

Die verbrauchervermittelte Unternehmensbegünstigung auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts

Von Christian Koenig und Claude Sander, Bonn

I. EG-Beihilfenkontrolle als Konfliktfeld zwischen Kommission und Mitgliedstaaten – Deeskalation durch Rechtssicherheit?

Die beihilfenrechtliche Behandlung mittelbarer – über private Verbraucher oder Drittunternehmen vermittelter – Unternehmensbegünstigungen gehört zu den Anwendungs- und Auslegungsproblemen des Art. 87 Abs. 1 EGV, die in der EG-Beihilfenkontrollpraxis und in der literarischen Diskussion bisher ein Schattendasein geführt haben. Dies mag seine Ursache nicht zuletzt darin haben, daß zahlreiche Maßnahmen des mitgliedstaatlichen Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrechts indirekte Vorteilseffekte zugunsten einzelner Unternehmen oder Produktionszweige bewirken. Die umfassende Einbeziehung dieser Vorteilseffekte unter die EG-Beihilfenkontrolle führte angesichts der sachlich und personell begrenzten Mittel der Kommission und vor dem Hintergrund der vielfältigen Einflußnahmen der öffentlichen Hand auf wirtschaftliche Vorgänge nicht nur zu praktischen Problemen. Die Ausdehnung der Beihilfenkontrolle auf diese bisher nicht im Focus der Kommission stehende Begünstigungsform öffnete außerdem eine Pandora-Büchse, der erhebliche Belastungen für das Verhältnis zwischen Kommission und Mitgliedstaaten entfliehen könnten. Die Einbeziehung mittelbarer Begünstigungen gäbe nämlich Anlaß zu weitgehenden, den einzelstaatlichen wirtschaftspolitischen Handlungsspielraum einschränkenden Deregulierungsforderungen, die den Integrationskonsens der Mitgliedstaaten herausfordern könnten.¹ Zu welchen Spannungen es bereits im Vorfeld der beihilfenrechtlichen Überprüfung staatlicher Maßnahmen kommen kann, hat nicht zuletzt das Beispiel der deutschen Landesbanken gezeigt, obwohl es hier um herkömmliche, nicht erst verbrauchervermittelte Begünstigungen geht. Vertreter der ehemaligen Bundesregierung gingen im Streit um Anstaltslast und Gewährträgerhaftung so weit, das Scheitern der Währungs- und Wirtschaftsunion anzudrohen, falls die Kommission ein Verfahren zur beihilfenrechtlichen Überprüfung dieser gesetzlich begründeten Einstandsgaran-

¹ So haben jüngst die Niederlande und Luxemburg eine Blockade des gemeinschaftlichen Steuerpakets gegen den „unfairen Steuerwettbewerb“ zwischen den Mitgliedstaaten angedroht, sollte der Wettbewerbskommissar Mario Monti weiterhin die Beihilfenkontrolle auf die mitgliedstaatliche Unternehmensbesteuerung anwenden; vgl. FAZ vom 24.2.2000, „Montis Hintertür“, S. 17.

tionen öffentlich-rechtlicher Körperschaften zugunsten der Landesbanken einleiten sollte.²

Diese Erwägungen dürfen aber nicht den Blick darauf verstellen, daß auch mittelbare Begünstigungen wegen ihres selektiven Charakters Wettbewerbsverzerrungen und Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels zur Folge haben können. Diese Tatsache wiegt umso schwerer, als indirekte Wettbewerbsvorteile naturgemäß weniger offen zutage treten als „klassische“ Beihilfen und sich folglich zur Umgehung des EG-Beihilfenverbots geradezu anbieten. Es ist daher absehbar, daß in Zukunft auch atypische, mittelbare Beihilfenkonstellationen verstärkt Gegenstand der ohnehin immer feinmaschiger werdenden Beihilfenkontrolle der Kommission sein werden. Vielfalt und Komplexität der staatlichen Einflußnahmen auf wirtschaftliche Vorgänge, deren mittelbare Auswirkungen auf den Wettbewerb oftmals gar nicht beabsichtigt, teilweise noch nicht einmal absehbar sind, geben vor diesem Hintergrund Anlaß zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen mittelbare Begünstigungen von Unternehmen oder Produktionszweigen den Tatbestand einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllen. Der Schutz des EG-Binnenmarktprogramms vor Aushöhlung³ einerseits und die Gewährleistung der für Mitgliedstaaten und Marktteilnehmer gleichermaßen notwendigen Rechtssicherheit andererseits erfordern Kriterien, die die tatbestandliche Reichweite des Beihilfenverbots im Hinblick auf mittelbare Begünstigungsformen voraussehbar machen. Eine im Sinne stärkerer Voraussehbarkeit des Beihilfenkontrollstrahls verstandene Rechtssicherheit könnte außerdem den sich zunehmend verschärfenden Konflikt zwischen Kommission und Mitgliedstaaten um die EG-Beihilfenkontrolle deeskalieren. Zu diesem Zwecke geht die vorliegende Untersuchung der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen staatliche Beihilfen zugunsten privater Verbrauchergruppen zugleich als mittelbare, von der EG-Beihilfenkontrolle erfaßte Unternehmensbegünstigung aufgefaßt werden können. Dabei soll insbesondere auch untersucht werden, wie im „Dreiecksverhältnis“ zwischen Staat, Verbrauchern und Unternehmen die „verbrauchervermittelte“ beihilfenrelevante Leistung sowie die gegebenenfalls beihilfenausschließende Gegenleistung bestimmt werden können.

- 2 Die Bundesregierung versuchte schließlich auf dem Amsterdamer Gipfel im Juni 1997 den Refinanzierungsvorteil der Landesbanken und Sparkassen kraft gesetzlich begründeter Einstandspflichten ihrer öffentlich-rechtlichen Trägerkörperschaften vertragsrechtlich, nämlich mittels eines bindenden, eine beihilfenrechtliche Ausnahme zugunsten deutscher Landesbanken und Sparkassen festschreibenden Protokolls zu retten. Kompromißfähig war jedoch lediglich eine gemeinsame, nicht ratifikationsbedürftige „Erklärung“, deren Rechtsqualität sich in einer Interpretationshilfe zur Auslegung der EG-vertraglichen Wettbewerbsregeln erschöpft; vgl. hierzu Koenig, Die Privilegien öffentlich-rechtlicher Einstandspflichten zugunsten der Landesbanken vor den Schranken der EG-Beihilfenaufsicht, EWS 1998, S. 149 ff. Zum Streit um Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vgl. v. Friesen, Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, S. 581 ff.; Koenig/Sander, Zur Beihilfenaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, EuZW 1997, S. 363 ff.; Gruson, Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen von Landesbanken, EuZW 1997, S. 357 ff.
- 3 Zu den Folgen einer unzureichenden Erfassung mitgliedstaatlicher Umgehungsmöglichkeiten des EG-Beihilfenverbots durch die Kommission, vgl. Koenig/Kühling, Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs, EuZW 1999, S. 517 ff. (518 f.).

II. Der Beihilfentatbestand gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV und mittelbare Begünstigungsformen

1. Die Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV und die wirkungsbezogene Beihilfenanalyse der Kommission

Der weder im Gemeinschaftsprimär- noch im -sekundärrecht definierte Begriff der *Beihilfe* ist nach allgemeiner Ansicht im Sinne einer formunabhängigen Erfassung binnenmarktbeeinträchtigender Begünstigungseffekte weit auszulegen.⁴ Sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof haben auf eine abschließende Erfassung sämtlicher Beihilfenformen und -typen verzichtet, um den Beihilfenbegriff nicht der Gefahr einer unzulässigen Verengung auszusetzen.⁵ Eine extensive Auslegung dieses Begriffs ist insbesondere deshalb geboten, weil den Art. 87 ff. EGV die Funktion einer Lückenschließung zukommt, „um durch Kombination mehrerer, isoliert nicht zu beanstandender Maßnahmen versuchte Umgehungspraktiken der Mitgliedstaaten zu verhindern“.⁶ Weitgehende Übereinstimmung herrscht allerdings hinsichtlich der allgemeinen Beschreibung von Beihilfen als in beliebiger Form gewährter Zuwendungen, die keine marktgerechte Gegenleistung für eine von diesem Wirtschaftsteilnehmer erbrachte Leistung darstellen und ihn daher in besonderer Form gegenüber seinen Wettbewerbern wirtschaftlich *begünstigen*.⁷ Der *Begünstigung* kommt als Kern des Beihilfenbegriffs bei der Bewertung beihilfenrelevanter Tatbestände eine zentrale Bedeutung zu. Sie stellt das Bindeglied zwischen dem Gebenden und dem Empfänger einer Beihilfe dar und kennzeichnet die charakteristische Wirkung der Beihilfe. Die Beihilfenkontrollpraxis erfaßt unter diesem Merkmal eine Vielfalt unterschiedlicher staatlicher Leistungen. So unterfallen dem Beihilfentatbestand nicht nur direkte Zuwendungen wie verbilligte Darlehen oder die Übernahme von Bürgschaften, sondern jede staatliche Maßnahme, die die Belastungen vermindert, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.⁸

Die mitgliedstaatlichen, dem Kontrollstrahl der EG-Kommission unterfallenden Beihilfenkonstruktionen werden jedoch ständig subtiler und komplexer. So wer-

- 4 EuGH Rs. 47/69, Slg. 1970, S. 487 ff. (Rz. 16 f.) *Frankreich/Kommission*; EuGH Rs. 30/59, Slg. 1961, S. 1 ff. (43) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen; Hakenberg/Tremmel*, Die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen im Jahre 1996, S. 217; *Rengeling*, Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaften, in: *Kölner Schriften Zum Europarecht*, Bd. 32, 1984, S. 23 ff. (26); *Koenig/Kühling* (Anm. 3), S. 520 f.
- 5 *Immenga/Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilfenrecht, 1997, S. 42.
- 6 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 673..
- 7 EuGH Rs. C-305/89, Slg. 1991, S. I-1603 ff. (1635, 1640) *Alfa Romeo*; EuGH Rs. 323/82, Slg. 1984, S. 3809 ff. (3822) *Intern Mills J*; EuG Rs. T-129/95, T-2/96, T-7/96, Slg. 1999, S. II-17 (50) *Neue Maxhütte Stahlwerke; Müller-Graff*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftlicher Sicht, ZHR 1988, S. 403 ff. (418); *Niemeyer*, Recent Developments in EC State Aid Law, EuZW 1993, S. 273; *Lasok*, State Aids and Remedies under the EEC-Treaty, ECLRev. 1986, S. 53 ff. (56).
- 8 EuGH Rs. 30/59, Slg. 1961, S. 1 ff. (42 f.) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*; Entscheidung der Kommission Nr. 91/144 EWG v. 2.5.1990, ABl. 91/144/EWG L 73/27 (28).

