

## Aufsätze und Berichte

**Öffentliche Infrastrukturförderung durch Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilfenrechtlichen Kontrollraster der EG-Kommission**

Von Professor Dr. Christian Koenig LL. M. (LSE) und Michael Scholz\*

Die Kommission steht der Infrastrukturförderung der Mitgliedstaaten prinzipiell positiv gegenüber und hat verschiedene Modelle anerkannt, die Finanzzuführungen durch die öffentliche Hand ermöglichen, ohne dass der EG-Beihilfentatbestand erfüllt ist. Der folgende Beitrag gießt die EG-beihilfenrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung in ein Kontroll- und Prüfungsaster, das sich in der Kommissionspraxis zunehmend abzeichnet. Dabei geht es um Fallkonstellationen, in denen die Infrastrukturförderung nach Maßgabe von staatlichen Zuwendungsbescheiden erfolgt, die sich an Unternehmen richten, welche mit der Errichtung, dem Besitz und dem Betrieb einer Sportinfrastruktur, einer Mehrzweckhalle oder anderen im öffentlichen Interesse errichteten Einrichtungen betraut sind. Es soll im Folgenden ein sich zunehmend verfestigender Argumentationsansatz in der Entscheidungspraxis der Kommission aufgezeigt werden, wonach bestimmte Voraussetzungen (namentlich das Low-profit-Prinzip) den Beihilfencharakter einer öffentlichen Zuwendung an den Infrastrukturersteller und/oder -betreiber ausschließen können.

**I. Das Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit**

Nach Art. 87 I EG „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Der gemeinschaftsautonome Begriff der *Beihilfe* nach Art. 87 I EG ist weit zu verstehen und umfasst jede Art von Vergünstigung, für die keine marktgerechte Gegenleistung erbracht wird, also nicht nur Leistungssubventionen wie Geld- oder Sachleistungen, sondern auch Verschonungen wie Steuer- und Abgabenerleichterungen sowie Sondertarife<sup>1</sup>. Die Begünstigungswirkung einer Maßnahme ist stets vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen zu beurteilen. Der *EuGH* und die Kommission orientieren sich dabei am Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Unternehmers (so genannter *market economy investor*). Würde die staatliche Investitionsmaßnahme unter vergleichbaren Marktbedingungen auch von einem wettbewerbsorientierten privatwirtschaftlichen Unternehmen vorgenommen, ist der Beihilfentatbestand des Art. 87 I EG nicht erfüllt<sup>2</sup>.

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind nur Maßnahmen, die auf die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind. Dieses Merkmal der *Bestimmtheit* oder *Spezialität* dient dazu, staatliche Fördermaßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zu Gute kommen, wie z. B. der Ausbau der Infrastruktur oder die Erschließung von Gewerbegebieten, aus dem gemein-

schaftlichen Beihilfenbegriff herauszunehmen<sup>3</sup>. Öffentliche Investitionen in derartige Infrastruktureinrichtungen wurden bislang regelmäßig als EG-beihilfenrechtlich unbedenklich eingestuft, da und soweit sie keine bestimmten Unternehmen oder Branchen bevorzugen. Die Bereitstellung dieser Einrichtungen dient dazu, Rahmenbedingungen für die allgemeine Attraktivität eines Gebiets als Wirtschaftsstandort zu schaffen<sup>4</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 Beihilfentatbestand nicht erfüllen, da er prinzipiell jedem Unternehmen zu Gute kommt, das sich für eine Ansiedlung in der betreffenden Region oder Gemeinde entscheidet. Im Ergebnis treten die Mitgliedstaaten und ihre Körperschaften durch die Gestaltung der Infrastruktureinrichtungen auf ihrem Gebiet untereinander in einen Wettbewerb der Standorte, der in dieser Hinsicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und EG-beihilfenrechtlich als irrelevant angesehen wird<sup>5</sup>. Dieser Ansatz, eine Unternehmensbezogenheit der Begünstigung von Infrastruktureinrichtungen abzulehnen, die im Interesse der Allgemeinheit von der öffentlichen Hand geschaffen und aufrechterhalten werden, kann sich auf eine lange Kommissionspraxis stützen<sup>6</sup>, die vom *EuGH* im Grundsatz gebilligt wurde<sup>7</sup>. Als *allgemeine Infrastruktureinrichtungen* sind hierbei alle Einrichtungen zu verstehen, die durch eine fehlende Nutzungsexklusivität gekennzeichnet sind und damit allen vorhandenen und künftigen Unternehmen diskriminierungsfrei zu gleichen Bedingungen zur Verfügung stehen.

**II. Das Prüfungsaster für öffentliche Infrastrukturfördermaßnahmen**

In den meisten Fällen ist die Kommission mit öffentlichen Fördermaßnahmen befasst, die Einrichtungen in

\* Der Autor *Koenig* ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn; der Autor *Scholz* ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Verfasser danken Herrn Ministerialrat *Dr. Tobias Traupel* (Ministerium für Wirtschaft und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen) für den anregenden Diskurs zu diesem Thema.

1) *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1066).

2) *EuG*, Slg. 1999, II-17 – Neue Maxhütte Stahlwerke; dazu *Martin-Ehlers*, EWS 1999, 244.

3) Vgl. den Überblick zur EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung bei *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881.

4) *Siemer*, Die kommunale Wirtschaftsförderung und die Regionalpolitik der Europäischen Gemeinschaften, 1992, S. 124.

5) *Faber*, DVBl 1992, 1346 (1350); zur Betrachtung des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des Systemwettbewerbs *Koenig/Kühling*, EuZW 1999, 517.

