
Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe

Christoph Herrmann*

Inhalt	
I. Einleitung	416
II. Das gemeinschaftliche Beihilfenrecht im Überblick	418
1. Materielles Beihilfenrecht	419
2. Beihilfenverfahrensrecht	421
III. Funktionen von Beihilfenbegriff und Beihilfenverbot	422
1. Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des EG-Beihilfenkontrollregimes	423
2. Kompensation für den Wegfall zwischenstaatlicher Ausgleichszölle in der Zollunion	423
3. Sicherstellung der Völkerrechtskonformität der Beihilfengewährung durch die Mitgliedstaaten	424
4. Herstellung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt	425
5. Individualrechtliche Komponente – Konkurrentenschutz	426
6. Institutionelle Bedeutung – Vertikale und horizontale Kompetenzzuweisungsregel	426
IV. Entwicklung des Beihilfenbegriffs durch Kommission und EuGH	427
V. Der Beihilfenbegriff als objektiver Rechtsbegriff	427
VI. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffs	428
1. Begünstigung	428
2. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige – Spezifität der Begünstigung	430
3. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt	430

* Dr. jur. Christoph Herrmann LL.M. European Law (London), Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Rudolf Streinz für Öffentliches Recht und Europarecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

4. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels	433
5. Ausschluss von De-minimis-Beihilfen	433
VII. Verengung des Beihilfenbegriffs durch den EuGH in der jüngeren Vergangenheit	434
1. Überblick	434
2. Das Urteil „PreussenElektra“ vom 13. März 2001	434
3. Das Urteil „Stardust Marine“ vom 16. Mai 2002	435
4. Das Urteil „Ferring“ vom 22. November 2001	435
5. Das Urteil „Altmark Trans“ vom 24. Juli 2003	436
VIII. Reaktionen im Schrifttum	440
IX. Stellungnahme	442
X. Schlussbemerkung	445

I. Einleitung

Gemeinsam mit dem europäischen Kartell- und dem Außenwirtschaftsrecht sowie mittlerweile auch der Wirtschafts- und Währungsunion bildet das gemeinschaftliche Beihilfenrecht den Teil der europäischen Integration, in dem der spezifische supranationale Charakter der Europäischen Gemeinschaft besonders deutlich hervortritt. Ausdruck findet dies im präventiven und repressiven Beihilfenkontrollverfahren durch die Europäische Kommission, dessen lediglich formale Nichtbeachtung bereits zur Nichtigkeit von Beihilfenverträgen und zur Notwendigkeit der Rückforderung führen kann. Überdies wirkt das EG-Beihilfenrecht mit besonderer Intensität auf das nationale Verwaltungsverfahren ein. In dieser Hinsicht erweist sich der Grundsatz der Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten¹ nicht als Schutzmechanismus zu Gunsten nationalen Rechts, sondern vielmehr als trojanisches Pferd, durch welches althergebrachte Grundsätze des nationalen Verwaltungsrechts überformt oder sogar gänzlich außer Kraft gesetzt werden.²

Als Folge der Wirtschafts- und Währungsunion und dem hieraus resultierenden Konvergenzdruck, dem 11. September 2001 und den daraus folgenden ökonomi-

¹ Siehe hierzu *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnrn. 467, 479 ff.

² Ausführlich *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999; *Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, S. 109 ff.

schen Verwerfungen in bestimmten Industrie- und Dienstleistungsbereichen (insbesondere Luftfahrt und Tourismus) sowie nicht zuletzt dem durch das Welthandelsrecht³ induzierten Globalisierungsdruck wird allenthalben eine wachsende Bedeutung der Beihilfengewährung und damit auch des Beihilfenrechts als solchem in der Europäischen Union konstatiert.⁴ Allerdings weisen der empirische Befund⁵, die Verpflichtung zur Vermeidung übermäßiger staatlicher Defizite⁶ sowie die Zunahme der „Subventionsabbaurhetorik“ zumindest in der deutschen Politik in die gegenläufige Richtung.

Im Mittelpunkt des Beihilfenregimes der EG steht der Begriff der „Beihilfe“ i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV. Mit der Einordnung einer Maßnahme staatlicher Wirtschaftslenkung als Beihilfe in diesem Sinne sind fundamentale rechtliche Konsequenzen für das vertikale und horizontale Gewaltverhältnis in der EU ebenso verbunden wie für die Möglichkeit von Dritten, die durch die Maßnahme ausgelöst Einwirkungen auf ihre Wettbewerbsposition abzuwehren. Die Auslegung des Beihilfenbegriffs in der Praxis von Kommission und Europäischem Gerichtshof hat damit verfassungsrechtliche Bedeutung.⁷ Im Spannungsfeld zwischen einer zumindest latent „hemmungslosen Ausgabepaxis des Staates“⁸ auf der einen und einem potentiell den gesamten Bereich staatlichen Handelns einschließlich Fragen der Daseinsvorsorge, des Bildungswesens sowie des Steuersystems erfassenden Beihilfenregimes auf der anderen Seite⁹ tut eine scharfe Abgrenzung des Beihilfenbegriffs besonders Not,¹⁰ wenngleich zu konzedieren ist, dass eine abschließende und allgemeingültige Definition dieses Begriffs bisher fehlgeschlagen und wohl auch nicht zu leisten ist.¹¹ Um so wichtiger erscheint es daher, die dogmatischen Grundstrukturen der Entfaltung des Beihilfenbegriffs und seiner einzelnen Tatbe-

³ Vgl. zum Begriff des Welthandelsrechts *Weiß/Herrmann*, Welthandelsrecht, 2003, Rdnr. 50 ff.

⁴ *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 2; *Plender*, Definition of State Aid, in: Biondi/Eeckhout/Flynn (Hrsg.), The Law of State Aid in the European Union, 2004, S. 3; *Quigley/Collins*, EC State Aid Law and Policy, 2003, S. 1.

⁵ Nach dem jüngsten Beihilfenanzeiger der Kommission (2002) ist das Gesamtvolumen der von den Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen rückläufig und erreichte im Jahr 2002 ca. 49 Mrd. Euro, s. *EuZW* 2004, S. 290 f.

⁶ Art. 104 EGV. Siehe hierzu jüngst *Streinz/Obler/Herrmann*, Totgesagte leben länger – oder doch nicht?, *NJW* 2004, S. 1553 ff.

⁷ Zum Beihilfenrecht als Teil der EG-Wirtschaftsverfassung vgl. *Mussler*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel – Von Rom nach Maastricht, 2000, S. 16 ff., S. 108 ff.

⁸ *Haverkate*, § 4 Subventionsrecht, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1995, S. 331 (337).

⁹ Dem Beihilfenrecht wird insoweit etwa von *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 3 der Charakter eines „Metarechts“ der EG zugeschrieben, durch welches der Kommission ein umfassender gestalterischer Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Politiken erwachse.

¹⁰ *Haverkate* (Fn. 8); *Plender*, (Fn. 4), S. 3 (5).

¹¹ Vgl. *Heidenhain*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 3, Rdnr. 5.

standsmerkmale durch Kommission, EuGH und auch durch die nationalen Gerichte in den Blick zu nehmen, um auf dieser Grundlage den Anforderungen der Rechtssicherheit bei der Anwendung des Beihilfenrechts genüge zu tun.

II. Das gemeinschaftliche Beihilfenrecht im Überblick

Das gemeinschaftliche Beihilfenrecht¹² ergibt sich im Wesentlichen primärrechtlich aus den Art. 32, 36, 73, 86 und 87 bis 89 EGV sowie sekundärrechtlich aus den erst 1998 und 1999 erlassenen Verordnungen über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf bestimmte Arten von horizontalen Beihilfen (ErmächtigungsVO)¹³ und über das Beihilfenverfahren (VerfVO)¹⁴. Hinzu treten von der Kommission auf Grundlage der ErmächtigungsVO und der VerfVO erlassene Verordnungen über Verfahrenseinzelheiten sowie über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf bestimmte Arten von Beihilfen („Tertiärrecht“), durch welche die zuvor diesbezüglich geltenden quasi-verbindlichen¹⁵ Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen abgelöst wurden. Daneben kommt der Transparenzrichtlinie¹⁶ für die Beihilfengewährung an öffentliche Unternehmen besondere Bedeutung zu.

Durch diesen im Wesentlichen seit Mitte der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts gewachsenen umfangreichen¹⁷ Regelungsrahmen werden sowohl die materiellrechtlichen wie auch die verfahrensrechtlichen Aspekte des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes ausgestaltet. Wichtige Fragen, etwa hinsichtlich der Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen oder auch des Verhältnisses des Beihilfen-

¹² Für einen Überblick über das europäische Beihilfenregime siehe *Kilb*, Subventionskontrolle durch europäisches Beihilfenrecht – Eine Übersicht, JuS 2003, S. 1072 ff.; *Koenig/Kühling*, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, S. 1065 ff.; *Streinz*, (Fn. 1), Rdnr. 844 ff. Ausführlich zum Beihilferecht *Heidenbain*, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002; *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 2003; *Sánchez Rydelski*, Handbuch EU-Beihilfenrecht, 2003; *Quigley/Collins* (Fn. 4); Biondi/Eeckhout/Flynn (Fn. 4).

¹³ VO (EG) Nr. 994/98 v. 7.5.1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. Nr. L 142 v. 14.5.1998, S. 1.

¹⁴ VO (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1.

¹⁵ Zur Bindungswirkung dieser Instrumente s. *Heidenbain*, (Fn. 4), § 2, Rdnr. 2.

¹⁶ Richtlinie 80/723/EWG der Kommission v. 25.7.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. Nr. L 195 v. 29.7.1980, S. 35; zuletzt geändert durch Richtlinie 2000/52/EG der Kommission, ABl. Nr. L 193 v. 29.7.2000, S. 75.

¹⁷ Die von der Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, angebotene Textsammlung zum Beihilfenrecht umfasst 833 Seiten, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/iiia/de.pdf (Stand: 5.9.2004).

rechts zu den anderen Bereichen des EG-Rechts sind hingegen entweder nicht ausdrücklich geregelt oder dem nationalen Recht überlassen, welches jedoch diesbezüglich durch die allgemeinen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts überlagert wird.

1. Materielles Beihilfenrecht

Artikel 87 Abs. 1 EGV erklärt „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ für „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“ Artikel 87 Abs. 2 EGV lit. a) bis c) EGV zählt bestimmte Formen von Beihilfen¹⁸ (soziale Beihilfen zu Gunsten von einzelnen Verbrauchern, Schadensausgleich nach Unglücksereignissen wie Naturkatastrophen sowie Beihilfen zum Ausgleich teilungsbedingter Nachteile in der Bundesrepublik Deutschland) auf, die im Wege der Legalausnahme vom Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV ausgenommen sind. Daneben eröffnet Art. 87 Abs. 3 EGV i.V.m. Art. 88 EGV der Kommission die Möglichkeit, bestimmte Arten von Beihilfen nach ihrem anerkannt weiten Ermessen¹⁹ für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären. Hervorgehobene Bedeutung hat dabei Art. 87 Abs. 3 lit. c) EGV, der sowohl die Zulassung sektoraler und regionaler als auch horizontaler Beihilfen vorsieht. Die genaue Anwendung dieser Ermessenstatbestände hat die Kommission – unter Billigung durch den EuGH²⁰ – durch den Erlass einer Vielzahl von Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen²¹ entwickelt und präzisiert, bevor die auf Art. 89 EGV gestützte ErmächtigungsVO des Rates der Kommission die Kompetenz übertrug, für bestimmte Arten von Beihilfen Gruppenfreistellungsverordnungen vergleichbar denen nach Art. 81 Abs. 3 EGV zu erlassen. Von dieser Ermächtigung hat die Kommission inzwischen für Ausbildungsbeihilfen²², De-minimis-Beihilfen²³, Beihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU)²⁴

¹⁸ Wobei die in Art. 87 Abs. 2 lit. a) EGV genannten „Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher“, soweit sie diskriminierungsfrei gewährt werden, bereits nicht unter den Beihilfenbegriff des Abs. 1 fallen dürften. Der Anwendungsbereich der Vorschrift wird daher zu Recht zumindest als „eng“ bezeichnet (vgl. *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 62).

¹⁹ EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671; s. auch *Heidenhain*, (Fn. 11), § 1, Rdnr. 5.

²⁰ S. jüngst z.B. EuG, Rs. T-35/99, Slg. 2002, II-261, Rdnr. 77 (*Keller/Kommission*).

