

miteinander zu verknüpfen⁵³⁵. Beihilfen- und Vergaberecht stünden noch relativ unabgestimmt nebeneinander⁵³⁶. Friktionen seien daher zu vermeiden⁵³⁷. Die vorliegende Untersuchung macht es sich nun unter dem Vorzeichen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und der sozialen Vergabekriterien zur Aufgabe aufzuzeigen, daß Beihilfen- und Vergaberecht strukturell ineinandergreifen. Ziel ist es hierbei, Beihilfen- und Vergaberecht einer Synthese zuzuführen. Um die Querbezüge zwischen Beihilfen- und Vergaberecht anschaulich zu machen, erscheint es an dieser Stelle angebracht, knapp Funktion und Struktur des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes darzustellen.

III. Ratio des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes

Für Verständnis und Einordnung der Art. 87-89 EG in den gemeinschaftsrechtlichen Gesamtkontext ist zunächst von Bedeutung, daß das Beihilfenregime Bestandteil des EG-Wettbewerbsrechts ist. Während sich das erste Kapitel, Art. 81-86 EG, die private Wirtschaftsteilnehmer zum Adressaten hat, richtet sich das zweite Kapitel, Art. 87-89 EG, an die Mitgliedstaaten⁵³⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH soll das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG verhindern, daß die Mitgliedstaaten die Erfolgchancen der heimischen Wirtschaftsteilnehmer optimieren, indem sie diesen Vergünstigungen gewähren, durch die der Leistungswettbewerb zwischen den im Binnenmarkt tätigen Anbietern verfälscht wird⁵³⁹. Sinn und Zweck des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes ist daher der Schutz des Wettbewerbs. Das Beihilfenverbot soll allen Wirtschaftsteilnehmern Chancengleichheit gewährleisten und nationalen Protektionismus verhindern⁵⁴⁰.

IV. Objektivität des Beihilfenbegriffs

Art. 87 Abs. 1 EG erfaßt „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“. Der Begriff der Beihilfe umfaßt damit nicht nur positive Zuwendungen, sondern auch die Verschonung von der Leistung an sich geschuldeter Zahlungen an die öffentliche Hand⁵⁴¹. Nach der Definition des EuGH unterfallen dem Beihilfenbegriff alle staatlichen Maßnahmen, welche in verschiedener Form Belastungen vermindern, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen zu tragen hätte⁵⁴². Für den Beihilfencharakter einer staatlichen Maßnahme ist mithin weder deren äußere Form wie die Ausgestaltung der Zuwendung noch die ihr

534 Bovis, JBL 1999, 126 (127); *idem*, CMLR 2002, 1025 (1030).

535 Dreher, NVwZ 1997, 343 (344); Knauff, EuZW 2003, 453 (455).

536 Kese/Lukasik, VBIBW 2003, 226 (230); Pünder, NZBau 2003, 530 (530).

537 Fischer, VergabeR 2004, 1 (1); Jennert, EuR 2003, 343 (355).

538 Mähring, JuS 2003, 448 (448).

539 EuGH, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 26; Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 12; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58.

540 v. Danwitz, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (16); Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065 (1065).

541 EuGH, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58.

542 EuGH, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3596, Rdnr. 60; Rs. C-295/97 (Piaggio), Slg. 1999, I-3735, Rdnr. 34.

zugrundeliegende Motivation, sondern allein ihre Begünstigungswirkung entscheidend⁵⁴³. Insbesondere soziale Zielsetzungen hat der EuGH in diesem Zusammenhang für irrelevant erklärt⁵⁴⁴. Das EuG prägte in diesem Zusammenhang den Satz, daß der Beihilfebegriff ein *objektiver Begriff* ist, der sich nur danach bestimmt, ob eine staatliche Maßnahme bestimmten Unternehmen einen spezifischen finanziellen Vorteil verschafft oder nicht⁵⁴⁵. Dieser weiten Auslegung des Beihilfenbegriffs hat sich auch die Literatur angeschlossen⁵⁴⁶.

1. Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG

Im einzelnen stellt Art. 87 Abs. 1 EG kumulativ fünf Tatbestandsvoraussetzungen auf, die alle gleichermaßen erfüllt sein müssen⁵⁴⁷. Eine Maßnahme fällt nur dann unter diese Verbotsnorm, wenn:

- ein spezifischer wirtschaftlicher Vorteil, i.e. eine Begünstigung,
- aus staatlichen Mitteln
- für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegeben ist (Selektivität),
- die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht
- und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

a. Vorteilswirkung der staatlichen Maßnahme

Das entscheidende Element des Beihilfenbegriffs ist das Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils. Ob im konkreten Fall eine Beihilfe gegeben ist, hängt in der Mehrheit der Fälle von der Beurteilung der Frage ab, ob die staatliche Maßnahme für das Empfängerunternehmen im Vergleich zum *status quo ante* wirtschaftlich zu einer Besserstellung geführt hat. Die meisten der im Beihilfeverfahren streitigen staatlichen Maßnahmen scheitern hierbei am sogenannten *market economy investor test*⁵⁴⁸.

aa. Definition des market economy investor test

Ob eine staatliche Maßnahme einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, richtet sich seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Boch* gemäß dem *market economy investor test* danach, ob das Empfängerunternehmen eine Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedin-

543 *EuGH*, Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 79; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20.

544 *EuGH*, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1977, Rdnr. 26/28.

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

546 Vgl. *Koenig/Sander*, *EuR* 2000, 743 (747); *Mederer*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, Bd. 2/II, Art. 92, Rdnr. 2; *Nowak*, *EuZW* 2001, 293 (294); *Stockhausen*, *Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik*, 53.

547 *EuGH*, Rs. C-142/87 (Belgien/Kommission – Tubemeuse), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 25; Rs. C-278/92 bis C-280/92 (Spanien/Kommission), Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 20; Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 68; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 74.

548 *Schohe/Arhold*, *EStAL* 2002, 2 (4).

gungen nicht erhalten hätte⁵⁴⁹. Spiegelbildlich dazu ist auf die Perspektive des staatlichen Investors abzustellen und zu fragen, ob sich dieser *ex ante et situatione*⁵⁵⁰ „wie ein normaler Wirtschaftsteilnehmer“⁵⁵¹ verhalten hat⁵⁵². Bei einer marktüblichen Gegenleistung verbleibt dem Unternehmen als Vorteil nur derjenige Gewinn, der sich infolge der effizientwirtschaftlichen Betätigung unter normalen Marktbedingungen einzustellen pflegt⁵⁵³. Fehlt dagegen die marktübliche Gegenleistung, ist grundsätzlich von einem Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG auszugehen⁵⁵⁴.

bb. Ratio des market economy investor test

Der *market economy investor test* ist Ausdruck des eigennutzorientierten Rationalverhaltens. Dieses der klassischen Wirtschaftstheorie entlehnte Konzept⁵⁵⁵ geht davon aus, daß ein Individuum versuchen wird, im Wirtschaftsverkehr eine gegebene Menge von Ressourcen (*input*) so einzusetzen, daß das Ergebnis (*output*) maximiert wird bzw. den für einen gegebenen *output* einzusetzenden *input* minimiert wird⁵⁵⁶. Der *market economy investor test* ist außerdem die Manifestation des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft⁵⁵⁷. Im Fall *Neue Maxhütte* ließ das EuG das Vorbringen der Klägerin nicht gelten, daß wegen der drohenden Zahlung von Arbeitslosenunterstützung und anderer Sozialleistungen die Liquidation der Maxhütte kostspieliger gewesen wäre als die staatlichen Zuwendungen⁵⁵⁸. Das EuG argumentierte, daß die Verpflichtungen des Staates, wie sie sich aus seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt ergäben, von den Anforderungen zu unterscheiden seien, die an das – nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu bewertende – Investitionsverhalten der öffentlichen Hand zu stellen seien⁵⁵⁹. Die Rolle des Staates als Wirtschaftsteilnehmer sei strikt zu trennen von seiner Eigenschaft als politischer Entscheidungsträger⁵⁶⁰.

