispielhaft, was die Kommission als unternehmerisch motiviert ansieht und legen ihren Prüfungsmaßstab und ihre Herangehensweise offen. In Bezug auf den Beihilfebegriff aus Art. 107 Abs. 1 AEUV wird dieser weder durch Art. 345 AEUV sowie das KmhW erweitert noch eingeschränkt.

Zweitens rechtfertigt sich die in erhöhten Prüf- und Transparenzpflichten zu Tage tretende unterschiedliche Behandlung von Privaten und der öffentlichen Hand, wenn sie unternehmerisch handeln, aus der unterschiedlichen Ausgangslage, in der sie sich befinden. Während der private Unternehmer aufgrund seiner begrenzten Ressourcen dauerhafte Verluste vermeiden und zudem noch Gewinne erzielen muss, hat die öffentliche Hand bei ihren

---

690 *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 252

691 *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 252

692 *Bonkamp,* Beteiligung der öffentlichen Hand, 29; *Soukup*, ZögU 1995, 16, 34; EuGH, 21.3.1991, Rs. 303/88 (ENI-Lanerossi), Rn. 14.

693 *Ronellenfitsch*, in: Isensee/P. Kirchhof, HbStR, § 98, Rn.40; EuGH, 21.3.1991, Rs. 303/88 (ENI-Lanerossi), Rn. 17 f.

Investitionsentscheidungen ihre verfassungsrechtlichen Bindungen zu beachten und Gemeinwohlbelange zu berücksichtigen. Sie verfügt dazu über einen nahezu unerschöpflichen Zugriff auf finanzielle Mittel,[694] wobei Steuermittel die Haupteinnahmequelle des Staates ist. Art. 126 Abs. 1 AEUV bindet die Mitgliedstaaten zusammen mit dem Protokoll Nr. 12[695] über das Verfahren bei einem übermäβigen Defizit normativ und verpflichtet sie zur Vermeidung übermäßiger Haushaltsdefizite.[696]

Mögliche Gewinne sind in dieser Konstellation ein Entscheidungsparameter von mehreren. Deutlich wird dies beispielsweise an der kommunalverfassungsrechtlichen Zweckbindung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand an die Daseinsvorsorge, die zahlreiche deutsche Kommunalverfassungen aufstellen.[697] Die Bindung an Gemeinwohlbelange birgt indes die Gefahr, dass die öffentliche Hand eher bereit ist, Verluste hinzunehmen, die aus einer punktuellen Investitionsentscheidung resultieren können. Verhindern die Wettbewerbsregeln die Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Gemeinwohlinteressen, eröffnet Art. 106 Abs. 2 AEUV allerdings den Kompromiss zwischen souveränem Gestaltungsanspruch der Mitgliedstaaten und den Zielen der Union[698] und gestattet punktuelle oder bereichsspezifische Einschränkungen der Wettbewerbsregeln.

IV. Ungeeignet bei außergewöhnlichen Investitionsvorhaben

Ein weiterer Einwand betrifft die fehlende Eignung des KmhW zur Prüfung außergewöhnlicher Investitionsvorhaben staatlicher Investoren. Mit dem Kriterium könne nur der „Normalfall" staatlicher Investitionen erfasst werden.[699] Fälle, in denen Mitgliedstaaten infolge einschneidender Transformationen Investitionen zu bewältigen haben, wie zum Beispiel im Zuge der Herstellung der Einheit Deutschlands, die in Art. 107 Abs. 2 lit. c AEUV eine gesonderte Regelung erfuhr, oder die Transformation des Staatssektors in Mittel- und Osteuropa, können kaum zielführend mit dem Kriterium gelöst werden.[700]

---

694 *Püttner,* Öffentliche Unternehmen, 235, 282 f.

695 Protokoll Nr. 12 über das Verfahren bei einem übermäβigen Defizit, ABl. C 15 vom 9.5.2008, S. 279–280.

696 Vgl. auch Art. 109 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG, aus denen die Pflicht zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin und zur Begrenzung der Kreditaufnahme folgt.

697 Vgl. etwa § 91 Abs. 2 Brandenburgische Kommunalverfassung. Die fehlende Staatsqualität der Gemeinden nach dem Grundgesetz steht dem aus unionsperspektive nicht entgegen.

698 *Jungbluth*, EuR 2010, 471, 481.

699 *Börner*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 92; *Cyndecka,* The market economy investor test, 291.

700 *Börner*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 92.

Der Einwand richtet sich im Kern gegen die Anwendbarkeit des KmhW außerhalb normaler Marktbedingungen. Zutreffend setzt das KmhW normale Marktbedingungen voraus. Damit sind die Bedingungen gemeint, die die Wirtschaft regeln und die gelten, wenn der Staat nicht zugunsten bestimmter Unternehmen eingreift.[701] Ein lediglich dysfunktionaler Markt oder ein Marktversagen stehen normalen Marktbedingungen jedoch nicht entgegen.[702]

Im Fall einschneidender Transformationen wird es regelmäßig an dementsprechenden, normalen Marktbedingungen fehlen. In einer solchen Situation wird eine Vielzahl von Sozial-, Wirtschafts- und Liquiditätskosten gegeneinander abzuwägen sein, die den Staat von vornherein zu anderen Erwägungen zwingen, als sie ein privater Investor anstellen würde.[703] Insofern ist die Kritik berechtigt. Dem Einwand trägt das KmhW jedoch Rechnung, indem es normale Marktbedingungen voraussetzt. Die Kritik übersieht vor allem aber, dass anhand dieses Kriteriums Investitionen auf ihre Marküblichkeit überprüft werden. Wenn diese gegeben ist, sind die Investitionen als beihilfefrei anzusehen. Liegen indessen außergewöhnliche Marktbedingungen vor und sollen deshalb staatliche Investitionen getätigt werden, steht die Gewährung von Beihilfen im Vordergrund, die ggf. auch zur Wiederherstellung normaler Marktbedingungen eingesetzt werden und die einer ausreichenden Grundlage für ihre Genehmigung nach Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV bedürfen. In der Praxis belegen dies zahlreiche genehmigte Beihilfenprogramme zur Bewältigung verschiedener Krisen,[704] wie etwa zuletzt der COVID-19-Pandamie.

E. Zusammenfassung

Das KmhW beschreibt ein bewegliches Fremdvergleichskonzept, bei dem auf der Grundlage des Beurteilungsspielraumes der Kommission verschiedene ökonomische Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren angewandt werden, um festzustellen, ob sich der Staat bei einer in Erwägung gezogenen oder bereits durchgeführten mittelwirksamen Maß-

---

701 EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 72; EuGH, 5.2.2015, Rs. C-296/14 P (Griechenland/Kommission), Rn. 34; EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 60.

702 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur beihilfekonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen vom 10.2.2012, swd(2012) 14, (Privatisierungsleitfaden), S. 11, Fn. 21, siehe dazu Kapitel 4, B.III.2.f); *Atanasiu*, EStAL 2008, 571, 571

703 *Börner*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 92.

704 Für Deutschland beispielhaft etwa: State Aid SA.56714 (2020/N) – Germany – COVID-19 measures vom 24. März 2020. Einen Überblick liefert die Kommission unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html (Abruf 14.3.2021).

nahme wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhält. Ziel ist die Feststellung, ob eine in Aussicht genommene oder durchgeführte staatliche Maßnahme begünstigend im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit eine Beihilfe ist.

Das Kriterium liefert in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung aus Art. 107 Abs. 1 AEUV Maßstäbe für die Beurteilung der Marktkonformität einer staatlichen Maßnahme. Stellt sich im Ergebnis des Vergleichs heraus, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter die staatliche Maßnahme unter rein ökonomischen Gesichtspunkten, die andere Erwägungen wie etwa soziale Belange ausschließt, vorgenommenen hätte bzw. vornehmen würde, ist eine Begünstigung ausgeschlossen. Denn in Anbetracht des Ziels von Art. 107 Abs. 1 AEUV, einen unverfälschten Wettbewerb – auch zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen – zu gewährleisten, kann der Begriff *Beihilfe* im Sinne dieser Bestimmung keine Maßnahme aus Staatsmitteln zugunsten eines Unternehmens umfassen, wenn dieses Unternehmen denselben Vorteil unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können.[705] Der Staat verhält sich dann wie jeder andere Marktteilnehmer. Die sachgerechte Unterscheidung von zulässigem wirtschaftlichen Handeln und unzulässiger Beihilfegewährung ist für die Rationalität und Wirksamkeit des Beihilferechts daher von zentraler Bedeutung.[706] Das Kriterium dient indes nicht dem Nachweis, dass sich die staatliche Maßnahme für einen Privaten grundsätzlich lohnt.

Wie im privaten Sektor kommen im Rahmen des KmhW verschiedene finanz- und betriebswirtschaftswissenschaftliche Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren zur Überprüfung der ökonomischen Rationalität einer Investition zur Anwendung. Die Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren zielen auf Genauigkeit, dürfen aber damit nicht gleichgesetzt werden. Sie beruhen auf zukunftsgerichteten Annahmen (Prognosen) und bilden nicht alle Details der Lebenswirklichkeit einer zu beurteilenden Maßnahme ab. Dabei gilt insgesamt: desto kürzer und überschaubarer der Prognosezeitraum, desto präziser sind die Ergebnisse. Die Ergebnisse werden zudem validiert, indem weitere Investitionsrechenverfahren und Bewertungsmethoden parallel angewendet werden. Dennoch verbleibende Unsicherheiten bezüglich der tatsächlichen Entwicklung von Investitionen stellen die grundsätzliche Eignung der Investitionsrechenverfahren und Bewertungsmethoden im Rahmen des KmhW nicht infrage. Die Methoden sind wissenschaftlich fundiert und haben sich in der Praxis bewährt. Verbleibende Unsicherheiten sind zukunftsgerichteten Investitionen

---

705 EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 45 ff.; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 78; EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice), Rn. 21 und 22.

706 *Soukup*, ZögU 1995, 16, 18; *Koenig*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 9.

immanent und können nicht durch verfeinerte Investitionsrechenverfahren und Bewertungsmethoden überwunden werden. Mit der dem Kriterium immanenten Ausrichtung auf marktwirtschaftliche Gesichtspunkte erfolgt im Ergebnis eine Rationalitätsprüfung allein anhand ökonomischer Kriterien. Andere Erwägungen wie rechtsnormative oder soziale Belange finden keine Berücksichtigung, sodass nicht finanzielle und finanzielle Zielsetzungen nicht gegeneinander abgewogen und nicht finanzielle Nutzenbestandteile nicht in monetäre Größen umgerechnet werden.[707] Betriebswirte und Wirtschaftsprüfer avancieren auf diese Weise zum „Agenten der Beihilfenkontrolle".[708] Die dem Kriterium innewohnende vollständige ökonomische Betrachtung führt mit den angewandten Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren im Ergebnis zur Komplexitätsreduktion[709] sowie zur Rationalisierung und Prozeduralisierung[710] der beihilferechtlichen Begünstigungsprüfung, bei der auf der Ebene der Begünstigung nicht monetäre Gesichtspunkte ausgeblendet werden.[711]

Die Analyse des Kommissionsmaßstabes zeigt, dass kein abschließender Katalog an Prüfungspunkten und Kriterien existiert, anhand derer staatliche Maßnahmen auf ihre Übereinstimmung mit marktwirtschaftlichen Prinzipien überprüft werden. Die auf eine zu beurteilende staatliche Maßnahme konkret anzuwendenden Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren und zugrunde zu legenden Parameter und Annahmen sind einer konsistenten und einheitlichen Definition auch nicht zugänglich. Sie hängen von der jeweiligen Maßnahme ab und sind daher auf diese abzustimmen.[712] Insgesamt ist zu beobachten, dass je komplexer, atypischer oder langfristiger die zu beurteilende Maßnahme ist, desto weniger können präzise Parameter und Annahmen festgelegt werden.

In der Anwendung der Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren verfolgt die Kommission eine praktische Linie. Sie wendet jeweils die aus ihrer Sicht am besten zur Beurteilung des Sachverhaltes geeignete Methode an. Das wirft indes die Frage nach der Vorhersehbarkeit und Kohärenz der im Einzelfall von ihr angewendeten Methoden sowie infolgedessen der von ihr getroffenen Entscheidungen auf. Eine präzisere Kodifizierung und Selbstbindung würde die Vorhersehbarkeit stärken, damit allerdings einzelfallgerechten Entscheidungen auf der Grundlage von Gesamtbetrachtungen den Weg versperren.[713]

---

707 *Hüttemann*, in: Fleischer/ders., Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2015, § 1 Rn. 4.

708 *Koenig*, EuZW 2004, 385, 385.

709 *Hüttemann*, in: Fleischer/ders., Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2015, § 1 Rn. 4. *Fleischer/Hüttemann* (Hrsg.), Fleischer et al. 2015

710 Eingehend, *Hirschberger,* Prozeduralisierung, passim.

711 So auch *Hirschberger,* Prozeduralisierung, 226.

712 *Khan/Borchardt*, in: Gadea, EC state aid law, 109, 112.

713 So schon 1995 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 27.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Reichweite des Beihilfetatbestandes und das KmhW in enger wechselseitiger Abhängigkeit stehen. Denn die angesetzten Parameter, getroffenen Annahmen und angewandten Bewertungsmethoden beeinflussen mittelbar definitorisch den sachlichen Anwendungsbereich des Beihilfetatbestandes. Die Kommission verfügt damit in der Gesamtschau über eine ausgesprochen starke Deutungshoheit über den Beihilfebegriff, die nur durch die Kontrolle der Unionsgerichte begrenzt wird.[714]

[714] Zum Kriterium in der Rechtsprechung der Unionsgerichte siehe Kapitel 5.

Kapitel 4 – Das Kriterium in den Rechtsakten der Union

Nachdem das KmhW als Fremdvergleichsmaßstab in der Beihilfeprüfung samt den Abwandlungen vorgestellt und die ökonomischen Grundlagen sowie die Kritik dargestellt wurden, wird im folgenden Kapitel die Entwicklung und Etablierung des KmhW in den Rechtsakten der Union untersucht. Dazu sollen die verschiedenen Ebenen des Unionsrechts dahingehend analysiert werden, ob und inwieweit das KmhW Eingang in das geschriebene Unionsrecht gefunden hat und welcher Grad an rechtlicher Kodifizierung und Konkretisierung des Kriteriums auszumachen ist.

A. Ansätze und Vorläufer

I. Schrifttum

Im Schrifttum finden sich erste Ansätze des Fremdvergleichs von staatlichem und privatem Handeln im Kontext von Beihilfen in der Arbeit von *Monika Hochbaum* aus 1962 zur Frage der Abgrenzung zwischen Beihilfe und unbedenklichem Eigentümerverhalten des Staates in Bezug auf seine Unternehmen.[715] Danach muss es dem Staat um der Wahrung des redlichen Wettbewerbs willen verwehrt sein, „seinen Unternehmen Mittel zufließen zu lassen, deren Quelle für einen Privatmann nicht zugänglich ist oder deren Gewährung den in der Privatwirtschaft herrschenden Rentabilitätsgrundsätzen zuwiderläuft".[716]

II. GATT-Zollrecht

Anknüpfungspunkte für die vergleichende Betrachtung staatlichen Verhaltens am Maßstab Privater liefert zudem das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT). Ziel des völkerrechtlichen Vertrages, der inzwischen in der Welthandelsorganisation aufgegangen ist, war die Förderung der weltwirtschaftlichen Entwicklung durch den Abbau von Handelshemmnissen wie Zöllen und Subventionen sowie die Schlichtung von Handelskonflikten.

---

715 *Hochbaum,* Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG, 178.

716 *Anestis/Mavroghenis*, in: Rydelski, EC State Aid Regime, 110.

Art. VI GATT[717] ermächtigt die Vertragspartner zur Erhebung von Ausgleichszöllen, die der Höhe nach auf der Grundlage eines abgestuften Preisvergleichs zwischen den normalen Preisen und dem subventionierten Preis eines Gutes bestimmt werden.[718] Zur Ermittlung und Festlegung der Höhe von Ausgleichs- bzw. Einfuhrzöllen auf subventionierte ausländische Produkte entwickelten in den 1970er-Jahren die US-Zollbehörden den sog. „reasonable investor's test".[719] Der Test gründet auf der Annahme, dass Kapitalzuführungen des Staates an Unternehmen, gleich ob sie in dessen Eigentum stehen oder nicht, nicht per se Subventionen sind, die zur Erhebung von Ausgleichszöllen berechtigen.[720]

Einen wesentlichen Beitrag zur Ausformung dieses Tests leistete auf dieser Grundlage sodann der US-Court of International Trade (CIT) in seiner Entscheidung „British Steel vs. United States".[721] In dem Rechtsstreit ging es um die Frage, ob die International Trade Administration (ITA), das US-Handelsministerium, zu Recht Darlehen und Kapitalbereitstellungen des Vereinigten Königreichs zugunsten des Unternehmens British Steel als ausgleichszollpflichtige Subventionen einstufte. Denn nach Section 771 (5) Tariff Act of 1930 in der geänderten Fassung des 19 U.S.C. § 1677 (5)(B) umfassen Subventionen unter anderem „die Bereitstellung von Kapital, Darlehen oder Darlehensgarantien zu Bedingungen, die nicht mit wirtschaftlichen Erwägungen vereinbar sind."[722] Hintergrund war, dass das Vereinigte Königreich British Steel von 1977 bis etwa Mitte der 1980er Jahre Darlehen, Darlehensumwandlungen und öffentliches Dividendenkapital sowie regionale Entwicklungszuschüsse für die Eisen- und Stahlindustrie zur Um- und Restrukturierung des Unternehmens bereitgestellt hatte. Die Mittel hatte British Steel unter anderem für allgemeine Unternehmenszwecke als Betriebskapital und zur Deckung von Betriebsverlusten verwendet.

---

717 Art. VI.1. GATT lautet: „In order to offset or prevent dumping, a contracting party may levy on any dumped product an antidumping duty not greater in amount than the margin of dumping in respect of such product. For the purposes of this Article, the margin of dumping is the price difference determined in accordance with the provisions of paragraph 1."

718 Vgl. Art. VI.2. GATT.

719 Vgl. *Stadler*, RIW 1987, 210, 210 ff.

720 *Stadler*, RIW 1987, 210, 210.

721 United States Court of International Trade, March 8th, 1985, British Steel Corp. v. United States, 605 F. Supp. 286, [293] sowie United States Court of International Trade, March 31st, 1986, British Steel Corp. v. United States, 632 F. Supp. 59 (docket No. 83-7-01032).

722 19. U.S.C. § 1677 Par. (5)(B): „*The term 'subsidy' has the same meaning as the term 'bounty or grant' as that term is used in section 1303 of this title, and includes, but is not limited to, the following: (A) Any export subsidy described in Annex A to the Agreement (relating to illustrative list of export subsidies). (B) The following domestic subsidies, if provided or required by government action to a specific enterprise or industry, or group of enterprises or industries, whether publicly or privately owned, and whether paid or bestowed directly or indirectly on the manufacture, production, or export of any class or kind of merchandise: (i) The provision of capital, loans, or loan guarantees on terms inconsistent with commercial considerations. (ii) The provision of goods or services at preferential rates. (iii) The grant of funds or forgiveness of debt to cover operating losses sustained by a specific industry. (iv) The assumption of any costs or expenses of manufacture, production, or distribution.*".

Gegen diese Einstufung als ausgleichszollpflichtige Subventionen klagte British Steel gegen die ITA vor dem CIT. Das CIT stellte fest, dass eine Investition dann wirtschaftlichen Überlegungen entspricht, wenn ein vergleichbarer Investor eine angemessene Rendite für seine Investition innerhalb eines angemessenen Zeitraums erwarten kann.[723] Es kam zu dem Ergebnis, dass kein privater Investor angesichts der schlechten Finanzlage der British Steel eine angemessene Rendite innerhalb einer angemessenen Zeit hätte erwarten können. Die Maßnahmen des Vereinigten Königreichs dienten vielmehr der Stützung der geschwächten Stahlindustrie, sodass sie nicht auf normalen und üblichen wirtschaftlichen Erwägungen des Marktes beruhen.

III. Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage des Europäischen Parlaments vom 27.6.1963

1. Hintergrund

Auf europäischer Ebene sind Ausführungen zur Prüfung von beihilfeverdächtigen Maßnahmen, die methodisch einen Vergleich mit dem Marktverhalten Privater vorsehen, erstmals 1963 in der Kommissionsantwort auf die schriftliche Anfrage des deutschen Abgeordneten Karl Friedrich Burgbacher zu finden.[724] Der Abgeordnete wollte wissen, ob die Gewährung von Zuschüssen an öffentliche Unternehmen, die Nichtzahlung öffentlicher Steuern und Abgaben, die von der privaten Wirtschaft zu tragen sind, der Verzicht auf die Verzinsung des Eigenkapitals bei staatlichen Unternehmen, die mit besonderen Rechten im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EWG-Vertrages ausgestattet sind sowie zugunsten privater Unternehmen, zu den diskriminierenden, wettbewerbsrelevanten Maßnahmen im Sinne der Art. 7 und Art. 85 bis 94 EWG-Vertrag zählen.

2. Maßstab der Marktüblichkeit

In ihrer Antwort stellte die Kommission zunächst – wenig überraschend – fest, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art an jedes Unternehmen oder an jeden Produktionszweig unter die beihilferechtlichen Bestimmungen fallen, gleich, ob hierdurch öffentliche oder private Unternehmen begünstigt werden.[725] Wenn aber die

---

723 United States Court of International Trade, March 8th, 1985, British Steel Corp. v. United States, 605 F. Supp. 286, [293].

724 Schriftliche Anfrage Nr. 48 des Abgeordneten Burgbacher vom 27.6.1963 an die EG-Kommission sowie deren Antwort vom 30.7.1963, ABl. 125 vom 17.8.1963, S. 2235/63; siehe auch *Cyndecka,* The market economy investor test, 20.

725 Schriftliche Anfrage Nr. 48 des Abgeordneten Burgbacher vom 27.6.1963 an die EG-Kommission sowie deren Antwort vom 30.7.1963, ABl. 125 vom 17.8.1963, S. 2235/63.

öffentliche Hand gegenüber einem Staatsunternehmen ganz oder teilweise auf die Verzinsung ihres Eigenkapitals verzichte, kann darin eine staatliche Beihilfe liegen. Nach Ansicht der Kommission ist dies möglich, wenn unter Prüfung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles anzunehmen ist, „dass ein nach sachgemäßen wirtschaftlichen Überlegungen handelnder privater Eigentümer in vergleichbarer Lage auf die Verzinsung des Eigenkapitals nicht oder in wesentlich geringerem Umfange verzichten würde, so daß der Verzicht der öffentlichen Hand nicht als Ergebnis wirtschaftlicher Erwägungen erschiene."[726] Folglich beurteilt die Kommission die beihilferechtliche Zulässigkeit der staatlichen Maßnahme anhand ihrer wirtschaftlichen Vernünftigkeit und zieht dazu den Vergleich zu hypothetisch handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmern.

IV. Bewertung

Als taugliches Instrument der Subventionskontrolle wird der Fremdvergleichsmaßstab spätestens seit Anfang der sechziger Jahre angesehen. Auf europäischer Ebene markiert die Antwort der Kommission formal den Ausgangspunkt des KmhW. Allerdings fehlt es den Ausführungen der Kommission an materiellen sowie den Maßstab in praktischer Hinsicht untersetzenden Kriterien, die die Unterscheidung von staatlichen Beihilfen und unbedenklichen Eigentümerzuschüssen ermöglichen.[727]

B. Kodifizierung

Das Primärrecht regelt das KmhW nicht. In seiner Konzeption und Anwendung entspringt es vielmehr den Anforderungen der Kommission an einen Abgrenzungsmaßstab unter dem Tatbestandsmerkmal der Begünstigung aus Art. 107 Abs. 1 AEUV sowie einem Instrument für die rechtliche und ökonomische Prüfung der von ihr zu entscheidenden Sachverhalte.[728] Die kontinuierliche Präzisierung und Fortentwicklung der Bestandteile des Kriteriums, deren gegenwärtigen Stand die Definition in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff bildet, durchlief einen langen Entwicklungsprozess,[729] der, wie dargestellt, bis in die 1960er Jahre zurückreicht. Schrittweise wird es seitdem auf verschiedenen Stufen der Normenhierarchie

---

[726] Schriftliche Anfrage Nr. 48 des Abgeordneten Burgbacher vom 27.6.1963 an die EG-Kommission sowie deren Antwort vom 30.7.1963, ABl. 125 vom 17.8.1963, S. 2235/63, Tz. 3.

[727] So auch *Wölker*, ZaöRV 1983, 213, 270.

[728] *Malek,* Daseinsvorsorge und Beihilfenrecht, 120; *Giesberts/Kleve*, EuZW 2009, 287, 288.

[729] So auch *Hasselmann,* Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff, 84.

des Unionsrechts eingeführt. Im Folgenden sollen die einzelnen Kodifizierungs- und Konkretisierungsstufen aufgezeigt werden, die maßgeblich die Etablierung des KmhW im Beihilferecht widerspiegeln.

I. Terminologie

Die Union gründet auf dem Primärrecht und sie erzeugt Recht, das Sekundär- und Tertiärrecht.[730] Das Primärrecht umfasst die Gründungsverträge samt Anlagen, Anhängen und Protokollen sowie die Grundrechte-Charta. Ranggleich zählen dazu ferner die allgemeinen Rechtsgrundsätze und das Gewohnheitsrecht. Den primärrechtlichen Kern des Beihilferechts bilden die Artikel 107 bis 109 AEUV.

Das Sekundär- und Tertiärrecht bezeichnet hingegen abgeleitetes, von den Organen der Union nach den Regeln des Primärrechts geschaffenes Recht, das die Primärrechtsordnung ausfüllt.[731] Zum Sekundärrecht zählen die Rechtsakte der Union nach Art. 288 AEUV, also Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse sowie die Empfehlungen und Stellungnahmen. Zum Bereich des Tertiärrechts[732] zählt die Rechtssetzung durch die Kommission in Form sogenannter delegierter Rechtsakte nach Art. 290 Abs. 1 AEUV und Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 Abs. 2 bis 4 AEUV. Zum Tertiärrecht werden zudem Mitteilungen, Leitlinien, Unionsrahmen und sonstige Kommissionsdokumente, wie Bekanntmachungen, Leitfäden und Standpunkte gezählt.[733] Die Zuordnung ist missverständlich, da es sich bei diesen Akten, wie noch zu zeigen sein wird, um keine rechtlich bindenden Rechtsakte handelt.[734] Nachfolgend soll den Aussagen zum KmhW auf der Ebene des Sekundärrechts nachgegangen werden.

---

730 *Haag/Kotzur*, in: Bieber/Roland/Epiney, EU, § 6, Rn. 1.

731 *Knauff,* Regelungsverbund, 85.

732 *von Danwitz,* in: Dauses/Ludwigs, EU-WirtschaftsR, B. III.3., 48. EL, Rn. 72; *Reus/Mühlhausen/Stöhr,* Haushalts- und Beihilferecht, 32.

733 *Birnstiel*, in: ders./Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 5; ferner *Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 169.

734 Siehe zur Rechtsnatur und der Wirkung von Mitteilungen Kapitel 4, B.III; *Braun Binder,* Rechtsangleichung, 85

II. Sekundärrecht

1. 1981 – Richtlinie 81/363/EWG des Rates betreffend die Beihilfen für den Schiffbau

a) Ziel und Hintergrund

Als erster europäischer Rechtsakt enthielt die als Schiffbau-Kodex bezeichnete Richtlinie 81/363/EWG[735] Ausführungen zum später als KmhW betrachteten Maßstab. Hintergrund waren die trotz der Stützungsmaßnahmen mit der Vorgängerrichtlinie[736] seit den 1970er Jahren rückläufigen Auftragszahlen der europäischen Werften infolge zunehmender Konkurrenz aus den deutlich kostengünstiger produzierenden Werften in Asien sowie parallel dazu die einsetzende Rezession infolge der Ölkrise Ende der 1970er Jahre. Die zwölf Artikel umfassende Richtlinie sah Beihilfen zum Bau, Umbau und zur Reparatur von Schiffen an Unternehmen des Schiffbaus und Werften vor. Sie wurde auf Vorschlag[737] der Kommission vom Rat nach Anhörung des Europäischen Parlaments[738] erlassen. Der Erlass durch den Rat war nötig, weil die Kommission die Rückbindung der Richtlinien über die Genehmigungstatbestände aus Art. 92 Abs. 3 lit. a) bis c) EWG-Vertrag ausschloss. Vor diesem Hintergrund stützte der Rat die Richtlinie auf die Ermächtigung aus Art. 92 Abs. 3 lit. d) EWG-Vertrag, wonach Beihilfen für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können, soweit sie zur Gestaltung einer gemeinsamen Handelspolitik nach einheitlichen Grundsätzen im Sinne des Art. 113 EWG-Vertrag erforderlich sind.

Die Richtlinie sollte zunächst für zwei Jahre gelten, wurde dann jedoch um weitere zwei Jahre verlängert.[739] Sie zielte auf die fortschreitende Strukturanpassung an die veränderten Marktbedingungen, da trotz der vorangegangenen Schiffsbaurichtlinie[740] die wirtschaftliche Lage im Schiffbausektor andauernd ungünstig blieb. Um dem entgegenzuwirken, ermöglichte die Richtlinie Umstrukturierungs-, Anpassungs- und Konsolidierungsmaßnahmen der

---

735 Richtlinie 81/363/EWG des Rates vom 28. April 1981 betreffend die Beihilfen für den Schiffbau, ABl. L 137 vom 25. 5. 1981, S. 39.

736 Richtlinie 78/338/EWG des Rates vom 4.4.1978 betreffend die Beihilfen für den Schiffbau, ABl. Nr. L vom 11.4.1978, 98/19.

737 Vorschlag der Kommission vom 25.9.1980 für die Richtlinie des Rates betreffend die Beihilfen für den Schiffbau, ABl. C 261 vom 8.10.1980, S. 3–7.

738 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.1.1981 zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Richtlinie betreffend die Beihilfen für den Schiffbau, ABl. C 28 vom 9.2.1981, S. 31–43.

739 Richtlinie 82/880/EWG des Rates vom 21.12.1982 zur Änderung der Richtlinie 81/363/EWG, ABl. L 371 vom 30.12.1982, S. 46–46.

740 Richtlinie 78 /338/EWG des Rates vom 4.4.1978 betreffend die Beihilfen für den Schiffbau, ABl. Nr. L vom 11.4.1978, 98/19.

Mitgliedstaaten und sah dazu vor allem Investitions-, Schließungs-, Betriebs- und Produktionsbeihilfen für Unternehmen vor.

b) Aussagen zum Maßstab der Marktüblichkeit

Während der Kommissionsvorschlag zunächst keinen Vergleich zu marktwirtschaftlichen Bedingungen enthielt, tauchte der Maßstab später in den Erwägungsgründen sowie bei der Bestimmung des Beihilfebegriffs in Art. 1 lit e) der Richtlinie auf. Danach sind Beihilfen im Sinne der Richtlinie nicht nur solche im Sinne der Art. 92 und 93 des EWG-Vertrages, „sondern auch die von den Gebietskörperschaften gewährten Beihilfen sowie die möglicherweise in den Finanzierungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten mittelbar oder unmittelbar von ihnen kontrollierter Schiffsbau- und Schiffsreparaturbetriebe enthaltenen Beihilfeelemente, die nach der normalen marktwirtschaftlichen Unternehmenspraxis nicht unter das haftende Kapital fallen.". Beihilfen sind mit anderen Worten also staatliche Eigenkapitalmittel, die Unternehmen nach marktwirtschaftlichen Überlegungen nicht gewährt worden wären.[741]

2. 1981 – Entscheidung Nr. 2320/81/EGKS Beihilferegelungen zugunsten der Stahlindustrie

a) Ziel und Hintergrund

Mit den Regelungen im Schiffbausektor vergleichbare Bestimmungen erließ die Kommission in ihrer Funktion als Hohe Behörde[742] für den Kohle- und Stahlbereich, der damals eigenständig im EGKS geregelt war. Mit ihrer Entscheidung 2320/81/EGKS vom 7. August 1981, kurz „Stahl-Kodex" genannt, ermöglichte die Kommission Beihilfen zugunsten der Eisen- und Stahlindustrie.[743] Die Entscheidung stützte die Kommission auf Art. 95 Abs. 1 und 2 des EGKS-Vertrages. Danach kann sie in allen nicht im EGKS geregelten Fällen zur Erreichung der Vertragsziele förmliche Entscheidungen oder Empfehlungen mit einstimmiger Zustimmung des Rates und nach Anhörung des Beratenden Ausschusses erlassen.

Hintergrund der Entscheidung Nr. 2320/81/EGKS war auch hier die Ende der 1970er Jahre einsetzende und fortdauernde Krise der Wirtschaft im Allgemeinen,[744] als auch

---

741 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 86.

742 Mit Inkrafttreten des Vertrages zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8.4.1965 am 1.7.1967 (auch als EG-Fusionsvertrag bezeichnet) führte die Hohe Behörde die Bezeichnung Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

743 Entscheidung Nr. 2320/81/EGKS der Kommission vom 7.8.1981 zur Einführung gemeinschaftlicher Regeln für Beihilfen zugunsten der Eisen- und Stahlindustrie, ABl. L vom 13.8.1981, S. 14 ff.; siehe *Cyndecka,* The market economy investor test, 20.

744 *Huszák,* Wettbewerb der Regionen, 81.

im Besonderen in der Stahlwirtschaft, die sich u. a. durch abnehmende Nachfrage[745] bei gleichzeitiger Erhöhung der Produktion infolge moderner Produktionsmethoden äußerte. Die Beihilferegelungen sollten zur schnellstmöglichen Umstrukturierung der Stahlindustrie und Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit beitragen und langfristig Beihilfen entbehrlich machen. Zu diesem Zweck sah die Entscheidung die degressive Staffelung der Beihilfen vor, die als Investitions-, Schließungs-, Betriebs- sowie Notbeihilfen und Beihilfen für Forschung und Entwicklung ausgestaltet sein konnten.

b) Aussagen zum Maßstab der Marktüblichkeit

Gleich an zwei Stellen ging die Kommission auf den Maßstab der Marktüblichkeit ein. Im zweiten Erwägungsgrund der Entscheidung stellte sie klar, dass bei der Beurteilung von Beihilfen an Unternehmen nicht zwischen öffentlichen oder privaten Unternehmen zu unterscheiden ist, weshalb die Entscheidung auf alle Finanzierungsformen der Mitgliedstaaten zugunsten von Unternehmen, wie die Bereitstellung von Beteiligungskapital, die Abdeckung von Verlusten, der Verzicht auf Dividenden oder „normale Erträge aus öffentlichen Gelder[n]“ anzuwenden sein sollte.[746] Die Rückbindung an normale Erträge meint jene, die ein privater Marktteilnehmer üblicherweise erwartet. Allerdings betont die Kommission zugleich, dass die Prüfung nicht zu einer Kontrolle der wirtschaftlichen Ordnung des Mitgliedstaates führen darf.[747] Die Kommission unterstreicht damit, dass die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten in Bezug auf ihre Eigentumsordnungen nicht durch Vorgaben an Finanzierungsformen und deren Überprüfung eingeschränkt werden soll. In nahezu ähnlicher Weise wie im Schiffbau-Kodex definiert die Kommission schließlich unter Art. 1 Abs. 2 der Entscheidung ihr Verständnis vom Beihilfebegriff. Der Begriff umfasst danach „die von Gebietskörperschaften gewährten Beihilfen sowie die möglicherweise in den Finanzierungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten mittelbar oder unmittelbar von ihnen kontrollierter Stahlunternehmen enthaltenen Beihilfeelemente, die nach der normalen marktwirtschaftlichen Unternehmenspraxis nicht unter das haftende Kapital fallen“. Deutlich wird, dass wiederum die normale marktwirtschaftliche Unternehmenspraxis als Maßstab für die beihilferechtliche Beurteilung eingeführt wird.

---

745 Vgl. auch Erwägungsgrund I, Entscheidung Nr. 2320/81/EGKS der Kommission vom 7.8.1981 zur Einführung gemeinschaftlicher Regeln für Beihilfen zugunsten der Eisen- und Stahlindustrie.

746 A. a. O., vgl. Erwägungsgrund II. a. E.

747 A. a. O.

3. Bewertung

Auch das Sekundärrecht sieht das KmhW nicht explizit vor. Allerdings deuten die beiden Richtlinien den Beurteilungsmaßstab an. Sowohl für den Stahl- als auch Schiffbau-Kodex bestätigte der Rat bereits in den 1980er Jahren mit seinen Feststellungen, dass der Beihilfebegriff jedes Element in staatlichen Finanzierungsmaßnahmen zugunsten mittel- oder unmittelbar von den Mitgliedstaaten kontrollierter Werften sowie Stahlunternehmen umfasst, das nicht der Bereitstellung haftenden Kapitals nach der normalen marktwirtschaftlichen Unternehmenspraxis entspricht. Wenngleich die beiden Richtlinien noch keine methodischen Vorgaben für den Fremdvergleich enthalten, billigte der Rat das dem Kriterium zugrunde liegende Prinzip, wodurch es gegenüber den rechtlich unverbindlichen Kommissionsmitteilungen auf der Ebene des Soft Law (dazu im Folgenden) eine legitimatorische Aufwertung erfährt. Soweit die Kommission zudem die Richtlinien vorschlug, wird deutlich, dass sie zunehmend die Bedeutung des Kriteriums der Marktüblichkeit für die beihilferechtliche Bewertung von staatlichen Maßnahmen erkennt und sie ihrem Verständnis von Beihilfen zugrunde legt. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Kommission erst in der späteren Mitteilung über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03) das eigentliche Ziel des Stahlkodex offenlegte.[748] Das bestand darin, die Lebensfähigkeit der betroffenen Unternehmen durch die Erzielung einer Mindestrendite und Eigenfinanzierung nach marktwirtschaftlichen Prinzipien wiederherzustellen. Hierdurch wird einmal mehr die Intention der Kommission offenbar, die Beihilfenkontrolle auf Maßnahmen auszurichten, die nicht marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen.

III. Etablierung durch Soft Law

Seit Ende der 1960er Jahre veröffentlicht die Kommission im Amtsblatt Teil C die Grundsätze ihrer Kontroll- und Verwaltungspraxis bei der Prüfung von Beihilfen in zahlreichen Mitteilungen, Leitlinien, Unionsrahmen und sonstigen Kommissionsdokumenten wie Bekanntmachungen, Leitfäden und Standpunkten.[749] Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit sollen die Dokumente unter dem Oberbegriff *Mitteilungen*[750] zusammengefasst werden. Im

---

[748] Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten vom 13.11.1993 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. vom 13.11.1993, Nr. C 307, S. 3 f, dort Fußnote 25.

[749] *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 17.

[750] *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 25, der dem Mitteilungsbegriff zutreffend eine Unschärfe attestiert.

Beihilferecht spielen Mitteilungen eine hervorgehobene Rolle. Historisch liegt dies darin begründet, dass der Rat anfänglich zurückhaltend Durchführungsverordnungen erließ.[751] Wie den Mitteilungen entnommen werden kann, geht es der Kommission um Transparenz und Vorhersehbarkeit, wie sie bestimmte Fälle handhaben und entscheiden wird. Diesen Mitteilungen soll im Folgenden nachgegangen werden. Da die Praxis, Mitteilungen zu erlassen, nicht von den Verträgen vorgesehen ist [752]und die Kommission mit ihr in erheblicher Weise auf die Auslegung des Beihilferechts einwirkt,[753] sind zuvor Rechtsnatur und Bindungswirkung der Mitteilungen zu untersuchen.

1. Ungekennzeichnetes Sekundärrecht als Soft Law der Union

a) Zulässigkeit der Handlungsform

Die vom Unionsrecht ausdrücklich vorgesehenen Handlungsformen sind in Art. 288 AEUV aufgezählt. Die Aufzählung ist nicht abschließend und lässt, wie bereits der Umkehrschluss aus Art. 296 Abs. 3 AEUV nahelegt, weitere Rechtsakte zu.[754] Infolgedessen werden die Handlungsformen nach Art. 288 AEUV durch eine Vielzahl weiterer, nicht näher typisierter Rechtsakte „sui generis" ergänzt. Ihr vielseitiger Bestand ist rechtsdogmatisch bislang wenig erschlossen, was mitunter daran liegt, dass Adressaten, Bezeichnung, Funktion und Wirkung stark variieren und dies die Systematisierung erschwert.[755] Die Akte können unterteilt werden in solche, die das Binnenrecht der Unionsorgane regeln und solche, die nach außen gerichtet sind, z. B. an die Mitgliedstaaten, Unternehmen etc. Auf Letztere greift die Kommission insbesondere im Wettbewerbsrecht zurück, wo sie teils Einzelfragen zu bestimmten Themen behandelt oder einen Überblick über ihre Sichtweise auf die Regelungsgegenstände des Unionsrechts gibt. Im Beihilferecht lassen sich im Wesentlichen folgende Instrumente ausmachen: erstens Unionsrahmen, mit denen die Kommission ermessensstrukturierende und ermessenslenkende Regeln sowie zweckdienliche Maßnahmen für bestehende und neue Beihilfen im Sinne des Art. 108 Abs. 1 AEUV aufstellt; zweitens Leitlinien, in denen sie ihr

---

751 *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 17; *Braun Binder,* Rechtsangleichung, 189; *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 31.

752 *Isensee*, in: Hufeld/Reimer/Mußgnug, Finanzverfassung, 117

753 *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 24; *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 59; *Frenz*, WRP 2010, 224, 224.

754 *Frenz*, WRP 2010, 224, 224; allg. M.: *Bast*, in: v. Bogdandy/ders., EuVerfR, S. 489, 526 ff.; *Nettesheim*, EuR 2006, 737, 764; a. A. *Biervert*, in: Schwarze/Becker/Bär-Bouyssière, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV, Rn. 4.

755 *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 83; *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 66; *Rathke,* Sondervertragliche Kooperationen, 138 ff.

Verständnis von Art. 107 Abs. 1, 2 und 3 AEUV wiedergibt, ihre Entscheidungspraxis darlegt und erläutert, wie sie künftige Fälle behandeln wird, sowie drittens Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitfäden, in denen die Kommission zumeist die Auslegung des Beihilfetatbestandes in Art. 107 Abs. 1 AEUV erläutert.[756]

b) Kommissionskompetenz

Anders als für Empfehlungen und Stellungnahmen im Sinne des Art. 288 Abs. 5 AEUV, zu deren Erlass die Kommission explizit ermächtigt ist, besteht für Mitteilungen und Leitlinien keine Ermächtigungsnorm.[757] Ein Widerspruch zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 EUV sowie zu Art. 13 Abs. 2 Satz 1 EUV, wonach jedes Organ nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen handelt, die in den Verträgen festgelegt sind, besteht gleichwohl nicht. Dass die Kommission grundsätzlich zum Erlass konkretisierender Mitteilungen berechtigt ist, wird teils im Umkehrschluss aus Art. 292 Satz 4 AEUV hergeleitet. Danach kann die Europäische Zentralbank nur in den von den Verträgen vorgesehenen Fällen Empfehlungen abgeben. Die Kommission unterliegt demgegenüber keinen Beschränkungen dieser Art, woraus – e contrario – geschlossen wird, dass sie grundsätzlich Mitteilungen jeder Art erlassen darf. Überwiegend wird zudem angenommen, dass die Kommission zum Erlass entsprechender Rechtsakte ermächtigt ist, wenn ihr primär- oder sekundärrechtlich eine Überwachungs- oder Lenkungsfunktion übertragen ist. Für die Beihilfenkontrolle ist dies mit Art. 108 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 AEUV der Fall. So übt die Kommission die Beihilfenkontrolle im direkten Verwaltungsvollzug aus. Auch Art. 108 Abs. 1 Satz 2 AEUV stützt das Recht der Kommission, Mitteilungen zu erlassen.[758] Danach kann sie den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des Binnenmarktes zweckdienliche Maßnahmen vorschlagen. Der EuGH schloss daraus, dass Leitlinien Teil der Verpflichtung zu regelmäßiger und laufender Zusammenarbeit zwischen Kommission und Mitgliedstaaten sind.[759]

Allerdings beschränkt sich Art. 108 Abs. 1 Satz 2 AEUV auf bestehende Beihilferegelungen der Mitgliedstaaten. Art. 108 AEUV sieht in Abhängigkeit von der Art der Beihilfe

---

[756] *Birnstiel*, in: ders./Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 3, Rn. 1060.

[757] *Graevenitz*, EuZW 2013, 169 (169); *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 24.

[758] EuGH, 5.10.2000, Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Rn. 62, (hier: Leitlinien für den Fischereisektor).

[759] EuGH, 5.10.2000, Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Rn. 64, (hier: Leitlinien für den Fischereisektor).

ein differenziertes Kontrollprogramm vor. Zu unterscheiden ist zwischen bestehenden und beabsichtigten Beihilfen sowie rechtswidrigen und missbräuchlichen sowie ferner zwischen (Einzel-)Beihilfen und Beihilferegelungen. In der Praxis sind die meisten staatlichen Maßnahmen, die sich als nicht genehmigungsfähig herausstellen, Einzelbeihilfen. Häufig handelt es sich um individuell zwischen dem Mitgliedstaat und dem Empfänger vereinbarte und nicht notifizierte Beihilfen. Für diese Maßnahmen gilt dem Wortlaut nach Art. 108 Abs. 1 Satz 2 AEUV nicht. Daraus könnte geschlossen werden, dass die Kommission in diesem Bereich keine Mitteilung erlassen dürfe. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, nach dem Rechtsakte einer ausreichenden Legitimation bedürfen, erscheint dies konsequent. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Mitteilungen keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten begründen, sodass es unter diesem Gesichtspunkt keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage bedarf.