²¹ Die von der Kommission manchmal veröffentlichten Mitteilungen beziehen sich im Unterschied zu Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen nicht auf die Anwendung des Ermessens im Rahmen des Art. 87 Abs. 3 EGV, sondern das Begriffsverständnis hinsichtlich des Grundtatbestandes in Art. 87 Abs. 1 EGV.

²² VO 68/2001 der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 20.

²³ VO 69/2001 der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-Minimis“-Beihilfen, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 30.

sowie zuletzt für Beschäftigungsbeihilfen²⁵ Gebrauch gemacht und dadurch die jeweiligen Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen abgelöst. Außerhalb des Anwendungsbereichs der ErmächtigungsVO und der Gruppenfreistellungsverordnungen folgt die Praxis der Kommission jedoch weiterhin umfangreich solchen Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen, insbesondere hinsichtlich der Beihilfengewährung in bestimmten Industriezweigen, und die Kommission erlässt solche Instrumente auch weiterhin.²⁶

An systematisch „falscher Stelle“²⁷ bei den Verfahrensregelungen findet sich in Art. 88 Abs. 2 UAbs. 3 und 4 EGV die Zuständigkeit des Rates, einstimmig und nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände zu entscheiden, dass eine Beihilfe als „mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt“. Bei dieser Entscheidung kommt wiederum dem Rat ein weiter Ermessens- und auch Beurteilungsspielraum zu.²⁸ Ausgeschlossen ist eine Entscheidung nach Art. 88 Abs. 2 UAbs. 3 und 4 allerdings, soweit die Kommission bereits im Hauptprüfverfahren nach Art. 88 Abs. 2 UAbs. 1 EGV i.V.m. Art. 7 Abs. 5 VerfVO die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt hat, wie der EuGH jüngst klargestellt hat.²⁹ Die praktische Bedeutung dieser kritisch zu sehenden Ratskompetenz³⁰ dürfte damit tendenziell weiter abnehmen.

Als „Grundnorm“ des materiellen EG-Beihilfenrechts statuiert Art. 87 EGV somit – anders als der vormalige Art. 4 lit. c) EGKS³¹ – kein absolutes Beihilfenverbot, sondern vielmehr ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt.³² Im Kapitel 1 des Titels VI – Wettbewerbsregeln – angesiedelt, bildet das Beihilfenverbot einen Bestandteil des Systems, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes

²⁴ VO 70/2001 der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleinere und mittlere Unternehmen, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 33, zuletzt geändert durch VO 364/2004 der Kommission, ABl. Nr. L 63 v. 28.2.2004, S. 22.

²⁵ VO 2204/2002 der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. Nr. L 337 v. 13.12.2002, S. 3.

²⁶ Siehe jüngst z.B. den Multisektoralen Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben, ABl. Nr. C 70 v. 19.3.2002, S. 8; dazu *Soltész*, Subventionskalkül oder Beihilfenkontrolle? – Der neue Multisektorale Regionalbeihilferahmen als europaweites Investitionshemmnis?, EWS 2004, S. 241 ff.

²⁷ Art. 88 Abs. 2 UAbs. 3 EGV beinhaltet eine Befugnis, die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt unter Abweichung von Art. 87 EGV zu fingieren und regelt nicht lediglich eine Zuständigkeit im Beihilfenverfahren und hätte damit systematisch seine Stellung als Art. 87 Abs. 4 EGV finden müssen.

²⁸ EuGH, Rs. C-122/94, Slg. 1996, I-881, Rdnr. 18 (*Kommission/Rat* – „Weindestillation“).

²⁹ EuGH, Urt. v. 29.6.2004, Rs. C-110/02 (*Kommission/Rat*), noch nicht in amt. Slg., aber unter www.curia.eu.int abrufbar. Zuvor schon ebenso *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 88 EGV, Rdnr. 33 m.w.N. zu dieser Position.

³⁰ Siehe die Kritik hierzu bei *Heidenbain*, (Fn. 11), § 20, Rdnr. 4 ff.

³¹ Dieser wurde durch die Praxis allerdings ebenfalls aufgeweicht, vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, (Fn. 12), S. 33 f.

³² *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 4.

vor Verfälschungen schützt“ (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV). Auf EGKS-Produkte findet es nach dem Auslaufen des EGKSV am 23. Juli 2002 ebenso Anwendung wie von jeher auf EAG-Produkte.³³ Für den Bereich der Produktion und Erzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse gelten die Wettbewerbsregeln des EGV einschließlich der Beihilfenvorschriften hingegen nur insoweit, als der Rat dies gesondert beschließt (Art. 36 S. 1 EGV). Artikel 73 EGV beinhaltet eine weitere Legal Ausnahme zu Gunsten von Beihilfen im Verkehrswesen. Schlussendlich unterliegen Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV den Wettbewerbsregeln und damit auch dem Beihilfenrecht des EGV nur insoweit, als dessen Anwendung die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich nicht behindert. Auf Beihilfen der EG selbst finden die Art. 87 ff. EGV grundsätzlich keine Anwendung.³⁴

2. Beihilfenverfahrensrecht

Artikel 88 EGV weist sowohl die Aufgabe der präventiven wie auch der repressiven Aufsicht über neue und bestehende Beihilfen der Mitgliedstaaten ausschließlich der Kommission zu.³⁵ Eine Ausnahme von dieser umfassenden Kompetenz der Kommission bildet lediglich die o.g. Sonderzuständigkeit des Rates nach Art. 88 Abs. 2 UAbs. 3 und 4 EGV. Dabei unterscheidet Art. 88 EGV zwischen der repressiven Aufsicht über bestehende Beihilfenregelungen nach Abs. 1 und 2 sowie der präventiven Beihilfenkontrolle über neu eingeführte oder umgestaltete Beihilfen nach Abs. 3, regelt das Verfahren vor der Kommission im übrigen jedoch nur rudimentär. Die zur Ausgestaltung des Verfahrens von der Kommission 1966 und 1972 gemachten Verordnungsvorschläge waren im Rat gescheitert.³⁶ Erst 1999 erließ der Rat die o.g. VerfVO. In dieser wurden die zuvor durch die EuGH-Rechtsprechung sowie durch Kommissionsmitteilungen entwickelten Verfahrensregeln kodifiziert.³⁷

Zentrale Bedeutung im präventiven Beihilfenverfahren kommt der Pflicht der Mitgliedstaaten zu, der Kommission sämtliche neuen Beihilfen vor deren Einführung zu notifizieren und die Entscheidung der Kommission über deren Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt, begrenzt durch gewisse Fristen, abzuwarten (Art. 88 Abs. 3 EGV, Art. 2 ff. VerfVO). Nach der Rechtsprechung des EuGH wirkt dieses

³³ Heidenhain, (Fn. 11), § 1, Rdnr. 13; Koenig/Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 14 f.

³⁴ Koenig/Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 16.

³⁵ Ausführlich zum EG-Beihilfenverfahrensrecht Rosenfeld, Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht, 2000; Sinnaeve, in: Heidenhain, (Fn. 11), §§ 32-39.

³⁶ Sinnaeve, (Fn. 35), § 32, Rdnr. 8.

³⁷ Sinnaeve, (Fn. 35), § 32, Rdnr. 11 ff.

Durchführungsverbot unmittelbar und kann somit vor den nationalen Gerichten beispielsweise von Wettbewerbern durchgesetzt werden.³⁸ Im Übrigen stehen sowohl dem Beihilfeempfänger wie auch den die Beihilfe gewährenden substaatlichen Körperschaften im Beihilfeverfahren nur begrenzte Beteiligtenrechte zu, und diese auch erst in der zweiten Stufe, dem sogenannten Hauptverfahren.³⁹

Nach deutschem Recht handelt es sich bei dem aus Art. 88 Abs. 3 EGV resultierenden Durchführungsverbot nach der insoweit klarstellenden Entscheidung des BGH vom 4. April 2003⁴⁰ um ein Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB. Ein Verstoß begründet die Nichtigkeit zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verträge über die Gewährung der Beihilfe.⁴¹ Soweit eine gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe einseitig hoheitlich gewährt wurde, ist sie zwingend vom Empfänger zurückzufordern. Als Grundlage hierfür ist nach deutschem Recht regelmäßig § 48 VwVfG bzw. die entsprechende Regelung des jeweiligen Landes-Verwaltungsverfahrensgesetzes heranzuziehen, wobei die dort aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes vorgesehenen Einschränkungen der Rücknahme unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Rückforderung nach der „Alcan“-Rechtsprechung des EuGH zu modifizieren sind, so dass sowohl eine Berufung auf die Ausschlussfrist nach § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG als auf den Wegfall der Bereicherung nach § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG regelmäßig ausscheidet.⁴²

III. Funktionen von Beihilfenbegriff und Beihilfenverbot

Besondere Bedeutung für die Auslegung von Rechtsnormen kommt nach dem heutigen Methodenverständnis insbesondere deren objektiven Zielsetzungen zu. Für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts als supranationaler Integrationsordnung gilt dies aufgrund der besonderen Probleme, welche die Wortlautauslegung mehrsprachiger (Vertrags-)Texte mit sich bringt,⁴³ in besonders ausgeprägtem

³⁸ EuGH, Rs. C-354/90, Slg. 1991, I-5505 (*FNCE/Frankreich*). Zum Drittrechtsschutz im EG-Beihilfenrecht siehe *Nordmann*, Die negative Konkurrentenklage im EG-Beihilfenrecht vor europäischen und deutschen Gerichten, 2003; *Soltész*, in: Heidenhain, (Fn. 11), 2003, § 44; *Schmidt-Kötters*, in: Heidenhain, (Fn. 4), §§ 56-59.

³⁹ S. hierzu *Sinnaeve*, (Fn. 35), § 37, Rdnr. 1 ff.

⁴⁰ BGH, V ZR 314/02, EuZW 2003, S. 444.

⁴¹ S. hierzu *Kühling*, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbots aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG – Das Flächenerwerbsurteil des BGH vom 4.4. 2003, ZWvR 4/2003, S. 498 ff. m.w.N.

⁴² S. hierzu lediglich EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (*Alcan/Rheinland-Pfalz*).

⁴³ S. hierzu *Herrmann*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 290 EGV, Rdnr. 33.

Maße.⁴⁴ Eine Annäherung an den Beihilfenbegriff muss sich daher zunächst dessen vielfältige Funktionen und Ziele im Gemeinschaftsrechtssystem vergegenwärtigen, die allerdings nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern vielmehr ineinander greifen und sich ergänzen.

1. Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des EG-Beihilfenkontrollregimes

Zuvörderst kommt dem Beihilfenbegriff die Funktion zu, den sachlichen Anwendungsbereich des materiellen Beihilfenverbots und des präventiven wie repressiven Beihilfenüberwachungssystems zu bestimmen. Sobald eine staatliche Maßnahme als Beihilfe i.S. von Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren ist, unterliegt sie vollumfänglich den oben geschilderten materiellen und prozessualen Regeln, die sämtlich auf den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV verweisen. Bildet eine Maßnahme bereits begrifflich keine Beihilfe in diesem Sinne, so kommt es auf eine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt i.S. dieser Vorschriften nicht mehr an, was jedoch nicht bedeutet, dass nicht andere Vorschriften des Vertrages – etwa die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot oder die Regeln über öffentliche Unternehmen – eingreifen können.⁴⁵

2. Kompensation für den Wegfall zwischenstaatlicher Ausgleichszölle in der Zollunion

Eine weitere Funktion des Beihilfenverbots und damit untrennbar verbunden des Beihilfenbegriffs liegt im Ursprung der europäischen Integration begründet, spielt jedoch in der heutigen Literatur und Rechtsprechung keine Rolle mehr. So stand am Anfang der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes als erste Integrationsstufe die Zollunion, die am 1. Juli 1968 mit der Verabschiedung des Gemeinsamen Zolltarifs verwirklicht wurde,⁴⁶ und die die Abschaffung des Instruments der Anti-beihilfenzölle zwischen den Mitgliedstaaten mit sich brachte. Zuvor bestand als Reaktionsmöglichkeit auf die Beihilfengewährung durch einen der anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei der Einfuhr subventionierter Waren Ausgleichszölle zu erheben, um die Wirkung der Subventionen zu beseitigen und auf diese Weise die durch die Subvention andernfalls ausgelöste Wettbewerbsverzerrung auf

⁴⁴ S. hierzu *Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, S. 192 ff.