cc. Long term investor test

Die staatlichen Maßnahmen sind jedoch nicht notwendigerweise an dem Verhalten eines auf kurzfristige Rendite abzielenden privaten Investors zu messen. Gemäß dem *long term*

549 *EuGH*, Rs. 40/85 (Belgien/Kommission – Boch), Slg. 1986, 2321, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 60; Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission), Slg. 1999, I-2459, Rdnr. 41; Rs. 305/87 (Italien/Kommission – Alfa Romeo), Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 19; *EuG*, T-129/95 (*Neue Maxhütte Stahlwerke*), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 104.

550 *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1085); *Koenig*, ZIP 2000, 53 (55).

551 *EuGH*, Rs. C-56/93, (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnrn. 10; *EuG*, T-358/94 (*Air France/Kommission*), Slg. 1996, II-2109, Rdnr. 71.

552 Vgl. *Nowak*, EuZW 2001, 293 (294); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 122.

553 *Koenig/Sander*, EuR 2000, 743 (757).

554 *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 847; *Koenig/Sander*, EuR 2000, 743 (757); *Mederer*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Bd. 2/II, Art. 92, Rdnr. 6; *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 56.

555 *Kirchner*, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (158).

556 *Kirchner*, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (159).

557 *EuG*, Rs. T-129/95 (*Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission*), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 105.

558 *EuG*, Rs. T-129/95 (*Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission*), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 119.

559 *EuG*, Rs. T-129/95 (*Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission*), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 120.

560 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (573).

*investor test*⁵⁶¹ müssen die staatlichen Maßnahmen demjenigen Verhalten vergleichbar sein, das ein Konzern an den Tag legt, der eine globale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten und Synergieeffekten innerhalb der einzelnen Konzernsparten leiten läßt⁵⁶².

dd. Kontrolldichte der nationalen Gerichte

Den nationalen Gerichten fällt die Aufgabe zu festzustellen, welche Marktgegebenheiten zum Zeitpunkt der Zuwendung vorherrschten⁵⁶³. Im Hinblick auf die Kontrolldichte der Gemeinschaftsgerichte hielt sich der EuGH bislang eisern an die Formel, daß die beihilfenrechtliche Prüfung durch die Kommission die „Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte“ involviert⁵⁶⁴. Daher beschränkt sich die gemeinschaftsgerichtliche Kontrolle der Kommission bei der Anwendung des *market economy investor test* darauf, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung dieses Sachverhalts und kein Ermessensmißbrauch vorliegen⁵⁶⁵.

b. Selektivität der staatlichen Maßnahme

Gemäß dem Selektivitätserfordernis unterfällt eine staatliche Maßnahme Art. 87 Absatz 1 EG, wenn sie im Gegensatz zu allgemeinen wirtschaftspolitischen Fördermaßnahmen, wie beispielsweise „Infrastrukturprojekten“⁵⁶⁶, nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommt⁵⁶⁷. Ein selektives Vorgehen wird vermutet, wenn der staatlichen Stelle bei der konkreten Entscheidung über die Mittelvergabe ein Ermessensspielraum eingeräumt wird und sie von den abstrakt-generellen Leitlinien für die Gewährung der Vergünstigung nach eigenem Gusto abweichen darf⁵⁶⁸. Davon abgesehen besitzt eine staatliche Maßnahme auch dann selektiven Charakter, wenn die jeweilige Norm faktisch nur auf bestimmte Unternehmen angewandt wird⁵⁶⁹. Obwohl formal getrennte Tatbestandsmerkmale, sind die Begriffe des finanziellen Vorteils und der Selektivität miteinander verquickt. Der Terminus Vorteil impliziert letztendlich „Vorteil gegenüber den Mitbewerbern“. Beide Elemente werden vom

561 Vgl. *Deckert/Schroeder*, EuR 1998, 291 (296); *Dreher/Haas/v. Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 28; *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1085); *Koenig*, ZIP 2000, 53 (55); *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1067); *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 46; *Mederer*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Bd. 2/II, Art. 92, Rdnr. 9; *idem/v. Ysendyck*, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 87, Rdnr. 15; *Nowak*, EuZW 2001, 293 (294); *Schohe/Arhold*, EStAL 2002, 2 (4).

