

## EG-beihilfenrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung

Von Universitätsprofessor Dr. Christian Koenig, LL.M., und  
Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Bonn \*

Staatliche Fördermaßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zugute kommen, erfüllen grundsätzlich nicht das EG-beihilfenrechtliche Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit. Die hoheitliche Infrastrukturförderung war daher der Beihilfenkontrolle bislang weitgehend entzogen. Angesichts der Knappheit von Haushaltsmitteln und unter dem Druck der geforderten Erhöhung der betriebswirtschaftlichen Effizienz von Infrastrukturprojekten geht die öffentliche Hand aber immer mehr dazu über, Infrastrukturaufgaben in Kooperationen mit der Privatwirtschaft zu erfüllen (funktionale Privatisierung bzw. Public Private Partnership). Zudem hat eine ausgreifende Aufgabenprivatisierung dazu geführt, daß plötzlich von der Angebotseite her frei zugängliche Infrastrukturmärkte entstehen oder denkbar sind, wo vormals ausschließlich staatliches, nicht vom Wettbewerb kontrolliertes Handeln vorherrschte. Dabei zeigt sich, daß es nicht mehr allein um den Ausschluß von Wettbewerbsverzerrungen durch begünstigende Infrastrukturmaßnahmen geht, sondern daß auch der Wettbewerb um die Erstellung und den Betrieb von Infrastrukturen sowie der anschließende Wettbewerb der Infrastrukturanbieter durch Beihilfen verzerrt werden können. Spätestens mit diesen Entwicklungen stellt sich immer dringlicher die Frage, wie Infrastrukturprojekte zukünftig EG-beihilfenrechtlich zu bewerten sind. Der folgende Beitrag systematisiert die Kommissionspraxis und würdigt diese vor dem Hintergrund der berechtigten Finanzierungsinteressen der öffentlichen Investoren einerseits und des Schutzes des Wettbewerbs andererseits.

### I. Einleitung

Die Auffassung, daß hoheitliche Infrastrukturmaßnahmen mangels Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige bereits den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erfüllen, war lange Zeit eine

der unerschütterlichen Säulen der EG-Beihilfenrechtsdogmatik. So antwortete die Europäische Kommission schon 1967 auf eine schriftliche Anfrage eines Abgeordneten des Europäischen Parlaments, daß die Anlage eines Abwassersammelkanals in Belgien kein bestimmtes Unternehmen bzw. keinen bestimmten Produktionszweig begünstigt, obwohl die Einrichtung speziell auf die Bedürfnisse eines konkreten Unternehmens zugeschnitten werden sollte<sup>1</sup>. Diese schlichte Ausgangsposition ist inzwischen einer erheblich differenzierteren Betrachtung gewichen. So wacht die Kommission mittlerweile sehr genau darüber, daß durch das Infrastrukturprojekt keine unternehmensspezifische Begünstigung eintritt. Besondere Beachtung verdienen dabei diejenigen Infrastrukturprojekte, an deren Realisierung Private beteiligt sind, was zunehmend der Fall ist.

Bevor die Entwicklung der einschlägigen Kommissionspraxis im folgenden dargelegt und kommentiert werden soll, ist der Begriff der „Infrastruktur“ zu klären, da dieser in der staatswissenschaftlichen Literatur höchst unterschiedlich verwendet wird<sup>2</sup>. Infrastruktureinrichtungen sind durch eine Gewährleistungsfunktion gekennzeichnet: Sie sichern in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen für die soziale Entwicklung und Entfaltung wirtschaftlicher Aktivitäten<sup>3</sup>. Infrastruktureinrichtungen sind in der Regel auf eine gleichmäßige und häufig auch flächendeckende Versorgung mit Leistungen von allgemeinem Interesse zu angemessenen Bedingungen angelegt<sup>4</sup>. Trotz des in bezug auf diese Feststel-

1 So jedenfalls die Sachverhaltsdarstellung in ABl. 1967 S. 2311. Die Kommissionspraxis würde heute – die Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung unterstellt – wohl zu Recht zum gegenteiligen Ergebnis gelangen, vgl. dazu unten II. 2.

2 Vgl. exemplarisch Stichwort „Infrastruktur“ in: *Ute Arentzen u. a.* (Hrsg.), *Gabler-Wirtschafts-Lexikon*, 14. Aufl. 1997; *Georg Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung: Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa*, 1998, S. 164 ff.; *Georg Hünnekens*, *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*, 1994, S. 16; *Klaus Stern*, *Staatsrecht I*, 2. Aufl. 1984, § 21 II 2; *Rolf Stober*, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 12. Aufl. 2000, § 26.

3 *Hünnekens* (Anm. 2), S. 13 und 15.

4 *Hermes* (Anm. 2), S. 166 f.

\* *Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser Koenig ist geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn; der Verfasser Kühling ist dort wissenschaftlicher Referent. Alle Internetzitate weisen den Stand vom 1. 9. 2001 auf.*

lungen bestehenden Konsenses gehen die Definitionen in der Literatur weit auseinander<sup>5</sup>. Allerdings wird zunehmend die Notwendigkeit einer allgemeingültigen Definition abgestritten und statt dessen eine Aufzählung von Einrichtungen, die anerkanntermaßen zur Infrastruktur gezählt werden, bevorzugt. Dieses Vorgehen wird mit der Dynamik des Infrastrukturbegriffs begründet<sup>6</sup>. Auch das BVerfG nimmt anstelle einer Definition des Infrastrukturbegriffs eine weite und nicht abschließende Aufzählung von Einrichtungen vor<sup>7</sup>. Hierzu werden neben der Energie- und Wasserversorgung der Nahverkehr, die Abfallentsorgung sowie weitere öffentliche Einrichtungen wie Krankenhäuser, Altenheime und Kindergärten gezählt. Ähnlich definiert das Europäische Parlament den Begriff der Infrastruktur<sup>8</sup>. Ein derart weites Verständnis der Infrastruktur<sup>9</sup> soll auch diesem Beitrag zugrunde gelegt werden, zumal nicht nur die Förderung besonders wirtschaftsnaher Infrastrukturen (wie Ver- und Entsorgungseinrichtungen) beihilfenrechtlich relevant sein kann, sondern sich der Blick der Europäischen Kommission zunehmend auch auf kulturelle, sportliche und soziale Einrichtungen richtet<sup>10</sup>. Damit wird zum großen Teil auch der Bereich dessen erfaßt, was in Deutschland unter dem „schwammigen“ Begriff der *Daseinsvorsorge* firmiert<sup>11</sup>. Die folgende Auseinandersetzung wird durch die Daseinsvorsorgemittelteilung<sup>12</sup>, mit der die Kommission auf den wachsenden Unmut vor allem in Deutschland über die zunehmende wettbewerbsrechtliche Kontrolle der genannten

Bereiche reagiert hat<sup>13</sup>, nicht wesentlich berührt. Bei der Mitteilung handelt es sich vornehmlich um eine politische Konzession, die keine inhaltlichen Neuerungen vorsieht. Sie liefert lediglich knappe Hinweise für die weitere Anwendung des Primärrechts durch die Kommission, etwa im Hinblick auf die Frage, ob eine grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung oder die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegen, und beschränkt sich grundsätzlich auf die Wiedergabe der bisherigen Auslegungspraxis durch Kommission und EuGH<sup>14</sup>.

## II. Bisherige Kommissionspraxis und EuGH-Rechtsprechung zur unternehmensspezifischen Begünstigung im Zusammenhang mit der öffentlichen Infrastrukturförderung

### 1. Regel: Infrastrukturförderung stellt keine unternehmensspezifische Begünstigung dar

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind nur solche Beihilfen, die auf die Begünstigung *bestimmter* Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind. Das Merkmal der Bestimmtheit dient der Abgrenzung der Beihilfen implizierenden Fördermaßnahmen von allgemeinen legislativen Maßnahmen eines Mitgliedstaates oder dessen Gebietskörperschaften<sup>15</sup>. Damit sollen staatliche Fördermaßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zugute kommen, aus dem gemeinschaftlichen Beihilfenbegriff ausgegrenzt werden. Hierzu gehören auch hoheitliche Maßnahmen, die der Schaffung und dem Ausbau der Infrastruktur dienen, zum Beispiel die Erschließung von Gewerbegebieten oder der Bau und Betrieb von städtischen Kläranlagen, Mülldeponien oder Schulen. Öffentliche Investitionen in derartige Infrastruktureinrichtungen wurden bislang regelmäßig als EG-beihilfenrechtlich unbedenklich eingestuft, da und soweit sie keine bestimmten Unternehmen oder Branchen bevorzugen. Teilweise sind Infrastruktureinrichtungen nicht einmal auf Unternehmen beschränkt und kommen auch oder sogar ausschließlich einer Vielzahl von Verbrauchern zugute, etwa Mülldeponien oder Schulen. Die Bereitstellung dieser Einrichtungen dient dazu, Rahmenbedingungen für die allgemeine Attraktivität eines Gebiets als Wirtschaftsstandort zu schaffen<sup>16</sup>. Unbestritten kann die Nutzung einer effizienten Infrastruktur den dort vorhandenen Industrieunternehmen einen Vorteil verschaffen, der sich positiv auf ihre Marktstellung auszuwirken vermag. Ein solcher Vorteil kann indes den Beihilfenbestand nicht erfüllen, da er prinzipiell jedem Unternehmen zugute kommt, das sich für eine Ansiedlung in der betreffenden Region oder Gemeinde entscheidet. Im Ergebnis treten die Mitgliedstaaten und Kommunen durch die Gestaltung der Infrastruktureinrichtungen auf ihrem