⁴⁵ Zum Verhältnis des Beihilfenverbots zu den sonstigen Bereichen des EG-Rechts vgl. *Koenig/Kübling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 17 ff.

⁴⁶ S. hierzu *Herrmann*, Die Außenhandelsdimension des Binnenmarktes im Verfassungsentwurf – Von der Zoll- zur Weltordnungspolitik, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, Beiheft EuR 3/2004, S. 175 (177).

dem Importmarkt zu verhindern,⁴⁷ eine Vorgehensweise, die im weltweiten Maßstab nach wie vor zu den klassischen handelspolitischen Schutzinstrumenten zählt.⁴⁸ Im Unterschied zu Ausgleichszöllen kommt dem Beihilfenverbot im EGV allerdings nicht allein ein solcher defensiver Charakter zu, d.h. es dient nicht nur der Abwehr von Handelsverwerfungen auf dem Importmarkt, sondern es entfaltet vielmehr auch Markt öffnende Wirkung indem es Wettbewerbsverzerrungen auf den EG-internen Exportmärkten verhindert, die andernfalls durch die Subventionierung dort einheimischer Erzeugnisse entstehen könnten.⁴⁹ Seinen Ausdruck findet diese historische Wurzel des EG-Beihilfenrechts nach wie vor im Tatbestandselement „soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen“ (Art. 87 Abs. 1 EGV a.E.).

3. Sicherstellung der Völkerrechtskonformität der Beihilfengewährung durch die Mitgliedstaaten

Als Mitglieder der WTO sind sowohl die EG als auch ihre Mitgliedstaaten zu einer völkerrechtskonformen Beihilfenpraxis verpflichtet. Soweit europäische Unternehmen unter Verstoß gegen die Regeln insbesondere des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ÜSCM)⁵⁰ Beihilfen erhalten, müssen diese Unternehmen – soweit sie subventionierte Waren in Drittstaaten exportieren – mit Ausgleichszöllen nach Art. 10 ff. ÜSCM rechnen, oder andere europäische Exporteure können Opfer von sogenannten Gegenmaßnahmen nach Art. 4.10 bzw. 7.9 ÜSCM werden.⁵¹ Damit erwächst der Kommission insbesondere aus Art. 300 Abs. 7 EGV die Pflicht, die WTO-Konformität von in der EG gewährten Beihilfen in Ausübung der beihilfenaufsichtlichen Befugnisse zu berücksichtigen. Hieraus den Schluss auf eine WTO-konforme Auslegung des EG-rechtlichen Beihilfenbegriffs zu ziehen und diesen unter Rückgriff auf die Begriffsdefinitionen der Art. 1 und 2 ÜSCM zu interpretieren, lehnt das EuG allerdings ab,⁵² was vor dem Hintergrund der ständigen EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren und mittelbaren Wirkung des WTO-Rechts⁵³ konsequent ist, dient doch das EG-Beihilfenregime –

⁴⁷ Vgl. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 677.

⁴⁸ Zu Begriff und Bedeutung handelspolitischer Schutzinstrumente s. Weiß/Herrmann, Welthandelsrecht, 2003, Rdnr. 629 ff.

⁴⁹ S. jüngst etwa EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 77 f. (*Altmark Trans*). Diese Dimension von beihilfenrechtlichen Vorschriften wurde im Welthandelsystem erst durch den Abschluss des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ÜSCM) unter dem Dach der Welthandelsorganisation 1995 stärker ausgeprägt. So sieht das ÜSCM vor, dass die WTO-Mitglieder Konsultationen führen, wenn sie die Auffassung vertreten, dass die Subventionspraxis eines anderen Mitglieds mit den WTO-Regeln nicht vereinbar ist, vgl. Weiß/Herrmann, (Fn. 48), Rdnr. 683 ff.

⁵⁰ ABl. Nr. L 336 v. 23.12.1994, S. 156.

⁵¹ Zu diesen Möglichkeiten s. Weiß/Herrmann, (Fn. 48), Rdnr. 698 ff.

⁵² EuG, Rs. T-55/99, Slg. 2000, II-3207, Rdnr. 50 (*CETM/Kommission*).

anders als das EG-außenwirtschaftsrechtliche Antibeihilfenrecht⁵⁴ – nicht der Umsetzung von WTO-rechtlichen Verpflichtungen und verweist auch nicht ausdrücklich auf diese. Dies ist insoweit bedenklich, als die Rechtsprechung von EuGH und WTO Appellate Body zum Begriff der Beihilfe bzw. Subvention in der Frage, inwieweit jeweils eine finanzielle Belastung für öffentliche Haushalte erforderlich ist, bereits divergiert, und das WTO-rechtliche Verständnis der Subvention damit – entgegen dem damaligen Vortrag der Kommission im Verfahren *Fediol*⁵⁵ – weiter gefasst ist als der EG-rechtliche Beihilfenbegriff.⁵⁶ Die präventive Beihilfenkontrolle durch die Kommission kann unter diesen Bedingungen die WTO-Rechtskonformität der Subventionsgewährung innerhalb der EG nicht gewährleisten.

4. Herstellung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt

Das von der EG verfolgte Modell ökonomischer Integration weist mit dem Leitbild eines Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes über eine schlichte Zollunion weit hinaus.⁵⁷ Einen seiner zentralen Bausteine bildet gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“. Als Teil der Wettbewerbsregeln des Titels VI, Kapitel 1 EGV schützt das Beihilfeverbot somit vor staatlichen Verfälschungen des Wettbewerbs, was im Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV seinen Niederschlag in dem Merkmal „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ findet. Damit unterscheidet sich das Beihilfenregime des EGV signifikant von dem im Recht der handelspolitischen Schutzinstrumente angewandten Kriterium der „Schädigung eines einheimischen Wirtschaftszweiges“. Auf eine spürbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse von Wettbewerbern kommt es im Ergebnis nicht an,

⁵³ S. hierzu *Prieß/Berrisch*, in: dies. (Hrsg.), WTO-Handbuch, C.II.1, Rdnr. 18 ff.; *Weiß/Herrmann*, (Fn. 46), Rdnr. 129 ff. jeweils m.w.N.

⁵⁴ Vgl. hierzu EuGH, Rs. 70/87, Slg. 1989, 1781, Rdnr. 19 ff. (*Fediol/Kommission*).

⁵⁵ Vortrag der Kommission in EuGH, verb. Rs. 187 u. 188/85, Slg. 1989, 4155 (4165), (*Fediol/Kommission*). Vgl. *Slotboom*, State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?, ELRev. 1995, S. 289 (295); *ders.*, Subsidies in WTO Law and in EC Law, JWT 2002, S. 517 ff. Eine solche „gespaltene Zunge“ der Kommission vor EuGH und WTO-Streitbeilegungsorganen ist im Übrigen keineswegs die Ausnahme. Ein weiteres Beispiel bildet das „Verbraucherleitbild“, welches mitgliedstaatlichen Maßnahmen und solchen der EG entgegengehalten werden darf, vgl. hierzu *Herrmann*, Irreführungsschutz im Welthandelsrecht – WTO-Berufungsgremium bestätigt Verurteilung der EG im Sardinienfall, ZLR 2002, S. 794 ff.

⁵⁶ S. hierzu *Tietje*, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 26, 2004, S. 7 ff.; *Slotboom*, (Fn. 55), JWT 2002, S. 517 ff.

⁵⁷ Zum Streit um den begrifflichen Unterschied zwischen Binnenmarkt und Gemeinsamen Markt s. *Leible*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 14, Rdnr. 10 ff. Zum Unterschied zwischen Binnenmarkt und Zollunion s. *Herrmann*, Die Außenhandelsdimension des Binnenmarktes im Verfassungsentswurf – Von der Zoll- zur Weltordnungspolitik, in: Hatje/Terhechte (Fn. 46). Zu den verschiedenen Integrationsstufen s. auch *Weiß/Herrmann*, (Fn. 46), Rdnr. 602.

vielmehr wird der Wettbewerb selbst als ordnungspolitisches Steuerungskonzept und Teil der Grundentscheidung der EG für ein marktwirtschaftliches Konzept der Wirtschaftsverfassung⁵⁸ geschützt. Der Beihilfenbegriff dient insoweit also auch als wirtschaftsverfassungsrechtliche Trennlinie zwischen der Souveränität der Mitgliedstaaten zur zulässigen abstrakten Ordnung der Wettbewerbsrahmenbedingungen und dem unerwünschten, den Wettbewerb verfälschenden Eingriff.

5. Individualrechtliche Komponente – Konkurrentenschutz

Die Gewährung von Vergünstigungen an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige wirkt sich jedoch nicht nur abstrakt auf den Wettbewerb als ordnungspolitisches Verfahren der Ressourcenallokation aus, sondern wirkt unmittelbar auf die relative Wettbewerbsposition der in einem bestimmten Markt tätigen Unternehmen ein. Der Wettbewerbsfreiheit wohnt daher zu Recht auch eine subjektivrechtliche Komponente inne,⁵⁹ die sich im Beihilfenrecht durch die Möglichkeit der Konkurrentenklage gegen nicht der Kommission notifizierte sowie von dieser genehmigte Beihilfen manifestiert. Der Beihilfenbegriff trennt damit auch in diesem Zusammenhang zwischen abstrakt den Wettbewerb ordnenden Maßnahmen, welche die Wirtschaftsteilnehmer regelmäßig auch dann hinzunehmen haben, wenn sich ihre zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten verschlechtern, und konkreten Eingriffen in die Wettbewerbsfreiheit, welche abgewehrt werden können.

6. Institutionelle Bedeutung – Vertikale und horizontale Kompetenzzuweisungsregel

Nicht zuletzt kommt dem Beihilfenbegriff eine erhebliche institutionelle Bedeutung zu. Beihilfen i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV dürfen die Mitgliedstaaten nur nach einer positiven Entscheidung der Kommission als Organ der EG gewähren. Zugleich kommt der Kommission bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Maßnahme eine Beihilfe bildet, kein Ermessen, sondern lediglich ein Beurteilungsspielraum bei der Feststellung und Ermittlung der Tatsachen zu, etwa ob der Staat im Einzelfall wie ein privater Investor gehandelt hat. Dieser Beurteilungsspielraum kann jedoch in Sonderfällen ebenfalls sehr weit reichen.⁶⁰ Die letztverbindliche Auslegung des Begriffs der Beihilfe liegt aber beim EuGH. Der Beihilfenbegriff bildet damit das Kernstück einer vertikalen und horizontalen Kompetenzzuweisungsregel.⁶¹

⁵⁸ So enthält Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV nach der Rechtsprechung des EuGH eine Bestandsgarantie für die Institution „Wettbewerb“, vgl. EuGH, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, Rdnr. 24 (*Euroemballage und Continental Can*).

⁵⁹ Vgl. EuGH, verb. Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289, Rdnr. 15 ff. (*Rau/BALM*). Dazu *Haverkate*, § 4 Subventionsrecht, in: Schmidt, (Fn. 8), S. 331 (375 ff.).

⁶⁰ EuG, Rs.T-67/94, Slg. 1998, II-1, Rdnr. 52 (*Ladbroke Racing/Kommission*).

IV. Entwicklung des Beihilfenbegriffs durch Kommission und EuGH

„Einen einheitlichen Subventions- oder Beihilfenbegriff kennt das Gemeinschaftsrecht nicht“ schrieb *H.-P. Ipsen* in seinem „Europäischen Gemeinschaftsrecht“ 1972.⁶² Danach ist die Interpretation des Beihilfenbegriffs oftmals der schwierigste Teil der Bewertung von Beihilfemaßnahmen.⁶³ Andere stellen fest, die „vorsichtige Formulierung“ des Art. 87 Abs. 1 EGV habe es der Rechtsprechung, dem Schrifttum sowie der Entscheidungspraxis der Kommission überlassen, den Begriff der Beihilfe zu klären.⁶⁴ Dieser Herausforderung haben sich die Kommission und der EuGH in der Praxis gestellt. Dabei hat die Kommission versucht, die Unsicherheit über die Anwendung des Beihilfenbegriffs dadurch zu reduzieren, dass sie den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum durch die Veröffentlichung von Mitteilungen bzw. den Erlass von Leitlinien ausgefüllt hat, in denen sie unter Billigung durch den EuGH die von ihr bei der Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV zu Grunde gelegte Auslegung des Beihilfenbegriffs erläutert hat.⁶⁵ Darüber hinaus hat der EuGH in einer Vielzahl von Urteilen die einzelnen Tatbestandselemente des Beihilfenbegriffs konkretisiert.