562 Vgl. *EuGH*, Rs. 305/87 (Italien/Kommission – Alfa Romeo), Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 20; *EuG*, Rs. T-129/95 (Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 109;

563 *EuGH*, Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 61.

564 *EuGH*, Rs. C-56/93, (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 11.

565 *EuGH*, Rs. 138/79 (Roquette/Rat), Slg. 1980, 3333, Rdnr. 25; Rs. 142/84 und 156/84 (BAT und Reynolds/Kommission), Slg. 1987, 4487, Rdnr. 62; Rs. C-174/87 (Ricoh/Rat), Slg. 1992, I-1335, Rdnr. 68, Rs. C-225/91 (Matra/Kommission), Slg. 1993, I-3202, Rdnr. 25; Rs. C-56/93, (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 11.

566 Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 20. Juli 2000 über staatliche Beihilfen, die Österreich zugunsten der Lenzing Lyocell & Co. KG gewährt hat, ABl. 2001, L 38, S. 33 ff., Rdnr. 26.

567 *EuGH*, Rs. C-143/99 (Adria-Wien Pipeline GmbH), Slg. 2001, I-8365, Rdnr. 41.

568 *EuGH*, Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 23.

569 *EuGH*, Rs. C-295/97 (Piaggio), Slg. 1999, I-3735, Rdnr. 39.

EuGH zunehmend im Sinne einer „wechselseitigen Bezugnahme“⁵⁷⁰ gemeinsam in einer Formel geprüft⁵⁷¹.

c. Transfer staatlicher Mittel

aa. Definition des Transfers staatlicher Mittel

Als aus staatlichen Mitteln gewährt gilt eine Beihilfe, wenn sie von einer öffentlichen oder privaten Einrichtung gewährt wurde, die vom Staat errichtet oder benannt worden ist⁵⁷². Angesichts identischer Rechtsfolgen verwendet der EuGH zunehmend den Ausdruck „staatliche Mittel“⁵⁷³ bzw. die Formel „finanzielle Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden“⁵⁷⁴. In jedem Fall muß die gewährte Zuwendung letztendlich dem Staat zuzurechnen sein⁵⁷⁵.

bb. Mittelsmannkonstellationen

Die Zurechenbarkeit wird auch in Mittelsmannkonstellationen bejaht. Paradigmatisch hierfür ist die Situation, daß ein Mitgliedstaat Investoren Steuervergünstigungen einräumt, die Gesellschaftsanteile an Unternehmen einer bestimmten Region erwerben⁵⁷⁶. Zwar stellt die Steuervergünstigung keine staatliche Beihilfe zugunsten der Investoren dar, da sie unterschiedslos auf alle Interessenten Anwendung findet, wohl aber eine mittelbare Beihilfe zugunsten der in der jeweiligen Region ansässigen Unternehmen⁵⁷⁷. Diese Investitionsentscheidung läßt die Zurechenbarkeit jedoch nicht entfallen, da bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Marktbedingungen nur dadurch modifiziert werden, daß der Staat auf Steuereinnahmen verzichtet⁵⁷⁸.

cc. Zurechenbarkeitskriterium nach der Rechtsprechung des EuGH

Die als selbstverständlich angenommene Indizierung der Zurechenbarkeit⁵⁷⁹ erfuhr durch die Urteile in den Rechtssachen *Sloman Neptun*⁵⁸⁰ und *Kirsammer-Hack*⁵⁸¹ eine Trendwende⁵⁸². Diese moderate Haltung bei der Anwendung des Zurechenbarkeitskriteriums bestätigte der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren in der Entscheidung *Preußen Elektra*. Hierin hatte der Gesetzgeber die Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, den in ihrem Ver-

570 Koenig/Kühling/Ritter, Beihilfenrecht, 76.

571 EuGH, Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 23 f; Rs. C-75/97 (Belgien/Kommission), Slg. 1999, I-3671, Rdnr. 34; Rs. C-353/95 P (Tiercé Ladbroke), Slg. 1997, I-7007, Rdnr. 35; Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 17.

