

Leistungen der Daseinsvorsorge - Maßgaben des EG-Rechts am Beispiel des europäischen Beihilfenrechts

Steffen Hörner

Können Leistungen der Daseinsvorsorge von Privaten nicht wirtschaftlich erbracht werden, ist ein staatlich finanzierter Ausgleich erforderlich. Nach den Maßgaben des nationalen Verfassungsrechts ist dies unter dem Aspekt des Gleichheitsgebots vielfach geboten. Welche Vorgaben macht dazu aber das europäische Beihilfenrecht? Kann es gelingen die Maßstäbe des nationalen und des europäischen Rechts so auszutarieren, dass ein widerspruchsfreies Ergebnis entsteht? Und wie sind Situationen zu behandeln, in denen Ausgleichsleistungen nicht direkt aus staatlichen Mitteln fließen? Der Beantwortung dieser – für die politische und verwaltungsrechtliche Praxis bedeutsamer - Fragen widmet sich dieser Beitrag.

I.	Europarechtliche Grundlagen	238
1.	Die europäische Wirtschaftsordnung	238
2.	Das europäische Beihilfenrecht.....	238
a.	Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG	238
b.	Verhältnis zu den Grundfreiheiten.....	238
c.	Verfahren der Beihilfenaufsicht	239
II.	Der Begriff der Daseinsvorsorge	240
1.	Die historische Entwicklung	240
2.	Der Inhalt des Begriffes der Daseinsvorsorge	240
3.	Die Bedeutung der Daseinsvorsorge in Europa.....	241
III.	Der Fall Altmark	242
1.	Sachverhalt	242
2.	Beurteilung nach deutschem Recht	243
3.	Wertung nach Europarecht.....	244
a.	Die Regelungen der VO (EWG) Nr. 1191/69 und des Art 73 EG.....	244
b.	Verhältnis der VO (EWG) Nr. 1191/69 zum Primärrecht	245
c.	Voraussetzungen für eine Bereichsausnahme.....	245
d.	Die Regelung des Art. 87 EG	246
(1)	Problemstellung: Tatbestands- und Rechtfertigungslösung	246
(2)	Zeitliche Entwicklung: verschiedene Positionen	246
(3)	Streitstand vor der Altmark Entscheidung	247
(4)	Die Lösung des EuGH in der Altmark Entscheidung	249

e.	Bewertung der Altmark Entscheidung.....	250
(1)	Wettbewerbsfreiheit	250
(2)	Keine Begünstigung durch Aufgabeninhalt	250
(3)	Einbeziehung von angemessenem Gewinn	251
(4)	Form der Betrauung bzw. Verpflichtung	251
f.	Parallelen zur nationalen Rechtsordnung: das Äquivalenzprinzip	252
IV.	Der Fall Preußen Elektra.....	253
1.	Sachverhalt	253
2.	Beurteilung nach deutschem Recht	253
a.	Regeln zur Sonderabgabe sind nicht ohne weiteres anzunehmen	254
b.	Anwendung des Finanzverfassungsrechts	255
c.	Stellungnahme	256
3.	Wertung nach Europarecht	257
a.	EuGH: Quersubventionierung keine Beihilfe.....	257
b.	Zurechnung als Beihilfe aus staatlichen Mitteln.....	257
c.	Stellungnahme	258
(1)	Eigentümerstruktur des leistenden Dritten	258
(2)	Wortlautauslegung	258
(3)	Freiwilligkeit des leistenden Dritten	258
(4)	Schwerpunkt des Gesetzeszwecks	259
d.	Weitere Subsumtion des Art 87 Abs 1. EG	260
e.	Rechtfertigungsmaßstäbe des Beihilfenrechts	261
(1)	Regelung der Art 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG.....	261
(2)	Rechtfertigung gem. Art 86 Abs. 2 EG.....	262
(3)	Die Rolle des nationalen Rechts auf der Ebene des Art 86 Abs. 2 EG	262
(a)	Die nationalen Ziele im Rahmen des Art 86 Abs. 2 EG.....	262
(b)	weitere Parallelen zum nationalen Recht.....	263
(c)	Unterschiede zur nationalen Rechtsordnung	263
(4)	Die weiteren Voraussetzungen des Art 86 Abs. 2 EG	263
f.	Rechtslage bei Äquivalenz	264
V.	Zusammenfassung: Verzahnung von nationalem und europäischem Recht	264
VI.	Exkurs 1: Grundfreiheitsliche Prüfung	265
1.	Die Seite der Stromerzeuger.....	265
2.	Die Seite der Netzbetreiber	266
VII.	Exkurs 2: Beihilfenrecht und das nationale Steuerrecht	266
1.	Die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf das nationale Steuerrecht.....	267
2.	Das Leistungsfähigkeitsprinzip	267
a.	Element des nationalen Rechts	267
b.	Leistungsfähigkeitsprinzip im Europarecht.....	268
3.	Allg. Rechtsgrundsatz des Europarechts	268
a.	Lücke im Europarecht	268
b.	Eignung des Leistungsfähigkeitsprinzips zur Lückenschließung.....	269

I. Europarechtliche Grundlagen

1. Die europäische Wirtschaftsordnung

- 1 Während das Bundesverfassungsgericht annimmt, das Grundgesetz sei wirtschaftspolitisch von neutralem Charakter¹, legt sich der EG-Vertrag klar fest: Innerhalb seines Anwendungsbereiches soll eine marktwirtschaftliche Ordnung gelten. Dies geht zunächst hervor aus Art. 2 EG, der die Errichtung eines gemeinsamen Marktes als primäre Aufgabe der Gemeinschaft bestimmt. Weiterhin wird dies deutlich aus den Art. 3 und 4 EG: Die in ihnen beschriebenen Tätigkeiten und Politiken zielen eindeutig auf eine offene Marktwirtschaft ab, was in Art 4 Abs. 1 EG auch aus dem Wortlaut deutlich wird („ (...) und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.“). Verstärkt wird diese primärrechtliche Grundentscheidung durch Art. 14 EG, der das Binnenmarktkonzept näher bestimmt.²

2. Das europäische Beihilfenrecht

a. Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG

- 2 Das europäische Beihilfenrecht ist ein wesentlicher Bestandteil des europäischen Wettbewerbsrechts. Es ist in den Art. 87 ff. EG geregelt. Auszugehen ist vom Tatbestand des Art 87 Abs. 1 EG. Es sind danach mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar „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, (...) soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.“ Der EuGH versteht unter dem Begriff der Beihilfe jede staatliche Maßnahme verschiedener Form, die diejenigen Belastungen vermindert, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Es zählen dazu sowohl positive Leistungen als auch Verschonungen oder Erleichterungen von staatlich auferlegten Leistungsverpflichtungen. Der Beihilfenbegriff ist grundsätzlich weit zu verstehen.³

b. Verhältnis zu den Grundfreiheiten

- 3 Im Verhältnis des Beihilfenrechts zu den Grundfreiheiten besteht der wesentliche Unterschied darin, dass die Grundfreiheiten einerseits unmittelbar anwendbar sind, während die Regelungen des Beihilfenrechts einer Konkretisierung durch die

¹ BVerfGE 4, 7 (17f.); 50, 290 (388).

² Streinz, Europarecht, 6. Auflage 2003, Rn. 800.

³ EuGH, Rs. 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenlijnen in Limburg/ Hohe Behörde, Slg 1961, 1/ 43 = KP Nr. 160.

Gemeinschaftsorgane bedürfen. Für das Verfahren der Beihilfenaufsicht hat dies einerseits die Konsequenz, dass eine Beihilfe, die eine Grundfreiheit verletzt nicht genehmigt werden darf.⁴ Andererseits darf eine Maßnahme, die zwar eine Grundfreiheit verletzt aber nicht den Tatbestand der Beihilfe i.S. des Art 87 Abs. 1 EG erfüllt, nicht durch ein Verfahren gem. Art 88 EG für europarechtswidrig erklärt werden.⁵

c. Verfahren der Beihilfenaufsicht

- 4 Das wesentliche Gemeinschaftsorgan zur Beihilfenaufsicht ist die Kommission. Sie erhält in Art 88 EG eine umfassende Zuständigkeit einerseits, bestehende Beihilfen zu überwachen und andererseits neue Beihilfen zu genehmigen. Ersteres geschieht mit dem in Art. 88 Abs. 1 EG geregelten repressiven Verfahren, zweiteres mit dem in Art. 88 Abs. 3 geregelten präventiven Verfahren der Beihilfenkontrolle. Nähere verfahrensrechtliche Vorgaben wurden zunächst vom EuGH entwickelt. Seit 1999 legt nun die VO Nr. 659/1999 die verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Anwendung des Art. 88 EG fest.⁶
- 5 Im Rahmen des präventiven Verfahrens besteht die in Art. 88 Abs. 3 S.1 EG verankerte Pflicht der Mitgliedsstaaten, die Kommission von der Einführung oder Neugestaltung von Beihilfen rechtzeitig zu unterrichten. Diese Notifizierungspflicht ermöglicht es der Kommission, in einem Vorprüfungsverfahren beabsichtigte Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Europarecht zu überprüfen. Anmeldepflichtig sind alle staatlichen Maßnahmen, die den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen. Dies gilt selbst dann, wenn sie unter die Ausnahmeregelung des Art. 87 Abs. 2 EG fallen. Ausgenommen von dieser Anmeldepflicht sind lediglich die so genannten De minimis-Beihilfen, bestimmte Beihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen⁷ und Ausbildungsbeihilfen.⁸ Unter diesen Begriff sind gem. VO Nr. 69/2001 alle Beihilfen zu subsumieren, die für ein Unternehmen über einen Zeitraum von 3 Jahren weniger als 100.000,- Euro betragen.⁹
- 6 Stellt die Kommission während der Vorprüfphase fest, dass eine anmeldepflichtige Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sein könnte, oder hat sie Schwierigkeiten mit der Beurteilung des jeweiligen Sachverhalts, dann leitet sie gem. Art. 88 Abs. 3 S. 2 EG das in Art. 88 Abs. 2 EG – eigentlich für das repressive Verfahren - vorgesehene Hauptprüfungsverfahren ein. In diesem verschafft sich die Kommission eine umfassende Kenntnis aller Gesichtspunkte. Der betroffene Mitgliedsstaat darf die geplante Maßnahme gem. Art 88 Abs. 3 S. 3 EG i.V.m. Art. 3 VO 659/1999 nicht durchführen, ehe die Kommission eine endgültige Entscheidung

⁴ W. Cremer, EuR 1996, 225 ff.

⁵ Streinz, a.a.O., Rn. 847.

⁶ Sinnaeve, EuZW 1999, 270ff.

⁷ VO Nr. 70/2001, ABl. 2001 Nr. L 10/33.

⁸ VO Nr. 68/2001, ABl. 2001 Nr. L 10/20.

⁹ VO Nr. 69/2001, ABl. 2001 Nr. L 10/30.

getroffen hat. Wird eine Maßnahme dennoch durchgeführt und erweist sie sich als materiell rechtswidrig, ist die Kommission berechtigt und grundsätzlich auch verpflichtet, vom betreffenden Mitgliedsstaat die Rückgängigmachung zu verlangen.¹⁰

- 7 Erlässt die Kommission jedoch innerhalb von zwei Monaten keine Entscheidung, so kann der Mitgliedsstaat gem. Art. 4 Abs. 6 VO Nr. 659/1999 die betreffende Maßnahme dann durchführen, wenn er dies der Kommission angezeigt hat und diese binnen 15 Arbeitstagen keine Entscheidung getroffen hat.

II. Der Begriff der Daseinsvorsorge

1. Die historische Entwicklung

- 8 Die Daseinsvorsorge wurde seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts in Deutschland als öffentliche Aufgabe begriffen. Vor dem Hintergrund der Industrialisierung der Verstädterung und ihrer Folgen entstand ein Bedürfnis nach staatlicher Sorge um das Dasein seiner Bürger. Die Verwaltung versuchte dieses Bedürfnis zu befriedigen, indem sie insbesondere öffentliche Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe einrichtete.¹¹

- 9 Der Begriff der Daseinsvorsorge für die beschriebenen Leistungen der Verwaltung wurde erstmals gebraucht von *Ernst Forsthoff* in der 1938 veröffentlichten Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“.¹² *Forsthoff* sah es darin als unerlässlich an, dass staatliches Handeln zum Nutzen des Bürgers entwickelt werden müsse. Der Bürger sei nicht autark, sondern vielmehr sozial und ökonomisch bedürftig.¹³

- 10 Es ist dabei der Wandel zu erkennen, der sich auch auf staatstheoretischer Ebene vollzog: Aus dem konstitutionell-liberalen Staat, wurde der Sozialstaat moderner Prägung, den wir heute im Rahmen des Grundgesetzes kennen.¹⁴

2. Der Inhalt des Begriffes der Daseinsvorsorge

- 11 *Forsthoff* selbst beschrieb die Daseinsvorsorge, als alles das, was „(...) von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personen in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen (...)“¹⁵. Alles Nützliche also soll danach zum Bereich der Daseinsvorsorge zu zählen sein, gleichgültig, ob es lebensnotwendig ist oder lediglich angenehm. Eine andere Ansicht in der Literatur hält heute darüber hinaus auch die Aufrechterhaltung von Sicherheit und

¹⁰ *Streinz*, a.a.O., Rn. 859.