6) Vgl. exemplarisch die Mitteilungen ABIEG 1992 Nr. C 324, S. 3 (3) – Veltin-Tal, u. ABIEG 1993 Nr. C 59, S. 4 (5) – Alkalische Salze.

7) Vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1993, I-3203 (3250 ff.) – *Matra*.

ausschließlich öffentlicher Trägerschaft finanzieren. Die beihilfenrechtliche Untersuchung ist hierbei im Kern darauf gerichtet, etwaige Begünstigungen bestimmter Unternehmen bei der Nutzung der Infrastruktur auszuschließen. Im Folgenden soll diese Stufe der Beihilfenkontrolle als Nutzerebene bezeichnet und unter 1. behandelt werden. Komplexer wird die Untersuchung indes, wenn sich an der Errichtung der Infrastruktur ein privates Unternehmen beteiligt, dieses sogar Eigentümer der Einrichtung ist oder jene betreibt. In solchen Konstellationen erfordert die Untersuchung eine zweite Phase, die im Folgenden als Eigentümer- und Betreiberebene bezeichnet und unter 2. abgehandelt wird. Schließlich gilt das beihilfenrechtliche Interesse den Anteilseignern der Infrastruktureigentümer und -betreiber. Unter 3. soll gezeigt werden, wie eine Begünstigung der Gesellschafter in den unterschiedlichsten Konstellationen ausgeschlossen werden kann.

### 1. Die Nutzerebene: Die beihilfenrechtliche Begünstigung der Infrastrukturnutzer

a) *Offener und diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur.* Die unternehmensbezogene Begünstigung auch nur irgendeines Nutzers auszuschließen, setzt voraus, dass die offene und diskriminierungsfreie Nutzungsmöglichkeit aller Marktteilnehmer tatsächlich gewährleistet wird. Das Gebot der Offenheit stellt den Zugang aller potenziell interessierten Nutzer der Infrastruktur sicher. Diskriminierungsfreier Zugang bedeutet, dass alle Nutzer zu den gleichen Bedingungen die Anlagen nutzen können. Das Gebot der Offenheit ist dabei nur ein Bestandteil der Diskriminierungsfreiheit, konkreter: deren erste Stufe<sup>8</sup>. Auf dieser Stufe werden die Weichen eines diskriminierungsfreien „Ob“ des Zugangs gestellt, die nächste Stufe befasst sich mit der diskriminierungsfreien Art und Weise, dem „Wie“ der Nutzungsbereitstellung.

Bei der Untersuchung, ob sich die Infrastruktur als eine Sonderunterstützung erweist, dürfen freilich die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht übersehen werden: Letztlich folgt jede Infrastrukturentwicklung überwiegend der Nachfrage der Unternehmen nach infrastrukturellen Diensten und Einrichtungen. Der Übergang vom Bedarf vermeintlich aller (potenziellen Nutzer) zum Bedarf einiger ist immer fließend<sup>9</sup>. Ins Blickfeld rückt daher die tatsächliche Nutzung der Infrastruktur. Greifen nur bestimmte Abnehmer auf die Anlagen zurück, spricht dies eher für das Vorliegen einer Sonderbegünstigung. Demgegenüber ist eine beihilfenrelevante Begünstigung zu verneinen, wenn sich eine nicht individualisierbare Allgemeinheit der Infrastruktur bedient. Problematisch sind hingegen diejenigen Fälle, in denen eine an sich allgemeine Maßnahme faktisch auf die Begünstigung eines einzelnen Unternehmens oder eines bestimmten Produktionszweiges hinausläuft. Eine solche unternehmensspezifische Begünstigung hat die Kommission in der Vergangenheit insbesondere im Zusammenhang mit der 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>10</sup>. Ein anschauliches Beispiel für die Prüfung unternehmensspezifischer Vorteile bietet der Fall Kimberly Clark Industries<sup>11</sup>. Darin wurde zur alleinigen Ansiedlung des Unternehmens eigens ein Industriegebiet nach 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. Hierin er-

blickte die Kommission eine unternehmensspezifische Leistung, die dem Unternehmen gegenüber nur zum vollen Marktpreis hätte erbracht werden dürfen. Ein ähnlich gelagerter Sachverhalt beschäftigte die Kommission in ihrer Entscheidung Lenzing Lyocell GmbH & Co. KG<sup>12</sup>. Das österreichische Bundesland Burgenland verpflichtete sich, einen Bahnanschluss zu errichten, der allerdings tatsächlich nur von Lenzing und nicht von weiteren genutzt werden konnte. Ist die Infrastrukturmaßnahme also derart beschaffen, dass sie dem Unternehmen einen exklusiven Vorteil gewährt, von dem andere (potenzielle) Unternehmen ausgeschlossen sind, handelt es sich um eine unternehmensspezifische Infrastrukturleistung, die ohne Zahlung eines dem vollen<sup>13</sup> Marktpreis entsprechenden Entgeltes einen Verstoß gegen das Beihilfenrecht nach Art. 87 f. EG darstellt.

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>14</sup> – allen Gästen unentgeltlich zur Verfügung stehen, das Vorliegen einer bestimmten Begünstigung ab. Ähnlich werden die Fälle der Dorf- und Stadtentwicklungsmaßnahmen zur Verbesserung des Ortsbilds beurteilt, sofern sie im allgemeinen Interesse erfolgen, was etwa im Fall der Schaffung von Grünräumen zu bejahen ist<sup>15</sup>. Die Förderung der Verbesserung der Übernachtungsinfrastruktur, die bestimmten Beherbergungsbetrieben zu Gute kommt, fasst die Kommission dagegen als unternehmensbezogene Begünstigung auf<sup>16</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>17</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

8) Vgl. dazu auch Koenig/Kühling, Allgemeinheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens – Die vergaberechtliche Operationalisierung der EG-beihilfenrechtlichen Zauberwörter mit Blick auf die Infrastrukturförderung (in Vorbereitung).