5 So fallen nach einer engeren Auffassung unter den Begriff der Infrastruktur nur netzgebundene Einrichtungen im Sinne von Straßen-, Schienen- und Leitungsnetzen für Telekommunikation, Energie und Wasserversorgung, einschließlich derjenigen Dienste, die unter Ausnutzung dieser Netze erbracht werden, *Hermes* (Anm. 2), S. 162. Hingegen soll einer auf die wirtschaftliche Infrastruktur ausgerichteten Definition zufolge die Gesamtheit der materiellen, institutionellen und personellen Einrichtungen erfaßt werden, die den Wirtschaftssubjekten infolge öffentlicher Aktivität zur Verfügung stehen, so etwa *Hünnekens* (Anm. 2), S. 16.

6 *Stober* (Anm. 2), S. 287.

7 BVerfGE 38, 258 (270 f.). Auffällig ist, daß das BVerfG den Begriff der Infrastruktur in Anführungszeichen gesetzt hat.

8 Europäisches Parlament, Entschließung v. 17. 3. 1989, ABl. 1989 C 96 S. 243 (244): „[D]ie Ausstattung mit materiellen Gütern [...], die nicht unmittelbar im Produktionsprozeß verwendet werden, wobei diese Ausstattung einer Vielzahl von Benutzern zur Verfügung steht und normalerweise vom Staat selbst oder eigens dafür vorgesehenen halbstaatlichen Stellen oder auch privaten Körperschaften hergerichtet und finanziert wird.“

9 Wie etwa bei *Hünnekens* (Anm. 2), S. 16, der Infrastruktur definiert als „entwicklungsoffener Inbegriff all jener Einrichtungen und Maßnahmen, die als materielles und institutionelles Fundament für den Bereich der ökonomischen Entfaltung des einzelnen und der Allgemeinheit geeignet und notwendig sind und im öffentlichen Interesse dem Gemeinwesen zur Verfügung gestellt werden“.

10 Wie hier auch *Joachim J. Modlich*, Die Vereinbarkeit nationaler Infrastrukturmaßnahmen mit dem Beihilfeverbot des Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag, 1996, S. 123.

11 Siehe ausführlich und kritisch die Dissertation von *Dieter Scheidemann*, Ursprung, Funktion und Wandlungen des Begriffs Daseinsvorsorge, 1990; treffend sprach *Bodo Börner* schon 1971 vom Begriff der Daseinsvorsorge als einem Irrwisch, BayVBl. 1971, S. 406 (406); siehe ausführlich zur örtlichen Daseinsvorsorge jetzt *Johannes Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, passim.

12 Mitteilung der Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 20. 9. 2000, ABl. 2001 C 17 S. 4.

13 Vgl. FAZ v. 25. 3. 2000, S. 2; 27. 3. 2000, S. 2, und 29. 3. 2000, S. 6.

14 Vgl. zu Art. 86 Abs. 2 EGV Ziff. 19 ff., zur Zwischenstaatlichkeitsklausel Ziff. 32 der Daseinsvorsorgemittelteilung (Anm. 12); zur ersten Beihilfenentscheidung, die den Aspekt der Zwischenstaatlichkeitsklausel aufgreift siehe unten die Entscheidung *Freizeitbad Dorsten* (Anm. 67).

15 *Thomas Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1112.

16 *Stephan grosse Siemer*, Die kommunale Wirtschaftsförderung und die Regionalpolitik der Europäischen Gemeinschaften, 1992, S. 124.

Gebiet untereinander in einen Wettbewerb der Standorte, der in dieser Hinsicht bislang als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und EG-beihilfenrechtlich irrelevant angesehen wurde<sup>17</sup>.

Dieser Ansatz, eine Unternehmensbezogenheit der Begünstigung von Infrastruktureinrichtungen abzulehnen, die im Interesse der Allgemeinheit von der öffentlichen Hand geschaffen und aufrechterhalten werden, kann auf eine lange Kommissionspraxis zurückweisen<sup>18</sup>, die vom EuGH im Grundsatz gebilligt wurde<sup>19</sup>. Als *allgemeine Infrastruktureinrichtungen* sind hierbei alle Einrichtungen zu verstehen, die durch eine polyvalente Verwendbarkeit und eine fehlende Nutzungsexklusivität gekennzeichnet sind und damit allen vorhandenen und künftigen Unternehmen diskriminierungsfrei zu gleichen Bedingungen zur Verfügung stehen.

## 2. Ausnahme: Unternehmensspezifische Begünstigung

Dies setzt allerdings voraus, daß die diskriminierungsfreie Nutzungsmöglichkeit aller Marktteilnehmer auch tatsächlich gewährleistet wird. Damit sind insbesondere die Fälle problematisch, in denen eine an sich allgemeine Maßnahme faktisch auf die Begünstigung eines einzelnen Unternehmens oder – was freilich selten der Fall sein dürfte – eines bestimmten Produktionszweigs hinausläuft. Eine solche unternehmensspezifische Begünstigung hat die Kommission in der Vergangenheit insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung bzw. Erschließung von *Industriegebieten* und *Gewerbeparks* beschäftigt. Diese Fälle weisen die Gemeinsamkeit auf, daß entweder eine der Allgemeinheit gewidmete Infrastruktureinrichtung in Wirklichkeit nur von einem Unternehmen genutzt werden kann oder die Infrastruktur speziellen Bedürfnissen eines Unternehmens Rechnung trägt. In beiden Konstellationen wird eine prinzipiell unbestimmte Infrastrukturleistung dadurch zu einer bestimmten Begünstigung, daß sie auf die besonderen Bedürfnisse eines Unternehmens zugeschnitten und damit unternehmensspezifisch erbracht wird<sup>20</sup>. Dabei sind äußere und innere Erschließungsmaßnahmen als zwei Standardfälle der grundstücksbezogenen Infrastrukturerstellung zu unterscheiden<sup>21</sup>.

*Innere Erschließungsmaßnahmen*, also solche auf dem Grundstück eines Unternehmens, stellen regelmäßig Maßnahmen dar, die im Fall fehlender Kostendeckung einen unternehmensbezogenen Vorteil gewähren und da-

mit den Beihilfenbegriff erfüllen. Es handelt sich in der Mehrzahl der Fälle um die Schaffung von Einrichtungen auf dem Unternehmensgelände, die dessen Anschluß an die allgemeinen Infrastruktureinrichtungen vor Ort bezwecken, sowie um die anschließende Versorgung des Unternehmens mit Infrastrukturleistungen wie Wasser und Energie. Teilweise können aber auch sehr individuelle Maßnahmen vorliegen, etwa die Begradigung und Befestigung des Unternehmensgeländes<sup>22</sup>. Um in solchen Fällen den Beihilfentatbestand sicher auszuschließen, ist ein Nachweis erforderlich, daß die Bereitstellung der benötigten Einrichtungen und die Lieferung entsprechender Leistungen nur gegen Zahlung des üblichen Marktpreises erfolgen, der kostenorientiert berechnet sein muß<sup>23</sup>. Ist dies nicht der Fall, wird das Vorliegen eines unternehmensbezogenen Vorteils indiziert.