¹¹ *Schwarze*, EuZW 2001, 344 ff. (335).

¹² *Forsthoff*, „Die Verwaltung als Leistungsträger“, 1938.

¹³ *Ders.*, a.a.O., S. 5.

¹⁴ *Badura*, „Verwaltung im liberalen und im sozialen Rechtsstaat“, 1966.

¹⁵ *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 10. Auflage 1973, S. 370.

Ordnung für einen Bereich der Daseinsvorsorge.¹⁶ *Forsthoff* begriff dagegen diesen Bereich als komplementär zum Bereich der Daseinsvorsorge.¹⁷

- 12 Die Frage, ob und in wie weit auch nicht staatliche Leistungsträger Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen könnten, hatte *Forsthoff* zwar bereits angesprochen, sie jedoch als Möglichkeit betrachtet, die lediglich in Zukunft in Betracht kommen könnte. Der Staat dürfe sich jedoch unter keinen Umständen völlig aus dem Bereich der Daseinsvorsorge zurückziehen, er müsse vielmehr stets die „Oberaufsicht“ behalten.¹⁸
- 13 Das historische Verständnis der Daseinsvorsorge hat sich inzwischen Maßgeblich gewandelt. Vielfach tritt heute nicht mehr der Staat als Leistungsträger auf. In zahlreichen Feldern ist dasjenige Wirklichkeit geworden, was *Forsthoff* als allensfalls zukünftige Entwicklung vorausgesehen hat: Die Liberalisierung hat in Europa nahezu alle Felder erfasst. Dieser Wandel wirkt sich auch auf die Leistungen der Daseinsvorsorge aus: Eine neue Rollenverteilung zwischen staatlichen und privaten Stellen könnte dazu führen, dass der Staat zukünftig eher Maßstäbe vorgibt und Aufträge an Private erteilt, als selbst und unmittelbar Leistungen der Daseinsvorsorge anzubieten.¹⁹

3. Die Bedeutung der Daseinsvorsorge in Europa

- 14 Der Begriff der Daseinsvorsorge ist eine Schöpfung des deutschen Verwaltungsrechts, der nicht in einer klaren Entsprechung in den Rechtssprachen der anderen Europäischen Ländern auftritt. Beispielhaft zeigen lässt sich dies an der Mitteilung der Kommission zu „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“:²⁰ Während der deutsche Text dieser Mitteilung, den Begriff der Daseinsvorsorge gebraucht, der übrigens im Text des EG-Vertrages nicht wiederkehrt, ist in der englischen Fassung von „services of general interest“ und in der französischen Fassung von „services d'intérêt général“ die Rede. Damit befinden sich der englische und französische Text deutlich näher an der Fassung des Vertrages, der beispielsweise in Art. 86 II EG und in dem neu eingefügten Art. 16 EG von „Dienstleistungen“ oder „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und in Art. 73 EG von „Leistungen, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängen“ (franz.: „services public“) spricht.
- 15 Eine Betrachtung, die die Entwicklungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten der EU vergleicht, zeigt, dass Leistungen der beschriebenen Art unabhängig vom deutschen Begriff der Daseinsvorsorge per se unverzichtbar sind. Jedoch, sie müssen nicht immer allein vom Staat angeboten werden. Vielmehr ist es auch in diesem Wirtschaftsfeld

¹⁶ *Dohms*, in Schwarze (Hrsg.), „Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts“, 2001.

¹⁷ *Forsthoff*, a.a.O., 370.

¹⁸ Ders., o. Fußn. 2, S. 49.

¹⁹ *Schwarze*, EuZW 2001, 344 ff. (335).

²⁰ Mitteilung der Kommission v. 20.09.200, „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, Dokument KOM (2000) 580 andg., ABIEG 2001 Nr. C 17, S. 4, Anhang II.

möglich, zu einem gewissen Grad Wettbewerb zu erzeugen und es damit privaten Unternehmen zu überlassen, die als notwendig erkannten Leistungen anzubieten.²¹

16 Es ist das Ziel, auch im Bereich der Daseinsvorsorge die Regeln des Wettbewerbs und damit auch des europäischen Wettbewerbsrechts anzuwenden. In ihrer Mitteilung²² definiert die Kommission Leistungen der Daseinsvorsorge als Leistungen, die „marktbezogen oder nichtmarktbezogen erbracht werden, im Interesse der Allgemeinheit und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft sind“. Nur der marktbezogene Bereich der Leistungen allerdings kann der Geltung des europäischen Wettbewerbsrechts unterzogen werden und ist daher im folgenden von Interesse.²³

17 Die Beispiele, die die Kommission für marktbezogene Leistungen nennt, führen zwar zu mehr Klarheit, jedoch soll den Mitgliedsstaaten im einzelnen die Möglichkeit überlassen bleiben, die jeweilige Leistung zur Daseinsvorsorge zu rechnen und sich auf eine bloße Missbrauchskontrolle beschränken. Beispiele der Kommission sind: Die Telekommunikation, der Postdienst, die Energie, der Hörfunk und das Fernsehen.

III. Der Fall Altmark

18 Wie das europäische Wettbewerbsrecht immer stärker auch auf Leistungen der Daseinsvorsorge durchgreift, zeigt exemplarisch der Fall „Altmark“.

1. Sachverhalt

19 Die Altmark Trans GmbH ist ein privates Busunternehmen. Sie hatte im Zuge der Privatisierung von Staatsbetrieben der ehemaligen DDR den VEB Kraftverkehr Stendal erworben. Im Jahre 1990 erhielt die Altmark Trans GmbH unter anderem die bis zum 19.09.1994 befristete Genehmigung zur Beförderung von Personen auf insgesamt 18 Omnibuslinien.

20 1992 gründeten dann einige Landkreise die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, die den Zweck hatte, regionale Busunternehmen mit der Durchführung des ÖPNV zu beauftragen. Dieser Gesellschaft wurden 1993 die Genehmigungen für einige Linien erteilt, die zuvor die VEB und später die Altmark Trans GmbH betrieben hatten. Sowohl die Altmark Trans GmbH als auch die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH wurden vom Landkreis Stendal bezuschusst. Beide machten sich dann wechselseitig die Genehmigungen streitig.

21 Der hier dargestellte Rechtsstreit allerdings betrifft lediglich die bereits erwähnten 18 Genehmigungen der Altmark Trans GmbH, die das Regierungspräsidium

²¹ Schwarze, EuZW 2001, 344ff. (335).

²² Mitteilung der Kommission v. 20.09.200, „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, Dokument KOM (2000) 580 andg., AblEG 2001 Nr. C 17, S. 4, Anhang II.

²³ Schwarze, EuZW 2000, 613 (617).

Magdeburg am 24.10.1994 befristet bis zum 31.10.1996 verlängert hat. Gleichzeitig wurden die gleichgerichteten Genehmigungsanträge der Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, abgelehnt. Zur Begründung führte das Regierungspräsidium aus, die Altmark Trans GmbH habe mit einer Unterdeckung von 0,58 DM pro Kilometer der geringsten Komplementärfinanzierung durch die öffentliche Hand bedurft. Beide Gesellschaften legten Widerspruch ein. Auf den Widerspruch der Altmark Trans GmbH wurden die Genehmigungen durch Bescheid vom 30.07.1994 bis zum 31.10.2002 verlängert. Der Widerspruch der Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH wurde zurückgewiesen.

- 22 Die Verpflichtungsklage der Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH wies das VG Magdeburg mit der Begründung zurück, die Altmark Trans GmbH sei günstiger.²⁴ Mit der Berufung zum OVG Sachsen-Anhalt und Revision zum BVerwG verfolgte die unterlegene Konkurrentin ihr Ziel weiter und berief sich unter anderem darauf, dass die vorliegende Entscheidung gegen das europäische Beihilfenrecht verstoße.²⁵

2. Beurteilung nach deutschem Recht

- 23 Ehe die Probleme des europäischen Wettbewerbsrechts dargestellt werden, muss zunächst Klarheit darüber bestehen, welche nationalen Rechtsgrundlagen für die Personenbeförderung im öffentlichen Nahverkehr einschlägig sind.
- 24 Rechtsgrundlage nach deutschem Recht ist das Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Danach gibt es zwei Möglichkeiten, eine Genehmigung zu erteilen für eine Omnibuslinie: *Erstens* gem. § 13 PBefG, falls es sich um eine eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung handelt und *zweitens* gem. § 13 a PBefG, für den Fall, dass es sich um eine „gemeinwirtschaftliche“ Verkehrsleistung handelt. Die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen nimmt § 8 Abs. 4 PBefG vor: Eigenwirtschaftlich sind danach Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Eigenwirtschaftliche Leistungen sind daher grundsätzlich marktinitiiert, während gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen behördeninitiiert sind.²⁶ Läge in concreto eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung vor, hätte gem. § 2 abs. 2 der Verordnung zur Anwendung des § 13a Abs. 1 S. 3 PBefG ein Vergabeverfahren im Wettbewerb, regelmäßig also eine öffentliche Ausschreibung nach VOL stattfinden müssen. Für die Genehmigung einer eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistung nach § 13 wäre dies jedoch nicht nötig gewesen.²⁷ Da im vorliegenden Fall eine solche Ausschreibung jedoch nicht stattgefunden hatte, ist zunächst zu prüfen, ob eine eigen- oder gemeinwirtschaftliche

²⁴ Urteil vom 17.03.1997 – 1 A 386/95 - .

²⁵ Sachverhalt zusammengefasst nach: *Ronellenfitsch*, VerwA 2001, 143f.

²⁶ *Ronellenfitsch*, a.a.O., 143.

²⁷ *Ronellenfitsch* a.a.O., 142.

Verkehrsleistung vorliegt. Problematisch ist dabei das Tatbestandsmerkmal der „sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne“ des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG. Es ist die Frage zu beantworten, ob auch finanzielle Zuwendungen der öffentlichen Hand unter diese Tatbestandsmerkmal zu subsumieren sind.

- 25 Nach einer teilweise von den Instanzgerichten vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall. Aus der Tatsache, dass § 13a Abs.1 S. 1 PBefG darauf abziele, die Kosten für die Allgemeinheit so gering wie möglich zu halten, ergebe sich, dass öffentliche Zuschüsse, die zwangsläufig Kosten für die Allgemeinheit darstellten, keine sonstigen Erträge i.S. des Handelsrechts sein könnten. Der Gesetzeszweck, die öffentlichen Haushalte zu entlasten, werde ansonsten unterlaufen.
- 26 Die herrschende Meinung geht jedoch strikt von der Definition der handelsrechtlichen Erträge in §§ 275 und 277 HGB aus. Der handelsrechtliche Begriff des Unternehmensertrags ist grundsätzlich weit zu verstehen, er umfasst Umsatzerträge aller Art, ohne dass es darauf ankäme, dass diese handelsüblich sind, auf einer Gegenleistung beruhen oder dass sie auf einer gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage beruhen. Auch finanzielle Zuwendungen des Staates sind damit nach herrschender Meinung Erträge. Fraglich ist lediglich noch, ob diese den außerordentlichen Erträgen des § 277 Abs. 4 S. 1 HGB zugeordnet werden oder ob sie zu den sonstigen betrieblichen Erträgen i.S. des § 275 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 Nr. 6 HGB zuzuordnen sind.²⁸ Dieser Auffassung folgt auch das BVerwG im Revisionsverfahren in der Sache Altmark. Der Senat vertritt dort die Auffassung, dass die Notwendigkeit öffentlicher Zuschüsse, die Eigenwirtschaftlichkeit der jeweiligen Verkehrsleistung nicht ausschließt.²⁹

3. Wertung nach Europarecht

- 27 Sedes materiae auf europarechtlicher Seite sind die primärrechtlichen Vorschriften der Art. 87 und 73 EG und die VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91.

a. Die Regelungen der VO (EWG) Nr. 1191/69 und des Art 73 EG

- 28 Das Ziel der europäischen Verkehrspolitik war es von Anfang an, Wettbewerbshindernisse abzubauen. Die VO Nr. 1191/69 zielte daher in erster Linie darauf ab, die Möglichkeiten zu begrenzen, den Verkehrsunternehmen öffentlich rechtliche Verpflichtungen aufzuerlegen, die mit dem Bereich des öffentlichen Dienstes verbunden sind. Es sollte den Verkehrsunternehmen ein stärker wettbewerbsorientierter Status zugebilligt werden, daher wurde es nötig die politische Ebene von der

²⁸ Heinze, DÖV 1996, 977ff. (978).