den Unternehmen durch Beteiligungsmodelle,⁹ die Übernahme von Einstandspflichten,¹⁰ umlagenfinanzierte Sonderzuweisungen oder durch sachwidrige Ausnutzung gesetzlicher Ermessensspielräume¹¹ gefördert. Wie weit die Kreativität der Mitgliedstaaten im Zusammenwirken mit den Unternehmen beim Aufspüren neuer Unterstützungsformen gehen kann, zeigt der Fall *Technolease*.¹² Hier überließ das Unternehmen Philipps der Rabobank über eine seiner Tochtergesellschaften Know-how im Rahmen eines Leasingvertrages. Die Kommission vermutet, daß sich die Rabobank auf diese Weise eine raschere Abschreibung verschaffen konnte, da die Abschreibungszeiträume von Sektor zu Sektor unterschiedlich sind. Philipps erzielte dagegen einen Buchgewinn. Indem die niederländischen Behörden diese bilanzmäßige Übertragung zuließen, ermöglichten sie – so vermutet die Kommission – den Unternehmen eine Reduzierung ihrer steuerlichen Belastungen. Die Kommission hat daher im April 1997 das Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EGV eingeleitet. Erhärtet sich der Verdacht der Kommission, so dürfte ein Steuernachlaß im Sinne eines Standortpreistrabatts und demnach eine Beihilfe vorliegen. Die Kommission begegnet den mitgliedstaatlichen Versuchen, die Beihilfenkontrolle durch geschickte Ausgestaltung der Fördermaßnahmen zu umgehen, durch die Verwendung eines entwicklungsorientierten Beihilfenbegriffs¹³ und einer wirkungsorientierten Beihilfenanalyse, die es ihr erlaubt, immer weitere Bereiche mitgliedstaatlicher Fördermaßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen können, unter den Kontrollstrahl des Beihilfenrechts zu ziehen.¹⁴ Die Kommission stellt dabei weder auf die Art der Ausgestaltung einer Förderung noch auf die ihr zugrundeliegende Motivation oder Zielsetzung, sondern ausschließlich auf die ökonomischen Wirkungen der beihilfenrelevanten Maßnahme ab.¹⁵ Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung diesen wirkungsbezogenen Prüfungsansatz bestätigt:

„Artikel 92 [nunmehr Art. 87 EGV] soll verhindern, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedenartiger Weise durch die Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Die Vorschrift unterscheidet somit nicht nach den Gründen oder Zielen solcher Maßnahmen, sondern

beschreibt diese nach ihren Wirkungen. Um die streitige Maßnahme dem Zugriff der Bestimmung des Art. 92 zu entziehen, würde es mithin nicht genügen, daß sie möglicherweise steuerlicher Art ist oder eine soziale Zielsetzung hat“.¹⁶

Die Regeln der Beihilfenaufsicht sollen den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützen. Wegen dieser Ausrichtung des Art. 87 EGV ist es grundsätzlich konsequent, die Beihilfeneigenschaft aus einer folgeorientierten Sicht zu bestimmen und daher von der Maßnahmewirkung abhängig zu machen, nicht aber auf deren Gründe oder auf die mit ihr verfolgten Ziele abzustellen.¹⁷ Im Rahmen der wirkungsbezogenen Beihilfenanalyse haben sich insbesondere die Befreiung von Soziallasten,¹⁸ die Gewährung von Vorzugsrediskontsätzen für Ausfuhren,¹⁹ Steuer-,²⁰ Zahlungs-²¹ und Abgabenerleichterungen sowie Sondertarife²² und Investitionszulagen²³ als Beihilfentatbestände entpuppt. Das Spektrum marktrelevanter staatlicher Maßnahmen erschöpft sich jedoch nicht in diesen Fallgruppen unmittelbarer Zuwendungen der öffentlichen Hand an Unternehmen oder Produktionszweige. Wettbewerbsverzerrende Wirkungen können auch von Beihilfen ausgehen, die sich an nicht vom Beihilfenverbot erfaßte Adressaten wie private Verbraucher richten, mittelbar über die Steuerung des Nachfragerhaltens aber eine Begünstigung einzelner Unternehmen zur Folge haben.

2. Mittelbare Begünstigungsformen als beihilfenrelevante Tatbestände

Der Europäische Gerichtshof hat zur Frage der Beihilfengewährung durch mittelbare Begünstigungen bisher nur vereinzelt Stellung genommen.²⁴ Beiläufig ging Generalanwalt Lenz in seinem Schlußantrag zur Rechtssache 103/84²⁵ auf die Beihilfenrelevanz *nachfragelender staatlicher Maßnahmen* ein. Die Kommission rügte in dem Verfahren einen Verstoß Italiens gegen die Warenverkehrsfreiheit, da die italienische Regierung per Gesetz die Gewährung von Beihilfen an städtische Verkehrsbetriebe an den Erwerb von Fahrzeugen aus inländischer Produktion geknüpft hatte. Während Kommission und EuGH die gesetzliche Regelung nur am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit prüften, findet sich im Schlußantrag des Generalanwalts die folgende Stellungnahme zu Art. 87 Abs. 1 EGV:

9 Vgl. dazu Koenig, Fremd- und Eigenkapitalzufuhr an Unternehmen durch die öffentliche Hand auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts, ZIP 2000, S. 53 ff.

10 Vgl. dazu Koenig, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?, EuZW 1995, S. 595 ff.

11 EuGH Rs. C-241/94, EuZW 1997, S. 56 ff. (57) *Frankreich/Kommission*.

12 27. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik (1998), Rz. 218; Fall C 28/97 ex NN 38/97, *Technolease Philips-Rabobank*, ABl. EG 1997 Nr. C 338 S. 2.

13 Vgl. dazu Koenig/Kühling (Anm. 3), S. 520 f.

14 So dehnte der Wettbewerbskommissar Mario Monti zuletzt die Beihilfenkontrolle gegen den Widerstand verschiedener Mitgliedstaaten auf die mitgliedstaatliche Unternehmensbesteuerung aus; vgl. FAZ vom 24.2.2000, „Montis Hintertür“, S. 17; Monti, How state aid affects tax competition, EC Tax Review 1999, S. 206 ff.

15 EuGH Rs. 173/77, Slg. 1974, S. 709 ff. (718 f.) *Italien/Kommission*; EuGH Rs. 310/85, Slg. 1987, S. 901 ff. (923 f.) *Deufik, Caspari*, Die Beihilferregeln des EWG-Vertrages und ihre Anwendung, in: FS v.d. Groeben, 1987, S. 69 ff. (86 f.); Müller-Graff (Anm. 5), S. 416; Seidel, Grundfragen des Beihilfenaufsichtsrechts der Europäischen Gemeinschaften, in: Bömer/Neundörfer (Hrsg.), Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 1984, S. 74 ff.

16 EuGH Rs. 173/73, Slg. 1977, S. 709 (718 f.) *Italien/Kommission*.

17 Müller-Graff (Anm. 5), S. 416.

18 EuGH Rs. 173/77, Slg. 1974, S. 709 ff. *Italien/Kommission*.

19 EuGH verb. Rs. 6 u. 11/69, Slg. 1969, S. 523 ff. (540) *Kommission/Frankreich*.

20 Vgl. z.B. *Kommission*, IP/00/157 v. 15. Februar 2000, S. 1.

21 EuGH Rs. C-256/97, EuZW 1999, S. 506 ff. (508) *Déménagements-Manutention Transport (DMT)*.

22 EuGH Rs. C-387/92, Slg. 1994, S. 1-877 ff. (907 f.) *Banco Exterior de España*.

23 1. Wettbewerbsbericht der Kommission, Rz. 159.

24 Dabei stand jeweils die Frage im Vordergrund, ob bestimmten Unternehmen eingeräumte Vorzugstarife auch dann dem Staat zuzurechnen sind, wenn der streitige Tarif durch eine Gesellschaft des Privatrechts gewährt wird, über deren Kapital der betreffende Staat nicht vollständig verfügt; vgl. z.B. EuGH Rs. 67/85, 68/85 u. 70/85, Slg. 1987, S. 4013 (Tz. 18) *Van der Kooy/Kommission*; EuGH Rs. C-78/90 bis C-83/90, Slg. 1992, S. I-1847 ff. (Tz. 35) *Compagnie commerciale/Receveur principal des douanes de la Pallice Port*.

25 EuGH Rs. 103/84, Slg. 1986, S. 1759 ff. *Kommission/Italien*.

„Soweit der Zweck der Maßnahme und gerade der Nationalitätsklausel auch darin zu sehen ist, den Fahrzeugherstellern indirekt eine Hilfe zukommen zu lassen, in der Absicht, die Forschung zu fördern und für die Entwicklung energiesparender Fahrzeuge zu sorgen, ist gleichfalls fraglich, ob deswegen von einer Beihilfe an die Produzenten im Sinne des Art. 92 gesprochen werden kann. Sie erhalten ja keine finanziellen Zuwendungen, die sich kostensparend auswirken würden, sondern – über den Fahrzeughersteller, dem ein Teil des Kaufpreises vom Staat erstattet wird – die Gegenleistung für eine von ihnen erbrachte Leistung. In bezug auf die Fahrzeughersteller kann also schwerlich von einer Subventionierung gesprochen werden. Es liegt wohl nichts anderes vor als eine nachfragelenkende Maßnahme.“²⁶

Generalanwalt Lenz qualifizierte zum damaligen Zeitpunkt nachfragelenkende staatliche Maßnahmen folglich nicht als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV. Es erscheint jedoch ausgeschlossen, daß sich der Europäische Gerichtshof dieser pauschalen Bewertung nachfragelenkender Maßnahmen heute noch anschließen würde. Eine derart restriktive Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EGV öffnete den Mitgliedstaaten erhebliche Spielräume zur Umgehung des Beihilfenverbotes und stünde im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des EuGH, in der dieser betont, der Beihilfenbegriff sei weit auszulegen.²⁷ So haben sowohl die Kommission²⁸ als auch Generalanwalt Saggio²⁹ in einem derzeit beim EuGH anhängigen Verfahren betreffend Steuervergünstigungen aufgrund des deutschen Einkommenssteuergesetzes nachfragelenkende mittelbare Unternehmensbegünstigungen ausdrücklich dem Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV unterworfen:

„Aufgrund der Steuerregelung werden bestimmte natürliche oder juristische Personen direkt begünstigt (direkt Begünstigte), damit diese von bestimmten Unternehmen (indirekt Begünstigte) bestimmte Wirtschaftsgüter erwerben. Die wirtschaftliche Begünstigung besteht in der (...) größeren Nachfrage nach Beteiligungen an den indirekt begünstigten Unternehmen. (...) Die Maßnahme ist daher geeignet, den (...) indirekt begünstigten Unternehmen (...) einen wirtschaftlichen Vorteil zuzuweisen, den sie ohne die staatliche Maßnahme nicht erhalten hätten. (...) Aufgrund dieser Erwägungen ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, daß die erweiterte Steuervergünstigung aufgrund des Art. 52 Abs. 8 EStG (...) eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 92 Abs. 1 EGV darstellt.“³⁰

Die hier offensichtlich werdende Bereitschaft, auch mittelbare Unternehmensbegünstigungen der EG-Beihilfenkontrolle zu unterwerfen, steht im Einklang mit der tatbestandlichen Reichweite der EG-Beihilfenverbotsnorm. Zwar scheinen indirekte Vorteilsgewährungen nach dem Wortlaut des Art. 87 Abs. 1 EGV („Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“) in den Fällen von vorn-

26 GA Lenz, EuGH Rs. 103/84, Slg. 1986, 1759 ff. (1766) *Kommission/Italien*.

27 EuGH Rs. 47/69, Slg. 1970, S. 487 ff. (Rz. 16/17) *Frankreich/Kommission*; EuGH Rs. 30/59, Slg. 1961, S. 1 ff. (43) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*.

28 ABLE Nr. L 212 v. 30.7.98 S. 50 ff; vgl. auch die Stellungnahme der Kommission KOM(97) 2002 sowie den Bericht der Kommission KOM(98) 701 zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch die Beitrittskandidaten, in denen die Kommission anmahnt, daß „den Wettbewerbsverzerrungen aufgrund indirekter Beihilfen“ größere Aufmerksamkeit gewidmet werden müsse.

29 Schlußantrag des Generalanwalts Saggio am 27. Januar 2000 in der Rs. C-156/98 *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*, <http://curia.eu.int/juris/cgi-bin>.