V. Der Beihilfenbegriff als objektiver Rechtsbegriff

Bei dem in Art. 87 Abs. 1 EGV niedergelegten Begriff der Beihilfe handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des EuGH um einen „objektiven Rechtsbegriff“, der anhand objektiver Kriterien auszulegen ist und sich allein an den ökonomischen Auswirkungen einer Maßnahme orientiert.⁶⁶ Dem Charakter als objektiver Rechtsbegriff widerspricht auch nicht die häufig vorzufindende Bezugnahme des EuGH auf Intentionen des nationalen Gesetzgebers bei der Beurteilung, ob eine Maßnahme die objektiven Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffs erfüllt.⁶⁷ Insoweit bedeutet „objektiv“ lediglich, dass es für die Feststellung, ob es

⁶¹ Vgl. auch *Heidenhain*, in: ders., (Fn. 11), § 3, Rdnr. 1.

⁶² *Ipsen*, (Fn. 47), S. 673.

⁶³ *Sánchez Rydelski*, Handbuch EU-Beihilfenrecht, 2003, S. 56.

⁶⁴ *Mederer*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 2, 2004, Art. 87 EG, Rdnr. 2.

⁶⁵ Vgl. ausführlich zu den diesbezüglichen Instrumenten *van Ysendyck*, in: von der Groeben/Schwarze, (Fn. 64), Art. 87 EG, Rdnr. 55 ff.

⁶⁶ EuGH, Rs. 173/73, Slg. 1974, 709, Rdnr. 26 (*Italien/Kommission*); Rs. 310/85, Slg. 1987, 901, Rdnr. 8 (*Deufil/Kommission*), EuG, Rs. T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 83 (*SIC/Kommission*). S. hierzu *Heidenhain*, in: ders. (Fn. 11), § 3, Rdnr. 8.

⁶⁷ S. hierzu *Plender*, (Fn. 4), S. 3 (6 ff.) m.w.N.

sich bei einer in Rede stehenden Maßnahme um eine Beihilfe i.S. von Art. 87 Abs. 1 EGV handelt, nicht darauf ankommt, dem Beihilfegeber eine Begünstigungsabsicht als subjektives Tatbestandsmerkmal nachzuweisen. Vorgefundene Regelungsziele des Gesetzgebers dienen lediglich als Indizien für die Beurteilung des objektiven Vorliegens einer spezifischen Begünstigung. Umgekehrt genügt der Umstand allein, dass eine Maßnahme z.B. sozial- oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen verfolgt, keineswegs, um diese Maßnahme aus dem Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EGV heraus zu nehmen.⁶⁸

VI. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffs

Der in Art. 87 Abs. 1 EGV enthaltene Begriff der Beihilfe, dessen äußere Grenze durch die Notwendigkeit des Vorliegens einer Begünstigung gezogen wird, ist nach ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Steenkolenmijnen*⁶⁹ und nach überwiegender Ansicht im Schrifttum⁷⁰ ganz weit zu verstehen, um den primären Schutzzweck des Beihilfenverbots – die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gemeinsamen Markt – möglichst effektiv zu erreichen. Anstatt einer abschließenden Definition haben Rechtsprechung und Literatur dem Wortlaut des Art. 87 Abs. 1 EGV fünf kumulative⁷¹ Tatbestandselemente entnommen, die allerdings nicht isoliert in den Blick genommen werden können, sondern sich gegenseitig ergänzen.⁷²

1. Begünstigung

Grundvoraussetzung für die Bejahung einer Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV ist das Vorliegen einer Begünstigung. Eine solche ist dann gegeben, wenn einem Unternehmen oder Produktionszweig ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt wird, ohne dass diesem eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Dabei kommt es – anders als für den klassischen Subventionsbegriff – nicht darauf an, dass ein

⁶⁸ EuGH, Rs. 173/73, Slg. 1974, 709, Rdnr. 26/28 (*Italien/Kommission*); EuG, verb. Rs. T-92 u. 103/00, Slg. 2002, II-1385, Rdnr. 51 (*Territorio Histórico u.a./Kommission*).

⁶⁹ EuGH, Rs. 30/59, Slg. 1961, 1 (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hobe Behörde*).

⁷⁰ *Bacon*, State Aids and General Measures, YEL 1997, S. 269 (274); *Heidenhain*, in: ders., (Fn. 11), § 3, Rdnr. 2; *Koenig*, Weichenstellungen im EG-Beihilfentatbestand: „Market Economy Investor“ Test und Marktabgrenzung, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, ZHR-Beiheft Bd. 69, 2001, S. 9 ff (10); *Mederer*, in: von der Groeben/Schwarze, (Fn. 64), Art. 87 EG, Rdnr. 5; *Razolinson*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag – Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 2; *Streinz*, (Fn. 1), Rdnr. 845.

⁷¹ S. jüngst EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 74 (*Altmark Trans*).

⁷² *Plender*, (Fn. 4), S. 3 (5).

Zuschuss gewährt wird, sondern es genügt auch, wenn einem Unternehmen Erleichterungen von andernfalls zu entrichtenden Beträgen wie Steuern, Abgaben oder Zinsen eingeräumt werden, solange diese Entlastung nicht „durch die Natur oder den inneren Aufbau“ eines Sachbereichs gerechtfertigt ist.⁷³ Das Gleiche gilt, wenn zueinander im Wettbewerb stehende Unternehmen unterschiedlichen Belastungen ausgesetzt werden, für die kein rechtfertigender Grund ersichtlich ist. Auch die Vergabe öffentlicher Aufträge oder die Bereitstellung staatlicher Dienstleistungen an Private können sich als Begünstigung erweisen.⁷⁴ Den Maßstab für die Feststellung einer Begünstigung aufgrund eines unangemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung bildet dabei ein sogenannter *Market Economy Investor*.⁷⁵ Eine Begünstigung ist im Ergebnis dann zu verneinen, wenn das Unternehmen für die Leistung eine marktübliche Gegenleistung (z.B. Verzinsung) entrichtet. Dabei dürfen gesamtwirtschaftliche Rentabilitätsabwägungen des Staates, die sich z.B. auf die Ersparnis von Arbeitslosenhilfe oder auf höhere Steuereinnahmen richten, keine Berücksichtigung finden. Vielmehr ist zwischen dem Staat als politisch verantwortlichem Hoheitsträger zur Verfolgung öffentlicher Interessen und als Teilnehmer am privaten Wirtschaftsverkehr streng zu trennen. Dies gilt im Übrigen für alle Bereiche des EG-Rechts, etwa auch im Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 2 EGV sowie staatlichen Sonderrechten an privaten Kapitalgesellschaften (*Golden Shares*). Der insoweit oft zur Unterstützung der Gegenauffassung bemühte Art. 295 EGV, wonach das Gemeinschaftsrecht die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lasse, besagt gerade nicht, dass der Staat als privater Eigentümer oder Investor andere Rechte genießt als Private.⁷⁶ Allerdings hat der EuGH insbesondere in den Urteilen *Ferring* und *Altmark Trans* in jüngster Zeit Verlustausgleichszahlungen der öffentlichen Hand an Unternehmen, die mit Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge betraut sind, unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Beihilfenbegriff herausgenommen, da diese durch die den Unternehmen auferlegte gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen ausgeglichen würden (dazu ausführlich unten S. 435 ff.).

Für die Feststellung, dass materiell keine Begünstigung vorliegt, verlangt die Kommission bei Fehlen eines Marktpreises, dass das fragliche Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis in einem objektiven Verfahren ermittelt worden ist. Dafür kommen

⁷³ EuGH, Rs. 30/59, Slg. 1961, I (19), (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde*); Rs. C-387/92, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13 (*Banco Exterior*); Rs. C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Rdnr. 51 (*Italien/Kommission*).

⁷⁴ Zu den Fallgruppen möglicher Begünstigungen vgl. in Heidenhain, (Fn. 11), §§ 6-9; *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 38 ff.

⁷⁵ S. *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 32 m. Nachw. zur Rechtsprechung und Literatur. Das Market-economy-investor-Prinzip geht auf die Position der Kommission im Zusammenhang mit der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG, ABl. Nr. L 195 v. 19.7.1980, S. 35, zurück, vgl. *D'Sa*, When is Aid not State Aid?, *ELRev.* 2000, S. 139 (144).

⁷⁶ Vgl. *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 86 EGV, Rdnr. 4.

entweder ein Kostennachweis, ein Wertgutachten oder ein Ausschreibungsverfahren in Betracht, wobei die Kommission eine Präferenz für das Ausschreibungsverfahren hat,⁷⁷ der sich der Gerichtshof in seinem Urteil *Altmark Trans* im Jahr 2003 angeschlossen zu haben scheint.⁷⁸

Problematisch ist, wie weitreichend Vorteile i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV auch mittelbar gewährt werden können. Hier stellen sich erhebliche Probleme hinsichtlich der Quantifizierung des Beihilfenäquivalents bei den jeweils mittelbar Begünstigten sowie in Bezug auf die Rückforderung rechtswidriger Begünstigungen.⁷⁹ Generell der Beihilfenaufsicht entzogen sind aber auch mittelbar gewährte Vergünstigungen nicht.⁸⁰

2. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige – Spezifität der Begünstigung

Kennzeichnend für Beihilfen ist, dass sie nicht nach dem Gießkannenprinzip über einer Volkswirtschaft insgesamt ausgeschüttet, sondern dass sie nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zur Verfügung gestellt werden, um deren Wettbewerbsposition positiv zu beeinflussen. Allgemeine Infrastruktur- oder Fördermaßnahmen begünstigen nicht speziell bzw. spezifisch einzelne Unternehmen oder Branchen, sondern kommen der Wirtschaft insgesamt zu Gute. Derartige allgemeine Maßnahmen der Wirtschaftsförderung, wie sie z.B. Infrastrukturmaßnahmen paradigmatisch darstellen, unterliegen nicht der Kontrolle der Kommission im Rahmen der Beihilfenaufsicht, solange sie nicht ausschließlich oder ganz überwiegend bestimmten Unternehmen zu Gute kommen. Dies sieht die Kommission regelmäßig bei „inneren Erschließungsmaßnahmen“ auf dem Grundstück eines Unternehmens als gegeben an, hingegen nur ausnahmsweise bei der „äußeren Erschließung“, also etwa dem Anschluss des Grundstücks an öffentliche Verkehrswege und Versorgungsnetze.⁸¹

3. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt

Artikel 87 Abs. 1 EGV unterwirft nur „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ Beihilfen dem Beihilfenkontrollregime der EG. Die Auslegung dieses Tat-

⁷⁷ XXIX. Wettbewerbsbericht der Kommission 1999, SEK(2000) 720 endg., Ziff. 235.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93 ff. (*Altmark Trans*).

⁷⁹ S. hierzu Bacon, (Fn. 70), S. 269 (277 ff.); Heidenhain, in: ders., (Fn. 11), § 4, Rdnr. 14 ff; Koenig/Sander, Die verbrauchervermittelte Unternehmensbegünstigung, EuR 2000, S. 743 ff.

⁸⁰ Koenig/Sander, (Fn. 79), S. 743 (766 f.).

