

Mit bestem Gruß
von *Christian Koenig*

Aufsätze und Berichte

Erfüllen die Einstandspflichten des Bundes für die betrieblichen Altersversorgungssysteme der privatisierten Bahn- und Postunternehmen den Beihilfentatbestand des Art. 92 EGV?

Ein Anstoß zur kritischen Betrachtung des EG-Beihilfenrechts im Zusammenhang mit Privatisierungen

Von Professor Dr. Christian Koenig, Jens-Daniel Braun und Eva Mareike Lekar, Marburg

Im Rahmen der Bahn- und Postreform hat der Bund für die betrieblichen Altersversorgungssysteme der Arbeitnehmer Einstands- und Unterhaltungspflichten übernommen. Danach muß der Bund diese Altersversorgungssysteme jederzeit materiell in die Lage versetzen, die gegenüber den inzwischen privatisierten Trägerunternehmen bzw. gegenüber den Bezugsberechtigten übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen. Angesichts der Komplexität der Bahn- und Postreform ist dabei das EG-Beihilfenrecht nach Art. 92 f. EGV vernachlässigt worden. Sollten die vom Bund im Rahmen der Bahn- und Postreform übernommenen Einstandspflichten für die betrieblichen Altersversorgungssysteme vom Beihilfentatbestand des Art. 92 I EGV erfaßt werden, so besteht die Gefahr, daß das EG-Beihilfenrecht – im Binnenmarkt ordnungspolitisch erwünschte – Privatisierungen zumindest sozialpolitisch erschwert. Die Abhandlung will auch als Anstoß zur kritischen Betrachtung des EG-Beihilfenrechts im Zusammenhang mit Privatisierungen verstanden werden.

I. Einführung

Die staatliche Lastenübernahme entwickelt auf den europäischen Verkehrs-, Post- und Telekommunikationsmärkten eine nicht unerhebliche Wettbewerbsrelevanz, zumal die Altersstruktur der Arbeitnehmer für die meisten auf diesen Märkten tätigen Unternehmen einen zunehmenden Kostenfaktor darstellt. Insoweit lag von vornherein der Verdacht nahe, daß die vom Bund für die betrieblichen Altersversorgungssysteme der privatisierten Bahn- und Postnachfolgeunternehmen übernommenen Einstands- und Unterhaltungspflichten „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art.“ i. S. von Art. 92 I EGV darstellen. „die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“. Eine Notifizierung der Unterstützungsmaßnahmen des Bundes für die Altersversorgungssysteme der Bahn- und Postunternehmen im Verfahren nach Art. 93 III EGV ist gleichwohl versäumt worden.

Die Kommission geht in ihrem Grünbuch „Zusätzliche Altersversorgung im Binnenmarkt“ vom 5. 6. 1997 davon aus, daß die betrieblichen Altersversorgungssysteme „und die daraus resultierenden Leistungsansprüche vom Staat nicht garantiert werden“. Der EuGH führt in: Zusammenhang mit dem Entgeltbegriff des Art. 119 EGV aus, daß betriebliche Altersversorgungssysteme „ohne jede Beteiligung der öffentlichen Hand in vollem Umfang vom

Arbeitgeber oder von diesem und den Arbeitnehmern gemeinsam finanziert“ werden¹. Da Betriebsrenten nach ständiger Rechtsprechung des *Gerechtshofs* Bestandteil des vom Arbeitgeber zu zahlenden Entgeltes – mithin Unternehmenslasten – sind, drängt sich bei staatlichen Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der betrieblichen Altersversorgung der Beihilfenverdacht geradezu auf. In einem Nichtigkeitsklageverfahren Frankreichs gegen die Kommission stellte der EuGH fest, daß es zwar tatsächlich die betroffenen Arbeitnehmer begünstigt, soziale Auswirkungen von Unternehmensumstrukturierungen durch die staatliche Übernahme gesetzlicher Verpflichtungen des restrukturierten Unternehmens aus einem Sozialplan abzufedern. Gleichwohl können auch derartige flankierende Sozialmaßnahmen den Wettbewerb verzerren und daher vom Beihilfentatbestand erfaßt werden².

II. Grundzüge der betrieblichen Altersversorgungssysteme im Rahmen der Bahn- und Postreform

1. Betriebliche Altersversorgung bei der Deutsche Bahn AG

Die bis zur Bahnreform den Bediensteten gewährte Zusatzrente wird seit dem 1. 1. 1994 von der Bahnversicherungsanstalt Abteilung B beim Bundeseisenbahnvermögen weitergeführt (§ 15 I Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen [GZNB]³). Als Rechtsnachfolger des Sondervermögens Deutsche Bundesbahn ist das Bundeseisenbahnvermögen beteiligter Arbeitgeber i. S. der Satzung der Bahnversicherungsanstalt geworden und daher verpflichtet, die Umlagen für die auf die Bahn übergegangenen pflichtversicherten Arbeitnehmer zu zahlen⁴. Die Deutsche Bahn AG muß dafür ihrerseits eine Ausgleichszahlung leisten, allerdings nur in Höhe der Aufwendungen, welche die DB AG „für die betriebliche Altersversorgung der von ihr eingestellten Arbeitnehmer erbringt“ (§ 21 IV DBGrG⁵). Dem staatlich getragenen Bundeseisenbahnvermögen wird insoweit – EG-beihilfenverdächtig – derjenige Versorgungskostenanteil für die vor der AG-Grün-

1) Vgl. Kommission, Grünbuch „Zusätzliche Altersversorgung im Binnenmarkt“, Kap. I C 8, S. 9 f., (Hervorhebung im Text durch die Verfasser).

2) EuGH, Slg. I 1990, 1889 = EuZW 1990, 283 = NJW 1991, 2204 Tz. 27 f. – Barber: EuGH, EuZW 1994, 722 = NJW 1995, 117 – Coloroll Pension Trustees Ltd/Russel u. a.: EuGH, Slg. 1986, 1607 = NJW 1986, 3020 Tz. 22 – Buika-Kaufhaus/Weber von Hartz: EuGH, Slg. 1981, 767 Tz. 17 – Worringham and Humphreys/Lloyds Bank.

3) EuGH, EuZW 1997, 56 Tz. 39 f. – Frankreich, Kommission.

4) V. 27. 12. 1993, BGBl I, 2378, ber. BGBl I 1994, 2439, BGBl III, 931–4; vgl. auch Bundeshaushaltspläne 1995/1996/1997, Erläuterungen jeweils zu Kapitel 1222, Titel 656 01–229; Filger, BetrAV 1995, 178 (178).

5) Filger, BetrAV 1994, 163 (164); *äers.*, BetrAV 1995, 178 (178).

6) Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft – Deutsche Bahn Gründungsgesetz v. 27. 12. 1993 (BGBl I, 2378, 2386, ber. BGBl I 1994, 2439; BGBl III 931–5); hier und im folgenden DBGrG abgekürzt (Hervorhebung im Text durch die Verfasser).

dung eingestellten Arbeitnehmer auferlegt, welcher die Obergrenze des § 21 IV DBGrG überschreitet. Der Versicherungsbestand der Bahnversicherungsanstalt Abteilung B ist am 1. 1. 1994 für den Neuzugang geschlossen worden⁷. Aufgrund der sinkenden Anzahl der Versicherten des Bundeseisenbahnvermögens und der gleichzeitig steigenden Zahl von Rentnern⁸ stellte sich rasch heraus, daß die Umlagenfinanzierung, welcher die übrigen Beteiligten der Abteilung B unterliegen (u. a. die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes), für das Bundeseisenbahnvermögen nicht durchzuhalten war. Eine Abstimmung zwischen Verkehrs- und Finanzministerium ergab Einvernehmen darüber, daß „der Finanzierungsbedarf (...) der Bahnversicherungsanstalt Abteilung B (...) als direkter Zuschuß aus dem Bundeshaushalt anzusehen“ sei⁹. Mit Wirkung vom 1. 1. 1995 trat eine neue Finanzierungsregelung in Kraft¹⁰. Danach werden die auf das Bundeseisenbahnvermögen entfallenden nicht gedeckten Teile der Ausgaben durch einen direkten Bundeszuschuß aufgebracht. Der Zuschuß betrug im Jahre 1995 315 Mio. DM, für das Haushaltsjahr 1996 wurden 774 Mio. DM und für das Haushaltsjahr 1997 645 Mio. DM zur Verfügung gestellt¹¹.

2. Betriebliche Altersversorgung bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost

Die Versorgungsanstalt der ehemaligen Deutschen Bundespost wird nach der Postreform durch die Bundesanstalt Post weitergeführt (§ 26 I Bundesanstalt-Post-Gesetz¹²). Diese gewährt den Arbeitnehmern der Aktiengesellschaften eine betriebliche Altersversorgung. Die Versorgungsanstalt ist eine bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Anstaltsträger ist der Bund. Die Aktiengesellschaften tragen maßgeblich zur Finanzierung der laufenden Versorgungsleistungen bei. Anwartschaften und Ansprüche gegen die Versorgungsanstalt werden gleichwohl durch die Aktiengesellschaften nicht garantiert. Daher ergibt sich im Falle der Versorgungsanstalt Post die Notwendigkeit einer Insolvensicherung¹³. Juristische Personen, insbesondere Anstalten, des öffentlichen Rechts sind allerdings von der allgemeinen Insolvensicherungspflicht (§§ 7 bis 15 BetrAVG¹⁴) ausgenommen, soweit der Konkurs unzulässig oder kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit durch den Bund, die Länder oder die Gemeinden gesichert ist (§ 17 II BetrAVG). Die Insolvensicherungspflicht durch Beitragszahlung an den Pensions-Sicherungs-Verein § 14 I 1 BetrAVG greift also nicht ein, wenn die Insolvensicherung bereits durch den Bund als Anstaltsträger erfolgt. Diese Befreiung von der Beitragslast gegenüber dem Pensions-Sicherungs-Verein durch Übernahme einer staatlichen Insolvensicherung könnte den Beihilfenatbestand des Art. 92 I EGV erfüllen.

Eine beihilfenverdächtige Insolvensicherung könnte hier durch die verwaltungsrechtlichen Institute der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung¹⁵ begründet sein. Die Anstaltslast bezeichnet die Ausstattungspflicht des öffentlich-rechtlichen Anstaltsträgers gegenüber seiner Anstalt, betrifft also das Innenrechtsverhältnis zwischen Anstaltsträger und Anstalt (z. B. beim Ausgleich einer „Unterbilanz“ im Anstaltshaushalt). Die Gewährträgerhaftung begründet dagegen eine öffentlich-rechtliche Ausfallgarantie im Außenrechtsverhältnis zwischen Anstaltsträger und Anstaltsgläubiger. In diesem Zusammenhang besteht ein grundsätzlicher Streit, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung einer gesetzlichen Verankerung bedürfen oder bereits gewohnheitsrechtlich bzw. aufgrund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes gelten¹⁶. Eine ausdrückliche gesetzliche Begründung der Einstandspflichten des Bundes für die Versorgungsanstalt ist hier jedenfalls nicht vorhanden. Ausweislich der einschlägi-

gen Bundestags-Drucksache geht der Bund aber implizit davon aus, daß er für die Versorgungsansprüche der Arbeitnehmer einzustehen hat¹⁷. Aus der Gesamtregelung zur Weiterführung der Versorgungsanstalt im Rahmen der Postreform folgt zumindest eine konkludente gesetzliche Übernahme der Anstaltslast, da andernfalls die Anstaltskonstruktion im Bundesanstalt-Post-Gesetz ihres Regelungszweckes beraubt und damit sinnlos würde. Allerdings beteiligt sich der Bund nicht an der unmittelbaren Finanzierung der Versorgungsanstalt. Es können lediglich die Verluste, welche im Rahmen der früheren Rechtsform als Bundesverwaltung entstanden sind, insbesondere auf Grund von Versorgungsansprüchen der Arbeitnehmer¹⁸, aus Dividenden ausgeglichen werden (§ 10 I 2 BAPostG). Diesen Ausgleich übernimmt für den Bund die Bundesanstalt Post nach Genehmigung durch das zuständige Bundesministerium (§ 9 IV i. V. mit § 10 I 2, § 10 III i. V. mit § 7 I BAPostG).

Die Deutsche Post AG hat allerdings die betriebliche Altersversorgung für die bei ihr beschäftigten Tarifkräfte tarifvertraglich neu geregelt. Diese Neuregelung beinhaltet auch die Beendigung der Pflichtversicherung bei der Versorgungsanstalt Post mit Ablauf des 30. 4. 1997. Nach Angaben der Deutsche Post AG erhalten deren Tarifkräfte nunmehr als betriebliche Altersversorgung die Betriebsrente Post, welche in der Form der unmittelbaren Pensionszusage (Direktzusage) gewährt wird. Dabei sei vorgesehen, die sich aus der Betriebsrente Post ergebenden Anwartschaften beim Pensions-Sicherungs-Verein gegen Insolvenz zu versichern¹⁹. Die folgenden Ausführungen gelten daher für die Deutsche Post AG nur bis zum Zeitpunkt des Beitritts zum Pensions-Sicherungs-Verein.

III. Ist die staatliche Unterstützung der betrieblichen Altersversorgungssysteme der Bahn- und Postunternehmen von der Anwendung des EG-Beihilfenrechts nach Art. 90 II EGV ausgenommen?

Die Wettbewerbsregeln der Art. 85 bis 94 EGV gelten gem. Art. 90 I EGV grundsätzlich für öffentliche ebenso wie für private Unternehmen. Bahn und Post sind öffentliche Unternehmen i. S. von Art. 90 II Fall 1 EGV. Die Ausnahmevorschrift des Art. 90 II EGV ist restriktiv auszulegen²⁰. Eine derartige Ausnahme ist nur dann anzunehmen, wenn die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung nicht nur be-, sondern „verhindert“²¹. Offensichtlich wird die öffentliche Aufgabenerfüllung der Bahn- und Postunternehmen selbst dann nicht verhindert, wenn

7) Bundeshaushaltspläne 1995/1996/1997, Erläuterungen jeweils zu Kapitel 1222, Titel 656 01-229; *Filger*, BetrAV 1995, 178 (178).

8) Dazu mit genauen Zahlenangaben *Filger*, BetrAV 1995, 178 (178).

9) *Filger*, BetrAV 1995, 178 (179).

10) Diese Regelung wurde durch das Bundesverkehrsministerium genehmigt.

11) Bundeshaushaltsplan 1997, Kapitel 1222, Titel 656 01-229.

12) V. 14. 9. 1994 (BGBl. I, 2325); im folgenden mit BAPostG abgekürzt.