Bei *äußeren Erschließungsmaßnahmen*, also Maßnahmen, die zwar grundstücksbezogen, aber nicht auf dem betroffenen Grundstück erfolgen, muß zunächst der ortsübliche Erschließungsbeitrag entrichtet werden, um das Vorliegen einer unternehmensbezogenen Begünstigung auszuschließen<sup>24</sup>. Eine vollständige Kostendeckung durch den Erschließungsbeitrag wird von der Kommission dagegen nicht verlangt<sup>25</sup>. Damit ist jedenfalls bei einem völligen oder teilweisen Verzicht auf den Erschließungsbeitrag der unternehmensbezogene Begünstigungscharakter der Maßnahme grundsätzlich zu bejahen. Bei der Bewertung der Ortsüblichkeit und des Vorliegens einer Differenzierung, die Beihilfenelemente indiziert, zieht die Kommission allerdings auch den Maßstab eines marktwirtschaftlich handelnden Investors heran. Dies kann im Einzelfall dazu führen, daß gegenüber „Pionierunternehmen“ in einem neu zu errichtenden Gewerbepark Erschließungsmaßnahmen verbilligt durchgeführt werden dürfen, um Folgeunternehmen anzulocken, die dann höhere Entgelte zu zahlen haben<sup>26</sup>. Neben dem Erfordernis der Zahlung ortsüblicher Erschließungsbeiträge ist weiter zu prüfen, ob die äußeren Erschließungsmaßnahmen unternehmensspezifisch zugeschnitten werden, da auch dies eine Begünstigung im EG-beihilfenrechtlichen Sinne – trotz Beitragszahlung – bedingen kann. Ein anschauliches Beispiel für die Prüfung unternehmensspezifischer Vorteile bietet der Fall *Kimberly Clark Industries*<sup>27</sup>. Darin wurde zur alleinigen Ansiedlung des Unternehmens eigens ein Industriegebiet nach

17 *Angela Faber*, DVBl. 1992, S. 1346 (1350); zur Betrachtung des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des Systemwettbewerbs *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, EuZW 1999, S. 517 (517 ff.).

18 Vgl. bereits die Antwort der Kommission auf eine schriftliche Anfrage ABl. 1967 S. 2311; später exemplarisch die Mitteilungen *Veltin-Tal*, ABl. 1992 C 324 S. 3 (3); *Alkalische Salze*, ABl. 1993 C 59 S. 4 (5).

19 Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-225/91, *Matra*, Slg. 1993 S. I-3203 (3250 ff.).

20 *Bertold Bär-Bouyssièrè*, in: *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum EGV, 2000, Art. 87 Rn. 35.

21 Zu dieser von der Kommission in der Mitteilung *Fritz Egger* (dazu bei Anm. 22) explizit dargelegten Differenzierung jetzt auch *Ulrich Soltész*, EuZW 2001, S. 107 (109), der wie hier zudem sonstige allgemeine Infrastrukturmaßnahmen als dritte Kategorie behandelt.

22 Vgl. die Mitteilung der Kommission, *Fritz Egger Spanplattenindustrie*, ABl. 1994 C 369 S. 6 (7).

23 Siehe dazu die Mitteilung der Kommission v. 27. 6. 1995, *Institut Français du Pétrole (IFP)*, ABl. 1995 C 161 S. 5 (8); siehe auch die Entscheidung *Lenzing Lyocell* (Anm. 29), S. 33 (41). In dem Fall sind inzwischen angemessene Zahlungen für die unternehmensspezifische Infrastruktur geleistet worden. Auf dieselben Kriterien rekurriert die Kommission in der Entscheidung v. 20. 7. 1999, *Sangalli Manfredonia Vetro*, ABl. 2000 L 137 S. 1 (5 – Ziff. 28 f.).

24 Vgl. Mitteilung *Fritz Egger* (Anm. 22), S. 6 (7).

25 In der Entscheidung *Sangalli Manfredonia Vetro* (Anm. 23), S. 1 (5 – Ziff. 27), hebt die Kommission allerdings den Charakter der Kostendeckung der Infrastrukturnutzungsgebühren hervor.

26 Dies hält die Kommission in der Aufforderung zur Stellungnahme, *Lenzing Lyocell*, ABl. 1999 C 253 S. 4 (12), zumindest für möglich. Dazu ist aber eine substantiierte Darlegung seitens der öffentlichen Hand zu verlangen.

27 Mitteilung der Kommission, *Kimberly Clark Industries*, ABl. 1994 C 170 S. 8.

den besonderen Bedürfnissen des Papierherstellers in unmittelbarer Nähe eines Flusses erschlossen, um auf diese Weise dessen notwendige Versorgung mit großen Mengen qualitativ guten Nutzwassers und die entsprechende Ableitung des (zuvor geklärten) Abwassers zu ermöglichen. Dies sah die Kommission als eine unternehmensspezifische Leistung an, die dem Unternehmen gegenüber nur zum vollen Marktpreis hätte erbracht werden dürfen. Vergleichbar ist der Fall *Lenzing Lyocell*<sup>28</sup>. Hier wurde für das Unternehmen ein Bahnanschluß innerhalb eines Gewerbeparks eingerichtet, der nach den Feststellungen der Kommission nur von diesem und nicht von anderen Unternehmen vor Ort genutzt werden konnte. Auch darin erkannte die Kommission eine unternehmensspezifische Leistung<sup>29</sup>. Allerdings kann nicht jeder Vorteil, den ein Unternehmen aufgrund der faktisch ausschließlichen Nutzung externer Infrastruktureinrichtungen erlangt, automatisch als bestimmte Maßnahme qualifiziert werden. So ist es beispielsweise unvermeidlich, daß in einem neu eingerichteten Gewerbegebiet der zuerst angesiedelte Betrieb quasi die gesamte Infrastruktur zur eigenen Verfügung hat. Dies gilt auch für den Fall, daß für eine Ansiedlung weiterer Unternehmen noch keine konkreten Pläne vorliegen und dies lediglich in Zukunft geschehen soll, etwa wenn sich der Standort hierfür günstig entwickelt<sup>30</sup>. Mithin muß für das Vorliegen der Unternehmensbezogenheit der Begünstigung die Infrastruktureinrichtung so beschaffen sein, daß dem Unternehmen daraus ein gegenüber anderen (potentiell) ansiedlungsbereiten Unternehmen *exklusiver* Vorteil zukommt, von dem spätere Unternehmen nicht profitieren können. Dieser ist nicht etwa schon darin zu erblicken, daß der Erstansiedler Einfluß auf die Planung und Ausgestaltung von äußeren Erschließungsmaßnahmen zu nehmen vermag.

Auch für *sonstige allgemeine Infrastrukturmaßnahmen* ist jeweils die Unternehmensbezogenheit der Infrastrukturkonzeption zu prüfen. Dabei existiert inzwischen auch diesbezüglich eine reiche Kommissionspraxis, die diesen Maßstab in verschiedenen Infrastrukturbereichen ausdifferenziert. So lehnte die Kommission im Fall von Investitionen in solche touristischen Infrastrukturen, die – wie Naturerlebnisräume<sup>31</sup> – allen Gästen unentgeltlich zur Verfügung stehen, das Vorliegen einer bestimmten Begünstigung ab. Ähnlich werden die Fälle der Dorf- und Stadtentwicklungsmaßnahmen zur Verbesserung des Ortsbildes beurteilt, sofern sie im allge-

meinen Interesse erfolgen, was etwa im Fall der Schaffung von Grünräumen zu bejahen ist<sup>32</sup>. Die Förderung der Verbesserung der Übernachtungsinfrastruktur, die bestimmten Beherbergungsbetrieben zugute kommt, faßt die Kommission dagegen als unternehmensbezogene Begünstigung auf<sup>33</sup>. Investitionen in die Bildungsinfrastruktur werden von der Kommission grundsätzlich als unspezifisch angesehen. Wenn sie allerdings in Ausnahmefällen ganz gezielt auf ein Unternehmen oder einen Industriezweig ausgerichtet werden, erfüllen auch sie das Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit<sup>34</sup>. Für die Beurteilung von Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen stützt sich die Kommission unter anderem auf ihre Ausführungen im Grünbuch über Seehäfen und Seeverkehrsinfrastruktur, in dem sie gleichermaßen darauf abstellt, ob die Hafeninfrasturktur allgemein und diskriminierungsfrei zugänglich ist und keine Maßnahmen erfordern, die ausgewählte Unternehmen besonders begünstigen<sup>35</sup>. Mit der Umsetzung der geplanten Maßnahmen zur Einführung fairer Preise für die Verkehrsinfrastrukturbenutzung<sup>36</sup> wird allerdings mit der Aufstellung strengerer Anforderungen an die Kostendeckung der Infrastruktur zu rechnen sein, wobei jeweils die Sonderbestimmung des Art. 73 EGV zu berücksichtigen ist<sup>37</sup>. Eine Verschärfung der Anforderungen ist im Hinblick auf die Beurteilung der Förderung der Forschungsinfrastruktur bereits festzustellen. So achtet die Kommission streng darauf, daß die infrastrukturelle Offenheit nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch gesichert ist. Andernfalls bejaht die Kommission – wie im Fall *Institut Français du Pétrole* – den Beihilfentatbestand. Das Institut hatte die Ergebnisse seiner Forschungstätigkeit auf dem Gebiet der Petrochemie zu nicht kostendeckenden Preisen angeboten. Zwar richtete sich dieses Angebot theoretisch an alle Unternehmen in der EG, faktisch profitierten von den Forschungsergebnissen jedoch vor allem französische Unternehmen<sup>38</sup>. Im übrigen legt der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen (FuE-Beihilfen)<sup>39</sup> in Ziff. 2 aus-

28 Mitteilung der Kommission, *Lenzing Lyocell*, ABl. 1999 C 9 S. 6 (14 und 17).

29 Im Fall *Lenzing Lyocell* wurde inzwischen das Vorliegen einer Beihilfe abgelehnt, da das Unternehmen mittlerweile für den Bahnanschluß Sonderzahlungen leistet, Entscheidung der Kommission v. 19. 7. 2000, ABl. 2001 L 38 S. 33 (41).