Im Ergebnis sind Voraussetzungen und Reichweite des Rechts der Kommission zum Erlass von Mitteilungen nicht bis in alle Details geklärt. Allerdings erkennt der EuGH implizit das Recht der Kommission zum Erlass entsprechender Akte im Beihilferecht grundsätzlich an.[760] Ein offenes Formensystem erlaubt es der Union insoweit, passgenaue und dem funktionalen Bedürfnis nach Regelung und Steuerung entsprechende Handlungsformen zu entwickeln.[761] Das Recht, neue Handlungsformen zu prägen, ist daher als mit der Zuweisung von Sachregelungsbefugnissen als stillschweigend übertragen anzusehen.[762] Im Unterschied zu den Rechtsakten nach Art. 288 AEUV unterliegen Mitteilungen schließlich keinen besonderen Zuständigkeits- und Verfahrensregeln,[763] sie werden von der Kommission, im Falle der Leitfäden von den zuständigen Dienststellen, verfasst und sind für die Subsumption im konkreten Einzelfall bestimmt.[764]

Grenzen findet das Recht der Kommission zum Erlass konkretisierender Mitteilungen in der Kompetenzordnung der Verträge. Gestützt auf Mitteilungen kann die Kommission keine neuen eigenen Rechtswirkungen erzeugen, wenn für diese in den Verträgen nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung keine entsprechende Rechtsgrundlage gegeben ist. Aus dem vom EuGH entwickelten Grundsatz der Rechtssicherheit folgt zudem,

---

760 EuGH, 5.10.2000, Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Rn. 64, (hier: Leitlinien für den Fischereisektor); vgl. zum Ganzen *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 107

761 *Bast*, in: v. Bogdandy/ders., EuVerfR, S. 489, 527 ff.

762 *Bast*, in: v. Bogdandy/ders., EuVerfR, S. 489, 527 ff.

763 *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 25.

764 Beljin, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* ua (Hrsg.), Europarecht, § 28, Rn. 22; siehe dazu Kapitel 4, B.III.

dass Vorschriften klar und ihre Anwendung für alle Betroffenen vorhersehbar sein müssen.[765] Ferner verlangt der Grundsatz, dass jede Maßnahme, die rechtliche Wirkungen erzeugen soll, ihre Bindungswirkung aus einer Bestimmung des Unionsrechts ableitet, die ausdrücklich als Rechtsgrundlage bezeichnet ist und die die Rechtsform vorschreibt, in der die Maßnahme zu erlassen ist.[766] Gesetzesersetzenden oder vertretenden Mitteilungen steht zudem der primärrechtlich in Art. 290 Abs. 1 AEUV abgesicherte Vorbehalt entgegen, wonach der Unionsgesetzgeber die wesentlichen Elemente einer Regelung selbst festzulegen hat.[767] Sind die vorgenannten Voraussetzungen also nicht erfüllt, können die betreffenden Rechtsakte mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 UAbs. 1 AEUV angegriffen werden. Ungeachtet dessen haben die Mitteilungen den in den Verträgen niedergelegten wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätzen der Union zu entsprechen.[768]

c) Fehlende Bindungswirkung

Während die Kommission mit Unionsrahmen und Leitlinien zumeist Vorschläge und zweckdienliche Maßnahmen im Sinne des Art. 108 Abs. 1 AEUV und mit Leitlinien ihre Entscheidungspraxis zu den einzelnen Absätzen 2 und 3 des Art. 107 AEUV bekanntgibt, beziehen sich Mitteilungen regelmäßig auf die von ihr vertretene Ansicht bei der Auslegung von Tatbeständen und einzelnen Tatbestandsmerkmalen zu den Beihilfevorschriften.[769] Sie verfolgt mit dem Erlass also insoweit eine Norm- und Ermessenskonkretisierung, die über die Qualität bloßer Meinungsäußerung hinausgeht[770] und die im Einzelfall die Begründungstiefe ihrer Entscheidungen reduziert.[771] Für den Rechtsanwender machen Mitteilungen transparent, nach welchen Auslegungs- und Bewertungsmaßstäben die Kommission ihren weiten Beurteilungsspielraum im Rahmen des Beihilfetatbestands ausübt.[772] Wie Art. 288 Abs. 5 AEUV schon für „Empfehlungen" und „Stellungnahmen" klarstellt, fehlt es den nicht in Art. 288 AEUV geregelten Mitteilungen erst recht an explizit geregelter Verbindlichkeit, was sich

---

765 EuGH, 16.6.1993, Rs. C-325/91 (Frankreich/Kommission), Rn. 22 f., siehe dazu Kapitel 4, B.III.2.b); S. 128.

766 EuGH, 16.6.1993, Rs. C-325/91 (Frankreich/Kommission), Rn. 22 f., siehe dazu Kapitel 4, B.III.2.b); S. 128.

767 *Schwarze*, EuR 2011, 3, 17.

768 *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 25; *Müller-Graff*, EuR 2012, 18, 31; siehe zu den europaverfassungsrechtlichen Wurzeln des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten Kapitel 2.

769 *Mederer*, in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, 6. Teil, B., Art. 107 AEUV, Rn. 218; *Birnstiel*, in: ders./Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 3, Rn. 1061.

770 *Thomas*, EuR 2009, 423, 426.

771 *Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 169; *Thomas*, EuR 2009, 423, 427.

772 Vgl. für die Bürgschaftsmitteilung, *Koenig*, BZR 2014, 187, 187.

praktisch in der Veröffentlichung im Teil C des Amtsblattes der Union niederschlägt.[773] Mitgliedstaaten sowie Rechtsanwender sind folglich an ihre Inhalte grundsätzlich nicht gebunden.[774]

Die fehlende rechtliche Verbindlichkeit rechtfertigt es, die Mitteilungen der Kommission als Soft Law zu qualifizieren. Der Begriff erfasst Rechtssätze, die allgemeine Tendenzen, Absichten oder Leitlinien regeln und sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Folgenseite unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Insgesamt ist festzustellen, dass zum Teil verschiedene Definitionen des Begriffs existieren.[775] Seinen Ursprung hat Soft Law im Völkerrecht. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass rechtlich verbindliche Akte nicht zum Soft Law zählen.[776]

Ungeachtet der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit von Mitteilungen gegenüber den Mitgliedstaaten sowie Rechtsanwendern folgt zumindest für die Mitgliedstaaten aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV eine allgemeine Berücksichtigungspflicht. In Bezug auf Leitlinien stellte der EuGH fest, dass sie, „zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden können, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat, dass sie jedoch eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind".[777] In dem konkreten Fall ging es um Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellverstöße. In Bezug auf die Bindungswirkung dieser Leitlinien gegenüber der Kommission stellte der EuGH in derselben Sache fest, dass die Kommission dadurch, „dass sie derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass sie diese Normen von nun an auf die von ihnen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung ihres Ermessens beschränkt".[778] Weicht die Kommission von den Leitlinien ab, wäre

---

773 *Gundel*, EuZW 2016, 606, 606.

774 *Rathke,* Sondervertragliche Kooperationen, 138 ff.

775 Einen guten Überblick liefert *Knauff,* Regelungsverbund, 213; *Braun Binder,* Rechtsangleichung, 189.

776 *Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 169; *Müller-Graff*, EuR 2012, 18, 32; *Knauff,* Regelungsverbund, 224; *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 76; *Braun Binder,* Rechtsangleichung, 189; *Schwarze*, EuR 2011, 3, 3.

777 EuGH, 21.9.2006, Rs. C-167/04 P (JCB Service), Rn. 207; EuGH, 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (Dansk Rørindustri u. a./Kommission), Rn. 209.

778 EuGH, 21.9.2006, Rs. C-167/04 P (JCB Service), Rn. 208; EuGH, 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (Dansk Rørindustri u. a./Kommission), Rn. 211.

dies also ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes.[779] Die erzeugte Selbstbindung der Kommission reicht so weit, dass sie selbst dann an ihre Leitlinien gebunden ist, wenn sie der Auffassung ist, der zu prüfende Sachverhalt unterfalle nicht dem Rechtsakt.[780] Allerdings darf sie bei Vorliegen von sachlichen Gründen abweichen, da in diesen Fällen ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ausgeschlossen ist.[781] Das eigentliche Problem und der Streit entstehen daher regelmäßig bei der Frage, ob der zugrundeliegende Sachverhalt einer Mitteilung unterfällt. Ist dies nicht der Fall, bleibt es der Kommission letztlich unbenommen, eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.[782]

Zusammenfassend entfalten Mitteilungen ihre Wirkung somit vor allem faktisch gegenüber der hohen Zahl mitgliedstaatlicher Einrichtungen, Gerichte, Behörden und Unternehmen, die zur Beachtung und Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts verpflichtet sind.[783] Sie vertrauen einerseits auf die Beachtung der darin dargelegten Standpunkte und Auffassungen durch die Kommission, andererseits richten insbesondere Behörden und Unternehmen ihr Verhalten an dem von der Kommission skizzierten Entscheidungsverhalten aus. Dieses Vertrauen schützt der im Unionsrecht anerkannte öffentlich-rechtliche Vertrauensschutz-[784] und Gleichbehandlungsgrundsatz als konkrete Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 2 EUV.[785] Befolgen die Rechtsanwender die Mitteilungen, müssen sie keine für sie ungünstigen Entscheidungen der Kommission erwarten.[786] Weichen sie dagegen von den Mitteilungen ab, führt dies nicht dazu, dass die Entscheidung des Rechtsanwenders automatisch

---

779 EuGH, 21.9.2006, Rs. C-167/04 P (JCB Service), Rn. 208; EuGH, 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (Dansk Rørindustri u. a./Kommission), Rn. 211.

780 EuGH, 24.3.1990, Rs. C-313/90, (CIRFS), Rn. 45 f.; *Ehricke*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 176, 187.

781 Vgl. das Zitat in den Schlussanträgen von GA *Alber,* 18.5.2000, Rs. C-204/97 (Portugal/Kommission), Rn. 36.

782 *Thomas*, EuR 2009, 423, 427.

783 *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 24.

784 EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11 (Expedia), Rn. 28; EuGH, 2.12.2010, Rs. C-464/09 P (Holland Malt), Rn. 47; EuGH, 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P u. C-213/02 P (Dansk Rørindustri), Rn. 209; EuG, 18.7.2005, Rs. T-241/01 (Scandinavian Airlines System AB), Rn. 64; EuG, 3.4.2003, Rs. T-119/02 (Royal Philips), Rn. 242; EuG, 30.4.1998, Rs T-214/95 (Vlaams Gewest), Rn. 89.

785 *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 95; *Graevenitz,* EuZW 2013, 169, 169; *Frenz,* WRP 2010, 224, 224; *Thomas*, EuR 2009, 423, 427; *Müller-Graff*, EuR 2012, 18, 28.

786 *Gundel*, EuZW 2016, 606, 606 *Graevenitz,* EuZW 2013, 169, 169; *Frenz,* WRP 2010, 224, 224; *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 24.

rechtswidrig ist. Vielmehr ist dann zu prüfen, ob die Beteiligten das Primär- und Sekundärrecht dennoch zutreffend ausgelegt haben.[787] Im Hinblick auf das in den Mitteilungen geregelte KmhW bedeutet dies, dass einer Rückforderungsanordnung durch die Kommission der Vertrauensschutzgrundsatz entgegensteht, soweit die ordnungsgemäße Durchführung des Fremdvergleiches zu einer eindeutigen Beihilfefreiheit führt.[788]

2. Kommissionsmitteilungen

a) 1984 – Mitteilung zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen (Bull. EG 9-1984)

Einen wesentlichen Beitrag zur Etablierung des KmhW als Standardinstrument in der Beihilfeprüfung bildet die nach wie vor gültige Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 1984 zu „Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen“[789] („Beteiligungsmitteilung“).[790] In der Mitteilung führt sie abstrakt Szenarien[791] an, in denen sie einen Vergleich anhand des KmhW zieht, um eine staatliche Beteiligung an Unternehmen auf Beihilfeelemente zu untersuchen. Darüber hinaus bildet und nennt die Kommission erstmals Fallgruppen, in denen erstens staatliche Beteiligungen ihrer Auffassung nach dem Verhalten eines normalen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entsprechen, zweitens in denen staatliche Maßnahmen zugunsten von Unternehmen eindeutig Beihilfen begründen und drittens Maßnahmen, die die Vermutung nahelegen, dass sich der Staat nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hat.

aa) Ziel und Hintergrund

Anlassgebend für die Kommission zur Herausgabe der Mitteilung war, dass die Mitgliedstaaten zur Stärkung ihrer heimischen Wirtschaften dazu übergingen, Beteiligungen an Unternehmen zu erwerben. Die Kommission war damit vor die Herausforderung gestellt, zunehmend politisch motivierte Interventionen durch die Beteiligung am Kapital zur Rettung von Unternehmen, die bereits in Schieflage waren oder die kurz davor standen, einerseits zu erkennen und andererseits diese von zulässigem, im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht und dem Maßstab des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stehenden unternehmerischen Handeln der Mitgliedstaaten abzugrenzen. Um ihrer Pflicht zur Beihilfenkontrolle nachkommen zu können und um in typischen Fällen ihre Entscheidungen vorhersehbarer

---

787 *Thomas*, EuR 2009, 423, 438; *Pampel*, EuZW 2005, 11, 13.

788 *Arhold*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 193.

789 Bulletin EG 9-1984, S. 104-107.

790 Vgl. auch *Cyndecka,* The market economy investor test, 22.

791 *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 114.

zu machen, erinnerte die Kommission mit der Mitteilung an die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Anmeldung beabsichtigter Beihilfen und führte darin typische Konstellationen beihilfefreier bzw. -relevanter Fälle von Unternehmensbeteiligungen auf. In der Konsequenz forderte sie mit der Beteiligungsmitteilung von den Mitgliedstaaten die Anmeldung beabsichtigter Maßnahmen, sofern diese nach Maßgabe der in der Mitteilung aufgeführten Fallgruppen eine Beihilfegewährung implizieren oder zumindest eine starke Vermutung für die Beihilfegewährung besteht.[792]

bb) Aussagen zum Kriterium

In ihren Ausführungen zum KmhW orientiert sich die Kommission eng an den Feststellungen zu den Beihilfenkodizes für die Stahlwirtschaft und den Schiffbau. Noch einmal stellt sie klar, was sie unter staatlichen Beteiligungen an Unternehmen versteht. Danach sind staatliche Beteiligungen unmittelbare Beteiligungen des Staates und anderer Gebietskörperschaften sowie Beteiligungen von Finanzierungseinrichtungen oder sonstigen Einrichtungen und öffentlichen Unternehmen an Unternehmen, die aus staatlichen Mitteln herrühren.[793] Sodann rekapituliert sie den im Stahl-Kodex[794] und der Schiffbaurichtlinie[795] geäußerten Standpunkt, wonach bestimmte Formen staatlichen Beteiligungsengagements unzulässige Beihilfen im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag (jetzt Art. 107 Abs. 1 AEUV) sind. So umfasse auch hier „Der Begriff Beihilfe […] die möglicherweise in den Finanzierungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten mittelbar oder unmittelbar von ihnen kontrollierten Stahlunternehmen enthaltenen Beihilfeelemente, die nach der normalen marktwirtschaftlichen Unternehmenspraxis nicht unter das haftende Kapital fallen."[796]

Angesichts des Neutralitätsgrundsatzes aus Art. 222 EWG-Vertrag ist nach Auffassung der Kommission eine beihilferechtliche Vereinbarkeitsprüfung erforderlich, sofern „das Verhalten der öffentlichen Hand bei der Bereitstellung von Kapital in Form von Beteiligungen an einem Unternehmen nicht dem Verhalten eines marktwirtschaftlichen Kapitalgebers entspricht, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen haftendes Kapital bereitstellt".[797] Als typische Szenarien, in denen sich die öffentliche Hand an Unternehmen beteiligt, sieht die Kommission erstens die Gründung eines Unternehmens, zweitens die Übertragung privaten Eigentums auf den öffentlichen Sektor, drittens die Kapitalbeteiligung an

---

792 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 4.3 u. Nr. 4.4.

793 Bulletin EG 9-1984, 104.

794 Siehe zum Stahlkodex Kapitel 4, B.II.2B.II.2.

795 Siehe zur Schiffbaurichtlinie Kapitel 4, B.II.1.

796 Bulletin EG 9-1984, S. 104 f.; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 Stahlkodex.

797 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 1.

bestehenden öffentlichen Unternehmen oder deren Umwandlung in Finanzmittel sowie viertens die Kapitalbeteiligung an bestehenden privaten Unternehmen bei gleichzeitiger Grundkapitalerhöhung.[798]

Sodann führt die Mitteilung im Hinblick auf die Beihilferelevanz Kriterien auf, nach denen zwischen eindeutigen Fällen, in denen mit dem staatlichen Engagement entweder keine oder sicher eine Beihilfegewährung verbunden ist, sowie den Fällen zu unterscheiden ist, in denen eine Beihilfegewährung nicht per se ausgeschlossen ist und sie deshalb der eingehenden Prüfung bedürfen.

Keine Beihilfe liege vor beim einfachen Erwerb von Gesellschaftsvermögen von bestehenden Unternehmen, sofern kein neues Kapital bereitgestellt wird[799] sowie dann, „wenn neues Kapital für Unternehmen bereitgestellt wird, die für einen privaten Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen sein Geld anlegt, annehmbar wären".[800] Das sei – so die Kommission – a priori und unabhängig von der prozentualen Beteiligungshöhe der Fall bei der Gründung neuer Unternehmen, wenn die „öffentliche Hand die Kriterien eines Kapitalgebers unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen anwendet". Gleiches gelte bei der Kapitalbereitstellung für öffentliche Unternehmen, sofern die Kapitalbereitstellung unmittelbar den Kosten notwendiger Neuinvestitionen entspreche, es sich um ein finanziell gesundes Unternehmen handele und im betroffenen Sektor im gemeinsamen Markt keine strukturellen Überkapazitäten bestehen.[801] Den Fall der Kapitalbereitstellung differenziert die Kommission zudem danach, ob eine Pari-passu-Konstellation vorliegt. D. h. entspricht die Beteiligung der öffentlichen Hand der Höhe nach dem Anteil Privater und erfolgt die Bereitstellung von Mitteln gleichzeitig mit Privaten, die ebenfalls einen substanziellen Beitrag leisten,[802] liegt in der Maßnahme ebenfalls keine Beihilfegewährung. Gleiches soll ferner für den Fall der Beteiligung an kleinen und mittleren Unternehmen gelten, die zwar aufgrund ihrer Größe keine hinreichenden Garantien bzw. Sicherheiten bieten können, aber eine positive wirtschaftliche Prognose erwarten lassen, die über die Nettoaktiva hinausgeht oder bei denen die privaten Investitionen im Sinne der Pari-passu-Beteiligung das staatliche Engagement übertrifft.[803] Wiederum unter dem Gesichtspunkt marktäquivalenten bzw. normalen Verhaltens ist eine Beihilfegewährung ausgeschlossen, sofern zwar eine Beteiligung

---

798 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 2.
799 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.1.
800 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.2.
801 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.2., 1. Spiegelstrich.
802 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.2., 3. Spiegelstrich.
803 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.2., 4. Spiegelstrich.

und die damit verbundene Investition sich erst später rentieren, die Beteiligung aber strategischen Charakter hat und dem normalen Verhalten eines Kapitalgebers in nichts nachsteht.[804] Als strategische Momente sieht die Kommission etwaige Absatzmärkte und Versorgungssituationen an, ohne diese aber näher zu erläutern.[805] Gemeint ist im Kern die marktwirtschaftlich indizierte Ausweitung einer Geschäftstätigkeit. Zulässig sind nach den Beteiligungsmitteilungen Risikoinvestitionen in innovative Vorhaben, sofern diese letztlich eine Rendite erwarten lassen.[806] In diesem Fall darf die Beteiligung den realen Unternehmenswert, also die Nettoaktiva einschließlich „Goodwill" und „Knowhow", nicht übersteigen.[807]

Die Beihilfegewährung nimmt die Kommission an, wenn der Staat neues Kapital unter Umständen bereitstellt und die für einen privaten Kapitalgeber, der sein Geld unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen anlegt, nicht annehmbar wären. Dies ist insbesondere der Fall, wenn für das betreffende Unternehmen unter Berücksichtigung seiner Finanzlage, der Struktur und des Grades der Verschuldung unter angemessener Frist keine normale Rendite zu erwarten ist;[808] das betreffende Unternehmen außerstande ist, sich über den Kapitalmarkt zu finanzieren;[809] die Beteiligung vorübergehender Natur ist und der im Voraus festgelegte Verkaufspreis einschließlich einer angemessenen Rendite weit unterhalb dessen liegt, was ein privater Kapitalgeber in Anbetracht der Dauer des Investitionsgeschäfts und des erzielbaren Ertrages zu akzeptieren bereit wäre.[810] Darüber hinaus nimmt die Kommission eine Beihilfe an, wenn die öffentliche Beteiligung die Fortsetzung einer unrentablen Tätigkeit eines sich in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens durch Neu- oder Ausgründung eines Unternehmens betrifft, es sei denn, die Beteiligung betrifft den einfachen Rückkauf von Vermögensgegenständen aus der Insolvenzmasse eines Unternehmens.[811] Gleiches soll gelten bei der Bereitstellung von Kapital für Unternehmen, an denen die öffentliche Hand nachträglich überwiegend beteiligt ist, weil Private ihre Beteiligung wegen schlechter Rentabilitätsaussichten aufgegeben haben oder die Beteiligung den realen Wert (Nettoaktiva einschließlich gegebenenfalls „Goodwill" oder „Knowhow") des begünstigten

---

804 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.2., 5. Spiegelstrich.
805 ebenda.
806 Bulletin EG 9-1984, S. 105, Nr. 3.2., 6. Spiegelstrich.
807 Vgl. hierzu die Rückausnahme, Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 6. Spiegelstrich.
808 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 1. Spiegelstrich.
809 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 2. Spiegelstrich.
810 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 3. Spiegelstrich.
811 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 4. Spiegelstrich.

Unternehmens übersteigt und es sich nicht um eine Risikokapitalanlage in ein innovatives Unternehmen handelt.[812]

Eine Vermutung dafür, dass die staatliche Kapitalbeteiligung eine Beihilfe enthält, besteht schließlich immer dann, wenn die Kapitalbeteiligung mit notifizierungspflichtigen Maßnahmen zusammenfällt oder die Beteiligung Unternehmen betrifft, die in Sektoren tätig sind, die mit besonderen Schwierigkeiten, wie z. B. strukturellen Überkapazitäten, zu kämpfen haben.[813] Sodann erweitert die Kommission die für Beteiligungen geltenden Kriterien schließlich auf staatliche Maßnahmen, die zwar keine Beteiligung im engeren Sinne sind, diesen aber „genügend ähneln". Das ist insbesondere der Fall bei der Bereitstellung von Kapital in Form von Wandelschuldverschreibungen oder bei Darlehen, deren Rendite von den finanziellen Ergebnissen des Unternehmens abhängt.[814]

cc) Bewertung

Die Beteiligungsmitteilung gibt Anfang der 1980er Jahre den Standpunkt der Kommission zu staatlichen Unternehmensbeteiligungen und damit vergleichbaren Maßnahmen wieder. Sie ist Grundstein für die stete Fortentwicklung und spätere Etablierung des KmhW als allgemeingültiger Maßstab der Beihilfenkontrolle.[815] Aufschlussreich sind vor allem zwei Aspekte: Zum einen legt die Kommission erstmals allgemein und abstrakt Grundsätze für die Beurteilung von Unternehmensbeteiligungen dar, die in der Folge unter dem Schlagwort „Privatinvestorentest" firmieren[816] und sie zeigt auf,[817] dass Referenzpunkt für die beihilferechtliche Beurteilung das Investitionsverhalten sowie die Renditeerwartung eines privaten Kapitalgebers unter normalen Marktbedingungen sind. Zum anderen führt die Mitteilung zu einer auf den ersten Blick unscheinbaren, in ihrer praktischen Tragweite gleichwohl deutlichen Erweiterung des Anwendungsbereichs des Privatinvestorentests auf staatliche Maßnahmen, die mit Unternehmensbeteiligungen vergleichbar sind. Erfasst sind davon vor allem Maßnahmen, denen üblicherweise eine Renditeerwartung zugrunde liegt. Gleichwohl lässt die Mitteilung praktische Fragen in Bezug auf das Kriterium offen, wie beispielsweise den zugrundezulegenden Zeitraum, innerhalb dessen eine „normale Rendite" zu erwarten sein

---

812 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 5. u. 6. Spiegelstrich.
813 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.4.
814 Bulletin EG 9-1984, S. 107, Nr. 5.
815 Kliemann/Segura, in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, Teil 6, B., Art. 107 AEUV, Rn. 92.
816 *Khan/Borchardt*, in: Gadea, EC state aid law, 109, 112.
817 *Bartosch*, EU-BeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 16.

muss, um die Investition nicht als begünstigend erscheinen zu lassen. Die Mitteilung spricht hier lediglich von einer „angemessenen Frist".[818]

b) 1993 – Mitteilung über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03)

aa) Ziel und Hintergrund

Einen weiteren bedeutsamen Schritt bei der Ausformung und Fortentwicklung[819] des KmhW bildete die 1993 veröffentlichte „Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03)".[820] Die Mitteilung war Teil der von der Kommission beabsichtigten Ausweitung und Vertiefung der Beihilfenkontrolle auf öffentliche Unternehmen durch erhöhte Transparenzanforderungen, die sie mit der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG aufstellte. Nach Auffassung der Kommission unterlagen Beihilfen an öffentliche Unternehmen ungenügend der Kontrolle, wenn die Mitgliedstaaten zu anderen Finanzierungsformen als offenen Kapitalzuführungen griffen. Darüber hinaus erkannte sie, dass die Mitgliedstaaten Beihilfen an rentable staatliche Unternehmen häufig nicht anmeldeten, wodurch die Kommission an einer effektiven Kontrolle gehindert war. Aus diesem Grund erhöhte sie mit Art. 5 der Transparenzrichtlinie die Anforderungen an Aufbewahrungs-, Informations- und Auskunftspflichten der Mitgliedstaaten über ihre finanziellen Beziehungen zu ihren Unternehmen. Dies betraf nach Art. 3 der Transparenzrichtlinie eine Vielzahl finanzwirksamer Maßnahmen wie beispielsweise den Ausgleich von Betriebsverlusten, Kapitaleinlagen und Kapitalausstattungen, nicht rückzahlbare Zuschüsse oder Darlehen zu Vorzugsbedingungen, die Gewährung von finanziellen Vergünstigungen durch Verzicht auf Gewinne oder Nicht-

---

818 Bulletin EG 9-1984, S. 106, Nr. 3.3., 1. Spiegelstrich; aus Kommissionskreisen hieß es diesbezüglich, dass ein Zeitraum von 6 bis 8 Jahren für angemessen gehalten wurde, vgl. *Gilchrist, J.*, anlässlich der Diskussion zur zweiten Sitzung mit dem Generalthema „Wettbewerbsvorteile staatlicher und staatlich kontrollierter Unternehmen" beim ICC-Symposium „Wettbewerbsverzerrung zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen" vom 14./15. November 1985 in Frankfurt/Main, zitiert nach *Müller-Graff/Zehetner,* Öffentliche und privilegierte Unternehmen, 105; *Aicher, J.*, in: *Korinek* (Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, 351, 384.

819 Kliemann/Segura, in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, Teil 6, B., Art. 107 AEUV, Rn. 92; *Cyndecka,* The market economy investor test, 23.

820 Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten vom über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. EG vom 13.11.1993, Nr. C 307, S. 3 f. (im Folgenden nur Mitteilung 93/C 307/03).

einziehung von Schuldforderungen und den Verzicht auf die normale Verzinsung der eingesetzten öffentlichen Mittel sowie den Ausgleich von durch die öffentliche Hand auferlegten Belastungen.

Der 1993er Mitteilung war die 1991 veröffentlichte Mitteilung mit gleichlautendem Titel[821] vorausgegangen, die jedoch der EuGH für nichtig erklärte. Die 1991er Mitteilung bestand im Wesentlichen aus zwei Teilen.[822] Sie enthielt zum einen den Standpunkt der Kommission zur Beihilfepolitik für öffentliche Unternehmen und zum anderen gegenüber der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG erweiterte Pflichten. Danach sollten die Mitgliedstaaten jährlich in allgemeiner und systematischer Weise Angaben über die finanziellen Beziehungen zu Unternehmen mit Umsätzen oberhalb einer bestimmten Schwelle übermitteln. Gegen diese Erweiterung des Pflichtkreises der Mitgliedstaaten zur fortlaufenden Informationsübermittlung an die Kommission wandte sich Frankreich erfolgreich mit der Nichtigkeitsklage zum EuGH.[823] Dieser entschied, dass die von der Kommission mit der Mitteilung angestrebte allgemeine und systematische Berichterstattungspflicht über Finanzdaten ihrer öffentlichen Unternehmen nicht von Art. 5 der Transparenzrichtlinie gedeckt war und als Soft Law dementsprechend keine neuen Pflichten der Mitgliedstaaten begründen konnte. In der Folge überarbeitete die Kommission die Mitteilung. Sie strich mit der 1993 veröffentlichten Fassung die strengen Berichtspflichten und überführte diese folgerichtig in die Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG.[824]

Ziel der 1993er Mitteilung war die transparente und kohärente Anwendung der Beihilfevorschriften auf öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie durch Präzisierung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers und dessen Anwendung auf eine größere Zahl von Fällen.[825] Insbesondere sollte das KmhW nun auf vielfältige Formen der Mittelvergabe sowie auf alle Formen öffentlicher Unternehmen einschließlich wirtschaftlich gesunder erstreckt werden. Weil die Mitteilung zudem auf öffentliche Unternehmen und finanzwirksame Maßnahmen, die der Transparenzrichtlinie unterfallen, Anwendung finden sollte, war die Mitteilung eng mit der Transparenzrichtlinie zu

---

821 Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission auf öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie" ABl. EG 1991, Nr. C 273, S. 2.

822 Vgl. Schlussanträge GA *Tesauro*, 16.12.1992, Rs. C-325/91 (Frankreich/Kommission), Rn. 2 f.

823 Vgl. EuGH, 16.6.1993, Rs. C-325/91 (Frankreich/Kommission), Rn. 22 f.

824 Richtlinie 93/84/EWG der Kommission vom 30. September 1993 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 254 vom 12.10.1993, S. 16 ff; vgl. zur Transparenztrichtlinie vertieft, *Soukup*, ZögU 2001, 86; *Tiegelkamp,* Transparenzrichtlinie.

825 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 1 u. 2.

lesen.[826] Zugleich betont die Kommission paradigmatisch das in Art. 295 EGV (jetzt Art. 345 AEUV) verankerte Neutralitätsprinzip der Gemeinschaftsordnung gegenüber den Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und entwickelte aus diesem heraus das KmhW.[827]

bb) Aussagen zum Kriterium

(1) Allgemeine Aussagen

Die Mitteilung grenzte auf der Grundlage des Rechtsstandes von 1985 Beihilfen und Nichtbeihilfen unter Berücksichtigung verschiedener staatlicher Kapitalbeteiligungsszenarien voneinander ab.[828] Das KmhW bestimmte die Kommission in ihrer 1993er Mitteilung wie folgt: „Die Beachtung des Prinzips der Neutralität erfordert es, den Unterschied in den Bedingungen, zu denen die Mittel dem öffentlichen Unternehmen vom Staat bereitgestellt wurden und den Bedingungen, zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen, als Beihilfe zu bewerten (nachstehend als Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers bezeichnet)".[829] Unter dem Eindruck eines zunehmenden Wettbewerbsdrucks müssen nach Auffassung der Kommission öffentliche sowie private Unternehmen, die in verwandten Bereichen tätig sind und die vergleichbare wirtschaftliche und finanzielle Bedingungen aufweisen, im Hinblick auf die Finanzierungsformen gleich behandelt werden. Erhielten öffentliche Unternehmen staatliche Mittel zu günstigeren Bedingungen, also wirtschaftlich gesehen „billiger" als ein privater Eigentümer sie einem privaten Unternehmen bei entsprechender Finanz- und Wettbewerbslage zukommen ließe, erhalte das öffentliche Unternehmen einen Vorteil, den private Unternehmen von ihren Eigentümern nicht erhalten. Das Prinzip der Neutralität im Sinne des Art. 222 EWG[830] erfordere es, diesen Vorteil als Beihilfe zu behandeln.[831] Sodann ging die Kommission auf die bereits aus der Beteiligungsmitteilung bekannten Grundsätze ein, wonach die Beihilfegewährung zu vermuten sei,[832] wenn „unter Berücksichtigung der Finanzlage des Unternehmens, insbesondere der Struktur

---

826 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 2 u. 23; vgl. auch Kliemann/Segura, in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, Teil 6, B., Art. 107 AEUV, Rn. 122 f.

827 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 4.

828 *Traupel*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 529.

829 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 11.

830 Art. 222 EWG ist wortlautidentisch in Art. 345 AEUV übernommen. Vgl. zur Neutralität der Union gegenüber den Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten, S. 185.

831 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 11.

832 Wenngleich zu der vom EuGH für nichtig erklärten Vorgängermitteilung ABl. EG 1991, Nr. C 273, S. 2ff, die in ihren Aussagen zum Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers weitgehend ohne inhaltliche Änderungen übernommen wurde, *Tiegelkamp,* Transparenzrichtlinie, 92.

und des Umfangs der Verschuldung, es nicht gerechtfertigt erscheint, innerhalb einer angemessenen Frist eine normale Rendite (in Form von Dividenden oder Kapitalzuwachs) aus dem investierten Kapital zu erwarten".[833] Zur Verdeutlichung führte die Kommission eine Reihe von Entscheidungen an, in denen sie nach Anwendung des KmhW zu dem Ergebnis gelangte, dass die Bereitstellung von Kapital nicht dem Verhalten eines privaten Kapitalgebers entspreche. So stellen Kapitalzuführungen Beihilfen dar, wenn die Investition in ein Unternehmen erfolge, das in einem Bereich tätig sei, der erhebliche Überkapazitäten aufweise und die Unternehmenskennzahlen darauf hinweisen, dass es außerstande sei, die für seinen Bestand notwendigen Mittel auf dem privaten Kapitalmarkt aufzunehmen.

Ebenso stehe eine Investition in ein Unternehmen einer Beihilfegewährung gleich, das „nur eine sehr geringe Chance [habe], genügend Kapital vom privaten Markt zu erhalten, um sein Überleben und seine langfristige Stabilität zu sichern".[834] Gleiches gelte für die Bereitstellung von finanziellen Mitteln zu Bedingungen, die für einen privaten Kapitalanleger, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handele, unannehmbar wären. Dies gelte umso mehr, wenn die finanzielle und wirtschaftliche Lage der Unternehmen wegen der Dauerhaftigkeit und des Umfangs der Verluste keine normale Rendite in Form von Dividenden oder Kapitalgewinnen für das investierte Kapital erwarten lasse.[835]

(2) Relevanter Vergleichsmaßstab

Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH[836] präzisierte und differenzierte die Kommission das KmhW in ihrer Mitteilung weiter anhand unterschiedlicher Fragestellungen. So habe im Einklang mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Boch"[837], in der es um eine Kapitalhilfe einer regionalen öffentlichen Holdinggesellschaft zugunsten eines Herstellers von Lebensmittelanlagen ging, die Prüfung unabhängig von allen sozialen oder

---

833 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 16.

834 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 17, Entscheidung der Kommission CdF/Orkem, ABl. C 198 vom 7.8.1990, S. 2.

835 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 17, Entscheidung der Kommission, ENI-Lanerossi, ABl. L 16 vom 20.1.1989, S. 52.

836 EuGH, 14.11.1984, Rs. 323/82 (Intermills), Rn. 33; Schlussanträge GA *v. Themaat*, 11.7.1984, Rs. 323/82 (Intermills), Slg. 1984, 3809, 3840; EuGH, 13.3.1985, verb. Rs. 296/82 u. 318/82 (Leeuwarder Papierwarenfabriek), Rn. 20 f.; Schlussanträge GA *Slynn*, 16.1.1985, verb. Rs. 296/82 u. 318/82 (Leeuwarder Papierwarenfabriek), Slg. 1985, 809, 811 f.; EuGH, 10.7.1986, Rs. 234/84 (Meura), Rn. 14; Schlussanträge GA *Lenz*, 16.4.1986, Rs. 234/84 (Meura), Slg. 986, 2263, 2269 f., EuGH, 14.2.1990, Rs. 301/87 (Boussac), Rn. 39; Schlussanträge GA *Jacobs*, 4.10.1989, Rs. C-301/87 (Boussac), Slg. 1990, I-307, Rn. 52 f.

837 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 20; EuGH, 10.7.1986, Rs. 40/85 (Boch), Rn. 13; vgl. ferner Schlussanträge GA *Lenz*, 16.4.1986, Rs. 40/85 (Boch), Slg. 1986, 2321, 2329; EuGH, 14.2.1990, Rs. 301/87 (Boussac), Rn. 18.

regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik zu erfolgen. Allerdings sei es möglich, größere wirtschaftliche Zusammenhänge zu berücksichtigen, indem zwischen privaten Kapitalgebern mit einem kurzfristigen oder sogar spekulativen Zeithorizont und einer privaten Holdinggesellschaft mit einer längerfristigen Perspektive unterschieden werde. So könne ein Vergleichsunternehmen durchaus anders als „ein normaler Kapitalgeber, der Kapital unter mehr oder weniger kurzfristigen Gewinnerwartungen anlegt", eine private Holdinggesellschaft oder eine Gruppe von Unternehmen sein, die eine strukturelle, globale oder sektorale Anlagepolitik verfolge und die sich an längerfristigen Gewinnerwartungen ausrichte. Ebenso wenig sei ausgeschlossen, dass ein privater Kapitalgeber einem Unternehmen, das vorübergehend in Schwierigkeiten sei, neues Kapital bereitstelle, wenn sichergestellt sei, dass das betreffende Unternehmen eine realistische Gewinnaussicht habe und notwendige Umstrukturierungsmaßnahmen ergreife.[838] Desgleichen könne eine Muttergesellschaft für eine begrenzte Zeit Verluste ihrer Tochtergesellschaft übernehmen, damit diese sich unter möglichst günstigen Bedingungen aus dem Geschäftsbereich zurückziehen könne. Solche Entscheidungen können auf Aussichten auf einen unmittelbaren Gewinn sowie darüber hinaus zum Beispiel auf die Aufrechterhaltung des Images der gesamten Gruppe oder die Neuausrichtung von Aktivitäten gestützt werden. Voraussetzung sei aber durchweg die begründete Aussicht auf zumindest langfristige Gewinnmöglichkeiten, da andernfalls die Mittelzuführung als Beihilfe einzustufen sei.

Hinsichtlich der Anwendung des KmhW auf Bürgschaften, Darlehen und Kapitalverzinsungen stellte die Kommission auf die entschiedenen Fälle ab. Danach sei die hundertprozentige Übernahme eines Unternehmens in Schwierigkeiten durch eine staatliche Holding mit der Übernahme einer unbeschränkten Garantie gleichzusetzen, wenn damit nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats zwangsläufig die unbegrenzte Haftung der Holding für das Unternehmen einhergehe.[839] Unter Anwendung des KmhW wäre „normalerweise" kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber ohne Prüfung der „zusätzlichen" Gewinnaussichten bereit, alle Anteile eines Unternehmens in Schwierigkeiten zu erwerben, wenn er für diese Gesellschaft anschließend unbegrenzt haften müsse.

---

838 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 20.

839 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 24, mit Verweis auf Entscheidung der Kommission, 25.7.1989, IOR/Finalp, ABl. vom 3.7.1992, Nr. L 183/30, 31.

Ebenso wenig sei zwischen Darlehen und Kapitalbeteiligungen zu unterscheiden. In beiden Fällen sei unter Anwendung des KmhW zu ermitteln, ob das öffentliche Unternehmen die betreffenden Beträge auf den privaten Kapitalmärkten hätte erlangen können.[840] In Bezug des auf die Verzinsung eingesetzten Kapitals komme es darauf an, dass Konditionen zugrunde gelegt werden, die ein privater, unter normalen Marktbedingungen handelnder Kapitalgeber zugrunde läge. Dies setze voraus, dass die Mindestkapitalrendite erzielt würde, da andernfalls eine implizite Garantieübernahme vorliege.[841] Auch Quersubventionierungen unrentabler Unternehmensteile durch rentable Bereiche, z. B. in staatlichen Holdinggesellschaften, seien am Maßstab des KmhW zu beurteilen.[842] Gleiches erfolge in privaten Unternehmen, wenn das betreffende Unternehmen einen strategischen Plan mit Aussicht auf längerfristig realisierbare Gewinne verfolge oder die Quersubventionierung für die Unternehmensgruppe als Ganzes einen Vorteil biete.[843] Beabsichtigen staatliche Holdinggesellschaften ebenfalls, weniger rentable Unternehmensteile zu subventionieren, können danach strategische Ziele ebenfalls Berücksichtigung finden.

(3) Beurteilungsspielraum

Unter dem Gesichtspunkt der „Praktikabilität des Prinzips eines kaufmännischen Kapitalgebers" setzte sich die Kommission sodann mit den Bedenken der Mitgliedstaaten gegen das Kriterium auseinander. In diesem Zusammenhang betonte sie, dass die Risikobeurteilung, Renditeerwartung und Investitionsentscheidung der öffentlichen Kapitalgeber ebenso wie die der privaten Unternehmen und Geldgeber anhand unternehmerischer Analysen und Kalkulationen innerhalb einer „weiten Bandbreite der Beurteilungsmöglichkeiten liegen".[844] Daher sei ihre Beurteilung von Investitionsprojekten nicht an die Stelle des staatlichen Investors zu setzen. Im Hinblick auf die Informationslage sei davon auszugehen, dass ein privater Investor ohne ausreichende Information normalerweise nicht bereit wäre, zusätzliche Mittel bereitzustellen, wenngleich der Zugang, Umfang und Inhalt der Informationen nach Art der Investition, dem Verhältnis von Anteilseignern und der betroffenen Unternehmen variieren

---

840 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 25, mit Verweis auf EuGH, 10.7.1986, Rs. 40/85 (Boch), Rn. 13.

841 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 26, mit Verweis auf die Entscheidung der Kommission, 23.12.1988, Finsider/ILVA, ABl. L vom 31.3.1989, 76 f., (89/218/EGKS).

842 Vgl. zum speziellen Fall der Quersubvention bei öffentlichen Unternehmen, *Asendorf,* Der private reasonable investor's test, 135.

843 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 29.

844 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 27/29.

könne.[845] Dabei sei anzunehmen, dass Minderheitsaktionäre, die keinen Zugang zu Insiderinformationen über den Gang der Geschäfte des Unternehmens haben, eine verbindlichere Begründung für die Bereitstellung neuer Mittel verlangen als ein Aktionär mit Kontrollrechten, der vielleicht sogar auf der Ebene der Geschäftsleitung an der Entwicklung der Unternehmensstrategie beteiligt und über die Finanzlage gut unterrichtet sei.[846]

Unterschiede erkannte die Kommission zudem in der Erwartungshaltung von Kapitalgebern nach Art der Beteiligung an. So verfolge ein privater Kapitalgeber bei der Minderheitsbeteiligung an einer Gesellschaft ein spekulatives, kurzfristiges Interesse, demgegenüber sei davon auszugehen, dass ein Kapitalgeber bei der Mehrheitsbeteiligung an einer großen Unternehmensgruppe ein längerfristiges Interesse verfolge.[847] Kontrolliere die öffentliche Hand demzufolge ein öffentliches Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe, sei davon auszugehen, dass sie längerfristige, strategische Ziele verfolge. Ebenso berücksichtigte die Kommission, dass ein privater Kapitalgeber eine Investition in ein Unternehmen unterschiedlich aussichtsreich beurteile, je nachdem, ob das Unternehmen in der Vergangenheit angemessene Renditen in Form von Dividenden oder Kapitalzuwachs erwirtschaftet habe. Gleiches müsse im Rahmen des KmhW bzw. Kapitalgebers für die öffentliche Hand gelten.[848] Ginge es darum, einen unrentablen Unternehmensbereich aufzugeben, würde ein privater Kapitalgeber die Folgen für den Ruf und die Organisation bei seiner Entscheidung über den richtigen Zeitpunkt bedenken.

Wie auch bei Privaten können Investitionen fehlschlagen und unterdurchschnittliche Renditen erzielen oder gänzlich scheitern. Daher könne das KmhW nicht in einer „dogmatischen oder doktrinären Weise“ auf den komplexen Bereich der Investitionsentscheidung angewendet werden.[849] Auch eine nachträgliche Kontrolle der tatsächlich erzielten Erträge werde nicht erfolgen, solange im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung begründete Aussichten auf angemessene Erträge bestanden. Ebenso wenig werde die Kommission Investitionsentscheidungen der öffentlichen Hand vorab überprüfen, wenn nicht die Mitgliedstaaten selbst das Vorhaben als Beihilfe notifizieren. Auch berühre das KmhW nicht die Beweislast. Daher habe die Kommission weiterhin das Vorliegen einer Begünstigung positiv zu beweisen.

---

845 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 27/29.
846 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 30.
847 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 30.
848 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 30.
849 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 28/29.