13) Dazu im einzelnen *Knauß*, BetrAV 1995, 175 (177).

14) Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung v. 19. 12. 1974 (BGBl. I, 3610); zuletzt geändert durch das EinführungsG zur InsO v. 5. 10. 1994 (BGBl. I, 2911).

15) Vgl. *Koenig*, EuZW 1995, 595; *Immenha/Rudo*. Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997, S. 23 f.; *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363; *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1085, Fußn. 55); *Herdegen*, WM 1997, 1130; *Höf/Bachof/Stober*, VerwaltungsR II, 5. Aufl. (1987), § 100 II R.dnr. 18.

16) Vgl. *Koenig*, WM 1995, 821; *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363 (365 f.); dagegen *Grisson*, EuZW 1997, 357.

17) BT-Dr 12. 6718, S. 80.

18) BT-Dr 12. 6718, S. 80.

19) Schreiben der Deutschen Post AG v. 21. 8. 1997 an die Verfasser (AZ. 524-1 bAV).

20) *EuGH*, Slg. I 1991, 5889 (5931) = *EuZW* 1992, 248 Tz. 27 – *Merci convenzionali porto di Genova*; *EuGH*, Slg. I 1991, 5941 (5980) = *EuZW* 1992, 250 Tz. 21 f. – *GB-Inno-BM*; die Voraussetzungen für das Eingreifen der Bereichsausnahme wurden vom *EuGH* bisher noch nie bejaht.

21) *Koenig*, *EuZW* 1995, 595 (597).

der Bund seine Unterstützung für die betrieblichen Altersversorgungssysteme aufgäbe. Denkbar wäre allenfalls eine Behinderung, nicht aber eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung; insoweit tragen die Einstandspflichten des Bundes für die betrieblichen Altersversorgungssysteme nicht die Aufgabenerfüllung der Bahn- und Postunternehmen. Die Bereichsausnahme des Art. 90 II EGV ist folglich nicht anzuwenden.

IV. Zur Subsumtion der Einstandspflichten unter den Beihilfentatbestand nach Art. 92 I EGV

1. Mögliche Vorteilsempfänger aus der Übernahme der Einstandspflichten durch den Bund

Für die Deutsche Bahn AG könnte sich die begünstigende Wirkung zunächst daraus ergeben, daß ohne den Bundeszuschuß das Bundeseisenbahnvermögen einen höheren Beitrag an die Bahnversicherungsanstalt Abteilung B zahlen müßte. Dieser wäre dann von der DB AG dem Bundeseisenbahnvermögen zu erstatten. Nach der Regelung des § 21 IV 1 DBGrG leistet jedoch die Deutsche Bahn AG an das Bundeseisenbahnvermögen lediglich Zahlungen „in Höhe der Aufwendungen, die (...) [die DB AG] für die betriebliche Altersversorgung der von ihr eingestellten Arbeitnehmer erbringt“; eine Kompensation der ohne Bundeszuschuß auf das Bundeseisenbahnvermögen entfallenden Mehrbelastung ist somit nicht vorgesehen. Eine Begünstigung der DB AG durch die Finanzierungsregelung (oben II 1) ist somit nicht erkennbar. Vielmehr ist es die angesprochene Regelung des § 21 IV 1 DBGrG selbst, welche die DB AG von der Übernahme der entsprechenden Kosten zu einem gewissen Teil freistellt und damit begünstigt.

Eine Begünstigung der Nachfolgeaktiengesellschaften der Deutschen Bundespost ergibt sich hier aus der konkludenten Übernahme der Anstaltslast durch den Bund. Den Aktiengesellschaften bleibt nämlich durch die staatliche Übernahme der Anstaltslast erspart, selbst für die Insolvenzsicherung aufzukommen. Zu denken wäre dabei an einen – mit erheblichen Kosten verbundenen – Beitritt zum Pensions-Sicherungs-Verein.

2. Beihilfenbegriff

Bei „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen gleich welcher Art“ kommt es nicht auf die Zielrichtung der Begünstigung, sondern auf die Beeinträchtigungswirkung für den Gemeinsamen Markt an²². Ausgangspunkt ist dabei die Frage, ob die Begünstigung für den Nutznießer zum Zeitpunkt der Maßnahme auf dem entsprechenden Markt nur zu schlechteren Konditionen oder überhaupt nicht zu erlangen gewesen wäre („market economy test“)²³. Das Verhalten des privaten Investors, mit dem die Intervention des wirtschaftspolitische Ziele verfolgenden öffentlichen Kapitalgebers zu vergleichen ist, muß allerdings nicht notwendigerweise das eines gewöhnlichen Investors sein, der Kapital zum Zweck seiner kurzfristigen Rentabilisierung anlegt; vielmehr kann es auch das Handeln eines Investors sein, der längerfristige Rentabilitätsaussichten im Blick hat²⁴. Sollte die staatliche Maßnahme nicht nur auf wirtschaftlichen, sondern auch auf politischen Erwägungen beruhen, so liegt die Annahme einer Beihilfe besonders nahe²⁵. Auch durch Gesetz begründete staatliche Garantien fallen unter den Beihilfentatbestand des Art. 92 I EGV²⁶.

Bei der Privatisierung der Lufthansa erhob die Kommission unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe keine Einwände gegen das Vorhaben der Bundesrepublik, sich an Pensionsfonds zugunsten der Beschäftigten des Unternehmens zu beteiligen. Als Argument

führte die Kommission an, daß ein Privatinvestor in der gleichen Lage sich ebenso wie die Bundesrepublik verhalten hätte, um den Endwert seiner Beteiligung zu maximieren²⁷. Die hier zu diskutierenden Einstandspflichten des Bundes unterscheiden sich jedoch in mehrfacher Hinsicht von den Beiträgen zur Altersversorgung für Lufthansa-Beschäftigte: Zum einen handelt es sich dabei um einen Beitrag von insgesamt 1,55 Mrd. DM, der über einen Zeitraum von 15 Jahren gestreckt gezahlt wird. Des weiteren ist der Stand der Privatisierung bei der Lufthansa ein anderer als bei Bahn und Post: Durch das Absinken des Bundesanteils auf einen Wert von unter 50% war die Lufthansa gezwungen, aus der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder auszuschneiden²⁸. Der Bundesanteil an der Deutsche Bahn AG, der Deutsche Postbank AG und der Deutsche Post AG dagegen liegt zur Zeit bei 100%, der an der Deutsche Telekom AG vor der Übernahme durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau bei 75%. Zudem bestanden für die Arbeitnehmer der Bundespost und der Bundesbahn besondere Zusatzversorgungseinrichtungen außerhalb der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder²⁹. Ein Vergleich zwischen der Privatisierungskonstellation bei Bahn sowie Post einerseits und der Lufthansa andererseits erscheint mit Blick auf die dargelegten Unterschiede kaum tragfähig.

Die Regelung des § 21 IV 1 DBGrG trägt keinen Vergleich mit einem „marktwirtschaftlichen Investor“³⁰. Berücksichtigt man die schlechte Position des Eisenbahnsektors im Konkurrenzkampf mit dem Kraftfahrzeug- und dem Luftverkehr, dann wäre auch ein langfristig kalkulierender privater Investor auf eine derartige Regelung nicht eingegangen. Ein ähnlicher Befund ergibt sich bei einem Blick auf die entsprechende Bestimmung bei den Nachfolgeaktiengesellschaften der Post. In Kenntnis des Umstandes, daß die gegen die Versorgungsanstalt entstandenen Ansprüche und Anwartschaften nicht gedeckt sind, hätte ein privater Investor eine derart risikobehaftete Einstandspflicht kaum übernommen.