30 Vgl. hierzu GA *van Gerven*, Schlußanträge zur Rs. C-225/91, *Matra*, Sig. 1993 S. I-3203 (3222), Nr. 28.

31 Entscheidung der Kommission N 86/2000 v. 6. 4. 2000, *Naturerlebnisräume in Schleswig-Holstein*, im Internet abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids). Hinzu kommt die Stützung derartiger Fördermaßnahmen auf Gemeinschaftsinitiativen wie etwa „PESCA“, ABl. 1994 C 180 S. 1, insbes. Ziff. 10; vgl. dazu Entscheidung der Kommission N 618/99 v. 6. 12. 1999, *Maritimer Tourismus in Schleswig-Holstein*, ebd. im Internet abrufbar. Unklar dagegen die Entscheidung der Kommission N 398/98 v. 22. 3. 2000, *Weinbauinfrastrukturen im Piemont*, ebd. (in italienischer Sprache) abrufbar.

32 Entscheidung der Kommission N 392/99 v. 10. 3. 2000, *Dorf- und Stadtentwicklung in Oberösterreich*, im Internet abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids).

33 Entscheidung der Kommission N 248/99 v. 28. 9. 1999, *Fremdenverkehrsinfrastrukturen im Piemont*, im Internet (in italienischer Sprache) abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids); dazu unten näher siehe III. 3.

34 Entscheidung der Kommission v. 26. 3. 1991, *Saint-Gobain*, ABl. 1991 L 215 S. 11 (12).

35 Grünbuch vom 10. 12. 1997, KOM (97) 678 endg., Ziff. 42; vgl. zur Anwendung dieser Maßstäbe exemplarisch die Aufforderung zur Stellungnahme, *Maßnahmen zugunsten des Hafensektors in Italien*, ABl. 1999 C 108 S. 2 (3); ferner Aufforderung zur Stellungnahme, *Bergbahninstallationen in der Provinz Bozen*, ABl. 2001 C 27 S. 37 (41) unter Hinweis auf Ziff. 175 des 25. Berichts über die Wettbewerbspolitik der Kommission, Luxemburg 1995.

36 Vgl. dazu die im Weißbuch „Faire Preise für die Infrastrukturbenutzung“ erwähnten Maßnahmen, 22. 7. 1998, KOM (1998) 466 endg. passim.

37 Dazu *Christian Koenig/Jürgen Kühling/Nicolai Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Heidelberg 2001 (im Erscheinen), B. II.

38 Mitteilung der Kommission v. 27. 6. 1995, *Institut Français du Pétrole (IFP)*, ABl. 1995 C 161 S. 5 (8); ähnlich: Mitteilung der Kommission, *Förderschwerpunkt Laserforschung und Lasertechnik*, ABl. 1992 C 10 S. 4 (5) (Fall betreffend die Begünstigung bestimmter, an einem staatlich geförderten Forschungsverbund beteiligter Unternehmen).

39 ABl. 1996 C 45 S. 5.

fürlich die Grundsätze der Anwendbarkeit des EG-Beihilfentatbestands auf FuE-Beihilfen dar. Nach Ziff. 2.4 des Gemeinschaftsrahmens wird die Förderung öffentlicher, nicht gewinnorientierter Hochschul- oder Forschungseinrichtungen grundsätzlich nicht als EG-beihilfenrechtlich relevant angesehen, sofern die Forschungsergebnisse den Unternehmen in der Gemeinschaft diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden. Sobald private Unternehmen an der Forschung beteiligt sind, müssen diese für alle erlangten Vorteile marktübliche Gegenleistungen zahlen, es sei denn, es werden ausschließlich gemeinschaftsweit frei verfügbare Forschungsergebnisse erzielt.

### III. EG-beihilfenrechtliche Beurteilung der Beteiligung Privater an Infrastrukturinvestitionen

Dieser Ansatz der Kommission, auf den unternehmensbezogenen, differenzierenden Charakter der Maßnahme abzustellen, der dem Grunde nach vom EuGH gebilligt wurde, ist durch das Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit angelegt und wird in der Sache im großen und ganzen überzeugend und pragmatisch angewandt, auch wenn Wertungen im Einzelfall immer umstritten bleiben dürften<sup>40</sup>. Auf diese Weise wird für eine Vielzahl einfach gelagerter Fälle Investitionssicherheit geschaffen. Teile der angeführten Kommissionspraxis<sup>41</sup> haben jedoch bereits aufgezeigt, daß die Beurteilung dann wesentlich schwieriger wird, wenn eine Beteiligung Privater an der Infrastrukturerstellung erfolgt, insbesondere wenn ein Wettbewerb der Infrastrukturdiensteanbieter (Infrastrukturersteller oder -betreiber) gegeben oder zumindest denkbar ist. Die Einbeziehung Privater im Rahmen verschiedener Kooperationsformen nimmt gegenwärtig ständig zu, wie im folgenden knapp dargelegt werden soll (1.). Damit ist aber die Frage nach der EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung gerade dieser Form der Investitionsmodelle für den Großteil der Infrastrukturförderung von entscheidender Bedeutung (2. und 3.).

#### 1. Wirtschaftlicher Hintergrund der Privatisierungswelle und der Tendenz zu Public Private Partnership in der Erstellung und beim Betrieb von Infrastrukturen

Die chronisch angespannte finanzielle Lage der öffentlichen Hand drängt diese, zunehmend nach Lösungen

zu suchen, um die Erfüllung der ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben effektiver und vor allem kostengünstiger bewältigen zu können. Dabei versprechen sich immer mehr öffentliche Entscheidungsträger eine Entlastung der Haushalte durch die Privatisierung zahlreicher Aufgabenbereiche. Eine solche kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. So kann die öffentliche Hand selbst ein Unternehmen in der Form des Privatrechts gründen und dieses anschließend mit der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe betrauen (sog. formelle Privatisierung bzw. Organisationsprivatisierung) oder die Aufgabenerfüllung vollständig auf einen Privaten übertragen und damit dem Markt überlassen (sog. materielle Privatisierung oder Aufgabenprivatisierung) und sich ggf. lediglich gewisse Kontrollrechte vorbehalten, um künftig die Gemeinwohlbindung des Unternehmens zu gewährleisten<sup>42</sup>. Eine weitere Privatisierungsvariante, die in der Praxis gegenwärtig immer stärker in den Vordergrund tritt, ist die Zusammenarbeit von Hoheitsträgern und Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (sog. funktionale Privatisierung). Unter dieser auch als *Public Private Partnership* bezeichneten Art der Zusammenarbeit<sup>43</sup> werden mittlerweile vielfältige Kooperationsformen mit sehr unterschiedlicher Ausformung und Intensität verstanden – von der öffentlichen Finanzierung und Überwachung einer privaten Infrastrukturerstellung über den umgekehrten Fall der privaten (Vor-)Finanzierung öffentlicher Einrichtungen im Wege von Leasing- und Konzessionsmodellen bis hin zur Gründung von gemischten Gesellschaften zur Realisierung lokaler Großprojekte<sup>44</sup>. Public Private Partnerships erfreuen sich im übrigen auch deswegen zunehmender Beliebtheit, weil auf diese Weise neben der Einbeziehung von privatem Kapital und Know-how auch betriebswirtschaftliche Instrumente, Managementmethoden und neuartige Formen der Personalbewirtschaftung in die öffentliche Verwaltung Eingang finden<sup>45</sup>.

Die Knappheit staatlicher Finanzierungsmittel ist für die Erstellung und den Betrieb von Infrastruktureinrichtungen angesichts des steigenden Bedarfs an modernen und kostenträchtigen Infrastrukturen besonders prekär. Denn im Bereich der Infrastrukturschaffung ist häufig ein Marktversagen<sup>46</sup> festzustellen oder wird zumindest vermutet, so daß ein vollständiger hoheitlicher Rückzug unter Verweis auf die Leistungserbringung im Markt

40 So weist Ulrich Soltész, EuZW 2001, S. 107 (108 f.), zu Recht darauf hin, daß es einige Ausreißerentscheidungen gibt, wie die von ihm angeführte Entscheidung der Kommission v. 2. 2. 1994, SITAS, ABl. 1994 L 170 S. 36 (39). In dieser Entscheidung hatte die Kommission eine öffentliche Einrichtung, die mit der Versorgung von Bohrinseln betraut war, als allgemeine Infrastrukturmaßnahme angesehen; generell gegen diesen Ansatz dagegen Modlich (Anm. 10), S. 180, der allerdings von einem überspitzten Verständnis des unternehmensspezifischen Charakters der Infrastrukturmaßnahme ausgeht und bei der Entwicklung seines eigenen Konzepts die weitgehende Öffnung der Infrastrukturdienste gegenüber wettbewerblichen Elementen völlig unterschätzt.