(4) Unterscheidung nach Interventionsform

Ausgehend von den unterschiedlichen Interventionsformen entwickelte die Kommission sodann angepasste Prüfkriterien. Demnach könne die Wahl der Interventionsform bei öffentlichen Unternehmen von Gründen bestimmt sein, die außerhalb rein wirtschaftlicher Überlegungen liegen.[850] Die öffentliche Hand sei danach grundsätzlich nicht gehindert, aus anderen als wirtschaftlichen Motiven zu investieren, solange die Renditeaussichten der in Aussicht genommenen Investition einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber zur Investition veranlassen würden. Ausgehend hiervon behandelte die Kommission in ihrer Mitteilung Kapitalerhöhungen, Kapitalzuführungen/-erhöhungen, Bürgschaften sowie Darlehen und die Verzinsung von Investitionen, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll.

(i) Kapitalzuführungen und -erhöhungen

Eine Kapitalzuführung ist als Beihilfe einzustufen, wenn sie zu Bedingungen erfolgt, denen ein Kapitalgeber unter marktwirtschaftlichen Voraussetzungen nicht zustimmen würde. Dies ist anzunehmen, wenn „die Verfassung und Zukunftsaussichten eines Unternehmens eine gemessen an einem vergleichbaren privaten Unternehmen übliche Verzinsung (auf dem Wege der Dividendenzahlung oder des Kapitalzuwachses) in einem absehbaren Zeitraum nicht erwarten lässt".[851] Da ein marktwirtschaftlicher Kapitalgeber normalerweise Kapital nur bereitstelle, wenn der Gegenwartswert des mit dem internen Zinsfuß des betreffenden Unternehmens erwarteten Cashflows aus dem Finanzierungsvorhaben, der dem Investor über Dividendenzahlungen und/oder Kapitalzuwächse unter Berücksichtigung der Risikoprämie erwachse, den eingesetzten Investitionsbetrag übersteige".[852] Für den Fall gesetzlich vorgesehener Nachschusspflichten der Anteilseigner sei die Liquidation des betreffenden Unternehmens abzuwägen, da private Investoren die Verringerung und Auflösung einer Investition ebenfalls in Betracht zögen. Stelle dies einen „vernünftigeren" Lösungsweg dar, der nicht eingeschlagen werde, seien nach Ansicht der Kommission alle nachfolgenden Kapitalzuführungen als Beihilfen einzustufen.[853] Soll in Unternehmen investiert werden, die keine Verluste schreiben, berücksichtige die Kommission die Finanzlage des Unternehmens im Zeitpunkt der beabsichtigten oder vorgenommenen Kapitalzuführung, um zu beurteilen, ob die Kapitalzuführung Beihilfenelemente enthalte. Dabei seien in jedem Fall die Ertragslage,

---

850 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.
851 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 35.
852 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 35.
853 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 36.

die Finanzkennzahlen und -planung sowie die Marktverhältnisse des Unternehmens zu analysieren.

Für die Analyse der Ertragslage komme es, um valide Ergebnisse zu erhalten, auf einen mehrjährigen Zeitraum an, anhand dessen sowie anhand der Rentabilitätsziffern die Entwicklungstendenz zu beurteilen sei. Zur Beurteilung des Verschuldungsgrades bzw. der Eigenkapitalquote anhand des Verhältnisses zwischen Schulden und Eigenkapital (sog. „gearing" oder „leverage") seien die Finanzkennzahlen des Unternehmens sowie die Kennzahlen des Wirtschaftszweiges und die der unmittelbaren Wettbewerber gegenüberzustellen.[854] Darüber hinaus komme den verschiedenen Kennziffern für die Liquidität und Zahlungsfähigkeit zur Ermittlung der Kreditwürdigkeit sowie der Bestimmung der Fremdfinanzierungskapazität unter normalen Marktbedingungen, unter Berücksichtigung der Unterschiede in den Rechnungslegungspraktiken und Rechnungslegungsvorschriften in den Mitgliedstaaten eine besondere Bedeutung zu. Bei Investitionsvorhaben sei zudem die zugrundeliegende Finanzplanung zu prüfen und zu beurteilen, ob im Zusammenhang stehende Vorteile und Annahmen die Kapitalerhöhung rechtfertigen. Schließlich seien die allgemeinen Marktverhältnisse, -anteile, Trends, Entwicklungen und Zukunftsaussichten über einen längeren Zeitraum zu analysieren.

(ii) Bürgschaften

Für die Beurteilung von Bürgschaften verwies die Kommission auf die eigens zu diesen Formen staatlicher Interventionen veröffentlichte Mitteilung, auf die später noch eingegangen wird.[855] Weiter betonte die Kommission den entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Bürgschaftserteilung und hob hervor, dass nicht in Anspruch genommene Bürgschaften den Schuldner, in der Regel also das betreffende Unternehmen, begünstigen könne, indem er in die Lage versetzt werde, seine Geschäfte fortzuführen und dadurch Wettbewerber verdrängen könne, die keinen Zugang zu staatlichen Mitteln haben.[856] Als relevantes Beihilfenelement sah die Kommission den jeweiligen Unterschiedsbetrag zwischen dem von dem Bürgschaftsnehmer tatsächlich zu zahlenden und dem marktüblichen Bürgschaftszins. In Bezug auf öffentliche Unternehmen, für die nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht ein Kon-

---

[854] Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 37 f.

[855] Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 38; siehe zur Bürgschaftsmitteilung Kapitel 4, B.III.2.e).

[856] Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 38, vgl. ferner auch *K. Möller,* Staatsbürgschaften; *Immenga/Rudo,* Gewährträgerhaftung und Anstaltslast; *Koenig/Haratsch*, ZHR 2005, 77.

kurs bzw. eine Insolvenz ausgeschlossen sei, erhalten diese ihrer Ansicht nach eine Dauerbeihilfe.[857] Bei einer Kreditaufnahme befänden sich solche Unternehmen in einer Situation, die mit einer staatlichen Bürgschaftsgewährung vergleichbar sei.

(iii) Darlehen

Als relevante Risikogrößen für die Beurteilung der Marktüblichkeit eines staatlichen Darlehens stufte die Kommission den Zinssatz sowie die gewährten Sicherheiten ein.[858] Bei einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber sei davon auszugehen, dass sich das bestehende Ausfallrisiko in beiden Größen niederschlage. Als beihilferelevante Größe stufte die Kommission ebenso die Verpfändung von Vermögenswerten ein, wenn dadurch keine vollständige Rückzahlung sichergestellt sei.[859] Das Beihilfenelement bestehe in dieser Konstellation in der Differenz zwischen dem für den Darlehensnehmer geltenden marktüblichen Zinssatz, dessen Höhe von der Finanzlage und den eingeräumten Sicherheiten und dem gezahlten Zinssatz abhänge. Ein gänzlich unverbürgtes bzw. unbesichertes staatliches Darlehen an ein Unternehmen, dem unter normalen Marktbedingungen keine Mittel bereitgestellt würden, wertete die Kommission dagegen als gegenleistungsfreie Beihilfe, mithin als einen Zuschuss, da es einem solchen aufgrund der fehlenden Besicherung näherstehe.

(5) Verzinsung

Von den Mitgliedstaaten verlangte die Kommission, dass sie wie jeder andere marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber eine von einem vergleichbaren privaten Unternehmen zu erwartende normale Verzinsung ihrer Kapitalinvestitionen durch Dividenden oder Kapitalwertsteigerungen zugrunde zu legen haben.[860] Die Rendite bestimme sich ohne Rücksicht auf die Finanzierungsform als Darlehen oder haftendes Kapital nach dem Gewinn nach Abschreibungen und vor Steuern und Anlagenabgängen, ausgedrückt als Prozentsatz des eingesetzten Vermögens.[861] Als Beihilfe in Form der indirekten Förderung des Unternehmens sei es zu werten, wenn mittelfristig oder langfristig keine normale Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu erreichen sei. Denn der Staat verzichte auf Erträge, die ein kaufmännischer Kapitalgeber von einer vergleichbaren Investition erwarten würde. Jedenfalls müsse sich die Unsicherheit eines langfristigen Ertrages in der angemessenen Diskontierung widerspiegeln.

---

857 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 38.2.
858 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 39.
859 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 40.
860 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.
861 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.

Was unter einer „normalen Verzinsung" zu verstehen sei, bestimme sich nach Möglichkeit unter Bezugnahme auf vergleichbare Privatunternehmen.[862] Die Kommission räumte dabei ein, dass solche Vergleiche schwierig seien, gerade im internationalen Kontext aufgrund unterschiedlich strukturierter Kapitalmärkte und Zinssätze sowie Wechselkursschwankungen in den Mitgliedstaaten. So sei bereits die genaue Ermittlung der Vermögenswerte wegen der Rechnungslegungspraxis in einem Mitgliedstaat mit Unsicherheiten behaftet, wodurch die Renditebestimmung erschwert werde. Vor diesem Hintergrund zog sie in Erwägung, entweder bereinigte Werte oder einfachere Kriterien (z. B. Betriebskapital nach Abschreibungen, aber vor Anlagenabgängen) zur Ermittlung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit heranzuziehen.[863]

Im Fall einer unzureichenden Verzinsung des eingesetzten Kapitals bestehe ferner die Vermutung der Beihilfegewährung, da das betreffende Unternehmen sein Kapital zu einem niedrigeren als dem Marktpreis erhalte.[864] In diesen Fällen sei davon auszugehen, dass ein Privatunternehmen entweder von sich aus oder von seinen Anteilseignern ausgehend Maßnahmen ergreife, um eine marktübliche Verzinsung wiederzuerlangen. Dies setze einen entsprechenden Plan voraus, der gleichermaßen von den Mitgliedstaaten bzw. den betreffenden Unternehmen zu fordern sei und der Vorschläge zur Steigerung der Verzinsung des eingesetzten Kapitals enthalte, um zu beurteilen, ob es sich um Beihilfen handele.[865]

Im Zusammenhang mit der Investitionsverzinsung sah die Kommission als weiteren Fall den Verzicht des Staates auf Dividendeneinnahmen an, sofern mit den einbehaltenen Gewinnen des öffentlichen Unternehmens keine marktübliche Verzinsung zu erzielen sei. Denn der teilweise oder vollständige Verzicht auf Dividendeneinnahmen entspreche der regelmäßigen Bereitstellung von Mitteln bzw. der Zuführung neuen Kapitals, die anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu beurteilen sei.[866]

cc) Bewertung

Während die Transparenzrichtlinie die Regeln über die Informationsflüsse über finanzielle Beziehungen der Mitgliedstaaten zu ihren Unternehmen harmonisierte und dadurch die informationsmäßigen Voraussetzungen für die Identifizierung relevanter Finanzflüsse und Un-

862 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.
863 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.
864 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.
865 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 43.
866 Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 44.

terstützungsleistungen schaffte, sorgte die Mitteilung für Klarheit über die materiellen Kriterien für die Abgrenzung zwischen zulässigem unternehmerischen Handeln und tatbestandlicher Begünstigung[867] und das zu diesem Zweck von der Kommission als Prüfungsmaßstab zugrunde gelegte KmhW. Die Mitteilung ist ein grundlegender Schritt zur Etablierung und Fortentwicklung des KmhW zu einem allgemeinen und einheitlichen Grundsatz des Beihilferechts. Insbesondere bei der Kontrolle der Beziehungen der Mitgliedstaaten zu ihren Unternehmen hatte die Kommission mit besonderen Schwierigkeiten zu kämpfen, deren Ursache in der Doppelrolle der öffentlichen Hand als Hoheitsträger einerseits und Eigentümer andererseits[868] lag. In diesen Konstellation bedurfte es der scharfen Abgrenzung zwischen zulässigem Eigentümerverhalten im Sinne des Art. 222 EGV, jetzt Art. 345 AEUV, und unzulässiger Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.[869] Denn der Staat kann in der Rolle des Eigentümers wie ein Privater mit dem Ziel handeln, eine Rendite aus einer Investition zu erzielen oder aber in der Rolle der öffentlichen Hand sozial-, wirtschafts- oder industriepolitische Ziele verfolgen.[870]

Inhaltlich führte die Mitteilung zu einer weiteren Präzisierung des KmhW und des damit verbundenen Vergleichsmaßstabes. So hob die Kommission hervor, dass das KmhW gleichermaßen auf gesunde, d. h. rentable Unternehmen Anwendung finden müsse und öffentliche und private Kapitalgeber am Maßstab der Marktrealität gleich zu behandeln seien. Den Vergleichsmaßstab öffnete sie praxistauglich, indem der heranzuziehende private Investor nicht der nach betriebswirtschaftlichen Kategorien planende „knallharte Manager" sei, sondern ein Investor zugrunde gelegt werden müsse, der in weiteren Zusammenhängen denke und handele.[871] Dies könne in der Praxis die Hinnahme einer zumindest auf kurze Sicht geringeren Rendite implizieren. Für den Rechtsanwender waren das insgesamt nützliche und auf die Praxis übertragbare Hinweise auf den Prüfungsmaßstab der Kommission.

Der Mitteilung 93/C 307/03 fehlte es von Beginn an jedoch an normativer Verbindlichkeit, indem sie aus dem von Art. 198 EGV vorgezeichneten Handlungsrahmen herausfiel. Die Mitteilung erhielten die Mitgliedstaaten als einfache Anlage zu einem Schreiben der Kommission.[872] Zudem galt sie ausweislich ihres Titels nur für öffentliche Unternehmen in

---

867 *Müller-Graff/Zehetner,* Öffentliche und privilegierte Unternehmen, 104.

868 *Verhoeven*, ICLQ 45 (1996), 861, 865.

869 *Aicher*, in: Korinek, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, 351, 379.

870 *Soukup*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 43, 46.

871 *Kahl*, NVwZ 1996, 1082, 1085.

872 *Müller-Graff/Zehetner,* Öffentliche und privilegierte Unternehmen, 106.

der verarbeitenden Industrie. Zusammen mit der Beteiligungsmitteilung legte die Kommission mit der Mitteilung den Grundstein für die Anwendung der aufgeführten Kriterien und des Vergleichskonzeptes auf Unternehmen in anderen Bereichen als der verarbeitenden Industrie.[873]

Die Mitteilung galt bis zum Erlass der sie ersetzenden Bekanntmachung zum Beihilfebegriff. Eine Überarbeitung erfuhr sie nicht. Dies führte dazu, dass vor allem die dynamische Rechtsprechung zum KmhW ab 1993 nicht mehr in Mitteilungen der Kommission abgebildet waren, obgleich zahlreiche relevante Entscheidungen in diese Zeit fielen. So behandelte der EuGH etwa die Frage der Anwendbarkeit des Kriteriums auf gesunde Unternehmen in der Rechtssache „West LB"[874], die Anwendung des KmhW bei fehlenden Vergleichsmärkten aufgrund monopolartiger Marktstrukturen in der Rechtssache „Chronopost/UFEX"[875] und die Anwendung auf Quersubventionierungen[876] und Unterstützungsankündigen.[877] Angesichts dessen kam der Mitteilung jedenfalls zum Ende ihres über zwanzigjährigen Bestehens aber nur noch ein eingeschränkter Aussagewert zu.[878]

c) 1994 – Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien

Die Gewährung von Beihilfen ist im Luftverkehrssektor seit jeher von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Die Beihilfen greifen regelmäßig auf verschiedenen Ebenen. So können Flughafenbetreiber als auch die Luftverkehrsgesellschaften als deren Kunden als Beihilfeempfänger einzustufen sein. Zur Unterstützung werden u. a. Umstrukturierungs- und Ansiedlungsbeihilfen gewährt.[879] Mit Mitteilungen verfolgte die Kommission das Ziel, ihrer Entscheidungspraxis in Beihilfesachen im Luftverkehrssektor mehr Transparenz zu verleihen und dem Rechtsanwender bei der Beurteilung von Finanzierungsinstrumenten mehr Rechtssicherheit zu geben. Vor diesem Hintergrund sowie aufgrund der Erkenntnis, dass die Finanzierung von Luftverkehrsgesellschaften häufig durch die öffentliche Hand erfolgt, die zugleich Anteile an den jeweiligen Gesellschaften halten und sonach in der Eigentümerrolle sind, machte die Kommission in diesen Mitteilungen umfangreiche Ausführungen zum

---

873 *Kahl*, NVwZ 1996, 1082, 1084.

874 EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99 (*West LB*), Rn. 125; vgl. auch zur Entscheidung „West LB", *Stöckl*, ELR 2003, 153.

875 EuGH, 3.7.2003, verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P u. C-94/01 P (Chronopost/UFEX), Rn. 70 bis 77; vgl. dazu *Atanasiu*, EStAL 2008, 571.

876 EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans).

877 EuG, 21.5.2011, verb. Rs. T-425/04, T-444/04, T-450/04 u. T-456/05.

878 Kliemann/Segura, in: *Schröter/M. Adam* (Hrsg.), EU-WettbewerbsR, Teil 6, B., Art. 107 AEUV, Rn. 122 f; ebenso *Traupel*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 528, *Kahl*, NVwZ 1996, 1082, 1085.

879 *Schladebach*, EuR 2006, 773, 785.

KmhW. Im Folgenden soll auf die erste aus 1994 sowie die aktuelle Luftverkehrs- und Flughafenleitlinie aus 2014 näher eingegangen werden und untersucht werden, wie und in welchen Konstellationen die Kommission das KmhW anwendet.

aa) Luftverkehrs- und Flughafenleitlinie (94/C 350/07)

(1) Ziele und Hintergrund

Mit dem 1992 verabschiedeten sog. „dritten Luftverkehrspaket", das aus mehreren Rechtsakten bestand, stieß die Kommission die letzte Stufe der Liberalisierung und Privatisierung des Luftverkehrsmarktes an, um den Binnenmarkt im Luftfahrtsektor seiner Vollendung einen Schritt näher zu bringen. Seitdem entwickelte sich der europäische Luftverkehrsmarkt rasant. Die Maßnahmen führten dazu, dass vormals staatliche Fluggesellschaften zu erheblichen strukturellen Anpassungen gezwungen waren. Aus beihilferechtlicher Perspektive milderten die Mitgliedstaaten diese Folgen durch mitunter umfangreiche Beihilfen.[880] Die Kommission lenkte diese Entwicklung durch die Mitteilung zur beihilfekonformen Finanzierung von Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien), die sie erstmals 1994[881] veröffentlichte. Sie enthielten hauptsächlich Bestimmungen zur Umstrukturierung nationaler Luftverkehrsgesellschaften und zu Sozialbeihilfen. Im Rahmen der Ausführungen zu Umstrukturierung von Luftverkehrsgesellschaften setzte sich die Kommission intensiv mit dem KmhW auseinander.

(2) Aussagen zum Kriterium

Maßgebliches Gewicht maß die Kommission der Tragfähigkeit und Kohärenz der finanziellen Maßnahme bei, die sich danach bestimme, ob die „Transaktion kommerziell sinnvoll ist"[882]. Dafür sei nicht erforderlich, dass das staatliche „Programm mit einer über alle vernünftigen Zweifel hinausgehenden Wahrscheinlichkeit erfolgreich sein wird, bevor sie [die Kommission] eine Transaktion als normale geschäftliche Transaktion einstuft".[883] Ebenso wenig sei es das Ziel der Kommission, die Entscheidung des staatlichen Anlegers zu ersetzen. Vielmehr müsse mit angemessener Bestimmtheit festgestellt werden, ob das staatlich finanzierte Programm für einen nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten handelnden Kapitalanleger akzeptabel wäre. Weise die Maßnahme Merkmale auf, die den Schluss nahelegen, ein privater Kapitalgeber in einer vergleichbaren Situation, in der über eine Investition zu

---

880 *Guarrata,* Finanzierung von Flughafeninfrastruktur, 11.

881 Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrags sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr (94/C 350/07), ABl. EG vom 10.12.1994 Nr. C 350, S. 5 f. (Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994).

882 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 25.

883 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 26.

entscheiden sei und ginge wie die öffentliche Hand das Risiko nicht ein, müsse von einer Beihilfe ausgegangen werden.

In ihrer Mitteilung unterschied die Kommission hierbei relevante Interventionsformen wie Kapitalzuführungen, Darlehensfinanzierungen und Bürgschaften und stellte jeweils verschiedene Kriterien und Indikatoren auf, die der Prüfung zugrunde zu legen seien und die den Mitgliedstaaten Anhaltspunkte liefern, ob die Kommission eine Intervention als Beihilfe bewerte.

Wie in den zuvor dargestellten Mitteilungen betonte die Kommission paradigmatisch das Neutralitätsprinzip der Unionsrechtsordnung gegenüber den Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten aus Art. 295 EGV (jetzt Art. 345 AEUV) und entwickelte aus diesem heraus das KmhW.[884] Danach sei der Unterschied in den Bedingungen, zu denen Luftverkehrsunternehmen Mittel vom Staat erhalten und den Bedingungen, unter denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen agiere, als Beihilfe zu werten.[885] Herkunftsbezogene Unterschiede in den Rechnungslegungspraktiken oder -vorschriften oder der internen Struktur oder Organisation der Unternehmen seien bei der Festlegung des geeigneten Vergleichsmaßstabes zu berücksichtigen. Sodann ging die Kommission in ihrer Mitteilung auf verschiedene Finanzierungsszenarien und -methoden ein und bewertete deren beihilferechtliche Relevanz. Auf diese soll im Folgenden näher eingegangen werden.

(i) Kapitalzuführungen

In Bezug auf Kapitalzuführungen stellte die Kommission klar, dass diese keine Beihilfen enthalten, wenn der Zuführung eine Erhöhung staatlicher Anteile gegenüberstehe und sie mit einer Pari-passu-Beteiligung von realer wirtschaftlicher Bedeutung privater Anteilseigner einhergehe.[886] Das KmhW könne zudem als erfüllt angesehen werden, wenn die Struktur und die künftigen Aussichten des Unternehmens innerhalb einer angemessenen Frist eine im Vergleich zu einem Privatunternehmen normale Rendite, z. B. in Form von Dividenden oder Kapitalzuwachs, erwarten lassen. Um dies zu beurteilen, sei die frühere, die aktuelle und die künftige kommerzielle und finanzielle Lage des Unternehmens zu analysieren, wobei mangels Vergleichbarkeit mit dem Staat normalerweise nicht die kurzfristigen Gewinnerwartungen eines Unternehmens ausschlaggebend seien. Vergleichsmaßstab ist vielmehr ein Privatunternehmen, das eine Strukturpolitik verfolge und sich von längerfristigen

---

884 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 25.

885 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 26.

886 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 27.

Rentabilitätsaussichten in seinem Tätigkeitsbereich leiten lasse.[887] Zur Veranschaulichung zog die Kommission den Vergleich zu einer Holdinggesellschaft, die der Tochtergesellschaft Kapital zuführen würde, wenn dies zur Sicherstellung des Fortbestandes der Unternehmenstochter erforderlich sei und diese sich in vorübergehenden Schwierigkeiten befinde, aber ihre Rentabilität gegebenenfalls nach einer Umstrukturierung wieder zurückgewinnen könne.[888] Solche Entscheidungen können, neben der Wahrscheinlichkeit eines mittelbaren materiellen Gewinns, mit Erwägungen wie etwa dem Bemühen um Imagepflege des Konzerns oder um Neuorientierung der Unternehmenstätigkeit begründet werden.[889] Voraussetzung sei nach der Mitteilung, dass der Staat ebenso wie jeder andere marktwirtschaftlich handelnde Anleger in angemessener Zeit mit einer normalen Rendite rechnen könne. So würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalanleger Kapital bereitstellen, wenn der Gegenwartswert des erwarteten zukünftigen Cashflows innerhalb eines angemessenen zeitlichen Rahmens des Finanzierungsvorhabens aus Dividendenausschüttungen und Kapitalzuwächsen unter Berücksichtigung der Risikoprämien die Investitionssumme übersteige,[890] die Investition also rentabel sei. Der zukünftige Cashflow bestimme sich aus den diskontierten Kreditgrenzkosten oder den Kapitalkosten des Unternehmens.[891] Falle der erwartete Cashflow geringer aus, sei anzunehmen, dass der Staat auf einen Gewinn verzichte, den ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalanleger von einer vergleichbaren Investition erwarten würde und somit das Unternehmen eine Beihilfe erhalte. Zu den maßgeblichen, die Rendite beeinflussenden Faktoren zähle die Lage des Unternehmens, die sich nach der Ertragslage, der wirtschaftlichen und technischen Effizienz sowie der kommerziellen Unternehmensstrategie bestimme.[892]

Die Ertragslage und der Cashflow, die die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens mitbestimmen, richten sich in erster Linie nach dem Verhältnis von Schulden und Eigenkapital bzw. nach dem Verschuldungsgrad des Unternehmens, das Aufschluss gebe, inwieweit ein Unternehmen in der Lage sei, seinen laufenden Betrieb selbst zu finanzieren.[893] Zudem kön-

---

887 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 28.
888 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 28.
889 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 28.
890 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 28/29.
891 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 28.
892 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 29.
893 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 29.

nen innerhalb des KmhW die Betriebs- und Nettoergebnisse über eine längere Periode untersucht werden, um Rückschlüsse auf Rentabilitätskennziffern und Entwicklungstendenzen ziehen zu können.

Im Hinblick auf die wirtschaftliche und technische Effizienz komme es auf die Betriebskosten und die Arbeitsproduktivität an. Das Alter der Flugzeugflotte könne ein wichtiges Bewertungselement sein, da eine Fluggesellschaft, deren Flotte älter ist als der europäische Durchschnitt, einen strukturellen Nachteil habe, weil künftig hohe Investitionen zu erwarten seien.[894] Außerdem könne eine veraltete Flugzeugflotte darauf hindeuten, dass das betroffene Unternehmen in der Vergangenheit erkennbar nötige Investitionen versäumte und schlecht gewirtschaftet habe, was sich in diesem Fall negativ auf den Ausgang der Prüfung anhand des KmhW auswirke.[895]

In Bezug auf die kommerzielle Strategie bewertete die Kommission die zurückliegenden, gegenwärtigen und absehbaren Trends auf den verschiedenen Märkten sowie den Marktanteil über einen angemessen langen Zeitraum und das Marktpotenzial des betreffenden Unternehmens.[896] Von Relevanz ist ferner das allgemeine Umfeld des Luftverkehrsgewerbes. Denn schon nach einer kurzen Krise können sich die Betriebsergebnisse eines Unternehmens drastisch verschlechtern. In Zeiten makroökonomischer Stabilität könne dagegen ein erhebliches Wachstum zu verzeichnen sein.[897] Für die Beurteilung bedeute dies, dass ein gesundes Unternehmen trotz eines allgemeinen wirtschaftlichen Abschwungs und infolge dessen kurzfristiger Probleme gute Zukunftsaussichten haben könne. Demgegenüber seien bei der Bewertung unrentabler Unternehmen Sanierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen von zentraler Bedeutung, sofern die Maßnahmen ein kohärentes Umstrukturierungsprogramm bilden. Dabei begrüße es die Kommission, wenn Umstrukturierungspläne auf externem und unabhängigem Sachverstand von Finanzberatern beruhen. Wobei die Kommission sich vorbehalte, zur Beurteilung der Tragfähigkeit von Sanierungs- und Umstrukturierungsplänen selbst auf unabhängige Sachverständige zurückzugreifen.

(ii) Darlehensgewährungen

Darlehen und die Frage nach der Marktüblichkeit zugrundeliegender Konditionen seien ebenfalls anhand des KmhW zu beurteilen. Kriterien dafür seien insbesondere der Zinssatz und eingeräumte bzw. verlangte Sicherheiten und die finanzielle Lage des Unternehmens

---

894 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 29.
895 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 29.
896 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 29.
897 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 29.

zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung. Ausschlaggebend sei, ob gestellte Sicherheiten das Darlehen in voller Höhe abdecken. Die Beihilfe bestehe der Höhe nach in dem Unterschiedsbetrag zwischen dem von der Fluggesellschaft unter normalen Marktbedingungen zu zahlenden Zinssatz und dem tatsächlich gezahlten Satz. Den „Extremfall" bilde die Gewährung eines unbesicherten Darlehens an ein Unternehmen, das unter normalen Umständen keine Mittel erhielte. Dann entspreche das Darlehen in voller Höhe einem beihilferelevanten gegenleistungsfreien Zuschuss.

(iii) Bürgschaften

Im Hinblick auf die Beurteilung von Bürgschaften zugunsten von Luftverkehrsunternehmen rekurrierte die Kommission auf ihre bisherigen Schreiben an die Mitgliedstaaten[898], in denen sie ihre strenge Haltung zum Ausdruck brachte. Danach fallen sämtliche staatlich oder von staatlich bevollmächtigten Finanzierungseinrichtungen gewährten Bürgschaften unter den Beihilfetatbestand. Verfälschungen des Wettbewerbs durch Bürgschaften lassen sich nur durch die Bewertung zum Zeitpunkt ihrer Gewährung aufdecken.[899] Eine Zustimmung zu beabsichtigten Bürgschaften an Luftverkehrsunternehmen setze voraus, dass deren Inanspruchnahme an bestimmte vertragliche Vorgaben geknüpft sei, die bis zu einem Vergleichs- oder Konkursverfahren des begünstigten Unternehmens reichen. Mit der Bewertung der Beihilfenelemente von Bürgschaften müsse die Untersuchung der Finanzlage des Kreditnehmers wie im Falle von Kapitalzufuhren einhergehen.

Das Beihilfenelement solcher Bürgschaften entspreche dann dem Unterschiedsbetrag zwischen dem vom Kreditnehmer auf dem freien Markt zu zahlenden Zinssatz und dem aufgrund der Bürgschaft tatsächlich gezahlten Satz abzüglich der für die Bürgschaften gezahlten Prämien. Wenn angesichts der angeschlagenen finanziellen Situation eines Luftverkehrsunternehmens kein Finanzinstitut bereit wäre, ein Darlehen ohne die staatliche Bürgschaft zu gewähren, gelte der gesamte Darlehensbetrag als Beihilfe. Schließe der rechtliche Status von öffentlichen Unternehmen eine Insolvenz aus, befinden sich diese Unternehmen praktisch im Besitz einer bürgschaftsgleichen Dauerbeihilfe bei der Darlehensaufnahme, die die Aufnahme zu günstigeren Bedingungen ermögliche. Gleiches gelte für die Unternehmensbeteiligung der öffentlichen Hand an Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn das innerstaatliche Recht für diesen Fall die unbegrenzte Haftung vorsehe, auch diese ist „nichts

---

[898] Schreiben der Kommission an die Mitgliedstaaten vom 5. April 1989 [SG(89) D/4328], ergänzt durch ein Schreiben vom 12. Oktober 1989, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/archive_docs/d4328_en.html, (Abruf 17.10.2020).

[899] Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 33 f.

anderes als eine unbefristete Bürgschaft [ist], die das Unternehmen künstlich über Wasser hält".[900]

bb) Flughafenleitlinie (2014/C 99/03)

(1) Ziele und Hintergrund

2014 veröffentlichte die Kommission eine aktualisierte Leitlinie für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften.[901] Mit ihr reagierte die Kommission auf eine veränderte Marktsituation im Flughafensektor, die u. a. die verbreitete Gewährung von staatliche Betriebsbeihilfen für Flughafenbetreiber zur Folge hatte. Die Flughafenbetreiber setzten diese in unterschiedlichen Geschäftspraktiken ein, um Luftverkehrsgesellschaften Anreize zur Anbindung zu setzen und Marketingunterstützungen zu leisten.[902]

Die Leitlinie ist wie regelmäßig auf keine spezielle Rechtsgrundlage gestützt, das Recht der Kommission zum Erlass zweckdienlicher Maßnahmen folgt indes aus Art. 108 Abs. 1 AEUV.[903] Die Leitlinie beschreibt auf der Grundlage der Erfahrung und Beschlusspraxis der Kommission sowie der von ihr analysierten Marktbedingungen im Flughafen- und Luftverkehrsbereich die rechtliche und wirtschaftliche Situation der öffentlichen Förderung von Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften. Sie erläutert die Voraussetzungen, unter denen staatliche Maßnahmen als Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen seien und unter denen sie nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können.[904] Wie schon in der 1994er Leitlinie setzt sich die Kommission in der aktualisierten Fassung intensiv mit dem KmhW im Luftfahrtsektor auseinander.

(2) Aussagen zum Kriterium

Gleich zu Beginn stellt die Kommission klar, dass das Kriterium auf alle Unternehmen, gleich ob in staatlichem oder privatem Besitz und unabhängig von der Rechtsform, anzuwenden sei. Die Prüfung sei auf den Zeitpunkt der Maßnahme und anhand der zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Informationen sowie vorhersehbaren Entwicklungen durchzuführen. Spätere Erkenntnisse spielen für die Beurteilung dagegen keine Rolle.[905] Den Prüfungsmaßstab präzisiert die Kommission dahingehend, ob ein privater Wirtschaftsbeteiligter in einer vergleichbaren Lage auf der Grundlage der Rentabilitätsaussichten und unabhängig von allen sozialen,

---

900 Luftverkehrs- und Flughafenleitlinien von 1994 (94/C 350/07), Ziff. 33 f.

901 Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. C 99, 4.4.2014, S. 3–34.

902 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 5 bis 7 der Flughafenleitlinien (2014/C 99/03).

903 Siehe dazu Kapitel 4, B.III.1.b).1

904 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 11 der Flughafenleitlinien (2014/C 99/03).

905 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 47.

regionalpolitischen sowie sektorbezogene Überlegungen die Maßnahme vorgenommen hätte.[906] Maßgeblich können bei Investitionen in die Infrastruktur auch längerfristige Rentabilitätsaussichten sein.

Die Kommission unterscheidet in ihrer Darstellung zwei Ebenen. Die betrifft zum einen staatliche Maßnahmen zugunsten des Flughafens bzw. der Betreibergesellschaft sowie zum anderen Maßnahmen gegenüber den Luftverkehrsgesellschaften. Die Förderung von Flughäfen solle auf der Grundlage solider Ex-ante-Rentabilitätsaussichten erfolgen, die auf realistischen Prognosen des Verkehrsaufkommens und der Flughafeneinnahmen beruht. Fehle ein Wirtschaftsplan, deute das zunächst auf nichtmarktwirtschaftliches Handeln hin.

Im Falle der Förderung von Luftverkehrsgesellschaften sieht die Leitlinie zwei Methoden für den Nachweis marktwirtschaftlichen Handelns vor: den Vergleich mit Marktpreisen bzw. das Benchmarking sowie die Ex-ante-Analyse, die belege, dass die Vereinbarung zwischen dem Flughafen und der Luftverkehrsgesellschaft einen positiven inkrementellen, d. h. einen angemessen Deckungs- und Gewinnbeitrag generieren.[907] Allerdings spricht die Kommission die deutliche Präferenz für die Ex-ante-Analyse aus,[908] da derzeit die weitaus meisten Flughäfen in der Union deshalb am Markt bestehen, weil sie aus sozialen oder regionalen Erwägungen heraus Investitions- und Betriebskostenzuschüsse erhalten.[909] Luftverkehrsgesellschaften berücksichtigen die so zustande gekommenen günstigen Preise bei ihren Unternehmensentscheidungen, sodass die freie Preiskalkulation privater Flughafenbetreiber erheblich beeinträchtigt sei. Vor diesem Hintergrund sei zweifelhaft, ob für die Ermittlung einer validen Benchmark genügend vergleichbare Flughäfen vorhanden seien, die unter normalen Marktbedingungen vergleichbare Dienstleistungen erbringen.[910] Sofern jedoch ein Benchmarking, also eine vergleichende Analyse, erfolge, sind nach der Leitlinie Flughäfen zu berücksichtigen, die sich wie marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsteilnehmer verhalten. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit seien das Verkehrsaufkommen, die Art des Verkehrs, Art und Umfang der erbrachten Flughafendienstleistungen, die Nähe des Flughafens zu einer Großstadt sowie die Einwohnerzahl und der Wohlstand im Umfeld des Flughafens anhand des Pro-Kopf-BIP und das Einzugsgebiet zu berücksichtigen.[911]

---

906 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 49.
907 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 53.
908 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 61.
909 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 58.
910 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 69.
911 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 60.

Im Falle der Ex-ante-Analyse sei nachzuweisen, dass der Flughafen mittelfristig in der Lage sei, die aus der Vereinbarung mit der Luftverkehrsgesellschaft resultierenden Kosten zuzüglich einer angemessenen Gewinnmarge zu erzielen.[912] Einnahmen und Ausgaben infolge der Vereinbarung und der Präsenz der Luftverkehrsgesellschaft am Flughafen seien umfassend zu berücksichtigen, d. h. Entgelte sowie nicht luftverkehrsbezogene Einnahmen, Nachlässe, Anreizsysteme und Personal-, Ausrüstungs- und Investitionskosten. Zu berücksichtigen sei ferner, inwieweit die Vereinbarung zu einer auf langfristige Rentabilität abzielenden Gesamtstrategie des Flughafens beitrage.[913] Allerdings ist damit kaum mehr ein konkreter Bezug zu den sonst stark ökonomisch geprägten Kriterien im Rahmen des KmhW gegeben.

cc) Bewertung

Mit den Flughafenleitlinien verleiht die Kommission dem KmhW konkret sektorbezogene Konturen. Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass sie in ihrer 1994er Leitlinie noch nach Interventionsformen unterschied. In der fortgeschriebenen 2014er-Fassung dagegen strukturiert sie das Kriterium nach den potenziellen Vorteilsempfängern, den Flughafenbetreibergesellschaften sowie den Luftverkehrsunternehmen. Dessen ungeachtet unterlegt sie mit beiden Leitlinien die abstrakten Kriterien des dem KmhW zugrunde liegenden Konzeptes mit konkreten Anwendungsbeispielen. Deutlich bezieht sie Stellung zu den Marktstrukturen im Luftverkehrssektor und den Konsequenzen daraus für das Benchmarking und die Ex-ante-Analysen bei der Anwendung des KmhW. Darin tritt einerseits ein wirtschaftspolitischer Gestaltungsanspruch der Kommission zu Tage, etwa wenn sie feststellt, dass sich die Beihilfepolitik darauf konzentrieren sollte, die Gewährung von Beihilfen zu erleichtern, die gut konzipiert und auf Marktversagen bzw. auf im gemeinsamen Interesse liegende Ziele der Union ausgerichtet sind, und die Vergeudung öffentlicher Mittel zu vermeiden.[914] Andererseits schafft sie mit diesem Ansatz mehr Klarheit und Rechtssicherheit für die Rechtsanwender.

---

912 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 64.

913 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 66.

914 Flughafenleitlinien (2014/C 99/03), Rn. 8.

d) 2006 – Risikokapitalleitlinien (2006/C 194/02 und 2014/C 19/04)

aa) Ziele und Hintergrund

Ausgangspunkt der Leitlinien[915] ist die Annahme, dass vor allem innovative und Hightech-Unternehmen gerade in der Gründungsphase („early stage") auf die Bereitstellung von Kapital angewiesen sind, jedoch der Kapitalmarkt dies aufgrund des zu hohen Verlustrisikos, durch Informationsasymmetrien sowie wegen der mit der Bereitstellung von kleinem bis mittlerem Kapitalvolumen verbundenen hohen Transaktionskosten[916] nicht in ausreichendem Maße bereitstellt, obgleich die Branche ein hohes Innovations- und Wachstumspotenzial aufweist. Beihilfen zur Bereitstellung von Wagniskapital für die entsprechenden Branchen werden daher als Beitrag zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels betrachtet.[917] Die beihilferechtliche Relevanz der staatlichen Förderung von Investitionen und die Bereitstellung von Wagniskapital ergibt sich also gerade aus dem Umstand, dass der Staat in eine Situation eingreift und Mittel zu Bedingungen bereitstellt oder Anreize dafür schafft, dass eine Gruppe von Wirtschaftsakteuren (die Investoren) anderen Wirtschaftsakteuren[918] wie Start-Ups Finanzierungen anbietet, die ohne staatliche Intervention für einen Privaten unannehmbar wären. Die Risikokapitalleitlinien der Kommission geben den Mitgliedstaaten Rechtssicherheit bei der Gestaltung einzelner Finanzierungsinstrumente und der beihilfenechtskonformen Finanzierung von Vorhaben, denen der Kapitalmarkt nur unzureichend finanzielle Mittel bereitstellt. Zu diesen Instrumenten zählen beispielsweise Unternehmensbeteiligungen, Darlehen und Garantien.[919]

Die bei der Finanzierung solcher Vorhaben mögliche Begünstigung kann auf drei Ebenen auftreten.[920] Sie kann die Investoren, den Investmentfonds und das Zielunternehmen begünstigen. Ermöglicht die staatliche Maßnahme einem Investor die Beteiligung am Kapital von Unternehmen zu Bedingungen, die wegen der staatlichen Unterstützung günstiger sind, als sie es normalerweise wären, erhält er – unabhängig davon, ob er den Vorteil weitergibt – eine beihilferechtliche Begünstigung. Gleiches gilt für die Finanzierung über Investmentfonds, in denen zahlreiche unterschiedliche Investoren zusammengeschlossen sind,

---

915 Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen in kleine und mittlere Unternehmen (2006/C 194/02), ABl. EU Nr. C 194 vom 18.8.2006, S. 2 ff. sowie Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen (2014/C 19/04), ABl. EU Nr. C 19 vom 22.1.2014, S. 4 ff.

916 *Zuleger*, EWS 2005, 482, 484.

917 *Götz*, in: Dauses/Ludwigs, EU-WirtschaftsR, H. III.3., 48. EL, Rn. 116.

918 *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489, 489.

919 *Johann*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 3, Rn. 1693.

920 Nr. 3.2 Risikoleitlinien 2006/C 194/02 sowie Rn. 29 Risikoleitlinie 2014/C 19/04.

die aufgrund dessen den Charakter eines unabhängigen Unternehmens haben und die in die Lage versetzt werden, Investitionen zu marktunüblichen günstigen Bedingungen vorzunehmen. Das Zielunternehmen wiederum kann begünstigt sein, indem es Wagniskapital erhält, ohne dafür eine marktübliche Sicherheit und Renditen in Aussicht stellen zu müssen.

bb) Aussagen zum Kriterium

Die Risikokapitalleitlinien beschränken sich im Hinblick auf das KmhW im Wesentlichen auf Ausführungen zur beihilfekonformen Ausgestaltung von Pari-passu-Investitionen. Die 2006er Risikokapitalleitlinie statuierte dazu noch die Mindestbeteiligungsquote von privatem Kapital in Höhe von 50 Prozent. Danach ging die Kommission davon aus, dass „[...] wenn öffentliche und private Investoren identische Aufwärts- und Abwärtsrisiken und Vergütungen teilen und einer identischen Nachrangigkeitsregelung unterliegen, und grundsätzlich wenn die Transaktion zu mindestens 50 % von privaten Investoren finanziert wird, die unabhängig von den Unternehmen sind, in die sie investieren“[921] aus der Sicht eines marktwirtschaftlichen handelnden Wirtschaftsteilnehmers akzeptabel sei. Diese Beschränkung reduzierte die Kommission dann aber in der 2013 novellierten Leitlinie unter Verweis auf ihre Entscheidung in der Sache „Citynet Amsterdam“.[922] Erforderlich sei danach nur noch die Mindestbeteiligung von privatem Kapital in Höhe von 30 Prozent.[923] Im Rahmen der Konsultationen zum Entwurf begrüßte insbesondere Deutschland die Reduzierung.[924]

cc) Bewertung

Die Risikokapitalleitlinien behandeln unter dem KmhW die Ausgestaltung von beihilferechtlich zulässigen Pari-passu-Investitionen. Die Investitionen aktivieren das Potenzial risikoträchtiger Wirtschaftsbereiche mit Hilfe staatlicher Mittel, die ohne diese Hilfe für private Kapitalgeber aufgrund des zu großen Wagnisses unattraktiv sind. Die veränderte Sichtweise der Kommission auf die Höhe der Mindestbeteiligungsquote gibt den Mitgliedstaaten im

---

921 Nr. 3.2 Risikoleitlinien 2006/C 194/02.

922 Entscheidung der Kommission in der Sache C 53/06 (Citynet Amsterdam), ABl. EU Nr. L 247 vom 16.9.2008, S. 27, Erwägungsgründe 96-100.

923 Rn. 34, Risikoleitlinie 2014/C 19/04.

924 Vgl. Stellungnahme Deutschlands zum Entwurf der GD Wettbewerb für „Leitlinien der Union für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen“ vom 24.7.2013, (Konsultation HT.347) vom 18.9.2013, unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_risk_capital/germany_government_de.pdf (Abruf 17.10.2020), ebenso und nahezu gleichlautend die Stellungnahme des VÖB-Bundesverband Öffentlicher Banken vom 4.9.2013, S. 2 unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_risk_capital/vob_de.pdf (Abruf 17.10.2020); dagegen offenbar aber die London Stock Exchange Group in ihrer Stellungnahme http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_risk_capital/london%20stock%20exhange_en.pdf (Abruf 17.10.2020).