²⁹ BVerwG, Beschluss vom 06.04.200 – 3 C 7.99 – DVBl. 2000, 1617.

unternehmerischen Ebene zu trennen.³⁰ Art.1 Abs.1 Uabs.2 VO (EWG) 1191/69 sieht jedoch die Möglichkeit einer Bereichsausnahme für den ÖPNV vor.

- 29 Art. 73 EG ist eine gegenüber der Regelung der Abs. 2 und 3 des Art. 87 RG spezielle Ausnahmenvorschrift, die Beihilfen für mit diesem Vertrag vereinbar erklärt, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter Leistungen entsprechen, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängen: eine mögliche Rechtfertigungsvorschrift also.

b. Verhältnis der VO (EWG) Nr. 1191/69 zum Primärrecht

- 30 Das BVerwG beschrieb die europarechtlichen Grundlagen des ÖPNV als kompliziertes System aus Verboten, Ausnahmen und Rückausnahmen. Es setzte daher das Verfahren in der Revision aus, um eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.³¹ Es sah zunächst in dem Verhältnis der VO 1191/69 EWG zum Primärrecht Klärungsbedarf. In seinem Urteil vom 24.07.2003 führt der EuGH die Problemstellung der folgenden Lösung zu: Zunächst ist die Anwendbarkeit der jeweiligen sekundärrechtlichen Regelung – hier VO (EWG) Nr. 1191/69 zu prüfen. Ist sie abschließend und primärrechtskonform, bleibt für die Anwendung des übrigen Primärrechts EG kein Raum.³²

c. Voraussetzungen für eine Bereichsausnahme

- 31 Die Frage, ob die VO (EWG) Nr. 1191/69 im vorliegenden Fall anwendbar ist, hängt laut EuGH davon ab, ob der nationale Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Bereichsausnahme des Art. 1 Abs.1 Uabs.2 VO (EWG) 1191/69 Gebrauch gemacht hat. Nach dem Wortlaut des § 13a PBefG hat er dies für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen eindeutig nicht getan. Es bleibt zu prüfen, ob jedoch die eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ausgenommen sind. Eine solche Ausnahme müsse jedoch hinreichend klar in der jeweiligen Vorschrift zum Ausdruck kommen. Im Interesse der Rechtssicherheit, müsse der Einzelne klar und deutlich in die Lage versetzt sein, von seinen Rechten Kenntnis zu erlangen.³³ Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, hat der EuGH nicht selbst entschieden. Vielmehr hat er diese Frage zur Prüfung an das BVerwG zurückverwiesen und sich darauf beschränkt, die rechtlichen Voraussetzungen zu definieren und festzustellen, dass eine Bereichsausnahme für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen grundsätzlich möglich sind.

- 32 Es gibt also grundsätzlich zwei Möglichkeiten: *Erstens* könnte das BVerwG feststellen, dass die Regelungen im deutschen PBefG den Anforderungen des EuGH an

³⁰ Ronellenfitsch, a.a.O., 136f.

³¹ BVerwG, a.a.O.

³² Streinz, JuS 2004, 150 (152).

³³ So auch: EuGH, Urt. v. 23.05.1985 – Rs. 29/84 – Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1661, Rn. 23, ebenso: Urt. v. 19.09.1996 – Rs. 326/95 – Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-4459, Rn. 13.

Rechtsklarheit und Bestimmtheit nicht genügen. Dann existierte keine Bereichsausnahme für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen. In diesem Fall hätte das BVerwG ausschließlich zu prüfen, ob die streitigen Genehmigungen im Ausgangsverfahren im Einklang stehen mit der VO (EWG) Nr. 1191/69.

- 33 *Zweitens* könnte das BVerwG aber die Voraussetzungen für eine Bereichsausnahme als erfüllt betrachten. Die VO (EWG) Nr. 1191/69 würde dann nicht für den eigenwirtschaftlichen Verkehr gelten. Der relevante Prüfungsmaßstab wäre dann die primärrechtliche Regelung aus Art. 87ff. EG. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EWG) Nr. 1191/69 könnte der Art 73 EG nicht angewandt werden auf Zuschüsse, mit denen Mehrkosten für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ausgeglichen werden.³⁴

d. Die Regelung des Art. 87 EG

- 34 Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit der VO (EWG) 1191/69, musste der EuGH die Frage beantworten, ob im vorliegenden Fall der Beihilfenbegriff überhaupt tatbestandlich einschlägig ist. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist die sorgfältige Auslegung des Art 87 Abs. 1 EG.

(1) Problemstellung: Tatbestands- und Rechtfertigungslösung

- 35 Im Rahmen des Art 87 Abs. 1 ist unklar, in wie weit staatliche Ausgleichsleistungen für die private Aufgabenerfüllung als Beihilfen einzuordnen sind. Betrachtet man auch staatliche Ausgleichsleistungen der beschriebenen Art als Beihilfen, muss sich die Frage anschließen, ob diese nach Vorschriften des Europarechts zu rechtfertigen sind. Dies vertreten die Anhänger der Rechtfertigungslösung. Nimmt man staatliche Ausgleichsleistungen jedoch schon tatbestandlich vom Beihilfenbegriff aus, bleibt kein Raum für die Anwendung der Rechtfertigungstatbestände. Diese Ansicht wird von den Anhängern der Tatbestandslösung vertreten. Nach ihr sind Ausgleichsleistungen also unproblematisch erlaubt. Außerdem entfielen dann die Notifizierungspflicht gem. Art 88 Abs. 3 S. 1 EG. Weil durch die voranschreitende Privatisierung immer häufiger staatliche Aufgaben durch Private übernommen werden, ist abzusehen, dass auch immer häufiger Ausgleichsleistungen zu zahlen sein werden. Ihre Einordnung im europäischen Beihilfenrecht gewinnt damit an immer größerer Bedeutung.

(2) Zeitliche Entwicklung: verschiedene Positionen

- 36 In den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren haben verschiedene europäische Organe zur beschriebenen Problematik unterschiedliche Positionen vertreten. In den frühen 90er Jahren waren Rat und Kommission der Tatbestandslösung gefolgt.³⁵ Das Gericht erster Instanz (EuG) urteilte dann aber in einem Klageverfahren bezüglich

³⁴ Leitsatz Nr. 3, EuGH, Urt. v. 24.07.2003 – Rs. C.280/00 - = NJW 2003, 503.

³⁵ Abl. EG 1995, Nr. C 262/11.

dieser Entscheidung im Jahre 1997 erstmals im Sinne der Rechtfertigungslösung. Eine Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs.1 EG liege auch dann vor, wenn es sich bei der jeweiligen Leistung lediglich um eine Ausgleichszahlung für eine gemeinwohlbezogene Sonderlast handele.³⁶ In späteren Entscheidungen ist das EuG dieser Linie treu geblieben³⁷ und auch der EuGH hatte 1994 eine Entscheidung getroffen in der er sich der Rechtfertigungslösung anschloss.³⁸ Im Abschluss an diese Rechtsprechung wechselten auch Rat und Kommission ihre Auffassung. In einer Entscheidung von 1998 wurde ein Ausgleich für Buchhändler als rechtfertigungsbedürftige Beihilfe eingeordnet, den diese dafür erhalten hatten, dass sie französischsprachige Bücher im Ausland billiger verkauft hatten.³⁹

37 Vieles sprach also Ende der 90er Jahre und Anfang dieses Jahrzehnts dafür, dass sich die Rechtfertigungslösung durchgesetzt hatte. Dann aber fällte der EuGH das Ferring-Urteil. Es geriet zu einer handfesten Überraschung: Denn jetzt entschied der EuGH, dass die hier in Rede stehende Abgabebefreiung dann nicht als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG anzusehen ist, wenn sie lediglich Sonderlasten aus einer gesetzlich auferlegten Arzneimittelvorhaltung kompensiere.⁴⁰ Jetzt also hatte sich der EuGH wieder der Tatbestandslösung zugewandt. In dieser Situation erging dann im Jahre 2003 das Urteil in der Sache „Altmark“.

(3) Streitstand vor der Altmark Entscheidung

38 Generalanwalt Léger schlug in seinen Schlussanträgen im Altmarkverfahren vor, zur Rechtfertigungslösung zurückzukehren.⁴¹ Er erhob die folgenden drei Einwände: *Erstens* vermenge die Tatbestandslösung voneinander zu trennende Fragen der Qualifizierung einer Maßnahme als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG und deren möglicherweise gebotene Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG. Der Begriff der Beihilfe sei objektiver Natur. Er erlaube es daher nicht bereits im Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG etwaige Ziele zu berücksichtigen die darin bestünden, Mehrbelastungen aus Gemeinwohlkosten zu kompensieren, die von bestimmten Privaten zu tragen seien.⁴²

39 *Zweitens* werde durch die Tatbestandslösung der Anwendungsbereich des Art 86 Abs. 2 EG als Rechtfertigungsnorm verkürzt und lasse diese leer laufen. Dies aber verringere den *effet utile* dieser Norm. Auch wenn der Tatbestand des Art. 86 Abs. 2 EG im Rahmen der Tatbestandslösung bei der Interpretation des Art 87 Abs. 1 EG beachtet werde, genüge dies nicht, den Anforderungen an den *effet utile* dieser Norm Rechnung zutragen, weil bei einem solchen Vorgehen, nicht notwendigerweise alle

³⁶ EuG Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission) Slg. 1997, II-229 Rn. 195 ff.

³⁷ EuG Rs. T-46/97 (SIC/Kommission) Slg. 2000, II-2125 Rn. 82 ff.

³⁸ EuGH Rs. C-387/92 (Banco Exterior de Espana) Slg. 1994, I-877 Rn. 22.

³⁹ Entscheidung vom 10.06.1998, 1999/133/EG.

⁴⁰ EuGH Rs. 53/00 (Ferring SA/ ACOSS) Slg. 2001, I-9067.

⁴¹ GA Léger, Schlussanträge vom 19.03.2002, Altmark Trans

⁴² Ders., ebenada.

Tatbestandsmerkmale des Art 86 Abs. 2 EG geprüft und berücksichtigt werden müssten.⁴³

40 *Drittens* führte die Anwendung der Tatbestandslösung dazu, dass jegliche Ausgleichsleistungen durch Mitgliedsstaaten der Europäischen Union der beihilferechtlichen Kontrolle durch die Kommission gem. Art. 88 Abs. 1 und Abs. 2 EG entzogen würden. Dies trete noch zu dem Umstand hinzu, dass auch die Kontrolle nach Art. 86 Abs. 2 EG nicht mehr anwendbar sei. Schließlich sei auf diese Weise die Wirksamkeit der kompletten Beihilfenkontrolle durch die Kommission in Frage gestellt.⁴⁴

41 Generalanwalt Jacobs entwickelte in einem anderen Verfahren auf Grundlage der Tatbestandslösung seine Vorstellungen von der Auslegung des Art 87 Abs. 1 EG.⁴⁵ Gegen die Rechtfertigungslösung spreche nach dieser Ansicht, dass bei der Auslegung des Begriffs der Begünstigung des Art 87 Abs. 1 EG nicht ausreichend auf die Frage abgestellt werde, ob das jeweilige Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt bekomme oder nicht. Ebenso wenig werde in diesem Rahmen auf das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung eingegangen. Außerdem werde in ständiger Rechtsprechung des Gerichtes erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Art 87 Abs. 1 EG bei der Anwendung eines Vergleichsmaßstabs auf den marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber abgestellt. Hätte nach diesem Prinzip ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber dieselbe Leistung oder Maßnahme vorgenommen, scheidet eine Beihilfe bereits auf Tatbestandsebene aus. Es sei unverständlich, weshalb bei Ausgleichsleistungen für Daseinsvorsorgemaßnahmen etwas anderes gelten sollte.