⁸¹ Heidenhain, (Fn. 11), § 9, Rdnr. 24 ff. Sofern allerdings äußere Erschließungsmaßnahmen nur einem einzigen Unternehmen zu Gute kommen, kann es sich auch bei ihnen um eine Beihilfe handeln, vgl. *ibid.*, Rdnr. 28.

bestandsmerkmals hat mehrfach den EuGH beschäftigt und ist in der Literatur sehr umstritten.⁸² Dabei geht es im Kern um die Frage, inwieweit eine Beihilfe eine Belastung öffentlicher Haushalte voraussetzt, oder ob bereits dann eine Beihilfe vorliegen kann, wenn zwar bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen wirtschaftliche Vorteile infolge eines staatlichen Hoheitsaktes zuwachsen, die dadurch verursachte Belastung aber andere Unternehmen oder Private zu tragen haben. Während der EuGH diese Frage in seinen ersten Urteilen, in denen sie relevant wurde, noch verneint hatte,⁸³ sah er im Verfahren *Crédit Agricole* in Solidaritätsleistungen für französische Bauern, die aus Überschüssen einer öffentlichen Bank finanziert wurden, welche diese durch private Bankgeschäfte erwirtschaftet hatte, sehr wohl eine Beihilfe. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass sich aus dem Wortlaut des Art. 87 Abs. 1 EGV (Art. 92 Abs. 1 EWGV) bereits ergebe, dass staatliche Beihilfen nicht nur dann vorlägen, wenn sie aus staatlichen Mitteln finanziert würden.⁸⁴ Teile der Literatur sahen in diesem Urteil einen klaren Widerspruch zur früheren Rechtsprechung, in der der EuGH entschieden hatte, dass der Begriff der „aus staatlichen Mitteln“ gewährten Beihilfe voraussetze, dass diese „vom Staat kommen“^{85,86} und werteten es als eine Aufgabe des Erfordernisses der Belastung öffentlicher Haushalte durch eine Beihilfe.⁸⁷ Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob in dem Urteil überhaupt eine Abkehr vom Erfordernis der Belastung öffentlicher Haushalte gesehen werden kann. Vielmehr deutet die Bezugnahme auf die Finanzierung darauf hin, dass es aus Sicht des Gerichtshofs keine Rolle spielt, woher die Mittel kommen, die – einmal generiert – von einer unter staatlicher Kontrolle stehenden Einrichtung als Beihilfe gewährt werden. Danach ist es gleichgültig, ob eine Einrichtung wie im Verfahren *Crédit Agricole* die Überschüsse, die als Beihilfen genutzt werden, aus privaten Geschäften erzielt hat. Maßgeblich war wohl für den EuGH vielmehr, dass über die Verwendung dieser einmal erzielten Überschüsse unter staatlicher Kontrolle entschieden wurde.⁸⁸ Bestätigung findet diese Einschätzung auch in dem späteren Urteil des Gerichtshofs im Verfahren *Ladbroke*, in dem der EuGH es für die Bejahung einer Beihilfe genügen ließ, dass bestimmte Summen, auf die ein Unternehmen zugreifen konnte, permanent unter staatlicher Kontrolle standen, auch wenn sie nicht auf Dauer dem Staat gehörten.⁸⁹ Das Tatbestandsmerkmal „aus staatlichen Mitteln“ diene dazu, „in den

⁸² S. hierzu *Heidenbain*, (Fn. 11), § 4, Rdnr. 19 ff.; *Slotboom*, (Fn. 55), S. 289; *Soltész*, Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 I EGV, EuZW 1998, S. 747.

⁸³ EuGH, Rs. 82/77, Slg. 1987, 25, Rdnrn. 23 u. 25 (*Van Tiggele*); verb. Rs. 213-215/81, Slg. 1982, 3583, Rdnr. 22 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*).

⁸⁴ EuGH, Rs. 290/83, Slg. 1985, 439, Rdnr. 14 (*Kommission/Fankreich*).

⁸⁵ EuGH, verb. Rs. 213-215/81, Slg. 1982, 3583, Rdnr. 22 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*).

⁸⁶ Vgl. *Soltész*, (Fn. 82), S. 747 (749).

⁸⁷ *Slotboom*, (Fn. 55), S. 289 (293).

⁸⁸ Vgl. EuGH, Rs. 290/83, Slg. 1985, 439, Rdnr. 15 (*Kommission/Fankreich*).

⁸⁹ EuGH, Rs. C-83/98, Slg. 2000, I-3271, Rdnr. 50 (*Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission*).

Beihilfiebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.“⁹⁰

Hingegen hat der EuGH in den Folgeurteilen *Sloman Neptun*, *Kirsammer-Hack* und *Viscido* den Beihilfecharakter von deutschen und italienischen arbeitsrechtlichen Vorschriften verneint, die zwar durch weniger strenge Vorschriften hinsichtlich Tarifbindung, Kündigungsschutz und Befristung von Arbeitsverhältnissen zu einer Kostenentlastung bei bestimmten Unternehmen führten, diese sich jedoch nicht unmittelbar in öffentlichen Haushalten niederschlug.⁹¹ Die damit verbundenen geringeren Belastungen mit Sozialabgaben sowie die Steuerausfälle der öffentlichen Hand seien „einer solchen Regelung immanent und stellten kein Mittel dar, um den betroffenen Unternehmen einen bestimmten Vorteil zu gewähren“⁹². Solche arbeitsrechtlichen Vorschriften seien lediglich „Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, für die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern [...] einen besonderen rechtlichen Rahmen zu erstellen und zu verhindern, dass diesen finanzielle Lasten auferlegt werden, die ihre Entwicklung behindern können.“⁹³ Der EuGH hat diese restriktive Rechtsauffassung zuletzt im „PreussenElektra“-Verfahren um das deutsche Strom einspeisungsgesetz⁹⁴ bestätigt und auf den Fall ausgedehnt, dass durch eine Abnahmeverpflichtung zu Mindestpreisen bestimmten Unternehmen unbestreitbare wirtschaftliche Vorteile gewährt würden, diese aber auf einer finanziellen Belastung anderer Unternehmen beruhten.⁹⁵ Auch hierbei handele es sich nicht um eine aus staatlichen Mitteln herrührende Begünstigung.

Aber selbst wenn die Vorteile von einer unter staatlicher Kontrolle stehenden Einrichtung gewährt werden, und damit eine Belastung öffentlicher Haushalte unzweifelhaft vorliegt, muss dies auf ein dem Staat zurechenbares Verhalten zurückzuführen sein⁹⁶ (zu letzteren beiden Aspekten ausführlich unten S. 434 ff.).

⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-72 u. 73/91, Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19 (*Sloman Neptun*).

⁹¹ EuGH, verb. Rs. C-72 u. 73/91, Slg. 1993, I-887 (*Sloman Neptun*); Rs. C-189/91, Slg. 1993, I-6185 (*Kirsammer-Hack/Nurhan Sirdal*); verb. Rs. C-52-54/97, Slg. 1998, I-2629 (*Viscido u.a./Ente Poste Italiane*).

⁹² EuGH, verb. Rs. C-72 u. 73/91, Slg. 1993, I-887, Rdnr. 21 (*Sloman Neptun*); vgl. zuletzt auch EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 62 (*PreussenElektra AG*).

⁹³ EuGH, Rs. C-189/91, Slg. 1993, I-6185 (*Kirsammer-Hack/Nurhan Sirdal*).

⁹⁴ Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Strom einspeisungsgesetz), BGBl. 1990 I 2633 i.d. Fassung v. 24.4.1998, BGBl. 1998 I, S. 730. Nunmehr abgelöst durch die Regelungen des Gesetzes für den Vorrang erneuerbarer Energien, BGBl. 2000 I, S. 305.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 58 ff. (*PreussenElektra AG*).

⁹⁶ EuGH, verb. Rs. 67/85, 68/85 u. 70/85, Slg. 1988, 219, Rdnr. 28 ff. (*Van der Kooy u.a./Kommission*); Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 51 (*Frankreich/Kommission – „Stardust Marine“*).

4. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels

Aufgrund der weiten Auslegung des Gerichtshofs kommt den Tatbestandselementen der Wettbewerbsverfälschung sowie der Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels allenfalls geringfügige Bedeutung für die Begrenzung des Beihilfenbegriffs zu.⁹⁷ Dabei hat der EuGH frühzeitig die beiden Elemente zusammengefasst und bejaht eine Beihilfe, wenn „die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel“ verstärkt wird.⁹⁸ Auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung kommt es nicht entscheidend an. Auch geringfügige Beihilfen können – sofern sie oberhalb der De-minimis-Grenze liegen (dazu sogleich unter 5.) eine Wettbewerbsverfälschung verursachen.⁹⁹ Es genügt, wenn eine Beihilfe geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen.¹⁰⁰ Eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs muss nicht nachgewiesen werden.¹⁰¹ Überdies reicht es aus, wenn das Wettbewerbsverhältnis nur möglicherweise zur Entstehung gelangt.¹⁰² Sofern ein Unternehmen allerdings rein lokal tätig ist, und auf dem relevanten Markt auch keine ausländischen Unternehmen agieren, ist eine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels zu verneinen.¹⁰³

5. Ausschluss von De-minimis-Beihilfen

Vom Begriff der Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV sind sogenannte De-minimis-Beihilfen ausgenommen. Bei diesen Beihilfen geht die Kommission davon aus, dass sie infolge der geringen festgelegten Summe (100.000 Euro binnen drei Jahren für ein Unternehmen, vgl. Art. 2 Abs. 2 VO 69/2001¹⁰⁴) den innergemeinschaftlichen Handel nicht zu beeinträchtigen geeignet sind. Seit 2001 ist die De-minimis-Regelung in der Verordnung 69/2001 niedergelegt. Zuvor existierten entsprechende Regelungen auf der Grundlage von Gemeinschaftsrahmen bzw. Kommissionsmitteilungen. Die Verordnung enthält eine negative Legaldefinition kraft derer De-minimis-Beihilfen aus dem Beihilfekontrollregime des Gemeinschaftsrechts vollständig herausfallen.¹⁰⁵

⁹⁷ Siehe hierzu *Heidenhain*, (Fn. 11), § 4, Rdnr. 61 ff.; *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 55 ff.

⁹⁸ EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2681, Rdnr. 11 (*Philip Morris/Kommission*).

⁹⁹ EuG, Rs. T-55/99, Slg. 2000, II-3207, Rdnr. 92 (*CETM*) m.w.N. aus der Rspr. des Gerichtshofs.

¹⁰⁰ EuG, verb. Rs. T-298/97 u.a., Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 95 (*Alzetta Mauro u.a./Kommission*).

¹⁰¹ EuG, verb. Rs. T-298/97 u.a., Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 77 ff. (*Alzetta Mauro u.a./Kommission*).

¹⁰² *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 55.

¹⁰³ S. *Heidenhain*, (Fn. 11), § 4, Rdnr. 75 sowie *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 59 jeweils m.N. zur Kommissionspraxis.

¹⁰⁴ ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 30.

¹⁰⁵ Ausführlich hierzu *Repplinger-Hach*, in: *Heidenhain*, (Fn. 11), § 5.

VII. Verengung des Beihilfenbegriffs durch den EuGH in der jüngeren Vergangenheit

1. Überblick

Der Gerichtshof hatte in der jüngeren Vergangenheit Gelegenheit, zu den zwei wichtigsten Tatbestandsmerkmalen des Beihilfenbegriffs Stellung zu nehmen und hat ihn dabei in nicht unerheblicher Weise tatbestandsimmanent verengt.¹⁰⁶ So fallen nach dem Urteil *PreussenElektra* wirtschaftliche Vorteile, die Unternehmen infolge einer gesetzlich geregelten Abnahmepflicht in Verbindung mit einem Mindestpreis erwachsen, nicht unter den Beihilfenbegriff, da sich nicht „aus staatlichen Mitteln“ gewährt würden. In dem Verfahren *Stardust Marine* entschied der Gerichtshof sodann, dass finanzielle Zuwendungen von öffentlichen Unternehmen nicht automatisch unter dieses Tatbestandsmerkmal subsumiert werden könnten. Vielmehr sei im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die Maßnahmen tatsächlich dem Staat zuzurechnen seien. Nach den Urteilen *Ferring* und *Altmark Trans* können die Mitgliedstaaten unter bestimmten Umständen auch die Verluste ausgleichen, die ein Unternehmen, welches mit Dienstleistungen der Daseinsvorsorge betraut ist, infolge dieser Dienstleistungserbringung zu tragen hat. Hierbei handele es sich nicht um einen Vorteil i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV. In der Literatur ist diese in der Summation nicht unerhebliche Beschränkung des Beihilfenbegriffs nicht nur auf Zustimmung gestoßen.

2. Das Urteil „PreussenElektra“ vom 13. März 2001

Auf Vorlage des LG Kiel nach Art. 234 EGV in einem Rechtsstreit zwischen der Preussen-Elektra AG und der Schleswig AG hatte der EuGH die Frage zu beantworten, inwieweit die in § 2 Stromeinspeisungsgesetz den Stromversorgungsunternehmen auferlegte Abnahmepflicht für Strom aus erneuerbaren Energien zu einem nach § 3 Stromeinspeisungsgesetz festgelegten Mindestpreis eine Beihilfe darstellt. Generalanwalt *Jacobs* lehnte dies mit ausführlicher Begründung in seinen Schlussanträgen ab.¹⁰⁷ Eine Auslegung, die eine Belastung öffentlicher Haushalte als Voraussetzung einer Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV annehme, käme dem natürlichen Begriffsverständnis näher und verursache weniger Folgeprobleme. Überdies sprächen systematische Erwägungen für eine enge Auslegung. Sie gewährleiste zudem ein höheres Maß an Rechtssicherheit. Eine weit reichende Umgehungsgefahr bestünde nicht, da eine den Wettbewerb verfälschende und den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigende staatliche Maßnahme mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen andere Vorschriften des Vertrages – insbesondere die Grundfreiheiten –

¹⁰⁶ S. hierzu *Bartsch*, Schranken-Schranken in der EG-Beihilfenkontrolle, NJW 2002, S. 3588 ff.; *Winter*, Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty, CMLRev. 2004, S. 475 ff.