Vergleich zur Vorgängerregelung eine größere Flexibilität und einen Gestaltungsspielraum, zeigt aber zugleich die Wandlungsfähigkeit des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, das stark vom jeweiligen Marktumfeld geprägt wird. Dabei wird die im Bereich des Risikokapitals anzusetzende Mindestbeteiligungsquote für privates Kapital in weniger risikoträchtigen Bereichen wohl erst recht als ausreichend angesehen werden müssen.

e) 2008 – Bürgschaftsmitteilung (2008/C 155/02)

aa) Ziele und Hintergrund

Im Jahr 2000 veröffentlichte die Kommission erstmals eine Mitteilung,[925] die eigens die Anwendung des Beihilfetatbestandes auf staatliche Bürgschaften und Haftungsverpflichtungen beschrieb. Ihr ging eine elf Jahre währende Auseinandersetzung über staatliche Garantien voraus, was sich in zwei verworfenen Mitteilungen aus 1994 und 1995 widerspiegelte.[926]

Während die 2000er Mitteilung im Hinblick auf den KmhW nur den Hinweis enthielt, dass staatliche Garantien dem Beihilfentatbestand unterfallen, wenn für diese keine marktgerechte Prämie gezahlt und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werde,[927] gab die Kommission in der 2008 novellierten Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften („Bürgschaftsmitteilung")[928] unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH ausführliche Hinweise, wie bei der Bestimmung der Marktüblichkeit das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers anzuwenden sei. Bereits unter den allgemeinen Erwägungen stellte die Kommission insoweit auch die Zielsetzung ihrer Mitteilung klar: „Damit leichter beurteilt werden kann, ob eine Maßnahme mit dem Grund-

---

925 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (2000/C 71/07), ABl. C 71 vom 11.3.2000, S. 14-18. Die Mitteilung ersetzte gemäß ihrer Nr. 1.4 zum einen das an die Mitgliedstaaten gerichtete Schreiben der Kommission an die Mitgliedstaaten vom 5. April 1989 [SG(89) D/4328] sowie Randnummer 38 ihrer Mitteilung 93/C 307/03 über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (siehe ausführlich dazu Kapitel 4, B.III.2.b).

926 Entwurf einer Mitteilung der Kommission zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Bürgschaften und Garantien vom 12.4.1994, S. 4 sowie vom 7.3.1995. Beide Entwürfe wurden nicht veröffentlicht, ausführlich dazu *K. Möller,* Staatsbürgschaften, 56.

927 Vgl. Bürgschaftsmitteilung (2000/C 71/07), ABl. C 71 vom 11.3.2000, S. 14-18, Nr. 2.1.1 sowie Nr. 4.2. lit. d) und Nr. 4.3. lit. f).

928 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (2008/C 155/02), ABl. C 155 vom 20.6.2008, S. 10, (im Folgenden „Bürgschaftsmitteilung"); Vgl. dazu sowie zum Privatinvestorenmaßstab der Bürgschaftsmitteilung, *Wielpütz,* EWS 2010, 14, 15; *Tollmann*, WM 41 (2000), 2030, 2033.

satz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang steht, führt die Kommission in diesem Abschnitt mehrere ausreichende Voraussetzungen dafür auf, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt."[929]

bb) Aussagen zum Kriterium

Nach Nr. 3.1 der Bürgschaftsmitteilung sind bei der Prüfung von Garantien und Garantieregelungen, zu denen auch Bürgschaften, Haftungsverpflichtungen und ähnliche Finanzmaßnahmen zählen, die Möglichkeiten des betreffenden Unternehmens zu berücksichtigen, entsprechende Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt zu erlangen. Eine staatliche Beihilfe liege nicht vor, wenn eine neue Finanzierungsquelle zugänglich gemacht werde, die unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen für einen privaten Marktteilnehmer annehmbar wäre. Um dem Rechtsanwender eine Hilfestellung bei der Prüfung zu geben, ob eine Maßnahme mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang steht, führt die Kommission in ihrer Mitteilung mehrere ausreichende Voraussetzungen auf, die – sofern sie erfüllt sind – belegen, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt. Im Falle von Einzelgarantien genüge es für die Annahme der Marktüblichkeit, dass der Kreditnehmer sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten befinde, die Garantie an eine bestimmte finanzielle Transaktion geknüpft sowie auf eine bestimmte Höhe und begrenzte Laufzeit ausgelegt sei.[930] Zudem dürfe die Garantie nicht mehr als 80 Prozent des ausstehenden Kreditbetrages oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung abdecken und für ihre Übernahme müsse ein marktübliches Entgelt gezahlt werden.

Die Beschränkung der Garantie auf maximal 80 Prozent des Kreditbetrages steht vor dem Hintergrund, dass der Anreiz für den Kreditgeber aufrechterhalten werden soll, das mit der Kreditvergabe verbundene Risiko ordnungsgemäß zu bewerten, abzusichern und so gering wie möglich zu halten und die Bonität des Kreditnehmers ordnungsgemäß zu prüfen.[931] Ist die finanzielle Verpflichtung jedoch vollständig durch eine staatliche Garantie gedeckt, besteht für den Kreditgeber faktisch kein Verlustrisiko.[932] Folge ist, dass Kreditgeber eher bereit sind, Kredite mit einem höheren als dem marktüblichen Risiko zu vergeben, was dazu führen kann, dass sich der Anteil der laufenden staatlichen Garantien mit hohem Risiko erhöht.

---

[929] Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.3.
[930] Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.2.
[931] Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.2, lit. c).
[932] Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.2, lit. c).

Nach der Bürgschaftsmitteilung komme es für den Ausschluss der beihilferelevanten Begünstigung in erster Linie auf die Zahlung einer angemessenen Prämie für die staatliche Risikoübernahme an.[933] Es sei stets eine individuelle Prämie festzulegen. Der Verweis auf den allgemeinen Branchenstandard reiche nicht. Als Referenz zieht die Kommission die Finanzmärkte heran. Entspricht das Entgelt für die staatliche Garantie den üblicherweise auf den Finanzmärkten gezahlten Prämien, enthalte die Garantie keine Beihilfe. Sofern keine vergleichbaren Transaktionen existieren, seien zur Bestimmung der Marktüblichkeit die Finanzierungskosten einschließlich der Zinsen und Garantieprämien für die Maßnahme mit dem marktüblichen Entgelt für einen vergleichbaren, nicht garantierten Kredit zu vergleichen.[934] Den Merkmalen der Garantie und des Kredits sei allerdings Rechnung zu tragen. Maßgebliche Faktoren seien der Kredit- bzw. Garantiebetrag, die Laufzeit, die vom Garantienehmer geleisteten Sicherheiten und seine Ausfallwahrscheinlichkeit in Anbetracht seiner finanziellen und wirtschaftlichen Lage sowie des Geschäftsbereichs.[935] Anhand dieser Kriterien sei der Garantie-/Kreditnehmer in eine der von den international anerkannten Finanzinstitutionen[936] entwickelten Ratingklasse einzuordnen, die die Ausfallquote klassifiziert. Zur Prüfung der Frage, ob die Prämie marktkonform sei, könne der Mitgliedstaat die Entgelte, die ähnlich eingestufte Unternehmen auf dem Markt zahlen, zum Vergleich heranziehen. Um den Mitgliedstaaten eine schnellere und einfachere Handhabe zu geben, definiert die Mitteilung sog. Safe-Harbour-Prämien, die als Mindestentgelte den Unternehmen mit entsprechenden Kredit-Ratings und Bonitätsstufen in Rechnung zu stellen seien.[937] Von der Kommission werden diese als mindestens marktäquivalent angesehen. Werden Safe-Harbour-Prämien erhoben und erfolge ein ordnungsgemäßes Rating, gelten geleistete Bürgschaften und Garantien nicht als Beihilfen.

cc) Bewertung

In der Bürgschaftsmitteilung geht es der Kommission um Transparenz in Bezug auf den von ihr angewandten Beurteilungsspielraum bei der Anwendung des KmhW. Die Begünstigungsprüfung hat bei staatlichen Bürgschaften und bürgschaftsähnlichen Garantien im Gegensatz

---

933 Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.2, lit. d).

934 Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.2, lit. d).

935 Bürgschaftsmitteilung, Rn. 3.2, lit. d).

936 Vgl. dazu die Registrierungspflicht für Ratingagenturen in der Gemeinschaft, gem. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen.

937 Bürgschaftsmitteilung, Rn. 1.1 und 3.2, lit. d).

zur Vorgängermitteilung nunmehr explizit am Maßstab des KmhW zu erfolgen. Danach bemisst sich die Begünstigung nicht aus der Differenz zwischen einem Darlehen mit Bürgschaft und einem Darlehen ohne Bürgschaft, sondern anhand der Differenz zwischen den marktüblichen und tatsächlich gezahlten Prämien bzw. der Differenz zwischen dem gezahlten und dem marktüblichen Entgelt für die Bürgschaftsübernahme. Die Marktüblichkeit der staatlichen Maßnahme setzt voraus, dass die öffentliche Hand ein Rating des betreffenden Unternehmens vornimmt, so, wie es Private für die Beurteilung einer Transaktion ebenfalls vornehmen würden. Die im Ergebnis mit der mit der Bürgschaftsmitteilung verbundene explizite Einbeziehung des KmhW in die Prüfung führt zu dessen weiteren Etablierung als genereller Prüfungsmaßstab in Beihilfefällen.

f) 2012 – Privatisierungsleitfaden der Kommission (swd(2012)14)

aa) Ziele und Hintergrund

Infolge der Wirtschafts- und Finanzkrise ab 2007 und der Eurokrise ab 2009 gingen die Mitgliedstaaten vermehrt zur Privatisierung staatlicher Beteiligungen über, um den Staatssektor zu verschlanken und mit den erzielten Einnahmen Haushaltsdefizite zu senken.[938] Die damit verbundenen Privatisierungsprogramme warfen auf Seiten der staatlichen Veräußerer sowie der Erwerber zahlreiche Fragen zur beihilferechtlichen Zulässigkeit der Vorhaben auf und führten zu spürbaren Unsicherheiten.[939] Die Kommission reagierte hierauf mit der Veröffentlichung der „Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen“[940] („Privatisierungsleitfaden“). In dem Leitfaden behandelt sie in je eigenen Abschnitten die beihilferechtlichen Aspekte der Finanzierung, Umstrukturierung sowie Privatisierung staatseigner Unternehmen. Zur Erläuterung ihres Vorgehens verweist die Kommission im Leitfaden umfangreich auf ihre Ausführungen in dem 1993 veröffentlichten XXIII. Wettbewerbsbericht.[941] Darin formulierte sie erste Anforderungen an die beihilferechtskonforme Veräußerung staatlicher Güter. So sei unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung die Durchführung einer Ausschreibung und Veräußerung an den Meistbietenden erforderlich. Zudem sei ausreichend Zeit für die Bieter

---

938 *Bonin*, EuZW 2013, 247

939 *Bonin*, EuZW 2013, 247; *Wollenschläger*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 469.

940 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Leitfaden zur beihilfekonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen, vom 10.2.2012, swd(2012)14 (im Folgenden „Privatisierungsleitfaden“).

941 XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Tz. 402 f.; siehe zum Private Vendor Test Kapitel 3, C.IC.I.

vorzusehen, damit diese die zu veräußernden Güter prüfen und bewerten zu können.[942] Würden diese Grundsätze nicht befolgt und erfolge die Veräußerung nach Verhandlungen mit einem oder wenigen Bietern oder nach vorangegangener Schuldtilgung oder Kapitalaufstockung durch die öffentliche Hand oder insgesamt „zu Bedingungen, die bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privaten nicht üblich sind",[943] müsse die beabsichtigte Transaktion vorab auf Beihilfenelemente überprüft und notifiziert werden. Sofern zudem die Bedingungen nicht handelsüblich seien, sei vorab die Transaktion durch unabhängige Berater zu bewerten.[944]

bb) Aussagen zum Kriterium

Bereits einleitend geht die Kommission unter dem Tatbestandsmerkmal der Begünstigung auf das KmhW ein und hebt die Bedeutung des Maßstabs der Marktüblichkeit für die beihilferechtliche Prüfung wirtschaftlicher Transaktionen der öffentlichen Hand hervor. Was als marktüblich anzusehen sei, bestimme sich auch bei Privatisierungen nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Da die beihilferechtliche Begünstigung in Privatisierungsfällen durch einen Einnahmeverzicht der öffentlichen Hand entstehe, sei das Verkäuferverhalten der öffentlichen Hand zu untersuchen, sodass das KmhW anzupassen sei. Danach sei der „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Verkäufers […] mit der Annahme zugrunde zu legen, dass ein privater Verkäufer, der sein Unternehmen verkaufen will, einen möglichst hohen Preis erzielen möchte und dabei keine Bedingungen stellt, die den Preis senken könnten.".[945] Bei der Veräußerung eines staatlichen Unternehmens als Ganzes oder in Teilen müsse die öffentliche Hand wie ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer agieren, der durch die Veräußerung einen möglichst hohen Gewinn erzielen und Verluste so gering wie möglich halten möchte.[946] Die Vorteilsgewährung könne insbesondere in Fällen der Liquidation hochverschuldeter Unternehmen eine „plausible Lösung" sein,[947] wenn die Veräußerung einen geringeren Verlust zur Folge habe als die vollständige Liquidation.

---

942 XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Tz. 403.
943 XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Tz. 403.
944 Privatisierungsleitfaden, S. 11.
945 Privatisierungsleitfaden, S. 11.
946 Privatisierungsleitfaden, S. 11.
947 Privatisierungsleitfaden, S. 11.

Bei der Prüfung des Kriteriums seien ausschließlich jene Kosten zu berücksichtigen, die einem privaten Marktteilnehmer entstehen würden, der sich in derselben Situation befinde. Kosten oder Verluste, die der Staat zu tragen habe, seien auszublenden.[948] Hierzu können etwa Sozialkosten infolge der Privatisierung zählen, die beispielsweise durch die Aufgabe bestimmter Unternehmensbereiche und die damit verbundene Entlassung von Arbeitnehmern zählen. Diese Kosten würde ein Privater Veräußerer nicht berücksichtigen, da sie nicht von ihm zu tragen seien. Für die Prüfung sei ebenfalls ohne Belang, ob es sich um einen dysfunktionalen Markt oder um Marktversagen handele, z. B. wegen vorübergehend rückläufiger Preise aufgrund negativer Externalitäten und einer übermäßigen Risikoaversion.[949] Ebenso wenig spielen positive externe Effekte, die der Staat in seiner Eigenschaft als öffentliche Hand erziele, eine Rolle für das Vorliegen einer Beihilfe.[950] Solche tatsächlichen Umstände können aber im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung nach den Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV Berücksichtigung finden. Stelle sich im Ergebnis der Prüfung heraus, dass die öffentliche Hand pari passu investiere, also gemeinsam, gleichzeitig, in vergleichbaren Umständen und zu denselben Bedingungen wie mit einem Privaten, der unabhängig und in nennenswertem Umfang investiere, sei der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllt.[951] Im Übrigen seien für die Prüfung jedoch die einzelnen Stadien der Privatisierung genauer zu untersuchen. Zu unterscheiden seien vorbereitende Maßnahmen,[952] die die Privatisierung erleichtern und der eigentliche Verkaufsvorgang.

Zu den vorbereitenden Maßnahmen zählen häufig Schritte, die die Attraktivität eines zum Verkauf stehenden Unternehmens für potenzielle Käufer erhöhen. Hierunter fallen vor allem Schuldenreduzierungen wie bilanzielle Bereinigungen und Restrukturierungen auf der Aktiv- und/oder Passivseite.[953] Solche Maßnahmen enthalten typischerweise Beihilfen in Form von Umstrukturierungsbeihilfen, Finanzierungshilfen ohne Anpassung der Geschäftstätigkeit oder des Unternehmensführungsmodells, die Abschreibung von Verbindlichkeiten und deren Umwandlung in Kapitalbeteiligungen oder sonstige Vermögenswerte sowie Kapitalaufstockungen unmittelbar vor der Privatisierung.[954] All diese staatlichen Maßnahmen

---

948 Privatisierungsleitfaden, S 11.
949 Privatisierungsleitfaden, S. 11, dort Fußnote 21.
950 Privatisierungsleitfaden, S. 11, dort Fußnote 22.
951 Privatisierungsleitfaden, S. 11.
952 Privatisierungsleitfaden, S. 11.
953 Privatisierungsleitfaden, S. 12.
954 Privatisierungsleitfaden, S. 12.

müssen sich am Maßstab des KmhW messen, um sicher das Vorliegen von Beihilfen auszuschließen.[955] Erfolgen die Maßnahmen im Vorfeld der Veräußerung zu marktkonformen Bedingungen, so könnten im Fall der Privatisierung durch einen Börsengang oder durch die Veräußerung von Anteilen an der Börse beihilfefrei Schulden abgeschrieben oder vermindert werden, wenn der erzielte Erlös die Schuldenreduzierung übersteigt.[956] Als praktisches Beispiel verweist die Kommission auf ihre Entscheidung zu den Maßnahmen Polens zugunsten des Unternehmens PZL Hydral.[957] In dem Fall konnte das Unternehmen Schulden gegenüber der öffentlichen Hand durch eine geordnete Veräußerung der Aktiva in einem größeren Umfang abbauen, als dies nach der Insolvenz der Fall gewesen wäre. Die Kommission bestätigte dies, nachdem sie ex-post das KmhW anwandte, bei dem sie anhand des kontrafaktischen Szenarios, also der Unternehmensinsolvenz, den Insolvenzerlös ermittelte und diesen dem Veräußerungserlös aus der Privatisierung gegenüberstellte. In ähnlicher Weise bestätigte sie den Schuldenswap infolge der Privatisierung des mit PZL Hydral verbundenen Unternehmens PZL Wroclaw. Auch hier reduzierten die Privatisierungserlöse den Schuldenstand der unterstellten Insolvenz.

cc) Bewertung

Der Privatisierungsleitfaden gibt, wie die Kommission einleitend feststellt, nicht den offiziellen Kommissionsstandpunkt wieder. Im Gegensatz zu den Leitlinien und Mitteilungen werden die Leitfäden nicht von der Kommission, sondern in der Regel lediglich von den zuständigen Kommissionsdienststellen veröffentlicht. Insofern genoss der Leitfaden nicht die breite Legitimation der Kommission.[958] Trotz des bloß informatorischen Charakters[959] wird der Leitfaden von den Mitgliedstaaten als nützliche und praktische Hilfestellung betrachtet. Erstmals geht die Kommission bzw. die Kommissionsdienststelle dabei auf den aus dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers heraus weiterentwickelten Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Gläubigers ein und dokumentiert die Fortschreibung und in praktischer Hinsicht fallbezogene, konsequente Abwandlung des KmhW auf spezielle Konstellationen.[960]

---

955 Privatisierungsleitfaden, S. 12.

956 Privatisierungsleitfaden, S. 12.

957 Entscheidung der Kommission vom 10.9.2008, State aid No C 40/2008 (ex N 163/2008), Poland Restructuring aid to PZL Hydral.

958 *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 50.

959 Privatisierungsleitfaden, S. 3.

960 Privatisierungsleitfaden, S. 12, dort Fußnote 23.

g) 2016 – Bekanntmachung zum Beihilfebegriff (2016/C 262/01)

aa) Ziele und Hintergrund

Die 2016 veröffentlichte Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV[961] bildet den gegenwärtigen Stand in der Präzisierung und Fortschreibung des KmhW auf der Ebene des Soft Laws. Die Bekanntmachung markiert den Schlusspunkt der von der Kommission 2012 initiierten Modernisierung des Beihilferechts.[962] Ziel ist es, mit der Bekanntmachung die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzten, einfacher und effektiver entscheiden zu können, wann eine Maßnahme dem Beihilfeverbot unterfällt und vor ihrer Durchführung bei der Kommission anzumelden ist. Auf diese Weise soll das Beihilferecht für Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten transparenter gemacht und unionsweit die kohärente Anwendung des Beihilfetatbestandes sichergestellt werden.[963] Wegen des bei dem EuGH liegenden letztverbindlichen Auslegungsmonopols komme der Bekanntmachung allerdings, wie die Kommission gleich zu Beginn der Bekanntmachung in Randnummer 3 ausführt, eine erläuternde Funktion zu.

Anhand einer umfangreichen Auswahl von Entscheidungen der Unionsgerichte, die sie als primären Bezugspunkt nimmt,[964] erläutert die Kommission abstrakt die Schlüsselkonzepte des Beihilfebegriffs und ihr Verständnis von den einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Insbesondere legt sie dar, welche staatlichen Maßnahmen ihrer Auffassung nach nicht dem Beihilfetatbestand unterfallen, weil sie z. B. ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt sind. Fragen, zu denen aus Sicht der Kommission keine hinreichend gesicherte Entscheidungspraxis der Unionsgerichte existiert, untersetzt sie vorrangig mit eigenen beihilferechtlichen Beschlüssen. Im Gegensatz zu den vorgestellten Leitlinien befasst sich die Bekanntmachung allein mit den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV, sodass sie keine Ausführungen zur Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt und zu etwaigen Genehmigungen oder Freistellungen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV und Art. 106 Abs. 2 AEUV enthält.

---

961 Zur Beihilfebegriff-Bek. siehe Fußnote 30.

962 Mitteilung der Kommission vom 8.5.2012 zur Modernisierung des EU-Beihilferechts, COM(2012) 209 final.

963 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 1 f.

964 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 1 f.

Der Veröffentlichung der Bekanntmachung ging ein Entwurf der Generaldirektion Wettbewerb[965] voraus, zu der sie die Mitgliedstaaten im Rahmen einer multilateralen Sitzung im März 2014 konsultierte. Die Öffentlichkeit hatte in dem von der Kommission üblicherweise angewandten Konsultationsverfahren drei Monate lang die Möglichkeit, zu dem sechzig Seiten umfassenden Entwurf Stellung zu nehmen.

Aufgrund heftiger Kritik der Mitgliedstaaten an dem Dokument und an dem von allen Seiten als deutlich zu kurz angesehenen Konsultationszeitraum sah die Kommission von der Veröffentlichung zunächst ab, um es dann schließlich in einer leicht modifizierten Fassung zwei Jahre später zu veröffentlichen.

Zwar begrüßten die Mitgliedstaaten ganz überwiegend den Ansatz der Kommission,[966] äußerten teilweise jedoch auch deutliche Kritik an dem Entwurf.[967] Schon die Kompetenz der Kommission zum Erlass der Bekanntmachung wurde angezweifelt und die Einordnung als Bekanntmachung bzw. Mitteilung stieß auf Widerstand.[968] So forderten einige Mitgliedstaaten die Kommission auf, die rechtliche Relevanz der Bekanntmachung klarzustellen[969] und die Bekanntmachung in das nach ihrer Auffassung weniger bindende Format eines regelmäßig aktualisierten Vademekums mit häufig gestellten Fragen und Antworten sowie Entscheidungen der Kommission und der Unionsgerichte zu überführen.[970] Unter anderem wurde der Kommission vorgeworfen, den Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV erheblich auszudehnen und in zentralen Punkten weit über die Rechtsprechung der Unionsgerichte hinauszugehen und auf diese Weise eine politisch motivierte eigene Auslegung sowie

---

965 Referenznummer HT.3639, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html (Abruf 17.10.2020).

966 Begrüßt wurde das Vorhaben von Dänemark, Estland, Frankreich, Niederlande, Ungarn, Schweden, Großbritannien, wohl auch Slowakei; abgelehnt dagegen von Italien und Deutschland, beide mit zum Teil deutlicher Kritik, kritisch wohl auch Spanien (sämtliche Stellungnahmen sind abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html (Abruf 17.10.2020).

967 Eine Zusammenfassung liefert *Stöbener de Mora, Sarah Patricia*, EuZW 2016, 685, f.

968 Stellungnahme Frankreichs, Schreiben der Ständigen Vertretung Frankreichs bei der EU vom 31.3.2014, S. 1 sowie der Niederlande, Schreiben des Niederländischen Wirtschaftsministeriums [ohne Datum], S. 1.

969 Stellungnahme Frankreichs, Schreiben der Ständigen Vertretung Frankreichs bei der EU vom 31.3.2014, S. 1 sowie der Niederlande, Schreiben des Niederländischen Wirtschaftsministeriums [ohne Datum], S. 1.

970 Stellungnahme Dänemarks, Schreiben des Dänischen Wirtschaftsministeriums vom 31.3.2014, S. 1; Stellungnahme Italiens, Schreiben der Ständigen Vertretung Italiens bei der EU vom 31.3.2014, S. 2; Stellungnahme Spaniens, Schreiben der Ständigen Vertretung Spaniens bei der EU vom 13.3.2014, S. 1 (sämtliche Stellungnahmen sind abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html (Abruf 17.10.2020).

erweiterte Prüfungskompetenz etablieren zu wollen.[971] Die Kommission reagierte auf die Kritik allerdings mit wenigen kleineren Änderungen, behielt die grundsätzliche Ausrichtung der Bekanntmachung aber bei. So lockerte sie etwa die Anforderungen an Ausschreibungen im Rahmen von Privatisierungen.

bb) Aussagen zum Kriterium und Kritik an der Entwurfsfassung

Die Aussagen der Kommission zum KmhW sind im Vergleich zu den bisherigen Mitteilungen sehr ausführlich und umfangreich. In Teilen konkretisiert sie eigene Entscheidungsspielräume, ergänzt durch Analysen der Entscheidungen der Unionsgerichte, mit dem Ziel, den Entscheidungsgründen über den Einzelfall hinaus generelle Grundsätze und Regeln zu entnehmen.[972] Dabei gibt sie die etablierten Facetten des Kriteriums wieder. Auf die Ausführungen zur Anwendung des Kriteriums in Kapitel 2 kann an dieser Stelle verwiesen werden. Ergänzend soll auf die Kritik an der Entwurfsfassung im Hinblick auf das Kriterium eingegangen werden, die im Rahmen der Konsultation der Unterlage geäußert wurde.

(1) Fehlende Detailtiefe und Struktur

Zum einen wünschten sich die Mitgliedstaaten ganz allgemein eine klarere und strukturiertere sowie detailliertere Darstellung der verschiedenen Varianten, zu prüfenden Kriterien und zulässigen Erwägungen.[973] Zum anderen forderten sie von der Kommission eine Präzisierung, was unter „normalen Bedingungen einer Marktwirtschaft" zu verstehen sei[974]. Hingewiesen wurde zutreffend darauf, dass auch private Anleger ihre Entscheidungen auf der Grundlage des konkreten und notwendigerweise dynamischen Kontextes treffen, in dem sich die Märkte befinden.[975] So nehme die Risikoaversion in Phasen konjunkturellen Wachstums ab, sodass Investoren eher geneigt seien, in Vermögenswerte von Schwellenländern und/oder Unternehmen zu investieren, die historisch volatil sind, ohne besonders hohe Renditen zu erfordern.

Die Kommission brachte die Anforderungen lediglich in eine strukturiertere Form. Inhaltlich gab sie dem Kriterium keine stärkeren Konturen. Der Hinweis der Mitgliedstaaten,

---

971 Stellungnahme Deutschlands, Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission vom 14.3.2014, S. 1.

972 Vgl. dazu *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 40.

973 Ungarn, Schreiben der Ständigen Vertretung bei der EU [ohne Datum]; Schweden, Ministerium für Unternehmen, Energie und Kommunikation, vom 30.3.2014, S. 6 ff.

974 Stellungnahme Italiens, Schreiben der Ständigen Vertretung Italiens bei der EU vom 31.3.2014, S. 2; Stellungnahme der Niederlande, Schreiben des Niederländischen Wirtschaftsministeriums [ohne Datum], S. 2 ff.

975 Stellungnahme Italiens, Schreiben der Ständigen Vertretung Italiens bei der EU vom 31.3.2014, S. 2; Stellungnahme der Niederlande, Schreiben des Niederländischen Wirtschaftsministeriums [ohne Datum], S. 2 ff.

dass die normalen Marktbedingungen dynamisch seien, ist zutreffend. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre insofern hilfreich gewesen und hätte unterstrichen, dass dem KmhW insgesamt ein bewegliches Konzept immanent ist. Allerdings liegt gerade darin die Schwierigkeit. So kann zwar das Vorgehen skizziert werden, die einzelnen Schritte jedoch können kaum im Vorhinein im Einzelnen beschrieben werden. Diese sind jeweils auf die konkrete Situation im jeweiligen zeitlichen Kontext anzupassen. Darüber hinaus dürfte die Kommission möglicherweise auch deshalb kein Interesse daran gehabt haben, die Ausführungen weiter zu detaillieren, weil damit auch eine weitergehende Selbstbindung verbunden ist.

(2) Ausschluss des Kriteriums bei früherem Engagement

In ihrem Entwurf vertrat die Kommission unter Berufung auf Entscheidungen der Unionsgerichte in den Rechtssachen „Land Burgenland“[976] und „Gröditzer Stahlwerke“[977] die Auffassung, dass das KmhW bei einer späteren staatlichen Maßnahme zugunsten eines Unternehmens ausgeschlossen sei, wenn die öffentliche Hand dem betreffenden Unternehmen zuvor bereits eine Beihilfe gewährt habe.[978] Der streitige Passus lautet: „[d]ie Tatsache, dass die öffentliche Stelle sich bereits früher (z. B. als Anteilseigner, Kreditgeber oder Bürge) bei einem Unternehmen engagiert hat, sollte bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion berücksichtigt werden. Ein solches früheres Engagement sollte jedoch nicht selbst das Ergebnis früherer staatlicher Beihilfen oder einer nicht marktkonformen Maßnahme sein.“.

Art. 107 Abs. 1 AEUV verlangt objektiv das Vorliegen einer Begünstigung. Handelt der Staat in seiner Eigenschaft als Anteilseigner, ist anhand des KmhW zu bestimmen, ob ein Vorteil gewährt wird. Schließt man die Anwendung des Kriteriums deshalb aus, weil zu einem früheren Zeitpunkt eine Beihilfe gewährt wurde, fällt die Prüfung des Tatbestandsmerkmals de facto weg und es wird das Vorliegen einer Beihilfe unterstellt, wo möglicherweise keine ist.[979] Praktisch bedeutet dies „einmal Beihilfe, immer Beihilfe“[980]. Dies entspricht nicht der wirtschaftlichen Realität: Regelmäßig erfordern Umstrukturierungsmaßnahmen

---

976 EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, (Land Burgenland), bestätigt durch EuGH, 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P (Land Burgenland), Rn. 53; Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG, (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239, 6.9.2008, S. 32, siehe dazu ferner Kapitel 5, C.V.2.

977 EuGH, 28.1.2003, Rs. C-334/99 (Gröditzer Stahlwerke), Rn. 133 ff.

978 Abschnitt 4.2.3.3, Nr. 109 ff. des Entwurfs (Referenznummer HT.3639, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html (Abruf 17.10.2020); *Bonhage/Dieterich Peter*, EuZW 2017, 749, 752.

979 Vgl. *Stöbener de Mora, Sarah Patricia*, EuZW 2016, 685, f.

980 Vgl. *Stöbener de Mora, Sarah Patricia*, EuZW 2016, 685, f.

von Unternehmen eine dauernde oder vorübergehende Anpassung von Zahlungsbedingungen oder weitere Darlehen. Hat das betreffende Unternehmen aber ein tragfähiges Geschäftsmodell oder eine günstige Fortführungsprognose, würde ein privater Investor oder Gläubiger wegen eines früheren Engagements weitere Maßnahmen nicht per se ausschließen. Vielmehr nimmt er eine Prognose und Bewertung anhand der neuen Situation vor.[981] Zum anderen schließt die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des KmhW in Fällen der vorausgegangenen staatlichen Beihilfe nicht grundsätzlich aus. Zutreffend verlangt sie eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Prüfung. So schließe der Umstand, dass ein öffentliches Unternehmen seiner Tochtergesellschaft bereits eine als Beihilfe einzustufende Kapitaleinlage hat zukommen lassen, nicht a priori die Möglichkeit aus, dass die spätere Kapitaleinlage das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllt.[982]

Zu Recht wandten die Mitgliedstaaten und die Teilnehmer der Konsultation daher ein,[983] dass weder der Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV noch die von der Kommission angeführten Entscheidungen der Unionsgerichte die im Ergebnis künstliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des KmhW tragen. Die Kommission griff die Kritik auf und änderte schließlich die umstrittene Einschränkung dahingehend, dass die frühere Beihilfe bei der Beurteilung zu berücksichtigen sei, sofern marktwirtschaftlich agierende Kapitalgeber diese gewähren.[984]

(3) Marktkonformität bei Grundstücksveräußerungen

Kritisiert wurde zudem, dass die Kommission in ihrem Entwurf die Möglichkeit der öffentlichen Hand, zur Ermittlung des Markt- und Verkaufspreises von Grundstücken für die Ver-

---

981 Vgl. *Stöbener de Mora, Sarah Patricia*, EuZW 2016, 685, f.

982 EuG, 15.9.1998, Rs. T-11/95 (BP Chemicals), Rn. 170; in diese Richtung auch EuG, 2.3.2012, verb. Rs. T-29/10 u. T-33/10 (ING/Kommission), Rn. 99 ff., bestätigt durch EuGH, 3.4.2014, Rs. C-224/12 P (ING), Rn. 37, siehe zur Rechtssache „ING/Kommission" ferner Kapitel 5, C.IV.2.

983 Vgl. etwa folgende Stellungnahmen: Niederlande, Schreiben des Niederländischen Wirtschaftsministeriums [ohne Datum], S. 1 ff.; Deutschland, Mitteilung der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 14.3.2014, S. 1 ff.; Schweden, Ministerium für Unternehmen, Energie und Kommunikation, vom 30.3.2014, S. 6 ff.; European Association of Public Banks (EAPB), vom 24.2.2014, S. 2 ff.; European Association of Mutual Guarantee Societies (AECM), vom 14.3.2014, S. 2 ff.; Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands, VÖB, e. V., vom 20.2.2014, 2 ff.; Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI), vom 28.3.2014, S. 6 ff.; Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V. (DIHK), vom 16.3.2014, S. 14 ff.; Verband Deutscher Bürgschaftsbanken e. V., vom 3.3.2014, S. 4. ff.; Die Deutsche Kreditwirtschaft, vom 10.3.2014, S. 3 ff.; Ryanair, vom 14.3.2014, S. 5 ff.; Centre of European Law, King's College London, vom 14.3.2014, S. 7 f.

984 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 106, siehe dazu auch Kapitel 3, B sowie Kapitel 4, B.III.2.g).

äußerung auf Sachverständigengutachten zurückzugreifen, als nachrangige Methode einstufte und damit die Zulässigkeit dieser Methode faktisch ausschloss.[985] Dem Kommissionsentwurf zufolge hätte die Marktkonformität des Verkaufspreises nur dann mithilfe von Benchmarking- oder anderen sachverständigen Bewertungsmethoden festgestellt werden können, wenn die Feststellung anhand empirischer Methoden wie der Pari-passu-Transaktion oder eine Ausschreibung ausgeschlossen ist.[986]

Die Mitgliedstaaten und konsultierten Einrichtungen hielten den Rückgriff auf Sachverständige dagegen für notwendig und üblich, da Sachverständigengutachten erheblich die Transaktionskosten senkten. Hinzu kommt, dass die Kommission die Wertermittlung durch Sachverständigengutachten in ihrer Grundstücksmitteilung, die mit der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff aufgehoben werden sollte, noch als gleichrangige Methode der Wertermittlung ansah.[987] Dies führt zu einer Verschärfung des KontrollmaßstAbs. Für die Mitgliedstaaten hätte dies zur Folge gehabt, dass Grundstückstransaktionen regelmäßig nur noch über eine Ausschreibung hätten abgewickelt werden können. Einer gestaltenden Standort- und Entwicklungspolitik der Mitgliedstaaten wäre damit praktisch der Boden entzogen worden.[988] In Reaktion auf die Kritik änderte die Kommission auch diesen Punkt vollständig ab und löste die Hierarchie zwischen den Bewertungsmethoden auf. So belege die Ausschreibung oder Pari-passu-Transaktion direkt und spezifisch ihre Marktkonformität. Allerdings bedeute dies nicht, dass eine Transaktion, die auf andere Weise zustande gekommen sei, automatisch den Marktbedingungen widerspreche. So könne die Marktkonformität immer auch anhand eines Benchmarkings oder anderer Bewertungsmethoden geprüft werden.[989] Allerdings schließt die Kommission es aus, einen einmal im Wege einer Ausschreibung oder

---

985 Stellungnahme Italiens, Schreiben der Ständigen Vertretung Italiens bei der EU vom 31.3.2014, S. 2; Stellungnahme Finnlands, Schreiben des Finnischen Arbeits- und Wirtschaftsministeriums vom 1.4.2014, S. 4; Stellungnahme der Kanzlei Nysingh advocaten-notarissen B.V., vom 14.3.2014, S. 4 ff.; Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, vom 14.3.2014, S. 2 ff.; Stellungnahme der Convention of Scottish Local Authorities (COSLA), März 2014, S. 3.

986 Abschnitt 4.2.3.3, Nr. 100 ff. des Entwurfs (Referenznummer HT.3639, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html, (Abruf 17.10.2020).

987 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, (97 /C 209/03), ABl. C 209, 10.7.1997, Nr. 2, S. 4 f., siehe zum Private Vendor Test Kapitel 3, C.I.

988 In diese Richtung die Stellungnahme Dänemarks (sämtliche Stellungnahmen sind abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html, (Abruf 17.10.2020).

989 Beihilfebegriff-Bek. Rn. 97.

einer Pari-passu-Bewertung ermittelten Marktpreis nachträglich durch ein Sachverständigengutachten zu erschüttern.[990] Mit anderen Worten können die einzelnen Methoden nicht gegeneinander ausgespielt werden. Der Ansatz ist zutreffend, da auf diese Weise eine missbräuchliche Anwendung der Methoden verhindert werden kann. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass es Privaten in den Grenzen der Rechte und Pflichten aus dem im Vorfeld einer Transaktion begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis freigestellt ist, sich für oder gegen eine Transaktion zu entscheiden. Insofern ist der beihilferechtliche Maßstab der Kommission strenger.

(4) Überschneidung von Vergabe- und Beihilferecht

Kritisiert wurde schließlich, dass die Kommission in ihrem Entwurf konkrete Vergabeverfahrensarten aus den Vergaberichtlinien als per se geeignete bzw. ungeeignete Methoden zur Herstellung der Marktkonformität qualifizierte und auf diese Weise beihilferechtliche mit vergaberechtlichen Fragen vermengte.[991] So seien nach dem Entwurf ein offenes Verfahren sowie ein nicht offenes Verfahren mit Blick auf die Anforderungen an das KmhW „akzeptabel“[992]. Die weiteren Vergabeverfahrensarten führte sie nicht auf, sodass der Eindruck hätte entstehen können, die weiteren nach den Vergaberichtlinien zulässigen Vergabeverfahrensarten genügen den Anforderungen des KmhW nicht. Die Mitgliedstaaten befürchteten zum einen, dass staatliche Maßnahmen, die nicht den strengen Vergabevorschriften genügen, automatisch eine Beihilfegewährung implizieren und zum anderen, dass mit der Mitteilung der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien stillschweigend auf Fälle erweitert werde, für die sie nicht vorgesehen seien.[993]

---

990 Beihilfebegriff-Bek. Rn. 97, dortige Fußnote (153) und den Verweis auf EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, (Land Burgenland), bestätigt durch EuGH, 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P (Land Burgenland), Rn. 95.

991 Abschnitt 4.2.3.1, Nr. 93 f. des Entwurfs (Referenznummer HT.3639, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html, (Abruf 17.10.2020); vgl. Stellungnahme Frankreichs, Schreiben der Ständigen Vertretung Frankreichs bei der EU, vom 31.3.2014, S. 7; Stellungnahme des Vereinigten Königreichs, Schreiben der Ständigen Vertretung des Vereinigten Königreichs bei der EU, S. 5; Stellungnahme Spaniens, Mitteilung der Ständigen Vertretung Spaniens bei der EU vom 13.3.2014, S. 8; Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, vom 14.3.2014, S. 2.

992 Abschnitt 4.2.3.1, Nr. 93 f. des Entwurfs (Referenznummer HT.3639, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html, (Abruf 17.10.2020).

993 Stellungnahme des Vereinigten Königreichs, Schreiben der Ständigen Vertretung des Vereinigten Königreichs bei der EU, S. 5; Stellungnahme des Conseil des Communes et Régions d'Europe (CCRE), vom 14.3.2014, S. 6.; Stellungnahme der Confederation of Danish Industry (DI), vom 12.3.2014, S. 3; Verband kommunaler Unternehmen e. V.; a. A. dagegen der Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. (BDE), der zur Feststellung der Marktkonformität explizit Verfahren nach den Vorschriften der Vergaberichtlinien fordert, Stellungnahme vom 11.3.2014, S. 3.

Die Kritik war berechtigt, denn zum einen ist nicht nachvollziehbar, warum nur bestimmte Vergabeverfahrensarten geeignet sein sollen, das KmhW zu erfüllen und eine Begünstigung auszuschließen. Denn nach den Vergaberichtlinien gilt für alle Verfahrensarten, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot bzw. das mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu erteilen ist.[994] Zum anderen hätte die Kommission auf diese Weise den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien durch die Hintertür auf Fälle erweitert, für die sie nicht explizit vorgesehen sind. Nicht nur, dass es hierfür der entsprechenden Rechtsgrundlage bedurft hätte, der Ansatz der Kommission hätte zudem dazu geführt, dass das KmhW eine Begünstigung bescheinigt, obwohl möglicherweise gar keine vorliegt. Im Ergebnis wären elementare Unterschiede zwischen dem Beihilfe- und Vergaberecht eingeebnet.

Beide Materien sind wesensverwandt und komplementär.[995] Sie tragen auf unterschiedlichen Ebenen dazu bei, „das gemeinsame Ziel, den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter unverfälschten Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen“[996]. Das zeigt sich daran, dass die Rechtsmaterien an unterschiedliche staatliche Handlungen und deren Wirkungen anknüpfen: Das Beihilferecht soll Ungleichheiten in den Wettbewerbsbedingungen verhindern, die nicht in den natürlichen Unterschieden in den Produktions- und Leistungsbedingungen wurzeln, sondern, die auf staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen beruhen[997] und die Konkurrenzunternehmen in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung beeinträchtigen.[998] Davon sowie von der klassischen staatlichen Wirtschaftsverwaltung, die reguliert und fördert, ist die unmittelbare Teilnahme der öffentlichen Hand als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen zu unterscheiden[999]. Dienstleistungen und Sachgüter, die der Staat zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigt, beschafft er, indem er am Markt nach den erforderlichen Leistungen fragt und an Private öffentliche Aufträge vergibt.[1000] Aus diesem Grund sind die Rechtsmaterien auch unterschiedlichen Politikbereichen zugeordnet: das Vergaberecht zählt zur Binnenmarktpolitik, das Beihilferecht zur Wett-

---

994 Vgl. Art. 67 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU lautet: „*Die öffentlichen Auftraggeber erteilen unbeschadet der für den Preis bestimmter Lieferungen oder die Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften den Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots.*“ sowie ferner Erwägungsgrund 89.

995 *Hertwig*, VergabeR 2008, 589, 597

996 EuGH, 20.3.1990, Rs. C-21/88 (Du Pont de Nemours SpA), Rn. 20; *Bartosch*, EU-BeihR, Einl., Rn. 12; *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 111.

997 *Weides*, AwD-BB 1963, 295, 297; *Ose,* Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung, 35.

998 *Götz,* Recht der Wirtschaftssubventionen, 30 f.

999 *Brüning*, in: Schulte/Kloos/Apel, Hb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 1.

1000 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 59.

bewerbspolitik. Das richtliniendeterminierte Vergaberecht dient der Herstellung des Binnenmarktes für öffentliche Aufträge durch Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte und Beseitigung der Handelshemmnisse,[1001] indem durch unionsrechtliche Verfahrensvorgaben,[1002] Prozeduralisierung[1003] und Konkretisierung[1004] der Grundfreiheiten dem Grundfreiheitsberechtigten die Teilnahme am Wettbewerb um binnenmarktrelevante staatliche Aufträge ermöglicht wird.[1005] Demgegenüber zielt das Beihilferecht auf den Schutz des Wettbewerbs, indem es staatlich vermittelte Vorteile in den Blick nimmt[1006], die der Annahme eines normalen Handelsgeschäftes entgegenstehen.[1007]

Als Folge der weiten Auslegung des Beihilfetatbestandes sowie der wirkungsorientierten Prüfung unterliegt die Beschaffungstätigkeit zugleich den Anforderungen der beihilferechtlichen Verhaltenskontrolle durch die Art. 107 ff. AEUV.[1008] Wechselseitige Vertragsbeziehungen zwischen Staat und Privaten fallen daher grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Beihilfevorschriften, sofern sie marktunübliche Vorteile begründen.[1009] Anders wäre es, wenn Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV zum Beispiel einen auf öffentliche Aufträge zugeschnittenen Ausnahmetatbestand enthielte, der den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe aus dem Beihilferecht ausgeklammerte.[1010] Umgekehrt wirkt das Vergaberecht in das Beihilferecht, wenn es um die Frage geht, ob der Staat im Rahmen eines Erwerbsgeschäftes eine beihilfefreie, d. h. marktübliche Vergütung zahlt. Denn ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren indiziert die marktkonforme Beschaffung, weshalb der Ansatz der Kommission, die strenge Formalisierung und Prozeduralisierung des Vergaberechts auf das KmhW zu übertragen, nahe liegt. Allerdings übersieht der Ansatz, dass die Nichtbeachtung der Vergabevorschriften nicht automatisch zu marktunüblichen Vorteilen führt, was

---

1001 EuGH, 16.9.1999, Rs. C-27/98 (Metalmeccanica), Rn. 26; EuGH, 12.12.2002, Rs. C-470/99 (Universale Bau), Rn. 89; *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 66; *Fuchs*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, 1–118, 18; *Hertwig*, VergabeR 2008, 589, 596.

1002 Vgl. nur 1. Erwägungsgrund Richtlinie 2014/24/EU: „*Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten hat im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz.[…]*".

1003 *Fuchs*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches WettbewerbsR, 1–118, 32

1004 *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 3, Einl., Rn. 6.

1005 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 2, Teil 2, Vor. §§ 97 GWB, Rn. 6.

1006 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbR, Bd. 3, B., Art. 107 Abs. 1, Rn. 77; *Hertwig*, VergabeR 2008, 589, 597.

1007 *Bartosch*, EU-BeihR, Einl., Rn. 12.