42 Gegen die Tatbestandslösung spreche andererseits jedoch, dass so tatsächlich die Anwendung des Art 86 Abs. 2 EG leer laufe. Es könne nicht mehr geprüft werden, ob die fraglichen Dienstleistungen tatsächlich von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse seien, ob das betreffende Unternehmen tatsächlich betraut wurde und ob die Maßnahme die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Maße beeinträchtige, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufe. Auch systematisch entspreche die zweistufige Prüfung eher der Struktur des europäischen Beihilferechts: So sei die Trennung zwischen Beihilfentatbestand und Rechtfertigungsebene doch im Primärrecht angelegt.⁴⁶

43 Es müsse also ein vermittelnder Ansatz verfolgt werden: Ob der Tatbestandslösung oder der Rechtfertigungslösung zu folgen sei, müsse nach dem Einzelfall bestimmt werden und sich danach richten, wie klar die jeweiligen Verpflichtungen definiert sind. Fälle, in denen die Finanzierung eindeutig als Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen angesehen werden könnten, sollten nach der Tatbestandslösung beurteilt werden. Es solle dies immer dann gelten, wenn der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedsstaat gewährten Finanzierung und der klar

⁴³ *Ders.*, ebenda, Rn. 88 f.

⁴⁴ *Ders.*, ebenda, Rn. 91 ff.

⁴⁵ *GA Jacobs*, Schlussanträge, Rs. C-126/01, Rn. 87 ff. – GEMO.

⁴⁶ *Ders.*, ebenda, Rn. 116.

definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich sei.⁴⁷ Diese Fälle sollen typischer immer dann vorliegen, wenn Verträge über die Erbringung von Diensten im öffentlichen Interesse geschlossen würden. Entscheidend ist nach diesem Ansatz das Äquivalenzprinzip.⁴⁸

(4) Die Lösung des EuGH in der Altmark Entscheidung

44 Der EuGH hat in seiner Altmark Entscheidung letztlich an das Ferring Urteil angeknüpft und sich damit grundsätzlich zur Tatbestandslösung bekannt. Für den Fall, dass das BVerwG also die streitigen Genehmigungen am Maßstab des Art 87 Abs. 1 EG prüfen sollte, hat der EuGH folgende Voraussetzungen aufgestellt:

45 *Erstens* muss das Unternehmen, das die in Frage stehenden Leistungen empfängt, tatsächlich mit Pflichten betraut sein, die klar definiert sind. *Zweitens* müssen die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs jeweils objektiv und transparent vor der Bewirkung der Leistung bestimmt worden sein. Nur auf diese Weise werde gewährleistet, dass der Ausgleich keinen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber einem Konkurrenten mit sich bringt. Gleiche dagegen ein Mitgliedsstaat im nachhinein entstandene Verluste aus, so stelle dies stets einen finanziellen Eingriff dar, der unter den Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs.1 EG fällt.⁴⁹ *Drittens* müssen sich Aufwand und Ausgleich entsprechen. Der Ausgleich darf dabei nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der jeweiligen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken. Ein angemessener Gewinn für das betraute Unternehmen ist dabei jedoch zu berücksichtigen. Nur auf diese Weise könne gewährleistet werden, dass keine Überkompensation vorliegt, das heißt, dass dem betrauten Unternehmen kein Vorteil im Sinne des Art 87 Abs. 1 EG entsteht.⁵⁰ Und *viertens* muss entweder ein Vergabeverfahren durchgeführt worden sein oder eine hypothetische Kostenberechnung. Idealerweise bietet ein um Wettbewerb durchgeführtes Vergabeverfahren ein Indiz dafür, dass die jeweilige Kostenerstattung marktangemessen ist. Das heißt, dass auch ein hypothetischer privater Kapitalgeber, der an Wirtschaftlichkeit interessiert ist, die jeweilige Leistung gewährt hätte.⁵¹ Die hypothetische Kostenberechnung dagegen soll immer nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein solches Verfahren nicht durchgeführt wurde oder nicht durchgeführt werden konnte. Es ist dann auf ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen abzustellen.⁵²

⁴⁷ Ders., ebenda, Rn. 119.

⁴⁸ Ders., ebenda, Rn. 120.

⁴⁹ Streinz, JuS 2004, 150 ff. (153).

⁵⁰ Ders., ebenda.

⁵¹ Kube, EuR 2004, 230 ff. (238f.).

⁵² Streinz, a.a.O.

e. Bewertung der Altmark Entscheidung

(1) Wettbewerbsfreiheit

46 Bei einer näheren Betrachtung der Altmark Entscheidung soll noch einmal auf den Grundgedanken des europäischen Wettbewerbsrechts abgestellt werden: Bezüglich des Wirtschaftssystems legt sich der EG-Vertrag klar fest: Innerhalb seines Anwendungsbereiches soll eine marktwirtschaftliche Ordnung gelten.⁵³ Die Grundfreiheiten und das europäische Wettbewerbsrecht gehen diesbezüglich Hand in Hand: Während die Märkte durch die Grundfreiheiten geöffnet wurden, ist es Ziel und Zweck der Wettbewerbsregeln, die Märkte offen zu halten. Es wird damit deutlich, dass das europäische Wettbewerbsrecht ein Mittel ist, um Freiheit im Wettbewerb zu gewährleisten. Genauer formuliert: für alle Marktteilnehmer die gleiche Wettbewerbsfreiheit.⁵⁴

47 Es wird deutlich, dass sich eine Ungleichbehandlung eines einzelnen Marktteilnehmers noch nicht alleine aus einer staatlichen Mittelzuweisung an diesen ergibt. Wird nämlich diesem Marktteilnehmer eine Gemeinwohllast auferlegt, die seine Konkurrenten nicht zu tragen haben, und erhält er hierfür keine Ausgleichsleistungen, so wäre er im freien und gleichen Wettbewerb benachteiligt im Verhältnis zu seiner Konkurrenz.

48 Ungleich bevorzugt eine staatliche Leistung an ein Unternehmen dieses also nur dann, wenn jene nicht zugleich einen staatlich auferlegten Nachteil ausgleicht.⁵⁵ Die Anwendung des Äquivalenzprinzips ist also dem europäischen Beihilfenrecht immanent. Daher überzeugt die Tatbestandslösung.

(2) Keine Begünstigung durch Aufgabeninhalt

49 Wie dieser Inhalt der Aufgaben näher ausgestaltet sein muss kommt in der Formel des EuGH noch nicht klar zum Ausdruck. Entscheidend ist dabei, dass der Aufgabeninhalt nicht selbst selektiv begünstigend wirkt.⁵⁶ Würde es beispielsweise der Staat als Aufgabe eines bestimmten Unternehmens definieren, an einem bestimmten Ort eine gewinnbringende Produktionsstätte zu errichten und würde er dafür die Kosten tragen, so wäre zweifellos der Tatbestand des Art 87 Abs. 1 EG erfüllt.⁵⁷ Es würde nämlich schon die Erfüllung der Aufgabe als solche eine Wettbewerbsverzerrung verursachen.

⁵³ siehe oben: A I.

⁵⁴ *Kube*, EuR 2004, 230 ff. (236).

⁵⁵ EuGH Rs. C-53/00 (Ferring/ACOSS) Slg. 2001, I-9067 Rn. 27.

⁵⁶ *Santamato Westerhoff*, EuZW 2003, 645 (646 f.).

⁵⁷ *Kube* a.a.O., 238.

(3) Einbeziehung von angemessenem Gewinn

50 Als dritte Voraussetzung hat der EuGH definiert, dass sich Aufwand und Ausgleich entsprechen müssen. Der Ausgleich dürfe dabei nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, um die Kosten der Erfüllung der jeweiligen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken.⁵⁸ Ein angemessener Gewinn für das betraute Unternehmen sei dabei jedoch zu berücksichtigen.

51 Dies erscheint zumindest nicht ohne weiteres einsichtig. Wird auf das Äquivalenzprinzip abgestellt, so scheint es zunächst vertretbar, dass beim jeweils betroffenen Unternehmen der durch die Übernahme einer Leistung des Gemeinwohls anfallende Verlust so ausgeglichen wird, dass am Ende weder Gewinn noch Verlust für das betraute Unternehmen bleiben. Zu beachten ist aber, dass sich in einer solchen Konstellation kein Unternehmen finden würde, das sich an einem öffentlichen Vergabeverfahren bzgl. gemeinwirtschaftlicher Leistungen beteiligen würde.

52 Hier muss beachtet werden, dass die jeweiligen Leistungen durch private Unternehmen – unter marktwirtschaftlichen Bedingungen - angeboten werden. Ein Gewinn ist ein integraler Bestandteil des marktwirtschaftlichen Austauschverhältnisses.⁵⁹ Wie ein Käufer auch dann noch einen angemessenen Preis für seine Ware gezahlt hat, wenn beim Verkäufer ein gewisser Gewinn übrig bleibt, so leistet auch der Staat noch immer eine angemessene Ausgleichsleistung, wenn beim Anbieter der gemeinwirtschaftlichen Leistung ein angemessener Gewinn verbleibt. Außerdem muss berücksichtigt werden, dass das betraute Unternehmen auch dann aus seinem eingesetzten Kapital regelmäßig einen Gewinn erwirtschaftet hätte, wenn es nicht mit einer Gemeinwohllast betraut worden wäre. Wie hoch dieser angemessene Gewinn ist, ist am besten im öffentlichen Vergabeverfahren oder - wenn dies nicht möglich ist - auf im Wege einer hypothetischen Berechnung zu bestimmen. Letztlich ist ein angemessener Gewinn ins Äquivalenzprinzip mit einzubeziehen.

(4) Form der Betrauung bzw. Verpflichtung

53 Der EuGH spricht in seinem Altmark Urteil weiterhin davon, dass das begünstigte Unternehmen mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Leistungen tatsächlich betraut sein müsse, und dass die jeweiligen Verpflichtungen klar definiert sein müssten.⁶⁰ Fraglich ist, in welcher Form diese Betrauung stattfinden muss. Ist der Erlass eines Verwaltungsaktes erforderlich, der das jeweilige Unternehmen verpflichtet? Oder genügt schon eine vertragliche Vereinbarung den Anforderungen des EuGH?

54 Auch bei der Beantwortung dieser Frage ist auf das zentrale Argument der Tatbestandslösung zu verweisen: Das des äquivalenten Austauschverhältnisses. Es ergibt sich sodann, dass bei Vorliegen aller anderen geforderten Voraussetzungen die wettbewerbsrechtliche Bewertung einer Zahlung als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs.

⁵⁸ Siehe oben: C III 4 d).

⁵⁹ *Kube*, a.a.O., 239.

⁶⁰ Siehe oben: C III 4 d).

1 EG nicht davon abhängen kann, ob die Verpflichtung des jeweiligen Unternehmens freiwillig eingegangen wurde oder im Wege des Verwaltungsaktes angeordnet worden ist. Zu fordern ist lediglich, dass tatsächlich ausgleichsfähige Mehrkosten bestehen. Die oben genannte Formulierung des EuGH ist also lediglich als ein Erfordernis der Rechtssicherheit aufzufassen.⁶¹

f. Parallelen zur nationalen Rechtsordnung: das Äquivalenzprinzip

55 Der Tatbestandslösung des EuGH ist also zu folgen. Sie berücksichtigt überzeugend, dass es Konstellationen gibt, in denen trotz staatlicher Leistungen keine Vorteile für ein Unternehmen entstehen. Die Prüfung der Rechtsfertigungsebene darf erst dann eröffnet sein, wenn solche Vorteile für ein Unternehmen zwar bestehen, aber diese aus bestimmten Gründen rechtlich anerkannt werden. Der Gedanke, dass trotz staatlicher Leistungen keine Vorteile entstehen können, weil sich staatliche Leistung und Gegenleistung äquivalent entsprechen, ist jedoch nicht nur dem europäischen Beihilfenrecht immanent.

56 Das Äquivalenzprinzip findet sich auch im deutschen Gebührenrecht. Es haben sich danach die Finanzierungslasten der öffentlichen Hand danach zu richten, welchen Nutzen der Staatsbürger aus der jeweiligen öffentlichen Leistung zieht.⁶² Die Einbuße an finanzieller Leistungsfähigkeit auf der Seite des einzelnen Staatsbürgers durch die Auferlegung einer Abgabe und der Nutzen, den der Bürger durch die jeweilige staatliche Tätigkeit zieht sollen sich dabei entsprechen.⁶³ Aus der Sicht des Gebührenschuldners ist die Gebühr also die Gegenleistung für tatsächliches Handeln auf Seiten des Staates. Anzuwenden ist das Prinzip der Kostendeckung.⁶⁴ Verfassungsrechtliche Grenzen dieser Form der Staatsfinanzierung sind erstens die Kompetenzordnung des Grundgesetzes, zweitens die Freiheitsrechte und drittens der Gleichheitssatz.⁶⁵

57 Umgekehrt gilt das Äquivalenzprinzip jedoch auch im vorliegenden Fall. Hier ist es nicht der Staat, der eine tatsächliche Leistung erbringt und dafür ein Entgelt verlangt. Vielmehr erbringt der Private - staatlich veranlasst - eine tatsächliche Leistung: Beförderung von Personen auf einer unwirtschaftlichen Strecke. In umgekehrter Anwendung des Äquivalenzprinzips und unter Berücksichtigung der genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben der Freiheit und Gleichheit folgt jetzt, dass er eine staatliche Gegenleistung zu erhalten hat, um seine im Wettbewerb entstehenden gleichheitsrelevanten Nachteile auszugleichen.⁶⁶

⁶¹ Ehrhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 2003, 296 ff.

