

Haushalts- und Beihilferecht der EU

Verfahren, Ausführung, Kontrolle

Bearbeitet von
Andreas Reus, Dr. Peter Mühlhausen, Dr. Andreas Stöhr

II. Der Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV

1. Abgrenzung und Erscheinungsformen

Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt den Begriff der Beihilfe voraus und verzichtet damit darauf, ihn zu definieren (*Doerfert*, Europarecht, 2012, Rn. 305). Daher sind eine ausufernde Rechtsprechung und eine nicht mehr zu überblickende Fülle an Literatur von dem Bemühen um ein zutreffendes Begriffsverständnis getragen. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die **fehlende begriffliche Konsequenz**. So werden Begriffe wie Subvention, Finanzhilfe oder Zuwendung zuweilen synonym für den Begriff der Beihilfe verwendet (*Hobe*, Europarecht, 2014, Rn. 1071). Beispielhaft sei dies anhand des Begriffspaares „Subvention – Beihilfe“ aufgezeigt, denn diesbezüglich war auch der Europäische Gerichtshof schon früh um Abgrenzung bemüht (EuGH, Urteil vom 23. Februar 1961, Rs. C-30/59 = Slg. 1961, 3 – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen Limburg/Hohe Behörde). Er stellte fest, dass der Begriff der Beihilfe weiter sei als der Begriff der Subvention. Jener umfasse nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form Belastungen vermindern, die Unternehmen normalerweise zu tragen haben, und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes seien, diesen aber nach Art und Wirkung gleich stehen (vgl. auch *Soltész* NJW 2014, 3128, 3128).

Weiterhin gelangte der Europäische Gerichtshof (EuGH, Urteil vom 23. Februar 1961, Rs. C-30/59 = Slg. 1961, 3, Tz. 42 – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen Limburg/Hohe Behörde) zu der Einschätzung, dass nach dem **allgemeinen Sprachgebrauch** eine Subvention eine Geld- oder Sachleistung darstelle, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgelts liegt, das der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet. In der Beihilfe werde – so der Europäische Gerichtshof weiter – allgemein ein hiermit eng verwandter Vorgang gesehen, der jedoch insofern in stärkerem Maße zweckbetont sei, als Beihilfen speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen würden, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden könnten. Im Ergebnis charakterisiert der Europäische Gerichtshof den Begriff der Beihilfe als einen umfassenden, der nicht allein positive Leistungen umschreibt, sondern schlechthin „Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat“. Zu unterscheiden sind demnach also positive und negative Beihilfen. Dieses **umfassende Verständnis** birgt heute Art. 107 Abs. 1 AEUV, wo von „Beihilfen gleich welcher Art“ die Rede ist.

Für **positive Beihilfen** ist die Gewährung staatlicher Mittel kennzeichnend, die zu einer solchen wirtschaftlichen Vergünstigung führen, die das

Unternehmen unter normalen Bedingungen nicht erhalten hätte. Zu prüfen ist damit, ob das Unternehmen von solchen Kosten entlastet wird, die es unter marktüblichen Bedingungen selbst hätte bestreiten müssen. Einen Unterfall der positiven Beihilfen bilden die **Naturzuwendungen**. Bei diesen handelt es sich um Unterstützungsleistungen nicht pekuniärer Art, wie beispielsweise die Überlassung von Grundstücken oder Gebäuden. Unter diese Naturzuwendungen fallen darüber hinaus die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen durch die öffentliche Hand.

- 15 Demgegenüber sind **negative Beihilfen** durch die Verschonung grundsätzlich geschuldeter Leistungen an die öffentliche Hand gekennzeichnet. Prägend sind mithin Belastungsminderungen. Unerheblich ist dabei, ob es sich um die Entscheidung des Gesetzgebers oder um eine Einzelfallentscheidung handelt, die diese Belastungsminderung bewirkt. Maßgeblich ist der Vergleich des Status quo ante mit der neu geschaffenen wirtschaftlichen Situation (siehe zum Ganzen *Schwarz*, Deutsches und Europäisches Subventionsrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Veranstaltungsübersicht Sommersemester 2016, S. 14).
- 16 Vom 19. Juli 2016 datiert die „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (Amtsblatt 2016, C 262/01).