1008 *Heidenhain*, in: ders., Hb BeihR, § 4, Rn. 4; *Kaelble*, in: Müller-Wrede/Aicher/Beckmann, Kompendium VergR, 8.

1009 *von Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB-Kommentar, § 103 GWB, Rn. 23.

1010 *Cremer*, in: Behrens, Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 143, 151.

im Ergebnis gegen die Vorgabe bestimmter Vergabeverfahrensarten zur Erfüllung des KmhW spricht.

Der Kritik folgend modifizierte die Kommission sodann die Anforderung und stellte in der Fußnote klar, dass die Verwendung der Bezeichnung „offen" keinem spezifischen Verfahren gemäß den Vergaberichtlinien entspreche, sondern auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte zurückgehe und die materiellen Bedingungen aus dieser Rechtsprechung unberührt bleiben.[1011]

cc) Bewertung

Die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff ist in der Gesamtschau die umfassendste Darstellung der aus Sicht der Kommission bis 2016 ergangengen maßgeblichen Rechtsprechung der Unionsgerichte zum KmhW.[1012] Sie gibt dem Rechtsanwender erste Orientierung bei dessen Anwendung. Allerdings ist dabei Vorsicht geboten, denn in der Tendenz legt die Kommission den Beihilfetatbestand darin weit aus.[1013] Dies zeigte sich bereits im Entwurf, in dem sie zunächst strengere Anforderungen an die Erfüllung des KmhW stellte. Sie ergänzte Passagen aus Entscheidungen der Unionsgerichte sowie ihren Beschlüssen um neue Überlegungen, die nicht von der Entscheidungspraxis der Gerichte gedeckt sind. Die Kritik daran griff sie im Wesentlichen auf und milderte den Maßstab in den für die Praxis auf den ersten Blick relevanten Details ab. Die Bekanntmachung kann daher zwar Hilfestellung für den Rechtsanwender liefern, sie ersetzt jedoch nicht die kritische Auseinandersetzung mit dem Beihilfentatbestand und der Rechtsprechung der Unionsgerichte, die gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV zur letztverbindlichen Auslegung über das Unionsrecht berufen sind.

C. Zusammenfassung

Die Untersuchung zeigt, dass das KmhW durch mehrere europäische Akte etabliert ist. Es zeichnet sich insofern das Bild der zunehmenden Verrechtlichung des KmhW ab. Verrechtlichung beschreibt in diesem Zusammenhang das stetige Anwachsen des normierten Bereichs, der sich dadurch kennzeichnet, dass normativ geregelte Tatbestände in weitere Tatbestände untergliedert werden, mit der Folge der Detaillierung und Spezialisierung einerseits

---

[1011] Beihilfenbegriff-Bek., Rn. 89, dort Fußnote 146.

[1012] Soltész spricht in Bezug auf die veröffentlichte Entwurfsfassung, die im Wesentlichen unveränderte Grundlage der veröffentlichten Bekanntmachung war, von einem „handwerklichen Meisterstück", vgl. *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129.

[1013] *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129.

sowie Einbeziehung neuer, zuvor ungeregelter Lebenssachverhalte andererseits.[1014] Der Forderung des 67. Deutschen Juristentages[1015] nach einer breiteren sekundärrechtlichen Grundlage für die Anwendung des KmhW wird schließlich mit der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV[1016] zumindest auf der Ebene des Soft Laws entsprochen.

Die kontinuierliche Präzisierung und Fortentwicklung der Bestandteile des KmhW sowie seiner Abwandlungen reicht bis in die 1960er Jahre zurück. Ursprünglich in Einzelfällen herangezogen und zunächst angedeutet in zwei Rechtsakten über Beihilfen zugunsten des Schiffs- und Stahlbaus aus 1981 entwickelte die Kommission das Prinzip stetig in ihrer Entscheidungspraxis weiter. Zur Erläuterung ihres Verständnisses von der Reichweite und Grenze des Beihilfetatbestandes und damit vom KmhW griff die Kommission bislang auf nicht in den Verträgen normierte Handlungsformen wie Mitteilungen, Bekanntmachungen, Leitlinien und Leitfäden, zusammenfassend als Mitteilungen bezeichnet, zurück. Hervorzuheben sind die Mitteilung der Kommission zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen (Bulletin EG 9-1984), in der sie den Fremdvergleichsmaßstab erstmals konkretisierte, die Mitteilung über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03), in der sie den Maßstab und Anwendungsbereich darlegte sowie die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff aus 2016, die die bis dahin relevante Rechtsprechung zum KmhW zusammenfasst.

Anlass für die Mitteilungen gaben zumeist praktische Probleme der Kommission bei der Bewältigung der ihr mit den Verträgen zugewiesenen Beihilfeaufsicht, die eine Klarstellung ihres Standpunktes[1017] zu den vertraglichen Pflichten der Mitgliedstaaten oder aber eine Erläuterung ihrer Vorgehensweise bei der Bewertung beihilferelevanter Sachverhalte erforderten. Ihr geht es dabei vor allem um Transparenz und Vorhersehbarkeit für die Rechtsanwender,[1018] wie sie bestimmte Fälle handhaben und entscheiden wird. In den Mitteilungen erläutert die Kommission anhand der Rechtsprechung der Unionsgerichte entweder positiv die für die Bestimmung des Beihilfebegriffs maßgeblichen Kriterien, einschließlich der Be-

---

1014 *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63, 68.

1015 *Deutscher Juristentag*, DVBl 2008, 1490, 1490.

1016 Zur Beihilfebegriff-Bek. siehe Fußnote 30.

1017 *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129.

1018 *Appelt,* Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen, 28.

standteile und Voraussetzungen des KmhW, oder grenzt negativ Beihilfen und beihilfeverdächtige Maßnahmen von solchen ab, die ihrer Auffassung nach keine Beihilfen darstellen.[1019]

Methodisch handelt es sich um eine Auslegung und normausfüllende Ergänzung, da mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden dem Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nur ein abstrakter Aussagerahmen zu entnehmen ist, der nicht alle erforderlichen Kriterien liefert, um den Beihilfetatbestand auf einen Sachverhalt konkret anwenden zu können.[1020] In Umfang und Detaillierungsgrad der Texte zeigt sich aber auch ein selbstbewusster Gestaltungsanspruch der Kommission,[1021] der die Beihilfenkontrolle Schritt für Schritt ausweitet und auf diese Weise zu Harmonisierungspolitik durch die Hintertür führt.[1022] Daran ändert nichts, dass sie dabei einen ihr von den Verträgen und den Mitgliedstaaten wohl zugebilligten Gestaltungsspielraum nutzt.[1023]

Die Mitteilungen sind in erster Linie an die Mitgliedstaaten, ihre Behörden und betroffene Unternehmen gerichtet und überwiegend nach Sektoren und staatlichen Finanzierungsinstrumenten unterteilt. Die vollzugsbezogenen Mitteilungen stützt die Kommission in der Regel nicht auf spezielle Ermächtigungsgrundlagen.[1024] Die Mitgliedstaaten sowie Rechtsanwender sind an die Inhalte nicht gebunden. Um Rechtswirkungen zu erzeugen, müssten sie nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung auf entsprechenden Rechtsgrundlagen beruhen. Normersetzenden oder -vertretenden Mitteilungen steht zudem der primärrechtlich in Art. 290 Abs. 1 AEUV abgesicherte Vorbehalt entgegen, wonach der Unionsgesetzgeber die wesentlichen Elemente einer Regelung selbst festzulegen hat.[1025] Rechtsnatur und Bindungswirkung der Mitteilungen sind inzwischen im Wesentlichen geklärt.[1026] Ihre fehlende rechtliche Verbindlichkeit sowie die ihnen dennoch zukommende Informations-, Aufklärungs- und Rechtssicherheitsfunktion[1027] führen zur Einordnung der Mitteilungen zumindest als Soft Law.[1028]

[1019] *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 20.

[1020] *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 191.

[1021] *Gundel*, EuZW 2016, 606, 606.

[1022] *Stöbener*, EuZW 2014, 124, 690 zur Beihilfebegriffsbekanntmachung; siehe auch zur Kritik ausufernder Tertiärrechtlich Normsetzung, *Birnstiel*, in: ders./Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 6.

[1023] *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 12.

[1024] *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 40.

[1025] *Schwarze*, EuR 2011, 3, 17.

[1026] Anders noch 2003 *Heidenhain*, in: ders., Hb BeihR, § 14 Rn. 42 ff.

[1027] *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 409; *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 73

[1028] Die Terminologie ist uneinheitlich, siehe dazu *Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 169; *Birnstiel*, in: ders./Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 5.

Aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Mitteilungen allgemein zu berücksichtigen. Mitteilungen wirken daher vor allem faktisch, indem der Rechtsanwender auf die Beachtung der darin dargelegten Standpunkte und Auffassungen durch die Kommission vertraut und dieses Vertrauen durch den im Unionsrecht anerkannten öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz-[1029] und Gleichbehandlungsgrundsatz als konkrete Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 2 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV geschützt ist.[1030]

Die eingeschränkte Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung der Mitteilungen durch die Mitgliedstaaten[1031] mildert die häufig beratende Funktion, die ihnen im Vorfeld der Veröffentlichung und der öffentlichen Konsultation der Entwurfsfassungen zukommt, ab,[1032] wodurch in der Regel eine breitere Akzeptanz entsteht.

Faktisch kanalisiert die Kommission mit Mitteilungen die Lesart der Wettbewerbsvorschriften.[1033] Befolgen die Mitgliedstaaten und Rechtsanwender die Mitteilungen, drohen keine negativen Reaktionen der Kommission,[1034] weshalb ihnen eine natürliche Autorität zukommt.[1035] Indem Mitteilungen vorhandenes Recht erläutern, konkretisieren und Auslegungsergebnisse präsentieren, entfalten sie eine erhebliche praktische Wirkung auf die Rechtsanwendung durch die Behörden in den Mitgliedstaaten und auf die privaten Rechtsanwender. Mitteilungen erweisen sich insoweit als flexibles Instrument der Verbundsteuerung,[1036] dass die Anwendung der Beihilfevorschriften im Sinne der Kommission sicherstellt und einen Beitrag zur Schaffung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz leistet.[1037]

[1029] EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11 (Expedia), Rn. 28; EuGH, 2.12.2010, Rs. C-464/09 P (Holland Malt), Rn. 47; EuGH, 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P u. C-213/02 P (Dansk Rørindustri), Rn. 209; EuG, 18.7.2005, Rs. T-241/01 (Scandinavian Airlines System AB), Rn. 64; EuG, 3.4.2003, Rs. T-119/02 (Royal Philips), Rn. 242; EuG, 30.4.1998, Rs T-214/95 (Vlaams Gewest), Rn. 89.

[1030] *Brohm,* Mitteilungen der Kommission, 95; *Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 169; *Frenz*, WRP 2010, 224, 224; *Thomas*, EuR 2009, 423, 427; *Müller-Graff*, EuR 2012, 18.

[1031] *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 12.

[1032] *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 73

[1033] *Frenz*, WRP 2010, 224, 224; *Pampel*, EuZW 2005, 11, 12.

[1034] *Gundel*, EuZW 2016, 606, 606; *Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 169; *Frenz*, WRP 2010, 224, 224.

[1035] *Thomas*, EuR 2009, 423, 438.

[1036] *H. Adam,* Mitteilungen der Kommission, 107; *Immenga*, in: Immenga/Körber, Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 9, 24.

[1037] *Danwitz*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 13, 29.

Kapitel 5 – Das Kriterium in der Rechtsprechung der Unionsgerichte

In den vorangegangenen Kapiteln ging es um die europaverfassungsrechtlichen Wurzeln des KmhW, die Anwendung in der Beihilfeprüfung samt den ökonomischen Grundlagen sowie die Abwandlungen des Kriteriums und dessen Entwicklung in den Rechtsakten der Union. Im Folgenden soll untersucht werden, wie das KmhW von den Unionsgerichten verstanden und rezipiert wird. Dazu ist zunächst zu beleuchten, ob und in welchem Umfang die Anwendung des KmhW durch Kommission, Mitgliedstaaten und Betroffene gerichtlich zur Überprüfung gestellt werden kann. Wie wird das KmhW zum Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen und wie gestaltet sich die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf das Kriterium. Im Anschluss daran sollen die Maßstäbe der Unionsgerichte in Bezug auf das KmhW entlang typischer Konstellationen, in denen das Kriterium zum Tragen kommt, herausgearbeitet werden. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wie sich das Prozessrisiko der Mitgliedstaaten gestaltet. Welche sind die Maßstäbe, an denen sich die Mitgliedstaaten im Kontext des KmhW zu orientieren haben?

A. Rechtsschutz vor den Unionsgerichten

Die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge ist mit Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV, Art. 251 ff. AEUV dem EuGH als Aufgabe zugewiesen. Den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten folgend kommt dem EuGH im Institutionengefüge der Union damit die Rolle der dritten Gewalt zu, die die Einhaltung des Rechts durch Exekutive und Legislative kontrolliert.[1038] Mit Blick auf das Beihilferecht betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass der Beihilfebegriff als objektiver Rechtsbegriff der umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegt.[1039] Ob eine staatliche Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV falle, ist „grundsätzlich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits und des technischen oder

[1038] *Wegner*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 4.

[1039] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange, ehem. France Télécom), Rn. 87; EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P u. C-536/12 P (SNCM), Rn. 15; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas), Rn. 100, EuGH, 2.12.2009, Rs. C-89/08 P (Kommission/Irland), Rn. 72; *Wollenschläger*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 508 f.; *Schroeder/Sild*, EuZW 2014, 12, 14.

komplexen Charakters der von der Kommission vorgenommenen Beurteilungen umfassend zu prüfen".[1040]

Zum Gegenstand gerichtlicher Überprüfung wird das KmhW durch die Anfechtung im Wege der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 1 Satz 1 AEUV von Entscheidungen der Kommission im Sinne des Art. 288 Abs. 5 AEUV mit der sie feststellt, dass eine Maßnahme eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist. Klagebefugt sind der betreffende Mitgliedstaat, Art. 263 Abs. 2 AEUV, Art. 51 Satzung des EuGH, oder Unternehmen im Sinne des Unionsrechts, vgl. Art. 263 Abs. 4 und Art. 256 Abs. 1 Satz 1 AEUV. Zulässigkeitsvoraussetzung der Nichtigkeitsklage von Unternehmen ist ihre unmittelbare Betroffenheit, die gegeben ist, wenn sich die angefochtene Entscheidung auf die individuelle Interessen- oder Rechtslage auswirkt und keine weiteren Vollzugsakte notwendig sind. Besteht bei der Umsetzung keinerlei Ermessensspielraum, ist ferner ohne Belang, ob es eines weiteren Rechtsaktes, z. B. durch den betreffenden Mitgliedstaat, bedarf. In Fällen von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in Beihilfesachen braucht es zwar regelmäßig einen umsetzenden Verwaltungsakt der Mitgliedstaaten, jedoch besteht wegen des Vorrangs des Unionsrechts,[1041] des unmittelbar anwendbaren Durchführungsverbotes für Beihilfen[1042] und des effet utile[1043] kein Ermessensspielraum in Bezug auf die Rückforderung nicht genehmigter Beihilfen. Insofern ist das von einer Entscheidung betroffene Unternehmen in der Regel klagebefugt. Konkurrenten von potentiell Beihilfe begünstigten Unternehmen können, sofern sie eine unmittelbare Betroffenheit für sich geltend machen können, die falsche Anwendung des KmhW, in deren Folge die Kommission vermeintlich von der Beihilfefreiheit einer Maßnahme ausgeht, in der Regel nicht zielführend rügen. Hierzu wird es ihnen an den erforderlichen Informationen fehlen.

[1040] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange), Rn. 87; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas u. BNL), Rn. 100; EuGH, 22.12.2008, Rs. C-487/06P (British Aggregates), Rn. 111; EuGH, 16.5.2000, Rs. C-83/98P (Ladbroke Racing Ltd.), Rn. 25; EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08 (Bank Burgenland), Rn. 49; EuG, 17.12.2008, Rs. T-196/04 (Flughafen Charleroi), Rn. 40/41; EuG, 17.10.2002, Rs. T-98/00 (Linde), Rn. 40; vgl. auch *Wegner*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19, Rn. 25; zum Rechtsschutz *Weiß*, ZHR 2016, 80.

[1041] EuGH, 15.7.1964, Rs. C-6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1253 (1272).

[1042] EuGH, 11.12.1973, Rs. 170/73 (Lorenz), Rn. 8; siehe zum effet utile und der wirkungsorientierten Prüfung von Beihilfen nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte Kapitel 2, A.III.2.

[1043] EuGH, 21.9.1983, Rs. 205/82 (Deutsche Milchkontor), Rn. 19, 22; EuGH, 20. 3.1997, C-24/95 (Alcan), Rn. 37.

B. Darlegungs- und Beweislast

Die Unvereinbarkeitsfolge des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt eine tatbestandliche Beihilfe voraus, für deren Vorliegen die Kommission grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastet ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf die Kommission die Annahme, einem Unternehmen sei eine staatliche Beihilfe zugeflossen, nicht auf bloße Vermutungen stützen. Sie muss vielmehr den Vorteil und damit die Begünstigung positiv feststellen, dabei darf sie sich nicht damit begnügen, dass Anhaltspunkte für ein marktkonformes Verhalten des Staates fehlen.[1044] Verfügt die Kommission lediglich über fragmentarische und unvollständige Informationen, hat sie zu prüfen, ob diese eine tragfähige Grundlage für die Annahme eines begünstigenden Vorteils zugunsten eines Unternehmens bilden.[1045]

Beruft sich ein Mitgliedstaat darauf, er habe sich wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten, muss er Nachweise beibringen, aus denen hervorgeht, dass er die Transaktionsentscheidung wie ein privater Investor getroffen und die ökonomische Vorteilhaftigkeit und die künftige Rentabilität der Maßnahme bewertet hat.[1046] Aus diesen muss hervorgehen, dass er vor oder gleichzeitig mit der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils die Entscheidung getroffen hat, mit der Maßnahme eine Investition vorzunehmen. Nachträgliche Bewertungen, d. h. die nach Gewährung des Vorteils erstellt wurden, sowie rückblickende Feststellungen zur tatsächlichen Rentabilität der durchgeführten Investition als auch spätere Rechtfertigungen der tatsächlich gewählten Vorgehensweise genügen jedoch nicht für den Nachweis marktkonformen Verhaltens.[1047] Denn ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer würde im Vorfeld einer Maßnahme deren erwartete Rentabilität prüfen. Ebenso wenig genügt der Rückgriff auf die typologisierende Bekanntmachung der Kommission oder sonstige Mitteilungen.[1048] Diese geben zwar Anhaltspunkte und Orientierung, welche Anforderungen an die vorzunehmende Prüfung gestellt werden, ersetzen aber nicht die einzelfallbezogene Prüfung.[1049]

[1044] EuG, 20.9.2012, Rs. T-154/10 (La Poste), Rn. 119, bestätigt durch EuGH, 3.4.2014, C-559/12 P (La Poste); EuGH, 17.9.2009, Rs. C-520/07 P (MTU Friedrichshafen), Rn. 56.

[1045] EuG, 20.9.2012, Rs. T-154/10 (La Poste), Rn. 119, bestätigt durch EuGH, 3.4.2014, C-559/12 P (La Poste); EuGH, 17.9.2009, Rs. C-520/07 P (MTU Friedrichshafen), Rn. 56.

[1046] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 79.

[1047] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 78 f., mit Verweis auf EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 85.

[1048] *Arhold*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 193; EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99 (WestLB), Rn. 251.

[1049] Vgl. nur Mitteilung 93/C 307/03, Rn. 34, siehe zur Mitteilung Kapitel 4, B.III.2.b) und zur Rechtsnatur und der Wirkung von Mitteilungen Kapitel 4, B.III.1.

C. Maßstäbe der Überprüfung der Anwendung des Kriteriums

In den Rechtssachen „Claes-Plan", „Intermills" sowie „Leeuwarder Papierwarenfabriek" fand das KmhW erstmals Mitte der 1980er Jahre in Entscheidungen des EuGH Erwähnung.[1050] Allerdings musste der EuGH in diesen Entscheidungen nicht im Einzelnen zu dem Kriterium Stellung nehmen, da er diese auf andere Gesichtspunkte stützen konnte.[1051] Fragen zum Anwendungsbereich und zur Anwendung des KmhW durch die Kommission sind gleichwohl wiederkehrend Anlass für Verfahren vor den Unionsgerichten. Regelmäßig geht es um den Anwendungsbereich des KmhW, insbesondere dessen Anwendbarkeit auf bestimmte staatliche Maßnahmen und die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Umstritten sind zudem der im Einzelfall zugrunde zu legende Investorenmaßstab und die Reichweite des Beurteilungsspielraums bei der Anwendung des KmhW durch Mitgliedstaaten und Kommission. Diskutiert werden ferner, ob Altbeihilfen und der sog. Eigentümereffekt in der Prüfung zu berücksichtigen sind sowie die Anwendung des KmhW bei der Finanzierung von Infrastrukturen, wie Häfen und Flughäfen, und die Privatisierung öffentlichen Eigentums. Im Folgenden sollen die in diesen Fragen richtungsweisenden Entscheidungen beleuchtet und die wesentlichen Entwicklungsstränge des KmhW in der Rechtsprechung der Unionsgerichte skizziert werden.

I. Gleichbehandlungsgrundsatz und hoheitliche Maßnahmen

1. Hintergrund

In ständiger Rechtsprechung betonen die Unionsgerichte, dass das KmhW Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlicher und privater Hand sei.[1052] Mittel, die der Staat einem Unternehmen daher direkt oder indirekt beziehungsweise unmittelbar oder mittelbar unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung stelle, seien daher keine Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.[1053] Lange gingen Kommission, Unionsgerichte und die Literatur dabei davon aus, dass das KmhW auf staatliche Maßnahmen hoheitlicher Art nicht

---

[1050] EuGH, 20.3.1984, Rs. 84/82 (Claes-Plan), EuGH, 14.11.1984, Rs. 323/82 (Intermills), Rn. 33; EuGH, 13.3.1985, Rs. 296/82, 318/82 (Leeuwarder Papierwarenfabriek).

[1051] *Asendorf,* Der private reasonable investor's test, 16; vgl. auch Schlussanträge GA *Slynn*, 16.1.1985, verb. Rs. 296/82 u. 318/82 (Leeuwarder Papierwarenfabriek), Slg. 1985, 809, 811 f.

[1052] EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P (SNCM), Rn. 30; EuGH, 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission), Rn. 41; EuG, 10.5.2000, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission (rechtskräftig)), Rn. 78; EuG, 12.12.2000, Rs. T-296/97 (Alitalia/Kommission (rechtskräftig)), Rn. 80 f.

[1053] EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Stardust Marine), Rn. 69.

anwendbar sei. Dies änderte sich mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Électricité de France" („EDF").[1054]

2. Rechtssache „Électricité de France" („EDF")

Im Mittelpunkt des Streits stand eine Umstrukturierungsmaßnahme zugunsten des Unternehmens EDF. Das Unternehmen war 1946 per Gesetz errichtet worden und stand vollständig im Eigentum des französischen Staates. Zur Umstrukturierung der Unternehmensbilanz löste Frankreich per Gesetz einen Fremdkapitalposten der EDF auf und wies ihn dem EDF-Eigenkapital zu. Konkret handelte es sich um Ansprüche Frankreichs als Konzessionsgeber auf Rücklagen der EDF für die Erneuerung und Sanierung konzessionierter Netze. Die bei ihrer Neueinstufung als Eigenkapital normalweise für Private anfallende Körperschaftsteuer erhob Frankreich infolge der gesetzlichen Steuerbefreiung nicht. Die Kommission sah darin eine Beihilfe zugunsten der EDF und verpflichtete Frankreich zur Rückforderung der nicht gezahlten Körperschaftsteuer in Höhe von umgerechnet rund 888,89 Mio. Euro.[1055]

Frankreich war der Auffassung, es handele sich bei der fraglichen Maßnahme um eine Investition, die unter Anwendung des KmhW als beihilfefrei einzustufen wäre, und erhob gegen die Entscheidung der Kommission Nichtigkeitsklage. Im Verwaltungsverfahren wies die Kommission das Argument Frankreichs zurück. Das KmhW könne nur im Rahmen der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten gelten und sei bei der Ausübung von Regulierungsbefugnissen unanwendbar.[1056] Die Kommission war der Auffassung, dass der Staat Beihilfen an seine Unternehmen, die aus der Rolle des Staates als Steuerbehörde und den damit verbundenen Vorrechten resultieren, nicht mit wirtschaftlichen Vorteilen in seiner Rolle als Anteilseigner gleichsetzen dürfe.[1057] Mit anderen Worten dürfe der Staat seine Rolle als Träger öffentlicher Gewalt und Aktionär nicht vermischen.

Das Gericht erster Instanz wie auch der EuGH stellten indes fest, dass, ausgehend von dem Grundsatz, wonach zwischen den Verpflichtungen zu unterscheiden ist, die der

---

[1054] EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF);*Rodriguez-Miguez*, EDF, A Leading Case Revisited: The Application of the Market Economy Operator Test to Fiscal Measures and the Energy Sector; *Baeten/Gam*, EStAL 2013, 546; *Melcher*, EuZW 2012, 576; *Köhler*, EStAL 2011, 21; *Haberkamm/Kühne*, EuZW 2010, 734; *Bartosch*, EStAL 2010, 267; *Bartosch*, EStAL 2010, 679; *Baeten/Gam*, EStAL 2013, 546.

[1055] Entscheidung 2005/145/EG der Kommission, 16.12.2003, ABl. EU 2005, Nr. L 49, S. 9.

[1056] Entscheidung 2005/145/EG der Kommission, 16.12.2003, ABl. EU 2005, Nr. L 49, S. 9, Rn. 96 ff.

[1057] Entscheidung 2005/145/EG der Kommission, 16.12.2003, ABl. EU 2005, Nr. L 49, S. 9, Rn. 96 ff.

Staat als Anteilseigner hat und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen,[1058] es für die Anwendung des KmhW nicht auf die äußere Form einer Maßnahme ankomme.[1059] Maßgeblich – so das EuG – sei die Natur der Maßnahme und das verfolgte Ziel sowie der Rechtsrahmen der Maßnahme.[1060] Der EuGH argumentierte zudem mit der Wirkung der Maßnahme: So hänge die finanzielle Lage eines begünstigten öffentlichen Unternehmens nicht von der Form der Vorteilsgewährung ab, sondern vom Betrag, der ihm letztlich zufließe.[1061]

Nachdem der EuGH die Entscheidung der Kommission für nichtig erklärte, musste sie die Sache erneut prüfen. Wiederum kam sie zu dem Ergebnis, dass das KmhW nicht anwendbar sei und stufte die Maßnahme erneut als Beihilfe ein.[1062] Den Schwerpunkt ihrer Untersuchung setzte sie auf der Unterscheidung der Rollen Frankreichs als Träger öffentlicher Gewalt und Anteilseigner und kam zu dem Ergebnis, dass Frankreich mit der Maßnahme keine Rekapitalisierung bezweckte, sondern auf eine ihm zustehende Steuerschuld verzichtete.

Das Gericht kam,[1063] nach dem EDF auch gegen die neue Entscheidung der Kommission auf Nichtigerklärung klagte, zu dem Ergebnis, dass Frankreich sich nicht mit Erfolg auf das KmhW berufen könne. Das Gericht legte die vom EuGH entwickelten strengen Beweisanforderungen zugrunde, wonach eindeutige, objektive und nachprüfbare Nachweise aus der Zeit der streitigen Maßnahme belegen müssen, dass der Mitgliedstaat in seiner Eigenschaft als Anteilseigner handelte. Nach Auffassung des Gerichts fehlten Nachweise, dass Frankreich vor oder gleichzeitig mit der Gewährung des Vorteils die Entscheidung getroffen hatte, durch den Verzicht auf die Erhebung von Steuern auf die Neueinstufung der Ansprüche des Konzessionsgebers in die EDF zu investieren. Ebenso fehlten nach Auffassung des Gerichts Nachweise, die belegen, dass Frankreich die Rentabilität der Maßnahme prüfte.

[1058] EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 79 mit Verweisen auf EuGH, 10.7.1986, Rs. 234/84 (Meura), Rn. 14; EuGH, 10.7.1986, Rs. 40/85 (Boch), Rn. 13; EuGH, 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92 (Hytasa), Rn. 22; EuGH, 28.1.2003, Rs. C-334/99 (Gröditzer Stahlwerke), Rn. 134 ff.; EuG, 15.12.2009, Rs. T-156/04 (EDF), Rn. 256 ff., 258.

[1059] EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 89; EuG, 15.12.2009, Rs. T-156/04 (EDF), Rn. 256 ff., 258; vgl. auch *Nettesheim*, Market Economic Investor Principle and Taxation: A Comment on Case T-156/04

[1060] EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 89; EuG, 15.12.2009, Rs. T-156/04 (EDF), Rn. 256 ff., 258.

[1061] EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 91.

[1062] Kommission, Beschluss (EU) 2016/154, 22.7.2015, ABl. EU 2016, Nr. L 34, S. 152, über die staatliche Beihilfe Frankreichs SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) zugunsten von EDF, Rn. 126 ff.

[1063] EuG, 16.1.2018, Rs. T-747/15 (EDF), Rn. 219 ff.; rechtskräftig nach Beschluss EuGH, 13.12.2018, Rs. C-221/18 P (EDF).

Nachträgliche vorgenommene Bewertungen sowie die rückblickende Feststellung der tatsächlichen Rentabilität der vom betroffenen Mitgliedstaat durchgeführten Maßnahme als auch spätere Rechtfertigungen, wie von Frankreich vorgebracht, reichen nicht für den Nachweis, dass der Staat sich wie ein marktwirtschaftlicher Wirtschaftsbeteiligter verhielt.

3. Bewertung

Der Entscheidung ist darin zuzustimmen, dass das Vorliegen einer Beihilfe nicht von der Form der zugrundeliegenden Maßnahme abhängt. Sachgerecht ist es ferner, die Anwendbarkeit des KmhW danach auszurichten, in welcher Rolle der betreffende Mitgliedstaat – als Träger öffentlicher Gewalt oder Anteilseigner – handelt.[1064] Dadurch wird sichergestellt, dass das zugrundeliegende Investitionsverhalten des Mitgliedstaates und nicht die äußerliche Form, in der es umgesetzt wird, Grundlage der Beurteilung ist. Die Entscheidung ist im Hinblick auf die hohen Beweisanforderungen jedoch zu Recht nicht ohne Kritik geblieben. Denn im Ergebnis ist den Mitgliedstaaten der Nachweis abgeschnitten, dass die Maßnahme ex-ante wie ex-post nicht begünstigend wirkt.[1065] Über den Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV hinaus, der objektiv eine Begünstigung verlangt, wird damit das „richtige" Verhalten des Staates im Vorfeld einer Maßnahme zur Voraussetzung der Beihilfefreiheit gemacht. Dies führt dazu, dass der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten eingeengt wird.

II. Investorenmaßstab

1. Hintergrund

Bei der Prüfung einer staatlichen Maßnahme anhand des KmhW stellt sich regelmäßig die Frage, wie der hypothetische Vergleichsinvestor bzw. Wirtschaftsbeteiligte beschaffen sein muss. Genügt für die Beihilfefreiheit etwa, dass das Verhalten des Staates einem Investor entspricht, der sich mit am Markt durchschnittlich erzielbaren Renditen zufriedengibt oder muss sein Verhalten einem nach maximalen Gewinnen strebenden Investor entsprechen. Ebenso stellt sich die Frage, ob ein lang- oder kurzfristiger Investitionshorizont für die Rentabilität anzulegen ist. Genügt es daher, dass die Investition sich erst nach vielen Jahren rentiert oder muss diese sich schon nach kurzer Zeit amortisiert haben?

2. Rechtssache „Neue Maxhütte Stahlwerke"

In der Rechtssache „Neue Maxhütte Stahlwerke" präzisierte das Gericht erster Instanz den Investorenmaßstab, der dem KmhW zugrunde liegt. In dem Rechtsstreit ging es um die

---

[1064] *Cyndecka,* The market economy investor test, 105 f.;*Szyszczak*, EStAL 2011, 35, 37; *Thalmann*, EuR 48 (2013), 432, 442.

[1065] *Soltész*, EuZW 2013, 136.

Nichtigerklärung mehrerer Kommissionsentscheidungen[1066] über geplante sowie gewährte Darlehen des Freistaates Bayern an bayrische EGKS-Stahlunternehmen, obwohl die Unternehmen sich in wirtschaftlicher Bedrängnis befanden. Die Kommission sah unter Berücksichtigung ihres Stahlkodexes[1067] und nach Anwendung des KmhW in der Darlehensgewährung staatliche Beihilfen. Die klagenden Unternehmen und Deutschland als Streithelfer waren der Ansicht, dass die Kommission in ihrer Prüfung zu Unrecht auf einen rein theoretischen, idealen, allein gewinnstrebenden Investor abgestellt habe, statt auf einen vernünftigen Investor in vergleichbarer Lage und von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors.[1068] So seien mit dem von der Kommission angewandten Maßstab Investitionen in Stiftungen oder in ökologischen Bereichen, die wegen der Sozialpflichtigkeit von Eigentum zulässig und geboten sein können, nicht zu erklären. Hintergrund war unter anderem, dass die Kommission den Freistaat wegen dessen stark diversifizierten Unternehmensbeteiligungen und seiner Finanzkraft mit einer privaten Holding oder Unternehmensgruppe verglich, in der Folge dem fehlenden Gewinnstreben des Freistaates bei der Beurteilung ein höheres Gewicht beimaß und so einen strengen Maßstab anwandte.

Das Gericht bestätigte den von der Kommission angewandten Maßstab. Der private Investor, dessen Verhalten mit demjenigen eines wirtschaftspolitische Ziele verfolgenden öffentlichen Investors verglichen werden müsse, brauche im Ergebnis dessen nicht notwendigerweise ein gewöhnlicher Investor zu sein, der Kapital zum Zweck seiner mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung anlege, es müsse sich aber wenigstens um eine private Holding oder eine private Unternehmensgruppe handeln, die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolge und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lasse.[1069]

3. Rechtssache „HAMSA“

In der Rechtssache „HAMSA“ ging es ebenfalls um Hilfen zugunsten eines angeschlagenen Unternehmens, der Hijos de Andrés Molina SA („HAMSA“), die die Kommission als Bei-

---

[1066] Entscheidung 95/422/EGKS der Kommission vom 4.4.1995 über eine geplante staatliche Beihilfe des Freistaates Bayern Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, und Lech- Stahlwerke GmbH, Meitingen-Herbertshofen, ABl. EU Nr. L 253, S. 22; Entscheidung 96/178/EGKS der Kommission vom 18.10. 1995 über eine staatliche Beihilfe des Freistaates Bayern Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, ABl. EU Nr. 1996, L 53, S. 41; Entscheidung 96/484/EGKS der Kommission vom 13.3.1996 über eine staatliche Beihilfe des Freistaates Bayern an das EGKS-Stahlunternehmen Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, ABl. EU Nr. L 198, S. 40.

[1067] Siehe zum Stahlkodex Kapitel 4, B.II.2.

[1068] EuG, 21.1.1999, Rs. T-129/95, T-2/96 und T-97/96, (Neue Maxhütte Stahlwerke), Rn. 75.

[1069] EuG, 21.1.1999, Rs. T-129/95, T-2/96 und T-97/96, (Neue Maxhütte Stahlwerke), Rn. 109, bestätigt durch EuGH, 25.1.2001, Rs. C-111/99 P; zur Entscheidung siehe auch *Martin-Ehlers*, EWS 1999, 244.

hilfen einstufte. Konkret ging es um die Nichtigerklärung einer Kommissionsentscheidung,[1070] mit der die Kommission Darlehen, Bürgschaften und Schuldenerlasse spanischer Behörden zugunsten eines in beträchtlichem Maße gegenüber seinen privaten und öffentlichen Gläubigern hochverschuldeten Lebensmittelherstellers als Beihilfen einstufte und die Rückforderung anordnete. Die Kommission wandte dabei zunächst statt des Privatgläubigertests den Privatinvestorentest an und verglich im Rahmen dessen die Schulden und Schuldenerlasse der öffentlichen und privaten Gläubiger lediglich nominal. Hierbei stellte die Kommission fest, dass HAMSA gegenüber der öffentlichen Hand höhere Schulden hatte, die jedoch besser abgesichert waren. Die Kommission schloss daraus, dass die öffentlichen Gläubiger in deutlich größerem Umfang Schulden erließen.

Das Gericht sah im Vorgehen der Kommission eine fehlerhafte Anwendung des Privatgläubigertests und erklärte die Kommissionsentscheidung in diesem Punkt für nichtig. Im Hinblick auf den Investorenmaßstab stellte es zudem klar, „dass, auch wenn das Verhalten des privaten Kapitalgebers, mit dem die Intervention eines wirtschaftspolitische Ziele verfolgenden öffentlichen Kapitalgebers verglichen werden muss, nicht zwangsläufig das eines gewöhnlichen Kapitalgebers sein muss, der Kapital zum Zwecke seiner mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung anlegt, es doch wenigstens das einer privaten Holding oder einer privaten Unternehmensgruppe zu sein hat, die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt".[1071]

4. Bewertung

Wie die beiden Entscheidungen zeigen, verfolgen die Unionsgerichte bei der Frage des Investorenmaßstabes eine sehr pragmatische Linie. Indem sie von den Mitgliedstaaten nicht verlangen, dass sich Investitionen schon nach kurzer Zeit rentieren müssen, räumen sie ihnen einen Handlungsspielraum ein, der privaten Investoren in den meisten Fällen ebenfalls eingeräumt sein wird.

[1070] Entscheidung 1999/484/EG der Kommission vom 3.2.1999 über Beihilfen Spaniens zugunsten der Hijos de Andrés Molina SA (HAMSA), ABl. EU Nr. L 193, S. 1.

[1071] EuG, 11.7.2002, Rs. T-152/99 (HAMSA), Rn. 126 und 164.

III. Beurteilungsspielraum

1. Hintergrund

In ständiger Rechtsprechung betont der EuGH, dass der Begriff der Beihilfe ein Rechtsbegriff ist, der anhand objektiver Kriterien auszulegen sei.[1072] Ob eine Maßnahme eine Beihilfe ist, sei deshalb von den Unionsgerichten unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des anhängigen Rechtsstreits und des technischen oder komplexen Charakters der von der Kommission vorgenommenen Beurteilungen umfassend zu prüfen.[1073] Bei der Prüfung seien alle maßgeblichen Aspekte des Vorgangs und des Kontextes, einschließlich der Situation der die Maßnahme durchführenden Behörde, in den Blick zu nehmen.[1074] Wende die Kommission das KmhW fehlerhaft an, könne dies zur Feststellung der Nichtigkeit der Entscheidung führen.[1075]

2. Rechtssache „Scott SA“

In der Rechtssache „Scott SA“ ging es um den Verkauf eines Grundstücks durch die öffentliche Hand an das Unternehmen Scott zur Errichtung eines Werkes für Haushaltspapierwaren. Nachdem der französische Rechnungshof auf die Transaktion aufmerksam wurde, ging bei der Kommission eine Beschwerde ein. Infolgedessen leitete die Kommission das Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG ein und untersuchte das Grundstücksgeschäft. Die Kommission befand, dass das Grundstück von der öffentlichen Hand unter dem Marktpreis veräußert wurde und sah darin eine zurückzufordernde Beihilfe an Scott. Gegen die Entscheidung erhob Scott Klage bei dem Gericht erster Instanz.

Dieses befand, dass die Entscheidung der Kommission methodisch und rechnerischer fehlerhaft gewesen sei und die Kommission den Sachverhalt nicht vollständig ermittelt habe. Das Gericht erster Instanz war der Auffassung, die Kommission habe den Marktwert des tatsächlich zum Vorzugspreis 13 Jahre zuvor veräußerten Grundstücks anhand einer falschen Kostenmethode bestimmt.[1076]

[1072] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange, ehem. France Télécom), Rn. 87; EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P u. C-536/12 P (SNCM), Rn. 15; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas), Rn. 100, EuGH, 2.12.2009, Rs. C-89/08 P (Kommission/Irland), Rn. 72; EuGH, 16.5.2000, Rs. C-83/98 P (Ladbroke Racing), Rn. 25; *Wollenschläger*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 508 f.; *Schroeder/Sild*, EuZW 2014, 12, 14.

[1073] EuGH, 16.5.2000, Rs. C-83/98 P (Ladbroke Racing), Rn. 25.

[1074] EuG, 17.12.2008, Rs. T-196/04 (Flughafen Charleroi), Rn. 59; EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99 (WestLB), Rn. 270.

[1075] EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Stardust Marine), Rn. 8 Rn. 71-81.

[1076] EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 64 f.

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass das Gericht erster Instanz zu Unrecht entschied, dass die Kommission den Private Vendor Test falsch durchgeführt habe. Insbesondere habe das Gericht die wirtschaftliche Beurteilung des zugrundeliegenden Sachverhaltes durch eine eigene Beurteilung ersetzt[1077].

Die Entscheidung des EuGH schränkt den anzuwendenden gerichtlichen Prüfungsmaßstab unnötig ein, wenn schon die einfache Grundstücksbewertung zur komplexen Angelegenheit erhoben wird. Hinzu kommt ein Wertungswiderspruch, wenn mitgliedstaatliche Gerichte gehalten sind, über den Beihilfecharakter staatlicher Maßnahmen, die von Wettbewerben unter Verweis auf Art. 107 Abs. 1 AEUV angegriffen werden, zu befinden, selbst wenn dies eine komplexe Prüfung erfordert.[1078]

3. Rechtssache „Westdeutsche Landesbank Girozentrale"

In der Rechtssache „Westdeutsche Landesbank Girozentrale" („West LB")[1079] ging es um die Frage, ob das KmhW auf wirtschaftlich gesunde Unternehmen angewendet werden kann und ob die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe davon abhängig machen darf, ob das Unternehmen, in das investiert wird, mindestens die Durchschnittsrendite erzielt. Hintergrund war eine Maßnahme des Landes Nordrhein-Westfalen zur Erhöhung des Eigenkapitals der im Wesentlichen landeseigenen West LB. Nach den Vorgaben der Solvabilitäts- und Eigenmittelrichtlinie[1080] musste die West LB ihren Anteil an Eigenmitteln erhöhen. Zu diesem Zweck übertrug Nordrhein-Westfalen der West LB 1992 die ebenfalls landeseigene Wohnungsbauförderungsanstalt (WfA). Im Zuge einer Beschwerde des Bundesverbandes Deutscher Banken untersuchte die Kommission die Maßnahme und wendete im Rahmen der beihilferechtlichen Begünstigungsprüfung u. a. das KmhW auf die Übertragung an. Nach ihren Untersuchungen gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass Nordrhein-Westfalen für die Vermögensübertragung keine marktübliche Vergütung erhalten habe und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an.[1081] Ihre Entscheidung begründete die Kommission mit

---

[1077] EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 64 f.

[1078] Soltész, EuZW 2011, 541, 542.

[1079] EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (*West LB*), Rn. 222; EuG, 19.12.2006, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 ((*West LB*) Kostenfestsetzungsverfahren), Rn. 83.

[1080] Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute (ABl. L 386, vom 30.12.1989, S. 14) sowie Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten (ABl. L 124, vom 5.5.1989, S. 16) müssen die Banken über Eigenmittel in Höhe von mindestens acht Prozent ihrer risikogewichteten Aktiva und risikotragenden außerbilanzmäßigen Transaktionen verfügen. Diese Richtlinien bedingten Änderungen am deutschen Kreditwesengesetz (KWG) die am 30.6.1993 in Kraft traten.

[1081] Entscheidung der Kommission 2000/392/EG, 8.7.1999, ABl. EU 2000, Nr. L 150, S. 1, Rn. 174.

nicht näher spezifizierten Erfahrungswerten, mehreren Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital und Investitionen sowie den Stellungnahmen, die von den verschiedenen Beteiligten übermittelt wurden.

Die West LB und Nordrhein-Westfalen erhoben, unterstützt durch Deutschland, gegen die Rückforderungsentscheidung Nichtigkeitsklage vor dem EuG. Zur Begründung führten sie an, dass die Kommission rechtsfehlerhaft das KmhW angewendet habe. Anders als bisher habe sie das Kriterium nicht ausschließlich auf Umstrukturierungsfälle, sondern erstmals auf ein gesundes Unternehmen angewendet. Zudem habe, so die Kläger, die Kommission ihren Beurteilungsspielraum überschritten, soweit sie ihre Feststellungen zum Vorliegen der Beihilfe darauf gestützt habe, dass Nordrhein-Westfalen von der West LB für das eingebrachte Kapital nicht die Durchschnittsrendite des betreffenden Sektors erhalten habe.

Das Gericht erster Instanz erklärte die Kommissionsentscheidung für nichtig. Die wesentlichen Argumente der Kläger wies es jedoch zurück. Weder die Kommission noch die Unionsgerichte hätten das Kriterium auf Unternehmen in Verlustsituationen beschränkt. Nummer 22 der Mitteilung über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03)[1082] zeige, dass die Kommission das Kriterium gerade nicht auf Unternehmen in Verlustsituationen beschränken wollte. Zur Frage der zu fordernden Mindestrendite stellte das Gericht fest, dass die Ermittlung der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor ein zulässiges Analyseinstrument sei. Es befreie die Kommission aber nicht davon, bei der Beihilfeprüfung sämtliche maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes, zu untersuchen.[1083] Den zur Nichtigkeit führenden Fehler sah das Gericht erster Instanz schließlich jedoch in einer unzureichenden Begründung der Kommissionsentscheidung. Die Ermittlung und Festlegung der zu fordernden angemessenen Vergütung Nordrhein-Westfalens sowie des zugrundegelegten Grundrenditesatzes einschließlich eines etwaigen Aufschlages sei nicht ausreichend nachvollziehbar von der Kommission begründet und beruhe damit auf keiner gesicherten Tatsachengrundlage.