¹⁰⁷ Schlussanträge des GA *Jacobs*, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Nr. 150 ff. (*PreussenElektra AG*).

verstoßen werde. Da die nach dem Stromeinspeisungsgesetz zu zahlenden Beträge zu keiner Zeit den deutschen Behörden zur Verfügung gestanden hätten, könnten diese Mittel nicht als staatlich i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV qualifiziert werden.¹⁰⁸

Der Gerichtshof verneinte – unter kurzer Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung zum Erfordernis einer Gewährung aus staatlichen Mitteln für das Vorliegen einer Beihilfe – den Beihilfecharakter der Abnahmeverpflichtung. Hierdurch komme es nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die den Strom erzeugten.¹⁰⁹

3. Das Urteil „Stardust Marine“ vom 16. Mai 2002

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dient das Tatbestandsmerkmal der „aus staatlichen Mitteln“ gewährten Beihilfen dazu, in den Beihilfenbegriff diejenigen Vorteile einzubeziehen, die über vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden. Als Konsequenz hatte die Kommission in ständiger Praxis bei der Gewährung eines spezifischen Vorteils durch ein öffentliches Unternehmen automatisch eine Gewährung aus staatlichen Mitteln angenommen.¹¹⁰ In seiner Entscheidung *Stardust Marine* erteilte der EuGH dieser Praxis eine deutliche Absage.¹¹¹ Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genüge nicht, um jede seiner Maßnahmen automatisch dem Staat zuzurechnen. Vielmehr müsse die Kommission im Einzelfall anhand einer Reihe von Indizien prüfen, inwieweit eine bestimmte Maßnahme tatsächlich dem Staat zugerechnet werden könne.¹¹² Die Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* hatten in die gleiche Richtung gewiesen.¹¹³

4. Das Urteil „Ferring“ vom 22. November 2001

Eine weitere Verengung des Beihilfenbegriffs hat der EuGH über die Anrechenbarkeit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen bewirkt. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfen bei der Beurteilung, ob der Staat wie ein *Market Economy Investor* gehandelt hat, keine gesamtwirtschaftlichen Rentabilitätsabwägungen eingestellt werden.¹¹⁴ Noch weiter gehend hatte das EuG in den Ver-

¹⁰⁸ Schlussanträge des GA *Jacobs*, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Nr. 164 ff. (*PreussenElektra AG*).

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 59 (*PreussenElektra AG*).

¹¹⁰ *Bartosch*, (Fn. 106), S. 3592.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 50 ff. (*Frankreich/Kommission* – „*Stardust Marine*“).

¹¹² EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 55 ff. (*Frankreich/Kommission* – „*Stardust Marine*“).

¹¹³ Schlussanträge des GA *Jacobs*, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Nr. 53 ff. (*Frankreich/Kommission* – „*Stardust Marine*“).

¹¹⁴ EuGH, verb. Rs. C-278-280/92, Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 22 (*Spanien/Kommission*).

fahren *FFSA* und *SCI* Vergünstigungen, die der französischen Post bzw. dem portugiesischen Fernsehen als Ausgleich für von diesen übernommene gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gewährt worden waren, als grundsätzlich nicht dem Beihilfenbegriff entzogen, beurteilt.¹¹⁵ Zur Begründung verwies das EuG vor allem auf den objektiven Charakter des Beihilfenbegriffs, der es mit sich bringe, eine Maßnahme allein nach ihrer Wirkung zu beurteilen. Auch dem Urteil des EuGH im Verfahren *Banco Exterior*¹¹⁶ scheint dieses Verständnis zu Grunde zu liegen. Infolge dieser Rechtsprechung passte auch die Kommission, die zuvor regelmäßig davon ausgegangen war, dass Ausgleichszahlungen der fraglichen Art keine Beihilfe darstellten, ihre Praxis dieser Sichtweise an.¹¹⁷

Eine annähernd identische Frage stellte sich dem EuGH dann erneut im Verfahren *Ferring*¹¹⁸. Nach französischem Recht sind Pharmagroßhändler von einer bestimmten Direktverkaufsabgabe befreit, die Pharmahersteller auf direkt vertriebene Arzneimittel zu entrichten haben. Die französische Regelung erlegt den Großhändlern jedoch die Verpflichtung auf, ständig ein Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten, das dem Bedarf eines bestimmten geographischen Gebietes entspricht, sowie die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel innerhalb dieses Gebietes sicherzustellen, so dass eine Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Arzneimitteln jederzeit gewährleistet ist.¹¹⁹ Soweit die Nichtauferlegung der Abgabe den aus der Erfüllung dieser Pflichten resultierenden Kosten entspreche, könne sie – so der Gerichtshof im Einklang mit den Schlussanträgen des GA *Tizzano* und anknüpfend an ein früheres Urteil zur Altölbeseitigung¹²⁰ – als Gegenleistung für diese Dienste angesehen werden. Insoweit entstünde den Unternehmen kein Vorteil i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV, da sie lediglich bewirke, dass Pharmagroßhändler und Pharmahersteller gleichen Wettbewerbsbedingungen unterlägen.¹²¹

5. Das Urteil „Altmark Trans“ vom 24. Juli 2003

Erneut beschäftigte den EuGH die Frage der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in dem Verfahren *Altmark Trans*. Der Altmark Trans GmbH war vom Landkreis Stendal eine Linienbusdienstgenehmigung nach dem

¹¹⁵ EuG, Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229 (*FFSA/Kommission*); Rs. T-46/97, Slg. 2000, II-2125 (*SIC/Kommission*).

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-387/92, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 17 ff. (*Banco Exterior*).

¹¹⁷ *Nettesheim*, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 253 (259).

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067 (*Ferring/ACOSS*).

¹¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 24 (*Ferring/ACOSS*).

¹²⁰ EuGH, Rs. 240/83, Slg. 1985, 531, Rdnr. 16 ff. (*ADBHU*).

¹²¹ EuGH, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 24 (*Ferring/ACOSS*).

Personenbeförderungsgesetz erteilt und zugleich der Antrag einer Konkurrentin abgewiesen worden. Zur Begründung stützte sich der Landkreis Stendal darauf, dass die Altmark Trans GmbH die geringste Komplementärfinanzierung durch die öffentliche Hand benötige. Im Rahmen der hiergegen von der Konkurrentin erhobenen Klage legte das BVerwG dem EuGH verschiedene Fragen vor, darunter auch die, ob Zuschüsse zum Defizitausgleich im regionalen Personennahverkehr dem Verbot des Art. 87 Abs. 1 EGV unterfielen.

GA Léger nahm in seinen beiden¹²² Schlussanträgen ausführlich zur Divergenz zwischen den EuG-Urteilen *FFSA* und *SIC* sowie der „Ferring“-Entscheidung des Gerichtshofs Stellung und forderte den Gerichtshof auf, den in *Ferring* gewählten Ansatz nicht fortzuführen.¹²³ Die Begründung des Urteils *Ferring* sei geeignet, Struktur und Systematik der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen tief greifend zu ändern.¹²⁴ Sie vermenge die Qualifizierung einer staatlichen Maßnahme mit deren Rechtfertigung; angesichts des objektiven Charakters des Beihilfenbegriffs käme es allein auf die Effekte einer staatlichen Maßnahme, hingegen nicht auf deren Zielsetzung (Ausgleich von Nachteilen durch gemeinwirtschaftliche Verpflichtung) an.¹²⁵ Artikel 86 Abs. 2 (Ex-Art. 90 Abs. 2) EGV würde für den Bereich des Beihilfenrechts jede Wirksamkeit genommen, da die allein noch als Beihilfen zu qualifizierenden Überkompensationen auch nicht durch Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden könnten.¹²⁶ Das Gleiche gelte auch für Art. 73 (Ex-Art. 77) EGV und die diesbezüglichen Durchführungsverordnungen, deren Anwendung die vorherige Qualifikation einer Kompensationsleistung als Beihilfe voraussetze.¹²⁷ Schlussendlich würden die fraglichen Ausgleichszahlungen der Beihilfenaufsicht sowie der Aufsicht nach Art. 86 Abs. 3 EGV durch die Kommission entzogen. Hierdurch würde die Politik von Kommission und Mitgliedstaaten im Bereich der Daseinsvorsorge in Frage gestellt.¹²⁸

In zeitlicher Überschneidung zum Verfahren *Altmark Trans* hatten zwei weitere Generalanwälte Gelegenheit, zum Ansatz des Gerichtshofs im Verfahren *Ferring* Stellung zu nehmen. So vertrat Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen im

¹²² Schlussanträge des GA Léger v. 19.3.2002 und v. 14.1.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, (*Altmark Trans*). Der Gerichtshof hatte mit Beschluss v. 18.6.2002 die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Verfahren *Altmark Trans* angeordnet, da die erste mündliche Verhandlung vor der Ferring-Entscheidung v. 22.11.2002 stattgefunden hatte.

¹²³ Schlussanträge des GA Léger v. 19.3.2002, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Nrn. 58 ff., 73 ff. (*Altmark Trans*) sowie Schlussanträge des GA Léger v. 14.1.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Nr. 28 ff. (*Altmark Trans*).

¹²⁴ Schlussanträge des GA Léger, (ibid.), Nrn. 61 u. 73.

¹²⁵ Schlussanträge des GA Léger, (ibid.), Nr. 76 ff.

¹²⁶ Schlussanträge des GA Léger, (ibid.), Nr. 79 ff.

¹²⁷ Schlussanträge des GA Léger (ibid.), Nr. 83 ff.

¹²⁸ Schlussanträge des GA Léger (ibid.), Nr. 91 ff.

Verfahren *GEMO* eine zwischen der Rechtsprechung des Gerichtshofs in *Ferring* – vom Generalanwalt *Jacobs* als „Ausgleichsansatz“ bezeichnet – und den Schlussanträgen des Generalanwalt *Léger* – von *Jacobs* als „Beihilfenansatz“ bezeichnet – liegende vermittelnde Auffassung.¹²⁹ Gegen den Beihilfeansatz spreche, dass er zu wenig berücksichtige, ob durch die Kompensationsleistung tatsächlich ein Vorteil gewährt werde, dass auch im Rahmen staatlicher Beschaffungsgeschäfte eine Beihilfe nur bejaht werde, soweit der Staat dafür mehr als marktüblich entrichte und dass das Stillhalterfordernis des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV der Erbringung bestimmter Dienstleistungen durch private Unternehmen ernstlich entgegenstehen könne.¹³⁰ Gegen die uneingeschränkte Anwendung des Ausgleichsansatz sei wiederum einzuwenden, dass Art. 86 Abs. 2 EGV, der gegenüber Art. 87 EGV *lex specialis* sei, weitgehend leer liefe, dass ein Anreiz zur Nichtanmeldung potentiell beihilfenrechtswidriger staatlicher Maßnahmen für die Mitgliedstaaten entstünde sowie, dass die zweistufige Prüfung des Beihilfeansatzes systematisch besser im Einklang mit der Prüfung sonstiger gegen Art. 86 Abs. 1 EGV i.V.m. den Wettbewerbsregeln oder Grundfreiheiten verstößenden Maßnahmen stehe. Überdies zeige Art. 73 (Ex-Art. 77) EGV, dass die Verfasser des EGV Ausgleichszahlungen grundsätzlich als Beihilfen ansahen.¹³¹ Zur Lösung der Problematik schlug Generalanwalt *Jacobs* vor, zwischen Konstellationen, in denen sich eine Begünstigung offensichtlich als Gegenleistung für eine klar definierte Gemeinwohlverpflichtung darstelle, und solchen, in denen die Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht hinreichend klar oder nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der gewährten Vergünstigung definiert seien, zu unterscheiden (sogenannter Gegenleistungsansatz). Während erstere bereits begrifflich nicht als Beihilfe eingeordnet zu werden bräuchten, sollte bei letzteren eine Prüfung des Ausgleichscharakters im Rahmen des Beihilfenverfahrens stattfinden.¹³² Dieser differenzierenden Auffassung schloss sich sodann auch die Generalanwältin *Stix-Hackl* im Verfahren *Enirisorse* an.¹³³

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Verfahren *Altmark Trans* gab Generalanwalt *Léger* die seltene Gelegenheit, auf die von *Jacobs* und *Stix-Hackl* geäußerten Bedenken sowie das weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten im Verfahren *Altmark Trans* unmittelbar zu reagieren. Dabei hielt er an seiner Auffassung aus seinen früheren Schlussanträgen ausdrücklich fest.¹³⁴ Der Market-Economy-Investor-Test könne auf die Konstellation von Ausgleichszahlungen für

¹²⁹ Schlussanträge des GA *Jacobs* v. 30.4.2002, Rs. C-126/01, Slg. 2003, Nr. 110 ff. (*GEMO*) noch nicht in amtl. Slg., aber unter www.curia.eu.int abrufbar.