2. Die fünf Tatbestandsmerkmale

- 17 „Von zentraler Bedeutung“ (*Soltész* NJW 2014, 3128, 3129) ist die Frage, ob eine Maßnahme als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist. Denn liegt eine solche Beihilfe vor, greift die Verpflichtung zu deren Anmeldung, der sog. **Notifizierung**. So bestimmt Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, dass die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet wird, dass sie sich dazu äußern kann. Unterbleibt die gebotene Notifizierung stehen nachteilige Konsequenzen im Raum. Insbesondere ist an die Verpflichtung zur Rückzahlung der zu Unrecht gewährten Beihilfe zu denken.
- 18 Der das grundsätzliche Beihilfenverbot regelnde Art. 107 Abs. 1 AEUV birgt **fünf Tatbestandsmerkmale**. Diese müssen sämtlich erfüllt sein, um eine Beihilfe zu bejahen: Soweit nämlich in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.
- 19 Weil der Begriff der Beihilfe ein **objektiver Begriff** ist (dazu auch *Schroeder* EuZW 2015, 207, 207), kommt es zum einen nicht darauf an,

„ob die Beihilfe bewusst oder gar schuldhaft gewährt wird.“ Ebenso wenig ist entscheidend, „ob mit der Beihilfe wirtschafts-, sozial-, gesundheits-, umweltpolitische oder andere Ziele verfolgt werden“, denn allein maßgeblich ist die **begünstigende Wirkung** der Maßnahme (*Jennert/Risch*, in Handbuch Europäisches Beihilferecht, S. 14). Sofern auch nur eines der fünf Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist, liegt keine Beihilfe im Sinne dieser Regelung vor. Beihilferechtliche Beschränkungen bestehen für eine solche Maßnahme dann freilich nicht. Davon ausgehend bedürfen diese fünf Tatbestandsmerkmale der näheren Betrachtung.

a) Begünstigung. (1) Wirtschaftlicher Vorteil. Für das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung findet sich im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union keine Begriffsbestimmung. Ausgehend vom Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV und von dessen Zweck, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, ist mit dem Europäischen Gerichtshof eine weite Auslegung des in Rede stehenden Tatbestandsmerkmals geboten (EuGH, Urteil vom 8. November 2011, Rs. C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Tz. 38 = DVBl 2002, 186; vgl. auch *Hobe*, Europarecht, 2014, Rn. 1074). Maßgeblich ist die Überlegung, dass die Wirkung einer Beihilfe darin bestehen kann, dass das eine Unterstützung erhaltende Unternehmen seine Produkte zu günstigeren Bedingungen am Markt anbieten kann als solche Unternehmen, denen dieser wirtschaftliche Vorteil verwehrt bleibt. Dies wiederum kann dazu führen, dass ein unrentables Unternehmen am Markt gehalten wird. Eine Verzerrung des Wettbewerbs ist die Folge. Der freie Warenverkehr wird gehemmt, der Binnenmarkt beeinträchtigt. Dies zu verhindern ist aber der Zweck des Beihilfenverbots. Die bis dahin angestellten Überlegungen leiten zu der Begriffsbestimmung, wonach eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV **jeder wirtschaftliche Vorteil ist, den ein Unternehmen ohne angemessene Gegenleistung erlangt** (*Hobe*, Europarecht, 2014, Rn. 1074f). Damit ist die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen eine solche, angemessene Gegenleistung vorliegt.