⁶² Birk, Steuerrecht, 6. Auflage 2003, Rn. 29.

⁶³ Haller, Die Steuern, 3. Auflage 1981, S. 16 ff.

⁶⁴ Birk, a.a.O., Rn. 110.

⁶⁵ Kube, Palm, Seiler, NJW 2003, 927 ff. (928).

⁶⁶ Kube, a.a.O.

58 Aus europarechtlicher Sicht bedeutet dies wiederum, dass immer wenn gerade die entstandenen Nachteile ausgeglichen werden, unter den beschriebenen Voraussetzungen keine Vorteile für den Leistungsempfänger entstehen und somit der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt ist. Insoweit verzahnen sich die Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts und des europäischen Beihilfenrechts. Diese Verzahnung entspringt jedoch dem glücklichen Zufall, dass nachgewiesen werden konnte, dass das Äquivalenzprinzip sowohl dem deutschen Finanzverfassungsrecht als auch dem europäischen Beihilfenrecht immanent ist.

IV. Der Fall Preußen Elektra

59 Ein weiterer Fall, in dem sich der EuGH mit dem Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG auseinander zu setzen hatte, war der Fall Preußen Elektra.

1. Sachverhalt

60 Der Gegenstand dieses Verfahrens war die gesetzliche Verpflichtung von Stromnetzbetreibern, Strom aus regenerativen Energiequellen abzunehmen und diesen deutlich über dem Marktpreis zu vergüten. Nach derzeit geltender Gesetzeslage finden sich diese Pflichten der Netzbetreiber in den § 3 und §§ 4-8 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Bereits die Vorgängerregelung des EEG, das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) enthielt ähnliche Pflichten. Diese Vorgängerregelung war Gegenstand im Ausgangsverfahren vor dem Landgericht Kiel. Es stritten sich die Preußen Elektra AG und die Schleswig AG. Ziel des Rechtsstreits war es, die Frage nach der Europarechtswidrigkeit der genannten Pflichten einer Prüfung durch den EuGH zuzuführen.⁶⁷ Schon zuvor standen in ähnlichen Verfahren, die einschlägigen Regelungen auf dem Prüfstand des nationalen Verfassungsrechts.⁶⁸

2. Beurteilung nach deutschem Recht

61 Gesetzeszweck des EEG ist es, den Anteil der regenerativen Energieerzeugung am Gesamtmarkt zu erhöhen. Auf diese Weise soll der öffentliche Belang der umweltfreundlichen Energieerzeugung verfolgt werden.⁶⁹ Ergebnis dieser Regelung ist eine von den Netzbetreibern zu tragende Quersubventionierung der Erzeuger umweltfreundlichen Strom durch regenerative Energiequellen. Dass diese Regelung vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes zu Schwierigkeiten führt hat auch der Gesetzgeber gesehen: Er hat deshalb in § 11 EEG einen Belastungsausgleich zwischen

⁶⁷ Gündisch, NJW 2001, 3686.

⁶⁸ Beispielhaft sei zu erwähnen der Vorlagebeschluss des LG Karlsruhe vom 29.09.1995 ans BverfG, abgedruckt in NJW 1997, 573 ff.

⁶⁹ Kube, Palm, Seiler, NJW 2003, 927 ff. (929).

den Netzbetreibern eingeführt, der die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung zwischen den Netzbetreibern abmildert.⁷⁰

62 Schon das StrEG vom 07.12.1990 sah in § 3 I S. 1 StrEG eine ähnliche Regelung vor.

a. Regeln zur Sonderabgabe sind nicht ohne weiteres anzunehmen

63 In einem Verfahren aus dem Jahre 1995 formulierte das LG Karlsruhe eine Vorlage an des Bundesverfassungsgericht.⁷¹ Es vertrat dabei die Auffassung, dass die Regelung des § 3 I S. 1 StrEG trotz ihrer entgegenstehenden Form nicht als Sachregelung, sondern materiell als Sonderabgabe zu betrachten sei. Es hat in seinem Vorlagebeschluss darauf hingewiesen, dass die Wirkung für den Begünstigten und die Belastung für den Netzbetreiber sich nicht wesentlich unterschieden von den Wirkungen, die eintreten würden, wenn das gesetzliche verfolgt würde durch die Errichtung eines Sonderfonds und der Zuweisung von Mitteln aus diesem Fond an die Erzeuger regenerativer Energie.⁷²

64 Diesen Ausführungen ist das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht gefolgt. Zwar könne im Einzelfall eine Preisfestsetzung, die einen Anbieter bestimmter Waren subventioniert, weitgehend die selben Wirkungen erzielen wie eine Sonderabgabe. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn zu einer gesetzlichen Preisfestsetzung noch eine bestimmte Abnahmepflicht hinzutrete, jedoch genüge diese Feststellung alleine nicht, um eine Anwendung des Finanzverfassungsrechts zu rechtfertigen.⁷³ Es genüge nicht auf den Wirkungszusammenhang abzustellen und darauf hinzuweisen, dass dieselben Wirkungen auch im Wege der Sonderabgabe zu erreichen gewesen wären. Es bedürfe vielmehr der genauen Prüfung, in welcher Weise eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand erreicht werde und die Leistung der Netzbetreiber daher als Sonderabgabe anzusehen sei. Insoweit seien also sehr strenge Anforderungen zu stellen. Es bedürfe genauer Ausführungen darüber, dass das haushaltsflüchtige Aufkommen dem parlamentarischen Budgetrecht entzogen sei.⁷⁴ Außerdem bestünde durchaus die Möglichkeit, dass eine Regelung zur Preisfestsetzung lediglich als solche zu betrachten und zu beurteilen sei, ohne darüber hinaus den Charakter einer Sonderabgabe zu erlangen. Es bestünde jedoch die Möglichkeit, dass der Maßstab der im Finanzverfassungsrecht auf die Sonderabgaben anzuwenden sei auch auf Konstellationen auszudehnen sei, die gesetzlich nicht als Sonderabgabe im engeren Sinne zu definieren seien. Jedoch müssten auch für die Bejahung dieser Annahme

⁷⁰ Dies., ebenda.

⁷¹ BVerfG in NJW 1997, 573 ff.

⁷² LG Karlsruhe, vom 29.09.1995: Vorlagebeschluss ans BVerfG, abgedruckt in NJW 1997, 573 ff.

⁷³ So auch: Scholz, Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 1995, 600 ff.

⁷⁴ BVerfGE 91, 186 (201 ff.) = NJW 1995, 381 ff.

strenge Voraussetzungen erfüllt sein. Dies vor allem deshalb, weil es sich bei einer solchen Überlegung um eine systemwidrige Ausnahme handele.⁷⁵

65 Der Vorlagebeschluss des LG Karlsruhe wurde jedenfalls deshalb als unzulässig zurückgewiesen, weil er die genannten Voraussetzungen nicht detailliert enthielt. Eine endgültige Entscheidung ist mit der Zurückweisung der Vorlage jedoch noch nicht gefallen.

b. Anwendung des Finanzverfassungsrechts

66 Es ist daher die Anstrengung zu unternehmen, die Einordnung der Abnahme- und Vergütungspflicht im Rahmen der Stromeinspeisung innerhalb des Finanzverfassungsrechts näher zu begründen.⁷⁶ Ausgangspunkt ist dabei die augenscheinliche Ähnlichkeit zum Abgabenrecht ausgegangen, die sich in ihrer Begründung vor allem auf die vergleichbare Wirkungsweise stützt. Dies allein rechtfertigt aber mit dem Bundesverfassungsgericht noch nicht die Anwendbarkeit der Normen des Finanzverfassungsrechts. Vielmehr ist deren Anwendbarkeit im konkreten Falle zu begründen.⁷⁷

67 Es sei dabei zunächst der Tatbestand der staatlichen Einnahme sorgfältig zu subsumieren. Die staatliche Einnahme überträgt die Zahlungskraft von der privaten auf die öffentliche Hand. Sie entzieht zunächst dem Privaten ein Stück ökonomischer Handlungsfreiheit und mindert auf diese Weise das Vermögen Privater. Der Begriff der Einnahme erfordert insoweit erstens eine private Belastungswirkung.⁷⁸ Diese ist im vorliegenden Fall dadurch gegeben, dass die Netzbetreiber gesetzlich verpflichtet werden, Strom aus erneuerbaren Energieformen zu einem Preis abzunehmen, der regelmäßig über dem Preis liegt, der sich im freien Wettbewerb am Markt bildet.

68 Als weiteres Tatbestandsmerkmal muss jedoch der Umstand hinzutreten, dass der finanzwirtschaftliche Handlungsspielraum des Gemeinwesens vermehrt wird.⁷⁹ Dieses als zurechenbare öffentliche Aufkommenswirkung⁸⁰ bezeichnete Element ist auf den ersten Blick bei der Prüfung des EEG oder früher des StrEG nicht zu erkennen. Der Finanztransfer verläuft nämlich unmittelbar vom Netzbetreiber zu den Erzeugern erneuerbarer Energie, also unmittelbar zwischen Privaten.

69 Entscheidend ist daher die Frage, ob der Finanztransfer zwischen Privaten unter bestimmten Voraussetzungen dennoch dem Staat als Einnahmen mit öffentlicher Aufkommenswirkung zugerechnet werden kann. Problematisch ist hierbei gesetzliche Pflichten, die nur mittelbar zu einer ökonomischen Belastung des Betroffenen führen

⁷⁵ BVerfG in NJW 1997, 573 ff.

⁷⁶ Kube, Palm, Seiler, NJW 2003, 927 ff. (929).

⁷⁷ Siehe oben: D II 1.

⁷⁸ P. Kirchhof in: Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 2. Auflage 1999, Seite 99, Rn. 26.

⁷⁹ P. Kirchhof, a.a.O.

⁸⁰ So: Kube, Palm, Seiler, NJW 2003, 927 ff. (929).

von solchen abzugrenzen, die damit die Rechtfertigung nach den Maßstäben des Finanzverfassungsrechts zu umgehen suchen. Für diese Abgrenzung wird in der Literatur unterschiedlichen Ansätzen gefolgt. Einige Autoren stellen auf ein besonderes Näheverhältnis des belasteten Privaten ab und lehnen in allen Fällen in denen eine solches Verhältnis vorliegt, die Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Maßstäbe ab.⁸¹ Andere stellen bei der Zurechnung auf folgendes ab: Zielgerichtet und zwangsweise durchsetzbar müsste der Staat erstens handeln, und zweitens dabei als Ziel ausschließlich Gemeinwohlbelange verfolgen.⁸² Eine dritte Auffassung will darauf abstellen, ob die eine Preisfestsetzung schwerpunktmäßig Gemeinwohlbelange – dann: Rechtfertigung nach finanzverfassungsrechtlichen Kriterien – oder lediglich Schutz einer schwächeren Vertragspartei vegele.⁸³

c. Stellungnahme

70 Es überzeugt, wenn in der Literatur versucht wird, die beschriebenen Konstellationen als staatliche Mittel zuzurechnen. Problematisch ist jedoch, wie diese Zurechnung konkret aussehen sollte. Das Abstellen auf eine Finanzierungsverantwortung ist von der Rechtfertigung einer Sonderabgabe bekannt. Es besteht dabei doch das Problem, dass bei der Zurechnung gerade erst begründet werden, soll, weshalb die Rechtfertigungsmaßstäbe des Finanzverfassungsrechts anzuwenden sind. Es müssen daher Kriterien jenseits der Verantwortung gefunden werden.

71 Der Blick auf den Gesetzeszweck drängt sich dabei zunächst auf. Das Problem ist dabei jedoch, dass fast keine gesetzliche Regelung nur einen ausschließlichen Zweck verfolgt. Und auch wenn das EEG in § 1 eine klare Zielsetzung normiert, so verwischen sich doch häufig Gemeinwohlbelange und der individuelle Schutz einer schwächeren Vertragspartei: Augenfällig wird dies am Beispiel eines gesetzlich festgesetzten Mindestlohns. Auf den ersten Blick scheint klar zu sein, dass hier der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei geschützt werden soll. Auf den zweiten Blick lässt sich jedoch die Frage stellen, ob die Einhaltung gewisser Lohnstandarts nicht – jedenfalls auch - ein Belang des Gemeinwohls darstellt.