¹³⁰ Schlussanträge des GA *Jacobs*, (ibid.), Nr. 115.

¹³¹ Schlussanträge des GA *Jacobs*, (ibid.) Nr. 116.

¹³² Schlussanträge des GA *Jacobs*, (ibid.) Nr. 118 ff.

¹³³ Schlussanträge der GA in *Stix-Hackl*, verb. Rs. C-34-38/01, Nr. 153 ff. (*Enirisorse*), noch nicht in amtl. Slg., aber unter www.curia.eu.int abrufbar.

¹³⁴ Schlussanträge des GA *Léger* v. 14.1.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Nr. 12 (*Altmark Trans*).

Gemeinwohlverpflichtungen nicht übertragen werden, da er vom Gerichtshof nur in solchen Fällen angewendet werde, in denen die staatliche Intervention wirtschaftlichen Charakter habe, hingegen nicht, soweit der Staat qua Hoheitsakt handle.¹³⁵ Die Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen zähle aber typischerweise zu den Hoheitsakten. Im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 EGV sei zudem zwischen den einem Unternehmen gewährten Vorteilen und etwaigen dem Begünstigten auferlegten Gegenleistungen zu unterscheiden. Die Gegenleistung spiele erst bei der Frage der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt eine Rolle. Artikel 73 (Ex-Art. 77) EGV bestätige diese Auffassung.¹³⁶ Eine gespaltene Auslegung des Beihilfenbegriffs sei hingegen aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen. Eine Gefährdung des Betriebs öffentlicher Dienstleistungen ginge von den als Folge der Einordnung als Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV eintretenden Verfahrenspflichten nach Art. 88 EGV, die der EuGH an anderer Stelle bereits auf Beihilfen an mit der Erfüllung von Allgemeinwohlverpflichtungen betrauten Unternehmen für anwendbar erklärt hatte,¹³⁷ nicht aus. So seien schon nicht sämtliche Bereiche staatlichen Handelns erfasst. Überdies seien von der Kommission im Rahmen des Art. 88 EGV bestimmte Fristen zu beachten. Im Übrigen bliebe es den Mitgliedstaaten unbenommen, Beihilferegungen bei der Kommission anzumelden, die eine Anmeldung der später auf dieser Grundlage gewährten Einzelbeihilfen obsolet mache. Auch könne der Rat nach Art. 89 EGV Gruppenfreistellungsverordnungen für bestimmte Arten von Beihilfen erlassen.¹³⁸ Der von Generalanwalt *Jacobs* vorgeschlagene Gegenleistungsansatz sei mit dem objektiven Charakter des Beihilfenbegriffs nicht in Einklang zu bringen und könne offenbar auch nicht das notwendige Maß an Rechtssicherheit gewährleisten.¹³⁹

Der EuGH entschied sich in seinem Urteil vom 24. Juli 2003 im Ergebnis für eine Tatbestandslösung und nahm Ausgleichszahlungen für die Erbringung gemeinschaftlicher Verpflichtungen vom Beihilfenbegriff aus, soweit diese vier kumulative Voraussetzungen erfüllen:¹⁴⁰

- (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein;
- (2) die Parameter zur Berechnung des Ausgleichs müssen *ex ante*, objektiv und transparent aufgestellt werden;

¹³⁵ Schlussanträge des GA *Léger*, (ibid.), Nr. 18 ff.

¹³⁶ Schlussanträge des GA *Léger*, (ibid.), Nr. 31 ff.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-387/92, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 17 (*Banco Exterior de España*); Rs. C-332/98, Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 27 ff. (*Frankreich/Kommission*).

¹³⁸ Schlussanträge des GA *Léger* v. 14.1.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Nr. 70 ff. (*Altmark Trans*).

¹³⁹ Schlussanträge des GA *Léger* v. 14.1.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Nr. 85 ff. (*Altmark Trans*).

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 88 ff., 95 (*Altmark Trans*).

- (3) die Ausgleichszahlungen dürfen über den Kostennachteil des Unternehmens infolge der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht hinaus reichen;
- (4) soweit die Auswahl des Unternehmens nicht in einem Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt ist, das die Auswahl des für die Allgemeinheit kostengünstigsten Anbieters ermöglicht, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs anhand einer Kostenanalyse eines Durchschnittsunternehmens zu errechnen.

Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof zwischenzeitlich in seinem Urteil im Verfahren *Enirisorse* bestätigt.¹⁴¹ Die Kommission hat am 18. April 2004 mit der Vorlage einer Reihe von Maßnahmenentwürfen reagiert, durch die die Vorgaben der „Altmark Trans“-Judikatur in die beihilfenaufsichtliche Praxis übertragen werden sollen.¹⁴²

VIII. Reaktionen im Schrifttum

Die Diskussion innerhalb des Gerichtshofs um den Beihilfencharakter von Ausgleichszahlungen für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen ist im Schrifttum auf ein überaus reges, in der Sache allerdings geteiltes Echo gestoßen, wobei die den „Ferring- bzw. Altmark Trans“-Ansatz des EuGH bejahenden Stimmen wohl überwiegen.¹⁴³ Die vorgetragenen Argumente stimmen dabei ganz überwiegend mit den von den Generalanwälten *Léger* und *Jacobs* diskutierten überein. Von den Befürwortern des Ausgleichsansatzes wird vor allem betont, dass die Tatbestandslösung nicht – wie von *Léger* ausgeführt – zu einer Subjektivierung

¹⁴¹ EuGH, Urt. v. 27.11.2003, verb. Rs. C-34-38/01, Rdnr. 32 ff. (*Enirisorse*), www.curia.eu.int.

¹⁴² S. hierzu *Bartosch*, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark Trans – Worin liegt das Neue?, EuZW 2004, S. 295 (298 f.).

¹⁴³ Zustimmend (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) *Bartosch*, (Fn. 106) S. 3590 f.; *ders.*, Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken – Das Urteil in der Rechtssache Ferring/ACOSS, NVwZ 2002, S. 174 f.; *Franzius*, Auf dem Weg zu mehr Wettbewerb im ÖPNV – Zum „Altmark Trans“-Urteil des EuGH, NJW 2003, S. 3029 (3031); *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain, (Fn. 11), § 30, Rdnr. 81 ff.; *Nettesheim*, (Fn. 117) S. 253 ff.; *Winter*, (Fn. 106) S. 501; *Werner/Köster*, Zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im öffentlichen Nahverkehr – Das Altmark-Trans-Urteil des EuGH EuZW 2003, S. 503 f.; kritischer hingegen *Gas/Rücker*, Die Finanzierung von Public Private Partnerships unter dem Blickwinkel des EG-Beihilfenrechts, DÖV 2004, S. 56 (60 ff.); *Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, RIW 2002, S. 222 (224 ff.); *Jennert*, Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans, NVwZ 2004, S. 425 (426 ff.); *Kämmerer*, Strategien zur Daseinsvorsorge – Dienste im allgemeinen Interesse nach der „Altmark“-Entscheidung des EuGH, NVwZ 2004, S. 28 (33 f.); *Koenig/Kübling*, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – EG-beihilfenrechtlicher Königsweg der Kompensation gemeinwirtschaftlicher Pflichten, DVBl. 2003, S. 289 (295 f.).

des an sich objektiven Beihilfenbegriffs führe. Vielmehr bewirke die Berücksichtigung der erbrachten gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung eine Neutralisation des gewährten Vorteils, so dass objektiv keine Begünstigung mehr vorliege.¹⁴⁴ Überdies sei die von *Léger* getroffene Unterscheidung zwischen hoheitlichem Handeln und wirtschaftlicher Betätigung des Staates zu formell.¹⁴⁵ Es könne auch keineswegs davon gesprochen werden, dass Art. 86 Abs. 2 EGV seine Bedeutung verliere. Neben der Bedeutung außerhalb des Beihilfenrechts wirke Art. 86 Abs. 2 EGV auch im Rahmen des Beihilfenrechts noch Maßstab bildend bzw. komme in den Fällen zur Anwendung, in denen die gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen nicht hinreichend bestimmt seien.¹⁴⁶ Eine weniger effektive Beihilfenkontrolle sei nicht zu befürchten. Nach wie vor unterlägen staatliche Maßnahmen der repressiven Beihilfenaufsicht; auch in der Vergangenheit seien die von der Kommission am nachdrücklichsten betriebenen Fälle im Rahmen der repressiven Beihilfenkontrolle angefallen.¹⁴⁷ Der Wegfall der Notifizierungspflicht bewirke insoweit eine kontrollierte Dezentralisation der Beihilfenaufsicht.¹⁴⁸ Hierdurch würden zudem die knappen Ressourcen der Kommission entlastet. Die Gefahr der Umgehung der Beihilfenvorschriften werde schon dadurch ausgeschlossen, dass die Mitgliedstaaten das Risiko von Vertragsverletzungsverfahren tragen müssten, wenn sie das tatbestandliche Vorliegen von Beihilfen zu Unrecht verneinten.¹⁴⁹

Die Kritiker der EuGH-Rechtsprechung halten dem entgegen, dass Leistungen der Daseinsvorsorge mit den sonstigen Beschaffungsvorgängen nicht verglichen werden könnten, da sie regelmäßig keine marktgängige Leistung zum Inhalt hätten.¹⁵⁰ Zudem könne auch die Leistungsübertragung an sich – also ohne eine Überkompensation der Kosten – bereits eine Beihilfe darstellen, weil sie einem Unternehmen ein bestimmtes Geschäftsvolumen garantiere, durch welches dieses seine Grundausrüstung sichern könne. Auch könne die Beschaffung an sich ökonomisch irrational sein und daher – trotz adäquater Gegenleistung – bereits eine Beihilfe darstellen.¹⁵¹ Eine Gefährdung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sei nicht zu erkennen. Das Beihilfenaufsichtsverfahren bewältige vielmehr auch die ebenfalls regelmäßig eilbedürftigen Rettungsbeihilfen.¹⁵² Die Systeme

¹⁴⁴ *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain, (Fn. 11), § 30, Rdnr. 88 ff.

¹⁴⁵ *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain, (Fn. 11), § 30, Rdnr. 90.

¹⁴⁶ *Bartosch*, (Fn. 106), S. 3591; *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain, (Fn. 11), § 30, Rdnr. 92 ff.; *Nettesheim*, (Fn. 117), S. 260.

¹⁴⁷ *Bartosch*, (Fn. 106), S. 3590.

¹⁴⁸ *Franzius*, (Fn. 143), S. 3031.

¹⁴⁹ *Nettesheim*, (Fn. 117), S. 261.

¹⁵⁰ *Gundel*, (Fn. 143), S. 224 f.; *Koenig/Kübling*, (Fn. 143), S. 295.

¹⁵¹ *Gas/Rücker*, (Fn. 143), S. 62; *Gundel*, (Fn. 143), S. 225.