Der „market economy test“ fällt somit jeweils zuungunsten der übernommenen Einstandspflichten aus. Die getroffene Regelung basiert offensichtlich auf politischen Erwägungen. Nach allem liegen Begünstigungen i. S. des Beihilfentatbestandes vor.

Beim Veriustausgleich aus Dividenden (oben II 2) ist die Gefahr einer möglichen Kollision mit dem EG-Beihilfenrecht offenbar gesehen worden. § 10 II BAPostG regelt ein von der Bundesregierung dann vorzunehmendes Prüfungsverfahren, wenn der Ausgleich eine Beihilfe i. S. des Art. 92 EGV darstellt³¹. Dabei wird geprüft, „ob die Gewährung einer Beihilfe unter Berücksichtigung post- und telekommunikationspolitischer Ziele sowie gesamtwirtschaftlicher Belange sachlich gerechtfertigt ist“ (§ 10 I 2 BAPostG). Stellt die Bundesregierung fest, daß diese Voraussetzungen erfüllt sind, so ist die Kommission davon in Kenntnis zu setzen (§ 10 II 3 BAPostG). § 10 BAPostG regelt lediglich das

22) *EuGH*, Slg. 1987, 901 (923 f.) = *NJW* 1987, 3072 Tz. 7 f. – Deufil; *EuGH*, Slg. 1974, 709 Tz. 26/28 – Italien/Kommission; *Schütte/Hix*, *CMR* 1995, 215 (238 f.); *Immenga* (o. Fußn. 15), S. 42.

23) *EuGH*, Slg. I 1990, 307 = *EuZW* 1990, 163 Tz. 38 ff. – Frankreich/Kommission; *EuGH*, Slg. 1985, 809 – *NJW* 1985, 2887 Tz. 17 – Leeuwarder Papierwarenfabrik BV; *Kahl*, *NVwZ* 1996, 1082 (1084); vgl. auch Kommission, *ABIEG* 1996 Nr. L 53, S. 41 (44) – Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH.

24) *EuGH*, Slg. I 1991, 1603 Tz. 20 – Italien/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1994, 4175 = *EuZW* 1995, 160 Tz. 14 – Spanien/Kommission.

25) *Schütte/Hix*, *CMR* 1995, 215 (222).

26) *EuGH*, Slg. I 1990, 3437 = *EuZW* 1990, 481 Tz. 2 – Kommission/Deutschland; Entscheidung der Kommission v. 6. 4. 1993, *ABIEG* 1993 Nr. L 185, S. 43 ff. – Hibel/Krupp/Bremer Vulkan; *Immenga* (o. Fußn. 15), S. 49.

27) Vgl. zur gesamten Beteiligungsproblematik bei der Lufthansa die Entscheidung der Kommission v. 10. 5. 1995 (DN: IP/95/456); Kommission, *XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik* 1995, S. 86 f., R.dnr. 180.

28) *Postnett*, in: *Handelsblatt* v. 6. 4. 1994, S. 6.

29) *Schaub*, *ArbeitsrechtsHdb.*, 8. Aufl. (1996), § 81 XVIII 2 a.

30) Kommission, *ABIEG* Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, S. 2 (4) – EFIM.

31) Vgl. auch § 10 I 3 BAPostG: „Außerdem dürfen übrige Beihilfen gezahlt werden“.

Verfahren hinsichtlich jener Beihilfen, die aus konkreten Ausgleichszahlungen resultieren. Eine Beihilfe liegt aber nicht erst dann vor, wenn bereits Zahlungen vorgenommen werden. Bereits das Haftungsversprechen kann den Tatbestand des Art. 92 I EGV erfüllen. In diesem Zusammenhang ist zweifelhaft, ob der Bundesregierung überhaupt eine Beurteilungskompetenz „unter Berücksichtigung post- und telekommunikationspolitischer Ziele sowie gesamtwirtschaftlicher Belange“ zusteht; hierüber hat ausschließlich die Kommission im Beihilfenaufsichtsverfahren nach Art. 93 EGV zu befinden.

3. Zurechenbarkeit der „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“

Die Begünstigung muß dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnen sein³². Diese Voraussetzung schließt Gemeinschaftsbeihilfen und durch Private erfolgende Zuwendungen aus dem Anwendungsbereich von Art. 92 EGV aus³³. Im Zusammenhang mit der Post-Privatisierung übernimmt der Bund selbst die Anstaltslast. Diese gesetzlich verankerten Begünstigungstatbestände sind dem Bund zuzurechnen. Entsprechendes gilt für die Bahn-Privatisierung.

4. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn Beihilfen in bestehende oder möglicherweise zur Entstehung kommende Wettbewerbsverhältnisse zwischen Unternehmen eingreifen, z. B. indem die Kostensituation der Wettbewerber einseitig verändert wird³⁴. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang sowohl der Marktanteil der betroffenen Unternehmen als auch die Intensität der Beihilfe³⁵. Nicht als Verfälschung i. S. des Art. 92 I EGV gelten jedoch die sich in ihrer Wirkung innerhalb eines Mitgliedstaates erschöpfenden Begünstigungen³⁶.

Jeder Angehörige eines EG-Mitgliedstaates kann auf Antrag Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen oder ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen betreiben (§ 6 V 1 AEG³⁷). Das gleiche gilt für in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der EG haben (§ 6 V 2 AEG). Darüber hinaus gewährleistet § 14 I AEG Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik „das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur von Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die dem öffentlichen Verkehr dienen“³⁸. Die Erstreckung auf bestimmte europäische Eisenbahnverkehrsunternehmen³⁹ macht deutlich, daß sich die zu untersuchende Begünstigung hinsichtlich der DB AG nicht innerhalb der Bundesrepublik erschöpft. Zumindest eine potentielle Wettbewerbsverfälschung aufgrund der Begünstigungsregelung des § 21 IV DBGrG liegt vor.

Im Hinblick auf die Nachfolgeaktiengesellschaften der Deutschen Bundespost kann ebenfalls eine potentielle Wettbewerbsverfälschung angenommen werden. Angesichts des harten Konkurrenzkampfes auf dem europäischen Telekommunikationsmarkt⁴⁰ ist eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die aufgeführten Begünstigungen der Deutsche Telekom AG wahrscheinlich. Auch hinsichtlich der Deutsche Post AG handelt es sich nicht um sich innerhalb der Bundesrepublik erschöpfende Begünstigungen: Die Remailing-Problematik⁴¹ zeigt sehr anschaulich, daß sich (mittlerweile) auch die Deutsche Post AG europaweit ihrer Konkurrenten zu erwehren hat. Entsprechendes gilt für die Postbank AG. Somit ist in bezug auf alle zu untersuchenden Unternehmen zumindest von einer potentiellen Verfälschung des Wettbewerbes auszugehen. Damit wird zugleich das Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung i. S. des Art. 92 I EGV indiziert⁴².

V. Stellen die von den privatisierten Unternehmen erbrachten öffentlichen Dienstleistungen eine den Beihilfentatbestand ausschließende Gegenleistung für die staatliche Haftungs- und Ausgleichsübernahme dar?