9) Aus diesem Grund hält Modlich, Nationale Infrastrukturmaßnahmen nach Art. 92 I EG, 1996, S. 245, die unternehmensbezogene planerische Gestaltung als Indikator für eine Bestimmtheit für ungeeignet.

10) Bär-Bouyssière in: Schwarze, Komm. z. EGV, 2000, Art. 87 Rd-nr. 35.

11) Mitt. d. Kommission, ABIEG 1994 Nr. C 170, S. 8 – Kimberly Clark Industries.

12) Kommission, Entsch. v. 19. 7. 2000, ABIEG 2001 Nr. L 38, S. 33 R.dnr. 18 – Lenzing.

13) Anders als bei Erschließungsbeiträgen für äußere Erschließungsmaßnahmen, die sich lediglich an der Ortsüblichkeit orientieren müssen, ist damit für den Ausschluss von Begünstigungselementen bei unternehmensspezifischen Infrastrukturleistungen ein vollständiger, marktüblicher Kompensationspreis für die staatlichen Leistungen zu erbringen; vgl. auch sogleich b.

14) Kommission, Entsch. v. 6. 4. 2000 N 86/2000 – Naturerlebnisräume in Schleswig-Holstein, diese und die anderen zit. Entsch. sind 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“, ABIEG 1994 Nr. C 180, S. 1, insb. R.dnr. 10; vgl. dazu Kommission, Entsch. v. 6. 12. 1999 N 618/99 – Maritimer Tourismus in Schleswig-Holstein. Unklar dagegen Kommission, Entsch. v. 22. 3. 2000 N 398/98 – Weinbauinfrastrukturen im Piemont.

15) Kommission, Entsch. v. 10. 3. 2000 N 392/99 – Dorf- und Stadtentwicklung in Oberösterreich.

16) Kommission, Entsch. v. 28. 9. 1999 N 248/99 – Fremdenverkehrsinfrastrukturen im Piemont.

17) Kommission, Entsch. v. 26. 3. 1991, ABIEG 1991 Nr. L 215, S. 11 (12) – Saint-Gobain.

abstellt, ob die Hafeninfrasturktur allgemein und diskriminierungsfrei zugänglich ist und keine Maßnahmen erfolgen, die ausgewählte Unternehmen besonders begünstigen<sup>18</sup>.

b) *Kostendeckender Zugang zur Infrastruktur.* Noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, inwiefern eine Kostendeckung des diskriminierungsfreien Infrastrukturzugangs gewährleistet sein muss. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Nutzer einer Infrastruktur auch insoweit begünstigt sein können, als ihnen die Infrastruktur zu Bedingungen angeboten wird, zu denen sie kein marktüblicher Infrastrukturanbieter bereitstellen würde. Allerdings ist es ein Kennzeichen einer Vielzahl von Infrastrukturen, dass sie nicht kostenorientiert zur Verfügung gestellt werden. Dies gilt beispielsweise für die Straßeninfrastruktur in Deutschland, die unabhängig von der individuellen Inanspruchnahme der jeweiligen Nutzer kostenlos bereit steht. Die Mineralölsteuer ist dabei kaum als geeignetes Entgeltsystem anzusehen, umso weniger als auch diejenigen Nutzer, die etwa im grenznahen Bereich leben und in Nachbarstaaten Benzin tanken, von dem kostenlosen Infrastrukturangebot profitieren. Daher ist unklar, was die Kommission meint, wenn sie teilweise eine kostendeckende Bereitstellung der Infrastruktur verlangt. In einigen Entscheidungen fordert sie sogar noch präziser eine nach anerkannten kaufmännischen Grundsätzen vorgenommene Kostenverteilung auf die Abnehmer<sup>19</sup>. Diese Forderung der Kommission zielt offensichtlich darauf ab, dass die tatsächlich entstandenen Kosten an die Nutzer weitergereicht werden müssen. Danach ist keine Orientierung an den (idealen) Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung verlangt<sup>20</sup>. Der zusätzliche Hinweis auf die Marktüblichkeit<sup>21</sup> ist vielmehr so zu verstehen, dass eine öffentlich geförderte Infrastruktur den Nutzern so zur Verfügung gestellt werden muss, dass zwar sämtliche entstehenden Kosten zu berechnen sind, dies aber auf der Basis einer Einbeziehung etwaiger Förderpositionen als berücksichtigungspflichtige Einnahmen erfolgen darf, sofern eine derartige Infrastrukturförderung üblich ist. Das korrespondiert auch mit zwei informellen Schreiben der Kommission im Hinblick auf die geplanten Sportstadien in Hannover und Wembley, in denen auf eine Kostendeckung nicht abgestellt worden ist, und klar war, dass die Vorteile der Förderung der Infrastruktur weitergereicht würden<sup>22</sup>. Eine anderweitige Deutung führte zu dem befremdlichen Ergebnis, dass der durch die öffentliche Förderung entstehende Vorteil beim Zuwendungsempfänger (also dem Infrastrukturbetreiber) verbliebe und nicht an die Abnehmer weitergegeben würde. Gemeint sein können daher nur die dem Infrastrukturanbieter entstehenden tatsächlichen Kosten unter Einbeziehung der Fördervorteile.