41 Vgl. insbesondere die in Anm. 33 angeführte Entscheidung zu Fremdenverkehrsinfrastrukturen im Piemont, aber auch Ziff. 2.4 des zitierten FuE-Gemeinschaftsrahmens; siehe ferner die Hinweise bei Andrew Evans, EC Law of State Aid, 1997, S. 52 ff.

42 Albert Krölls, GewArch. 1995, S. 129 (130 f.).

43 Skeptisch gegenüber der juristischen Verwendbarkeit dieses aus der Verwaltungswissenschaft stammenden Begriffs Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendynamik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, 1999, S. 98 f.

44 Wolfgang Gerstlberger, 'Public Private Partnerships', in: Werner Killian/Thomas Kneissler (Hrsg.), Demokratische und partizipative Verwaltung, 1999, S. 333 (333); Peter J. Tettinger, DÖV 1996, S. 764 (764 ff.), mit Hinweisen zu verschiedenen Ausgestaltungsmodellen; zur Phänomenologie auch Burgi (Anm. 43), S. 100 ff.; vgl. ferner den informativen Tagungsband von Dietrich Budäus/Peter Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership – Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997.

45 Gerstlberger (Anm. 44), S. 334.

46 Zum Marktversagen als Regulierungsrechtfertigung ausführlich Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 1996.

nicht sinnvoll ist oder nicht erwünscht wird<sup>47</sup>. Angesichts des – tatsächlichen oder vermeintlichen – Marktversagens einerseits und der Knappheit der öffentlichen Kassen andererseits kommt es folgerichtig namentlich bei der Schaffung von Infrastrukturen zu einer ständig wachsenden Zahl von Public Private Partnerships<sup>48</sup>. Dabei ist die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Investoren keinesfalls auf kommunale Kleininfrastrukturen beschränkt. Gerade besonders ehrgeizige und daher vielbeachtete (Groß-)Projekte können zumeist nur noch im Rahmen einer Kooperation mit finanzstarken Partnern realisiert werden. Als Beispiele lassen sich der geplante Großflughafen Berlin Brandenburg International (BBI), der Warnow-Tunnel in Rostock oder der Stuttgarter Bahnhof ‚Stuttgart 21‘ anführen. Auch in den Bereichen des Sports und der Kultur werden immer häufiger Public Private Partnerships eingegangen, etwa bei der Errichtung der neuen Sportarena in Frankfurt am Main<sup>49</sup>.

## 2. Beurteilung derartiger Investitionsprojekte durch die Kommission

Während bei der Finanzierung allgemeiner Infrastruktureinrichtungen in ausschließlicher öffentlicher Trägerschaft die Annahme einer unternehmensbezogenen Begünstigung davon abhängig gemacht wird, ob die Infrastrukturen der Allgemeinheit diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden und weder unternehmensspezifische Ausgestaltungen noch Preisrabatte bei den Nutzungsentgelten vorliegen und im Fall unternehmensspezifischer Infrastrukturmaßnahmen eine marktübliche Entgeltlichkeit verlangt wird, muß bei der Beteiligung eines Privaten an der Errichtung der Infrastruktur zusätzlich dessen etwaige Begünstigung geprüft werden. Zu einer Bejahung des Beihilfentatbestands gelangt die Kommission hier in Fällen, in denen ein Unternehmen einen Zuschuß zu seinen Betriebskosten erlangt, um eine Verbesserung der privat betriebenen Infrastruktur zu ge-

währleisten, etwa zur Förderung der Fremdenverkehrsinfrastrukturen, deren allgemeiner Charakter nicht gesichert ist (Verbesserung von Unterkünften)<sup>50</sup>.

Komplexer wird die Beurteilung allerdings, wenn das private Unternehmen an der Schaffung einer Infrastruktur beteiligt ist, diese aber später diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt wird. Die Komplexität wird nochmals gesteigert, wenn das Unternehmen anschließend als Nutzer der Infrastruktur in Erscheinung tritt. Hier ergibt sich die Besonderheit, daß über eine Begünstigung durch unternehmensspezifisch erbrachte Infrastrukturleistungen hinaus eine direkte Begünstigung des Unternehmens und seiner Gesellschafter durch die staatliche Mittelzufuhr nicht ausgeschlossen werden kann. Dieser Sachverhalt lag der Kommissionsentscheidung im Fall *InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH* (im folgenden *InfraLeuna*) zugrunde<sup>51</sup>. *InfraLeuna* betrieb die Umstrukturierung und die Standortentwicklung am Chemiestandort Leuna in Sachsen-Anhalt für einen begrenzten Zeitraum. Die Investoren planten und organisierten in quasi genossenschaftlicher Beteiligung an der *InfraLeuna* den Aufbau der Infrastruktur vor Ort überwiegend selbst und hatten dafür in erheblichem Umfang Zuwendungen erhalten. Sie befanden sich damit in einer Doppelstellung als Endabnehmer und Anbieter (ausschließliche Gesellschafter der *InfraLeuna*) der Infrastrukturleistungen (z.B. Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, aber auch Schienennetze etc.). Die *InfraLeuna* war nicht auf unbeschränkte Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern einem Low-Profit-Prinzip unterworfen. Die Ausschüttung von Gewinnen an die Gesellschafter durfte lediglich bis zu 10 % des Stammkapitals betragen. Darüber hinausgehende Profite mußten in der Gesellschaft verbleiben<sup>52</sup>.

In diesem Fall hat die Kommission ihren Prüfungsansatz im Zusammenhang mit der Beteiligung Privater um eine Betrachtung der finanziellen Vorteile erweitert, die sowohl das infrastrukturkonzipierende Unternehmen als auch dessen (private) Anteilseigner erlangen können. Damit ergibt sich eine *dreifache Prüfung* einer möglichen bestimmten Begünstigung, wobei jede einzelne Feststellung einer Begünstigung die weitere Prüfung des Art. 87 EGV einschließlich der Ausnahmetatbestände erforderlich macht: Erstens ist zu prüfen, ob das investierende private Unternehmen begünstigt wird. Zweitens muß untersucht werden, ob die Chemieunternehmen als Anteilseigner des Infrastrukturunternehmens *InfraLeuna* begünstigt werden. Drittens ist festzustellen, ob das Unternehmen bzw. die Anteilseigner des Unternehmens als Nutzer durch die Art und Weise der Ausgestaltung der Infrastruktur begünstigt werden. Die Begünstigung der *InfraLeuna* hat die Kommission mit dem Gesellschaftszweck der *InfraLeuna* abgelehnt, der auf dem

47 So handelt es sich bei einem Teil der Infrastrukturen um öffentliche Güter, für die keine Rivalität im Konsum besteht und das Ausschlußprinzip nicht anwendbar ist; vgl. Stichwort „Gut“ in: *Arentzen u. a.* (Anm. 2). Dies hat zur Folge, daß eine angemessene Bereitstellung der Infrastrukturen im Markt nicht zu erwarten ist, jedenfalls aber hohe Externalitäten auftreten. Beispielsweise ist die Erhebung von Gebühren für die Navigationshilfen eines Leuchtturms unverhältnismäßig aufwendig und die Nutzung des Angebots an Navigationshilfen grundsätzlich durch eine unbegrenzte Anzahl von Schiffen möglich. Die Infrastrukturerstellung durch die öffentliche Hand ist damit naheliegend. Die Kommission hält jedoch auch hier die Einführung eines Entgeltsystems für möglich, Grünbuch Seehäfen (Anm. 35), Ziff. 73 ff. Andere Infrastrukturen weisen wiederum den Charakter meritotischer Güter auf. Dabei handelt es sich um Güter, die nach Auffassung hoheitlicher Instanzen angesichts einer verzerrten Präferenzbildung bei den Konsumenten nicht in angemessenem Umfang nachgefragt werden, so daß es zu einer suboptimalen Allokation der betroffenen Güter kommt. Dies wird häufig für Infrastrukturen im Kulturbereich (beispielsweise Museen und Opern) oder für Ausbildungsinfrastrukturen angenommen, vgl. Stichwort „meritorische Güter“ in: *Arentzen u. a.* (Anm. 2); ferner *Dietrich Budäus*, Privatisierung öffentlich wahrgenommener Aufgaben – Grundlagen, Anforderungen und Probleme aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in: *Christoph Gusy* (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben*, 1998, S. 12 (19).