72 Überzeugend erscheint daher die Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Regelung. In einer normativen Betrachtung der jeweiligen Gesetzesmaterie ist danach herauszuarbeiten, ob schwerpunktmäßig Gemeinwohlbelange geregelt werden sollen oder nicht. Idealerweise ist dabei auch der Zweck der Gesetzes zu berücksichtigen und es ist zu fragen, ob ein bestimmter Gemeinwohlbelang schwerpunktmäßiges Ziel der jeweiligen Regelung ist. Die Regelung der § 3 ff. EEG ist also nach nationalem Verfassungsrecht an den Maßstäben zu messen, die das Finanzverfassungsrecht vorgibt.

⁸¹ *Mußgnug*, in FS Forsthoff, S. 259.

⁸² *Kube, Palm, Seiler*, NJW 2003, 927 ff. (929).

⁸³ *Pohlmann*, NJW 1997, S. 545; ebenso: *Altrock*, Subventionierende Preisreglungen, S. 137.

3. Wertung nach Europarecht

73 Problematisch ist auch die Wertung nach Europarecht. Sedes materiae ist in diesem Fall wieder der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Zur Diskussion steht erneut die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Beihilfentatbestand erfüllt ist.

a. EuGH: Quersubventionierung keine Beihilfe

74 Der EuGH vertrat in der Sache Preußen-Elektra die Auffassung, dass die Regelungen der §§ 3 ff. EEG keine Beihilfe darstellten.⁸⁴ Er orientierte sich dabei vor allem am Wortlaut des Art 87 Abs. 1 EG, der vorsieht, dass die Beihilfen „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“ sein müssten. In dieser Hinsicht hat der EuGH auf seine alte Rechtsprechung verwiesen und festgestellt, dass im Falle des EEG zur Unterstützung der Erzeuger regenerativer Energie eben gerade nicht staatliche Mittel eingesetzt würden, sondern Mittel Privater, nämlich die Mittel der Netzbetreiber.⁸⁵

b. Zurechnung als Beihilfe aus staatlichen Mitteln

75 Diese Auffassung ist jedoch nicht unumstritten. Die Kommission hatte nach der Verabschiedung des EEG vorgetragen, dass es sich um eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG handele. Auf Aufforderung der Kommission hatte die Bundesrepublik die §§ 3 ff. EEG dann auch notifiziert. Das Prüfungsverfahren wurde jedoch nach der EuGH Entscheidung im Fall Preußen Elektra eingestellt.⁸⁶

76 Generalanwalt Jacobs formuliert in seinen Schlussanträgen in diesem Verfahren die wesentlichen Argumente, weshalb der Art. 87 Abs. 1 EG auch auf die Regelungen der §§ 3 ff. EEG Anwendung finden sollten. Nach der Vollendung des Binnenmarktes und der Währungsunion verbleibe den Mitgliedsstaaten nur noch die Möglichkeit der selektiven Beihilfe, wollten sie die nationale Wirtschaft zu lasten europäischer Wettbewerber stärken. Eine einengende Auslegung des Beihilfenbegriffs sei deshalb abzulehnen, weil der Kommission auf diese Weise Möglichkeiten entzogen würden, auf die Durchsetzung eines freiheitlichen Wettbewerbes zu drängen. Der effet utile der Norm des Art. 87 Abs. 1 EG sei damit ausreichend gewürdigt. Auch wurde vorgetragen, dass der EuGH selbst in seiner Entscheidung in der Sache *Van der Klooy/Kommission*⁸⁷ deshalb eine Preisbindung als Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs. 1 EG angesehen hat, weil der niederländische Staat Miteigentümer des Unternehmens war, das zur Bezahlung unwirtschaftlich hoher Preise verpflichtet war und somit auf Gewinne oder wenigstens Gewinnchancen verzichtete. Eine ähnliche Situation liege bezüglich der Netzbetreiber in Deutschland vor.⁸⁸

⁸⁴ EUGH, NJW 2001, 3695.

⁸⁵ *Güdsch*, NJW 2001, 3686 ff. (3687).

⁸⁶ Pressemitteilung der EG-Kommission vom 22.Mai 2002.

⁸⁷ EuGH, *Van der Klooy/ Kommission*, Slg. 1988 219, (263).

⁸⁸ *Güdsch*, a.a.O.

c. Stellungnahme

77 Vorzugswürdig erscheint hier die Auffassung, die die Maßnahmen der §§ 3 ff. EEG als Beihilfe einstuft.

(1) Eigentümerstruktur des leistenden Dritten

78 Für das Argument, dass auf die Eigentümerstruktur des durch die Quersubventionierung belasteten Unternehmens abstellt, spricht, dass auf diese Weise – durch die Konstruktion einer mittelbaren Zuwendung aus staatlichen Mitteln – nahe am Wortlaut des Art. 87 Abs. 1 EG argumentiert werden kann. Dagegen spricht jedoch, dass eine solche Argumentation das privatrechtlich organisierte Unternehmen, das im Rechtsverkehr als juristische Person auftritt, nach seiner Eigentümerstruktur beurteilt. Problematisch wäre dann die Frage, wie hoch denn der Anteil staatlichen Miteigentums an einem Unternehmen sein müsste, um von einer Beihilfe zu sprechen, oder ob die Quersubventionierungen zu dem selben Anteil als Beihilfe anzusehen wären, zu dem auch die öffentliche Hand an dem jeweiligen Unternehmen beteiligt ist und was mit der rechtlichen Bewertung des Restes zu geschehen hätte. Außerdem würden nicht alle belasteten Unternehmen erfasst. Für diesen Fall wird zum Teil darauf abgestellt, dass bei privaten Netzbetreibern der wegen der höheren Preise niedrigere Gewinn zu geringeren staatlichen Steuereinnahmen führe. Dies würde jedoch einen – kaum messbaren – Nebeneffekt zum Hauptargument erheben und kann nicht überzeugen.⁸⁹

(2) Wortlautauslegung

79 Andere vertreten die Auffassung, dass die Begriffe „staatliche Beihilfen“ und „Beihilfen aus staatlichen Mitteln“ i. R. des Tatbestandes des Art 87 Abs. 1 EG so zu verstehen seien, dass alle direkt aus dem staatlichen Haushalt fließende Mittel als „Beihilfen aus staatlichen Mitteln“ zu betrachten seien, während nur mittelbar zurechenbare Finanzflüsse als „staatliche Beihilfen“ unter Art. 87 Abs. 1 EG zu fassen seien.⁹⁰ Es bleibt dabei jedoch noch immer offen, wie genau abzugrenzen sein soll.

(3) Freiwilligkeit des leistenden Dritten

80 Eine weitere Auffassung will darauf abstellen, ob der leistende Dritte, eine Wahl hat oder ob er zwangsläufig den erhöhten Preis zahlen muss. Könnte der Dritte auch gänzlich darauf verzichten, eine bestimmte Ware zu erwerben und auf diese Weise den erhöhten Preis umgehen, liege keine staatliche Beihilfe vor. Nur wenn ein Kontrahierungszwang bestehe, sei von einer staatlichen Beihilfe zu sprechen.⁹¹ Diese Argumentation ist jedoch ebenfalls problematisch: Würde eine Regelung geschaffen, die für bestimmte Produkte Mindestpreise gegenüber dem Endverbraucher festsetze, die über dem Marktpreis lägen, würde keine Beihilfe vorliegen. Nachvollziehbar

⁸⁹ Altrock, a.a.O., S. 54.

⁹⁰ GA Darmon, Schlussantrag, Rs. Sloman/ Neptun, EuGH, Slg. 1993, Rn. 887 ff. (912).

⁹¹ Altrock, a.a.O., S. 58.

erscheint dies beispielsweise noch für Bücher, was aber, wenn es sich um Milch oder Brot handelt, also um Produkte, auf die jeder faktisch angewiesen ist? Es ist also zu erkennen: Die Abgrenzung fällt schwer, denn häufig ist die behauptete Freiwilligkeit nur eine scheinbare. Im vorliegenden Fall jedenfalls wäre das Vorliegen einer Beihilfe nicht ausgeschlossen.

(4) Schwerpunkt des Gesetzeszwecks

81 Der Beihilfencharakter der beschriebenen Quersubventionierungen lässt sich jedoch auch mit folgender Überlegung erläutern: So wie im nationalen Recht das Haushaltsrecht des Parlamentes, sein Königsrecht, umgangen wird, droht auf europäischer Ebene die Kommission in ihrer Befugnis zur Beihilfenkontrolle umgangen zu werden. Jeder Mitgliedsstaat könnte, um die beihilfenrechtliche Prüfung zu umgehen, bevorzugten Unternehmen Mittel auf abgekürztem Zahlungswege zukommen lassen.

82 Problematisch ist wiederum die Zurechnung privater Mittel als öffentliche Haushaltsmittel. Gem. Art 87 Abs. 1 EG muss die Leistung aus staatlichen Mitteln erfolgen.⁹² Und so begegnet uns das aus dem nationalen Recht bekannte Problem in europäischem Gewande: Wie auf der nationalen Ebene zu prüfen war, ob die jeweilige Leistung dem Staat als Einnahme zuzurechnen ist, ist nun auf europarechtlicher Ebene zu prüfen, ob die Leistung als Beihilfe aus staatlichen Mitteln der öffentlichen Hand zugerechnet werden kann.

83 Nicht jede rechtliche Regelung, die einem Unternehmen mittelbar Ersparnisse bringt, sollte als Beihilfe gewertet werden. Wird beispielsweise eine Regelung im Bereich der Arbeitssicherheit erleichtert, und führt dies zu Ersparnissen, ist augenfällig, dass hier keine Zurechnung erfolgen kann.⁹³ Ebenso unbefriedigend erscheint jedoch eine gänzlich restriktive Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG.

84 Es verzahnen sich daher auch hier Wertungen nach nationalem Recht und europarechtliche Wertungen, weil nun argumentativ mit dem selben Grundgedanken gearbeitet werden kann. Der Grundgedanke, der hier die nationale und europarechtliche Ebene umklammert ist der, Kriterien zu entwickeln, nach denen im Einzelfall staatlich veranlasst Quersubventionen der öffentlichen Hand zugerechnet werden können. Im vorliegenden Fall müssen die Quersubventionen erneut schwerpunktmäßig Gemeinwohlbelange verfolgen.⁹⁴ Dieser Rechtsgedanke kann für die Auslegung des nationalen Rechts und die des europäischen Rechts herangezogen werden, ohne dass eine kompetenzwidrige Bestimmung europäischen Rechts durch das nationale Recht vorläge: Was identisch ist, ist lediglich das Argumentationsmuster.

⁹² Siehe oben: A II 1.

⁹³ Streinz, Kommentar zum EG-Vertrag, Art 87, Rn. 44.

⁹⁴ Siehe oben: D II 3; ebenso: *Pohlmann*, NJW 1997, S. 545.

d. Weitere Subsumtion des Art 87 Abs 1. EG

85 Nachdem festgestellt wurde, dass auch eine Quersubventionierung unter bestimmten Voraussetzungen nicht das Bestehen einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs 1 EG ausschließt, sind die weiteren Voraussetzungen des Beihilfentatbestands zu prüfen.