30 ABLE Nr. L 212 v. 30.7.98 S. 53.

herein dem Beihilfenverbot entzogen, in denen privaten Verbrauchern Beihilfen gewährt werden. Die bloße Wortlautauslegung würde allerdings ignorieren, daß es nach dem Normzweck des Art. 87 Abs. 1 EGV darauf ankommt, alle durch staatliche Beihilfen provozierten Wettbewerbsverfälschungen im Gemeinsamen Markt abzuwehren.³¹ Art. 87 Abs. 1 EGV erfaßt daher „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen *gleich welcher Art*“. Mit dieser für unterschiedliche Begünstigungsformen offenen Formulierung sollte den Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen werden, durch die Wahl einer bestimmten Beihilfengewährungsform, die Verbotsbestimmung des Art. 87 EGV zu umgehen. Daraus folgt, daß es grundsätzlich unerheblich ist, ob die Begünstigung unmittelbar von einer staatlichen Stelle an den Begünstigten erfolgt oder mittelbar über einen zwischengeschalteten Dritten zum Unternehmen transferiert wird.³²

Diese Überlegung wird durch die Wirkungsanalyse bestätigt: Bestimmt man die Beihilfe nach ihrer ökonomischen Wirkung, so kann es grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob der geldwerte Vorteil auf Seiten des Unternehmens durch eine unmittelbare oder eine mittelbare Begünstigung entsteht. Es spielt dabei auch keine Rolle, ob das Unternehmen – gegebenenfalls über einen zwischengeschalteten Verbraucher – staatliche Mittel erhält oder ob die staatlichen Mittel eingesetzt werden, um Verbraucherströme zugunsten eines Unternehmens zu beeinflussen.³³ In allen Fällen wird die Position eines Unternehmens einseitig zu Lasten seiner Wettbewerber gestärkt. Diese Erkenntnis berücksichtigt Art. 87 Abs. 2 lit. a) EGV, der einen Ausnahmetatbestand für einen bestimmten Fall mittelbarer Förderung beinhaltet. Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher sind danach mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden. Zu beachten ist hierbei, daß allgemeine staatliche Sozialmaßnahmen, die keine unternehmensspezifische Begünstigungswirkung entfalten, nicht unter Art. 87 Abs. 1 EGV fallen und deshalb keiner Ausnahmebestimmung bedürfen. Art. 87 Abs. 2 lit. a) EGV kann daher nur solche Beihilfen erfassen, die unmittelbar einer Gruppe von Verbrauchern gewährt werden, sich aber mittelbar bei bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen auswirken.³⁴ Der beihilfenrechtliche Ausnahmetatbestand zeigt also, daß sich die EG-Beihilfenkontrolle auch auf solche mittelbaren Begünstigungsfälle erstreckt, in denen ein privater Verbraucher in der Transferkette vom Staat zum Unternehmen „zwischengeschaltet“ wird. Mittelbare Begünstigungen sind daher keineswegs von vornherein dem EG-Beihilfentatbestand entzogen.³⁵ Vielmehr muß auch in

31 Frick, Einkommenssteuerliche Steuervergünstigungen und Beihilfeverbot nach dem EGV, Tübingen 1994, S. 51.

32 Mederer, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, 5. Aufl., Baden-Baden 1999, Art. 92 Rz. 7.

33 In den Fällen verbrauchervermittelter Unternehmensbegünstigungen erfolgt die Weitergabe des wirtschaftlichen Vorteils zwar nicht durch eine diese Mittel verwaltende öffentliche Stelle, sondern aufgrund einer staatlichen Lenkung des Nachfrageverhaltens privater Verbraucher. Aufgrund der Einflußnahme ist die wirtschaftliche Wirkung dieser staatlichen Lenkung der unmittelbaren Übertragung staatlicher Mittel jedoch vergleichbar.

34 Mederer (Anm. 32), Art. 92 Rz. 52.

35 So aber Seidel, Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften, Saarbrücken 1984, S. 15.

derartigen Fällen mit Hilfe der Wirkungsanalyse festgestellt werden, ob die konkrete Maßnahme bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen wirtschaftlichen Vorteil einräumt, der nicht durch eine marktübliche Gegenleistung ausgeglichen wird.³⁶

3. Formen verbrauchervermittelter Unternehmensbegünstigungen

Insbesondere im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge haben zahlreiche staatliche Maßnahmen mittelbare Begünstigungen einzelner Unternehmen oder inländischer Produktionszweige zur Folge. Dies gilt vor allem für die *finanzielle Unterstützung von Verbrauchern, verbunden mit der Auflage, bestimmte Produkte zu erwerben oder bestimmte Dienstleistungen nachzufragen*. Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß einem finanziellen Output beim Staat ein entsprechender „verbrauchervermittelter“ finanzieller Input bei den begünstigten Unternehmen gegenüber steht, in dem sich die hoheitliche Zahlung letztlich realisiert. Daß es sich hierbei keineswegs um eine rein theoretische Konstruktion handelt, verdeutlicht das Beispiel der deutschen Bausparförderung. Wohnungsbau und private Eigentumsbildung werden in Deutschland als wirtschafts- und sozialpolitische Ziele mit den Instrumenten der Eigenheimförderung, der Arbeitnehmer-Sparzulage sowie der Wohnungsbauprämie auf mehreren Ebenen staatlich gefördert. Während die Eigenheimförderung unmittelbar an den Wohneigentumserwerb anknüpft, sind Wohnungsbauprämie und Arbeitnehmer-Sparzulage als Instrumente der staatlichen (Bau-)Sparförderung ausgestaltet. Beide Instrumente der staatlichen Sparförderung sind eng mit Eigensparleistungen des Förderungsempfängers verknüpft und werden nur auf bestimmte, gesetzlich normierte Anlageformen gewährt (vgl. § 2 Abs. 1 WoPG und § 2 Abs. 1 VermBG). Während jedoch die Arbeitnehmer-Sparzulage für vermögenswirksame Leistungen im Rahmen unterschiedlicher Anlageformen (Produktivkapitalbeteiligungen, Sparvertrag, Bausparen) in Anspruch genommen werden kann, ist die Gewährung der Wohnungsbauprämie mit der durch die Bausparkassen als Spezialkreditinstitute vertriebenen Anlageform „Bausparen“ verknüpft.³⁷ Zahlt ein prämienerberechtigter Sparer einen bestimmten Anlagebetrag auf einen Bausparvertrag ein, so wird die eigene Sparleistung um eine zusätzliche staatliche Prämienzahlung³⁸ (die „Wohnungsbauprä-

36 So auch Koschyk, Steuervergünstigungen als Beihilfen nach Artikel 92 EG-Vertrag, Baden-Baden 1999, S. 135 ff.; Mederer (Anm. 32), Art. 92 Rz. 7; Modlich, Nationale Infrastrukturmaßnahmen und Artikel 92 Abs. 1 EGV, Köln, Berlin, Bonn 1996, S. 60 ff.; Rengeling (Anm. 4), S. 27; v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 3. Aufl., München 1998, Art. 92 Rz. 8.

37 Zwar bestehen neben dem Bausparen weitere prämienerbegünstigte Anlageformen. Die neben dem Bausparen genannten Anlageformen haben wegen der im Vergleich zum Bausparen strengeren Zweckbindung des Sparguthabens sowie des Fehlens des bausparspezifischen Anspruchs auf ein kapitalmarktunabhängiges und niedrig verzinsliches Bauspardarlehen bisher jedoch keine wirtschaftliche Bedeutung erlangt. Vgl. auch den Subventionsbericht der Bundesregierung 1998, S. 31.

38 Die Wohnungsbau-Prämienausgaben, die seit 1984 vollständig vom Bund getragen werden, beliefen sich von 1996 bis 1998 auf 1,2 Mrd. DM jährlich.

mie“) aufgestockt.³⁹ Die Wohnungsbauprämie bewirkt dadurch eine künstliche Renditeverbesserung der geförderten Anlageform Bausparen, die deren Attraktivität gegenüber konkurrierenden nicht geförderten Anlageformen unter Rentabilitäts Gesichtspunkten erhöht. Diese Renditeverbesserung des Bausparens durch die staatliche Prämienzahlung kann – in Form von Portfolioumschichtungen – zur Substitution anderer Anlageformen führen und damit den Wettbewerb auf dem Kapitalmarkt beeinträchtigen.

Ähnliche Effekte bewirken finanzielle Anreize für Verbraucher z.B. zum Ankauf von Steinkohle zum Nachteil anderer Energieträger oder beim Kauf abgasarmer Autos.⁴⁰ 1994 bot etwa der spanische Staat den Käufern eines Neuwagens einen finanziellen Zuschuß, um den Anteil schadstoffarmer Fahrzeuge zu erhöhen. Der Zuschuß sollte 100.000 Peseten, zum damaligen Kurs etwa 1.250 DM, betragen, wenn ein mindestens zehn Jahre altes Fahrzeug stillgelegt würde.⁴¹ In einem anderen Fall knüpfte die italienische Regierung Mitte der achtziger Jahre die Gewährung von Beihilfen an großstädtische Verkehrsbetriebe an den Erwerb von inlandsproduzierten Fahrzeugen.⁴²

Ob derartige finanzielle Anreize in Form von Prämien oder Zuschüssen als mittelbare Begünstigung bestimmter Produktionszweige in jedem Falle ausreichen, den Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV zu erfüllen, bedarf natürlich der genaueren Betrachtung der Tatbestandsmerkmale. Art. 87 Abs. 1 EGV untersagt nur solche Beihilfen, die *bestimmte* Unternehmen begünstigen und zusätzlich den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen. So wird in dem Beispiel des spanischen Neuwagenzuschusses durch die damit einhergehende Nachfrageanregung zwar ein Produktionszweig, nämlich die Automobilindustrie, gefördert; es fehlt jedoch an der Erfüllung des Spezifitätskriteriums, da nicht nur bestimmte Unternehmen, sondern prinzipiell alle – inländischen und ausländischen – Unternehmen der Automobilbranche mittelbar von der erhöhten Nachfrage profitieren können. Festzuhalten ist jedoch, daß finanzielle, mit Zweckbindungen gekoppelte Zuwendungen an private Haushalte oder Drittunternehmen das Nachfrageverhalten beeinflussen und dadurch den Absatz und die Marktstellung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige nachhaltig verbessern können. Im Unterschied zu

39 Die Wohnungsbauprämie ist ein fixer Prozentanteil des Anlagebetrages, sofern dieser eine gesetzlich vorgegebene Obergrenze („Fördergrenze“) nicht übersteigt. Der Prämienatz liegt gegenwärtig bei 10 %, die Fördergrenze bei 1.000 DM für Alleinstehende bzw. 2.000 DM für Verheiratete. Prämienberechtigt ist ein Sparer nur dann, wenn sein zu versteuerndes Jahreseinkommen eine Obergrenze nicht übersteigt. Diese Grenze liegt gegenwärtig bei 50.000 DM für Alleinstehende bzw. 100.000 DM für Verheiratete. Für eine Förderung durch das Wohnungsbauprämiengesetz kommen alle in Deutschland unbeschränkt einkommenssteuerpflichtigen Personen in Frage. Bedingung für die Förderung ist, daß der Bausparvertrag nur für wohnungswirtschaftliche Zwecke genutzt wird. Die Zweckbindung für durch Wohnungsbauprämien geförderte Bausparguthaben gilt allerdings nur innerhalb einer bestimmten Sperrfrist, die zur Zeit sieben Jahre beträgt. Wird die Geldanlage innerhalb dieser Frist aufgelöst und für andere Zwecke als zur Wohneigentumsbildung bzw. Modernisierung angemieteter Wohnungen verwendet, so verfällt – von einigen Ausnahmen abgesehen (z.B. bei Langzeitarbeitslosigkeit) – der Anspruch auf Förderung, bereits ausgezahlte Förderleistungen sind zurückzuerstatten. Nach Ablauf der Sperrfrist können die geförderten Anlagemittel, also auch die gewährte Wohnungsbauprämie, beliebig verwendet werden.