Eine Beihilfe i. S. von Art. 92 I EGV ist ausgeschlossen, wenn der Vorteilsgewährung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht⁴³. In diesem Zusammenhang sind die wichtigsten Pflichtleistungen der privatisierten Unternehmen vorzustellen.

Auch nach der Bahnreform unterliegt die Deutsche Bahn AG einer Vielzahl von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die bereits in der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69⁴⁴ u. a. für die damalige Bundesbahn aufgelistet wurden und in teilweise modifizierter Form auch nach der Privatisierung für die DB AG weitergelten. Dies sind die Pflicht, die Einrichtungen der Bahn in einen sicheren Zustand zu setzen und zu erhalten (Betriebspflicht), der Zwang zur Personenbeförderung (Beförderungspflicht), die Pflicht, im Personenverkehr gegenüber jedermann gleichmäßige Tarife aufzustellen (Tarifpflicht), und die Verpflichtung zur Aufstellung von Fahrplänen gem. § 3 EVO⁴⁵ (Fahrplanpflicht).

Der postalische Universaldienst ist eine Leistung der Daseinsvorsorge, also eine Tätigkeit, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft wird⁴⁶. Die Deutsche Post AG ist danach zur Sicherstellung bestimmter Infrastrukturleistungen verpflichtet (vgl. § 8 Postregulierungsgesetz⁴⁷). Letzteres beinhaltet eine allgemeine und flächendeckende Beförderungspflicht für Briefe und Pakete⁴⁸. Die Überbringung von Rentenleistungen der gesetzlichen Altersversorgung (Postrentendienst) gemäß §§ 119, 120 SGB VI⁴⁹ fällt ebenfalls der Deutsche Post AG zu.

Die Deutsche Telekom AG hat gem. § 1 IV Fernmeldeanlagen-gesetz⁵⁰ noch bis zum 31. 12. 1997 das ausschließli-

32) *EuGH*, Slg. I 1991, 1433 Tz. 11 – Italien/Kommission (ENI-Lanerosi).

33) *Nicolaysen*, *EuropaR* II, 1996, § 33 II.

34) *EuGH*, Slg. 1980, 2671 = *NJW* 1981, 1152 Tz. 11 – Philip Morris.

35) *EuGH*, Slg. I 1990, 959 = *EuZW* 1990, 224 Tz. 42 f. – Belgien/Kommission; *EuGH*, Slg. 1987, 901 = *NJW* 1987, 3072 Tz. 9-12 – Deutl.

36) *Rengeling*, in: *KSE* 32 (1984), S. 23 (31); *Koenig*, *EuZW* 1995, 595 (601) m. w. Nachw.

37) Allgemeines Eisenbahngesetz v. 27. 12. 1993 (BGBl. I, 2378, 2396, ber. BGBl. I, 1994, 2439; BGBl. III 930-9); hier und im folgenden als AEG zitiert.

38) Vgl. die Richtlinie 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft v. 29. 7. 1991, ABIEG 1991 Nr. L 237, S. 25, insb. Art. 8.

39) Vgl. zu den Einzelheiten § 14 III Nr. 1-3 AEG.

40) S. nur *DER SPIEGEL* 23. 1997 v. 2. 6. 1997, S. 100-102; *DER SPIEGEL* 10/1997 v. 3. 3. 1997, S. 96-98.

41) Vgl. dazu nur *Blönuß*, *NJW* 1995, 741; *BGH*, *NJW* 1995, 2295.

42) *Scherer/Schrödermeier*, *ZBB* 1996, 165 (167); *Koenig*, *EuZW* 1995, 595 (601).

43) *EuGH*, Slg. 1961, 1 (42 f.) – De Gezamenijke Steenkolenmijnen/EGKS; *Rengeling* (o. Fußn. 36), S. 23 (28); v. *Wältenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, *Komm. z. EU*, 1995, Art. 92 EGV Rdnr. 7; *Wemig*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, *EWGV*, 4. Aufl. (1991), Art. 92 Rdnr. 5.

44) ABIEG 1969 Nr. L 156, S. 1-3.

45) Eisenbahnverkehrsordnung (EVO) v. 8. 9. 1938 (RGBl. II, 663), zuletzt geändert durch das Eisenbahnneuordnungsgesetz v. 27. 12. 1993 (BGBl. I, 2378).

46) Kommission, ABIEG 1996 Nr. C 281, S. 3.

47) Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens v. 14. 9. 1994 (BGBl. I, 2371).

48) Gereizt in der VO zur Regelung der Pflichtleistungen der deutschen Bundespost Postdienst (PPfLV) v. 12. 1. 1994 (BGBl. I, 86).

49) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, Art. 1 Gesetz v. 28. 12. 1989 (BGBl. I, 2261), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches und anderer Gesetze vom 15. 12. 1995 (BGBl. I, 1824).

50) Gesetz über Fernmeldeanlagen i. d. F. der Bekanntmachung v. 3. 7. 1989 (BGBl. I, 1455), zuletzt geändert durch § 99 I Telekommunikationsgesetz (TKG) v. 25. 7. 1996 (BGBl. I, 1120).

che Recht, Fernmeldeanlagen zu betreiben (Telefondienstmonopol). Dabei fällt dem Unternehmen die Pflicht zu, diese Monopoldienstleistung allen Verbrauchern zur Verfügung zu stellen (vgl. § 10 I 1 TelekommunikationskundenschutzVO⁵¹), sowie im Falle von Störungen jederzeit Abhilfe zu schaffen (§ 12 TKV). Die flächendeckende Gewährleistung von Telekommunikationsdienstleistungen gehört ebenfalls zur Daseinsvorsorge. Im Bereich der Wettbewerbsdienstleistungen regelt die TelekompflichtleistungsVO⁵² Pflichtleistungen der Deutsche Telekom AG, namentlich das Erteilen von Auskünften über Rufnummern, die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen, das Bereitstellen öffentlicher Telefonstellen sowie das Übermitteln von Fernschreiben und Telegrammen (vgl. § 1 TPfLV).