86 Dabei ist anhand der zur Altmark Entscheidung entwickelten Grundsätzen zu prüfen, ob die Leistungen an die Erzeuger erneuerbarer Energieformen nicht lediglich als Ausgleich für die Übernahme einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gesehen werden können. Die Konsequenz wäre, dass trotz der Annahme der grundsätzlichen Beihilfenqualität von Quersubventionen im hier vorliegenden Fall der Tatbestand des Art. 87 EG nicht erfüllt wäre. *Erstens* muss das Unternehmen, das die in Frage stehenden Leistungen empfängt, tatsächlich mit Pflichten betraut sein, die klar definiert sind. *Zweitens* müssen die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs jeweils objektiv und transparent vor der Bewirkung der Leistung bestimmt worden sein. *Drittens* müssen sich Aufwand und Ausgleich entsprechen. Und *viertens* muss entweder ein Vergabeverfahren durchgeführt worden sein oder eine hypothetische Kostenberechnung.⁹⁵

87 Schon das Vorliegen der ersten Voraussetzung ist fraglich. Eine klare und eindeutige Betrauung der Leistungsempfänger – also der Stromerzeuger – ist weder durch Verwaltungsakt noch durch einen Vertrag zwischen der öffentlichen Hand und dem jeweiligen Erzeuger der erneuerbaren Energieformen geschehen. Jedoch ist anzumerken, dass es gerade das typische Merkmal der hier vorliegenden Quersubventionierung ist, dass eine unmittelbare Beziehung zwischen Staat und Privaten gerade nicht besteht. Hinzukommt, dass erkannt wurde, dass die Forderung nach einer klaren Betrauung lediglich die Funktion hat, Rechtssicherheit herzustellen.⁹⁶ Rechtssicherheit erzeugt hier bereits das EEG. Leistungen, die dem Schutz der Umwelt dienen und in freier Marktwirtschaft nicht erbracht werden können, können auch als gemeinwirtschaftlich eingestuft werden.⁹⁷

88 Augenscheinlich ist jedoch, dass im vorliegenden Fall sich Aufwand und Gegenleistung nicht entsprechen. Dies zeigt sich darin, dass die Einspeisungspreise so weit über dem üblicherweise zu erzielenden Marktpreis liegen, dass Gesellschaften, die erneuerbare Energieformen produzieren allseits als lohnende Investition betrachtet werden, die weit überdurchschnittliche Renditen erwirtschaften.⁹⁸

89 Die Tatsache, dass alle Anbieter erneuerbarer Energieformen, in den Genuss der Leistungen des EEG kommen, könnte der Annahme entgegenstehen, dass im vorliegenden Fall eine Wettbewerbsverzerrung gegeben ist. Dem kann jedoch

⁹⁵ Siehe oben: C III 4 d).

⁹⁶ *Kube*, a.a.O.

⁹⁷ *Samanto/Westerhof*, EuZW 2003, 645 ff. (647 f.).

⁹⁸ Pressemitteilung der EG-Kommission vom 22.Mai 2002.

entgegengehalten werden, dass der Kreis der Benachteiligten hier nicht so eng gefasst werden darf. Benachteiligt werden beispielsweise die Erzeuger anderer, nicht erneuerbarer Energie. Beihilfencharakter hat dabei allerdings nur derjenige Anteil der Vergütung aus §§ 3 EEG, der über denjenigen Betrag hinausgeht, den eine äquivalente Erstattung i.S. der Grundsätze des Altmark Urteils erbracht hätte.

90 Es ist auch davon auszugehen, dass die Maßnahmen der §§ 3 EEG geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt. Das ergibt sich einerseits daraus, dass es sich beim Markt für Strom nicht nur um einen kleinen, regional abgrenzbaren Markt handelt, und andererseits schon daraus, dass das EEG nur die Förderung von Strom vorsieht, der in Anlagen erzeugt wurde, die in Deutschland liegen.⁹⁹ In wieweit die damit verbundene Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen ist, ist nicht Gegenstand der Erörterungen. Es sei jedoch darauf verwiesen, dass die vom EuGH dazu gemachten recht kurzen Ausführungen in der Literatur auf Kritik gestoßen sind.¹⁰⁰

91 Letztlich ist im vorliegenden Fall der Tatbestand des Art 87 Abs. 1 EG erfüllt. Es ist zu fragen, ob die vorliegende Beihilfe zu rechtfertigen ist.

e. Rechtfertigungsmaßstäbe des Beihilfenrechts

92 Als Rechtfertigungsmaßstäbe bzw. Ausnahmeregelungen zu Art 87 Abs. 1 EG kommen einerseits in Betracht die Regelungen der Art 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG.¹⁰¹ Andererseits ist auch nach dem Anwendungsbereich des Art 86 Abs. 2 EG zu fragen.

(1) Regelung der Art 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG

93 Die Regelungen der Art 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG sowie Art 89 EG definieren eng umgrenzte Ausnahmegesetze zu Art 87 Abs. 1 EG. Gleichheitsdogmatisch definieren sie streng qualifizierte Ziele, die eine Differenzierung zulassen.¹⁰² In Betracht käme dabei allenfalls Art 87 Abs. 3 lit. b) oder c) EG. Auf beide Vorschriften hat die Kommission in der Vergangenheit Umweltbeihilfen gestützt. Jedoch stets entweder Investitionszuschüsse oder Betriebsbeihilfen, die nicht über die Mehrkosten hinausgehen. Der erste Fall liegt hier nicht vor und im zweiten Fall wäre nach der hier vertretenen Tatbestandslösung bereits der Tatbestand des Art . 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt. Dennoch könnte die Kommission im Rahmen ihres weiten Ermessens nach diesen Vorschriften die vorliegenden Beihilfen genehmigen. Bis heute hat sie dies jedoch nicht getan, da sie inzwischen mit dem EuGH bereits den Tatbestand des Art 87 Abs. 1 EG als nicht erfüllt ansieht.¹⁰³

⁹⁹ Gündisch, NJW 2001, 3686 (3687).

¹⁰⁰ U.a.: Ders., ebenda.

¹⁰¹ Nowak, EuZW 2003, 389 (392 f.).

¹⁰² Kube, a.a.O., 230 ff. (242).

¹⁰³ Pressemitteilung der EG-Kommission vom 22.Mai 2002

(2) Rechtfertigung gem. Art 86 Abs. 2 EG

94 Art 86 Abs. 2 gibt einen weiteren Gestaltungsspielraum als Art 87 Abs. 2 und Abs. 3: Sind gem. Art 86 Abs. 2 EG Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut, gelten die Vorschriften des Beihilfenrechts dann nicht, wenn ihre Anwendung die Erbringung der Dienstleistungen rechtlich oder tatsächlich verhindern würde und wenn durch die Nichtgeltung der Vorschriften der Beihilfenkontrolle die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art 86 Abs. 2 EG sind vor allem solche Leistungen, die die Voraussetzungen zur Entfaltung des individuellen Wohlergehens und der Freiheit bieten und die der freie Markt alleine nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stellt.¹⁰⁴ Dieser Begriff umfasst damit das, was in französischer Rechtstradition als „service public“ oder „services d’interêt général“, im englischen Rechtsraum als „Public service“ oder „services of general interest“ und in der deutschen Rechtsordnung als Daseinsfürsorge bezeichnet wird.¹⁰⁵ Folglich hat der EuGH entschieden, dass beispielsweise der Betrieb eines öffentlichen Telefonnetzes¹⁰⁶ oder die umweltfreundliche Bewirtschaftung von Abfällen¹⁰⁷ als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art 86 Abs. 2 EG anzuerkennen sind. Im vorliegenden Fall könnte die Beihilfe durch Art 86 Abs. 2 gerechtfertigt sein.

(3) Die Rolle des nationalen Rechts auf der Ebene des Art 86 Abs. 2 EG

95 Bedeutsam ist im Rahmen des Art 86 Abs. 2 EG die Rolle des nationalen Rechts.

(a) Die nationalen Ziele im Rahmen des Art 86 Abs. 2 EG

96 Während schon auf der Ebene des Tatbestandes festgestellt werden konnte, dass im nationalen und im europäischen Recht die selben Maßstäbe auftreten,¹⁰⁸ setzt sich die Verzahnung von nationalem und europäischem Recht hier fort. Dieses Mal jedoch in einer anderen Qualität: Im Rahmen der Rechtfertigung sind die nationalen Ziele zu würdigen, die der jeweilige Staat verfolgt, wenn er die Beihilfe gewährt. Die Aufgabenregelung des jeweiligen Mitgliedsstaates füllt somit auf der Rechtfertigungsebene der Beihilfenprüfung den Tatbestand des Art 86 Abs. 2 EG normativ aus:¹⁰⁹ Es kann auch von einer national-staatlichen Regelungsbefugnis mit europäischem Kontrollvorbehalt gesprochen werden.¹¹⁰ Dogmatisch ergeben sich dabei keine Schwierigkeiten, werden doch keine europäischen Kompetenzen verletzt, indem europäisches Recht durch nationale Begriffe bestimmt würde, vielmehr werden hier

¹⁰⁴ Möschel, JZ 2003, 1021 ff.

¹⁰⁵ Siehe oben: B III.

¹⁰⁶ EuGH Rs. C-18/88 (RTT/GB-Inno-BM) Slg. 1991, I-5941 Rn. 16.

¹⁰⁷ EuGH Rs. C-209/98 (Sydhavnens Sten & Grus) Slg. 2000, I-3743 Rn. 75.

¹⁰⁸ Siehe oben: C III 6.

¹⁰⁹ Kube, a.a.O., 230 ff. (244).

¹¹⁰ Schwarze, EuZW 2001, 334 ff. (338).

lediglich nationale Zielvorstellungen an europarechtlichen Vorgaben gemessen. Eine ähnliche Konstellation ergibt sich im nationalen Recht, wenn Landesrecht an Art 3 Abs. 1 GG gemessen wird. Auch dann sind die Ziele des Landesgesetzgebers mit zu berücksichtigen.¹¹¹

(b) weitere Parallelen zum nationalen Recht

97 Zur Beantwortung der Frage, ob die Belastung der Netzbetreiber zu rechtfertigen ist, muss die Regelung des § 3 ff. EEG nach nationalem Verfassungsrecht an den Maßstäben gemessen werden, die das Finanzverfassungsrecht vorgibt. Es sei dabei auf folgende Parallele zum europäischen Recht hingewiesen: Die neben den grundgesetzlichen Kompetenznormen wesentlichen Maßstäbe für die Belastung der Netzbetreiber sind einerseits die Freiheitsrechte, andererseits muss die Belastung der Netzbetreiber auch an Art. 3 GG gemessen werden.¹¹²

98 Bei der Prüfung dieser Grundrechte sind auf der Rechtfertigungsebene neuerlich diejenigen national-staatlichen Zielsetzungen zu berücksichtigen, die auch schon im Rahmen der Beihilfenprüfung auf der Ebene der Rechtfertigung zu beachten waren: das staatliche Ziel nämlich, umweltfreundlich Energie zu erzeugen und den Anteil erneuerbarere Energieformen am Gesamtverbrauch zu erhöhen.¹¹³ Dabei wäre dann zu fragen, ob für die Erreichung dieses Zieles eine besondere Gruppenverantwortung der Netzbetreiber besteht.

(c) Unterschiede zur nationalen Rechtsordnung

99 Im Unterschied zu den Überlegungen nach nationalem Verfassungsrecht, genügt es jedoch bei der Prüfung des Art 86 Abs.2 EG, dass die national-staatlichen Ziele europarechtlichen Anforderungen genügen. Ob die Gewährung der jeweiligen Beihilfe auch im übrigen nach national-staatlichem Recht rechtmäßig ist, wird im Rahmen der Beihilfenprüfung nicht berücksichtigt. Entscheidend ist bei der europarechtlichen Prüfung ein sachlicher Grund für die jeweilige Ungleichbehandlung.¹¹⁴ Mit dem Ziel des Umweltschutzes liegt dieser hier vor.

(4) Die weiteren Voraussetzungen des Art 86 Abs. 2 EG

100 Neben der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse muss es rechtlich oder tatsächlich unmöglich sein, die jeweilige Leistung unter der Geltung des Beihilfenrechts zu erbringen. Es gibt im Falle des EEG jedoch keinerlei Hinweise darauf, dass es nicht möglich wäre umweltfreundliche regenerative Energieformen zu erzeugen, wenn für diese Leistung nur ein äquivalenter Ausgleich gewährt würde.

¹¹¹ Kube, a.a.O., 230 ff. (244).

¹¹² Kube, Palm, Seiler, a.a.O.

¹¹³ so die staatliche Zielsetzung in § 1 EEG.

¹¹⁴ Kube, a.a.O., 230 ff. (244).

101 Die §§ 3 ff. EEG sind damit nicht mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar und müssten zu einem Einschreiten der Beihilfenaufsicht führen. Dass gleichzeitig die Belastung der Netzbetreiber verfassungswidrig ist, kann aus diesem Ergebnis jedoch nicht geschlossen werden, sondern muss eigenständig anhand des nationalen Finanzverfassungsrechts geprüft werden. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung, wird sich im Rahmen der Erforderlichkeit dann jedoch die Frage stellen, ob eine niedrigere Belastung der Netzbetreiber, nämlich in Höhe eines äquivalenten Ausgleichs der Mehrbelastung der Erzeuger, nicht ein milderes und gleichsam wirksames Mittel wäre die staatlichen Ziele des Umweltschutzes zu verfolgen. Insofern dürfte sich jedenfalls für die Überkompensation der Belastungen ein Ergebnis einstellen, das – wiederum zufällig - mit dem europarechtlichen Ergebnis übereinstimmt.

f. Rechtslage bei Äquivalenz

102 Nachdem festgestellt wurde, dass auf Seiten der Erzeuger regenerativer Energieformen eine Überkompensation vorliegt,¹¹⁵ die auch nicht nach Art 86 Abs. 2 EG zu rechtfertigen ist, fragt es sich, wie sich die Rechtslage darstellte, läge keine Überkompensation sondern ein äquivalenter Ausgleich auf Seiten der Erzeuger vor.