c) *Die multifunktionale Nutzbarkeit der Infrastruktur.* Im Zusammenhang mit der Errichtung von Sportinfrastrukturen führte die Kommission ein weiteres Kriterium zur Abgrenzung zwischen allgemeinen Infrastrukturmaßnahmen und Sonderbegünstigungen ein: das der multifunktionalen Nutzbarkeit einer Einrichtung. Hiermit ist die vielseitige Verwendbarkeit einer Infrastruktur zu verschiedenen Nutzungszwecken gemeint. Diesen Ansatz hat die Kommission beispielsweise auf die Prüfung etwaiger Beihilfenelemente im Rahmen der Förderung des Fußballstadions in Hannover angewandt. Danach müsse das Stadion multifunktional nutzbar sein<sup>23</sup>. Ob sich die fehlende Bestimmtheit einer öffentlichen Zuwendung zum Bau einer Sporthalle allerdings daran zeigen soll, dass diese Halle etwa auch für Rockkonzerte und Parteitage Verwendung findet, erscheint zweifelhaft. Das Beihilfenverbot des Art. 87 I EG intendiert, Wettbewerbsstörungen durch die selektive Begünstigung einzelner Unternehmen oder Produktionszweige zu verhindern<sup>24</sup>.

Selektion wird aber allein durch die faktisch mögliche Teilhabe der Allgemeinheit unterbunden. In welcher Form die Teilhabe stattfindet, ob also die Sporteinrichtung sportlich oder musikalisch genutzt wird, ist für die Verhinderung von Selektionen völlig unerheblich. Wenn die besagte Stätte dem Breitensport zur Ausübung einer bestimmten Sportart zur Verfügung gestellt wird, liegt bereits hierin kein Begünstigungselement zu Gunsten eines bestimmten Sportvereins. Auf die Nutzungspalette kommt es nicht mehr an.

Ferner lässt sich das Kriterium der Multifunktionalität nur schwer auf andere Infrastrukturen übertragen, erweist sich dabei teilweise sogar als überflüssig und kann schon deshalb keine Allgemeingültigkeit beanspruchen. Es liegt nämlich geradezu im Wesen der meisten Infrastrukturen, nur eine einzige Nutzbarkeit zu ermöglichen: Autobahnen können nur durch Kraftfahrzeuge genutzt werden, Eisenbahnnetze nur durch Schienenfahrzeuge; eine Erdölleitung ist für den petrochemischen Industriezweig äußerst wertvoll, für einen Bauunternehmer hingegen nicht. Wollte man am Kriterium der multifunktionalen Nutzbarkeit der Infrastruktur als Unterscheidungsmerkmal zur Beihilfe festhalten, müssten bei jedweder Infrastrukturmaßnahme beträchtliche Argumentationshürden überwunden werden, um diese als allgemeinbegünstigend am Beihilfenverbot vorbei zu manövrieren. Eine Autobahn könnte allenfalls deshalb als vielseitig nutzbar bezeichnet werden, weil sie den Verkehr verschiedener Transportfahrzeuge aller Produktionszweige aufnimmt. Eine Abgrenzung jenes Kriteriums vom Merkmal des diskriminierungsfreien Zugangs wäre dann aber nicht möglich. Dass Autobahnen von allen befahren werden dürfen, ist bereits Resultat des Diskriminierungsverbotes und nicht der Multifunktionalität. Einem der beiden Merkmale verbliebe bei der beihilfenrechtlichen Beurteilung von Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen kein eigener Anwendungsbereich. Noch problematischer ist die Handhabung des Multifunktionalitätsmerkmals bei Sportinfrastrukturen, die von vornherein auf den Transport nur eines Stoffes angelegt sind, etwa bei Trinkwasser-, Erdöl- oder Erdgasleitungen. Multifunktionalität ließe sich allenfalls durch ein zugegebenermaßen gekünstelt anmutendes „Pyramidentheorem“ darstellen: Auch wenn beispielsweise von einer Erdölleitung zunächst nur diejenigen Unternehmen profitieren, die Erdöl benötigen („bestimmter Produktionszweig“), wird dieser Vorteil an andere weitergegeben. Erdöl allein ist zumeist wertlos, erst dessen Verarbeitung zu verschiedenen chemischen Grundrohstoffen, die wiederum in die verschiedensten Polymere umgewandelt und über viele weitere Schritte der Konsumgüterindustrie und dem Verbraucher zugänglich gemacht werden, macht Erdöl so vielseitig einsetzbar. Stellte man sich auf den Standpunkt, die Errichtung einer Erdölleitung sei ein Vorteil für die Erdölabnehmer, fände man sich kurzerhand durch das „Pyramidentheorem“ widerlegt. Denn von

18) Grünbuch v. 10. 12. 1997, KOM (97) 678 endg., Rdnr. 42; vgl. zur Anwendung dieser Maßstäbe exemplarisch die Aufforderung zur Stellungnahme (Maßnahmen zu Gunsten des Hafensektors in Italien), ABIEG 1999 Nr. C 108, S. 2 (3); ferner die Aufforderung zur Stellungnahme (Bergbahninstallationen in der Provinz Bozen), ABIEG 2001 Nr. C 27, S. 37 (41) unter Hinweis auf Rdnr. 175 des 25. Berichts über die Wettbewerbspolitik der Kommission, 1995.

19) Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. L 260, S. 1 (11) – *InfraLeuna*; Kommission, Entsch. v. 20. 7. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 137, S. 1 (Rdnr. 29) – *Sangalli Manfredonia Vetro*.