572 EuGH, Rs. C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19.

573 EuGH, Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission – Stardust Marine), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 32.

574 EuGH, Rs. 82/77 (Van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rdnr. 23 ff.; Rs. C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19; Rs. C-189/91 (Kirsammer-Hack), Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 16; Rs. C-52/97 und C-53/97 und C-54/97 (Viscido), Slg. 1998, I-2629, Rdnr. 13.

575 EuGH, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 58.

576 EuGH, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnr. 22.

577 EuGH, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnr. 26.

578 EuGH, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnr. 27.

579 Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 73.

580 EuGH, Rs. C-72/91 u. C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 5.

581 EuGH, Rs. C-189/91 (Kirsammer-Hack), Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 7 f.

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

sorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien zu einem bestimmten, über dem Marktpreis liegenden Mindestsatz abzunehmen⁵⁸³. Die Kommission hatte darauf hingewiesen, daß eine staatliche Maßnahme, die eine Überwälzung der Kosten auf die Wettbewerber der begünstigten Unternehmen anordnet, sogar wettbewerbschädlicher ist als eine Vorteilsgewährung, deren Kosten von der Allgemeinheit getragen werden⁵⁸⁴. Gleichwohl lehnte der EuGH das Vorliegen einer Übertragung staatlicher Mittel ab⁵⁸⁵. Der Umstand, daß die Abnahmepflicht auf einem Gesetz beruht und damit durch staatliches Handeln veranlaßt ist, könne der Maßnahme nicht den Charakter einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG verleihen⁵⁸⁶. Damit modifizierte der EuGH die Zurechenbarkeitsdoktrin dahingehend, daß eine *aktuelle bzw. potentielle Belastung der öffentlichen Haushalte* erfolgen muß. Ausschlaggebend für diesen Lösungsansatz ist, daß die finanziellen Mittel der öffentlichen Hand zu keinem Zeitpunkt zur Verfügung standen oder zur Verfügung stehen würden⁵⁸⁷. Diese kulante Linie baute der EuGH in der *Stardust Marine*-Entscheidung noch weiter aus⁵⁸⁸.

d. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des inter-mitgliedstaatlichen Handels

An das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung werden denkbar niedrige Anforderungen gestellt: Eine Wettbewerbsverfälschung ist bereits dann anzunehmen, wenn die staatliche Beihilfe die Wettbewerbsposition des Empfängerunternehmens gegenüber seinen Konkurrenten verbessert bzw. verbessern könnte⁵⁸⁹. Da eine Beihilfe den Marktzutritt weiterer Anbieter und damit schon die Entstehung von Wettbewerb behindern kann, gilt auch die potentielle Wettbewerbsverfälschung zukünftiger Märkte als umfaßt. Die Intensität der Wettbewerbsverfälschung spielt hierbei keine Rolle⁵⁹⁰. Das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung formuliert eigentlich die *ratio* des Beihilfenverbots. Als Tatbestandsmerkmal ist sie überflüssig. Bei dem sogenannten „Zwischenstaatlichkeitskriterium“⁵⁹¹ schließen ebenfalls weder ein geringes Beihilfevolumen noch eine etwaige geringe Betriebsgröße des begünstigten Unternehmens die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung aus⁵⁹². Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel sind vielmehr nur dann zu verneinen, wenn es sich bei der Tätigkeit der Empfängerunternehmen um rein lokale Wirtschaftstätigkeiten handelt⁵⁹³.