48 *Albert Krölls*, *GewArch.* 1995, S. 129 (133).

49 Beispiele aus *Gerstlberger* (Anm. 44), S. 334.

50 Entscheidung der Kommission N 93/2000 v. 1. 8. 2000, *Fremdenverkehr in der Lombardei*; ähnlich Entscheidung *Fremdenverkehrsinfrastrukturen im Piemont* (Anm. 33), jeweils im Internet (in italienischer Sprache) abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids); ebenso für den Fall der Unterstützung eines Gasversorgers Entscheidung der Kommission N 341/99 v. 28. 7. 1999, *Gasversorgung in Andalusien*, ebd. im Internet (in spanischer Sprache) abrufbar.

51 Entscheidung der Kommission v. 25. 11. 1998, *InfraLeuna*, ABl. 1999 L 260 S. 1 (3).

52 Entscheidung *InfraLeuna* (Anm. 51), S. 1 (4).

Low-Profit-Prinzip fußte. Im Hinblick auf eine etwaige Begünstigung der Gesellschafter der InfraLeuna hat die Kommission danach gefragt, ob eine solche Begünstigung als Kunden der InfraLeuna bzw. als besondere Nutznießer einer spezifisch zugeschnittenen Infrastruktur oder als Anteilseigner vorliegt. Eine Begünstigung als Kunden und spezifische Nutznießer der Infrastruktur hat die Kommission abgelehnt und dabei im wesentlichen auf die diskriminierungsfreie Bereitstellung der Infrastruktur, die durch die Gesellschaftsstruktur besonders abgesichert wird, abgestellt. Insoweit erfolgte die Entscheidung allerdings unter der Auflage, daß Ergänzungen des Gesellschaftervertrags dies auch zukünftig sichern müßten. Dazu zählte unter anderem die Forderung, daß die Beschränkung der Ausschüttungen und die Verpflichtung der InfraLeuna auf das Low-Profit-Prinzip für 15 Jahre nach Abschluß der Umstrukturierungsmaßnahmen bestehen bleiben. Ferner schloß die Kommission eine Begünstigung der Anteilseigner ebenfalls mit dem Hinweis auf das Low-Profit-Prinzip aus<sup>53</sup>.

### 3. Bewertung des Kommissionsansatzes in der Entscheidung *InfraLeuna*

Die Überprüfung einer etwaigen Begünstigung durch eine unternehmensspezifische Infrastrukturkonzeption entspricht dem bereits unter II. dargelegten Kontrollraster der Kommission (*Begünstigung durch Infrastrukturen*). Bedenken bestehen allerdings im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab bei der Untersuchung einer spezifischen Begünstigung des die Infrastruktur erstellenden Unternehmens. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, daß hier letztlich ein weiterer relevanter Markt betrachtet werden muß. Es geht nämlich nicht mehr nur um die Frage der Begünstigung von Unternehmen, die auf den nachgelagerten Märkten der Herstellung von Chemieprodukten tätig werden, durch eine unternehmensspezifische Infrastrukturausgestaltung, sondern auch darum, ob auf den vorgelagerten Märkten der Infrastrukturerstellung und des Infrastrukturbetriebs eine Wettbewerbsverzerrung erfolgt. Dann stellt sich aber die Frage, ob der Verweis auf das Low-Profit-Prinzip geeignet ist, die mögliche Begünstigung eines infrastrukturerstellenden und/oder -betreibenden Unternehmens durch staatliche Fördermittel auszuschließen, und dieses Kontrollkriterium damit verallgemeinerbar ist. Der Kommissionsansatz scheint sich auf den ersten Blick nicht in das Konzept des EG-Beihilfenrechts einzufügen. Dieses dient der Wahrung gleicher Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Dabei macht es im Hinblick auf Art. 87 EGV keinen Unterschied, ob und in welchem Umfang das begünstigte Unternehmen eine Gewinnerzielung anstrebt, da dies für die Beurteilung einer möglichen Wettbewerbsverzerrung nicht ausschlaggebend ist. Denn unabhängig von einer konkreten Verpflichtung auf das Low-Profit-Prinzip tritt das Unternehmen als Anbieter am Markt auf und nimmt damit am Wettbewerb teil. Der Ansatz wird erst unter Berücksichtigung einer Prämisse verständlich, die die

Kommission nur am Rande erwähnt und auch nicht näher begründet, wenn sie knapp feststellt: „Hingegen war das Vorliegen eines innergemeinschaftlichen Handels betreffend die Dienstleistungen der InfraLeuna eher zweifelhaft.“<sup>54</sup> Geht die Kommission zu Recht davon aus, daß auf den vorgelagerten Märkten der Erstellung und des Betriebs der konkreten Infrastrukturen kein Wettbewerb bzw. kein innergemeinschaftlicher Handel gegeben ist, entfällt in dieser Hinsicht folgerichtig die Notwendigkeit der Prüfung einer insoweit möglicherweise wettbewerbsverzerrenden bzw. handelsbeeinträchtigenden hoheitlichen Finanzzufuhr. Damit zeigt sich jedoch der begrenzte Anwendungsbereich der Entscheidung *InfraLeuna*, da inzwischen kaum noch Produkte existieren, die nicht in einem – zumindest potentiellen – Wettbewerb hergestellt werden bzw. für die kein innergemeinschaftlicher Handel besteht. Selbst für den Fall, daß ein natürliches Monopol vorliegt, d.h. also, daß die Leistungserbringung durch einen Anbieter volkswirtschaftlich gegenüber dem parallelen Angebot mehrerer Unternehmen überlegen ist<sup>55</sup>, folgt daraus keinesfalls der Ausschluß einer Leistungserbringung im Wettbewerb, da auch ein *Wettbewerb um den Markt*, statt eines *Wettbewerbs im Markt* erfolgen kann<sup>56</sup>. So kann beispielsweise für die Wasserver- und -entsorgung ein Ausschreibungswettbewerb durchgeführt werden<sup>57</sup>.

Damit kann die Entscheidung *InfraLeuna* nur dahin gehend verstanden werden, daß tatsächlich kein Wettbewerb bzw. kein grenzüberschreitender Handel auf den vorgelagerten Märkten der Infrastrukturerstellung und des Infrastrukturbetriebs gegeben war. Dies hätte jedoch explizit begründet werden müssen, wobei die Sachverhaltsdarstellung insoweit durchaus substantielle Hinweise erhält<sup>58</sup>. Hier zeigt sich aber der grundsätzliche Mangel zahlreicher Kommissionsentscheidungen, die eine hinreichende Marktangrenzungen oftmals vermissen lassen<sup>59</sup>. Kann im Rahmen einer Marktanalyse festge-

54 Entscheidung *InfraLeuna* (Anm. 51), S. 1 (7 – Ziff. 9).

55 *Budäus* (Anm. 47), S. 12 (19).

56 Siehe dazu die Hinweise bei *Hermes* (Anm. 2), S. 320 f.

57 Zum Wettbewerb um den Markt durch Ausschreibungsverfahren im Überblick und unter Hinweis auf die bestehenden Probleme *Jörg Borrmann/Jörg Finsinger*, Markt und Regulierung, 1999, Kapitel 10; für die Einführung eines Ausschreibungswettbewerbs in der Wasserwirtschaft *Ingo Doebke/Stephan Schönefuß*, FAZ v. 8. 11. 2000, S. 52.

58 Denn der Fall weist die Besonderheit auf, daß es der öffentlichen Hand trotz jahrelanger Bemühungen nicht gelingen konnte, einen privaten Käufer für die Infrastruktureinrichtungen vor Ort zu finden, und daß weder die Gemeinde Leuna noch das Land Sachsen-Anhalt zur Übernahme bereit waren. Dies lag nicht zuletzt an dem spezifischen Zuschnitt der Infrastruktur auf chemische Unternehmen (z. B. Rohrbrücken), wodurch sie für eine Verwendung im Rahmen eines herkömmlichen Gewerbe- und Industrieparks ungeeignet war; Entscheidung *InfraLeuna* (Anm. 51), S. 1 (2). Im übrigen kann dem Sachverhalt entnommen werden, daß ein vorgeschaltetes Vergabeverfahren, das auf die vor- und nachgelagerten Infrastruktur- und Produktmärkte bezogen war, keinen Interessen für den Kauf der Infrastrukturen ergab.