20) Zu dem Problem des Kostenansatzes, das sich auch bei der Kompensation von Gemeinwohlpflichten stellt *Koenig/Kühling*, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – EG-beihilfenrechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten DVBl 2003/I, E.

21) Die Kommission spricht in ihrer Entsch. v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. L 260, S. 1 (11) – *InfraLeuna*, insoweit von Industrieüblichkeit.

22) Unveröff. Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS; vgl. auch den Bericht über ein FAZ-Gespräch mit *Mario Monti*, FAZ, v. 6. 5. 2002, S. 13; vgl. ferner das weitgehend identische Schriftstück „Letter to the UK REP on the building of a new national stadium at Wembley“.

23) Vgl. den Nachw. in Fußn. 22.

24) *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 19.

dem aus der Errichtung der Erdölleitung resultierenden Vorteil profitiert letztlich die gesamte Produktionspyramide einschließlich der Verbraucher. Jedoch droht eine solche Argumentation, den Beihilfentatbestand insgesamt gefährlich zu verwässern. Sie ist nämlich ebenso gut auf Fälle übertragbar, in denen zweifellos ein bestimmtes Unternehmen durch eine Infrastrukturmaßnahme begünstigt wird, etwa wie im oben besprochenen Fall Kimberly Clark Industries. Auch hier könnte man ohne weiteres einen vorteilhaften Dominoeffekt für andere Unternehmen darlegen. Lehnt man aus diesen Gründen das „Pyramidentheorem“ ab und hält am Multifunktionalitätserfordernis fest, gelangt man zu dem absurden Ergebnis, dass die Förderung des Baus von Infrastrukturen, die nur einen bestimmten Stoff transportieren können (z. B. Trinkwasserleitungen), mangels Multifunktionalität generell eine Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG darstellt. Das Kriterium der vielseitigen Nutzbarkeit einer Infrastruktur als Gegenstück zu einer unternehmensbezogenen Infrastruktur erweist sich demnach auch bei Transportinfrastrukturen als nicht tragfähig. Es hat sich also gezeigt, dass das Kriterium der Multifunktionalität mangels Übertragbarkeit auf andere Infrastrukturen nicht als allgemeingültiges Merkmal zur Abgrenzung von allgemeinen Infrastrukturmaßnahmen und bestimmten Begünstigungen herangezogen werden kann. Da sich die Politik der Kommission zur Sportstättenförderung gegenwärtig noch in der Entwicklung befindet, sind die Konturen des Multifunktionalitätsmerkmals allerdings noch weitgehend unscharf. Ob die Kommission an jenem Merkmal als zusätzliches Abgrenzungskriterium festhält und welchen Inhalt sie ihm geben will, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Nach den eben gefundenen Ergebnissen sollte der Multifunktionalität nicht die Rolle eines eigenen Merkmals zukommen, sondern allenfalls eine Indizwirkung im Rahmen der Diskriminierungsfreiheit. Dahingehend sind die Kommissionsansätze bei großzügiger Verständnisweise auch zu interpretieren. Gerade im Fall eines Sportstadions liegt es nahe, dass allein der lokale Fußballverein (bzw. die dahinter stehende GmbH oder Aktiengesellschaft) Nutznießer der Infrastruktur ist, so dass der Fall einer faktischen (positiven) Diskriminierung bei formeller Diskriminierungsfreiheit vorliegt, denn die Infrastruktur ist faktisch auf die Bedürfnisse eines Unternehmens ausgerichtet. Hier mag das Erfordernis der Multifunktionalität Abhilfe schaffen. Auch generell lässt es sich gut vertreten, dass eine bestimmte Einrichtung in der Regel diskriminierungsfrei offen steht und nicht auf die Bedürfnisse eines bestimmten Nutzers zugeschnitten ist, wenn sie verschiedene Verwendungszwecke bietet. Sicher lassen sich auch hierfür Gegenbeispiele finden, etwa wenn ein bestimmter Nutzer (und nur dieser) die Einrichtung gerade für unterschiedliche Zwecke benötigt. Allerdings sind solche Gegenbeispiele nicht die Regel.

## 2. Die Eigentümer- und Betreiberebene: Die beihilfenrechtliche Begünstigung der Eigentümer und Betreiber der Infrastruktur

Da in Anbetracht knapper Haushaltsmittel gerade Großprojekte wie der Bau von Großflughäfen, Bahnhöfen und Sportarenen oftmals nur noch mit Hilfe finanzstarker privater Partner realisiert werden können, bedient sich die öffentliche Hand verschiedener Organisationsmöglichkeiten, die eine effizientere und kostengünstigere Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben versprechen. Solche *Public Private Partnerships* reichen von der öffentlichen Finanzierung und Überwachung einer durch die Privatwirtschaft erbrachten Infrastrukturleistung über den umgekehrten Fall einer privaten (Vor-)Finanzierung öffentlicher Einrichtungen im Wege von Leasing- und Konzessionsmodellen bis hin zur Gründung von gemischten Gesellschaften<sup>25</sup>. Wie eingangs erwähnt, muss bei der Beteiligung eines Privaten an der Errichtung der Infrastruktur 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 gewährleisten, etwa zur Förderung der Fremdenverkehrsinfrastrukturen, deren allgemeiner Cha-

rakter nicht gesichert ist (Verbesserung von Unterkünften)<sup>26</sup>.