(2) Fremdvergleich. Um die Angemessenheit der Gegenleistung beurteilen zu können, ist auf die Marktüblichkeit abzustellen. Mit der Marktüblichkeit stellt sich die weitere Frage, wie sich ein Privater in der konkreten Situation verhalten hätte, in der von Seiten des Staates eine unterstützende Maßnahme gewährt wird. Die Antwort gibt der **Private-Investor-Test**. Neben dem Begriff „private investor“ findet sich auch der Begriff „market economy investor“. Im Zuge dieses Tests bedarf der Prüfung, ob die staatliche Maßnahme unter solchen Bedingungen vollzogen wurde, die für einen hypothetischen Vergleichsinvestor als Kapitalgeber unter den üblichen und normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen akzeptabel wären. Dabei ist für den Test der Zeitpunkt der Investitionsentscheidung maßgeblich. Einzubeziehen sind auch die Einschätzungen eines hypothetischen „long term investors“, das heißt auch langfristige Investitionsstrategien

(*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1195). Kerngedanke des Private-Investor-Tests ist damit ein Fremdvergleich (*Demper* Komm-Jur 2016, 90, 91). Dieser Fremdvergleich ist letztlich nichts anderes als ein Drittvergleich, der auch aus anderen Rechtsgebieten wie etwa dem Steuerrecht bekannt ist (*Jennert/Risch*, in Handbuch Europäisches Beihilferecht, S. 13).

- 22 Den **Vergleichsmaßstab des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers** hat das Europäische Gericht insbesondere in seiner die Maxhütte Stahlwerke betreffenden Entscheidung hervorgehoben (EuG, Urteil vom 21. Januar 1999, Slg. 1999, II-17, Tz. 104 und 105 = ZIP 1999, 153). Demnach stehe fest, dass die im Rahmen der streitgegenständlichen Privatisierung vorgesehenen Finanzhilfen und die vom Freistaat Bayern gewährten Darlehen eine Übertragung öffentlicher Mittel auf ein Stahlunternehmen darstellen. Um entscheiden zu können, ob eine solche Übertragung eine Beihilfe darstellt, sei zu prüfen, ob ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die Einrichtung des öffentlichen Sektors in vergleichbarer Lage eine Kapitalhilfe dieses Umfangs hätte gewähren können. Das Kriterium des Verhaltens eines privaten Investors sei eine Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung des öffentlichen und des privaten Sektors. Nach diesem Grundsatz seien Mittel, die der Staat einem Unternehmen direkt oder indirekt unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung stellt, nicht als staatliche Beihilfen anzusehen. Eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt also dann nicht vor, wenn das Handeln des Staates – Fremdvergleich – dem eines potenziellen privaten Kapitalgebers entspricht. „Tritt der Staat wie andere Teilnehmer am Wirtschaftsleben auf und verhält sich wettbewerbskonform, bedarf es keiner Regulierung mittels des Europäischen Beihilfenrechts“ (*Hobe*, Europarecht, 2014, Rn. 1075).

- 23 „Der Grundsatz des ‚market economy/private investors‘ wird von Kommission und Unionsgerichten im Rahmen der Prüfung des Begünstigungscharakters einer – irgendwie gearteten – Leistung der öffentlichen Hand auf alle Bereiche der staatlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr angewandt und wurde teilweise hinsichtlich besonderer Formen staatlicher Mittelgewährungen konkretisiert“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1195). Entsprechende Ausprägungen des Private-Investor-Tests sind der sog. **Private-Vendor-Test** und der **Private-Purchaser-Test**. Diese Tests dienen der Bestimmung der Marktangemessenheit bei Verkaufs- oder Kaufaktivitäten der öffentlichen Hand. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, „ob sich die öffentliche Hand hinsichtlich der gesamten Vertragsgestaltung und Umsetzung, insbesondere bei der Festlegung etwaiger Verkaufs- bzw. Kaufbedingungen wie jeder andere (hypothetische) marktwirtschaftlich handelnde Verkäufer bzw. Käufer in der gleichen Situation verhalten hat“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1195; vgl. auch Entscheidung der Kommission vom 30. April 2008, Amtsblatt 2008, Nr. L 239, 32 – Privatisierung der Bank Burgenland).