2. Legalausnahmen gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG sowie 73 EG

Der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ist als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet⁵⁹⁴. Er enthält also kein absolutes Beihilfenverbot, sondern unterstellt die

583 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 6.

584 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, Rdnr. 139.

585 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 59.

586 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 61.

587 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, Rdnr. 166.

588 *EuGH*, Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission – Stardust Marine), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 52.

589 *EuGH*, Rs. 730/79 (Philip Morris/Kommission), Slg. 1980, 2671, Rdnr. 11; *EuG*, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 140.

590 *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 83.

591 *Bartosch*, *EuZW* 2000, 333 (336); *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 86.

592 *EuGH*, Rs. C-142/87 (Belgien/Kommission), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 43; Rs. C-278/92, C-279/92 und C-280/92 (Spanien/Kommission), Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 40; *EuG*, Rs. T-214/95 (Vlaams Gewest/Kommission), Slg. 1998, II-717, Rdnr. 48.

593 *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 86.

594 *Koenig*, *EuZW* 1995, 595 (599); *idem*, *ZIP* 2000, 53 (53).

staatliche Beihilfengewährung lediglich einer umfassenden Kontrolle⁵⁹⁵. Ist die Tatbestandsmäßigkeit einer staatlichen Maßnahme gemäß Art. 87 Abs. 1 EG zu bejahen, so ist zu prüfen, ob die Beihilfe auf der Basis der Ausnahmetatbestände als für mit EG-Recht kompatibel erklärt werden kann (*de iure* vereinbare Beihilfen)⁵⁹⁶. Während es sich bei den Tatbeständen Art. 87 Abs. 2 EG um obligatorische Ausnahmen handelt, liegt es in den praktisch relevanten Fällen des Art. 87 Abs. 3 EG im Ermessen der Kommission („können“), eine mit dem gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe anzunehmen. Die *numerus clausus*-Kataloge von Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG sind restriktiv auszulegen⁵⁹⁷. Im Zusammenhang mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte wurde in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten, Chancengleichheitskriterien zur Gleichstellung von Mann und Frau ließen sich unter Art. 87 Abs. 3 lit. b EG subsumieren, wonach Beihilfen zur Förderung „wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse“ mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein können, da das Gleichstellungsziel mit Art. 2 EG nunmehr explizit Eingang in die Gemeinschaftsziele gefunden habe⁵⁹⁸. Allerdings versteht man unter dieser Ausnahme gemeinhin lediglich Projekte im Bereich Forschung und Entwicklung, insbesondere Infrastrukturmaßnahmen⁵⁹⁹.

Art. 73 EG ermöglicht es den Mitgliedstaaten, Beihilfen zu gewähren, um im Verkehrs- und Transportsektor die mit öffentlichen Dienstleistungen zusammenhängenden Belastungen abzugelten. In Durchbrechung des in Art. 87 Abs. 1 EG statuierten generellen Beihilfenverbots deklariert Art. 73 EG in diesem Bereich staatliche Beihilfen von vornherein als mit dem Gemeinsamen Markt kompatibel. Der Wortlaut („Beihilfen“) suggeriert bereits, daß die „Koordinierungs- und Abgeltungsbeihilfen“ im Sinne des Art. 73 EG das Vorliegen der vier Beihilfeelemente des Art. 87 Abs. 1 EG voraussetzen. Art. 73 EG ist wie Art. 87 Abs. 2 und 3 EG eine Rechtfertigungsnorm⁶⁰⁰. Zur Erreichung der im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik gemäß Art. 70 EG festgelegten Ziele hat der Rat gemäß Art. 71 EG eine Reihe von VOen erlassen⁶⁰¹.