40 Mederer (Anm. 32), Art. 92 Rz. 22.

41 Zitiert bei Modlich (Anm. 36), S. 60 f.

42 EuGH Rs. 103/84, Slg. 1986, S. 1759 ff. (1766) *Kommission/Italien*.

den unmittelbaren Fördermaßnahmen, die direkt bei den Unternehmen ansetzen, nimmt der Staat in diesen Fällen Einfluß auf die autonome Nachfrageentscheidung Privater. Um in den Genuß der Förderung zu gelangen, muß sich der förderungsberechtigte Private auf ein bestimmtes, durch den Staat ausgewähltes Produkt (z.B. eine Ware, Dienstleistung oder Anlage) festlegen. Er unterliegt insoweit staatlicherseits getroffenen Entscheidungen, die – gerade weil sie nicht ausschließlich unter Marktbedingungen getroffen werden – den jeweiligen Markt beeinflussen und den dort herrschenden Wettbewerb beeinträchtigen können. Die wirtschaftliche Begünstigung in diesen Fällen verbrauchervermittelter Beihilfen besteht somit in dem durch die staatliche Nachfragesteuerung erhöhten Marktanteil einzelner Unternehmen oder Produktionszweige.

In ähnlicher Weise wirken *Steuervergünstigungen, die über die steuerliche Besserstellung privater Haushalte auch einzelne Unternehmen fördern*.⁴³ Beispiele mittelbarer steuerlicher Förderung sind z.B. Steuervergünstigungen beim Kauf abgasarmer Fahrzeuge⁴⁴ oder die steuerliche Begünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung gemäß § 10e EStG. Diese Vorschrift gewährt Steuerpflichtigen, die eine Wohnung oder ein Haus bauen oder erwerben, in den ersten acht Jahren nach Erwerb steuerfreie Zulagen. Die Empfänger dieser Steuervergünstigung sind zwar ausschließlich private Haushalte; da jedoch die steuerlichen Vergünstigungen nur in Verbindung mit der Schaffung von Wohnraum gewährt werden, sind mittelbar auch die Unternehmen der Bauwirtschaft begünstigt, die den Wohnraum herstellen.⁴⁵ Eine besondere Form der mittelbaren steuerlichen Begünstigung besteht in Österreich, wo Privatpersonen beim Erwerb von jungen Aktien und Genußrechten eine Sonderausgabenbegünstigung gewährt wird.⁴⁶ Eine ähnlich wirkende steuerliche Regelung kennt auch das deutsche Einkommenssteuerrecht in Gestalt von § 52 Abs. 8 EStG.⁴⁷ Diese Regelung sah, begrenzt auf die Finanzjahre 1996-98, eine Änderung der Steuervergünstigungen nach § 6b EStG vor, durch die besondere Steuererleichterungen für den Fall des Erwerbs von Beteiligungen an Unternehmen mit bis zu 250 Arbeitnehmern und mit Sitz in den neuen Bundesländern oder West-Berlin eingeführt wurden. Auch diese Regelung weist zwei Gruppen von Begünstigten auf, nämlich die der Steuerpflichtigen (direkt Begünstigte) und die der Unternehmen der neuen Länder und West-Berlins mit bis zu 250 Beschäftigten (indirekt Begünstigte). Für letztere liegt die Begünstigungswirkung darin, daß die Rentabilität von Beteiligungen an ihren Unternehmen im Vergleich zur Rentabilität von Beteiligungen an Unternehmen mit Sitz und

43 Vgl. hierzu auch *Frick* (Anm. 31), S. 50 ff. sowie *Koschyk* (Anm. 36), S. 135 ff., die diese Problematik am Beispiel von § 10e EStG sowie dem sog. Baukindergeld erörtern.

44 *Mederer* (Anm. 32), Art. 92 Rz. 22.

45 *Koschyk* (Anm. 36), S. 135 f.

46 *Töffl*, Anpassungsformen des Unternehmenssteuerrechts an das Europarecht, in: *Gassner/Gröhs/Lang*, Zukunftsaufgaben der Wirtschaftsprüfung, FS aus Anlaß des Jubiläums von Deloitte & Touche Österreich, S. 250 f.

47 Siehe hierzu das derzeit vor dem EuGH anhängige Verfahren Rs. C-156/98 *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*, in dem der GA *Saggio* am 27.1.2000 seinen Schlußantrag vorgelegt hat (<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin>) sowie die Entscheidung der Kommission vom 21. Januar 1998, ABl. Nr. L 212 S. 50 ff.

Geschäftsleitung im übrigen Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland sowie außerhalb dieses Gebiets verbessert wird. Dies kann zu einer Änderung des Finanzinvestitionsverhaltens der Beteiligungskäufer und dadurch zu einer Aufstokung des Eigenkapitals der betroffenen Unternehmen führen. Eine letzte mittelbare Begünstigungsform soll schließlich am Beispiel der Berechtigung bestimmter gemeinnütziger Einrichtungen zur Entgegennahme steuerbegünstigter Spenden Dritter skizziert werden.⁴⁸ Auch wenn der Staat bei steuerbegünstigten Spenden keinen unmittelbaren Einfluß darauf nimmt, welche Organisation wieviel an Zuwendungen erhält, so liegt doch ein indirekt wirkender Einfluß vor. Steuerbegünstigungen können bei der Entscheidung zu einer Spende und der Auswahl des Adressaten eine wesentliche Grundlage darstellen. Da die steuerbegünstigte Spende seine Steuerschuld reduziert, hat der Spender nur einen Teil des finanziellen Opfers für seine „gute Tat“ zu tragen. Durch die Berechtigung zum Empfang steuerbegünstigter Spenden hebt der Staat außerdem bestimmte Spendenformen gegenüber anderen hervor bzw. verknüpft sie – aus Sicht des Spenders – mit einer besonderen Vertrauenswürdigkeit. Auf diese Weise versieht der Gesetzgeber einzelne Spendenformen mit dem „Gütesiegel“ einer staatlichen Spendenempfehlung. Dadurch, daß der Staat festlegt, welche Organisationen steuerbegünstigte Spenden erhalten können, bestimmt er mittelbar, welche Organisationen tatsächlich Spenden in nennenswertem Umfang erhalten und welche nicht.⁴⁹

Die dargestellten Fälle zeigen, daß mit Verwendungsaufgaben oder *Zweitbegünstigungsklauseln*⁵⁰ zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gekoppelte Verbraucherbeihilfen zu einer wirtschaftlichen Besserstellung der mittelbaren Begünstigungsempfänger führen können. Verallgemeinert läßt sich daraus ableiten, daß Verbraucherbeihilfen, die nicht an die in Art. 87 Abs. 1 EGV genannten Adressaten direkt ausgereicht werden, tatbestandlich in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 EGV gelangen, wenn sie mit Verwendungszweckbindungen zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verbunden sind.

4. Die Feststellung der mittelbaren Begünstigung

Im Gegensatz zu unmittelbaren Beihilfen besteht in den skizzierten Beispielfällen regelmäßig keine *Stoffidentität* zwischen staatlicher Leistung und unternehmerischer Begünstigung. Stoffidentität würde erfordern, daß sich die staatliche Leistung und der unternehmerische Vorteil einander entsprächen oder aber auf derselben (staatlichen) Verfügung basierten. Die Begünstigung als Teil des Beihilfenbegriffs setzt jedoch gerade keine Stoffidentität zwischen staatlicher Entreichung und Bereicherung des letztbegünstigten Beihilfenempfängers voraus.⁵¹

48 Dazu ausführlich *Benicke*, Die Bedeutung des EG-Rechts für gemeinnützige Einrichtungen, *EuZW* 1996, S. 165 ff.

49 *Benicke* (Anm. 48), S. 169.

50 *Müller-Graff* (Anm. 5), S. 426.

51 So im Ergebnis auch *Bleckmann*, Das System des Beihilfeverbots im EWG-Vertrag, *WiVerw* 1989, S. 75 (83); *Modlich* (Anm. 36), S. 59 f.

Andernfalls würde man sich zu sehr an formalen Kriterien orientieren und den Mitgliedstaaten Spielräume zur Umgehung des Beihilfentatbestands eröffnen. Um den verbrauchervermittelten Unternehmensvorteil einer staatlichen Quelle zuzurechnen, genügt vielmehr der Nachweis, daß das Nachfrage- oder Investitionsverhalten privater Verbrauchergruppen durch eine staatliche Einflußnahme – etwa in Form von Zweitbegünstigungsklauseln – gelenkt und beeinflußt wird.⁵² Es besteht kein Anlaß, die staatliche Einflußnahme auf marktrelevante Vorgänge durch verbrauchervermittelte Beihilfen und Wirtschaftslenkungsmaßnahmen in Form direkter Beihilfen unterschiedlich zu behandeln. Dennoch führt die Feststellung einer indirekten Vorteilsgewährung im Einzelfall zu besonderen Schwierigkeiten. Das für mittelbare Begünstigungsfälle charakteristische Dreiecksverhältnis zwischen Staat, unmittelbarem und mittelbarem Begünstigungsempfänger erschwert nämlich nicht nur die Feststellung und wirtschaftliche Berechnung der beihilfenrelevanten Begünstigung. Wegen des in der Transferkette zwischengeschalteten Verbrauchers bereitet insbesondere auch die Erfassung der gegebenenfalls durch die begünstigten Unternehmen erbrachten Gegenleistungen Probleme.

a) Die Erfassung der wirtschaftlichen Besserstellung bestimmter Unternehmen

Die Existenz einer Zweitbegünstigungsklausel deutet auf das Vorliegen einer mittelbaren Begünstigung hin, der tatbestandliche Beihilfecharakter der staatlichen Maßnahme steht damit aber noch nicht fest. Beihilfen enthalten einen materiellen Zuweisungsgehalt. Nicht jede Erlangung irgendeiner Vorteilhaftigkeit begründet daher eine Beihilfe. So kann beispielsweise rein Ideelles nicht als Beihilfe gelten. Aus diesem Grund wird in der Literatur der Finanz-⁵³ oder Vermögensvorteil⁵⁴ der Beihilfe betont. Auch die Kommission hat in ihrer Kontrollpraxis deutlich gemacht, daß die Beihilfe eine monetarisierbare Begünstigung beinhalten muß.⁵⁵ Ein solcher geldwerter Vorteil zeichnet sich dadurch aus, daß er sich in irgendeiner Weise nachweisen und berechnen läßt,⁵⁶ da ein Geldwert anhand objektiver Kriterien quantifizierbar ist. Die Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV kennzeichnet sich also durch die wirtschaftlich vorteilhafte Wirkung auf ein Unternehmen, die sich in Geld ausdrücken und messen läßt. Dabei muß der ökonomische

52 Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, Köln 1999, Art. 87 Rz. 11; Koenig/Kühling, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, S. 1065 ff. (1067 f.).

53 Götz, Recht der Wirtschaftssubvention, München u.a. 1966, S. 23; Seele, Der Kreis aus europäischer Sicht, Köln 1991, S. 93: „finanziell vorteilhafte(n) Auswirkungen“; Scheuing, Anmerkung zu EuGH v. 25.6.1970, Rs. 47/69, EuR 1971, S. 267 f.: „mesures à caractère financier“; Bellamy/Child, Common Market Law of Competition, 3. Aufl., London 1987, S. 614 f.: „to its financing“.