[1082] Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. EG vom 13.11.1993, Nr. C 307, S. 3 f. (im Folgenden nur Mitteilung 93/C 307/03).

[1083] EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (*West LB*), Rn. 254; EuG, 19.12.2006, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (*West LB* (Kostenfestsetzungsverfahren)).

4. Rechtssache „Bouygues SA u. Bouygues Télécom SA“

In der Rechtssache „Bouygues SA u. Bouygues Télécom SA“ ging es um den Zeitpunkt, in den sich die Kommission bei der Anwendung des KmhW versetzen muss.[1084] Ausgangspunkt war die Frage, welche Beweise die Kommission zu berücksichtigen habe. Frankreich hatte das Staatsunternehmen France Télécom (der späteren Orange) im Wesentlichen mit drei Maßnahmen unterstützt. Erstens gab Frankreich im Juli 2002 eine politische Unterstützungserklärung ab. Als zweite Maßnahme kündigte Frankreich im Winter 2002 eine Eigenkapitalerhöhung an und drittens veröffentlichte es im Dezember 2002 den unterzeichneten Entwurf einer Vereinbarung über die Zahlung eines Aktionärsvorschusses.

Da die ersten beiden Maßnahmen die Finanzierungsbedingungen von France Télécom verbesserten, verzichtete Frankreich in der Folge auf die Durchführung des Aktionärsvorschusses. Die Kommission erachtete nur die beiden letzten Maßnahmen, die angekündigte Eigenkapitalerhöhung und die Veröffentlichung des unterzeichneten Entwurfs der Vereinbarung über die Zahlung eines Aktionärsvorschusses, als beihilferelevant.

Das Gericht erster Instanz stellte keine Beihilfen fest, da es alle drei Maßnahmen isoliert betrachtete und keine Belastung des Staatshaushaltes feststellte.[1085] Demgegenüber kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass jedenfalls nicht zwischen der Veröffentlichung des bereits unterzeichneten Entwurfs der Vereinbarung über die Zahlung eines Aktionärsvorschusses und dessen tatsächlicher Gewährung unterschieden werden könne. Er sah darin ein Beihilfenelement und verwies die Sache zur Entscheidung zurück an die erste Instanz.[1086]

Das Gericht erster Instanz entschied schließlich, dass die Kommission das KmhW rechts- und ermessensfehlerhaft angewandt habe, indem es zwischen Gesamt- und Einzelbetrachtung wechsele. Einerseits betrachte es die letzten beiden Maßnahmen im Winter 2002 zusammen und lege andererseits die wirtschaftliche Lage der France Télécom im Zeitraum vor Juli 2002 zugrunde, statt die wirtschaftliche Lage im Zeitraum der beiden geprüften Maßnahmen im Winter 2002.

In dem in der Folge im Wesentlichen um die Kosten des Verfahrens geführten Rechtsmittelstreit in der Rechtssache „Orange“ legte der EuGH den von den Unionsgerichten anzuwendenden Maßstab bei der Prüfung des KmhW und die Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle nochmals dar.[1087] Die Kommission war der Auffassung, das Gericht erster Instanz

---

[1084] EuGH, 19.3.2013, verb. Rs. C-399/10 P u. C-401/10 P (Bouygues SA u. Bouygues Télécom SA).

[1085] EUG, 21. 5.2010, verb. Rs. T-425/04, T-444/04 und T-450/04 sowie T-456/04 (Bouygues u. Bouygues Télécom).

[1086] EuGH, 19.3.2013, verb. Rs. C-399/10 P u. C-401/10 P (Bouygues u. Bouygues Télécom), Rn. 104.

[1087] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange).

habe das Kriterium falsch ausgelegt und die Maßstäbe des EuGH unberücksichtigt gelassen.[1088] Der EuGH legte in seiner Kostenentscheidung dar, dass das KmhW im Allgemeinen eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung durch die Kommission verlange, die der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliege. Allerdings, so der EuGH, bedeute dies nicht, dass sich die Unionsgerichte einer Kontrolle der rechtlichen Einordnung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission enthalten müssen. Denn der Unionsrichter habe die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz zu prüfen, wozu auch die Kontrolle gehöre, ob diese Beweise alle relevanten Daten abbilden, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.[1089]

5. Rechtssache „Club Hotel Loutraki"

Um die Frage der Einzel- oder Gesamtbetrachtung verschiedener staatlicher Maßnahmen ging es auch in der Rechtssache „Club Hotel Loutraki".[1090] Im Rahmen der von Griechenland ausgeschriebenen Privatisierung der Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou AE, einer Fußballtoto AG (kurz OPAP), erteilte Griechenland OPAP eine kostenpflichtige Exklusivlizenz für den Betrieb von landesweit 35.000 Videolotterie-Terminals (erste Maßnahme) und verlängerte ihr Exklusivrecht zum Betrieb von bestimmten Sportwetten und Lotterien um weitere zehn Jahre bis 2030 (zweite Maßnahme). Im Gegenzug verpflichtete sich OPAP zur Zahlung von mehreren Hundert Millionen Euro für die erste Maßnahme sowie von jährlich fünf Prozent des Bruttospielertrags für die zweite Maßnahme. Die beiden Maßnahmen meldeten die griechischen Behörden sodann bei der Kommission zur Prüfung an.

Hiergegen wandten sich mehrere Mitbewerber und erhoben Beschwerde bei der Kommission. Sie waren der Auffassung, dass OPAP durch die Maßnahmen Vorteile und damit staatliche Beihilfen erhalten habe. Die griechischen Behörden hätten höhere Preise erzielen können, wenn nicht nur der OPAP Lizenzen gewährt und die Lizenzen zudem in öffentlichen Ausschreibungen vergeben worden wären. Die Kommission kam in ihrem Beschluss zu dem Ergebnis, dass die angemeldeten Maßnahmen OPAP keinen Vorteil verschaffen. Zunächst stellte sie fest, dass der von OPAP im Gegenzug für die erste Maßnahme zu zahlende Betrag erheblich unter dem Nettozeitwert der Maßnahme bzw. des Exklusivrechtes liege. Die Gegenleistung von OPAP für die zweite Maßnahme liege demgegenüber

---

[1088] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange), Rn. 76 f.

[1089] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange), Rn. 90 ff.

[1090] EuG, 8.1.2015, Rs. T-58/13 (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 53, bestätigt durch EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 75.

über dem Nettozeitwert der Maßnahme. Der Aufschlag genüge allerdings nicht, um den Vorteil von OPAP aus der ersten Maßnahme auszugleichen, weshalb die griechischen Behörden mit OPAP eine Vereinbarung über die Zahlung eines zusätzlichen Ausgleichsbetrages schlossen.

Nach Beschwerden von Mitbewerbern bei der Kommission, dass die zugrundliegenden Maßnahmen staatliche Beihilfen beinhalteten, prüfte sie anhand des KmhW die Verlängerung der Lizenz für den Betrieb von Sportwetten und Lotterien sowie die Erteilung der Exklusivlizenz für den Betrieb von Videolotterie-Terminals zusammen und gelangte in dieser Gesamtschau zu dem Ergebnis, dass keine Beihilfen vorlagen. Gegen die Feststellung wandten sich verschiedene Mitbewerber.

Das Gericht sah, bestätigt durch den EuGH, in der von der Kommission vorgenommenen Gesamtbetrachtung und -bewertung der Maßnahmen keine fehlerhafte Anwendung des KmhW und bestätigte damit den weiten Beurteilungsspielraum der Kommission bei der Anwendung des Kriteriums. Wird die finanzielle Lage eines Unternehmens durch mehrere staatliche Maßnahmen berührt, steht es der Kommission frei, diese mit Blick auf die Frage der Begünstigung zusammen zu prüfen.[1091] Da die beiden Maßnahmen im Kontext der Privatisierung gleichzeitig beschlossen und bei der Kommission angemeldet wurden, durfte die Kommission diese zusammen prüfen.

6. Rechtssache „Frucona Košice“

Gegenstand der Rechtssache „Frucona Košice“[1092] war die Frage, ob die Kommission den Privatgläubigertest (Private Creditor Test) fehlerhaft anwendete.[1093] Im Rahmen eines Vergleichs erließen die slowakischen Steuerbehörden dem Spirituosenhersteller Frucona Steuerschulden in erheblichem Umfang. Die Kommission war der Auffassung, dass die Steuerbehörden in einem Insolvenzverfahren der Frucona höhere Erlöse hätten erzielen können als im Zuge des abgeschlossenen Vergleichs und stufte die Maßnahme als Beihilfe ein. Ein Privater in vergleichbarer Situation hätte daher, nach Ansicht der Kommission, das Insolvenzverfahren betrieben.

[1091] EuG, 8.1.2015, Rs. T-58/13 (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 53, bestätigt durch EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 75.

[1092] EuG, 16.3.2016, Rs. T-103/14 (Frucona Košice), bestätigt durch EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice).

[1093] Siehe zum Private Creditor Test Kapitel 3, C.IV.

Das Gericht erster Instanz hob die Entscheidung der Kommission auf und stellte fest, dass die Kommission die Insolvenzerlöse überschätzte. Der EuGH bestätigte diese Entscheidung. Nach Ansicht des Gerichts hätte ein durchschnittlich vorsichtiger und sorgfältiger privater Gläubiger, der, wie auch die slowakischen Behörden, zwischen mehreren Handlungsmöglichkeiten zu wählen hatte, um geschuldete Beträge zu erlangen, für jede Handlungsmöglichkeit die Vor- und Nachteile beurteilt und die für ihn günstigste Variante ermittelt. Hinzu komme, dass die Kommission die Dauer eines Insolvenzverfahrens, die ein privater Gläubiger in seiner Abwägungsentscheidung einbeziehen würde, unzureichend untersucht habe.

Das Gericht hob hervor, dass jede Information als erheblich zu betrachten sei, die den Entscheidungsprozess eines durchschnittlich vorsichtigen und sorgfältigen privaten Gläubigers beeinflusse.[1094] Im Hinblick auf die Beweislastverteilung stellte das Gericht klar, dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung des Privatgläubigertests bei der Kommission liege. Dies gelte insbesondere, wenn die Kommission ihre Entscheidung damit begründe, dass der betreffende Mitgliedstaat nicht wie ein privater Gläubiger gehandelt habe. Ihr sei es insoweit auch verwehrt, Annahmen zugrunde zu legen, die sie nicht überprüft habe oder sich auf nicht untermauerte Behauptungen externer Sachverständiger zu berufen. Bediene sich die Kommission der Hilfe externer Experten, müsse sie auch deren Arbeit und den objektiven Inhalt von Sachverständigengutachten beurteilen.[1095]

7. Bewertung

Im Rahmen des KmhW verlangen die Unionsgerichte von der Kommission eine wirtschaftliche Analyse, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen hätte berücksichtigen müssen.[1096] Da das KmhW wegen der zugrunde zu legenden wirtschaftlichen und buchhalterischen Begriffe, der Art der zu untersuchenden

[1094] EuG, 16.3.2016, Rs. T-103/14 (Frucona Košice), Rn. 134 f., bestätigt durch EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice).

[1095] EuG, 16.3.2016, Rs. T-103/14 (Frucona Košice), Rn. 172 f., bestätigt durch EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice); EuG, 13.9.2010, verb. Rs. T-415/05, T-416/05 u. T-423/05 (Olympiaki Aeroporia AE), Rn. 251 f.; EuG, 16.9.2004, Rs. T-274/01 (Valmont), Rn. 72.

[1096] EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 61; EuGH, 3.7.2003, verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P u. C-94/01 P (Chronopost/UFEX), Rn. 70.

Kosten und der einzelnen Schritte der durchgeführten finanziellen Berechnungen im Allgemeinen[1097] komplexe technische und wirtschaftliche Beurteilungen und Bewertungen umfasst,[1098] die im Kontext der Europäischen Union vorzunehmen sind,[1099] billigen die Unionsgerichte der Kommission jedoch einen gerichtlich nicht überprüfbaren und – wie die Entscheidungen zeigen – sehr weit gefassten Beurteilungsspielraum zu.[1100] Die Prüfung beschränkt sich vor diesem Hintergrund im Wesentlichen auf vier Aspekte: (1.) die Einhaltung der Verfahrens- und Begründungsvorschriften durch die Kommission, (2.) die vollständige und zutreffende Sachverhaltsfeststellung, (3.) die Überprüfung auf offensichtliche Fehler in der Würdigung und (4.) einen eventuellen Ermessensmissbrauch.[1101] Davon umfasst ist, wie die Kommission wirtschaftliche Daten auslegt, die sachliche Richtigkeit, die Zuverlässigkeit und die Kohärenz der angeführten Beweise sowie die Prüfung, ob die Beweise alle relevanten Daten abbilden, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen sind und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.

Auch wenn Überprüfung folgerichtig nicht so weit geht, dass die Unionsgerichte die Kommissionsentscheidung ersetzen,[1102] zeigt sich in der Praxis jedoch, dass die Unionsgerichte nur sehr zurückhaltend die wirtschaftliche Beurteilung anhand der aufgezeigten Maßstäbe kritisch hinterfragen. Einfache Bewertungen werden kurzerhand zu komplexen Angelegenheiten erklärt und damit der gerichtlichen Prüfung entzogen, wie der Fall „Scott SA" zeigt. Dies steht im Spannungsverhältnis zum Prinzip der vollständigen Kontrolle der Anwendung des Beihilfebegriffs und begründet eine Gefahr für den effektiven Rechtsschutz der Mitgliedstaaten gegen Kommissionsentscheidungen.

[1097] EuGH, 29.2.1996, Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Rn. 10 und 11; EuGH, 8.5.3003, verb. Rs. C-328/99 u. C-399/00 (SIM 2 Multimedia), Rn. 38 und 39.

[1098] EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 64 f.; EuGH, 1.7.2008, Rs. verb. Rs. C-341/06 P u. C-342/06 P (Chronopost und La Post), Rn. 108; EuG, 11.7.2002, Rs. T-152/99 (HAMSA), Rn. 127.

[1099] EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 64 f.

[1100] Vgl. ferner auch EuGH, 29.2.1996, Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Rn. 11; EuG, Rs. T-98/00 (Linde/Kommission), Rn. 40; EuG, 12.12.2000, Rs. T-296/97 (Alitalia/Kommission (rechtskräftig)), Rn. 105; EuG, 15. 9.1998, verb. Rs. T-126/96 u. C-127/96 (BFM), Rn. 81 f.; EuG, 3.3.2010, in diese Richtung auch EuG, 7.11.2011, Rs. T-163/05, T-163/05, T-36/06, T-36/06 (Bundesverband deutscher Banken e. V.).

[1101] EuGH, 29.10.1980, Rs. 138/79 (Roquette/Rat), Rn. 25; EuGH, 17.11.1987, verb. Rs. 142/84 und 156/84 (BAT u. a./Kommission), Rn. 62; EuGH, 10.3.1992, Rs. C-174/87 (Ricoh/Rat), Rn. 68; EuGH, 15.6.1993, Rs. C-225/91 (Matra/Kommission), Rn. 25; EuGH, 6.1.2009, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P u. C-519/06 P, (GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission), Rn. 163; *Herrmann-Strobelt,* Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, 40.

[1102] EuGH, 22.11.2007, Rs. C 525/04 P (Spanien/Lenzing), Rn. 57.

IV. Altbeihilfen und Eigentümereffekt

1. Hintergrund

Bei der Prüfung anhand des KmhW stellt sich häufig die Frage, ob und wie mit früheren (beihilfefreien) Investitionen einerseits und bestehenden Beihilfen, die als sog. Altbeihilfen dem Bestandsschutz unterfallen, andererseits umzugehen ist.[1103] Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass frühere Investitionen und Altbeihilfen im betreffenden Unternehmen gebundenes Kapital darstellen. Wirtschaftet das Unternehmen unrentabel oder befindet es sich in finanziellen Schwierigkeiten, besteht die Gefahr, getätigte Investitionen und Altbeihilfen bis auf die Höhe etwaiger Insolvenzerlöse zu verlieren. Die früheren Investitionen und Altbeihilfen können vor diesem Hintergrund zu einer anderen ökonomischen Bewertung in Frage stehender weitere Investition führen,[1104] sodass sich die Frage stellt, ob ein privater Investor diese in sein Kalkül einbeziehen würde, etwa weil diese sonst verloren wären?

In engem Zusammenhang damit steht der sog. Eigentümereffekt. Er beschreibt, dass ein Kapitalgeber, der an einem Unternehmen beteiligt ist, den Unternehmenswert durch neues Kapital erhöhen, zumindest aber erhalten will.[1105] Der Effekt kann dazu führen, dass Kapitalgeber, die bereits in ein Unternehmen investiert haben, diesem weitere Mittel zuführen, selbst wenn es zum Investitionszeitpunkt unterdurchschnittlich rentabel oder in Schwierigkeiten ist, um die schon getätigten Investitionen nicht zu verlieren. Auf den ersten Blick widerspricht dies der kaufmännischen Logik, „schlechtem" Geld kein „gutes" hinterherzuwerfen.[1106] Aus rationaler Sicht geht es um die Höhe der aus einer Investition erzielbaren marktüblichen Rendite und ob und in welcher Höhe gebundenes Kapital durch zusätzliche Investitionen in das Unternehmen gerettet oder im Wert gesteigert werden kann. Für das KmhW bedeutet das, der Staat kann seine Investition damit rechtfertigen, dass sie größere Verluste verhindert. Dabei kommt es erstens darauf an, welchen Anteil des investierten Kapitals im Fall der Insolvenz der Eigentümer realisieren kann; zweitens wie viel Kapital zusätzlich investiert werden muss, um das Unternehmen zu stabilisieren und drittens wie hoch die Gesamtkapitalrendite nach erfolgter Kapitalzufuhr ist.

[1103] Vgl. hierzu auch *Nitsche/Milde/Soltész*, EuZW 2012, 408, 412; *Bonhage/Dieterich Peter*, EuZW 2017, 749; *Ehricke*, in: FS Säcker, 625.

[1104] *Bonhage/Dieterich Peter*, EuZW 2017, 749, 750.

[1105] Vgl. 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (Westdeutsche Landesbank Girozentrale), Rn. 222; Entscheidung der Kommission 2000/392/EG, 8.7.1999, ABl. EU 2000, Nr. L 150, S. 1, Rn. 174.

[1106] *Nitsche/Milde/Soltész*, EuZW 2012, 408, 412.

2. Rechtssache „ING“

In der Rechtssache „ING“ ging es um die nachträgliche Änderung von Rückzahlungsbedingungen für eine während der Finanzkrise erfolgte Kapitalzuführung an die niederländische ING-Bank.[1107] Die Kommission prüfte den Vorgang und sah in der Änderung eine Beihilfe zugunsten der ING. Streitig war insbesondere die Frage, ob die Kommission die Maßnahme anhand des KmhW zu prüfen hatte.

Das Gericht erster Instanz war der Auffassung, dass die Kommission das KmhW fehlerhaft anwendete, da sie die während der Finanzkrise erfolgte Kapitalzuführung bei der Prüfung außer Acht ließ. Das Gericht prüfte das Vorgehen und die Entscheidung der Kommission vergleichsweise genau. Dabei setzte es sich auch mit der Frage auseinander, wann mehrere einzelne staatliche Maßnahmen zusammengefasst als eine Maßnahme anzusehen und zu prüfen sind. Entgegen der bisherigen Praxis verschärfte das Gericht mit diesem Vorgehen die Kontrolldichte.

Der in zweiter Instanz angerufene EuGH bestätigte die Entscheidung des Gerichts und stellte fest, dass das KmhW ebenso auf Änderungen der Rückzahlungsbedingungen anzuwenden sei, selbst wenn dem eine staatliche Beihilfe vorausgehe.[1108] Der Verpflichtung, die wirtschaftliche Vernünftigkeit der Änderung der Rückzahlungsbedingungen anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu prüfen, könne sich die Kommission nicht mit der Begründung entziehen, die vorangegangene Kapitalzuführung sei bereits eine staatliche Beihilfe. Lasse sich erkennen, dass das KmhW anwendbar sein kann, müsse die Kommission den betroffenen Mitgliedstaat um alle einschlägigen Informationen ersuchen, um überprüfen zu können, ob die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit und Anwendung dieses Kriteriums erfüllt seien.[1109]

3. Rechtssache „FIH“

Der EuGH hat in der Rechtssache „ING“[1110] festgestellt, dass das KmhW ebenso auf Änderungen der Rückzahlungsbedingungen anzuwenden ist, selbst wenn dem eine staatliche

---

[1107] EuG, 2.3.2012, verb. Rs. T-29/10 u. T-33/10 (ING/Kommission), Rn. 99 ff.; bestätigt durch EuGH, 3.4.2014, Rs. C-224/12 P (ING), Rn. 37; Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239 vom 6.9.2008, S. 32; vgl. auch *Lambalgen*, ELR 2014, 91.

[1108] EuGH, 3.4.2014, Rs. C-224/12 P (ING), Rn. 34.

[1109] EuGH, 3.4.2014, Rs. C-224/12 P (ING), Rn. 33.

[1110] EuG, 2.3.2012, verb. Rs. T-29/10 u. T-33/10 (ING/Kommission), Rn. 99 ff., bestätigt durch EuGH, 3.4.2014, Rs. C-224/12 P (ING); Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239 vom 6.9.2008, S. 32.

Beihilfe vorausging.[1111] Diese Aussagen relativierte er in der Rechtssache „FIH".[1112] In dem Fall ging es um die dänische Bank FIH, die 2009 in der Bankenkrise von der Kommission genehmigte Staatsbürgschaften sowie eine staatliche Kapitalzufuhr Dänemarks zur Bankenrettung erhielt (erste Maßnahme). Zur Begrenzung des Verlustrisikos genehmigte die Kommission 2011 auch die Auslagerung risikobehafteter Aktiva der FIH auf eine Abwicklungsgesellschaft („Bad bank"). Für diesen Vorgang stellte der dänische Staat noch einmal finanzielle Mittel bereit (zweit Maßnahme). Die Kommission stufte dies als Beihilfe ein und genehmigte die Maßnahme. Ihre Entscheidung stützte sie auf das KmhW, da wegen der fehlenden Renditeaussicht kein Privater zusätzlich Mittel zur Risikoabschirmung bereitgestellt hätte. Dass Dänemark seine Rolle als Kapitalgeber, Gläubiger und Bürge verbesserte, ließ die Kommission außen vor, da dies auf Beihilfen zur Rettung der FIH beruhte, die kein Privater gewährt hätte. Insofern handelte der Staat Dänemark nach Auffassung der Kommission in seiner Rolle als Träger öffentlicher Gewalt.

Im Gegensatz zum Gericht erster Instanz bestätigte der EuGH die Entscheidung der Kommission und kam zu dem Ergebnis, dass das KmhW wegen des früheren Engagements in Form von Beihilfen ausgeschlossen sei. Die Risiken des Staates aus zuvor gewährten staatlichen Beihilfen, die mit seiner Rolle als Träger öffentlicher Gewalt verknüpft seien, zählen nicht zu den Kriterien, die ein privater Wirtschaftsteilnehmer unter normalen Wettbewerbsbedingungen in seine wirtschaftlichen Überlegungen einbezogen hätte.[1113] Würde lediglich genügen, dass die Maßnahme für den Staat wirtschaftlich vorteilhafter sei, obwohl sie nicht normalen Marktbedingungen entspreche, würde das Ziel, unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, nicht erreicht werden.

4. Bewertung

Ungeachtet der Lesart des EuGH in der Sache ING, in der es unter anderem um die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit des KmhW ging, bleibt die Berücksichtigungsfähigkeit von Altbeihilfen und Eigentümereffekt eine Frage des Einzelfalles. Wie die Unionsgerichte diese Frage handhaben, lässt sich angesichts der konträren Aussagen in den dargestellten Urteilen allerdings kaum valide vorhersagen. Auch wenn damit Raum für Argumentation gegeben ist, besteht in diesen Konstellationen ein erhöhtes Prozessrisiko auf Seiten der Mitgliedstaaten.

[1111] EuGH, 3.4.2014, Rs. C-224/12 P (ING), Rn. 34.

[1112] EuG, 15.9.2016, Rs. T-386/14 (FIH) aufgehoben durch EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 62.

[1113] EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 58 ff.; EuG, 28.1.2003, Rs. C-334/99 (Gröditzer Stahlwerke), Rn. 138/140.

V. Privatisierungen

1. Hintergrund

Veräußert der Staat ganze Unternehmen oder Anteile an Unternehmen sowie staatliche Güter und Rechte zu einem niedrigeren Preis als dem Marktpreis, liegt darin regelmäßig eine Beihilfe. Um in diesem Kontext überprüfen zu können, ob eine Transaktion zum Marktpreis und damit beihilfefrei erfolgt ist, wird das KmhW herangezogen. Regelmäßig stellt sich in diesen Konstellationen die Frage, ob frühere Beihilfen des Staates an das betreffende Unternehmen bei der Ermittlung des Unternehmenswertes wertsteigernd berücksichtigt werden müssen und welche Wertermittlungsmethode geeignet ist.

2. Rechtssache „Land Burgenland"

In der Rechtssache „Land Burgenland" ging es um die Privatisierung der in österreichischer Hand gehaltenen Bank Burgenland. Nach vorangegangenem Bieterverfahren veräußerte das Land die Bank statt an den erstplatzierten Bieter, der ein höheres, aber unverbindliches Angebot abgab, an den zweitplatzierten. Die Kommission sah darin den Verkauf der Bank unter Marktwert und damit die Gewährung einer Beihilfe.[1114] Erstmals brachte sie damit eine von einem Mitgliedstaat angestrebte Privatisierung zu Fall.

Gegen die Entscheidung der Kommission klagte Österreich vor dem EuGH. Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen, in denen der EuGH die wirtschaftliche Beurteilung der Kommission zurückhaltend überprüfte, nahm er in diesem Fall eine vertiefte Prüfung vor. Im Ergebnis gab der EuGH erstmals eine konkrete Wertermittlungsmethode für Privatisierungskonstellationen vor und stellte fest, dass das Bieterverfahren absoluten Vorrang vor anderen Wertermittlungsmethoden, wie etwa unabhängigen Sachverständigengutachten, habe.[1115]

Die Entscheidung berücksichtigt jedoch nicht die von Österreich angeführten Gründe für die beabsichtigte Vergabe an den Zweitplatzierten. So war nach dem Vorbringen Österreichs unklar, ob das erstplatzierte Bieterkonsortium zeitnah die erforderliche Zustimmung der österreichischen Finanzmarktaufsicht erhielte. Demnach wäre im Falle eines Zuschlages an das Bieterkonsortium fraglich gewesen, ob die Privatisierung gelänge. Zudem

---

[1114] EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, (Land Burgenland), bestätigt durch EuGH, 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P (Land Burgenland), Rn. 53; Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG, (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239, 6.9.2008, S. 32; *Cyndecka,* The market economy investor test, 67; *Koenig*, EuZW 23 (2012), 241 f.; *Soltész*, EuZW 2013, 135; *Soltész*, EuZW 2014, 89, 90; *T. Jaeger*, EuZW 2008, 686.

[1115] EuG, 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, (Land Burgenland), bestätigt durch EuGH, 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P (Land Burgenland), Rn. 53; Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG, (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239, 6.9.2008, S. 32.

ignorierte das Gericht mehrere Parteigutachten, die belegten, dass der Marktwert der Bank niedriger war. Dem Risiko der Versagung der erforderlichen aufsichtsrechtlichen Genehmigung hätte man zwar im Verfahren mit strengeren Eignungsanforderungen an die Bieter begegnen können, sodass die Verfahrensentscheidung jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eines zur Angebotsabgabe zugelassenen Unternehmens fragwürdig ist. Allerdings führt dies nicht automatisch zu einer Beihilfe. Im Gegenteil, es ist anzunehmen, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer der Realisierungswahrscheinlichkeit und -dauer der Veräußerung und den eingebrachten Wertgutachten eine umso stärkere Bedeutung beimisst, desto geringer die Wahrscheinlichkeit ist, die Transaktion erfolgreich durchzuführen und desto weiter die Transaktion sich in die Zukunft verlagert.

Eine Kehrtwende vollzog das Gericht zudem in der Frage, inwieweit Mitgliedstaaten Altbeihilfen bei der Prüfung anhand des KmhW berücksichtigen dürfen. Hintergrund war, dass das Land Burgenland, vergleichbar mit der deutschen Gewährträgerhaftung für Sparkassen,[1116] per Gesetz zeitlich und der Höhe nach unbegrenzt im Fall der Zahlungsunfähigkeit der Bank Burgenland für deren Verbindlichkeiten haftete.[1117] In diesem Fall hätte das Land in Milliardenhöhe für Verbindlichkeiten und außerbilanzielle Risiken der Bank einstehen müssen.[1118] Aus diesem Grund legte das Land im Privatisierungsverfahren auf die finanzielle Lage des Erwerbers ein besonderes Augenmerk. Nach dem Vorbringen Österreichs im Rechtstreit vor den Unionsgerichten hing die Haftungswahrscheinlichkeit von den zukünftigen Risikoprofilen der Bank und des neuen Eigentümers ab. Die Kommission wies dies, bestätigt durch das Gericht, allerdings zurück. Denn schon die bestehende Beihilfe bzw. Ausfallhaftung hätte kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber übernommen, sodass dies bei der Privatisierung nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Andernfalls wären die Rollen des Landes Burgenland als Träger der öffentlichen Gewalt, das der Bank eine Ausfallbürgschaft einräumte, und seine Rolle als Anteilseigner der Bank vermischt worden. Zu-

---

[1116] Siehe dazu *Immenga/Rudo,* Gewährträgerhaftung und Anstaltslast.

[1117] Die Beihilfe fiel als „bestehende Beihilfe" nach Art. 1 lit. b VO 659/1999 unter den Bestandsschutz. Nachdem sich Kommission und die Republik Österreich einigten und die Kommission auf dieser Grundlage die Entscheidung K (2003) 1329 endg. vom 30.4.2003 zur Beihilfe E 8/02 erließ (ABl. C 175, S. 8), war Österreich verpflichtet, die Ausfallhaftung bis zum 1.4.2007 abzuschaffen. Für alle Verbindlichkeiten, die am 2.4.2003 bestanden, galt die Ausfallhaftung grundsätzlich bis zu deren Fälligkeit fort. In der Zeit vom 2. April 2003 bis zum 1.4.2007 konnte die Ausfallhaftung für neue Verbindlichkeiten aufrechterhalten werden, solange sie bis zum 30. September 2017 fällig wurden.

[1118] Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG, (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239, 6.9.2008, S. 3. Rn. 74.

gleich wies die Kommission darauf hin, dass nach ihrer Einschätzung die Höhe einer etwaigen Ausfallhaftung und die Eintrittswahrscheinlichkeit vor dem Hintergrund der Einigung der Kommission und Österreichs zur Abwicklung der Ausfallhaftung gering seien.[1119]

3. Rechtssache „Corsica Ferries"

In dem Fall klagte das Unternehmen Corsica Ferries gegen eine Entscheidung der Kommission, mit der sie die von Frankreich verfolgte Privatisierung des staatlichen Schifffahrtunternehmens Société Nationale Corse-Méditerranée („SNCM") als beihilfefrei einstufte.[1120] Das Unternehmen erhielt vor der Privatisierung umfangreiche finanzielle Unterstützung durch Frankreich. Das Unternehmen Corsica Ferries France zweifelte diese Entscheidung an und erhob erfolgreich Nichtigkeitsklage.

Bestätigt durch die Entscheidung des EuGH in dem Rechtsmittelverfahren der SNCM[1121] stellte das Gericht erster Instanz[1122] zunächst klar, dass es im Zusammenhang mit dem KmhW der Kommission obliege, im Rahmen ihres weiten Ermessensspielraums u. a. in geografischer und sektorspezifischer Hinsicht die wirtschaftlichen Tätigkeiten festzulegen, die zu beurteilen seien.[1123] Die Anwendung des KmhW durch die Kommission sah das Gericht als beurteilungsfehlerhaft an. Nach Auffassung des Gerichts hätte die Kommission prüfen müssen, ob ein Privater in vergleichbarer Lage wie die öffentliche Hand statt der Unterstützung durch Kapitalzuführung die Liquidation des Unternehmens vorgezogen hätte.

In dem von SNCM angestrengten Rechtsmittelverfahren warfen die Rechtsmittelführer dem Gericht wegen der Prüfungstiefe in Bezug auf das KmhW die Einführung eines „völlig richterrechtlichen Test[s]"[1124] vor. Die Argumente Frankreichs, von ihm gebilligte zusätzliche Zahlungen seien zum Schutz seines Images als globaler Investor in der Marktwirtschaft nötig gewesen und dass auch private Unternehmen solche Zahlungen praktizieren,[1125] hielt der EuGH zwar grundsätzlich für zulässig, stellte aber an den Nachweis hohe Anforderungen. Insbesondere genügen allgemeine und unsubstantiierte Verweise auf das Image als

---

[1119] Entscheidung der Kommission, 30.4.2008, 2008/719/EG, (K(2008) 1625), ABl. EU Nr. L 239, 6.9.2008, S. 3. Rn. 144 ff.

[1120] EuG, 11.9.2012, T-565/08 (Corsica Ferries France/Kommission), Rn. 72 ff.; Entscheidung der Kommission, 8.7.2008, (K(2008) 3182), ABl. EU Nr. L 225, 27.8.2009, S. 180; zur Entscheidung *Galletti*, CMLR 2015, 1095.

[1121] EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P (SNCM).

[1122] EuG, 11.9.2012, T-565/08 (Corsica Ferries France/Kommission).

[1123] EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P (SNCM), Rn. 86.

[1124] Schlussanträge GA *Wathelet*, 15.1.2014, verb. Rs. C-533/12P u. C-536/12P (SNCM), Rn. 41.

[1125] EuG, 11.9.2012, T-565/08 (Corsica Ferries France/Kommission), Rn. 72 ff.; Entscheidung der Kommission, 8.7.2008, (K(2008) 3182), ABl. EU Nr. L 225, 27.8.2009, S. 180, bestätigt durch EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P (SNCM), Rn. 64.

globaler Akteur nicht. Daher wies er das Vorbringen Frankreichs im konkreten Fall zurück. Schließlich attestierte der EuGH, dass es die Kommission versäumt habe, die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Unterstützungsmaßnahmen nachzuweisen bzw. zu quantifizieren.[1126]

4. Bewertung

Die etablierte Rechtsprechungslinie, nach der streng zwischen den Verpflichtungen des Staates als Anteilseigner des fraglichen Unternehmens und den Verpflichtungen als Träger der öffentlichen Gewalt zu unterscheiden ist, behalten die Unionsgerichte auch im Kontext von Privatisierungen bei.[1127] Mit der Festlegung auf den Vorrang von Bieterverfahren vor anderen Wertermittlungsmethoden in der Rechtssache „Land Burgenland" schränkt der EuGH den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten jedoch unnötig ein. Denn die Wertermittlungsmethode spielt für die Frage, ob ein Vorteil gewährt wird, keine Rolle, solange der erzielte Erlös marktüblich ist. Die Durchführung eines Bieterverfahrens indiziert gewiss die Marktüblichkeit. Wurde kein Bieterverfahren durchgeführt, bedeutet das jedoch nicht zwangsläufig, dass der erzielte Erlös marktunüblich niedrig ist. Auch steht es privaten Akteuren frei, Unternehmen auf der Grundlage von Sachverständigengutachten zu veräußern. Sodass dies auch für die Mitgliedstaaten gelten muss. Feststeht aber, dass Privatisierungen staatlicher Unternehmen zum negativen Kaufpreis, denen die öffentliche Hand zuvor Kapital zugeführt hat, in der Regel nicht das KmhW erfüllen.

VI. Finanzierung von Infrastruktur

1. Hintergrund

Das KmhW findet u. a. bei der Vorbereitung und Prüfung der staatlichen Finanzierung von Infrastruktur Anwendung. Häufig geht es um die Frage, ob die öffentliche Hand zugunsten bestimmter Unternehmen in Infrastrukturen investiert, sog. gewidmete Infrastruktur, die diese begünstigen, sofern sie an den Kosten nicht angemessen beteiligt werden.

[1126] EuG, 11.9.2012, Rs. T-565/08 (Corsica Ferries France/Kommission), Rn. 72 ff.; Entscheidung der Kommission, 8.7.2008, (K(2008) 3182), ABl. EU Nr. L 225, 27.8.2009, S. 180, bestätigt durch EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P (SNCM), Rn. 37 f.

[1127] EuGH, 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92 (Spanien/Kommission), Rn. 22; EuGH, 28.1.2003, Rs. C-334/99 (Deutschland/Kommission), Rn. 134; EuG, 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (*West LB*), Rn. 317. Im Unterschied zum Fall „SNCM" ging es im Fall „*West LB*" um Verpflichtungen des Staates aus rechtswidrigen Beihilfen.

2. Rechtssache „Germanwings“

In der Rechtssache „Germanwings“[1128] ging es um die Frage, ob das öffentliche Unternehmen Flughafen Zweibrücken GmbH dem Unternehmen Germanwings Beihilfen gewährte, indem es mit Germanwings Vereinbarungen über Flughafendienstleistungen, den Bau und die Modernisierung eines Terminals und Abfertigungsschalters sowie von Parkplätzen schloss. Die Kommission war nach Hinweisen und einer Beschwerde Dritter auf den Fall aufmerksam geworden und leitete ein förmliches Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV ein. Hierbei kam sie zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarungen Beihilfen beinhalten.[1129] Denn nach den Flughafenleitlinien[1130] entsprechen Vereinbarungen zwischen Luftverkehrsgesellschaften und einem Flughafen dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, wenn sie von einem Ex-ante-Standpunkt aus betrachtet inkrementell zur Rentabilität des Flughafens beitragen. Dazu sind alle inkrementellen Kosten zu berücksichtigten, die dem Flughafen im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der Luftverkehrsgesellschaft am Flughafen voraussichtlich entstehen. Investiert ein Flughafenbetreiber in Infrastrukturen, wie z. B. in einen Terminal, aufgrund der Bedürfnisse einer bestimmten Luftverkehrsgesellschaft, sind die entsprechenden Kosten bei der Berechnung der inkrementellen Kosten zu berücksichtigen.

Nach Auffassung der Kommission komme die Investitionen allein Germanwings zugute, das Unternehmen zahle jedoch keine angemessene Gegenleistung dafür, weshalb das KmhW nicht erfüllt sei. Ihre Beurteilung stützte die Kommission allerdings auf eine vage und nicht überprüfte Aussage der deutschen Behörden. Gegen die Rückforderungsentscheidung erhob Germanwings Nichtigkeitsklage bei dem Gericht erster Instanz. Germanwings war der Ansicht, dass die Investition allen Fluggesellschaften zugutekomme, die den Flughafen anfliegen, sodass sie nicht allein ursächlich für die Vereinbarungen gewesen sei und die Investitionskosten nach dem KmhW nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Dem schloss sich das Gericht insoweit an, als die Kommission es versäumt habe, den für die korrekte Anwendung des KmhW relevanten Zeitpunkt der Investitionsentscheidungen der

---

[1128] EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings/Kommission); vgl. auch zur Finanzierung von Flughäfen *Köster*, EuR 40 (2005), 554, ferner *Guarrata,* Finanzierung von Flughafeninfrastruktur, 2014; *Egger*, BZR 2010, 108.

[1129] Beschlusses der Kommission (EU) 2016/152, 1.10.2014, ABl. EU 2016, L 34, S. 68 über die staatliche Beihilfe SA.27339 (12/C) (ex 11/NN).

[1130] Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. EU Nr. C 99 vom 4.4.2014, S. 3 ff., Rn. 63 ff.

Flughafengesellschaft zu ermitteln und sich stattdessen auf Aussagen der deutschen Behörden im Prüfverfahren verließ.[1131]

3. Rechtssache „Ryanair"

Im Fall „Ryanair"[1132] ging es um die Frage, ob die Kommission das KmhW fehlerhaft anwendete und gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstieß, weil sie sich u. a. für die Methode der inkrementellen Rentabilitätsanalyse und gegen die vergleichende Analyse entschied. In der Sache ging es um Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von Ryanair in Form eines Flughafendienstleistungs- und Marketingdienstleistungsvertrages mit dem Flughafen Pau-Pyrénées zu besonders günstigen Konditionen. Ziel war die Förderung der von Ryanair angebotenen Flugverbindung zwischen Pau und London Stansted.

Die Kommission stufte die Vorgänge als komplexe Geschäfte ein, weshalb sie sich aus dem Benchmarking bzw. Vergleich der reinen Flughafenentgelte des Flughafens Pau-Pyrénées mit den Flughafenentgelten anderer Flughäfen keine zweckdienlichen Hinweise darauf versprach, ob der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers eingehalten wurde. Sie argumentierte, dass es für die Durchführung der vergleichenden Analyse an entsprechenden Daten aus vergleichbaren Geschäften fehle. Die gewürdigten Geschäfte seien zu komplex und speziell und die Preise für Bodenabfertigungsdienste und Marketingdienstleistungen anderer Flughäfen seien nicht öffentlich zugänglich.[1133]

Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Kommission. Im Rahmen des KmhW ist ein Handelsgeschäft in seiner Gesamtheit zu betrachten, um zu prüfen, ob sich die staatliche Einrichtung wie ein marktwirtschaftlich orientierter Wirtschaftsteilnehmer verhält. Um nicht rein formale, der wirtschaftlichen Realität widersprechende Ergebnisse zu erzielen, ist insbesondere der Kontext der Maßnahme zu berücksichtigen.[1134] Im Zuge ihrer Pflicht, alle maßgeblichen Aspekte eines streitigen Vorgangs und seines Kontextes, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes, zu prüfen, obliegt es der Kommission, das geeignete Analyseinstrument und die Bewertungsmethode zu wählen, die am besten für das KmhW geeignet sind. Es besteht keine Verpflichtung der Kommission,

---

[1131] EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings/Kommission), Rn. 78 ff.

[1132] EuG, 13.12.2018, Rs. T-165/15 (Ryanair), Rn. 125 und 177 ff.

[1133] EuG, 13.12.2018, Rs. T-165/15 (Ryanair), Rn. 171 (nicht rechtskräftig); Beschlusses der Kommission (EU) 2015/1227, 23.7.2014, ABl. EU 2015, Nr. L 201, S. 10, Rn. 367.

[1134] EuG, 13.12.2018, Rs. T-165/15 (Ryanair), Rn. 166 ff. (nicht rechtskräftig).

bestimmte Methoden, wie hier die vergleichende Analysemethode, anzuwenden, wenn mehrere Methoden zur Verfügung stehen.[1135] Insbesondere besteht, anders als von den Klägern argumentiert, kein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der eine Hierarchie zwischen der vergleichenden Analyse und anderen Methoden aufstellt. Auch dem Argument, dass durch den Abschluss der Verträge Ryanair unter normalen Marktbedingungen kein Vorteil verschafft werde, sondern die Verträge wegen der Ineffizienz des Flughafens nicht rentabel seien, erteilte das Gericht eine Absage. Mit dem KmhW soll keine Mindesteffizienz vorgegeben werden. Vielmehr soll die Feststellung ermöglicht werden, ob ein vergleichbarer privater Investor unter den gleichen Umständen die fragliche Maßnahme ergriffen hätte. Aus diesem Grund kommt es auf die Kosten- und Einnahmenstruktur der öffentlichen Einrichtung an.[1136]

4. Bewertung

Vorschnellen Schlüssen auf gewidmete Infrastrukturen, die bestimmte Unternehmen begünstigen, schieben die Unionsgerichte mit ihrer Prüfung einen Riegel vor. Zu Recht geben sie – anders als bei Privatisierungen – keine bestimmte Analysemethode vor und belassen damit den Mitgliedstaaten und der Kommission einen Beurteilungsspielraum, um einzelfallbezogen den jeweiligen Kosten- und Einnahmestrukturen der betreffenden Unternehmen angemessen Rechnung zu tragen.

D. Zusammenfassung

Die Frage, ob eine Beihilfe vorliegt, ist vollständig justiziabel und der Kommission kommt bei der Beurteilung kein Ermessen zu.[1137] Allerdings betont der EuGH stets, dass die Kommission bei Prüfungen, die technischer oder komplexer Art sind, was immer der Fall ist, wenn sie das KmhW anwendet, über ein weites Ermessen und einen weiten Beurteilungsspielraum verfügt.[1138] Konkret beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle darauf, ob die

---

[1135] EuG, 13.12.2018, Rs. T-165/15 (Ryanair), Rn. 141 ff. (nicht rechtskräftig).

[1136] EuG, 13.12.2018, Rs. T-165/15 (Ryanair), Rn. 148 ff. (nicht rechtskräftig).

[1137] *Arhold*, in: Säcker/Montag, MüKo WettbewerbR, Bd. 5, Art. 107, Rn. 193.

[1138] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange), Rn. 87; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas), Rn. 103 f.; EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 68; EuG, 24.9.2008, Rs. T-20/03 (KAHLA/Thüringen Porzellan GmbH), Rn. 239 f.; EuG, 8. 7.2004, Rs. T-198/01 (Technische Glaswerke Ilmenau), Rn. 97; EuG, 11.7.2002, Rs. T-152/99 (HAMSA), Rn. 127; EuGH, 29.2.1996, Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Rn. 11; EuGH, 29.10.1980, Rs. 138/79 (Roquette/Rat), Rn. 25; Zugleich besteht diese Neutralität wie aus Art. 106 AEUV folgt nicht schrankenlos, vgl. auch *Wegner*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 25.