Eine weitere Ausprägung des Private-Investor-Tests bildet schließlich der **Private-Creditor-Test**. Dieser Test soll darüber Auskunft geben, „wann eine Rückzahlungsmodalität bzw. ein Rückzahlungsverzicht als Begünstigung im Sinne des EU-Beihilfenrechts einzuordnen ist. Dazu wird der Staat mangels Vergleichbarkeit mit einem privaten Investor als öffentlicher Gläubiger der Forderung angesehen und darauf abgestellt, ob ein hypothetischer privater Gläubiger im Sinne einer bestmöglichen Durchsetzung seiner Forderungen einem Schuldner, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, dieselben Rückzahlungsmodalitäten eingeräumt hätte, wie der öffentliche Gläubiger“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1196). 24

Ergänzend zu diesen sich auf konkrete Konstellationen beziehenden Tests hat die Kommission „für spezielle Formen der staatlichen Beteiligung am Wirtschaftsverkehr zugunsten von Unternehmen eigene Regelwerke entwickelt“. Neben der **Bürgschaftsmitteilung** (Amtsblatt 2008, Nr. C 155, 10; geändert durch die Berichtigung vom 25. September 2008, Amtsblatt 2008, Nr. C 244, 32) ist insbesondere die **Grundstücksmitteilung** (Amtsblatt 1997, Nr. C 209, 3) zu nennen. Diese Mitteilungen haben zwar nicht die Qualität von Rechtsnormen, bieten jedoch „wichtige Orientierungshilfen zur EU-beihilferechtskonformen Gestaltung der entsprechenden Rechtsgeschäfte“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1196). 25

(3) **Beihilferechtliches Bietverfahren**. Eine weitere Methode zur Klärung der Angemessenheitsfrage besteht mit dem beihilferechtlichen Bietverfahren. Dieses ist nicht mit vergaberechtlichen Verfahren zu verwechseln. Das beihilferechtliche Bietverfahren betrifft solche Fälle, in denen „aufgrund komplexer Vertragsstrukturen bei der Beteiligung der öffentlichen Hand die Marktangemessenheit von Leistung und Gegenleistung nicht ohne Weiteres anhand von Vergleichsmärkten bestimmt werden kann“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1197). Dieses Verfahren gelangt insbesondere bei der Infrastrukturförderung zur Anwendung. Entsprechende Infrastrukturprojekte werden häufig als **Public-Private-Partnership** realisiert. Hier stellt sich dann regelmäßig die Frage, „wie der Private, soweit er von der öffentlichen Hand unterstützt wird, in das Vorhaben eingebunden werden kann“, ohne gegen das EU-Beihilfenrecht zu verstoßen. Ein geeignetes Instrument zum Ausschluss des Beihilfentatbestands ist in diesen Fällen das offene Ausschreibungsverfahren, wobei neben dem Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit auch das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot zu beachten sind. Durch die Beteiligung aller potenziellen Bieter wird ein transparenter Markt erzeugt. Dieser gestattet die Bestimmung der Angemessenheit der Gegenleistung (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1197). 26

Der Europäische Gerichtshof stellte in diesem Zusammenhang fest (EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Rs. C-390/98, Slg. 2001, I-6117, Tz. 77 – Banks), dass die staatlichen Nachfolgesellschaften von British Coal später im Rahmen einer offenen und durch Wettbewerb gekennzeichneten 27

neten Ausschreibung zu Marktbedingungen erworben wurden. Aus dieser Tatsache sei zu schließen, dass das Beihilfeelement, das British Coal und den genannten staatlichen Gesellschaften zu Gute kam, bei den privaten Zuschlagsempfängern nicht vorhanden sei. Da diese Zuschlagsempfänger die fraglichen Gesellschaften unter nicht diskriminierenden Wettbewerbsbedingungen und definitionsgemäß zum **Marktpreis** erworben hätten, das heißt zum höchsten Preis, den ein privater Investor unter normalen Wettbewerbsbedingungen für diese Gesellschaften in der Situation, in der sie sich – insbesondere nach dem Erhalt der staatlichen Beihilfe – befanden, zu zahlen bereit war, sei das Beihilfeelement zum Marktpreis bewertet und in den Kaufpreis einbezogen worden. Unter diesen Umständen könnten die Zuschlagsempfänger nicht als Nutznießer eines Vorteils gegenüber den übrigen Marktteilnehmern angesehen werden. Von den privaten Zuschlagsempfängern habe daher nicht verlangt werden können, das betreffende Beihilfeelement zurückzuzahlen.