Komplexer wird die Beurteilung allerdings, wenn das private Unternehmen an der Schaffung einer Infrastruktur beteiligt ist, jene aber später diskriminierungsfrei zur Verfügung stellt. Unzweifelhaft ist das private Unternehmen direkter Empfänger der öffentlichen finanziellen Unterstützung. Es erhält diese Mittel zum Bau der Einrichtung, deren Eigentümer es sein wird. Dies zieht aber nicht notwendig eine wirtschaftliche Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG nach sich. In der Entscheidungspraxis der Kommission zeichnet sich insoweit ein Argumentationsansatz ab, der letztlich auf die Bindungen des Zuwendungsempfängers abstellt. Es sei darauf hingewiesen, dass dieser Ansatz nur eine von mehreren Möglichkeiten darstellt, eine beihilfenrelevante Begünstigung auszuschließen. Wie noch zu zeigen ist, haften ihm nicht unwesentliche dogmatische Ungereimtheiten an.

Als Paradebeispiel für diesen Ansatz lässt sich die *InfraLeuna*-Entscheidung anführen: Die *InfraLeuna* betrieb die Umstrukturierung und die Standortentwicklung am Chemiestandort Leuna in Sachsen-Anhalt für einen begrenzten Zeitraum. Sie war zunächst verantwortlich für die Sanierung der für den Industriestandort notwendigen Infrastruktur und bot diese den ansässigen Unternehmen gegen Entgelt an. Ihr oblagen also die Errichtung bzw. die Sanierung und der anschließende Betrieb der Infrastrukturanlagen. Die Investoren planten und organisierten in quasi genossenschaftlichem Verbund an der *InfraLeuna* den Aufbau der Infrastruktur vor Ort überwiegend selbst und erhielten dafür in erheblichem Umfang staatliche Fördermittel. Die Kommission verneinte eine wirtschaftliche Begünstigung der *InfraLeuna* als Infrastrukturersteller und -anbieter. Eine wirtschaftliche Begünstigung ergebe sich nämlich nicht allein schon aus der formalen Eigentümerposition, sondern erst aus der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Sache und der Möglichkeit der Nutzenziehung<sup>27</sup>. Tragende Erwägungen der Kommission, den Tatbestand einer Begünstigung zu verneinen, waren der eng umgrenzte Gesellschaftszweck und Geschäftsgegenstand der *InfraLeuna*. Ihre gesamten Aktivitäten hatten sich auf das Ziel der Privatisierung und Erbringung der Infrastrukturleistungen zu beschränken. Eine Ausgliederung, Veräußerung oder Verpachtung einzelner Geschäftsbereiche oder Teile davon bedurften eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses. *InfraLeuna*, so die Kommission, könne deshalb nicht über ihr eigenes Eigentum verfügen; dieses sei vielmehr an den Gesellschaftszweck gebunden. Entscheidend stellte die Kommission auf die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ab, das so genannte *Low-profit-Prinzip*, dem die Tätigkeit der *InfraLeuna* unterworfen war. Denn hierdurch sei die Verwendung eventueller Gewinne zur Kapitalerhöhung ausgeschlossen. In wirtschaftlicher Hinsicht kam die *InfraLeuna* nach Ansicht der Kommission als Begünstigte also nicht in Betracht.

Denselben Ansatz verfolgte die Kommission in ihrer neueren Entscheidung *Network Rail*<sup>28</sup>. *Network Rail* war damit beauftragt, das Eisenbahnnetz in Großbritannien nach dem *Low-profit-Prinzip* im öffentlichen Interesse zu betreiben. Um ein sicher und gleichzeitig effizient arbeitendes Eisenbahnnetz zu gewährleisten, wurden der *Network Rail* öffentliche Mittel zur Ver-

25) Gerstberger, in: Killian/Kneissler, Demokratische und partizipative Verwaltung, 1999, S. 333; Tettinger, DÖV 1996, 764 (764 ff.) m. Hinw. z. verschiedenen Ausgestaltungsmustern; zur Phänomenologie auch Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendynamik – Phänomenologie, – VerfassungsR, 1999, S. 100 ff.; vgl. ferner den informativen Tagungsband von Budäus/Eichhorn, Public Private Partnership – Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, 1997.

26) Kommission, Entsch. v. 1. 8. 000 N 93/2000 – Fremdenverkehr in der Lombardei; ähnlich die Entsch. Fremdenverkehrsinfrastrukturen im Piemont (o. Fußn. 6); ebenso für den Fall der Unterstützung eines Gasversorgers Entsch. der Kommission N 341/99 v. 28. 7. 999 (Gasversorgung in Andalusien).

27) Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. 60, S. 1 (12) – *InfraLeuna*.

28) Kommission, Entsch. v. 17. 7. 2002, KOM(2002) 2622 endg. – *Network Rail*.

fügung gestellt. Die Kommission hielt an ihrer bisherigen Praxis fest, öffentliche Mittel zur Errichtung oder für den Betrieb einer Infrastruktur nicht als staatliche Beihilfen zu bewerten, soweit die Infrastruktur allen potenziellen Nutzern diskriminierungsfrei angeboten wird. Im Gegensatz zur *InfraLeuna*-Entscheidung ging sie zwar diskussionslos davon aus, dass Network Rail als ein durch die staatlichen Zuwendungen begünstigtes Unternehmen i. S. des Art. 87 I EG anzusehen sei. Die Erwägungen, die die Kommission jedoch in der *InfraLeuna*-Entscheidung noch zu dem Ergebnis kommen ließen, dass der Zuwendungsempfänger letztlich wirtschaftlich nicht begünstigt sei, liefern in der Entscheidung Network Rail nunmehr die Argumente, eine Wettbewerbsverfälschung und eine Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten abzulehnen. So führt die Kommission aus, die öffentliche Zuwendung verfälsche deshalb nicht den Wettbewerb, weil diese Gelder ausschließlich für den eng begrenzten Gesellschaftszweck – den Betrieb und die Unterhaltung des britischen Eisenbahnnetzes – verwendet werden dürfen und insofern nicht in andere Märkte gelangen. Dabei konnte die Kommission davon ausgehen, dass Network Rail nicht vertikal integriert ist, also nicht auf vor- und nachgelagerten Märkten tätig wird (etwa als Anbieter von Transportdienstleistungen), so dass keine Gefahr der Quersubventionierung der auf diesen Märkten angebotenen Produkte besteht. Network Rail arbeite ferner nach dem Low-profit-Prinzip und müsse daher jegliche Einnahmen in das Netz reinvestieren. Die Kommission bedient sich in der Entscheidung Network Rail also des Argumentationsmusters der *InfraLeuna*-Entscheidung, wendet dieses jedoch auf ein anderes Tatbestandsmerkmal des Art. 87 I EG an.

