Abstract (Thesenblatt)

von Áron Niclas Horváth

zur Dissertation

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

2021

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.[1] Die Entwicklung des Kriteriums ist in Einzelpunkten noch nicht abgeschlossen und unterliegt der fortwährenden Konkretisierung und Ausgestaltung in Kommissionspraxis, Rechtsprechung und Literatur.[2]

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.[3] 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.[4] Staatseingriffe in Form von Beihilfen stellen punktuell bestimmte Unternehmen besser und wirken auf

---

1 Vgl. auch *Malek,* Daseinsvorsorge und Beihilfenrecht, 120

2 So auch *Gayger,* Infrastrukturförderung, 206.

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

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

diese Weise diskriminierend gegenüber den von der Begünstigung ausgeschlossenen Unternehmen.[5]

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.[6] 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.[7] Als Begünstigung gilt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte[8], also jede aus staatlichen Mitteln bewirkte Leistung ohne angemessene marktübliche Gegenleistung.[9] 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

---

5 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.

6 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).

7 *Karim*, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?, 5.

8 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.

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

ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können".[10] 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.".[11]

6. Das KmhW dient nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[12] 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.[13] 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.[14]

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

---

10 Bekanntmachung der Kommission vom 19.7.2016 zum Be-griff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Ab-satz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262, S. 1 ff., („Beihilfebegriff-Bek."), Rn. 74.

11 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 76.

12 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.

13 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.

14 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 77.

befördern,[15] indem staatlich motivierte Ressourcenfehlallokation und ökonomische Ineffizienzen durch diskriminierende finanzielle Vorteile an wenige Unternehmen, die andere – etwa Konkurrenzunternehmen – finanzieren,[16] 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,[17] sodass der Bezug des KmhW auf das Verhalten marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer gerechtfertigt ist. Die Verträge stellen den Binnenmarkt[18] 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.[19] Um das Neutralitätsgebot und den Grundsatz der Gleichbehandlung der öffentlichen und privaten Unternehmen aus Art. 345 AEUV und die daraus resultierende Chancengleichheit[20] 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.[21] Das Kriterium bringt somit keine Präferenz der Verträge und des Beihilferechts für private Investitionen zum Ausdruck.[22]

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.[23] Nach ständiger Rechtsprechung sind der Prüfung am Maßstab des KmhW ferner normale Marktbedingungen zugrunde zu legen.

---

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

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

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

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

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

20 *Martin-Ehlers*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 85; *Donat/Kruppe*, EWS 28. (2017), 126, 127.

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

22 *Donat/Kruppe*, EWS 28. (2017), 126, 127.

23 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.

Damit sind diejenigen Bedingungen gemeint, die die Wirtschaft regeln und die gelten, wenn der Staat nicht zugunsten bestimmter Unternehmen eingreift.[24] Da es für die tatbestandliche Begünstigung auf die Wirkung der staatlichen Maßnahme und ihre Marktüblichkeit ankommt,[25] 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.[26] Die Anwendung des KmhW ist zudem ausgeschlossen, wenn es sich um Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten außerhalb der durch die Umstrukturierungs- und Rettungsleitlinien[27] gezogenen Kulisse handelt. Diese sind per se nicht marktkonform und damit Beihilfen,[28] 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.[29] In Abhängigkeit von Art und Ziel der staatlichen Maßnahme ist zudem zu untersuchen, wie die Rendite ohne die staatliche Maßnahme wäre.

---

24 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.

25 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.

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

27 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.

28 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.

29 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.a).

Im zweiten Schritt ist die sog. Vergleichs- oder Mindestrendite zu ermitteln und festzulegen.[30] Die Kommission spricht in diesem Zusammenhang von der normalen, d. h. durchschnittlich von dem Markt geforderten Rendite.[31] 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.[32] Wenn die Mindestrendite nicht erwartet werden kann, würde die Investition höchstwahrscheinlich zu Marktbedingungen nicht getätigt werden.[33] Führt der Staat die Maßnahme in dieser Situation dennoch durch, ist davon auszugehen, dass das Empfängerunternehmen durch sie begünstigt wird.

---

30 Siehe zum Benchmarking, Kapitel 3.B.I.2.b).

31 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 102.

32 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.

33 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.[34] 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.[35]

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

---

34 So auch *Hirschberger,* Prozeduralisierung, 226.

35 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“[36], 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.[37]

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.[38] 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.[39] 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

---

36 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.

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

38 *Köckritz,* Zusagen im Beihilferecht, 38.

39 *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.[40] Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes kann diesen durch einen Sicherheitsabschlag auf die zu fordernde Mindestrendite begegnet werden.[41]

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.[42]

16. Trotz der weitgehenden Akzeptanz das KmhW nicht ohne Kritik.[43] 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,

---

40 *Lübbig/Martin-Ehlers,* Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Rn. 252

41 In diese Richtung *Martin-Ehlers*, in: Danwitz, Rechtsfragen, 85.

42 So auch *Behrens*, in: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR, Einl., Rn. 194 im Hinblick auf den refined economic approach im EU-Beihilferecht.

43 *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.[44] 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[45] 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[46] 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

---

44 Beihilfebegriff-Bek., Rn. 74.

45 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

46 *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,[47] 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[48] 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[49] komplexe technische und wirtschaftliche Beurteilungen und Bewertungen.[50] Die Unionsgerichte billigen der Kommission bei der

---

47 *Anestis/Mavroghenis*, in: Rydelski, EC State Aid Regime, 110.

48 *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3129.

49 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.

50 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.[51] 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.[52] 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.

---

51 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.

52 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.

Literatur

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).

Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann ua (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden, Wien, Basel 2019 (zitiert: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, EuR).

Birnstiel, Alexander/Bungenberg, Marc/Heinrich, Helge ua (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden 2013 (zitiert: Birnstiel/Bungenberg, EUBeihR).

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.

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.

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.

Gayger, Michael, Infrastrukturförderung zwischen EU-Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik, v.175, Berlin 2016 (zitiert: *Gayger*, Infrastrukturförderung).

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).

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).

Hirschberger, Sebastian, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts, Univ., Diss., Regensburg, 2009, Berlin 2010 (zitiert: *Hirschberger*, Prozeduralisierung).

Jennert, Carsten/Huhn, Armin/Salcher, Michael, Der Private Investor-Test: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Anforderungen an beihilfefreie staatliche Kapitalmaßnahmen, BZR 2014, 63–72.

Karim, Md. Rezaul, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?, 2014/09/22.

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.

Köckritz, Christian von, Zusagen im EU-Beihilferecht, Bern 2014 (Zugl.: München, Univ., Diss., 2014).

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).

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).

Malek, Paul, Daseinsvorsorge und europäisches Beihilfenrecht, Die beihilfenrechtliche Bewertung von Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Berlin 2013 (Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2013).

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.

Müller-Graff, Peter-Christian, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403–438.

Rodi, Michael, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, Berlin 2014 (zitiert: *Rodi*, Ökonomische Analyse).

Soltész, Ulrich, Das neue europäische Beihilferecht, NJW 2014, 3128–3132.

Soltész, Ulrich/Marquier, Julia, Härtere Zeiten für notleidende Unternehmen? – Die neuen Kommissionsleitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, EWS 2005, 241–244.

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).

Spannowsky, Willy, Öffentlich-rechtliche Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, ZHR 1996, 560–592.

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.

Wollenschläger, Ferdinand, § 1, in: *Schmidt, Reiner/Wollenschläger, Ferdinand* (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., s.l. 2016.

* * *