Die Deutsche Postbank AG trifft ebenfalls die Pflicht, Aufgaben für die Sozialversicherungsträger zu erfüllen⁵³. Sofern den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost ein ausschließliches Recht oder Pflichtleistungen zugeordnet sind, besteht für diese Unternehmen ein Kontrahierungszwang (vgl. § 8 PostG⁵⁴). Der Deutsche Postbank AG sind keine Pflichtleistungen zugewiesen worden (§ 1 PostbankpflichtleistungsVO⁵⁵). Ein ausschließliches Recht, wie z. B. das Telefondienstmonopol der Deutsche Telekom AG, steht der Deutsche Postbank AG nicht zu. Sie unterliegt daher keinem Kontrahierungszwang.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Pflichtleistungen der Unternehmen eine den Beihilfentatbestand ausschließende Gegenleistung für die staatlichen Einstandspflichten im Rahmen der betrieblichen Altersversorgungssysteme darstellen. Zwischen Leistung und Gegenleistung muß dabei kein synallagmatisches Rechtsverhältnis bestehen. Es genügt ein wirtschaftlich verbundener, wechselseitiger Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung in tatsächlicher Hinsicht⁵⁶. Entscheidend ist, daß das staatliche Geben auf dem relevanten Markt für den „objektiven Beobachter“ einen sinnvollen wirtschaftlichen Vorgang darstellt⁵⁷, d. h. aus dieser Beobachtungsperspektive für einen Marktteilnehmer wirtschaftlich schlüssig erscheint. Besteht zwischen Leistung und Gegenleistung allerdings ein deutliches Mißverhältnis zugunsten des Vorteilsempfängers, so liegt in dem überschießenden Betrag eine Beihilfe⁵⁸. Eine den Tatbestand des Art. 92 I EGV ausschließende Gegenleistung scheidet aus, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung überhaupt kein wirtschaftlich aufeinander bezogenes Geben und Nehmen erkennbar ist⁵⁹. Zwischen den Einstandspflichten des Bundes für die Versorgungssysteme einerseits und den Pflichtleistungen der privatisierten Unternehmen andererseits ist auf den ersten Blick kein aufeinander bezogenes wirtschaftliches Geben und Nehmen ersichtlich. Isoliert betrachtet entfaltet sowohl die Übernahme der Einstandspflichten des Bundes auf der einen Seite als auch die Pflichtleistungen der privatisierten Unternehmen auf der anderen Seite eine Begünstigungswirkung für die jeweilige Gegenseite, ohne daß im Rahmen der Bahn- und Postreform eine erkennbare Bezugnahme erfolgt ist. Damit stellt sich die Frage, welcher Maßstab an den Nachweis einer den Beihilfentatbestand ausschließenden Gegenleistung anzulegen ist. Hierüber entscheidet die Kommission im Beihilfenaufsichtsverfahren nach Art. 93 EGV. Eine Notifizierung der Unterstützungsmaßnahmen des Bundes für die Altersversorgungssysteme der Bahn- und Postunternehmen im Verfahren nach Art. 93 III EGV, in dem die Frage der Berücksichtigungsfähigen Gegenleistung hätte geklärt werden können, ist versäumt worden.

Die Mitgliedstaaten vertreten in einem anderen Zusammenhang, nämlich im Hinblick auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken, eine recht großzügige Auffassung zur Berücksichtigungsfähigkeit von Gegenleistungen. Auf dem Amsterdamer EU-

Gipfel im Juni 1997 verabschiedeten sie eine Interpretationserklärung zu Art. 92 I EGV, wonach „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die die in Deutschland bestehenden öffentlichrechtlichen Kreditanstalten erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährte Vergünstigungen voll zu berücksichtigen“ sind⁶⁰. Demgegenüber gibt die Kommission eine differenzierte Betrachtungsweise zu erkennen, indem sie insbesondere die Bundesregierung und die deutschen Banken, aber auch die anderen Mitgliedstaaten aufrief, bis zum 20. 8. 1997 detaillierte Auskünfte zum einen über Finanzdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und zum anderen über die Bankenstruktur zu geben. Auch sollen die Kosten sowie deren Abgeltung für diese Dienstleistungen angegeben werden.

Solange die Kommission zur Berücksichtigungsfähigkeit von unternehmerisch erbrachten öffentlichen Dienstleistungen, bei denen die wirtschaftliche Konnexität zur staatlichen Begünstigung nicht ohne weiteres nach außen erkennbar ist, keine präzisen Maßstäbe aufstellt, liegt in der wissenschaftlichen Erörterung eine großzügige Beurteilung der Konnexitätsfrage nahe. Geht man von einer grundsätzlichen Berücksichtigungsfähigkeit unternehmerisch erbrachter öffentlicher Dienstleistungen aus, auch wenn diese keinen nach außen ohne weiteres erkennbaren Bezug zu staatlichen Unterstützungsmaßnahmen aufweisen, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob hier die unternehmerische Gegenleistung auch im Wert der staatlichen Unterstützungsleistung entspricht.

Die Pflichtleistungen der Deutsche Telekom AG und der Deutsche Post AG sind in erster Linie Monopoldienstleistungen, die sich aus dem zur Zeit noch bestehenden Telefondienst- und dem Beförderungsmonopol für Kleinbriefe ergeben. Die gegenwärtige Einräumung einer Monopolstellung an ein Unternehmen gewährt diesem eine im Markt herausragende Begünstigung. Diese staatliche Begünstigung wird durch die Auferlegung von bestimmten gemeinwohlorientierten Aufgaben allenfalls teilweise kompensiert. Eine Anrechnung der öffentlichen Aufgabenerfüllung als Gegenleistung für die staatliche Unterstützung der (betrieblichen) Altersversorgung hätte zur Folge, daß dieselben Pflichtdienste doppelt bewertet würden. Denn die gemeinwohlorientierten Pflichtleistungen werden bereits in die Kompensation der Monopoleinräumung eingestellt. Diese Dienstleistungen können daher nicht ein zweites Mal für die Anrechnung als Gegenleistung herangezogen werden. Lediglich die Wettbewerbsdienstleistungen nach der TelekompflichtleistungsVO sowie der Postrentendienst könnten als mögliche Gegenleistung betrachtet werden. Der Wert der vom Bund übernommenen Haftungs- und Ausgleichspflicht gegenüber der Post-Versorgungsanstalt ist wirtschaftlich nur schwer faßbar, zumal hier der Staat mit seinen „unermeßli-

51) V. 19. 12. 1995 (BGBl I 1995, 2020); im folgenden als TKV abgekürzt.

52) VO zur Regelung der Pflichtleistungen der Deutschen Bundespost TELEKOM v. 16. 9. 1992 (BGBl I, 1614), im folgenden mit TPfLV abgekürzt.

53) Vgl. § 11 Gesetz zur Sicherstellung des Postwesens und der Telekommunikation (Post- und Telekommunikationssicherstellungsgesetz) v. 22. 9. 1994 (BGBl I, 2378) sowie §§ 119, 120 SGB VI.

54) Gesetz über das Postwesen (PostG) v. 3. 7. 1989 (BGBl I, 1449), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation v. 22. 9. 1994 (BGBl I, 2325).

55) VO zur Regelung der Pflichtleistungen der Deutschen Bundespost POSTBANK (PBfLV) v. 12. 1. 1994 (BGBl I, 87).

56) Koenig, EuZW 1995, 595 (600).

57) Generalanwalt Slynn in: EuGH, Slg. 1984, 1492 (1501) – Deutschland/Kommission; Wenig (o. Fußn. 43), Art. 92 Rdnr. 5; Koenig, EuZW 1995, 595 (600).

58) EuGH, Slg. 1977, 595 (613) = NJW 1977, 1005 Tz. 22 – Steinike u. Weinlig; v. Wallenberg (o. Fußn. 43), Art. 92 Rdnr. 7.

59) Koenig, EuZW 1995, 595 (600).

60) Zur „Amsterdamer Erklärung“ vgl. Koenig, WM 1997, 1279.

61) Vgl. FAZ v. 18. 8. 1997, S. 11.

chen finanziellen Ressourcen⁶² hinter der Versorgungsanstalt steht. Auf diese Weise wird sie mit einer immerwährenden Liquidität ausgestattet. Für die Beschäftigten wird die betriebliche Altersversorgung daher stets optimal gesichert sein, ohne daß die Unternehmen dafür eine unmittelbare Zahlung übernehmen. Gegenüber einer derart umfassenden Sicherheitsleistung begründen die Wettbewerbsdienstleistungen der Deutsche Telekom AG, insbesondere die Auskunftserteilung, die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen, das Bereitstellen öffentlicher Telefonstellen und das Übermitteln von Fernschreiben und Telegrammen sowie die Leistungen des Postrentendienstes der Deutsche Post AG und der Deutsche Postbank AG keine äquivalente Kompensation. Zudem erfolgen die Wettbewerbsdienstleistungen regelmäßig entgeltlich oder eröffnen der Deutsche Telekom AG, insbesondere bei der Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen, einen lukrativen Werbemarkt.