Diese Entscheidungen verdeutlichen eine Tendenz in der Kommissionspraxis, öffentliche Förderungen an Infrastrukturersteller und -betreiber<sup>29</sup> als beihilfenrechtlich unbedenklich einzustufen, soweit die Zuwendungsempfänger bestimmten Restriktionen (namentlich dem Low-profit-Prinzip) unterliegen<sup>30</sup>. Das Ergebnis dieser Argumentation ist eindeutig. An welchem Merkmal die Erfüllung des Beihilfentatbestandes scheitert, bleibt bislang allerdings unklar. Im Ergebnis tendiert die Kommission unter den dargelegten Voraussetzungen jedenfalls zur Verneinung des Beihilfentatbestandes. Bei näherer Betrachtung erweisen sich die Schlussfolgerungen der Kommission jedoch als problematisch<sup>31</sup>, da etwaige Bevorzugungen gegenüber anderen Infrastrukturanbietern nicht berücksichtigt werden. So stellt sich aber die Frage, ob sich der Verweis auf das Low-profit-Prinzip eignet, 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 einzuordnen. Dieses dient der Wahrung gleicher Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Dabei macht es im Hinblick auf Art. 87 EG 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 der besonderen Fallkonstellationen verständlich: Ein innergemeinschaftlicher Handel betreffend die Dienstleistungen der *InfraLeuna* und der Network Rail war nicht gegeben. Im Fall *InfraLeuna* fand sich nach mehrmaligen Ausschreibungen kein privater Investor, der bereit gewesen wäre, in die Infrastruktur des Chemiestandortes Leuna (in Sachsen-Anhalt) zu investieren. Im Fall Network Rail existierte kein Wettbewerb der Infrastrukturanbieter, denn der Betrieb des Eisenbahnnetzes war der Gesellschaft als Monopol übertragen worden. Es existierten also keine

Zugangsrechte zu diesem Markt. Die Kommission hob ausdrücklich hervor, dass die Staaten auch nicht durch das EG-Wettbewerbsrecht gehalten seien, diesen Bereich dem Wettbewerb zu öffnen. Im Ergebnis geht sie in einer solchen Konstellation offenbar davon aus, dass sich der jeweilige Infrastrukturanbieter quasistaatlich verhält. Sie betont nämlich, dass der Betrieb eines Eisenbahnnetzes in der Verantwortung des Staates oder des vom Staat beauftragten Unternehmens liege<sup>32</sup>. In denjenigen Fällen, in denen eine Liberalisierung noch nicht erfolgt ist, mag dieser Argumentationsansatz durchaus seine Berechtigung haben. Verallgemeinerungsfähig ist er jedenfalls wegen seiner Dissonanz zu den wettbewerblichen Wurzeln des Art. 87 I EG nicht<sup>33</sup>.

### 3. Die Gesellschafterebene: Die beihilfenrechtliche Begünstigung der Gesellschafter

Erfüllen sowohl der Eigentümer als auch der Betreiber der Infrastruktur alle Voraussetzungen, die es ausschließen, ihn als beihilfenrechtlich Begünstigten anzusehen, ist gleichwohl eine Begünstigung der Anteilseigner nicht automatisch ausgeschlossen. Die Komplexität wird nochmals gesteigert, wenn das Unternehmen bzw. seine Gesellschafter anschließend als Nutzer der Infrastruktur in Erscheinung treten. 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 ist. Eine beihilfenrelevante Begünstigung der Gesellschafter (bzw. der wiederum an den Gesellschaftern beteiligten Unternehmen) kann daraus resultieren, dass sich diese Vorzugsbedingungen bei der Inanspruchnahme der Infrastruktur verschaffen. Zudem haben die Gesellschafter oftmals in der Planungsphase die Möglichkeit, die Infrastruktur nach ihren eigenen Bedürfnissen zu entwickeln. Ein übermäßiger Einfluss der Gesellschafter auf die Planung der Infrastruktur kann aber nur ein Indiz für eine Begünstigung und ein Grund weiterer Kontrolle sein<sup>34</sup>. Denn entscheidend für eine Beihilfe ist nicht der Einfluss in der Planungsphase, sondern das Planungsergebnis<sup>35</sup>. Nur wenn die Infrastruktur gezielt auf die Bedürfnisse der Gesellschafter zugeschnitten ist, wirkt sie begünstigend. Die Frage, ob sich eine Maßnahme als eine potenziell jedermann zur Verfügung stehende Infrastruktur darstellt oder ob die Gesellschafter als Kunden bzw. Planer begünstigt sind, lässt sich bereits auf der Nutzerebene klären. Wenn die Infrastruktur auf spezifische Interessen eines Unternehmens (gegebenenfalls der

29) Wenn der Eigentümer der Infrastruktur deren Betrieb einer anderen Gesellschaft überträgt, gelten für diese Betriebsgesellschaft die gleichen Restriktionen wie für den Eigentümer. Die Betriebsgesellschaft erhalte andernfalls die Möglichkeit, eine aus zum Teil mit öffentlichen Mitteln erstellte Infrastruktur gegen Entgelt anzubieten und Gewinne zu erwirtschaften. Die von der Kommission aufgestellten Restriktionen – vor allem das Low-profit-Prinzip, dem die Tätigkeit des Eigentümers unterworfen ist – könnten dann ohne Weiteres unterlaufen werden.