Kommission die Vorschriften über das Verfahren beachtete, insbesondere also, ob die Anhörungsrechte des betreffenden Mitgliedstaats gewahrt wurden, die Entscheidungsbegründung rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht, d. h. der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung vorliegt sowie sonstige Rechtsfehler, wie ein Ermessensmissbrauch, ausgeschlossen sind.[1139] Dagegen überprüfen die Unionsgerichte weder die wirtschaftliche Beurteilung der Kommission, noch setzen sie sich mit einer eigenen Beurteilung an ihre Stelle.[1140]

Um den Anforderungen gerecht zu werden, hat die Kommission die beanstandete Maßnahme sorgfältig und unvoreingenommen zu prüfen und ihre Entscheidung auf der Grundlage gesicherter und vollständiger Informationen zu treffen.[1141] Es sind diejenigen Informationen zugrunde zu legen, die ihr zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen oder über die sie verfügen kann.[1142] Dies begründet aber keine Pflicht, von Amts wegen und mutmaßend zu prüfen, welche Gesichtspunkte ihr von den Verfahrensbeteiligten darüber hinaus hätten vorgetragen werden können.[1143] Umstände, die nach dem Erlass der betreffenden, zu prüfenden Maßnahme eintreten, bleiben daher außer Betracht.[1144]

Das KmhW unterliegt in der Gesamtschau der eingeschränkten effektiven gerichtlichen Kontrolle durch die Unionsgerichte, was in einem Spannungsverhältnis mit dem in ständiger Rechtsprechung hervorgehobenen objektiven Charakter des Beihilfebegriffs steht.[1145] Der Beihilfebegriff ist ein zwar weiter, aber objektiver Begriff, der es nicht rechtfertigt, der Kommission im Rahmen der Tatbestandsfeststellung so weitgehende Ermessens- und Beurteilungsspielräume zuzugestehen.[1146]

[1139] EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings), Rn. 67; EuG, 24.9.2008, Rs. T-20/03 (KAHLA/Thüringen Porzellan GmbH), Rn. 239 f.

[1140] EuGH, 25.4.2002, Rs. C-323/00 P (DSG/Kommission), Rn. 43; EuG, 6.7.2017, Rs. T-1/15 (SNCM), Rn. 152f; EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings), Rn. 67; EuG, 15.1.2015, T-1/12 (Frankreich/Kommission), Rn. 35; EuG, 24.9.2008, Rs. T-20/03 (KAHLA/Thüringen Porzellan GmbH), Rn. 239 f.; EuG, 11.7.2002, Rs. T-152/99 (HAMSA), Rn. 127 m. w. N.

[1141] EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings), Rn. 68; EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07P (Scott), Rn. 90.

[1142] EuGH, 7.2.1979, Rs. 15/76 u. 16/76 (Frankreich/Kommission), Rn. 72; EuG, 14.1.2004, Rs. T-109/01 (Fleuren Compost), Rn. 4.

[1143] EuGH, 2.4.1998, Rs. C-367/95P (Sytraval u. Brink's France/Kommission); EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings), Rn. 68; EuG, 14.1.2004, Rs. T-109/01 (Fleuren Compost), Rn. 49.

[1144] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange), Rn. 139; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 85.

[1145] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange, ehem. France Télécom), Rn. 87; EuGH, 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P u. C-536/12 P (SNCM), Rn. 15; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas), Rn. 100, EuGH, 2.12.2009, Rs. C-89/08 P (Kommission/Irland), Rn. 72; *Wollenschläger*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Art. 107 Abs. 1, Rn. 508 f.; *Schroeder/Sild*, EuZW 2014, 12, 14.

[1146] *Danwitz*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 13, 28.

Kapitel 6 – Schlussfolgerungen und Thesen

1. Die vorliegende Arbeit untersucht das beihilferechtliche Kriterium des marktwirtschaftlichen Wirtschaftsbeteiligten (KmhW), wie es von der Kommission in der Beihilfeprüfung angewendet sowie von den Unionsgerichten in ihren Entscheidungen interpretiert und verstanden wird. Es werden die normativen Grundlagen herausgearbeitet, die Anwendung des KmhW durch die Kommission beleuchtet sowie die wesentlichen Rechtsakte und Dokumente, in denen es Erwähnung findet, und die Rezeption in der Rechtsprechung der Unionsgerichte analysiert und bewertet. Angeregt durch die praktische Relevanz des Kriteriums in der Beihilfeprüfung, die gegen das Kriterium vorgebrachte Kritik und die bislang dürftige wissenschaftliche Auseinandersetzung ist es das Ziel der Untersuchung, das KmhW auf den Prüfstand zu stellen und es im europarechtlichen Koordinatensystem zu verorten.

2. Im Ergebnis ist festzustellen, dass das KmhW ein alle Bereiche der staatlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr umfassender beihilferechtlicher Grundsatz ist.[1147] Die Entwicklung des Kriteriums ist in Einzelpunkten noch nicht abgeschlossen und unterliegt der fortwährenden Konkretisierung und Ausgestaltung in Kommissionspraxis, Rechtsprechung und Literatur.[1148]

3. Als Teil der Wettbewerbsvorschriften im Titel VII des dritten Teils des AEUV dienen die Vorschriften über Beihilfen in Art. 107 ff. AEUV der Umsetzung der in der Zielbestimmung der Verträge, genauer in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV, festgelegten Errichtung eines Binnenmarktes und der Unionsbildung.[1149] Nach dem Protokoll Nr. 27 zum AEUV umfasst der Binnenmarkt „ein System [...], das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt". Anders als in rein nationalen oder partikularen Bezugsrahmen wirkt jede staatliche Beihilfe in einem Binnenmarkt auf die Wettbewerbssituation.[1150] Staatseingriffe in Form von Beihilfen stellen punktuell bestimmte Unternehmen besser und wirken auf

[1147] Vgl. auch *Malek,* Daseinsvorsorge und Beihilfenrecht, 120
[1148] So auch *Gayger,* Infrastrukturförderung, 206.
[1149] *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 407.
[1150] *Maag,* Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 63.

diese Weise diskriminierend gegenüber den von der Begünstigung ausgeschlossenen Unternehmen.[1151]

4. Materiell-rechtliche Zentralnorm ist Art. 107 AEUV mit dem in Abs. 1 geregelten allgemeinen Beihilfeverbot. Aus dem Wortlaut der Vorschrift leiten die Unionsgerichte fünf Tatbestandsmerkmale ab, die zur Prüfung des Vorliegens einer Beihilfe herangezogen werden und die allesamt erfüllt sein müssen.[1152] Danach muss (1.) eine Maßnahme zugunsten eines Unternehmens im Sinne des Wettbewerbsrechts vorliegen. (2.) Die Maßnahme muss das Unternehmen begünstigen („Begünstigung"), (3.) aus staatlichen Mitteln finanziert sowie (4.) selektiv sein, d. h. bestimmte Unternehmen bevorteilen. (5.) muss die Maßnahme den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen.

5. Das KmhW findet in den europäischen Verträgen keine Erwähnung. Es beruht also auf keiner speziellen normativen Grundlage. Das Kriterium ist das Ergebnis der Auslegung des Begünstigungsmerkmals in Art. 107 Abs. 1 AEUV.[1153] Als Begünstigung gilt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte[1154], also jede aus staatlichen Mitteln bewirkte Leistung ohne angemessene marktübliche Gegenleistung.[1155] Unter Verweis auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte definiert die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff das KmhW folgendermaßen:

> „Um zu ermitteln, ob eine Investition einer öffentlichen Stelle eine staatliche Beihilfe darstellt, ist zu prüfen, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können".[1156] Geprüft werden soll, „ob der Staat einem Unternehmen einen

---

[1151] EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15P (Club Hotel Loutraki u. a.), Rn. 74; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 90.

[1152] EuGH, 30.3.2006, Rs. C-451/03 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl), Rn. 55; EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Rn. 75; EuGH, 13.3.2001, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra).

[1153] *Karim*, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?, 5.

[1154] EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 44; EuGH, 27.6.2017, Rs. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rn. 65 ff.; EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 70.

[1155] EuGH, 25.6.1970, Rs. 47/69 (Frankreich/Kommission), Rn. 16/17.

[1156] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 74.

> Vorteil gewährt hat, indem er sich in Bezug auf eine bestimmte Transaktion nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten hat.“.[1157]

6. Das KmhW dient nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[1158] zur Abgrenzung zwischen tatbestandlicher Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV und marktkonformem, beihilfefreiem Verhalten des Staates. Maßgeblich ist, ob der Mitgliedstaat sich verhält wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in vergleichbarer Lage. Zu berücksichtigen sind deshalb nur Vorteile und Verpflichtungen, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen.[1159] Vorteile oder Verpflichtungen, die aus der Eigenschaft oder dem Handeln des Staates als Träger öffentlicher Gewalt, wie im Bereich der sozialen oder regionalen Entwicklung, herrühren, z. B. soziale Folgekosten einer Unternehmensinsolvenz, sind dagegen – unabhängig von der politischen Notwendigkeit – bei dieser Bewertung unbeachtlich.[1160]

7. Das in der Beihilfeprüfung angewandte Kriterium muss sich am Europaverfassungsrecht messen lassen. Für die Frage, inwieweit es der Beihilfeprüfung vorgegeben oder immanent ist, ökonomische Maßstäbe anzuwenden und das Handeln marktwirtschaftlicher Wirtschaftsteilnehmer zum Referenzpunkt zu nehmen, sind der Beihilfetatbestand und der wirtschaftsordnungsrechtliche Normenbestand der Verträge ausschlaggebend. Aus diesen folgt, dass staatliche Maßnahmen auf Beihilfen anhand ökonomischer Maßstäbe marktorientiert zu prüfen sind.

   Als Teil des Wettbewerbsrechts liegt das Beihilferecht mit Merkmalen wie *Binnenmarkt*, *Handel* und *Wettbewerb* unmittelbar an der Schnittstelle von Ökonomie und Recht. Sinn und Zweck der Beihilfevorschriften ist es, den gesamtwirtschaftlichen Nutzen zu befördern,[1161] indem staatlich motivierte Ressourcenfehlallokation und ökonomische Ineffizienzen durch diskriminierende finanzielle Vorteile an wenige Unternehmen, die

---

[1157] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 76.

[1158] EuGH, 16.5.2002, Rs. C-482/99 (Stardust Marine), Rn. 70 mit Verweis auf EuGH, 3.10.1991, Rs. C-261/89 (Aluminia u. Comsal), Rn. 8; EuGH, 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92 (Hytasa), Rn. 21; EuGH, 14.9.1994, Rs. C-42/93 (Merco), Rn. 13.

[1159] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.

[1160] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.

[1161] *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 407.

andere – etwa Konkurrenzunternehmen – finanzieren,[1162] verhindert werden. Angesichts dessen zwingt das Beihilferecht zu einer Beurteilung anhand ökonomischer Maßstäbe.

Das Merkmal der Begünstigung ist ein relatives Merkmal, das einen Bezugs- und Referenzpunkt erfordert, den der Verbotstatbestand selbst nicht vorgibt. Die Verträge spiegeln indes marktwirtschaftliche Ordnungsvorstellungen,[1163] sodass der Bezug des KmhW auf das Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer gerechtfertigt ist. Die Verträge stellen den Binnenmarkt[1164] in das Zentrum des legislatorischen Bemühens und verpflichten die Politiken von Union und Mitgliedstaaten normativ mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV sowie Art. 119 Abs. 1 AEUV auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.[1165] Um das Neutralitätsgebot und den Grundsatz der Gleichbehandlung der öffentlichen und privaten Unternehmen aus Art. 345 AEUV und die daraus resultierende Chancengleichheit[1166] zu gewährleisten, ist das finanzielle Gebaren der Mitgliedstaaten zugunsten von Unternehmen auf das Marktverhalten der Binnenmarktakteure zu referenzieren. Deren Verhalten ist in dem von den Verträgen geschaffenen Rechtsrahmen der Normal- und Idealfall. Davon abweichendes staatliches Verhalten erscheint systemfremd und ist bei Erfüllung der weiteren Tatbestandsmerkmale als Beihilfegewährung einzustufen.[1167] Das Kriterium bringt somit keine Präferenz der Verträge und des Beihilferechts für private Investitionen zum Ausdruck.[1168]

8. Die Anwendung des KmhW knüpft an mehrere Voraussetzungen. Es setzt voraus, dass der Staat in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsbeteiligter eine marktbezogene Maßnahme vornimmt. Es ist zum Nachweis der Beihilfefreiheit einer Maßnahme ungeeignet und folglich nicht anzuwenden, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger auftritt und z. B. den Markt ordnet oder reguliert.[1169] Nach ständiger Rechtsprechung sind der Prüfung am Maßstab des KmhW ferner normale Marktbedingungen zugrunde zu legen. Damit sind diejenigen Bedingungen gemeint, die die Wirtschaft regeln und die gelten,

---

[1162] *Walther*, in: Rill, Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 339, 340.
[1163] *Caspari*, in: FS von der Groeben, 69, 91.
[1164] *Wollenschläger*, in: Reiner Schmidt/Wollenschläger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 7.
[1165] Zur Neutralität der Union gegenüber den Eigentumsordnungen siehe Kapitel 2, B.II.
[1166] *Martin-Ehlers*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 85; *Donat/Kruppe*, EWS 28. (2017), 126, 127.
[1167] *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 85.
[1168] *Donat/Kruppe*, EWS 28. (2017), 126, 127.
[1169] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77 f. mit Verweis auf EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 79-81; EuGH, 10.7.1986, Rs. 234/84 (Meura), Rn. 14; EuGH, 10.7.1986, Rs. 40/85 (Boch), Rn. 13; u. a.

wenn der Staat nicht zugunsten bestimmter Unternehmen eingreift.[1170] Da es für die tatbestandliche Begünstigung auf die Wirkung der staatlichen Maßnahme und ihre Marktüblichkeit ankommt,[1171] können nur Gegenleistungen des Empfängers Berücksichtigung finden, denen der Markt Beachtung schenkt, indem er ihnen einen Marktwert zuschreibt. Gegenleistungen, für die kein Markt existiert oder die nicht am Markt gehandelt werden, sind daher nicht geeignet, einer staatlichen Leistung eine begünstigende Wirkung zu geben oder ihr eine vorhandene begünstigende Wirkung zu nehmen. Verhaltensverpflichtungen von Unternehmen, die sozial-, gesellschafts- oder wirtschaftspolitisch relevant oder wünschenswert sind, wie die Erhaltung von Arbeitsplätzen, sind als Gegenleistung im Rahmen des KmhW unerheblich. Zu diesen Bedingungen bzw. zu dieser (privaten) Gegenleistung ist am Markt kein Kapital zu erlangen.[1172] Die Anwendung des KmhW ist zudem ausgeschlossen, wenn es sich um Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten außerhalb der durch die Umstrukturierungs- und Rettungsleitlinien[1173] gezogenen Kulisse handelt. Diese sind per se nicht marktkonform und damit Beihilfen,[1174] denn marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte würden Unternehmen in dieser Situation ebenfalls kein Kapital mehr bereitstellen.

9. Das KmhW beschreibt ein bewegliches Fremdvergleichskonzept. Der Vergleich gliedert sich im Wesentlichen in drei Schritte: Im ersten Schritt ist zu ermitteln, welche Rendite die beabsichtigte Investition oder Maßnahme erzielen würde. Für die Ermittlung der jährlichen Kapitalrendite einer Investition empfiehlt die Kommission die Berechnung des internen Zinsfußes oder des Investitionsbarwertes anhand der Kapitalwertmethode.[1175] In Abhängigkeit von Art und Ziel der staatlichen Maßnahme ist zudem zu untersuchen, wie die Rendite ohne die staatliche Maßnahme wäre.

[1170] EuGH, 21.12.2016, Rs. C-131/15 P (Club Hotel Loutraki AE), Rn. 72; EuGH, 5.2.2015, Rs. C-296/14 P (Griechenland/Kommission), Rn. 34; EuGH, 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI), Rn. 60.

[1171] EuGH, 2.7.1974, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Rn. 26/28; EuGH, 24.2.1987, Rs. 310/85 (Deufil), Rn. 8; *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, EuR, Art. 107, Rn. 10.

[1172] *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 418; *Appelt,* Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen, 160 f.; Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.

[1173] Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01), ABl. C vom 31.7.2014; vgl. zur Vorgängerregelung *Kilb*, EWS 2004, 55

[1174] Zu Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, *Soltész/Marquier*, EWS 2005, 241 *Ehricke*, in: Koenig/Ehricke, EG-Beihilfenrecht, 176; *Herrmann-Strobelt,* Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten.

[1175] Die Kommission verwendet für die Interne Zinsfußmethode die englische Bezeichnung Internal Rate of Return, Abk. IRR, sowie für die Berechnung des Kapitalwertes die engl. Bezeichnung Net Present Value, Abk. NPV, vgl. Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102; siehe zu den Methoden Kapitel 3, B.I.2.b).

Im zweiten Schritt ist die sog. Vergleichs- oder Mindestrendite zu ermitteln und festzulegen.[1176] Die Kommission spricht in diesem Zusammenhang von der normalen, d. h. durchschnittlich von dem Markt geforderten Rendite.[1177] Da die Prüfung anhand des KmhW nicht zum Ziel hat festzustellen, ob die staatliche Maßnahme überhaupt rentabel ist, was schon nach dem ersten Schritt festgestellt werden kann, sondern, ob die erwartete Rendite für einen marktwirtschaftlich akzeptabel wäre, braucht es einen entsprechenden Fremdvergleichsmaßstab. Die Vergleichs-/Mindestrendite entspricht dem Ertrag, den ein privater Kapitalgeber für den Einsatz seines Kapitals von einer vergleichbaren Investition bzw. Maßnahme mindestens erwarten würde. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kapitalgeber sein Kapital anderweitig einsetzen könnte, jedoch mit jeder Investitionsentscheidung zugleich die Ablehnung alternativer Investitionen verbunden ist, weshalb er angesichts knapper Ressourcen bestrebt ist, sein Kapital zu einer zumindest marktüblichen Rendite anzulegen.

In einem dritten Schritt erfolgt sodann der Vergleich: Die erwarteten Renditen sind mit der ermittelten Mindestrendite zu vergleichen. Stellt sich heraus, dass die erwartete Rendite gleich hoch oder höher als die Mindestrendite ist, ist davon auszugehen, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation des Staates investieren würde. Weil nach diesem Maßstab das betreffende Unternehmen oder der Vorhabenträger ebenso in der Lage wäre, sich über den privaten Kapitalmarkt zu finanzieren, ist eine Begünstigung ausgeschlossen. Der Staat verhält sich in dieser Situation wie jeder andere Marktteilnehmer. In Anbetracht des Ziels von Art. 107 Abs. 1 AEUV, einen unverfälschten Wettbewerb – auch zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen – zu gewährleisten, kann der Begriff *Beihilfe* keine Maßnahme aus Staatsmitteln zugunsten eines Unternehmens umfassen, wenn das betreffende Unternehmen denselben Vorteil unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können.[1178] Wenn die Mindestrendite nicht erwartet werden kann, würde die Investition höchstwahrscheinlich zu Marktbedingungen nicht getätigt werden.[1179] Führt der Staat die Maßnahme in dieser Situation dennoch durch, ist davon auszugehen, dass das Empfängerunternehmen durch sie begünstigt wird.

[1176] Siehe zum Benchmarking, Kapitel 3, B.I.2.a).

[1177] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

[1178] EuGH, 6.3.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 45 ff.; EuGH, 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (EDF), Rn. 78; EuGH, 20.9.2017, Rs. C-300/16 P (Frucona Košice), Rn. 21 und 22.

[1179] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

10. Das KmhW ist ein Oberbegriff, unter dem verschiedene, nicht abschließend zu bestimmende Abwandlungen zusammengefasst werden. Sie sind auf besondere Konstellationen und die damit verbundenen Rollen des Staates, etwa als Veräußerer, Darlehens- oder Garantiegeber sowie Gläubiger, zugeschnitten und beruhen allesamt auf dem Fremdvergleich staatlichen Handelns mit marktwirtschaftlich agierenden Wirtschaftsbeteiligten in der betreffenden Konstellation.

11. Mit der dem KmhW immanenten Ausrichtung auf marktwirtschaftliche Gesichtspunkte erfolgt eine Rationalitätsprüfung allein anhand ökonomischer Kriterien, die andere Erwägungen, wie rechtsnormative oder soziale Belange, ausschließt. Die vollständige ökonomische Betrachtung führt insgesamt zur Rationalisierung und Prozeduralisierung der beihilferechtlichen Begünstigungsprüfung.[1180] Auf der Grundlage des Beurteilungsspielraumes der Kommission werden zur Durchführung des KmhW verschiedene wirtschaftswissenschaftliche Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren herangezogen, wie etwa die Interne Zinsfußmethode (Internal Rate of Return – IRR), die Kapitalwertmethode (Net Present Value – NPV) oder das Kapitalmarktmodell (Capital Asset Pricing Model – CAPM). In der Anwendung der Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren verfolgt die Kommission eine praktische Linie. Sie wendet jeweils die aus ihrer Sicht am besten zur Beurteilung des Sachverhaltes geeignete Methode an. Das wirft indes die Frage nach der Vorhersehbarkeit und Kohärenz der im Einzelfall von ihr angewendeten Methoden sowie infolgedessen der von ihr getroffenen Entscheidungen auf. Eine präzisere Kodifizierung und Selbstbindung würde die Vorhersehbarkeit stärken, damit allerdings einzelfallgerechten Entscheidungen auf der Grundlage von Gesamtbetrachtungen den Weg versperren.[1181]

12. Die bei der Anwendung des KmhW zugrunde gelegten Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren sind wissenschaftlich fundiert und haben sich in der Praxis bewährt. Das KmhW fußt damit auf den Theorien, Modellen und Prämissen der Wirtschaftswissenschaften vom Nutzenkalkül und Gewinnstreben sowie von der Rentabilität

---

[1180] So auch *Hirschberger,* Prozeduralisierung, 226.

[1181] So schon 1995 *Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht, 27.

von Investitionen auch unter Berücksichtigung von Unsicherheiten und Risiken. Ausgangspunkt aller Bewertungsmethoden ist das Paradigma vom „Homo oeconomicus“[1182], einem zweckrationalen Nutzen- und Gewinnmaximierer, der eingesetzte Mittel mit dem Ergebnis ins Verhältnis setzt. Die Rentabilität einer Investition bestimmt deshalb die ökonomische Vernunft. Eine Investition ist umso vernünftiger, desto rentabler sie ist, d. h. desto mehr sie Gewinn, Jahresüberschuss oder Cashflow erzielt. Risiken werden mit Renditeaufschlägen berücksichtigt, sodass die marktübliche Mindestrendite mit zunehmendem Investitionsrisiko steigt.[1183]

13. Die Reichweite des Beihilfetatbestandes und das KmhW stehen in enger wechselseitiger Abhängigkeit. Die angesetzten Parameter, getroffenen Annahmen und angewandten Bewertungsmethoden beeinflussen mittelbar definitorisch den sachlichen Anwendungsbereich des Beihilfetatbestandes. Die Kommission verfügt damit in der Gesamtschau über eine ausgesprochen starke Deutungshoheit über den Beihilfebegriff, die nur durch die Kontrolle der Unionsgerichte begrenzt wird. Die richtige Anwendung des KmhW wird auch deshalb als eine der komplexesten und umstrittensten beihilferechtlichen Problemkreise angesehen.[1184] Darüber hinaus berücksichtigen die Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren nicht sämtliche Details der Lebenswirklichkeit einer zu beurteilenden Maßnahme und erfordern vielfach zukunftsgerichtete Annahmen (Prognosen). Die Genauigkeit von Ergebnissen hängt infolgedessen von der Qualität vorhandener Daten ab. Die im Einzelfall anzuwendenden Bewertungsmethoden und Investitionsrechenverfahren sowie zugrunde zu legenden Parameter und Annahmen hängen wiederum von der zu beurteilenden Maßnahme ab und sind auf diese abzustimmen.[1185] Sie sind einer abstrakten und abschließenden Bestimmung nicht zugänglich. Die Ermittlung einzelner Parameter und die Festlegung von Annahmen sind umso schwieriger, je komplexer oder atypischer die zu beurteilende Maßnahme ist. Die in der Bewertung angesetzten Parameter und getroffenen Annahmen sind kritisch zu hinterfragen. Ergebnisse und Prognosen

---

[1182] Dem „Homo oeconomicus“ liegt das modellhafte Bild eines Menschen zugrunde, der ausschließlich unter wirtschaftlichen Aspekten handelt und vollständig und widerspruchsfrei, also rational, sein Eigeninteresse im Sinne des Strebens nach größtmöglichem Nutzen, in Kenntnis aller Entscheidungsalternativen (vollständige Markttransparenz, vollständige Information) und deren Konsequenzen (vollständige Voraussicht) verfolgt, vgl. Brockhaus Enzyklopädie online, Stichwort: Homo oeconomicus, URL: https://brockhaus-1de-100883d290407.erf.sbb.spk-berlin.de/ecs/permalink/8BC8B2560D87AA41B91E722E81913DC7.pdf (Abruf 21.3.2021); ferner *Rodi,* Ökonomische Analyse, 50.

[1183] EuG, 9.7.2008, Rs. T-301/01(Alitalia II), Rn. 263 f.; *Jennert/Huhn/Salcher*, BZR 2014, 63, 65.

[1184] *Köckritz,* Zusagen im Beihilferecht, 38.

[1185] *Khan/Borchardt*, in: Gadea, EC state aid law, 109, 112.

einer Bewertungsmethode sind mit alternativen Bewertungsmethoden zu validieren. Mögliche Unschärfen sind dadurch reduziert. Insgesamt steigt in der Regel die Genauigkeit von Prognosen und Ergebnissen mit der Nähe zum Prognosezeitraum.

14. Die Ausrichtung auf marktwirtschaftliche Gesichtspunkte und ausschließlich ökonomischer Kriterien birgt die Gefahr, dass die Kommission die Rationalität und Sorgfalt wirtschaftlicher Entscheidungen in der Privatwirtschaft überschätzt. Beruht eine fehlgeschlagene Investition in der privaten Wirtschaft auf einem schlichten Irrtum oder einer Fehleinschätzung, der bzw. die von weiteren Konsequenzen bisweilen verschont bleibt, können ungeachtet der anzulegenden Ex-ante-Perspektive bei der Anwendung des KmhW Irrtümer der öffentlichen Hand in diesem Bereich beihilferechtliche Rückforderungsrisiken begründen.[1186] Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes kann diesen durch einen Sicherheitsabschlag auf die zu fordernde Mindestrendite begegnet werden.[1187]

15. Einer ausschließlich ökonomischen Prüfung des Merkmals Begünstigung sind Grenzen gesetzt. Die Verträge regeln zum einen nicht abschließend, was unter dem Merkmal zu verstehen ist. Die Prüfung ist deshalb am Schutzzweck des Beihilferechts auszurichten und muss damit weiteren außerökonomischen Maßstäben grundsätzlich offenstehen. Als Referenzpunkt gibt dabei das Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer den Ausschlag. Zum anderen ergeben sich Grenzen, die dem ökonomischen Ansatz innewohnen. So würde die umfassende Analyse und Durchdringung sämtlicher Wirkungen an der Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge und am Mangel an relevanten Daten und den Grenzen ihrer Quantifizierung scheitern.[1188]

16. Trotz der weitgehenden Akzeptanz das KmhW nicht ohne Kritik.[1189] Die Kritik betrifft überwiegend die fallbezogene Anwendung des Kriteriums durch die Kommission. Sofern das KmhW grundsätzlich in Frage gestellt wird, betreffen die Kritikpunkte im Wesentlichen die fehlende Berücksichtigung von Unterschieden in den Zielen und Aufgaben privater und staatlicher Investoren, das Fehlen eines idealtypischen Investors in der Praxis,

---

[1186] *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 252

[1187] In diese Richtung *Martin-Ehlers*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 85.

[1188] So auch *Behrens*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 194 im Hinblick auf den refined economic approach im EU-Beihilferecht.

[1189] *Hasselmann,* Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff, 104 ff.

die angenommene Ungleichbehandlung von Staat und Privaten sowie die fehlende Eignung des KmhW zur Prüfung außergewöhnlicher Investitionsvorhaben.

Die Einwände übersehen, dass das KmhW die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, Beihilfen zu gewähren. Es sichert allein die mit den Art. 107 ff. AEUV und Art. 345 AEUV von den Verträgen geforderte Unterscheidung und Einordnung staatlichen Handelns als Beihilfe oder marktkonforme Maßnahme. Zum anderen fordert das KmhW gerade nicht den Vergleich des staatlichen Handelns mit einem idealen, sondern mit einem typischen, d. h. unter normalen Marktbedingungen handelnden privaten Wirtschaftsbeteiligten von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage.[1190] Darüber hinaus ist die Heranziehung idealisierter Maßstäbe zur rechtlichen Erfassung und Bewertung bestimmter Verhaltensweisen auch in anderen Bereichen der Rechtsordnungen nicht ungewöhnlich, wie etwa der Sorgfaltsmaßstab vom ordentlichen Kaufmann[1191] zeigt.

Die angenommene Ungleichbehandlung zwischen Privaten und Staaten, etwa in Bezug auf erhöhte Prüf- und Transparenzpflichten, rechtfertigt sich u. a. in den unterschiedlichen Ausgangslagen. In Bezug auf Investitionsentscheidungen müssen die Staaten indes materiell keinem strengeren Verhaltensmaßstab genügen als Private.

Im Hinblick auf die Prüfung außergewöhnlicher Investitionsvorhaben ist festzustellen, dass die Anwendbarkeit des KmhW außerhalb normaler Marktbedingungen ausgeschlossen ist. Die Kritik übersieht vor allem, dass anhand des Kriteriums Investitionen auf ihre Marküblichkeit überprüft werden. Wenn diese gegeben ist, sind die Investitionen als beihilfefrei anzusehen. Liegen indessen außergewöhnliche Marktbedingungen vor und sollen deshalb staatliche Investitionen getätigt werden, steht die Gewährung von Beihilfen im Vordergrund. Gestützt auf Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV dürfen diese ggf. auch zur Wiederherstellung normaler Marktbedingungen eingesetzt werden.

17. Das KmhW ist weder primärrechtlich[1192] noch sekundärrechtlich vorgegeben. Das Kriterium findet jedoch in zahlreichen Handlungen der Kommission mit rechtsaktähnlichem Charakter, wie Mitteilungen, Leitlinien und sonstigen Kommissionsdokumenten, Bekanntmachungen, Leitfäden und Standpunkten, Erwähnung. Die fehlende rechtliche Verbindlichkeit dieser Dokumente einerseits sowie die ihnen andererseits zukommende

---

[1190] Beihilfebegriff-Bek., Rn. 74.

[1191] Vgl. § 347 Abs. 1 HGB: *Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.*; vgl. für Österreich vgl. § 347 UGB; *Spannowsky*, ZHR 1996, 560, 578

[1192] *Karim*, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?, 6.

Informations-, Aufklärungs- und Rechtssicherheitsfunktion rechtfertigen es, sie als *Soft Law* zu qualifizieren. Für die Mitgliedstaaten folgt aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV zudem eine allgemeine Berücksichtigungspflicht.

Das KmhW ist nicht das Ergebnis systematischer Entwicklung der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften. Es ist das Ergebnis der Kommissionspraxis aus der Prüfung der ihr vorgelegten Fälle. Zur Beurteilung griff die Kommission auf bekannte ökonomische Bewertungsmethoden und etablierte Investitionsrechenverfahren zurück. Die konkreten Ursprünge des Kriteriums lassen sich gleichwohl nicht klar ausmachen,[1193] allerdings eingrenzen. Ursprünglich in Einzelfällen herangezogen und zunächst angedeutet in zwei Rechtsakten über Beihilfen zugunsten des Schiffs- und Stahlbaus aus 1981, entwickelte die Kommission das Prinzip stetig in ihrer Entscheidungspraxis weiter. Anlass gaben zumeist praktische Probleme der Kommission bei der Bewältigung der ihr mit den Verträgen zugewiesenen Beihilfeaufsicht, die eine Klarstellung ihres Standpunktes[1194] zu den vertraglichen Pflichten der Mitgliedstaaten oder aber eine Erläuterung ihrer Vorgehensweise bei der Bewertung beihilferelevanter Sachverhalte erforderten. Hervorzuheben sind die Mitteilung der Kommission zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen (Bulletin EG 9-1984), in der sie den Fremdvergleichsmaßstab erstmals konkretisierte, weiterhin die Mitteilung über Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C 307/03), in der sie den Maßstab und den Anwendungsbereich darlegte, sowie die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff aus 2016, die die bis dahin relevante Rechtsprechung der Unionsgerichte zusammenfasst und das Kriterium etablierte.

18. Die Frage, ob eine Beihilfe vorliegt, ist vollständig justiziabel. Der Kommission kommt bei der Beurteilung grundsätzlich kein Ermessen zu. Die Anwendung des KmhW umfasst wegen der zugrunde zu legenden wirtschaftlichen und buchhalterischen Begriffe, der Art der zu untersuchenden Kosten und der einzelnen Schritte der durchgeführten finanziellen Berechnungen im Allgemeinen[1195] komplexe technische und wirtschaftliche Beurteilungen und Bewertungen.[1196] Die Unionsgerichte billigen der Kommission bei der

---

[1193] *Anestis/Mavroghenis*, in: Rydelski, EC State Aid Regime, 110.

[1194] *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129.

[1195] EuGH, 29.2.1996, Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Rn. 10 und 11; EuGH, 8.5.3003, verb. Rs. C-328/99 u. C-399/00 (SIM 2 Multimedia), Rn. 38 und 39.

[1196] EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 64 f.; EuGH, 1.7.2008, Rs. verb. Rs. C-341/06 P u. C-342/06 P (Chronopost und La Post), Rn. 108; EuG, 11.7.2002, Rs. T-152/99 (HAMSA), Rn. 127.

Anwendung des KmhW einen sehr weit gefassten, gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum zu.[1197] Die gerichtliche Überprüfung der Anwendung des KmhW durch die Kommission beschränkt sich auf vier Aspekte: (1.) die Einhaltung der Verfahrens- und Begründungsvorschriften durch die Kommission, (2.) die vollständige und zutreffende Sachverhaltsfeststellung, (3.) die Überprüfung auf offensichtliche Fehler in der Würdigung und (4.) einen eventuellen Ermessensmissbrauch.[1198] Davon umfasst ist, wie die Kommission wirtschaftliche Daten ausgelegt hat, die sachliche Richtigkeit, die Zuverlässigkeit und die Kohärenz der angeführten Beweise sowie die Prüfung, ob die Beweise alle relevanten Daten abbilden, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.

19. Fragen zum Anwendungsbereich und zur Anwendung des KmhW durch die Kommission sind wiederkehrend Anlass für Verfahren vor den Unionsgerichten. Regelmäßig geht es um den Anwendungsbereich des KmhW, insbesondere dessen Anwendbarkeit auf bestimmte staatliche Maßnahmen und die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Umstritten sind zudem der im Einzelfall zugrunde zu legende Investorenmaßstab und die Reichweite des Beurteilungsspielraums bei der Anwendung des KmhW durch die Mitgliedstaaten und Kommission. Diskutiert wird ferner, ob Altbeihilfen und der sog. Eigentümereffekt in der Prüfung zu berücksichtigen sind sowie die Anwendung des KmhW bei der Finanzierung von Infrastrukturen, wie Häfen und Flughäfen, und die Privatisierung öffentlichen Eigentums.

20. Der der Kommission von den Unionsgerichten bei der Prüfung staatlicher Maßnahmen zugebilligte weite Beurteilungsspielraum bei der Anwendung des KmhW steht bei der Entscheidung dieser Fälle im Spannungsverhältnis zum Prinzip der vollständigen Kontrolle der Anwendung des Beihilfebegriffs und begründet eine Gefahr für den effektiven Rechtsschutz der Mitgliedstaaten gegen Kommissionsentscheidungen, die auf das KmhW gestützt sind.

[1197] EuGH, 30.11.2016, Rs. C-486/15 P (Orange), Rn. 87; EuGH, 21.6.2012, Rs. C-452/10 P (BNP Paribas), Rn. 103 f.; EuGH, 2.9.2010, Rs. C-290/07 P (Scott), Rn. 68; EuG, 24.9.2008, Rs. T-20/03 (KAHLA/Thüringen Porzellan GmbH), Rn. 239 f.; EuG, 8. 7.2004, Rs. T-198/01 (Technische Glaswerke Ilmenau), Rn. 97; EuG, 11.7.2002, Rs. T-152/99 (HAMSA), Rn. 127; EuGH, 29.2.1996, Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Rn. 11; EuGH, 29.10.1980, Rs. 138/79 (Roquette/Rat), Rn. 25.

[1198] EuGH, 29.10.1980, Rs. 138/79 (Roquette/Rat), Rn. 25; EuGH, 17.11.1987, verb. Rs. 142/84 und 156/84 (BAT u. a./Kommission), Rn. 62; EuGH, 10.3.1992, Rs. C-174/87 (Ricoh/Rat), Rn. 68; EuGH, 15.6.1993, Rs. C-225/91 (Matra/Kommission), Rn. 25; EuGH, 6.1.2009, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P u. C-519/06 P, (GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission), Rn. 163.

Literaturverzeichnis

Adam, Heike, Die Mitteilungen der Kommission: Verwaltungsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts?, Eine Untersuchung zur rechtsdogmatischen Einordnung eines Instruments der Kommission zur Steuerung der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1999 (Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 1998).

Aicher, Josef, Staatliche Beihilfen nach dem Recht der EWG und die österreichische Subventionspraxis, in: *Korinek, Karl* (Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, Wien 1990, S. 351–385.

Anestis, Paris/Mavroghenis, Stephen, The Market Investor Test, in: *Rydelski, Michael Sánchez* (Hrsg.), The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition Trade, 2006.

Appelt, Clea, Das Beihilfenverbot für öffentliche Unternehmen nach Art. 92 EG-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung des Einsatzes staatlicher Kapitalbeteiligungen für wirtschaftspolitische Zwecke, Hamburg 1995 (Zugl.: Hamburg, Univ., FB Rechtswiss., Diss., 1995).

Arndt, Hans-Wolfgang/Fetzer, Thomas, VI. Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *Steiner, Udo/Arndt, Hans-Wolfgang* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg 2006.

Asendorf, Joachim, Die Anwendung der Beihilfevorschriften des EU-Vertrages auf öffentliche Unternehmen: der private reasonable investor‘s test (PRIT), Univ., Diss., 1999, Göttingen 1999 (zitiert: *Asendorf*, Der private reasonable investor‘s test).

Atanasiu, Isabela, Chronopost II: The Application of the Market Economy investor Principle in Reserved Sectors, EStAL 2008, 571–574.

Bach, Albrecht, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht, Univ., Diss.—Tübingen, 1991, Tübingen 1992 (zitiert: *Bach*, Wettbewerbsrechtliche Schranken).

Bacon, Kelyn, The concept of state aid: the developing jurisprudence in the European and UK courts, ECLR 24 (2003), 54–61.

Badura, Peter, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit besonderer Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen, ZHR 1982, 448–465.

Badura, Peter/Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Heidelberg, Hamburg 2014 (zitiert: Isensee/P. Kirchhof, HbStR).

Baeten, Niels/Gam, Liliane, Tax Measures and the Private Investor Test: The Court of Justice Endorses a Level Playing Field – Annotation on the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 5 June 2012 in Case C-124/10 P – Commission v EDF, EStAL 2013, 546–550.

Bartosch, Andreas (Hrsg.), EU-Beihilfenrecht, Art. 106 - 109 AEUV, De-minimis-Verordnung, DAWI-Paket, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung sowie Verfahrensverordnung; Kommentar, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: Bartosch, EU-BeihR,).

Bartosch, Andreas, Das Risikopotenzial der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Bürgschaften für den Kreditgeber, EuZW 2001, 650.

Bartosch, Andreas, Der „More Economic Approach" in der Entscheidungspraxis der Europischen Kommission in Beihilfesachen, RIW 53 (2007), 681–690.

Bartosch, Andreas, Case Note on EDF v Commission, EStAL 2010, 679–682.

Bartosch, Andreas, The EdF Ruling – an electrifying Enlightening, EStAL 2010, 267–268.

Bartosch, Andreas, Beihilfenfreiheit der Verfolgung wettbewerbsneutraler Ziele, EuZW 23 (2012), 81–82.

Bartosch, Andreas, Staatliche Konzessionen als Beihilfen – Ein Instrument im Stimmbruch, EuZW 2018, 261–266.

Bauer, Kilian, Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, EuZW 2001, 748–756.

Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann ua (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden, Wien, Basel 2019 (zitiert: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, EuR).

Behlau, Volker, Das materielle Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV, in: *Behlau, Volker/Lutz, Jana/Schütt, Manuel* (Hrsg.), Klimaschutz durch Beihilfen. Eine Analyse des beihilferechtlichen Rahmens für energie- und umweltpolitische Maßnahmen, Baden-Baden 2012.

Behrens, Peter, Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 193–194.

Behringer, Stefan, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, hrsg. v. Ettinger, Jochen/Jaques, Henning, 2. Aufl., München 2017.

Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel ua (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 12. Aufl., Baden-Baden 2016.

Bieg, Hartmut/Kussmaul, Heinz, Investition, 2. Aufl., München 2011 (zitiert: *Bieg/Kussmaul*, Investition).

Birk, Axel, Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht, Univ., Diss.—Konstanz, 1999, Bd. 237, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Birk*, Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs).

Birnstiel, Alexander/Bungenberg, Marc/Heinrich, Helge ua (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden 2013 (zitiert: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR).

Blanke, Hermann-Josef/Thumfart, Alexander, Generalbericht, in: *Blanke, Hermann-Josef/Backhaus, Jürgen* (Hrsg.), Dimensionen des Wettbewerbs. Europäische Integration zwischen Eigendynamik und politischer Gestaltung, Tübingen 2010, S. 1–48.

Bleckmann, Albert, Subventionsrecht, Stuttgart 1978 (zitiert: *Bleckmann*, Subventionsrecht).

Bogdandy, Armin von/*Bast, Jürgen*, Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Dordrecht 2009 (zitiert: *Bogdandy/Bast*, Bogdandy et al. 2009).

Bonhage, Jan D./Dieterich Peter, Berücksichtigung von Alt-Beihilfen im Market Economy Operator Principle?, EuZW 2017, 749–755.

Bonin, Andreas von, Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, 247–252.

Bonkamp, Josef, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbotes für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 2001 (zitiert: *Bonkamp*, Beteiligung der öffentlichen Hand).

Börner, Bodo, in: *Danwitz, Thomas von* (Hrsg.), Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht. Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 16. November 1999, Stuttgart 2000.

Börner, Bodo/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus, Einigkeit und Recht und Freiheit, FS K. Carstens„ Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984; Band 1. Europarecht. Völkerrecht; Band 2. Staatsrecht, Köln 1984 (zitiert: *Börner/Jahrreiß/Stern*, FS Karl Carstens).

Braun Binder, Nadja, Rechtsangleichung in der EU im Bereich der direkten Steuern, Analyse der Handlungsformen unter besonderer Berücksichtigung des Soft Law, Tübingen 2017 (zitiert: *Braun Binder*, Rechtsangleichung).

Britz, Gabriele, Finanzielle Direkthilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Eine Kritik der konzeptionellen Grundlagen der neueren Beihilfenrechtsdogmatik, ZHR 2005, 370–403.

Brohm, Markus U., Die „Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, Typologie, Rechtsnatur und Bindungswirkung für die Behörden der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Brohm*, Mitteilungen der Kommission).

Brüning, Christoph, § 5, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbs- und Vergaberecht, in: *Schulte, Martin/Kloos, Joachim/Apel, David* (Hrsg.), Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht. Grundlagen, Beihilfen, öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Regulierungsrecht, 2016.

Bührle, Folko, Gründe und Grenzen des „EG-Beihilfenverbots", Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag : eine europäische Norm im Spannungsfeld von ökonomischer Rationalität und staatlichem Gestaltungsanspruch, Univ., Diss.—Erlangen-Nürnberg, 2005, Bd. 10, Tübingen 2006 (zitiert: *Bührle*, Gründe und Grenzen des „EG-Beihilfenverbots").

Büll, Christopher F., Der Kaufpreis beim Unternehmenskauf (Asset Deal) als Korrektiv bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, Univ., Diss.—Trier, 2007, Berlin 2008 (zitiert: *Büll*, Unternehmenskauf).

Bultmann, Peter Friedrich, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung - ein Leistungsvergleich, Humboldt-Univ., Habil.-Schr., Bd. 109, Tübingen 2004 (zitiert: *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht).

Burghardt, Günter, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag – Zur Auslegung von Art. 222 EWGV, Hamburg 1969 (zitiert: *Burghardt*, Eigentumsordnungen).

Buss, Susanne, Das Europäische Beihilfenrecht, Die Finanzmarktkrise und ihre Auswirkungen auf das Europäische Beihilfenrecht, Saarbrücken 2011 (zitiert: *Buss*, Finanzmarktkrise).

Busse von Colbe, Walther/Lassmann, Gert/Witte, Frank, Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg 2015 (zitiert: *Busse von Colbe/Lassmann/Witte*, Investitionstheorie und Investitionsrechnung).

Caspari, Manfred, Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung, in: Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, Baden-Baden 1987, S. 69–91.

Cecco, Francesco de, State aid and the European economic constitution, Bd. 2, Oxford 2013 (zitiert: *Cecco*, State aid and the European economic constitution).