54 Bleckmann, Die kommunale Leistungsverwaltung, WiVers 1989, S. 75 ff. (105); Koch, Beihilfen nach dem EWG-Vertrag, insbesondere Unterstützung des Staats für eigene Unternehmen, Göttingen 1967, S. 85; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin 1956, S. 7.

55 Kommission, Dritter Bericht über staatliche Beihilfen 1992, Anhang I, S. 3; Kommission, Mitteilung an die Mitgliedstaaten, ABl. Nr. C 307 v. 13.11.1993 S. 3.

56 Schmidhuber, Wettbewerbschutz und Regionalförderung: Regionalpolitik und Beihilfenkontrolle in der Europäischen Gemeinschaft, in: Andreae/Kirchhoff, Wettbewerb als Herausforderung und Chance, Festschrift f. Benisch, S. 153 ff. (159).

Vorteil der Beihilfe selbst innewohnen. Vom Staat muß folglich ein geldwerter Transfer bis zum begünstigten Unternehmen feststellbar sein, der freilich nicht mit einer Stoffgleichheit des staatlichen Outputs und des unternehmensbegünstigenden Inputs verwechselt werden darf. Dies läßt sich anhand eines Output-Input-Modells überprüfen. Realisiert sich beim Unternehmen ein geldwerter Vorteil als Ergebnis der staatlichen Einflußnahme, so liegt eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV vor. Kann der Vorteil hingegen auf eine eigene unternehmerische Betätigung zurückgeführt werden, so ist keine Beihilfe gegeben.

Auch in mittelbaren Begünstigungsfällen muß folglich nachgewiesen werden, daß die staatliche Maßnahme aus sich heraus einen nachweisbaren und berechenbaren wirtschaftlichen Vorteil zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige vermittelt. In den oben genannten Beispielfällen könnte die geldwerte Begünstigung etwa darin liegen, daß sich ohne die jeweilige Verbraucherbeihilfe (Erstbegünstigung) am Markt ein entsprechendes Nachfragevolumen zugunsten des geförderten Produkts oder der geförderten Dienstleistung aller Voraussicht nach nicht gebildet hätte. Die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils kann in diesen Fällen durch Gegenüberstellung des Nachfragevolumens für das geförderte Produkt bei Ein- und hypothetischer Ausblendung der staatlichen Förderung erfolgen. Die Kommission könnte zur Ermittlung der Begünstigung allerdings auch auf einen den Bedingungen mittelbarer Begünstigungsverhältnisse angepaßten „market economy investor“-Test⁵⁷ zurückgreifen. Dies führte zu der Fragestellung, ob sich ein Verbraucher auch ohne die staatliche Förderung bei sonst gleichen Bedingungen voraussichtlich für das begünstigte Produkt entscheiden würde („market economy consumer“-Test).⁵⁸

Welche Methode die Kommission der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils auch zugrunde legen mag, im einzelnen Fall kann sowohl der Nachweis des Vorliegens einer konkreten Begünstigung als auch die Quantifizierung des Beihilfelements problematisch sein. Im Beispiel der Steuervergünstigungen nach § 58 Abs. 8 EStG beruht die Begünstigung etwa auf der Beeinflussung des betriebswirtschaftlichen Verhaltens eines privaten Investors, der aufgrund einer Vielzahl von durch die staatliche Intervention teilweise veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen Investitionsentscheidungen trifft. Im Regelfall wird eine Verhaltensänderung des einzelnen Beteiligungskäufers aufgrund der staatlichen Maßnahme nicht konkret nachweisbar sein. Darüber hinaus dürfte der wirtschaftliche Vorteil

57 Vgl. zum „market economy investor“-Test Dreher, Die staatliche Eigenkapitalzufuhr an Gesellschaften als Beihilfe im Sinne des EG-Vertrags, in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, S. 583 ff. (587 ff.); Koenig/Kühling (Anm. 52), S. 1066 f.; Pape, Staatliche Kapitalbeteiligungen an Unternehmen und das Beihilfenverbot gem. Art. 92 EGV, S. 41.

58 Kommission und Rechtsprechung gehen in jüngerer Zeit immer mehr dazu über, den „market economy investor“-Test auf andere Bereiche als die Eigenkapitalzufuhr auszudehnen, in denen sich ebenfalls ein Vergleich mit dem privaten Investor anbietet. So hat der EuGH zuletzt im Urteil DMT als Prüfungsmaßstab für Zahlungserleichterungen vorgegeben, daß zu untersuchen ist, ob die von einem öffentlichen Gläubiger gewährten Zahlungserleichterungen (für Sozialabgaben) auch von einem privaten Investor eingeräumt worden wären, der die Eintreibung von Schulden gegenüber einem Schuldner betreibt, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet; EuGH, (Déménagements-Manutention Transport (DMT)), EuZW 1999, S. 506 ff. (508).

für das Unternehmen weder ex-ante noch ex-post in allen Fällen mit Sicherheit beziffert werden können. Die Kommission hat jedoch in ähnlichen Fällen auf einen Prüfungsansatz zurückgegriffen, der es ihr erlaubt, aus der Einschätzung des typischen Falls auf das Ergebnis im konkreten Einzelfall zu schließen. So beschränkt sich die Kommission bei der Überprüfung von allgemeinen Beihilfenregelungen („Förderprogrammen“), die auf einen offenen Kreis von Begünstigten anwendbar sind, darauf, die Merkmale des Programms zu untersuchen und zu beurteilen, ob das Programm seiner rechtlichen Ausgestaltung oder faktischen Wirkung nach die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllt.⁵⁹ Ist folglich ein staatliches Förderprogramm darauf ausgerichtet, einem offenen Kreis von Unternehmen oder Produktionszweigen wirtschaftliche Vorteile zuzuweisen, so muß nunmehr der betroffene Mitgliedstaat substantiiert darlegen, daß die Anwendung der streitigen Regelung *tatsächlich* nicht geeignet ist, bestimmte Unternehmen unter Ausschluß ihrer Wettbewerber wirtschaftlich zu begünstigen. Dieser Ansatz läuft im Ergebnis auf eine Umkehr der Darlegungslast hinaus. Hat grundsätzlich die Kommission die einseitige Begünstigungswirkung darzulegen, so trifft bei Förderprogrammen den Mitgliedstaat die Pflicht, einen Einzelfallmißbrauch im Sinne einer verbotenen Beihilfengewährung plausibel auszuschließen. Ist ein staatliches Programm also potentiell geeignet, Unternehmen oder Produktionszweigen wirtschaftliche Begünstigungen zuzuweisen, so muß nunmehr der betroffene Mitgliedstaat plausibel darlegen, daß die Anwendung der streitigen Regelung tatsächlich nicht zu einer wirtschaftlichen Begünstigung einzelner Unternehmen führt.

Sollte die Kommission diesen Ansatz bei der Überprüfung mittelbarer Begünstigungen fruchtbar machen, so bedeutete dies, daß der verantwortliche Mitgliedstaat substantiiert darlegen müßte, daß die streitige Regelung in keinem Einzelfall zur Zuweisung eines einseitigen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils an einzelne Unternehmen führt.⁶⁰ Dies dürfte aber regelmäßig unmöglich sein. Angesichts dieser Darlegungslastverteilung könnte das Vorliegen einer Begünstigung bestimmter Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV folglich regelmäßig nur durch den Nachweis einer beihilfenausschließenden angemessenen Gegenleistung wirksam bestritten werden.

b) Die beihilfenausschließende Gegenleistung in mittelbaren Begünstigungsfällen

Die beihilfenrelevante Begünstigung ist durch das Fehlen einer angemessenen (oder marktüblichen) Gegenleistung seitens des Begünstigten gekennzeichnet.⁶¹ Eine marktübliche Gegenleistung läßt die beihilfentypische Begünstigung entfal-

len, da die erhaltenen Vorteile durch das Unternehmen kompensiert werden. Dem Unternehmen verbleibt nur der erwirtschaftete Gewinn als finanzwerter Vorteil, der sich infolge der wirtschaftlichen Betätigung unter den Bedingungen des Markts gewöhnlich einstellt. Eine Begünstigung über das Maß des normalen Gewinns hinaus liegt nicht vor. Das Fehlen einer marktüblichen Gegenleistung kann als Kriterium zur Ermittlung des Beihilfenäquivalents einer Maßnahme grundsätzlich auf alle Formen der Beihilfengewährung angewendet werden. Problemlos ist dieser Kompensationsgedanke auf die klassischen Austauschverhältnisse, bei denen einer Leistung unmittelbar Geld als Gegenleistung gegenübersteht, zu übertragen.

Fraglich ist jedoch, ob das Kriterium der marktüblichen Gegenleistung auch im Bereich mittelbarer Begünstigungen zu tragfähigen Ergebnissen führt. Hiergegen erheben sich Bedenken, da in diesen Fällen typischerweise zwischen Staat und begünstigtem Unternehmen keine unmittelbaren Austauschbeziehungen bestehen. Das beihilfenausschließende Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis muß zwar nicht synallagmatisch – do ut des –, gleichwohl aber bipolar ausgerichtet sein. Probleme stellen sich daher insbesondere bei der Festlegung des Kreises der als Gegenleistung in Betracht zu ziehenden Unternehmensleistungen. Während nämlich in den klassischen Beihilfeverhältnissen als beihilfenausschließende Leistungen vor allem solche Leistungen in Betracht kommen, die in einem wirtschaftlich sinnvollen und nachprüfbares Gegenseitigkeitsverhältnis zur Begünstigung stehen, sind in mittelbaren Begünstigungsfällen wegen des dort bestehenden Dreiecksverhältnisses echte, nämlich auf bipolare Austauschverhältnisse abstellende *Gegenleistungen* kaum vorstellbar, jedenfalls aber nur schwer bestimmbar.

So sind etwa verbrauchervermittelte Beihilfen dadurch gekennzeichnet, daß sie Verbraucher zu einem bestimmten Konsum- oder Nachfrageverhalten veranlassen sollen. Kommt es zwischen Verbraucher und Unternehmen zu einem Vertragsabschluß, fragt der Verbraucher also tatsächlich das vom begünstigten Unternehmen angebotene Produkt nach, so stehen sich diese Parteien in einem Austauschverhältnis gegenüber, d.h. in ihrem Verhältnis werden Leistung und Gegenleistung in Bezug aufeinander erbracht und stehen in einem wertmäßig marktüblichen Verhältnis zueinander. Die in diesem Verhältnis synallagmatisch erbrachten Unternehmensleistungen können aber unter wirtschaftlicher Betrachtung regelmäßig nicht als Gegenleistung für die staatliche Begünstigung in Form der Nachfragesteuerung herangezogen werden. Nicht der unterstützende Staat, sondern nur der Verbraucher erhält diese Gegenleistung, die auch vollständig bei diesem verbleibt und nicht – wie im umgekehrten Falle – dem Staat oder seinen Körperschaften und Einrichtungen weitervermittelt wird. Die nachfragegestützte staatliche Maßnahme, die die Auswahlentscheidung des Verbrauchers zugunsten des Unternehmens beeinflußt, wird folglich nicht angemessen ausgeglichen.

Ein streng auf den wirtschaftlichen Austausch von Leistungen ausgerichtetes Gegenleistungskonzept kann mittelbare Begünstigungskonstellationen daher nicht sinnvoll erfassen. Dieses Gegenleistungskonzept greift für die Beurteilung mittel-

⁵⁹ EuGH Rs. 248/84, Slg. 1987, S. 4013 ff. (Tz. 18) *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

⁶⁰ Vgl. Entscheidung der Kommission, ABLEG Nr. L 212 v. 30.7.1998 S. 50 ff. (53).