59 Dazu bereits *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, EuZW 1999, S. 507 (522). Ähnliche Kritik gilt im übrigen der Entscheidung *SITAS*, in der die Kommission offensichtlich ebenfalls vom non-profit-Charakter des Unternehmens ohne nähere Ausführungen auf die mangelnde Störeignung der hoheitlichen Fördermaßnahmen für den Wettbewerb und zwischenstaatlichen Handel geschlossen hat, vgl. Anm. 40 zu dieser damit in zweifacher Hinsicht bedenklichen Entscheidung.

53 Insoweit verlangte die Kommission allerdings die Analyse des Marktwertes der Gesellschaftsanteile der *InfraLeuna* durch einen unabhängigen Gutachter, vgl. dazu und zum Vorstehenden Entscheidung *InfraLeuna* (Anm. 51), S. 1 (12 ff.).

stellt werden, daß kein Wettbewerb um die Bereitstellung und den Betrieb der konkreten Infrastruktur bzw. kein entsprechender grenzüberschreitender Handel existiert, ist die öffentliche Finanzierung einer privaten Infrastrukturerstellung unter den von der Kommission aufgestellten Anforderungen zulässig. Insbesondere ist dann die von der Kommission eingeforderte gesellschaftsvertragliche Absicherung des Low-Profit-Prinzips angezeigt, damit die *Quersubventionierung* der nachgelagerten Herstellung von Produkten durch Monopolrenten, die auf den vorgelagerten Infrastrukturmärkten erzielt wurden, verhindert wird, jedenfalls sofern auf den nachgelagerten Produktmärkten Wettbewerb und ein entsprechender grenzüberschreitender Handel existieren. Eine getrennte Buchführung zwischen den vor- und den nachgelagerten Geschäftsbereichen kann insoweit dasselbe Ziel erreichen, insbesondere im Fall der fehlenden Ausgliederung der Infrastrukturdienste in einer eigenen Gesellschaft<sup>60</sup>. Allerdings dürfte der Anwendungsbereich der Entscheidung *InfraLeuna* eher gering sein, da – wie dargelegt – besondere Umstände angeführt werden müssen, warum kein – zumindest potentieller – Wettbewerb bzw. grenzüberschreitender Handel auf den Infrastrukturmärkten möglich sein soll. Nur in diesen beschränkten Ausnahmefällen ist das von der Kommission akzeptierte Low-Profit-Prinzip überhaupt von Relevanz.

#### 4. Konsequenzen unter Berücksichtigung von Wettbewerbsverhältnissen auf den vorgelagerten Märkten der Erstellung und des Betriebs der Infrastrukturen

Im Ergebnis wird deutlich, daß es nicht allein um die Bekämpfung von *Wettbewerbsverzerrungen durch Infrastrukturen* geht. Insoweit besteht durch die bereits dargelegte Entscheidungspraxis der Kommission (II.) durchaus Rechtssicherheit. Komplizierter verhalten sich die Dinge nämlich im Fall der Beteiligung eines Privaten an der Errichtung der Infrastruktur. Hier muß zunächst zusätzlich geprüft werden, ob dieser spezifisch begünstigt wird. Eine solche Begünstigung kann dabei insbesondere in der Vergabe öffentlicher Mittel für allgemeine Infrastrukturmaßnahmen an Private liegen, die mit der Durchführung der entsprechenden Aufgaben betraut werden. Sofern jedoch lediglich eine angemessene Vergütung für die Infrastrukturerstellung und/oder deren Betrieb gewährt wurde, scheidet jedenfalls eine Verzerrung des Wettbewerbs um die Erstellung und den Betrieb von Infrastrukturen aus. Dies ist besonders deutlich, wenn insoweit ein publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Vergabeverfahren erfolgt ist. Insoweit ist darauf hinzuweisen, daß der Ausbau und die Verschärfung der EG-Vergaberechtsbestimmungen die Gefahr etwaiger Verzerrungen im Hinblick auf den Infrastrukturersteller-Markt zunehmend ausschließen dürf-

60 Darauf zielt auch die Richtlinie 2000/52/EG der Kommission v. 26. 7. 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/733/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. 2000 L 193 S. 75, ab, siehe insbes. Art. 1 Abs. 2 der konsolidierten Fassung; diese Fassung ist abgedruckt in *Christian Koenig/Jürgen Kühling/Nicolai Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2001 (im Erscheinen).

ten<sup>61</sup>. Allerdings ist zusätzlich zu prüfen, ob nicht der Infrastrukturbetrieb als solcher mit weiteren Infrastrukturbetreibern im Wettbewerb steht und ein grenzüberschreitender Handel vorliegt, was beispielsweise für verschiedene Betreiber von Yachthäfen oder Flughäfen<sup>61a</sup> der Fall sein kann (*Wettbewerb der Infrastrukturbetreiber*).

Neuere Entscheidungen der Kommission lassen inzwischen erkennen, daß diese gewillt ist, eine strenge Prüfung auch im Hinblick auf diese vorgelagerten Märkte der Infrastrukturdienste (Erstellung und Betrieb von Infrastrukturen) durchzuführen, wobei insoweit allerdings noch keine klare Linie erkennbar ist. So hat die Kommission in einer Entscheidung zum Aufbau einer Infrastruktur und von Diensten im Güterverkehrssektor in Italien nicht nur die Diskriminierungsfreiheit der Infrastrukturdienste in bezug auf die nachgelagerten Produktionsstufen geprüft, sondern auch die Begünstigung des Unternehmens, das die öffentlichen Infrastrukturdienste zur Verfügung gestellt hat, da auch insoweit ein innergemeinschaftlicher Handel mit Infrastrukturdiensten festgestellt wurde<sup>62</sup>. Dabei hat sie für einen Ausschluß einer diesbezüglichen Begünstigung auf die aus der Grundstücksmitteilung bekannten formalen Kriterien abgestellt, daß ein hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren durchgeführt wird oder eine Bewertung des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses durch einen unabhängigen Wertgutachter erfolgt<sup>63</sup>. Da beides nicht durchgeführt worden war, wurde das Vorliegen einer Begünstigung angenommen. Die am gleichen Tag getroffene Entscheidung *Marina di Stabia* zielte in dieselbe Richtung und kam angesichts einer umfangreichen Feststellung bestehender Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Infrastrukturdiensten von Yachthäfen sowie eines entsprechenden grenzüberschreitenden Handels gleichermaßen zur Bejahung einer unternehmensspezifischen Begünstigung des geförderten Hafentreibers<sup>64</sup>. Auch in der späteren Entscheidung *Sittard*,

61 Vgl. zur allgemeinen Erweiterung des Vergaberechts die Hinweise bei *Fridhelm Marx*, in: *Thomas Jestaedt u. a.* (Hrsg.), *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, S. 4 ff., und speziell zu den Ausnahmen in den Transport- und Versorgungssektoren *Klaus Kemper*, ebd., S. 123 ff.

61a So geht die Kommission von einem europaweiten Wettbewerb zwischen großen Flughäfen aus, vgl. Pressemitteilung IP/01/934 der Kommission v. 3. 7. 2001, im Internet abrufbar unter: <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh>.

62 Entscheidung N 412/98 v. 8. 12. 1999, *Güterverkehrssektor Italien*, Ziff. 3.1.1, im Internet (in italienischer Sprache) abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids). In die gleiche Richtung geht die Entscheidung der Kommission N 655/99 und 656/99 v. 25. 10. 2000, *Property for Business/Partnership Development*, S. 10, im Internet ebenda abrufbar. Darin wurden öffentliche Zuwendungen an im Wettbewerb stehende private Infrastrukturentwicklungsgesellschaften als (wenngleich im Ergebnis zulässige) Beihilfen bewertet.

63 Siehe Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209 S. 3, insbes. Ziff. II. 1 und 2; dazu ausführlich *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht, NZBau 2001 S. 409 (411 ff.).

64 Allerdings ist die Differenzierung zwischen den vor- und den nachgelagerten Märkten hier nicht so deutlich erkennbar, Entscheidung der Kommission N 582/99 v. 8. 12. 1999, *Marina di Stabia SpA*, in dem ein spezifisches Unternehmen die Infrastrukturerstellung durchführt, im Internet (in italienischer Sprache) abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids).



bei der es um die Einbeziehung der Privatwirtschaft in den Bau und Betrieb einer lokalen (Park- und Verkehrs-) Infrastruktur ging, stellte die Kommission mit vergleichbarer Begründung Beihilfenelemente fest<sup>65</sup>. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, daß im Fall der Yachthäfen nicht nur ein Wettbewerb und ein entsprechender grenzüberschreitender Handel in bezug auf die Errichtung und den Betrieb der Infrastruktur besteht (Wettbewerb um die Erstellung und den Betrieb von Infrastrukturen), sondern daß zusätzlich die errichtete Infrastruktur in einem ständigen Anbieterwettbewerb mit anderen Jachthäfen um die potentiell anliegenden Jachten als Nachfrager von Hafendienstleistungen steht (Wettbewerb der Infrastrukturbetreiber). Anders als bei Infrastrukturen, die – wie im Fall *InfraLeuna* – im wesentlichen ein natürliches Monopol darstellen (Wasserversorgung etc.), besteht demnach neben der Gefahr von Verzerrungen im Wettbewerb *um* den Markt zusätzlich die Gefahr von Verzerrungen des Wettbewerbs *im* (Infrastrukturdienste-)Markt.