- 28 **(4) Objektives Wertgutachten.** Zwar ist wegen der tatsächlichen Wettbewerbssituation das beihilferechtliche Bietverfahren grundsätzlich vorzugswürdig, jedoch akzeptiert der Europäische Gerichtshof jede zur Ermittlung der marktüblichen Gegenleistung konkret geeignete Methode (EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-239/09, Slg. 2010, I-13083, Tz. 39 – BVVG). Damit kommt methodisch auch die Erstellung eines objektiven Wertgutachtens durch **unabhängige Sachverständige** in Betracht. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-239/09, Slg. 2010, I-13083, Tz. 35 und 43 – BVVG) ist es jedoch erforderlich, dass solche Wertgutachten „im Hinblick auf etwaige Begünstigungswirkungen eine umfassende Bewertung des jeweils geförderten Projektes unter Berücksichtigung sämtlicher Leistungsebenen und Beteiligungskonstellationen und unter gleichzeitiger Einpreisung aller Leistungs-/Gegenleistungselemente vornehmen müssen, verbunden mit einem Aktualisierungsmechanismus, der eine möglichst genaue Annäherung an den tatsächlichen Marktwert ermöglicht“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1198).

- 29 **b) Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen.**

(1) Differenzierung. Das in Rede stehende Tatbestandsmerkmal birgt „eines der gegenwärtig umstrittensten Elemente des Beihilfiebegriffs“ (*Schroeder* EuZW 2015, 207, 207). Art. 107 Abs. 1 AEUV bezieht sich auf staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen. Folglich erfasst dieses Tatbestandsmerkmal im Grundsatz alle Beihilfen der Mitgliedstaaten, nicht jedoch Beihilfen der Europäischen Union (*Khan* in Geiger/Khan/Kotzur AEUV Art. 107 Rn. 5). Die Differenzierung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen bezweckt dem Europäischen Gerichtshof zufolge (EuGH, Urteil vom 7. Mai 1998, Rs. C-52/97, Slg. 1998, I-2629, Tz. 13 = EuZW 1998, 473), in den Beihilfiebegriff die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile ebenso einzubeziehen wie die Vorteile, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentli-

che oder private Einrichtung gewährt werden. Staatliche Beihilfen stammen also unmittelbar vom Staat, Beihilfen aus staatlichen Mitteln sind dem Staat mittelbar zuzurechnen. **Unmittelbarkeit** in diesem Sinne ist für die Bundes- und Landesverwaltung zu bejahen, **Mittelbarkeit** beispielsweise für kommunale Körperschaften, Körperschaften des öffentlichen Rechts, Anstalten, Stiftungen und öffentliche Banken, freilich vorausgesetzt, dass die Maßnahmen direkt oder indirekt öffentliche Haushalte belasten (vertiefend *Soltész* EuZW 2011, 254, 254 ff.). Adressat der Beihilfenaufsicht und der Anmeldebefugnis ist die höchste mitgliedstaatliche Stelle, in Deutschland also die Bundesregierung und als Ressort das Bundeswirtschaftsministerium (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1201).

Zwar ist die **Abgrenzung** der staatlichen Beihilfen gegenüber den aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen dogmatisch von Interesse, für die Praxis jedoch eher unergiebig. Denn beide Alternativen führen zu derselben Rechtsfolge, sofern die übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt sind. Demgemäß findet sich in der Rechtsprechung auch eine Reihe solcher Entscheidungen, die diese Abgrenzung offen lassen. So führte der Europäische Gerichtshof bereits 1999 aus (EuGH, Urteil vom 21. März 1999, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433 – Italien/Kommission), dass (zwar) nach ständiger Rechtsprechung danach zu unterscheiden sei, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werde. In der vorliegenden Rechtssache werde (aber) aus den Akten mehrfach deutlich, dass die streitgegenständlichen Kapitalzuschüsse dem italienischen Staat zuzurechnende Verhaltensweisen seien. Demnach kommt es allein auf die dem Staat zuzurechnenden Verhaltensweisen an. Es kann offen bleiben, ob staatliche Beihilfen oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen inmitten stehen. Entscheidend ist letztlich die **Belastung öffentlicher Haushalte** durch die betreffenden Maßnahmen (vgl. vertiefend *Cremer* in *Calliess/Ruffert* AEUV Art. 107 Rn. 29).