⁶¹ EuG Rs. T-129/95, T-2/96, T-97/96, ZIP 1999, S. 153 ff. (161 ff.) *Neue Maxhütte Stahlwerke*; Mitteilung der Kommission über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze vom 9.9.1997, ABLEG 1997 Nr. C 273 S. 3; *Koenig/Kühling* (Anm. 52), S. 1066.

barer Begünstigungen der öffentlichen Hand schon deshalb zu kurz, weil über das Kriterium der marktüblichen Gegenleistung der Beihilfentatbestand am Bild eines normalen wirtschaftlichen Vorgangs gemessen wird.⁶² Für einen solchen Vergleich besteht im Rahmen mittelbarer Begünstigungen jedoch kein Raum, da sich dieser Beihilfentatbestand durch das Fehlen wirtschaftlicher Beziehungen zwischen Staat und begünstigtem Unternehmen kennzeichnet. Das Gegenleistungskonzept wäre daher nur dann sinnvoll auf Zweitbegünstigungsfälle anwendbar, wenn es nicht einer starren bipolaren Ausrichtung auf den Gewährenden und den mittelbaren Empfänger der Begünstigung folgte. Dies könnte etwa dadurch erreicht werden, daß alle Vorteilswirkungen für den Staat und gegebenenfalls den zwischengeschalteten – unmittelbar begünstigten – Dritten als beihilfenausschließende Gegenleistung zu berücksichtigen wären, soweit diese letztlich auf einer am Markt nur entgeltlich zu erhaltenden Leistung des letztbegünstigten Unternehmens oder Produktionszweigs beruhen. Die staatliche Förderung enthielte also nur dann ein beihilfenrechtlich erhebliches Begünstigungselement, wenn sie unter Berücksichtigung *aller Umstände* bei zuzugestehendem wirtschaftlichen Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten ökonomisch nicht gerechtfertigt wäre.⁶³

Der damit zwangsläufig verbundenen Aufweichung des Gegenleistungskonzepts stehen aber Bedenken entgegen. Problematisch erscheint zunächst die hiermit verbundene Öffnung des Beihilfentatbestandes für einen weiten Ermessens- oder Beurteilungsspielraum seitens der Mitgliedstaaten. Vor dem Hintergrund, daß die buchhalterische Erfassung und Aufrechnung der spezifischen Kosten beihilfenausschließender Gegenleistungen vielfach zu erheblichen Schwierigkeiten führt, schlägt ein Teil der Literatur in anderem Zusammenhang zwar vor, den Mitgliedstaaten einen entsprechenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu gewähren, der erst in Fällen des offenkundigen Mißbrauchs überschritten werde.⁶⁴ Es ist aber unwahrscheinlich, daß Kommission und EuGH in ihrer künftigen Praxis den Mitgliedstaaten einen solchen Gestaltungsspielraum gewähren werden. Obwohl die Kommission hierzu etwa in der Kinder-Kanal-Entscheidung⁶⁵ Gelegenheit gehabt hätte, hat sie davon bisher ersichtlich keinen Gebrauch gemacht. Dies ist folgerichtig, da nur auf diese Weise die einheitliche Anwendung des für die Mitgliedstaaten besonders sensiblen Beihilfenrechts gewährleistet werden kann.

Ein zu weit gesteckter Rahmen bei der Erfassung angemessener Gegenleistungen würde das Gegenleistungskonzept auch schnell ad absurdum führen. Dies wäre insbesondere dann zu befürchten, wenn *volkswirtschaftliche Günstigkeitsüberlegungen* oder *Allokationseffekte* als beihilfenausschließende Gegenleistung Berücksichtigung finden könnten. So verbinden sich z.B. mit der deutschen Wohnungs-

62 von Friesen, Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors, EuZW 1999, S. 581 ff. (582).

63 Vgl. dazu Müller-Graff (Anm. 5), S. 419.

64 Dörr/Cloß, Die Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des Österreichischen Rundfunks mit dem EG-Beihilfenrecht, ZUM 1996, S. 105 ff. (114); ihnen folgend Bartosch, Öffentliche Rundfunkfinanzierung und EG-Beihilfenrecht – eine Zwischenbilanz, EuZW 1999, S. 176 (178).

65 Vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/99/132 und die nicht veröffentlichte Entscheidung Staatliche Beihilfe Nr. NN 70 /98 (Kinderkanal und Phoenix), vom 24.2.1999, Tz. 6.1.1.

bauförderung und dem dadurch angeregten privaten Wohnungsbau eine Vielzahl volkswirtschaftlicher Vorteileffekte wie die Verbesserung der Wohneigentumsquote, die Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Sparquote oder die Glättung der konjunkturellen Ausschläge im Wohnungsbau. Gegen die Öffnung des Gegenleistungskonzepts für solche volkswirtschaftlichen Vorteilswirkungen spricht aber schon die Natur dieser Effekte. Es handelt sich bei diesen gerade nicht um unternehmerischem Einsatz erbrachte Gegenleistungen des Unternehmens. Vielmehr verkörpern diese volkswirtschaftlichen Allokationseffekte die *Motive*, die den Staat letztlich zum Mitteleinsatz im Rahmen des konkreten Beihilfenprogramms veranlassen. Die staatlichen Begünstigungsmotive sind aber im Rahmen der wirkungsbezogenen Beihilfenanalyse grundsätzlich unbeachtlich und dürfen auch nicht über den „Umweg“ des Gegenleistungskriteriums in der beihilfenrechtlichen Bewertung Berücksichtigung finden. Es widerspräche der ratio legis des Art. 87 Abs. 1 EGV, durch einen auf die staatlichen Zuwendungsmotive abstellenden Bewertungsmaßstab praktisch einen Beihilfenausschluß für nahezu alle mittelbaren Begünstigungsfälle anzuerkennen. In diesem Fall bestünde die Gefahr, daß auch solche mittelbaren Begünstigungen, die im Zusammenwirken von Staat und Unternehmen gerade zur Umgehung des Beihilfentatbestandes kollusiv konstruiert werden, bereits tatbestandlich aus dem Anwendungsbereich der Norm fielen, obwohl gerade sie den Wettbewerb verzerren.

So hat auch der EuGH in anderem Zusammenhang zu Recht die Berücksichtigung von weitgehenden Gesamtrentabilitätsüberlegungen, wonach auch gesamtwirtschaftliche Kosten des Staats beim Ausscheiden eines Unternehmens aus dem Markt (Arbeitslosenunterstützung etc.) bei der Berechnung der Angemessenheit der Gegenleistung einzukalkulieren wären, abgelehnt.⁶⁶ Dies ergibt sich schon aus dem Gedanken, daß derartige Kostenfaktoren für private Unternehmen gar nicht in Betracht kommen, so daß es bereits an der Vergleichsmöglichkeit im Sinne des market economy investor-Paradigmas fehlt. Im Fall *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH* hat das EuG ergänzend festgestellt, daß die praktische Wirksamkeit des Beihilfenrechts in Frage gestellt würde, wenn jeglicher Hinweis auf das Image der staatlichen Gebietskörperschaft und dessen sonstige Beteiligungen die Zufuhr öffentlicher Finanzmittel rechtfertigen könnte.⁶⁷ Denn dann könnte z.B. eine Beteiligung an einem nicht profitablen Freizeitpark mit dem Argument erfolgen, daß dieser zugleich die Attraktivität der Region erhöhe und daher unter langfristigen Rentabilitätsabwägungen eine sinnvolle Investition darstelle.⁶⁸

Angesichts dieser Bedenken, insbesondere der Gefahr, die Beihilfebestimmung im Hinblick auf das Ausschlußmerkmal der angemessenen Gegenleistung mit volkswirtschaftlich umstrittenen keynesianischen Steuerungsmechanismen zu überfrachten, ist ein Rückgriff auf die gesamtwirtschaftlichen Vorteilswirkungen einer Beihilfengewährung abzulehnen.⁶⁹ Zwar erscheint eine auf die beihilfenausschlie-

66 EuGH verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92, EuZW 1994, S. 694 ff. (696) *Spanien/Kommission*; zustimmend Zivier, JURA 1997, S. 116 ff. (117).

67 EuG Rs. T-129/95, T-296, T-97/96, ZIP 1999, S. 153 ff. (163) *Neue Maxhütte Stahlwerke*.

68 Vgl. dazu Koenig/Kühling (Anm. 52), S. 1066 f.

69 Vgl. Koenig/Braun/Lekar (Anm. 33), EuZW 1998, S. 5 ff. (10 f.).

Bende Gegenleistung bezogene Berücksichtigung von für den Mitgliedstaat vorteilhaften Allokationseffekten vordergründig den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten auszuweiten. Als Kehrseite der Medaille würde dies aber eine Kontrolltätigkeit der Kommission provozieren, zumindest die Regulierungstauglichkeit der mitgliedstaatlichen Fördermaßnahmen zugunsten bestimmter Verbrauchergruppen in bezug auf die national, durch die mitgliedstaatlichen Regierungen aufgestellten und demokratisch legitimierten Allokationsziele zu überprüfen. Genau auf diesem gesamtwirtschaftlichen, der einzelstaatlichen *domaine réservé* vorbehaltenen Feld, nämlich der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, müßte die Kommission über komplexe Marktverhältnisse vermittelte Allokationseffekte überprüfen, wenn man diese in die Bestimmung der beihilfenausschließenden Gegenleistung einbeziehen würde. Während die Kommission nach dem gegenwärtigen Stand des Beihilfenrechts gesamtwirtschaftliche Regulierungsansätze nur restriktiv im Rahmen der Ermessensausnahmen nach Art. 87 Abs. 3 EGV und in viel engerem Maße im Rahmen der Bereichsausnahmen nach Absatz 2 verfolgen kann, würde bei einer Berücksichtigung von gesamtwirtschaftlichen Allokationseffekten zur Bestimmung der beihilfentatbestandsausschließenden Gegenleistung die wirtschafts- und industriepolitische Zugriffsmacht der Kommission horizontal auf die gesamte Beihilfenkontrollpolitik erstreckt. Kompetenzrechtlich wäre dies kaum zu rechtfertigen: „Die Mitgliedstaaten betrachten *ihre* Wirtschaftspolitik als eine Angelegenheit von gemeinsamen Interesse und koordinieren sie (...)“ (Art. 99 Abs. 1 EGV). Leistung und Gegenleistung müssen daher auch in mittelbaren Begünstigungsfällen durch adäquate und nachweisbare bipolare – und nicht über komplexe marktwirtschaftliche Marktmechanismen vermittelte – Zusammenhänge in tatsächlicher Hinsicht verbunden sein. Gesamtwirtschaftliche Allokationseffekte können folglich keine Berücksichtigung im Rahmen der beihilfenausschließenden Gegenleistung finden. Auch die Öffnung des Gegenleistungskonzepts für Leistungen, die das begünstigte Unternehmen im Verhältnis zum Verbraucher erbringt, scheint wenig erfolgversprechend. Zwar könnte im Verhältnis zum Verbraucher am ehesten ein angemessener Ausgleich des Vorteils erfolgen, etwa in Form eines Preisnachlasses oder durch die Einräumung besserer Konditionen. Ein solcher Ausgleich führte aber gleichzeitig zu einer besseren Positionierung des Produkts im Markt, da hierdurch seine Attraktivität im Vergleich zu nichtbegünstigten Produkten erhöht würde. Da diese Attraktivitätsverbesserung wiederum auf der staatlichen Intervention beruhte, wäre letztlich nach wie vor ein staatlich begründeter einseitiger Vorteil auf Seiten des Unternehmens zu konstatieren.