Ciresa, Meinhard, Beihilfenkontrolle und Wettbewerbspolitik in der EG, Univ., Diss.—Innsbruck, 1991, Bd. 147, Köln, Berlin 1993 (zitiert: *Ciresa*, Beihilfenkontrolle).

Claici, Adina/Siotis, Georges/Chatterjee, Obhi ua, The Market Economy Investor Principal: Lessons Learned from the Ciudad De La Luz Case.

Cremer, Wolfram, Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck:?Die Antwort des Grundgesetzes, DÖV 2003, 922–931.

Cremer, Wolfram, Öffentliche Aufträge als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG – insbesondere zur Berücksichtigung vergabefremder Kriterien als Beihilfeelement, in: *Behrens, Peter* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch. Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2004, S. 143–164.

Cyndecka, Małgorzata, The market economy investor test in EU state aid law, Dissertation 2015.

Dahmen, Andreas, Investition, 3. Aufl., München 2012 (zitiert: *Dahmen*, Investition).

Danwitz, Thomas von, Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, in: *Danwitz, Thomas von* (Hrsg.), Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht. Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 16. November 1999, Stuttgart 2000, S. 13–29.

Danwitz, Thomas von, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung, Bitburger Gespräche. Jahrbuch 2002/I; [Kreditinstitute und Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand - öffentlicher Auftrag und Wettbewerb, München 2003, S. 73–90.

Dauses, Manfred A./Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 50. Aufl., München 2020 (zitiert: Dauses/Ludwigs, EU-WirtschaftsR).

Deutscher Juristentag, Abteilung Öffentliches Recht: Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf –, DVBl 2008, 1490.

Dieth, Eric, Recht – als Prostituierte des Marktes oder als Schutz vor Vermarktung?, in: *Tomfigh, Emanuel V./Dieth, Eric* (Hrsg.), Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen; 49. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2009, S. 137–158.

Donat, Christoph von/Kruppe, Carsten, Investitionsentscheidungen der Öffentlichen Hand unter der EU-Beihilfenkontrolle – Der Market Economy Operator Test bei alternativen Projekten, EWS 28. (2017), 126–134.

Dreher, Meinrad, Die staatliche Eigenkapitalzufuhr an Gesellschaften als Beihilfe im Sinne des EG-Vertrags, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 583–606.

Ebner, Martino/Gambaro, Edoardo, The Notion of State Aid and Derogations, in: *Santa Maria, Alberto* (Hrsg.), Competition and state aid. An analysis of the EU practice, Alphen aan den Rijn 2015, S. 21–76.

Egger, Alexander, Kommission: Staatliche Beihilfe C 12/08 (ex NN 74/07) – „Private Investor" – Slowakische Republik – Vereinbarung zwschen dem Flughafen Bratislava und Ryanair, BZR 2010, 108–109.

Ehricke, Ulrich, Staatliche Beihilfen zur Unternehmenssanierung und europäisches Beihilfenrecht, Zu den neuen Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, in: *Koenig, Christian/Ehricke, Ulrich* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 176–217.

Ehricke, Ulrich, Die verfahrensrechtliche Behandlung von Altbeihilfen und Neubeihilfen und deren Abgrenzung im EU-Beihilfenrecht, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 625–648.

Eilmansberger, Thomas, Quersubventionen, marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber und das EG-Wettbewerbsrecht, RIW 2001, 902–911.

Fehling, Michael, Das europäische Beihilfenrecht in der Wirtschaftskrise, EuR 2010, 598–618.

Fikentscher, Wolfgang, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § GWB, WuW 1961, 788.

Fikentscher, Wolfgang, Recht und Wirtschaftliche Freiheit, Bd. II, Transnationales Marktrecht, 1993 (zitiert: *Fikentscher*, Fikentscher, Recht und Wirtschaftliche Freiheit, Bd. II).

Fischer, Jörg, Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, 1185 f, BB 1962, 1185 f.

Förtsch, Beate/Koenig, Christian, Forfaitierungsgeschäfte bei gleichzeitigem Einrede- und Einwendungsverzicht eines öffentlichen Schuldners – ein Beihilfentatbestand!, EWS 2015, 61–66.

Frenz, Walter, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuregelung durch Art. 16 EG, EuR 2000, 901–925.

Frenz, Walter, Beihilfe- und Vergaberecht, Bd. 3, Berlin 2007 (zitiert: *Frenz*, Beihilfe- und VergabeR).

Frenz, Walter, Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien nach dem Vertrag von Lissabon, WRP 2010, 224–232.

Frenz, Walter, Soziale Grundlagen in EUV und AEUV, NZS 2011, 81–86.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, Heidelberg 2015 (zitiert: *Frenz*, HbEuR, Bd. 2).

Friederiszick, Hans W./Röller, Lars-Hendrik/Verouden, Vincent, European State Aid Control: an economic framework, in: *Buccirossi, Paolo* (Hrsg.), Handbook of antitrust economics, Cambridge, Mass. 2008, S. 625–669.

Friederiszick, Hans W./Tröge, Michael, Applying the Market Economy Investor Principle to State Owned Companies — Lessons Learned from the German Landesbanken Cases 2006, 105–109.

Fronczak, Emilia, 50 Jahre gerichtliche Durchsetzung des Beihilfenrechts – Vom Durchführungs zum Prüfungsverbot?, EuR 2014, 576–594.

Fuchs, Claudia, § 15 Öffentliche Vergabe, in: *Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg, Hamburg 2014, 1–118.

Galletti, Gian Marco, How Reasonable May the Private Investor Be Assumed to Be? Corsica Ferries France, Research Portal, King's College, London, CMLR 2015, 1095–1110 (abrufbar unter

https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/how-reasonable-may-the-private-investor-be-assumed-to-be-corsica-ferries-france(c7b0dd2e-b830-459f-bee4-dc5a3422b991).html) (Stand: 15.10.2020).

Gayger, Michael, Infrastrukturförderung zwischen EU-Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik, v.175, Berlin 2016 (zitiert: *Gayger*, Infrastrukturförderung).

Gesterkamp, Stefan/Hellstern, Mara/Koenig, Christian, Wettbewerberschutz gegen Quersubventionen im Rahmen von Rekommunalisierungsstrategien am Beispiel des Abfallrechts, WRP 2011, 1047–1051.

Giesberts, Ludger/Kleve, Guido, „Private Investor Test" im EG-Beihilfenrecht – Das Ryanair-Urt. des EuG, EuZW 2009, 287–289.

Giesberts, Ludger/Streit, Thilo, Anforderungen an den „Private Investor Test" im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484–488.

Giuseppe B., Abbamonte, Market economy investor principle: a legal analysis of an economic problem, ECLR 17 (1996), 258–268.

Glassen, Helmut/Achenbach, Hans/Hahn, Helmuth von ua (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Köln 2000 (zitiert: Glassen/Achenbach, FK KartellR).

Götz, Volkmar, Recht der Wirtschaftssubventionen, München, Berlin 1966 (zitiert: *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen).

Götze, Uwe, Investitionsrechnung, Modelle und Analysen zur Beurteilung von Investitionsvorhaben, 7. Aufl., Berlin Heidelberg 2014 (zitiert: *Götze*, Investitionsrechnung).

Graevenitz, Albrecht von, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013, 169–173.

Griller, Stefan, Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 4, hrsg. v. Rill, Heinz Peter, Wien 1991.

Groeben, Hans von der, Der gemeinsame Markt als Kern und Motor der Europäischen Gemeinschaft, in: Europa ringt um seine Wirtschaftsverfassung, Liber amicorum aus Anlass des 60. Geburtstages von Dr. Karl-Heinz Narjes, 30. Januar 1984, Bonn 1984, S. 19–45.

Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zitiert: Groeben/Schwarze/Hatje/*Bearbeiter,* EuR).

Gross, Ivo, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, Probleme, Reformen und Perspektiven, Univ., Diss.—St. Gallen, 2003, Bd. 297, Baden-Baden 2004 (zitiert: *Gross*, Beihilfenrecht im Wandel).

Gröteke, Friedrich, Europäische Beihilfenkontrolle und Standortwettbewerb, Eine ökonomische Analyse, Univ., Diss.—Marburg, 2006, Bd. 85, Stuttgart 2007 (zitiert: *Gröteke*, Beihilfenkontrolle und Standortwettbewerb).

Guarrata, Angela, Die Finanzierung von Flughafeninfrastruktur und das europäische Beihilfenrecht im Wandel, Dissertation 2014.

Gundel, Jörg, Der prozessuale Status der Beihilfenleitlinien der EU--Kommission, EuZW 2016, 606–610.

Gundlach, Hans-Jürgen, Subvention als Mittel der Wirtschaftspolitik, Berlin, Frankfurt a. M. 1965 (zitiert: *Gundlach*, Gundlach, Subvention als Mittel der Wirtschaftspolitik).

Günther, Eberhard, Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, WuW 1963, 161.

Haberkamm, Markus/Kühne, Aline, Steuerliche Maßnahmen im Lichte des Europäischen Beihilferechts: Seit EdF ein noch spannungsgeladeneres Feld, EuZW 2010, 734–738.

Häberle, Peter, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., Baden-Baden, Zürich 2011 (zitiert: *Häberle*, Europäische Verfassungslehre).

Habersack, Mathias, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, ZHR 159 (1995), 663–685.

Hagendorf, Wolfgang, Der Instrumentaleinsatz öffentlicher Unternehmen im Wettbewerbssystem des Gemeinsamen Marktes – unter besonderer Berücksichtigung der Ausnahmebereiche des GWB, Berlin 1984 (zitiert: *Hagendorf*, Instrumentaleinsatz öffentlicher Unternehmen).

Hanf, Dominik, Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das „Kooperationsverhältnis" zwischen EuGH und BVerfG, ZaöRV 59-92 (1999).

Haslehner, Werner, Die Anwendbarkeit des Privatinvestortests bei Steuerbeihilfen, in: *Jaeger, Thomas/Rumersdorfer, Birigt* (Hrsg.), Jahrbuch Beihilferecht 2011: Europäisches Beihilferecht aus österreichischer Perspektive, 2011, S. 274–293.

Hasselmann, Anja, Die Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff des Art. 87 EGV am Beispiel von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im öffentlich-rechtlichen Bankensystem der Bundesrepublik Deutschland, Univ., Diss., Bonn, 2000, Frankfurt am Main 2001 (zitiert: *Hasselmann*, Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff).

Hax, Herbert, Rentaibilitätsmaximierung als unternehmerische Zielsetzung, Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung 15 (1963), 337–344.

Hayek, Friedrich August von, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge am Institut für Weltwirtschaft, 1968 (zitiert: *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren).

Heidenhain, Martin (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zitiert: Heidenhain, Hb BeihR).

Heintzen, Markus/Kruschwitz, Lutz, Unternehmen bewerten, Ringvorlesung der Fachbereiche Rechts- und Wirtschaftswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2002., Berlin 2015 (zitiert: *Heintzen/Kruschwitz*, Unternehmen bewerten).

Henke, Wilhelm, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, Tübingen 1979 (zitiert: *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen).

Herrmann, Christoph, Wann sind Beihilfen auf lokaler Ebene (nicht) geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen?, KommJur 2016, 201–210.

Herrmann-Strobelt, Yvonne, Die Gewährung von Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, Univ., Diss.— Osnabrück, 2006, Aachen 2007 (zitiert: *Herrmann-Strobelt*, Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten).

Hertwig, Stefan, Öffentliche Unternehmen und Einrichtungen im europäischen Beihilfe- und Vergaberecht, VergabeR 2008, 589–600.

Himmler, Ulrich, Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, Bd. 38, Köln, Berlin 1967 (zitiert: *Himmler*, Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen).

Hirschberger, Sebastian, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts, Univ., Diss., Regensburg, 2009, Berlin 2010 (zitiert: *Hirschberger*, Prozeduralisierung).

Hochbaum, Monika, Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, Bd. 13, Baden-Baden, Bonn 1962 (zitiert: *Hochbaum*, Diskriminierungs- und Subventionsverbot in EGKS und EWG).

Hochreiter, Monika, Die beihilferechtlichen Hürden der öffentlichen Finanzierung von Infrastruktur, EWS 2015, 301.

Hoischen, Stefan, Die Beihilferegelung in Artikel 92 EWGV, Univ., Diss., Münster (Westfalen), 1988, Bd. 8, Köln 1989 (zitiert: *Hoischen*, Beihilferegelung).

Huszák, Loretta, Der Wettbewerb der Regionen, Regionale Unterschiede in der Absorption der EU-Fördermittel – eine empirische Analyse, Frankfurt am Main 2010 (Zugl.: Leipzig, Univ., Diss., 2009).

Huth, Klaus-Dieter, Die Sonderstellung der öffentlichen Hand in den Europäischen Gemeinschaften, Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Untersuchung unter Einbeziehung Großbritanniens, Hamburg 1965 (zitiert: *Huth*, Sonderstellung der öffentlichen Hand).

Immenga, Ulrich, Gestaltungsspielräume der Kommission, in: *Immenga, Ulrich/Körber, Torsten* (Hrsg.), Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, Baden-Baden 2012, S. 9–36.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., München 2012 (zitiert: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht).

Immenga, Ulrich/Rudo, Joachim, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, Baden-Baden 1997 (zitiert: *Immenga/Rudo*, Gewährträgerhaftung und Anstaltslast).

Ipsen, Hans Peter, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin, Köln 1956 (zitiert: *Ipsen*, Subventionierung Privater).

Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972 (zitiert: *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht).

Ipsen, Hans Peter/Nicolaysen, Gert, Das Aktionärsprogramm für die Zweite Stufe und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 1963, 1713 ff.

Ipsen, Hans Peter/Nicolaysen, Gert, Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt, NJW 1964, 2336–2340.

Isensee, Josef, „Der Staat hat nichts zu verschenken" – Rechtliche Substanz in einem Gemeinplatz, in: *Hufeld, Ulrich/Reimer, Ekkehart/Mußgnug, Reinhard* (Hrsg.), Entwicklungslinien der Finanzverfassung, Berlin 2016, S. 117–149.

Issing, Otmar/Dobias, Peter, Geschichte der Nationalökonomie, 4. Aufl., München 2014 (zitiert: *Issing/Dobias*, Geschichte der Nationalökonomie).

Jaeger, Thomas, Neue Parameter für Privatisierungen? Die Entscheidung Bank Burgenland der Kommission, EuZW 2008, 686–691.

Jakob, Holger, Die staatliche Finanzierung und Förderung von Fußballstadien am Maßstab des EG-Beihilfenrechts, Die EG-beihilfenrechtlichen Probleme kommerzieller Sportstätten, Baden-Baden 2010 (Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2008).

Jennert, Carsten, Die Berücksichtigung des Empfängerverhaltens im europäischen Beihilfenrecht, EuR 38 (2003), 343–355.

Jennert, Carsten, Staatliche Daseinsvorsorge zwischen Beihilferecht und Vergaberecht, WRP 2003, 459–468.

Jennert, Carsten/Huhn, Armin/Salcher, Michael, Der Private Investor-Test: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Anforderungen an beihilfefreie staatliche Kapitalmaßnahmen, BZR 2014, 63–72.

Jungbluth, David, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, EuR 2010, 471–489.

Jungheim, Stephanie, Der „more econcomic approach" nach dem Aktionsplan Staatliche Beihilfen – eine kritische Betrachtung, BZR 2010, 123-130, 187-192.

Kaelble, Hendrik, Verhältnis zum Beihilfenrecht, in: *Müller-Wrede, Malte/Aicher, Josef/Beckmann, Martin* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013.

Kahl, Wolfgang, Das öffentliche Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes, NVwZ 1996, 1082–1088.

Karim, Md. Rezaul, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?, 2014/09/22.

Kassow, Jörn, 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, Univ., Diss.—Göttingen, 2004, Göttingen 2004 (zitiert: *Kassow*, Beihilfe im Sinne des Art. 87 I EG).

Kerst, Andreas, EU-beihilferechtliches Primat des Höchstgebots bei Privatisierung, GWR 2014, 82.

Khan, Nicholas/Borchardt, Klaus-Dieter, The Private Market Investor Principle : Reality Check or Distorting Mirror?, in: *Gadea, Francisco Santaolalla* (Hrsg.), EC state aid law - Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea = Le droit des aides d'Etat dans la CE, Alphen aan den Rijn 2008, S. 109–124.

Kilb, Wolfgang, Beihilfenkontrolle: Reform der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien, EWS 2004, 55.

Kling, Michael, Hoheitliche versus wirtschaftliche Betätigung des Staates, NZKart 2017, 611–617.

Kloepfer, Michael, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 63.

Knauff, Matthias, Der Regelungsverbund, Tübingen 2012 (zitiert: *Knauff*, Regelungsverbund).

Knieps, Günter, Wettbewerbsökonomie, Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl., Berlin 2008 (zitiert: *Knieps*, Wettbewerbsökonomie).

Köckritz, Christian von, Zusagen im EU-Beihilferecht, Bern 2014 (Zugl.: München, Univ., Diss., 2014).

Koenig, Christian, EG-beihilfenrechtliche Anforderungen an Unterstützungsmaßnahmen eines öffentlichen Mutterunternehmens zugunsten seiner Tochtergesellschaften, ZIP 22 (2001), 629–635 (abrufbar unter http://www.zei.uni-bonn.de/dateien/aufsaetze-und-fallbearbeitungen/102.pdf) (Stand: 27.05.2015).

Koenig, Christian, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW 2001, 741–747.

Koenig, Christian, Weichenstellung im EG-Beihilfentatbestand: „Market Economy Investor"-Test und Marktabgrenzung, in: *Koenig, Christian/Ehricke, Ulrich* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, Heidelberg 2001, S. 9–28.

Koenig, Christian, Der Wirtschaftsprüfer als Agent der EG-Beihilfenkontrolle, EuZW 2004, 385.

Koenig, Christian, EG-beihilfenrechtskonforme Beteiligung privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen, EuZW 2006, 203–208.

Koenig, Christian, Der Eigenkapitalbeitrag als Lackmustest für MEIP!, EWS 2010, 1.

Koenig, Christian, Scheitern nun Privatisierungen unterhalb des Höchstgebots an Brüssel, Luxemburg und Karlsruhe?, EuZW 23 (2012), 241–242.

Koenig, Christian, Wirtschaftliche Auslegung der Bürgschaftsmitteilung, BZR 2014, 187–191.

Koenig, Christian/Busch, Martin, Quersubventionierung im kommunalen Konzern – EU-beihilferechtliche Grenzen, GewArch 2011, 181–186.

Koenig, Christian/Haratsch, Andreas, Staatliche und kommunale Bürgschaften auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts – Neue Tendenzen, ZHR 2005, 77–93.

Koenig, Christian/Hellstern, Mara, EU-beihilferechtskonforme Gestaltung von Vergleichsverträgen mit der öffentlichen Hand, RIW 2011, 286–290.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, Grundfragen des EG-Beilfenrechts, NJW 2000, 1065–1074.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, „Totgesagte Vorschriften leben länger": Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 166 (2002), 656–684.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens - Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779–786.

Koenig, Christian/Paul, Julia, Die Parameter für die EG-beihilfenrechtliche Bewertung von Grundstücksgeschäften der Öffentlichen Hand, EWS 2008, 113–120.

Koenig, Christian/Paul, Julia, Neue Entwicklungen zum Beihilfenbegriff (Teil 1 und 2), BZR 2010, 131-139, 193-199.

Koenig, Christian/Schramm, Franziska, „Wirtschftliche Kontinuität" bei privatisierungsbedingten Unternehmensspaltungen als EU-beihilferechtliches Rückforderungsrisiko, EWS 2013, 267–271.

Köhler, Martin, New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test – The EDF-judgment of the General Court and its Consequences, EStAL 2011, 21–33.

Köster, Thomas, Europäisches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Anreizen zur Förderung des Flugverkehrs an Regionalflughäfen, Anmerkung zur Entscheidung der Kommission vom 12. Februar 2004, C(2004) 516 – Rynair/Charleroi, EuR 40 (2005), 554–563.

Köster, Thomas/Molle, Alexander, Gilt das Privatgläubigerprinzip bei der Beihilfenrückforderung? Zur Frage der Anwendung des Privatgläubigerprinzips („private creditor test") im Verfahren zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe, EuZW 2007, 534–537.

Kruschwitz, Lutz, Investitionsrechnung, 13. Aufl., München 2011 (zitiert: *Kruschwitz*, Investitionsrechnung).

Kube, Hanno, Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts - zur Beihilfenkontrolle staatlicher Ausgleichsleistungen, EuR 2004, 230–252.

Lachmann, Werner, Volkswirtschaftslehre 2, Anwendungen, Berlin, Heidelberg 2004 (zitiert: *Lachmann*, Volkswirtschaftslehre 2).

Lachmann, Werner, Volkswirtschaftslehre 1, Grundlagen, 5. Aufl., Dordrecht 2006 (zitiert: *Lachmann*, Volkswirtschaftslehre 1).

Lambalgen, Randolf van, The ING-judgment: On the Applicability of the Private Investor Test – Commission ./. Netherlands and ING Group NV, ECJ (Second Chamber), Judgment of 3 April 2014, C-224/12P, ELR 2014, 91.

Laux, Helmut/Gillenkirch, Robert M./Schenk-Mathes, Heike Y., Entscheidungstheorie, 8. Aufl., Berlin 2012 (zitiert: *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie).

Lefèvre, Dieter, Staatliche Ausfuhrförderung und das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, Baden-Baden 1977 (zitiert: *Lefèvre*, Ausfuhrförderung).

Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar zum deutschen und europäischen Recht, 4. Aufl., München 2020 (zitiert: Loewenheim, KartR).

Lübbig, Thomas, Die Bedeutung der europäischen Beihilfenaufsicht für die privatrechtliche Transaktions- und Privatisierungspraxis, EWS 2001, 517–522.

Lübbig, Thomas/Martin-Ehlers, Andrés, Beihilfenrecht der EU, Das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2009 (zitiert: *Lübbig/Martin-Ehlers*, Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen).

Luczak, Jan-Marco, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, Ein Beitrag zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Analyse des EG-Vertrages unter Einbeziehung der Änderungen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon, Berlin 2009 (Dissertation, LMU München, 2008).

Maag, Andreas, Das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag und im Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Univ.,

Diss., Zürich, 1978, Bern 1979 (zitiert: *Maag*, Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag).

Magen, Stefan, Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, 2014.

Malek, Paul, Daseinsvorsorge und europäisches Beihilfenrecht, Die beihilfenrechtliche Bewertung von Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Berlin 2013 (Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2013).

Mamut, Marie-Ann, Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen, in: *Jaeger, Thomas* (Hrsg.), Jahrbuch Beihilferecht 09, Berlin 2009, S. 329–350.

Mantzavinos, Chrysostomos, Wettbewerbstheorie, Eine kritische Auseinandersetzung, Bd. 434, Berlin 1994 (zitiert: *Mantzavinos*, Wettbewerbstheorie).

Martin-Ehlers, Andrés, Der „Private Investor" als Maßstab für das Vorliegen staatlicher Beihilfen, Zugleich eine Besprechung des Urt.s „Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH", EWS 1999, 244–247.

Martin-Ehlers, Andrés, in: *Danwitz, Thomas von* (Hrsg.), Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht. Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 16. November 1999, Stuttgart 2000.

Martin-Ehlers, Andrés, Konvergenzen von Kartell und Beihilfenrecht, EuZW 2010, 287–291.

May, Hermann, Didaktik der ökonomischen Bildung, 6. Aufl., München 2007 (zitiert: *May*, Didaktik der ökonomischen Bildung).

Melcher, Philipp, Der Staat als Anteilseigner in Ausübung hoheitlicher Befugnisse - Der Private Investor Test nach dem Urt. EDF, EuZW 2012, 576–580.

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, Baden-Baden 1987, S. 9–49.

Metaxas, Antonis, Grundfragen des europäischen Beihilferechts, Beihilfebegriff - Aufsichtsverfahren - Rechtsschutzmöglichkeiten für Konkurrenten des Beihilfeempfängers, Freie Univ., Diss.—Berlin, 2002, Bd. 26, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Metaxas*, Grundfragen des Beihilferechts).

Modlich, Joachim Johannes, Nationale Infrastrukturmaßnahmen und Artikel 92 Abs. 1 EGV, Zur Vereinbarkeit nationaler Infrastrukturmassnahmen mit dem Beihilfeverbot des Artikel 92 Abs. 1 EGV, Univ., Diss., Münster (Westfalen), 1994, Köln 1996 (zitiert: *Modlich*, Infrastrukturmaßnahmen).

Möhlenkamp, Andreas, Steuerfreie Sanierungsgewinne, EU-Beihilfenverbot und Wettbewerb, ZIP 2018, 1907–1915.

Möller, Kim, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilfenrechts, Berlin 2001 (Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1999).

Montag, Frank/Leibenath, Christoph, Finanzierung öffentlicher Unternehmen und EG-Beihilfenrecht, EWS 2003, 402–409.

Möschel, Wernhard, Wettbewerb zwischen Privatautonomie und ökonomischer Effizienz, AcP 216 (2016), 13–22.

Müller, Thomas, Wettbewerb und Unionsverfassung, Begründung und Begrenzung des Wettbewerbsprinzips in der europäischen Verfassung, Tübingen 2014 (Zugl.: Innsbruck, Univ., Habil.-Schr., 2012).

Müller-Graff, Peter-Christian/Hatje, Armin (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, Baden-Baden 2013 (zitiert: Müller-Graff/Hatje, EnzEuR,).

Müller-Graff, Peter-Christian, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, Zu Massstäben und Schranken für die überbetriebliche Steuerung von Produktionsinvestitionen aus dem Recht des wettbewerbsverfassten Marktes, Habil.-Schr., Tübingen, 1982, Bd. 59, Tübingen 1984 (zitiert: *Müller-Graff*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung).

Müller-Graff, Peter-Christian, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403–438.

Müller-Graff, Peter-Christian, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsordnungsrecht: Aufwind für den „Regulierungsstaat"?, EWS 2009, 201–211.

Müller-Graff, Peter-Christian, Die Marktfreiheiten als Herzstück der europäischen Wettbewerbsidee: Funktion und Wirkungen, in: *Blanke, Hermann-Josef/Backhaus, Jürgen* (Hrsg.), Dimensionen des Wettbewerbs. Europäische Integration zwischen Eigendynamik und politischer Gestaltung, Tübingen 2010, S. 329–343.

Müller-Graff, Peter-Christian, Das soft law der europäischen Organisationen, EuR 2012, 18–34.

Müller-Graff, Peter-Christian, „Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes" – Variationen zu Jean Monnet, in: Mensch und Recht, Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 429–440.

Müller-Graff, Peter-Christian/Zehetner, Franz, Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Linz 1991 (zitiert: *Müller-Graff/Zehetner*, Öffentliche und privilegierte Unternehmen).

Müller-Wrede, Malte/Aicher, Josef/Beckmann, Martin (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013 (zitiert: Müller-Wrede, GWB-Kommentar).

Nettesheim, Martin (Hrsg.)/Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard (Forts.), Das Recht der Europäischen Union, 2020. Aufl., München 2015 (zitiert: Grabitz/Hilf/Nettesheim).

Nettesheim, Martin, Market Economic Investor Principle and Taxation: A Comment on Case T-156/04.

Nettesheim, Martin, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737–772.

Nicolaides, Phedon, Taxes, the Cost of Capital and the Private Investor Principle, EStAL 2013, 243–245.

Nicolaides, Phedon/Rusu, Eleonora, Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?, EStAL 2011, 237–248.

Nicolaides, Phedon/Schoenmaekers, Sarah, The Concept of 'Advantage' in State Aid and Public Procurement and the Application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER, EStAL 2015, 143–156.

Nienhaus, Volker, Europäische Intergration, in: *Apolte, Thomas/Vollmer, Uwe/Bender, Dieter ua* (Hrsg.), Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Bd. 2. Band 2, 9. Aufl., München 2007.

Nitsche, Rainer/Milde, Christopher/Soltész, Ulrich, Eigentümereffekt und versunkene Investitionen, EuZW 2012, 408–413.

Obernolte, Wolfgang, Das EWG-Beihilfenverbot in der Praxis, Europäische Wirtschaft 4. (1961), 388.

Ose, Ludwig, Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Recht der EWG, Saarbrücken 1976 (zitiert: *Ose*, Beihilfen und Maßnahmen gleicher Wirkung).

Ott, Steven, Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung, Die praktische Bewertung von Investitionsvorhaben, Wiesbaden 2011 (zitiert: *S. Ott*, Investitionsrechnung in der öffentlichen Verwaltung).

Pampel, Gunnar, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2005, 11–13.

Pape, Hans-Christoph, Staatliche Kapitalbeteiligungen an Unternehmen und das Beihilfenverbot gem. Art. 92 EG-V, Univ., Diss.—Bonn, 1995, Bd. 1973, Frankfurt am Main, Berlin 1996 (zitiert: *Pape*, Staatliche Kapitalbeteiligungen).

Parish, Matthew, On the Private Investor Principle, ELR 2003, 70.

Paul, Joachim, Praxisorientierte Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Mit Beispielen und Fallstudien, 2. Aufl., Wiesbaden 2011 (zitiert: *Joachim Paul*, Einführung Betriebswirtschaftslehre).

Pernice, Ingolf, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, Baden-Baden 1979 (Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 1977-1978).

Perridon, Louis/Steiner, Manfred/Rathgeber, Andreas W., Finanzwirtschaft der Unternehmung, 16. Aufl., München 2012 (zitiert: *Perridon/M. Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung).

Petersen, Niels/Englerth, Markus/Towfigh, Emanuel V. ua, Ökonomische Methoden im Recht, Eine Einführung für Juristen, Tübingen 2012 (zitiert: *Petersen/Englerth/Towfigh/Goerg/Magen/Nicklisch*, Ökonomische Methoden).

Platt, Dörte, Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, München 2005 (Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2004).

Püttner, Günter, Die öffentlichen Unternehmen, Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl., Stuttgart 1985 (zitiert: *Püttner*, Öffentliche Unternehmen).

Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht, GWB - VgV - VSVgV - SektVO - VOL/A - VOB/A - VOF - Haushaltsrecht - Öffentliches Preisrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (Pünder/Schellenberg, HK-VergabeR).

Rathke, Hannes, Sondervertragliche Kooperationen, Systemrationalitat einer Handlungsform der europäischen Integration am Beispiel der Kooperationen der EU-Mitgliedstaaten in der europäischen Staatsschuldenkrise, Tübingen 2019 (zitiert: *Rathke*, Sondervertragliche Kooperationen).

Rengeling, Hans-Werner, Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften, in: *Börner, Bodo/Neundörfer, Konrad* (Hrsg.), Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, Köln 1984, S. 23–54.

Reufels, Martin J., Europäische Subventionskontrolle durch Private, Partizipation der Unternehmen an der EG-Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Köln 1997 (Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1996).

Reus, Andreas/Mühlhausen, Peter/Stöhr, Andreas, Haushalts- und Beihilferecht der EU, Verfahren, Ausführung, Kontrolle, München 2017 (zitiert: *Reus/Mühlhausen/Stöhr*, Haushalts- und Beihilferecht).

Riesenkampff, Philipp, Quersubventionierung im Spannungsfeld des freien Wettbewerbs, EWS 2007, 492–501.

Rodi, Michael, Die Subventionsrechtsordnung, Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht, Univ., Habil.-Schr.—München, 1998, Bd. 52, Tübingen 2000 (zitiert: *Rodi*, Subventionsrechtsordnung).

Rodi, Michael, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, Berlin 2014 (zitiert: *Rodi*, Ökonomische Analyse).

Rodriguez-Miguez, José Antonio, EDF, A Leading Case Revisited: The Application of the Market Economy Operator Test to Fiscal Measures and the Energy Sector.

Rosenfeld, Andreas, § 3, Das europäische Beihilfenrecht, in: *Schulte, Martin/Kloos, Joachim/Apel, David* (Hrsg.), Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht. Grundlagen, Beihilfen, öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Regulierungsrecht, 2016.

Säcker, Franz Jürgen/Adomeit, Klaus, Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Joost, Detlev, München 2011.

Schaefer, Jan Philpp, „Markt" und „Gemeinwohl" als Integrationsprinzipien zweier ineinander greifender Normenordnungen, in: *Towfigh, Emanuel V./Dieth, Eric* (Hrsg.), Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen; 49. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2009, S. 117–135.

Scherer, Josef, Die Wirtschaftsverfassung der EWG, Bd. 50, Baden-Baden 1970 (zitiert: *Scherer*, Wirtschaftsverfassung der EWG).

Schernthanner, Martina, Das materielle Beihilfeaufsichtsrecht nach dem EWG-Vertrag, Univ., Diss.—Salzburg, 1991, Wien 1993 (zitiert: *Schernthanner*, Beihilfeaufsichtsrecht).

Schierenbeck, Henner/Wöhle, Claudia B., Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 19. Aufl., Berlin 2016 (zitiert: *Schierenbeck/Wöhle*, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre).

Schina, Despina, State aids under the EEC Treaty, Articles 92 to 94, Oxford 1987 (zitiert: *Schina*, State aids under the EEC Treaty).

Schladebach, Marcus, Europäisches Luftverkehrsrecht: Entwicklungsstand und Perspektiven, EuR 2006, 773–793.

Schmidt, Ingo/Schmidt, André, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, Eine Einführung, 2. Aufl., München 2006 (zitiert: *I. Schmidt/A. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle).

Schmidt, Reimer, Zu den rechtlichen Grundfragen des Gemeinsamen Marktes, Unter besonderer Berücksichtigung der Kredit- und Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1962 (zitiert: *Reimer Schmidt*, Grundfragen des Gemeinsamen Marktes).

Schmidt-Preuß, Matthias, Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 969–984.

Schorkopf, Frank, § 12, Subventionen, in: *Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg, Hamburg 2014.

Schroeder, Werner, Vernünftige Investition oder Beihilfe?, Gemeinschaftsrechtliche Optionen zur Finanzierung öffentlicher Unternehmen, ZHR 161 (1997), 805–845.

Schroeder, Werner, EU-Beihilfenverbot und Staatlichkeit der Mittel, EuZW 2015, 202-207.

Schroeder, Werner/Sild, Judith, Kontrolldichte im EU-Beihilferecht, EuZW 2014, 12–17.

Schuhr, Jan C., Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Rechtliche Theorien und Modelle, Berlin 2006 (Zugl.: Erlangen, Univ., Diss., 2005).

Schulte, Martin/Kloos, Joachim/Apel, David, § 1, Die Grundlagen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts mit seinen europarechtlichen Bezügen, in: *Schulte, Martin/Kloos, Joachim/Apel, David* (Hrsg.), Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht. Grundlagen, Beihilfen, öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Regulierungsrecht, 2016.

Schulze, Reiner/Hoeren, Thomas, Dokumente zum europäischen Recht, Berlin 1999 (zitiert: *Schulze/Hoeren*, Bd. I, Gründungsverträge).

Schulze, Reiner/Hoeren, Thomas, Dokumente zum Europäischen Recht, Band 3: Kartellrecht (bis 1957), Berlin, Heidelberg, s.l. 2000 (zitiert: *Schulze/Hoeren*, Bd. 3, Kartellrecht).

Schwarze, Jürgen, Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, 3–19.

Sedemund, Jochim, Neuere Entwicklungen im Beihilfentatbestand, in: *Danwitz, Thomas von* (Hrsg.), Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht. Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 16. November 1999, Stuttgart 2000, S. 31–42.

Simon, Yvonne, The application of the Market Investor Principle in the German Landesbanken cases, EStAL 2007, 499–508.

Slocock, Ben, The Market Economy Investor Principle, Competition Policy Newsletter 2002, 23–26 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2002_2_23.pdf) (Stand: 15.10.2020).

Soltész, Ulrich, Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilfenrecht im Jahre 2012, EuZW 2013.

Soltész, Ulrich, Das neue europäische Beihilferecht, NJW 2014, 3128–3132.

Soltész, Ulrich, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013, EuZW 2014, 89–97.

Soltész, Ulrich/Hellstern, Mara, „Mittelbare Beihilfen" – Indirekte Begünstigungen im EU-Beihilferecht, EuZW 2013, 489–493.

Soltész, Ulrich/Makowski, Gösta Christian, Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe i.S. von Art. 87 I EG, EuZW 2003, 73–78.

Soltész, Ulrich/Marquier, Julia, Härtere Zeiten für notleidende Unternehmen? – Die neuen Kommissionsleitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, EWS 2005, 241–244.

Soltész, Ulrich/Schädle, Anne, Wirksamkeit von beihilferechtlichen Haftungsklauseln in M&A-Transaktionen, BB 2008, 510–513.

Soukup, Karl, Die Mittelzuführungen an öffentliche Unternehmen im Rahmen der Beihilfeaufsicht der EU-Kommission, ZögU 1995, 16–41.

Soukup, Karl, Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht der EU, Wie Subventionen von der Europäischen Kommission beurteilt werden, Wirtschaftsuniv., Diss. u.d.T.: Soukup, Karl: Die öffentliche Unternehmertätigkeit und die Beihilfeaufsicht der Europäischen Gemeinschaft—Wien, 1994, Wien 1995 (zitiert: *Soukup*, Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht).

Soukup, Karl, Staatliche Beihilfen, öffentliche Unternehmen und Quersubventionierung, in: *Danwitz, Thomas von* (Hrsg.), Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht. Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 16. November 1999, Stuttgart 2000, S. 43–51.

Soukup, Karl, Auswirkungen der neuen Transparenz-Richtlinie auf öffentliche Unternehmen, ZögU 2001, 86–91.

Spannowsky, Willy, Öffentlich-rechtliche Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, ZHR 1996, 560–592.

Spranger, Eduard, Lebensformen. Geisteswissenschaftliche Psychologie und Ethik der Persönlichkeit, 8. Aufl., Tübingen 1950 (zitiert: *Spranger*, Lebensformen. Geisteswissenschaftliche Psychologie und Ethik).

Stadler, Gerhard, Die Beurteilung von staatlichen Beihilfen als Subventionen in der Rechtsprechung der USA, Die Entscheidung des US-Court of International Trade „British Steel vs. US", RIW 1987, 210–213.

Steindorff, Ernst, Markt und hoheitliche Verantwortung – Vom Werden europäischer Wirtschaftsordnung, ZHR 2000, 223–272.

Stöbener, Sarah, Beihilferecht: Konsultation zum Leitfaden über den Begriff staatlicher Beihilfen, EuZW 2014, 124.

Stöbener de Mora, Sarah Patricia, Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, 685–691.

Stöckl, Matthias, Neue Erkenntnisse bei der Anwendung des private investor test im Rahmen des EG-Beihilferechs, ELR 2003, 153–157.

Storr, Stefan, Der Staat als Unternehmer: öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, 2001 (zitiert: *Storr*, Staat als Unternehmer).

Streinz, Rudolf/Michl, Walther/Bings, Sophie Luise ua (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Band 57, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: Streinz, EUV/AEUV).

Sühnel, Steffen, Der „Private Investor Test" im Beihilfenrecht, EWS 2007, 115–120.

Szirbik, Miklós, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, Wettbewerb für oder gegen staatliche Daseinsvorsorge?, Wiesbaden 2012 (Zugl.: Budapest, Univ., Diss., 2011).

Szyszczak, Erika, The Survival of the Market EconomicInvestor Principle in Liberalised Markets, EStAL 2011, 35–40.

Thalmann, Peter, Die Anwendbarkeit des beihilferechtlichen Privatinvestorentests auf staatliche Kapitalzuführungen an öffentliche Unternehmen, Anmerkung zum Urt. des EuGH (Große Kammer) v. 5.6.2012, Rs. C-124/10 P (Kommission/Électricité de France), EuR 48 (2013), 432–445.

Thieme, H. Jörg, A. Wirtschaftssysteme, in: *Apolte, Thomas/Bender, Dieter/Berg, Hartmut ua* (Hrsg.), Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Bd. 1, 9. Aufl., München 2012.

Thomas, Stefan, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423–443.

Tiegelkamp, Oliver, Evaluierung der „Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Transparenzrichtlinie)“: Folgenabschätzung der seit 2002 geltenden getrennten Buchführungspflichten für alle in verschiedenen Geschäftsbereichen privilegierten Unternehmen mit Bezügen zum deutschen Recht, 2005 (zitiert: *Tiegelkamp*, Transparenzrichtlinie).

Tollmann, Claus, Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften vor dem Hintergrund des EG-Beihilfeverbots, WM 41 (2000), 2030–2040.

Verhoeven, Amaryllis, Privatisation and EC Law, Is the European Commission “Neutral” with Respect to Public Versus Private Ownership of Companies?, ICLQ 45 (1996), 861–887.

Verse, Dirk A./Wurmnest, Wolfgang, Rückforderung EG-rechtswidriger Beihilfen und Unternehmenskauf, ZHR 2003, 403–439.

Vettiger, Thomas/Hirzel, Christian, Herausforderungen bei der Bestimmung der Kapitalkosten in Einklang mit IFRS 3, IAS 38 und IAS 36, IRZ 2010, 387–392.

Voland, Thomas, Die Bedeutung des Art. 345 AEUV für regulierte Sektoren, Zugleich Besprechung zum Urt. des EuGH vom 22. Oktober 2013 in Sachen „Niederlande gegen Essent u. a.“ (verb. Rs. C105/12 bis C107/12), EuR 2014, 237–250.

Vygen, Klaus, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht der EWG, Ihre Stellung nach Art. 90 EWGV im Vergleich zu privaten Unternehmen, Bd. 37, Köln, Berlin 1967 (zitiert: *Vygen*, Öffentliche Unternehmen).

Wagener, Hans-Jürgen/Eger, Thomas, Europäische Integration, Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik, 3. Aufl., München 2014 (zitiert: *Wagener/Eger*, Europäische Integration).

Wagner, Christian/Blazek, Sarah, Der Staat als Kapital- und Sicherheitengeber – Hinweise zur EU-beihilferechtskonformen Finanzierung von Bauvorhaben und Immobilienprojekten, NZBau 2017, 67–71.

Walther, Reinhard, Einige neuere Schwerpunkte in der Subventionskontrolle der Europäischen Gemeinschaften, in: *Rill, Heinz Peter* (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wien 1991, S. 339–353.

Weber, Hermann, Steuererlaß und Steuerstundung als Subvention, 22), Berlin 1980 (zitiert: *Weber*, Steuererlaß und Steuerstundung als Subvention).

Weides, Nikolaus P., Europäisches Subventionsverbot und staatliche Selbsthilfefonds, AwD-BB 1963, 295.

Weiß, Wolfgang, Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen: Europarechtliche Perspektiven, EuR 2013, 668–688.

Weiß, Wolfgang, Rechtsschutz von Unternehmen im EU-Beihilferecht, ZHR 2016, 80–130.

Weizsäcker, Christian von, Zur Gemeinwohlorientierung des Wettbewerbs, in: *Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, Heidelberg 2005, S. 85.

Wernicke, Stephan, Die gewandelte Bedeutung des Art. 106 AEUV: Aus den Apokryphen zum Kanon der Wirtschaftsverfassung, EuZW 2015, 281–285.

Wernsmann, Rainer/Loscher, Tobias, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EU-Beihilfenrecht, NVwZ 2014, 976.

Wiedenbauer, Martin, Wie besteht man den „Private Creditor"-Test?, BZR 2012, 210.

Wielpütz, Dinah, Wenn der Staat bürgt – Finanzmarktkrise und Europäisches Beihilfenrecht, EWS 2010, 14–18.

Winkelmüller, Michael, § 2, Subventionsrecht, in: *Schulte, Martin/Kloos, Joachim/Apel, David* (Hrsg.), Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht. Grundlagen, Beihilfen, öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Regulierungsrecht, 2016.

Wissing, Christian, Die Marktstrukturverantwortung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Bd. 273, Baden-Baden 2014 (zitiert: *Wissing*, Marktstrukturverantwortung).

Wölker, Ulrich, Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/82. Darstellung und juristische Untersuchung der dritten Verstaatlichungswelle, ZaöRV 1983, 213–311.

Woll, Artur, Volkswirtschaftslehre, 16. Aufl., München 2011 (zitiert: *Woll*, Volkswirtschaftslehre).

Wollenschläger, Ferdinand, § 6 Wettbewerbliche Vorgaben für öffentliche Unternehmen, in: *Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg, Hamburg 2014.

Wollenschläger, Ferdinand, § 1, in: *Schmidt, Reiner/Wollenschläger, Ferdinand* (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., s.l. 2016.

Zachau-Mengers, Gertrud, Subventionen als Mittel moderner Wirtschaftspolitik, Dessau 1930 (zugl. Jena, Univ., Diss., 1930).

Zehetner, Franz, Probleme der Mittelzuführungen an die verstaatlichte Industrie bei Angleichung an das Recht der EG, in: *Rill, Heinz Peter* (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wien 1991, S. 303–353.

Zeitz, Julia, Der Begriff der Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Abs. 1 EG-Vertrag, Freie Univ., Diss—Berlin, 2004, Berlin 2005 (zitiert: *Zeitz*, Begriff der Beihilfe).

Zentner, Christian, Die Bedeutung der Beihilfevorschriften des EG-Vertrages für die Vermögensprivatisierung, Unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung von Unternehmen, Techn. Univ., Diss.— Dresden, 2006, Bd. 6, Frankfurt am Main 2008 (zitiert: *Zentner*, Vermögensprivatisierung).

Zilahi-Szabó, Miklós Géza, Kanzleibenchmarking, DStR 44 (2005), 1872–1880.

Zuleeg, Manfred, Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965 (zitiert: *Zuleeg*, Rechtsform der Subventionen).

Zuleger, Volker, Risikokapital und staatliche Beihilfen, EWS 2005, 482–488.

* * *