30) Zu einem weiteren Ansatz des EuGH und der Kommission, wonach Begünstigungswirkungen durch ein qualifiziertes Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden können, *Koenig/Kühling*, *Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – EG-beihilfenrechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten* DVBl 2003/i. E.

31) Ausf. zu diesem Problem *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881 (887).

32) Kommission, *Entsch. v. 17. 7. 2002*, KOM (2002) 2622 endg. Rdnr. 76 – Network Rail.

33) Zu weiteren Ansätzen s. die *Hinw. v. Koenig/Kühling* (o. Fußn. 30).

34) Die Kommission scheint auf dieses Indiz größeres Gewicht zu legen, vgl. *Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998*, ABIEG 1999 Nr. L 260, S. 1 (14) – *InfraLeuna*.

35) So prägnant bereits *Modlich* (o. Fußn. 9); S. 254.

Gesellschafter) ausgerichtet ist, liegt eine beihilfenrelevante Begünstigung vor.

Gesonderter Betrachtung bedarf allerdings die Rolle der Gesellschafter als Anteilseigner des Infrastrukturerstellers und -betreibers. Als weniger problematisch stellen sich dabei die gegebenenfalls an die Gesellschafter fließenden Dividenden dar. Denn eine Gesellschaft, die – im Falle der Verpflichtung zum Low-profit-Prinzip – keine Gewinne erwirtschaftet, sondern alle Erträge sofort in die Infrastruktur zu reinvestieren verpflichtet ist, vermag keine Dividenden auszuschütten. Die Gefahr der Gesellschafterbegünstigung verbirgt sich vielmehr im Vermögenszuwachs der Gesellschaft selbst. Die Eigentümergesellschaft kann ihre Infrastruktur erst mit Hilfe öffentlicher Unterstützung errichten. Ihr Vermögen und somit gleichzeitig auch ihre Anteile erfahren insoweit einen Wertzuwachs zunächst allein durch die errichtete Anlage. Daher sind in der Kommissionspraxis Tendenzen zu beobachten – neben der Beschränkung von Dividendenausschüttungen –, dem Betreiber für einen gewissen Zeitraum die Veräußerung der Anlagen zu verbieten. In diesem Zeitraum soll sich der Wert der Anlagen tatsächlich soweit reduziert haben, dass eine Gewinnerzielung durch Verkauf ausgeschlossen ist<sup>36</sup>.

### III. Fazit

In einer umfangreichen Kommissionspraxis zur EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung zeichnet sich ein häufig wiederkehrendes Kontroll- und Prüfungsraster ab.

#### 1. Erste Prüfungsebene: Die Nutzerebene

Auf der ersten Prüfungsebene wird eine etwaige beihilfenrelevante Begünstigung der Infrastrukturnutzer untersucht. Sie ist zu verneinen, soweit die Infrastruktur allen potenziellen Interessenten offen und diskriminierungsfrei bereitgestellt wird. Das im Rahmen der Sportinfrastrukturförderung ins Spiel gebrachte Kriterium der Multifunktionalität hat sich – interpretiert man es als ein eigenständiges Merkmal – als nicht tragfähig erwiesen. Ihm sollte allenfalls Indizwirkung beim Merkmal des diskriminierungsfreien Zugangs zukommen.

#### 2. Zweite Prüfungsebene: Die Eigentümer- und Betreiberebene

Die zweite Prüfungsebene befasst sich mit dem Eigentümer und dem Betreiber der Infrastruktur, soweit dieser öffentliche Zuwendungen erhält. In der Spruchpraxis ist insoweit ein Argumentationsansatz sichtbar, wonach bei bestimmten Restriktionen, denen der Betreiber unterliegt (namentlich bei einer Beschränkung auf das Low-profit-Prinzip), vom Fehlen einer wirtschaftlichen Begünstigung bzw. einer Wettbewerbsverfälschung oder Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ausgegangen wird. Dieser Ansatz fügt sich allerdings nicht in das Konzept des EG-Beihilfenrechts ein und ist daher nicht verallgemeinerungsfähig.

#### 3. Dritte Prüfungsebene: Die Gesellschafterebene

Auf einer dritten Stufe befasst sich die Kommission mit einer etwaigen Begünstigung der Gesellschafter in deren Rolle als a) Gesellschafter, b) Nutzer der Infrastruktur und c) Beteiligte an der Entwicklung der Infrastruktur. Da in den beiden letzteren Konstellationen keine Besonderheiten zur Nutzerebene bestehen, gelten die oben gefundenen Ergebnisse hier gleichermaßen. Eine Begünstigung der Gesellschafter als Gesellschafter kann durch eine nur beschränkt zulässige Dividendenausschüttung und durch ein zeitlich begrenztes Veräußerungsverbot wirksam verhindert werden.

<sup>36</sup>) Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. L 260, S. 1 (13) – InfraLeuna.