¹⁵² *Koenig/Kübling*, (Fn. 143), S. 295.

matik der Ausnahmen von Art. 87 Abs. 1 EGV spräche somit für eine Rechtfertigungslösung; andernfalls werde jedenfalls Art. 86 Abs. 2 EGV marginalisiert.¹⁵³ Letztlich werde das Risiko der Fehlbeurteilung auch nicht auf die Mitgliedstaaten, sondern vielmehr auf den Beihilfenempfänger verlagert. Der Wegfall des präventiven Verfahrens führe für diesen zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit.¹⁵⁴

Selbst von den Kritikern teilweise positiv bewertet wird allerdings die Anknüpfung an die Durchführung eines Vergabeverfahrens. Durch die Ersetzung eines materiellen Tatbestandsmerkmals durch ein rein formales Kriterium gelange man zu praktikablen Lösungen,¹⁵⁵ die überdies zu einer wettbewerblichen Öffnung der Daseinsvorsorgemärkte führe.¹⁵⁶

Auch die „PreussenElektra“-Rechtsprechung wird intensiv und kontrovers diskutiert, wenngleich die Problematik rechtlich weniger komplex ist.¹⁵⁷ Im Kern wird hier vor allem die durch die Beschränkung des Beihilfenbegriffs eröffnete Umgehungsmöglichkeit kritisiert, da es für die Verfälschung des Wettbewerbs nicht darauf ankomme, dass die finanziellen Vorteile unmittelbar, d.h. ohne zwischenzeitliche staatliche Verfügungsmöglichkeit den Unternehmen zugeleitet werden.¹⁵⁸ Die Befürworter der Rechtsprechung des Gerichtshofs betonen demgegenüber, dass das Beihilfenrecht nicht zu einer umfassenden Diskriminierungskontrolle mitgliedstaatlicher Wirtschaftslenkung ausgebaut werden dürfe. Eine Beschränkung der Beihilfenkontrolle sei bereits deswegen unbedenklich, weil die Anwendbarkeit anderer Bereiche des EGV davon unberührt bliebe.¹⁵⁹

IX. Stellungnahme

Mit den Schlussanträgen der Generalanwälte und den begleitenden Stellungnahmen im Schrifttum sind die Argumente bezüglich des Für und Wider der vom EuGH gewählten eingeschränkten Tatbestandslösung für die Berücksichtigung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Wesentlichen ausgetauscht. Bedauerlich ist, dass sich der EuGH an der geführten Diskussion praktisch nicht beteiligt hat.

¹⁵³ Kämmerer, (Fn. 143), S. 33.

¹⁵⁴ Kämmerer, (Fn. 143), S. 33.

¹⁵⁵ Gundel, (Fn. 143), S. 227; Koenig/Kühling, (Fn. 143), S. 295.

¹⁵⁶ Jennert, (Fn. 143), S. 431.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu Heidenbain, in: ders., (Fn. 11), § 4, Rdnr. 27 ff.; Koenig/Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 44 m.w.N.

¹⁵⁸ Bacon, (Fn. 79), S. 288 ff.; Heidenbain, in: ders., (Fn. 11), § 4, Rdnr. 31; Slotboom, (Fn. 55), S. 295 ff.

¹⁵⁹ Soltész, (Fn. 82), S. 750 ff.

Gerade bei Rechtsfragen, die derart streitig diskutiert werden, wünschte man sich ein höheres Maß an Begründungsaufwand, insbesondere da der Gerichtshof – anders als bisweilen – nicht einmal begründungshalber auf die Ausführungen der Generalanwälte Bezug nimmt. In der Sache *Altmark Trans* war ihm dies allerdings bereits dadurch unmöglich, dass er den Schlussanträgen des Generalanwalts Léger nicht folgen wollte. Fest steht, dass am Ergebnis der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge keine Zweifel bestehen, soweit diese tatsächlich nur die auch bei betriebswirtschaftlich orientiertem Handeln unvermeidbaren Mehrkosten des besonderen Daseinsvorsorgeauftrags ausgleichen.¹⁶⁰ Zu eindeutig fällt die Wertung des Gemeinschaftsrechts zu Gunsten mitgliedstaatlicher Souveränität zur Daseinsvorsorge aus.¹⁶¹ Über den überzeugendsten Weg zu dieser Lösung lässt sich allerdings trefflich streiten. Der EuGH hat sich – einmal mehr – dafür entschieden, trotz der Existenz geschriebener Rechtfertigungsgründe den Weg über eine tatbestandliche Einschränkung zu gehen. Eine solche Tatbestandslösung ist im Hinblick auf die Grundfreiheiten (*Cassis de Dijon*¹⁶²) oder auch das Verbot diskriminierender Steuern nach Art. 90 EGV („Synthesealkohol“-Fall¹⁶³) durchaus angemessen, wenn nämlich überhaupt keine oder jedenfalls nur begrenzte Rechtfertigungstatbestände existieren, diese aber anerkanntermaßen zu eng geraten sind. Dies ist im Beihilfenrecht jedoch völlig anders. Artikel 87 Abs. 2 und Abs. 3 EGV bieten umfängliche Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Beihilfen. Insbesondere ist es dem Rat möglich, Durchführungsverordnungen zu erlassen, in denen die Detailfragen der Beihilfenüberwachung geklärt werden können. Nimmt man die Rechtsprechung des EuGH ernst, kann der Rat die vom Gerichtshof aus dem Beihilfenbegriff herausgenommenen Zuschüsse zukünftig nicht mehr im Verfahren nach Art. 89 EGV regeln. Angesichts dieser umfänglichen Rechtfertigungsvorbehalte erscheint der Rückgriff auf eine Tatbestandslösung überflüssig und auch vor dem Hintergrund des Art. 73 EGV dogmatisch fragwürdig. Nur am Rande sei bemerkt, dass sich die Befürworter der Lösung des EuGH mit diesen Wortlaut- und Systemargumenten kaum auseinandersetzen. Die teilweise vorgetragenen Praktikabilitätsüberlegungen etwa zur Personalausstattung der Kommission¹⁶⁴ lassen sich bestenfalls mit Mühe in eine der juristischen Auslegungsmethoden einordnen.¹⁶⁵

Als besonders problematisch erweist sich die vom EuGH gewählte Lösung für den Empfänger des fraglichen Zuschusses. Nach dem bisherigen Stand des EG-Beihil-

¹⁶⁰ Montag/Leibenath, in: Heidenhain, (Fn. 11), § 30, Rdnr. 30.

¹⁶¹ Umfassend hierzu Nettesheim, (Fn. 117), S. 253 ff.

¹⁶² EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 (*REWE/Bundesmonopolverwaltung* – „Cassis de Dijon“).

¹⁶³ EuGH, Rs. 46/80, Slg. 1981, 77, Rdnr. 13 (*Vinal/Orbat*).

¹⁶⁴ So insbesondere Nettesheim, (Fn. 117), S. 261.

¹⁶⁵ Kritisch hierzu auch Koenig/Kühling, (Fn. 143), S. 296, Fn. 58.

fenrechts ist eine nicht notifizierte Beihilfe, zumindest wenn sie sich als nicht genehmigungsfähig erweist – was bei Beihilfen, die den vom Gerichtshof in *Altmark Trans* aufgestellten Kriterien nicht entsprechen, regelmäßig der Fall sein dürfte – vom Mitgliedstaat zurückzufordern.¹⁶⁶ Dabei kann sich der Empfänger der Beihilfe nach der „Alcan“-Rechtsprechung des EuGH praktisch nicht auf Vertrauensschutz, Verbrauch der Beihilfe oder ähnliches berufen.¹⁶⁷ Danach kann von einem sorgfältigen Gewerbetreibenden nämlich erwartet werden, dass er sich über die Einhaltung des Beihilfeverfahrens vergewissert, wenn er staatliche Zuschüsse erhält.¹⁶⁸ Wurde eine mit dem gemeinsamen Markt nicht vereinbare Beihilfe nicht angemeldet, lässt sich die Rückgewähr im Regelfall also nicht vermeiden. Vor diesem Hintergrund müsste von einem Unternehmen, welches eine Dienstleistung gemeinwirtschaftlicher Art erbringt, erwartet werden zu beurteilen, ob der gewährte Zuschuss den „Altmark Trans“-Kriterien für das Vorliegen einer Beihilfe genügt. Dies dürfte den Unternehmen bei realistischer Betrachtungsweise nur schwer möglich sein. Die „Altmark Trans“-Rechtsprechung macht somit zumindest eine teilweise Modifikation der „Alcan“-Rechtsprechung erforderlich. Wenn beispielsweise eine Dienstleistung in einem Ausschreibungsverfahren vergeben worden ist, so sollte eine Rückforderung selbst bei nachträglicher Feststellung einer Überkompensation aus Vertrauensschutzgesichtspunkten heraus ausgeschlossen sein.

Im Übrigen darf durchaus bezweifelt werden, ob gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen und sonstige Beschaffungsvorgänge der Verwaltung vergleichbar sind, „erwirbt“ die Verwaltung die Leistung bei Ersterem doch nicht für sich, sondern für Dritte, erhält also eigentlich nichts. Aus beihilfenrechtlicher Sicht stellt sich damit zwangsläufig die Folgefrage, ob nicht vielleicht die Dritten mittelbar dadurch begünstigt werden, dass ihnen die Dienstleistung zu einem nicht Kosten deckenden Preis angeboten wird, etwa im Fall einer Buslinie, die ganz überwiegend die Arbeitnehmer eines bestimmten Unternehmens zu dessen Betriebsstätte befördert und damit einen betrieblich organisierten Transport unnötig macht.

Auch die „Preussen-Elektra“-Entscheidung erscheint kritikwürdig, macht sie es den Mitgliedstaaten letztlich doch sehr leicht, direkt auf die Wettbewerbssituation von Unternehmen einzuwirken. Die Grenzlinie zwischen unerlaubter Beihilfe und erlaubttem allgemeinen Regelungsrahmen mit wettbewerbsrelevanten Auswirkungen wäre besser dort gezogen worden, wo kein unmittelbarer finanzieller Mittelfluss zwischen konkurrierenden Unternehmen vorliegt.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Zur Rückforderung von gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen s. in Heidenhain, (Fn. 11), §§ 51-53; Koenig/Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rdnr. 24 ff. m.w.N.

¹⁶⁷ EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rdnr. 24 ff. (*Alcan/Rheinland-Pfalz*).

¹⁶⁸ EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rdnr. 25 (*Alcan/Rheinland-Pfalz*).

¹⁶⁹ So auch Bacon, (Fn. 79), S. 289; Kühling, Von den Vergütungspflichten des Energieeinspeisungsgesetzes bis zur Deckungsvorsorge des Atomgesetzes: Die deutsche Energierechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts, RdE 2001, S. 93 (97 f.).

X. Schlussbemerkung

Der gemeinschaftsrechtliche Beihilfenbegriff steht in einem besonderen Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftspolitischer Souveränität der Mitgliedstaaten auf der einen und präventiver und repressiver Beihilfenaufsicht der Kommission auf der anderen Seite. Nachdem das Beihilfenrecht erst spät, dann aber mit Macht seine Wirkungen im Binnenmarkt entfaltet hat, hat der EuGH in jüngster Zeit über die Tatbestandselemente „aus staatlichen Mitteln gewährt“ und „Vorliegen einer Begünstigung“ dem Ausgreifen der Kommissionsaufsicht auf immer weitere Teile mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik Grenzen gesetzt. In dogmatischer Hinsicht überzeugt dieser Ansatz kaum, und er versäumt überdies, der Beihilfenpolitik der EG eine WTO-konforme Ausrichtung zu geben.

Eine erhöhte Rücksichtnahme des EuGH auf nicht-ökonomische Regelungsinteressen der Mitgliedstaaten findet sich allerdings auch in anderen Teilen des Binnenmarktrechts, etwa im Zusammenhang mit der Zulassung vergabefremder Kriterien im Beschaffungswesen¹⁷⁰ oder der Anerkennung der EU-Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten.¹⁷¹ Auch das EG-Außenwirtschaftsrecht hat sich schon vor einiger Zeit von der früheren Freihandelsorientierung gelöst.¹⁷² Weniger rücksichtsvoll zeigt sich der EuGH allerdings, soweit es um staatliche Sonderrechte an privatrechtlich organisierten Unternehmen geht (Golden-Share-Rechtsprechung¹⁷³), für die er den Mitgliedstaaten nur einen sehr engen Rechtfertigungsspielraum einräumt. Das Beihilfenrecht bietet damit ein aktuelles Beispiel dafür, dass der Binnenmarkt keinesfalls ein nur auf den Markt ausgerichtetes wirtschaftsverfassungsrechtliches Modell darstellt. Zugleich zeigt es, dass die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union nach wie vor in einem Prozess der Fortentwicklung begriffen ist.

¹⁷⁰ S. hierzu *Bungenberg*, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2003, S. 314 ff.

¹⁷¹ S. EuGH, C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (*Schmidberger*).

¹⁷² Ausführlich hierzu *Herrmann*, (Fn. 46), S. 175 ff.

¹⁷³ S. hierzu *Armbrüster*, Golden Shares und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, NJW 2002, S. 2303 ff.; *Ruge*, Goldene Aktien und EG-Recht, EuZW 2002, S. 421 ff.