III. Eingrenzung des Beihilfenverbots im Hinblick auf mittelbare Begünstigungsformen

Nach den vorausgegangenen Ausführungen zeichnet sich ab, daß verbrauchervermittelte Beihilfen, sollten sie in den Kontrollstrahl des EG-Beihilfenrechts geraten, wegen der mit ihnen verbundenen Nachfrageeffekte regelmäßig als Begünstigung

gen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV von der Kommission bewertet werden dürfen. Auf der anderen Seite darf einer sorgsamem Betrachtung nicht entgehen, daß jede staatliche Unterstützung von Privatpersonen auf irgendeine Art und Weise Kaufkraft schafft und damit automatisch die Absatzchancen und Marktverhältnisse von Unternehmen positiv beeinflusst.⁷⁰ Einige der skizzierten mittelbaren Begünstigungsformen wie etwa die Wohnungsbauförderung gehören außerdem zu den Eckpfeilern der öffentlichen Daseinsvorsorge. Will man daher die beihilfenrechtliche Rechtfertigung von mit Zweitbegünstigungsklauseln verbundenen Verbraucherbeihilfen nicht ausschließlich auf den restriktiv auszulegenden Ausnahmetatbestand des Art. 87 Abs. 2 lit. a) EGV beschränken und sie vor allem nicht einer grundsätzlichen Notifizierungspflicht unterwerfen, so stellt sich die Frage, wie den aus dem Dreiecksverhältnis resultierenden Besonderheiten mittelbarer Begünstigungen tatbestandlich Rechnung getragen werden kann.

1. Einschränkung durch die Forderung nach einer Stoffidentität von staatlicher Entreichung und unternehmerischer Begünstigung

Ein Ansatzpunkt zur einschränkenden beihilfenrechtlichen Bewertung mittelbarer Begünstigungen könnte sich aus der Rechtssache *Viscido*⁷¹ ergeben. Vorschriften des italienischen Arbeitsrechts befreiten bestimmte öffentliche Unternehmen von den strengen arbeitsrechtlichen Vorgaben über die Befristung von Arbeitsverträgen. Ein italienisches Gericht legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob dies als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV zu bewerten sei. Zur Begründung führte es aus, daß die begünstigten Unternehmen flexibler seien als solche Unternehmen desselben Sektors, die nur unbefristete Arbeitsverträge schließen dürften. Der Gerichtshof verneinte die Beihilfenqualität dieser gesetzlichen Ausnahmeregelung mit der Begründung, daß eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV immer eine zumindest mittelbare Belastung der öffentlichen Haushalte zur Voraussetzung habe, die im Falle einer bloßen Freistellung eines Unternehmens von arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht gegeben sei:

„Es ist daran zu erinnern, daß nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages anzusehen sind, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Die in dieser Bestimmung vorgenommene Unterscheidung zwischen „staatlichen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährten“ Beihilfen bedeutet nämlich nicht, daß alle vom Staat gewährten Vorteile unabhängig davon Beihilfen darstellen, ob sie aus staatlichen Mitteln finanziert werden, sondern dient nur dazu, in den Beihilfegriff die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile sowie diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, einzubeziehen. Im vorliegenden Fall führt die Befreiung eines einzelnen Unternehmens von den allgemein für befristete Arbeitsverträge geltenden Regelungen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf dieses Unternehmen. Daraus folgt, daß eine

⁷⁰ Frick (Anm. 31), S. 51.

⁷¹ EuGH Rs. C-52-54/97, Slg. 1998, S. I-2629 ff. *Epifanio Viscido u.a./Ente Poste Italiane*.

Vorschrift der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art kein Mittel dazu darstellt, unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil aus staatlichen Mitteln zu gewähren.⁷²

Die Ausführungen des EuGH in diesem Urteil betreffen zwar nicht mittelbare Begünstigungsmechanismen, sondern das beihilfenrechtliche Tatbestandsmerkmal „aus staatlichen Mitteln“. In seiner jüngeren Rechtsprechung⁷³ schließt der EuGH aus diesem Kriterium, daß eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV eine *Belastung der öffentlichen Haushalte* voraussetzt, die z.B. bei der bloßen Freistellung eines Unternehmens von arbeitsrechtlichen Vorschriften oder der Befreiung von Kleinbetrieben vom deutschen Kündigungsschutzgesetz⁷⁴ nicht gegeben sei. Dennoch könnte eine vom EuGH in seiner *Viscido*-Entscheidung gewählte Formulierung („nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf dieses Unternehmen“) Rückschlüsse auch für die Beurteilung der vorliegenden Problematik zulassen.

Selbst wenn man nämlich auch mittelbare Begünstigungen vom Beihilfenverbot als grundsätzlich erfaßt ansieht, ist zu klären, welche Anforderungen in diesen Fällen das (mittelbare) Beihilfengewährungsverhältnis erfüllen muß. Insbesondere stellt sich die Frage, ob *jede* Form der mittelbaren Begünstigung ausreicht oder ob zwischen der staatlicherseits gewährten und der vom Unternehmen empfangenen Begünstigung ein *eindeutiges Zuordnungsverhältnis* dergestalt gegeben sein muß, daß sich die aus der Begünstigung resultierende ökonomische Besserstellung aus der zumindest mittelbaren Weitergabe der staatlichen Mittel auf das Unternehmen ergibt. Für die letztgenannte Alternative findet sich ein Anhaltspunkt in der *Viscido*-Entscheidung. Die vom EuGH dort gebrauchte Formulierung „unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel“ könnte dahingehend auszulegen sein, daß eine beihilfenrelevante mittelbare Begünstigung nur in denjenigen Fällen vorliegt, in denen es im Ergebnis, trotz der Zwischenschaltung einer dritten Partei, zu einer Übertragung der staatlichen Mittel auf das Unternehmen kommt und folglich Stoffidentität zwischen staatlicher Entreichung und unternehmerischer Begünstigung gegeben ist. Unabhängig vom Begünstigungsmechanismus wäre dann zu fragen, ob die eingesetzten staatlichen Mittel im Sinne eines strengen Input-Output-Modells auch tatsächlich beim Unternehmen als Letztbegünstigtem ihren Niederschlag gefunden haben.

Dieser Ansatz gründet freilich auf einem restriktiven Verständnis des Begriffs der „mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel“. In diesem Sinne kann *mittelbar* nur als Transferierung des Vorteils *über eine dritte Partei* verstanden werden. Vom Beihilfentatbestand ausgeschlossen wären jedenfalls alle mittelbaren Begünstigungsformen, bei denen der Staat lediglich *Einfluß auf die Willensbildung von Konsumenten- oder Anlegergruppen nimmt, ohne daß es auch zur Übertragung staatlicher Mittel auf das Unternehmen oder den Produktionszweig* kommt.

72 EuGH Rs. C-52-54/97, Slg. 1998, S. I-2629 ff. (2641) *Epifanio Viscido u.a./Ente Poste Italiane*.

73 EuGH Rs. C-72/91, Slg. 1993, S. I-887 *Sloman Neptun Schiffahrts AG/Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*; EuGH Rs. C-189/91, Slg. 1993, S. I-6185 ff. *Petra Kirsammer-Hack/Nurhan Sidal*.

74 EuGH Rs. C-189/91, Slg. 1993, S. I-6185 ff. *Petra Kirsammer-Hack/Nurhan Sidal*.

Für dieses, den Beihilfentatbestand begrenzende Verständnis finden sich einige Argumente. Der EuGH selbst hat in seiner *Viscido*-Entscheidung den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EGV durch die Einführung des Kriteriums „Belastung öffentlicher Mittel“ eingegrenzt.⁷⁵ Während nämlich Teile der Literatur hinsichtlich des Merkmals „aus staatlichen Mitteln gewährt“ nur einen gewissen Grad staatlicher Einflußmöglichkeit, nicht aber notwendigerweise auch eine Belastung der öffentlichen Haushalte fordern,⁷⁶ muß die Begünstigung nach der EuGH-Rechtsprechung eine unmittelbar bezifferbare finanzielle Einbuße für den Staat oder eine ihm zurechenbare Einrichtung oder Körperschaft zur Folge haben⁷⁷. Die *Viscido*-Entscheidung und die dort vorgenommene Tatbestandsbegrenzung betreffen zwar das Tatbestandsmerkmal „staatliche Mittel“ und damit den Problembereich der Mittelherkunft oder des Mittelabflusses, während vorliegend das Tatbestandsmerkmal „Begünstigung“, also der Mittelzufluß, in Frage steht. Es scheint aber durchaus nicht ausgeschlossen, daß der EuGH unter Zugrundelegung der oben benannten Maßstäbe eine ähnliche Eingrenzung im Bereich mittelbarer Begünstigungsfälle vornehmen könnte. Hierfür spricht zunächst eine Überlegung des Generalanwaltes *Francis Jacobs* in seinem Schlußantrag zur *Viscido*-Rechtsache, mit der er die dort vorgenommene tatbestandliche Eingrenzung rechtfertigt: „In Anbetracht der Auswirkungen, die arbeits- und sozialrechtliche Maßnahmen auf den Wettbewerb haben können, mag man sich auch die Frage stellen, warum Artikel 92 Absatz 1 nicht alle diejenigen Maßnahmen erfaßt, die durch ihre selektive Wirkung den Wettbewerb verfälschen und sich daher ebenso auswirken können wie eine staatliche Beihilfe. Der Grund ist wohl im wesentlichen praktischer Art: Wollte man alle derartigen Regelungen prüfen, so müßte man allein auf der Grundlage des Vertrages das gesamte Sozial- und Wirtschaftssystem eines Mitgliedstaats untersuchen“.⁷⁸

In verallgemeinerter Form besagt die Antwort des Generalanwaltes *Jacobs* auf die sich in der *Viscido*-Rechtsache stellende Auslegungsfrage, daß das EG-Beihilfenrecht unanwendbar bleibt, solange eine staatliche Maßnahme nicht in *greifbarem Zusammenhang mit der Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen* steht. Anderenfalls wäre Art. 87 Abs. 1 EGV auf sämtliche Maßnahmen des mitgliedstaatlichen Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrechts anwendbar, die wegen ihres selektiven Charakters wettbewerbsrelevante Auswirkungen haben. Diese Auslegung würde jedoch den institutionellen und kompetenzrechtlichen Kontrollrahmen sprengen, den der Vertrag in Art. 87 EGV angelegt hat.⁷⁹ Würden die mit einer staatlichen Förderung verbundenen indirekten Begünstigungseffekte zugun-

75 *Soltész*, Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 I EGV, EuZW 1998, S. 747 ff. (753).

76 *Slotboom*, ELR 20 (1995), S. 289 ff.; zuletzt *Koenig/Kühling* (Anm. 52).

77 EuGH Rs. C-72/91, Slg. 1993, S. I-887 *Sloman Neptun Schiffahrts AG/Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*; EuGH Rs. C-189/91, Slg. 1993, S. I-6185 ff. *Petra Kirsammer-Hack/Nurhan Sidal*; EuGH Rs. C-52-54/97, Slg. 1998, S. I-2629 ff. *Epifanio Viscido u.a./Ente Poste Italiane*.

78 EuGH Rs. C-52-54/97, Slg. 1998, S. I-2629 ff. (2635) *Epifanio Viscido u.a./Ente Poste Italiane*. Diese Frage erörtert *Davies*, Market Integration and Social Policy in the Court of Justice, *Industrial Law Journal* 1995, S. 49 ff. (58 ff.).