(2) Ausgliederungen. Da sich die Mitgliedstaaten durch Ausgliederung der die Unternehmen begünstigenden Einheiten aus der unmittelbaren Staatsverwaltung aus dem Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV heraus organisieren könnten, muss in solchen Fällen, in denen vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen Beihilfen gewähren, eine **Zurechnung** möglich sein. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts ist der Kreis der staatlich benannten Einrichtungen weit zu ziehen. Für die Zurechnung der Maßnahme an den Mitgliedstaat reicht aus, „wenn eine durch Gesetz geschaffene öffentliche Einrichtung mit Sonderaufgaben (*Etablissement public spécial*) eine Beihilfe leistet.“ Danach können für eine staatliche Beeinflussung „der bloße hoheitliche Gründungsakt der Einrichtung“ sowie „die gesetzliche Festlegung der Aufgaben der Einrichtung“ ausreichen. Auf die rechtliche Unabhängigkeit der Einrichtung gegenüber staatlichen Instanzen kommt es nicht an (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1202).

- 32 Nach Überzeugung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Tz. 52 – Stardust Marine) reicht die Mittelvergabe durch ein öffentliches Unternehmen nicht aus, um diese dem jeweiligen Mitgliedstaat zurechnen zu können. Selbst dann, wenn der Staat in der Lage ist, ein öffentliches Unternehmen zu kontrollieren und einen beherrschenden Einfluss auf dessen Tätigkeit auszuüben, könne nicht ohne weiteres vermutet werden, dass diese Kontrolle im konkreten Fall auch tatsächlich ausgeübt wird. Ein öffentliches Unternehmen könne je nach Maß an Selbständigkeit, das ihm der Staat belässt, mehr oder weniger unabhängig handeln. Die bloße Tatsache, dass ein solches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle stehe, genüge daher nicht, um Maßnahmen dieses Unternehmens dem Staat zuzurechnen. Es müsse außerdem geprüft werden, ob die mitgliedstaatlichen Behörden in irgendeiner Weise am Erlass beihilferechtsrelevanter Maßnahmen beteiligt waren. Diese **behördliche Beteiligung am Erlass einer Beihilfemaßnahme** bestimmte der Europäische Gerichtshof nach einer Vielzahl einzelfallabhängiger Indizien. So könnten für die Zurechenbarkeit eines öffentlichen Unternehmens an den Staat „seine Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art seiner Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern, der Rechtsstatus des Unternehmens, ob es also dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt, die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung oder jedes andere Indiz“ von Bedeutung sein (EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Tz. 56 – Stardust Marine).
- 33 In der nachfolgenden Judikatur verzichtete der Europäische Gerichtshof allerdings „auf eine kumulative Prüfung der zuvor aufgestellten formellen und materiellen Kriterien“ und hat „konzentriert darauf abgestellt, auf wessen **Initiative** die zu untersuchende Maßnahme zurückgeht“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1202). So verneinte er (EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, Rs. C-345/02, Slg. 2004, I-7139 – Pearle) die staatliche Zurechenbarkeit, „da die Initiative für die fragliche Maßnahme nicht von dem öffentlich-rechtlichen Verband ausging, sondern von einer privaten Vereinigung und somit ‚in keiner Weise Teil einer von den niederländischen Behörden definierten Politik‘ gewesen ist.“ Im Ergebnis stellte der Europäische Gerichtshof darauf ab, „auf wessen – den Fördervorgang tatsächlich beherrschende – Initiative die Erhebung und die daran anschließende Verteilung der Mittel zurückgehen“ (*Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2014, Rn. 1202).
- 34 (3) **Einzelfälle. Der Preussen-Elektra-Entscheidung** des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 = DÖV 2001, 554) lag eine gesetzliche Regelung zugrunde, „durch die private Elektrizitätsunternehmen verpflichtet wurden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen (von sog. Regionalerzeugern) zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen Wert liegen“ (*Cremer* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 107