3. Beihilfenaufsicht durch die Kommission

a. Zweistufigkeit des Kontrollverfahrens

Zuständig für die Kontrolle der Einhaltung des Beihilfenregimes ist die Kommission, genauer gesagt die Generaldirektion (GD) Wettbewerb. Im Rahmen des Kontrollverfahrens gemäß Art. 88 EG sowie der Verfahrensverordnung VO 659/1999/EG⁶⁰² ist zwischen der vorläufigen Prüfungsphase nach Art. 88 Abs. 3 EG bzw. Art. 4 Abs. 2 VO 659/1999/EG, und der in Art. 88 Abs. 2 EG bzw. Art. 4 Abs. 4 VO 659/1999/EG geregelten förmlichen Prüfungs-

595 Koenig/Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 87, Rdnr. 4.

596 Kommission, XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1994 (1995), Rdnr. 354.

597 Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 92.

598 Boesen, Vergaberecht, § 97 Rdnr. 133.

599 Bär-Bouysyère, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 87, Rdnr. 54; Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 87, Rdnr. 33; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 106.

600 EuGH, Rs. 156/77 (Kommission/Belgien), Slg. 1978, 1881, Rdnr. 9/13; Kommission, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26

601 Vgl. VO 1191/69/EWG des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. 1969, L 156, S. 1 ff.

602 VO 659/1999/EG des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 88 des EG-Vertrages, ABl. 1999, L 83, S. 1 ff.

phase zu unterscheiden⁶⁰³. Kann die Kommission bei ihrer ersten Prüfung nicht alle Schwierigkeiten im Hinblick darauf ausräumen, ob einer staatliche Maßnahme Beihilfencharakter zuzuschreiben ist, so ist sie verpflichtet, Stellungnahmen einzuholen und das Hauptprüfungsverfahren des Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten. Dies gilt auch dann, wenn sie die staatliche Maßnahme zwar als staatliche Beihilfe qualifiziert, sie aber gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG als mit dem Binnenmarkt kompatibel einstuft⁶⁰⁴.

b. Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot

Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG sowie Art. 2 VO 659/1999/EG verpflichten die Mitgliedstaaten, die Kommission vor jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, daß sie sich hierzu äußern kann. Darüber hinaus besteht gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG, Art. 3 VO 658/99/EG für alle notifizierungspflichtigen Beihilfen ein unmittelbare Wirkung entfaltendes Durchführungsverbot (*standstill obligation*), bis eine abschließende Entscheidung der Kommission ergangen ist⁶⁰⁵. Wird die Notifizierungspflicht oder das Durchführungsverbot verletzt, ist die solchermaßen gewährte Beihilfe formell rechtswidrig⁶⁰⁶. Als Reaktion hierauf kann die Kommission ihr gestuftes Kontroll- und Sanktionsarsenal aktivieren und eine Anordnung zur Auskunftserteilung gemäß Art. 10 Abs. 3 VO 665/99/EG, eine Aussetzungsanordnung gemäß Art. 11 Abs. 1 VO 665/99/EG und schließlich eine Rückforderungsanordnung gemäß Art. 11 Abs. 3 VO 665/99/EG erlassen. Den Konkurrenten des Beihilfenempfängers gewährt das Durchführungsverbot individuelle Rechte, auf die sich vor den nationalen Gerichte berufen können. Letztere sind auf Antrag der Konkurrenten gehalten, die Verhinderung bzw. Erstattung von Beihilfen anzuordnen, wenn feststeht, daß die Kommission nicht unterrichtet worden ist oder sich nicht positiv geäußert hat⁶⁰⁷.

4. Gruppenfreistellungsverordnungen

Mittlerweile gibt es vier auf der Ermächtigungs-VO 994/98/EG⁶⁰⁸ basierende Gruppenfreistellungsverordnungen, welche staatliche Maßnahmen vom Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ausnehmen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die *De minimis*-Beihilfen-VO 69/2001/EG⁶⁰⁹, wonach Beihilfen unterhalb des Schwellenwerts von 100.000 EUR, bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren, nicht dem Anwendungsbereich des Beihilfenregimes unterfallen. Die zweite und dritte Ausnahme bilden die VO 70/2001/EG für KMU⁶¹⁰, welche Beihilfen an KMU vom Anwendungsbereich der Art. 87 Abs. 1 ff. EG ausnimmt, sowie die Ausbildungs-VO 68/2001/EG⁶¹¹ für Ausbildungsbeihilfen. Darüber hin-

603 Art. 4 VO 659/1999/EG.

604 *EuG*, T-11/95 (BP Chemicals/Kommission), Slg. 1998, II-3235, Rdnr. 166.