#### IV. Fazit

Die Sprengkraft dieses Ansatzes, der nicht mehr allein auf Wettbewerbsverzerrungen, die Infrastrukturfördermaßnahmen auf nachgelagerten Märkten bewirken können (Wettbewerbsverzerrung durch Infrastrukturen), sondern auch auf solche in bezug auf die Infrastrukturmärkte (Erstellung und Betrieb) selbst abstellt, ist nicht zu unterschätzen. Seine konsequente Fortschreibung würde zu einer erheblichen Einflußnahme der Kommission auf die letzten Bastionen mitgliedstaatlicher Wirtschaftsförderpolitiken bis hin zur Kultur- und Bildungspolitik führen. So hätte eine radikale Fokussierung auf die vorgelagerten Märkte weitgreifende Folgen. In der Logik des Ansatzes müßte es überdies konsequenterweise irrelevant sein, ob und in welchem Umfang auch private oder nur öffentliche Unternehmen in die konkreten Infrastrukturdienstleistungen involviert sind. Ausschlaggebend ist allein das Vorliegen eines zumindest potentiellen Wettbewerbs und eines innergemeinschaftlichen Handels. Wie tiefgreifend vormals weitgehend durch die öffentliche Hand organisierte Märkte durch einen zunehmenden Wettbewerb und durch eine verstärkte Internationalisierung gekennzeichnet sind, hat nicht zuletzt der Wettlauf um die Entschlüsselung der Genom-Sequenzen eindrucksvoll für das Beispiel der Forschungsmärkte gezeigt. Längst ist auch hier ein grenzüberschreitender Wettbewerb unter Beteiligung öffentlich geförderter und privater Investoren entfesselt. Dasselbe gilt auf kommunaler Ebene etwa für den Betrieb von großen Veranstaltungsinfrastrukturen schon lange, wenn man beispielsweise an den Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Veranstaltungsinfrastruktur-Anbietern als Austragungsort für exklusive Konzertveranstaltungen internationaler Pop- und Rockikonen wie *Michael Jackson*, *Madonna* oder die *Rolling Stones* denkt. Ebenso gibt es teilweise einen grenzüberschreitenden Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Theatern. Wollte die Kommission in all diesen Bereichen

und auf allen Ebenen mit einem radikalen Ansatz beihilfenbedingte Wettbewerbsverzerrungen verhindern, dürfte der mitgliedstaatliche Widerstand, der in Deutschland bei der Diskussion um die sogenannte Daseinsvorsorge bereits voll entfacht ist<sup>66</sup>, an Heftigkeit noch deutlich zunehmen. Der pragmatische Ansatz der Kommission, zunächst den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu sichern und nur vorsichtig und allmählich die vorgelagerten Infrastrukturdienstmärkte in den Blick zu nehmen, wie dies vor allem bei den Verkehrsinfrastrukturen deutlich wird, mag sich zwar den Vorwurf mangelnder Konsequenz entgegenhalten lassen müssen, dürfte aber im Sinne einer vorsichtig voranschreitenden Integrationsvertiefung sinnvoll sein. Dies erfordert zugleich eine sorgfältige Prüfung, ob tatsächlich ein Wettbewerbsverhältnis, vor allem aber ein innergemeinschaftlicher Handel im Hinblick auf die betroffenen Infrastrukturdienstleistungen – sei es auch nur potentiell – vorliegt. Auch diesbezüglich zeichnet sich eine begrüßenswerte Entwicklung in der Kommissionspraxis ab. So hat die Kommission jüngst in der Entscheidung zum Freizeitbad Dorsten festgestellt, daß dieses schon angesichts seines begrenzten Einzugskreises keine grenzüberschreitend gehandelten (Freizeit-)Infrastrukturdienstleistungen anbietet, also insoweit kein Wettbewerb verschiedener Infrastrukturanbieter besteht, und eine EG-Beihilfenkontrolle folgerichtig entfällt<sup>67</sup>. Überdies muß die Kommission den Mitgliedstaaten hinreichende Spielräume belassen, um Lösungen in komplexen Einzelfällen zu finden, beispielsweise wenn der Staat oder dessen Gliedkörperschaften ein nachvollziehbares Sonderinteresse an einer bestimmten Infrastruktureinrichtung haben, wie z. B. im Hinblick auf den von der Kommission bereits anerkannten Fall einer besonderen Angewiesenheit auf einen lokalen Hafen<sup>68</sup>. Hier muß die lokale Infrastrukturerstellung ohne Wettbewerbsverzerrung erfolgen (Ausschreibung; unabhängige gutachtliche Bewertung der Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses<sup>69</sup>); etwaige Verzerrungen im Wettbewerb zwischen konkurrierenden Infrastrukturbetreibern sollten dagegen hingenommen werden. Die Ausnahmebestimmungen insbesondere des Art. 87 Abs. 2 und 3 sowie Art. 86 Abs. 2 EGV gewähren dafür den angemessenen rechtlichen Rahmen<sup>70</sup>. Ferner stellt sich die Frage, ob die Ausweitung des Kontrollstrahls nicht zur Folge haben muß, daß staatlichen Einrichtungen bereits auf der Tatbestandsebene bei der Prüfung einer etwaigen Begünstigung eine größere Bandbreite an berücksichtigungsfähigen Rentabilitätsabwägungen zugebilligt wird. In diesem Zusammenhang ist zum Beispiel zu prüfen, ob nicht zumindest bei der Finanzierung von Infrastruktur-

<sup>66</sup> Vgl. Nachweise oben in Anm. 13.

<sup>67</sup> Entscheidung N 258/00 v. 12. 1. 2001, *Freizeitbad Dorsten*, Ziff. 3. Angesichts des vorangegangenen europaweiten Ausschreibungsverfahrens zur Ermittlung des Infrastrukturerstellers und -betreibers konnte eine Wettbewerbsverzerrung bzw. Handelsbeeinträchtigung auf dem vorgelagerten Markt für Infrastrukturersteller ausgeschlossen werden.

<sup>68</sup> Grünbuch Seehäfen (Anm. 35), Ziff. 47 f.

<sup>69</sup> Hier stellen sich allerdings Probleme, wenn der Wert der Gegenleistung nur schwer zu ermitteln ist.

<sup>70</sup> So wurden die in den Anm. 62 und 65 zitierten Verkehrsprojekte nach Art. 73 EGV bzw. Art. 87 Abs. 3 lit. c EGV genehmigt; zur Kulturklausel des Art. 87 Abs. 3 lit. d EGV zuletzt *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, EuZW 2000, S. 197 (201 ff.).

<sup>65</sup> Entscheidung N 464/99 v. 29. 3. 2000, *Sittard*, Ziff. 33 ff., im Internet (in niederländischer Sprache) abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state\\_aids](http://europa.eu.int/comm/sg/sgb/state_aids).

einrichtungen für sportliche und kulturelle Zwecke der Gedanke einer Imagewerbung bei einer beihilfenverdächtigen Mittelvergabe durch die öffentliche Hand Berücksichtigung finden kann<sup>71</sup>. So fragt sich beispielsweise, ob es in begrenztem Umfang EG-beihilfenrechtlich anerkannt

71 Unter Sponsoring bzw. Imagewerbung ist die vertragliche Gewährung von Geld, Sachmitteln oder Dienstleistungen durch ein Wirtschaftsunternehmen (imagewerbendes Unternehmen) für ein sportliches oder kulturelles Vorhaben einer Person zu verstehen, die im Gegenzug als Leistung eine Erklärung des beworbenen Unternehmens in Wort oder Bild verbreitet; *Klaus Weber* (Hrsg.), *Creifelds Rechtswörterbuch*, 15. Aufl. 1999, S. 1192.

werden soll, daß die öffentliche Hand wie ein privater Investor Geldleistungen als Gegenleistung für die Benennung einer Infrastruktureinrichtung nach seinem Namen gewähren kann (z. B. „KölnArena“). Jedenfalls sollte die künftige EG-beihilfenrechtliche Herangehensweise an die Infrastrukturförderung von allen Beteiligten frühzeitig und engagiert geführt werden, wobei der gerade von einigen Bundesländern auch zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von EG-Wettbewerbsrecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge immer wieder angemahnte Kompetenzkatalog wegen des gemeinschaftsspezifischen Zuständigkeitssystems der Querschnittskompetenzen kaum ein probates Mittel darstellen dürfte.