79 Vgl. auch *Lübbig*, Neue Entwicklungen im Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaften, WuW 1999, S. 249 ff. (251).

sten Dritter auch dann von der Beihilfenkontrolle erfaßt, wenn sie nicht – zumindest mittelbar – mit einer Übertragung staatlicher Mittel auf Unternehmen verbunden sind, wäre nicht nur der wirtschaftspolitische Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt.⁸⁰ Der dadurch entstehende zusätzliche Kontrollaufwand seitens der Kommission und der zuständigen Generaldirektion IV wäre außerdem mit ihren sachlich und personell begrenzten Mitteln kaum zu bewältigen. Das mit der Verfahrensverordnung Nr. 659/99 angestrebte Ziel, die Beihilfenaufsicht effizienter zu gestalten, würde in sein Gegenteil verkehrt.⁸¹ Im gemeinschaftsrechtlichen System zur Abwehr wettbewerbsverzerrender staatlicher Maßnahmen träten durch eine entsprechende einschränkende Auslegung des Beihilfentatbestands in mittelbaren Begünstigungsfällen dennoch keine Lücken auf. Gegen unfaire staatliche Begünstigungen, die nicht mit einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf Unternehmen oder Produktionszweige verbunden sind,⁸² stellen die anderen EG-vertraglichen Instrumente – insbesondere die Grundfreiheiten – ausreichende Kontroll- und Abwehrmechanismen zur Verfügung. Die gemeinschaftliche Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsverzerrenden staatlichen Verhaltensweisen bliebe also erhalten.

Dieser Ansatz stünde aber im Widerspruch zur wirkungsorientierten Beihilfenanalyse der Kommission. Unter wirtschaftlicher Betrachtung kann es nämlich keinen Unterschied machen, ob einem Unternehmen direkt staatliche Mittel gewährt werden oder ob die Mittel mittels einer bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigenden Verwendungsaufgabe zur Beeinflussung von Nachfrageströmen eingesetzt werden. Die staatliche Einflußnahme auf die Willensbildung von Konsumenten- oder Anlegergruppen stellt gerade eine besonders scharfe Form der Wettbewerbsverzerrung dar und sollte daher nicht grundsätzlich dem Beihilfentatbestand entzogen werden.

2. Einschränkung durch das Kriterium der diskriminierenden Verwendungsaufgabe

Ein diese Forderung erfüllender Ansatzpunkt für eine einschränkende Anwendung des Beihilfentatbestandes auf mittelbare Begünstigungsfälle könnte darin liegen, das Beihilfenverbot nur anzuwenden, wenn sich der Begünstigungseffekt im *Schwerpunkt* bei bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einstellt, und wenn *final* der unternehmerische Sektor unterstützt wird.⁸³

Hiermit soll nicht etwa eine aus dem EG-Wettbewerbsrecht bekannte Spürbarkeitsprüfung im EG-Beihilfenrecht eingeführt werden. Zwar untersucht der Gerichtshof in einigen seiner Urteile zu Art. 87 EG-Vertrag das Vorliegen eines

80 Mederer (Anm. 32), Art. 92 Rz. 4.

81 S. dazu Kruse, Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensordnung für die Beihilfenkontrolle, NVwZ 1999, S. 1049 ff. (1051); Sinneave, Der Kommissionsvorschlag für eine Verfahrensverordnung bei der Beihilfenkontrolle, EuZW 1998, S. 268 ff. (269).

82 Vgl. dazu etwa die „Buy Irish“-Entscheidung des EuGH Rs. 249/81, Slg. 1982, S. 4005 ff. *Kommission/Irland*.

83 So Frick (Anm. 31), S. 51.

spürbaren Vorteils.⁸⁴ Beihilfen, die lediglich eine leichte und vorübergehende Störung des Wettbewerbs bedingen, seien nicht als schädlich einzustufen und wären daher auch nicht von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag untersagt.⁸⁵ In den Kreis dieser wettbewerbsunschädlichen Beihilfen dürften aber ausschließlich die sogenannten *De-minimis*-Beihilfen⁸⁶ fallen, die „ganz offensichtlich den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht spürbar zu verfälschen drohen“.⁸⁷

Maßgebliches Kriterium für den oben genannten Ansatz sollte vielmehr sein, ob die zweitbegünstigende Verwendungsaufgabe eine (faktisch) diskriminierende Ausrichtung aufweist. Die den mittelbaren Vorteil zum letztbegünstigten Unternehmen transportierende Zweitbegünstigungsklausel unterfiele nur dann dem Beihilfenverbot, wenn sie innerhalb eines – im Einzelfall genau zu bestimmenden – räumlich oder sachlich relevanten Marktes schon ihrer Konzeption nach nicht alle Unternehmen oder Produktionszweige erfaßt, die sie prinzipiell innerhalb des Regulierungstatbestandes erfassen könnte. Die hieraus folgende Einschränkung der Anwendung des Beihilfenverbots auf mittelbare Begünstigungsmechanismen steht im Einklang mit dem Normzweck des Art. 87 EGV und läßt sich unmittelbar aus dem bereits angesprochenen Ausnahmetatbestand des Art. 87 Abs. 2 lit. a) EGV entwickeln. Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher sind danach mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden. Im Umkehrschluß bedeutet dies: Verbraucherbeihilfen, die mit einer nach der Produkt- oder Dienstleistungsherkunft diskriminierenden Verwendungsaufgabe verbunden werden, unterliegen der Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV. Die mit der Verbraucherbeihilfe gekoppelte Zweitbegünstigungsklausel kann die Maßnahme zur tatbestandlich erheblichen Beihilfe machen. Diese Überlegung besagt verallgemeinert: Sind Beihilfen, die nicht an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige ausgereicht werden, mit Verwendungszweckbindungen verbunden, dann bringt diese Zweitbegünstigungsklausel die staatliche Maßnahme in den Tatbestandsbereich des Beihilfenverbots gemäß Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, wenn hierdurch gezielt einzelne Unternehmen oder Produktionszweige zu Lasten ihrer Wettbewerber gefördert werden. Die Verwendungs- oder Bezugsauflage verändert somit den Wesensgehalt einer ansonsten beihilfenrechtlich unproblematischen Sozial- oder Verbrauchersubvention. Das Kriterium der diskriminierenden Verwendungsaufgabe als beihilfenrechtliches Qualifikationsmerkmal für mittelbare Begünstigungsfälle ermöglichte insbesondere eine sachgerechte Differenzierung zwischen Beihilfefällen, in denen die mit-

84 EuGH Rs. 248/84, S. 4036 ff.; dem folgend auch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 81 EG-Vertrag, vgl. z.B. EuGH Rs. 258/78, Slg. 1982, S. 2015 ff. (2069) *Nungesser/Kommission*, und die Entscheidungspraxis der Kommission, vgl. Entscheidung der Kommission v. 15.7.1987, ABLEG 1987 Nr. L 347 v. 11.12.1987 S. 64.

85 So z.B. bei *Kessler*, Zur Auslegung des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag, DÖV 1977, S. 621 ff.; *Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung: ein Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Ordnungspolitik, Münster 1993, S. 129.

86 Z.Zt. 100 000 Euro, die einem Unternehmen in einem Zeitraum von drei Jahren ab der Gewährung der ersten Zuwendungstranche insgesamt gewährt werden; vgl. Mitteilung der Kommission über „de minimis“-Beihilfen vom 6.3.1996, ABLEG 1996 Nr. C 68 S. 9.

87 ABLEG 1996 Nr. C 68 S. 9.

telbare Begünstigung als bloßer Nebeneffekt zugunsten von Unternehmen oder Produktionszweigen entsteht, und zielgerichteten Begünstigungen, bei denen der mittelbare Transfer gerade der Umgehung des Beihilfenverbots dient. Auf diesem Wege könnte angesichts der vielfältigen wirtschaftlich relevanten Einflußnahmen der öffentlichen Hand am ehesten die notwendige Rechtssicherheit für alle Beteiligten geschaffen werden und trotzdem ein hohes Schutzniveau gegen wettbewerbsverzerrende Beihilfen gewährleistet bleiben.

Dies wäre jedoch nur dann tatsächlich der Fall, wenn die Kommission den Nachweis einer bestehenden, diskriminierenden Zweitbegünstigung auf eine umfassende Analyse der Auswirkungen der mittelbaren Begünstigung auf den Wettbewerb gründete. Dabei wäre insbesondere auf das Konzept des relevanten Marktes anstatt auf grobe sektor- und industriebezogene Raster abzustellen.⁸⁸ Das Kriterium des relevanten Marktes erlaubt nämlich die Überprüfung der Auswirkungen der Beihilfe auf konkurrierende Unternehmen bzw. Produktionszweige in anderen Mitgliedstaaten, soweit diese auf demselben sachlich und räumlich eingegrenzten Markt tätig sind.

IV. Fazit

Mittelbare Begünstigungen sind nicht von vornherein dem EG-Beihilfentatbestand entzogen. Vielmehr sind auch indirekte Vorteilsgewährungen zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige grundsätzlich vom Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV erfaßt. Im Einzelfall ist daher auch in derartigen Fällen mit Hilfe der Wirkungsanalyse festzustellen, ob die konkrete Maßnahme bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen wirtschaftlichen Vorteil einräumt, der nicht durch eine marktübliche Gegenleistung ausgeglichen wird.⁸⁹ Einen typischen mittelbaren Begünstigungsmechanismus stellen verbrauchervermittelte Beihilfen dar, die sich durch eine besondere Verwendungsauflage zugunsten bestimmter Produkte oder Dienstleistungen kennzeichnen. Diese Zweitbegünstigungsklauseln können Nachfrageströme beeinflussen und dadurch die Marktstellung der begünstigten Unternehmen erheblich verbessern. Die für diese Begünstigungsmechanismen typische Dreieckskonstellation verhindert regelmäßig den Nachweis einer beihilfentatbestandsausschließenden Gegenleistung. Dies kann jedoch nicht durch die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Allokationseffekte im Rahmen des Leistungs-/Gegenleistungskonzepts ausgeglichen werden. Der Rückgriff auf die Allokationswirkungen einer Beihilfengewährung als Ausschlußtatbestand scheidet nicht nur wegen der damit einhergehenden Aufweichung des Beihilfentatbestands aus. Während die Kommission nach dem gegenwärtigen Stand des Beihilfenrechts gesamtwirtschaftliche Regulierungsansätze nur restriktiv im Rahmen

der Ermessensausnahmen nach Art. 87 Abs. 3 EGV und in viel engerem Maße im Rahmen der Bereichsausnahmen nach Absatz 2 verfolgen kann, würde bei einer Berücksichtigung von gesamtwirtschaftlichen Allokationseffekten zur Bestimmung der beihilfentatbestandsausschließenden Gegenleistung die wirtschafts- und industriepolitische Zugriffsmacht der Kommission horizontal auf die gesamte Beihilfenkontrollpolitik erstreckt. Hierdurch würden die Kontrollbefugnisse der Kommission für die allgemeine Wirtschafts- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten erheblich ausgeweitet. Der für mittelbare Begünstigungsmechanismen typischen Dreieckskonstellation kann jedoch durch das (tatbestandseinschränkende) Kriterium der diskriminierenden Verwendungsauflage Rechnung getragen werden. Die staatliche Regelung unterfällt danach nur dann dem Beihilfenverbot, wenn sie innerhalb eines räumlich und sachlich relevanten Marktes weder nach ihrer Konzeption noch nach ihrer faktischen Wirkung nicht alle Unternehmen oder Produktionszweige erfaßt, die sie prinzipiell innerhalb des Regulierungstatbestandes erfassen könnte.

⁸⁸ Vgl. dazu Koenig/Kühling (Anm. 3), S. 518.

⁸⁹ So auch Koschyk (Anm. 35), S. 135 ff.; Mederer (Anm. 32), Art. 92 Rz. 7; Modlich (Anm. 36), S. 60 ff.; Rengeling (Anm. 4), S. 27; Seidel, Aktuelle Rechtsprobleme der Subventionsgewährung, S. 60, 68 f.; v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, 3. Aufl., München 1998, Art. 92 Rz. 8.