Die Betriebspflicht der Deutsche Bahn AG stellt lediglich eine spezielle Ausgestaltung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht dar und kommt daher als eigens erbrachte Gegenleistung nicht in Betracht. Die übrigen Pflichten gelten nicht nur für die DB AG, sondern für alle potentiellen Eisenbahnunternehmen in der Bundesrepublik. Würde man diese Pflichten als Gegenleistung betrachten, so müßte man unterstellen, daß der Bund auch andere Eisenbahnunternehmen ebenso unterstützen würde; davon ist jedoch nicht auszugehen. Die Übernahme der Einstandspflichten hängt mit der besonders problematischen Altersstruktur des Personalbestandes bei der Bahn-Privatisierung zusammen. Ein neues Eisenbahnunternehmen hätte derartige Probleme nicht. Auch die Pflichten der DB AG können nach allem nicht als Gegenleistung betrachtet werden.

Weder bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost noch bei der DB AG liegt somit eine angemessene Gegenleistung vor, zumal den neuen privaten Konkurrenten ebenso Pflichtleistungen auferlegt sind. Der Tatbestand des Art. 92 I EGV ist daher erfüllt.

VI. Kritische Betrachtung des EG-Beihilfenrechts im Zusammenhang mit Privatisierungen

Es stellt sich nun aber die Frage, ob die soeben getroffene Feststellung den mannigfaltigen Schwierigkeiten, die mit der Privatisierung von derartigen Großunternehmen a priori verbunden sind, Rechnung trägt und wie ein etwaiger Widerspruch aufzulösen ist.

Zum einen hätte eine Privatisierungsregelung, welche hinsichtlich der betrieblichen Altersversorgung bzw. deren Insolvenzsicherung den neu entstehenden Unternehmen ein größeres finanzielles Opfer abverlangte, die Privatisierung erheblich erschwert. Zum anderen fördern Sekundärrechtsakte beispielsweise für den Eisenbahnverkehr ausdrücklich die Sanierung der Finanzstruktur der Eisenbahnunternehmen⁶³. Derartige Sekundärrechtsakte vermögen aber die primärrechtliche Bestimmung des Art. 92 I EGV nicht zu relativieren; zudem verlangen diese Sekundärrechtsakte ausdrücklich die Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrages⁶⁴. Dennoch wird ein Konflikt deutlich: Grundsätzlich fügen sich privatisierte Unternehmen besser in ein „System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 lit. g EGV). Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht nach Art. 3 lit. g i. V. mit Art. 5 I und II EGV, einen „wirksamen Wettbewerb (workable competition)“⁶⁵ zu fördern und alle Maßnahmen zu unterlassen, die diesem hinderlich sind, verlangt von den Mitgliedstaaten, so viel Wettbewerb zu ermöglichen, „daß die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die

Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarkähnlichen Verhältnissen, erreicht werden.“⁶⁶ So ist auch der in Art. 3 lit. g EGV gebündelte, in den Art. 37 EGV (Abschaffung staatlicher Handelsmonopole) und Art. 90 EGV (strikte wettbewerbsrechtliche Bindung gerade der öffentlichen Unternehmen) konkretisierte gemeinsame Rechtsgedanke darauf gerichtet, nicht nur finale, sondern vor allem auch kollateral wirkende Binnenmarkt- und Wettbewerbsstörungen zu verhindern, soweit diese aufgrund von staatlichen Organisationsakten verursacht werden, die eine öffentliche Unternehmens- bzw. Beteiligungspolitik verfolgen. So gilt es, die ohnehin bestehende „Unvollkommenheit des Marktes“⁶⁷, die u. a. aus der unterschiedlichen Leistungs- und Innovationsfähigkeit der Unternehmen resultiert, nicht noch durch die staatliche Kapital- bzw. Unternehmensträgerschaft zu verstärken, zumal die öffentliche Hand dazu neigen kann, Unternehmungen auch aus wettbewerbsfremden Gründen zu unterstützen. Diesen kollateral wirkenden Wettbewerbsstörungen können die Mitgliedstaaten vor allem im Wege der Privatisierung vormalis öffentlicher Unternehmens- bzw. Kapitalträgerschaft begegnen. Zwar sind mit Blick auf Art. 222 EGV Privatisierungsmaßnahmen gemeinschaftsrechtlich nicht strikt geboten; sie erscheinen aber als Optimierungsmaßnahmen entsprechend der Intention von Art. 3 lit. g i. V. mit Art. 5 I EGV geeignet, sich dem System eines unverfälschten Wettbewerbs zu nähern und Störungen von diesem abzuwenden.

Demgegenüber erwiese sich das EG-Beihilfenrecht als disfunktional, wenn konkrete Ausgestaltungsmaßnahmen einer Privatisierung, insbesondere aus sozialpolitischer Kompromißsuche geborene Flankierungen wie die vorliegende staatliche Übernahme von Einstandspflichten für die betrieblichen Altersversorgungssysteme, an Art. 92 f. EGV scheiterten. Nicht zuletzt mit Blick auf die im Rahmen der anstehenden Osterweiterung der Europäischen Gemeinschaften zu erwartende Privatisierungsweile erscheint das derzeitige EG-Beihilfenrecht zumindest hinsichtlich Bestimmtheit und Vorausssehbarkeit der von der Kommission im Verfahren nach Art. 93 EGV zugrunde gelegten Beurteilungsmaßstäbe reformbedürftig. So hält die Kommission auch bei der Beurteilung von sozialpolitischen Flankierungsmaßnahmen im Rahmen von Großprivatisierungen am sogenannten „private investor/market economy test“ fest; dabei bleibt der Vergleichsmaßstab eines betriebswirtschaftlich handelnden Investors regelmäßig eine Fiktion.

Im Beihilfenaufsichtsverfahren bezüglich der ordnungsgemäß notifizierten Beiträge der Bundesrepublik zur betrieblichen Altersversorgung der Lufthansa führte die Kommission aus, daß eine Rücknahme der staatlichen Hilfen einen Kursverfall zur Folge hätte, der den Erfolg des Privatisierungsprogramms gefährden würde: „Aus diesem Grund kann angenommen werden, daß sich ein privater Anleger sehr wahrscheinlich genauso verhalten hätte, wenn er anstelle der Bundesregierung gezwungen gewesen wäre, sich aus der Lufthansa zurückzuziehen. Daher hat die Kommission keine Einwände gegen den Finanzbeitrag des Bundes zur Lufthansa-Altersversorgung erhoben“⁶⁸. Die Kommission legte dabei dem „private investor test“ eine hypothetische Situation zugrunde, in welcher ein fiktiver Investor seinerseits Entscheidungen der Kommission vorwegzunehmen versucht.

Eine solche Vorgehensweise, bei der das beurteilende Subjekt (Kommission) zugleich auch auf der Objektebene der eigenen Beurteilung handelt (Kommissionsentschei-

62) Koenig, EuZW 1995, 595 (602).

63) Vgl. Richtlinie 91/440/EWG, ABIEG 1991 Nr. L 237 S. 25.

64) Art. 9 III Richtlinie 91/440/EWG.

65) EuGH, Slg. 1977, 1875 Tz. 20 – Metro.

66) EuGH, Slg. 1977, 1875 Tz. 20 – Metro.