605 *EuGH*, Rs. 120/73 (Lorenz), Slg. 1973, 1471, Rdnr. 8.

606 Art. 1 lit. f VO 659/1999/EG.

607 *EuGH*, Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnrn. 68, 71.

608 VO 994/98/EG des Rates vom 7. Mai über die Anwendung der Art. 87 und 88 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. 1998 L 142 vom 14. Mai 1998.

609 VO 69/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf „De minimis“-Beihilfen vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 30, vom 13. Januar 2001.

610 VO 70/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 33, vom 13. Januar 2001.

611 VO 68/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf Ausbildungsbeihilfen, vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 20, vom 13. Januar 2001.

aus hat die Kommission die VO 2204/2002/EG⁶¹² erlassen, welche, um die Schaffung neuer Arbeitsplätze in den Mitgliedstaaten zu erleichtern⁶¹³, Beihilfen freistellt, die eine Förderung der Beschäftigung im Sinne der europäischen Beschäftigungsstrategie und vor allem von benachteiligten Arbeitnehmergruppen bezwecken⁶¹⁴.

5. Analyse und Bewertung

Die kurze Synopse des Beihilfensystems zeigt, daß die Gemeinschaftsorgane Rat, Kommission und EuGH bereits im Stadium *quo ante Ferring* und *Altmark* dem Spannungsverhältnis zwischen einer strikten Beihilfenkontrolle sowie dem sozial-, umwelt- und beschäftigungspolitischen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten andererseits Tribut gezollt haben. Ansatzweise hatten sowohl der EuGH als auch Rat und Kommission mit ihren Rechtssetzungsakten bereits zu diesem Zeitpunkt eine rein binnenmarktorientierte Monooptik zugunsten einer die nicht-wirtschaftliche Dimension der Gemeinschaft einschließenden Perspektive geopfert. An dieser Stelle soll daher die These aufgestellt werden, daß die Furore machenden Urteile des EuGH in den Rechtsachen *Ferring* und *Altmark* sich nahtlos in die bisherige Tradition der Fortentwicklung des Beihilfenrechts einfügen, die verstärkt auf einen Ausgleich zwischen vorgenannten Extremen gerichtet ist⁶¹⁵.

B. Praxis der Kommission

I. Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens

Vor dem Hintergrund des skizzierten beihilferechtlichen *acquis communautaire* ist nun ein Phänomen aus der Kommissionspraxis zu beobachten⁶¹⁶, das für den Vergleich von Beihilfen- und Vergaberecht von besonderer Bedeutung ist. Die Kommission ist bei ihrer beihilfenrechtlichen Prüfung von mitgliedstaatlichen Transaktionen dazu übergegangen, die Durchführung eines vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Ausschreibungsverfahrens zu verlangen, um das Tatbestandsmerkmal eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG auszuschließen.

1. Vereinbarkeitsvermutung

Den Startschuß zu dieser Auslegung gab die Kommission in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht unter der Rubrik „Privatisierungen“, in dem sie von der Annahme ausging, daß der Verkauf von Aktienpaketen an der Börse generell zu Marktbedingungen erfolge und

612 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff.

613 Art. 4 Abs. 1 VO 2204/2002/EG.

614 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff., Rdnr. 7.

615 Vgl. *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3030).

616 Vgl. *Bartosch*, WuW 2001, 673 (674); *idem*, CMLR 2002, 551 (553); *Bauer*, EuZW 2001, 748 (749); *Gundel*, RIW 2002, 222, (227); *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 87; *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (292).