67) Kommission, XV. Wettbewerbsbericht 1985, S. 11.

68) Entscheidung der Kommission v. 10. 5. 1995 (DN: IP/95/456).

dung), kann aufgrund der fehlenden Distanz zum Beurteilungsgegenstand kaum zu bestimmbar und voraussehbaren Ergebnissen führen. Im Rahmen der beihilfenrechtlichen Beurteilung flankierender Privatisierungsmaßnahmen verstärkt sich dieser Mangel an rechtlicher Bestimmtheit und Voraussehbarkeit. Denn bei Großprivatisierungen läßt das – gerade der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit verpflichtete – maßstabgerechte Beurteilungsvermögen der Kommission aufgrund der erforderlichen enormen Finanzvolumina und der eminenten politischen Bedeutung weiter nach. Die Kommission stützt sich letztlich auf das – in fiktiver Reaktion auf ihre eigene Entscheidungsoption – prognostizierte Verhalten eines fiktiven privaten Investors, den es angesichts des immensen Finanzierungsbedarfs bei Großprivatisierungen ohnehin kaum geben wird.

VII. Fazit

Die Einstandspflichten des Bundes für die betrieblichen Altersversorgungssysteme im Rahmen der Bahn- und Postreform erfüllen den Beihilfentatbestand nach Art. 92 I EGV; eine spezielle Ausnahme vom Beihilfenverbot (Art. 92 II, III EGV) liegt nicht vor. Diese dramatisch anmutende Ergebnisthese offenbart den Anpassungsbedarf des EG-Beihilfenrechts an den – Großprivatisierungen immanenten – Zielkonflikt zwischen im Binnenmarkt ordnungspolitisch erwünschten Privatisierungen einerseits und einer strikt „legalistischen“ Anwendung der Art. 92 f. EGV andererseits. Dies sollte aber den Bundesgesetzgeber nicht entlasten, das EG-Beihilfenrecht umsichtiger als bei der Bahn- und Postreform im Rahmen der einzelnen Privatisierungsschritte zu berücksichtigen; die Hast im Gesetzgebungsverfahren birgt zunehmend die Gefahr in sich, nur das Privatisierungsziel zu sehen, gemeinschaftsrechtliche Gebote aber zu übersehen.

De lege ferenda bleibt zu überlegen, wie drohende Störungen des Wettbewerbs im Binnenmarkt durch Beihilfen aufgrund hoher Kontrollstandards auch im Rahmen von Großprivatisierungen vermieden und zudem sozialpolitische Erwägungen in rechtlich voraussehbarer Weise normiert werden können. Eine Normierung sozialpolitischer und zugleich wettbewerbsrechtlicher Indikationen für gemeinschaftsrechtlich zulässige Beihilfen, welche Großprivatisierungen flankieren dürfen, könnte im Wege einer in den EG-Vertrag aufzunehmenden Bereichsausnahme erfolgen. Eine Gelegenheit hierfür wäre die infolge der Osterweiterung nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages erneut anstehende Vertragsrevision. Für die vertragliche Aufnahme einer privatisierungsspezifischen Bereichsausnahme sprechen die gegenwärtigen Unsicherheiten, die daraus resultieren, daß derzeit beim ersten Anschein politischer Motive für staatliche Unterstützungsmaßnahmen der Verdacht einer unzulässigen Beihilfe ausgelöst wird⁶⁹. Hiervon sind Großprivatisierungen besonders betroffen, obgleich sie als Optimierungsmaßnahmen prinzipiell geeignet erscheinen, sich in das System eines unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 lit. g EGV) einzufügen. Die geltenden Ausnahmen vom Beihilfenverbot nach Art. 92 II und III EGV erfassen zwar bestimmte strukturelle, regionale, teilungsbedingte, kulturelle oder soziale Ausnahmegruppen, vermögen aber das allen Großprivatisierungen immanente Spannungsverhältnis nicht aufzulösen. Als Bereichsausnahme könnte in Art. 92 II EGV eine Erlaubnisregelung eingefügt werden:

„Mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind . . . d) flankierende Beihilfen, die Privatisierungen von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, rechtlich oder tatsächlich erst ermöglichen. Die Ziele und Bestimmungen des Binnenmarktes, insbesondere das System

eines unverfälschten Wettbewerbs, dürfen dabei nicht beeinträchtigt werden.“

Als Alternative zu einer Bereichsausnahme wäre auch eine an den Rechtsgedanken des Art. 90 II EGV angelehnte und – angesichts der Praxis zu dieser Bestimmung – sehr strikt handhabbare Sonderregelung denkbar:

„Im Zusammenhang mit Privatisierungen von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendungen dieser Vorschriften nicht die Privatisierung dieser Unternehmen rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Ziele und Bestimmungen des Binnenmarktes, insbesondere das System eines unverfälschten Wettbewerbs, dürfen dabei nicht beeinträchtigt werden.“

69) Schütte-Fix, CMLR 1995, 215 (222).

Zollrechtsprechung des EuGH im Jahre 1997

Von Richter am BFH Dr. Frank Florian Olbertz, Starnberg*

Dieser Bericht über die Zollrechtsprechung des EuGH im Jahre 1997 schließt an die bisherigen Jahresübersichten (zuletzt EuZW 1997, 103) an. Er enthält die bis Mitte Oktober 1997 bekanntgewordene Rechtsprechung, ferner EuGH-Urteile von Ende 1996, die im Jahresbericht 1996 nicht mehr berücksichtigt werden konnten. Soweit die Urteile Rechtsvorschriften betreffen, die durch gleichlautendes neues Recht (z. B. Zollkodex) ersetzt worden sind, wird in der Darstellung dieses anstelle der außer Kraft getretenen Vorschriften angeführt.

I. Einführung

Alle hier behandelten zoll-, marktordnungs- und einfuhrsteuerrechtlichen EuGH-Entscheidungen des Berichtszeitraums sind auf Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte ergangen (Art. 177 EGV). Auf diese Rechtsprechung ist in der gewohnten Einteilung (nachstehend II bis IV; beim zollrechtlichen Verfahren [II 4] mit Einschluß des gerichtlichen Verfahrens der Aussetzung der Vollziehung) näher einzugehen.

Drei Urteile des Plenums sind wegen ihrer über das Zollrecht hinausreichenden allgemeinen Bedeutung bereits vorab zu erwähnen. Zu diesen Urteilen gehört zunächst eine Vorabentscheidung, in der der EuGH sich zur Auslegung einer in den einzelnen Sprachfassungen nicht eindeutig übereinstimmenden primärrechtlichen Vorschrift (Art. 133 I EGV) geäußert hat¹. Diese Vorschrift, die die Abschaffung der Zölle für Einfuhren aus den assoziierten überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten vorsieht, ist unter Berücksichtigung ihres auf die reine Assoziierung gerichteten Zwecks, ihrer Fassung in den anderen Sprachen sowie der Auslegungspraxis des Rates dahin zu verstehen, daß sie sich nur auf Ursprungswaren der Länder und Hoheitsgebiete

* Mit diesem Beitrag schließt der Autor seine jährliche Berichterstattung zur Zollrechtsprechung des EuGH, für die er seit 1992 in der EuZW verantwortlich gezeichnet hat. Die Redaktion dankt ihm herzlich für seine Mitarbeit.

1) Slg. I 1997, 2229 = HFR 1997, 530 – Road Air/Inspector.