103 Wie gesehen¹¹⁶ wäre dann schon der Tatbestand des Art 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt. Eine Beihilfe läge dann nicht vor.

104 Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Abschöpfung auf Seiten der Netzbetreiber nach nationalem Verfassungsrecht zulässig wäre. Es läge dann die Situation vor, dass eine Gemeinwohllast bei den Stromerzeugern dadurch ausgeglichen würde, dass diese auf die Netzbetreiber verschoben würde. Diese Belastung bei den Netzbetreibern bedarf der eingehenden verfassungsrechtlichen Beurteilung an den genannten Maßstäben des Finanzverfassungsrechts. Würde diese verfassungsrechtliche Prüfung ergeben, dass die §§ 3 ff. EEG nicht gerechtfertigt werden können, müsste jetzt bei den Netzbetreibern ein Ausgleich für ihre Zahlungspflicht gem. §§ 3 ff EEG erfolgen. Es würde sich dann die Frage stellen, wieso dieser Ausgleich dann nicht direkt gegenüber den Erzeugern der erneuerbaren Energieformen erfolgte.

105 Politisch ist dies gerade nicht gewollt. Vielmehr sollen tatsächlich die Netzbetreiber und nicht der staatliche Haushalt die Gemeinwohllasten der Erzeuger erneuerbarer Energieformen ausgleichen.

V. Zusammenfassung: Verzahnung von nationalem und europäischem Recht

106 Zusammenfassend lässt sich im Bereich des europäischen Beihilfenrechts und des nationalen Finanzverfassungsrechts vor allem eines feststellen: An zahlreichen Stellen entstehen Verzahnungen zwischen nationalem und europäischem Recht. Diese

¹¹⁵ Siehe oben: D III 5.

¹¹⁶ Siehe oben: C III 5.

entstehen jedoch nicht daraus, dass das nationale Recht das Europarecht kompetenzwidrig determinierte. Vielmehr finden sich immer wieder – gewissermaßen zufällig – die selben Grundgedanken und Prinzipien, die immanent sowohl im nationalen Recht als auch im Europarecht stecken. Im einzelnen seien erwähnt:

- Das aus dem nationalen Abgabenrecht stammende Prinzip der Äquivalenz findet sich auch wieder im europäischen Beihilfenrecht.¹¹⁷
- Bei staatlich veranlassten Quersubventionierungen stellt sich sowohl im nationalen Recht als auch im europäischen Recht das Problem der Zurechnung dieser Quersubventionen als staatliche Mittel bzw. staatliche Einnahme. Argumentativ kann auf die selben Zurechnungskriterien zurückgegriffen werden.¹¹⁸
- Auf der Ebene der Rechtfertigung kommt es bei der Überprüfung von nationalstaatlichen Zielen zu einer normativen Ausfüllung europarechtlicher Normen. Ein Prinzip, das auf der Ebene der Rechtfertigung auch dem deutschen Verfassungsrecht immanent ist.¹¹⁹
- Die selben Ziele, die auf europarechtlicher Seite bei der Rechtfertigung einer Beihilfe zu berücksichtigen waren, sind dann nach nationaler Betrachtung bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Einnahmenseite zu beachten.¹²⁰
- Bei diesem Vergleich ergibt sich noch eine Übereinstimmung: Liegt nach Art 86 Abs. 2 EG kein rechtliches oder tatsächliches Hindernis vor, das eine Beihilfe rechtfertigt, wird nach nationalem Verfassungsrecht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Einnahmenseite regelmäßig ein milderer Mittel vorhanden sein: Das einer Ausgleichleistung ohne Überkompensation und damit ohne Beihilfencharakter.¹²¹

VI. Exkurs 1: Grundfreiheitliche Prüfung

107 Obwohl der Gegenstand der Untersuchungen hier auf das Beihilfenrecht beschränkt sein soll, bietet es sich an, einige Worte zu der Frage zu sagen, ob möglicherweise durch die Regelung des EEG gegen Grundfreiheiten verstoßen wird.

1. Die Seite der Stromerzeuger

108 Auf Seiten der Stromerzeuger gewährt § 3 I EEG lediglich in Deutschland erzeugter regenerativer Energie die genannten Quersubventionierungen. Der EuGH hat

¹¹⁷ Siehe oben: C III 6.

¹¹⁸ Siehe oben: D III 3.

¹¹⁹ Siehe oben: D III 5.

¹²⁰ Siehe oben: D III 5 c) aa).

¹²¹ Siehe oben: D III 5 c) bb).

eine ähnliche Regelung des StrEG im Urteil Preußen Elektra deshalb als gerechtfertigt angesehen und damit einen Verstoß gegen Art 28 EG verneint, weil bei langen Überlandstrecken hohe Leitungsverluste auftreten und weil der Umweltschutz gem. Art 174 EG ein Ziel der Gemeinschaft sei. In der Literatur ist er damit auf Kritik gestoßen.¹²² Tatsächlich erscheint dies zweifelhaft, weil insbesondere im Grenzgebiet das Argument der langen Leitungsstrecken versagt und man sich die Frage stellen muss, ob das Umweltschutzziel nicht auch verfolgt werden könnte, wenn auch ausländische regenerative Energieformen gefördert würden.

2. Die Seite der Netzbetreiber

109 Auf Seiten der Netzbetreiber ist die Frage zu stellen, ob die Vergütungspflichten der §§ 3 ff. EEG möglicherweise die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG beschränken – das Erfordernis der Dauerhaftigkeit wäre bei Netzbetreibern regelmäßig erfüllt. Der EuGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 festgestellt, dass das allgemeine Beschränkungsverbot nach der „Dassonville-Formel“ auch auf die Niederlassungsfreiheit anzuwenden ist.¹²³ Andererseits ist zu sagen, dass Maßnahmen die jeden Marktteilnehmer unterschiedslos treffen keine Beschränkung darstellen. Beispiele für Verstöße gegen das allgemeine Beschränkungsverbot waren in der Vergangenheit u.a. die Nichtanerkennung europäischer Hochschulabschlüsse. Für Regelungen über Ladenöffnungszeiten hat der EuGH eine Beschränkung jedoch verneint.¹²⁴ Seine Rechtsprechung ist in diesem Feld jedoch nicht sehr weit entwickelt. Möglicherweise lässt sich eine Formel finden, die immer dann eine Beschränkung annimmt, wenn unterschiedslos geltende Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Tätigkeit im Heimatland nicht erworben werden konnten und die im neuen Land nur unter großen Schwierigkeiten nachgeholt können. Dies trifft jedoch auf eine reine Zahlungspflicht nicht zu.

VII. Exkurs 2: Beihilfenrecht und das nationale Steuerrecht

110 Dogmatisch glücklich ist, wer solch zufällige Übereinstimmungen von nationalem Recht und Europarecht feststellt. Unglücklich ist jedoch, wer feststellt, dass eine Verzahnung von nationalem und europäischem Recht nur möglich wird, wenn das nationale Recht das Europarecht bestimmt. In Frage kommen könnte dies für die Prüfung nationaler Steuergesetzgebung am Maßstab des europäischen Beihilfenrechts: Würde dann eine Beihilfe vorliegen, wenn das nationale Prinzip der Leistungsfähigkeit die jeweilige Steuerentlastung vor dem Gleichheitssatz rechtfertigt, jedoch nicht

¹²² Gündisch, NJW 2001, 3686 ff. (3687).

¹²³ EuGH, 30.11.1995, Rs. C-55/94, Gebhardt, Tz. 37, Slg. 1995, I-4165.

¹²⁴ EuGH, 20.06.1996, Rs. 418-421, 460-464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94, 332/94, Semeraro, Tz. 32, Slg. 1996, I-2991 (3009).

nachgewiesen werden könnte, dass das Prinzip der Leistungsfähigkeit auch dem Europarecht immanent ist?¹²⁵

1. Die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf das nationale Steuerrecht

111 Dabei muss vorweg die Frage beantwortet werden, ob das Beihilfenrecht überhaupt auf das nationale Steuerrecht Anwendung finden kann. Nach einer Ansicht ist dies nicht der Fall. Aus der Tatsache, dass der EG-Vertrag die Steuersouveränität für direkte Steuern bei den Mitgliedsstaaten belasse, ergebe sich im Umkehrschluss, dass das Beihilfenrecht nicht auf die nationale Steuergesetzgebung angewandt werden könne.¹²⁶ Dies überzeugt jedoch nicht. Dies vor allem deshalb, weil die Steuervergünstigung für ein bestimmtes Unternehmen die selbe Wirkung entfalten kann, wie die Gewährung eines zinslosen Darlehens von Seiten des Staates. Es wäre dann nicht zu erklären wieso dieses eine Beihilfe darstellte, während jenes von der Anwendung des Beihilfenrechts ausgenommen wäre.¹²⁷

2. Das Leistungsfähigkeitsprinzip

a. Element des nationalen Rechts

112 Das Leistungsfähigkeitsprinzip als tragendes Element nationaler Steuergesetzgebung findet sich in den unterschiedlichsten Formulierungen in zahlreichen Rechtsordnungen weltweit und in Europa: Es hat teilweise sogar seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden. So beispielsweise in der brasilianischen Verfassung von 1988, in der festgelegt wird, dass Steuern nach der „wirtschaftlichen Kapazität“ zu entrichten sind.¹²⁸ In den Mitgliedsstaaten sind vor allem folgende Regelungen zu nennen: Die französische „Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen“ (DDHC) fordert in Art. 13 die gerechte Lastenverteilung zwischen den Bürgern im Verhältnis ihrer Leistungsfähigkeit.¹²⁹ Auch Art. 31 der spanischen Verfassung spricht von „wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit“ zur Bestreitung öffentlicher Lasten.¹³⁰ Dort wo das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht ausdrücklich in den Verfassungen verankert ist, bestimmte es dennoch die Diskussion in der Steuerwissenschaft.¹³¹ In Deutschland ist das Leistungsfähigkeitsprinzip das Ergebnis einer langen Diskussion. Es beschäftigte im 18. und 19. Jh. zunächst die Sozialphilosophie und Kameralistik und später im 19. und 20. Jahrhundert vor allem die

¹²⁵ zum Ganzen: *Jansen*, Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts für das nationale Steuerrecht, 2003.

¹²⁶ *Püttner/Spannowski*, Beihilfepolitik, 1986, S. 150 f.

¹²⁷ *Evens*, Law of State Aids, S. 34 f.

¹²⁸ *Tipke*, Steuerrechtsordnung Bd. I, 1993, S. 486.

¹²⁹ *Binisti-Jahndorf*, *StuW* 2001, 341 ff. (348).

¹³⁰ *Tipke*, *StuW* 1988, 262 ff. (271).

¹³¹ *Jansen*, Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts für das nationale Steuerrecht, 2003, S. 70.

Finanz- und Steuerwissenschaft.¹³² Es wird in der weltweiten Diskussion vor allem als Ausfluss des Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden.¹³³

b. Leistungsfähigkeitsprinzip im Europarecht

113 Das Prinzip der Leistungsfähigkeit hat weder im europäischen Primärrecht, noch im Sekundärrecht eine ausdrückliche Verankerung gefunden.¹³⁴ Es bleibt daher lediglich zu fragen, ob sich das Leistungsfähigkeitsprinzip eignet als allgemeiner Rechtsgrundsatz des europäischen Gemeinschaftsrechts.

3. Allg. Rechtsgrundsatz des Europarechts

114 Als allgemeine Rechtsgrundsätze des Europarechts werden solche Grundsätze verstanden, die den nationalen Rechts- und Verfassungsstatuten gemein sind und dazu geeignet sind, eine Regelungslücke des Europarechts zu füllen.¹³⁵ Es kommt dabei im Rahmen eines wertenden Rechtsvergleiches der jeweiligen nationalen Regelungen nicht darauf an, den kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden, sondern aus den vorhandenen Regelungen die optimale Lösung zu entwickeln.¹³⁶ Darüber hinaus muss im Europarecht eine Lücke bestehen, die nicht aus dem Gemeinschaftsrecht selbst gelöst werden kann, und der gefundene Rechtsgrundsatz muss in der Lage sein, diese Lücke zu füllen. Während das Leistungsfähigkeitsprinzip als beste Lösung aus den nationalen Rechtsordnungen entwickelt werden kann, ist fraglich, ob die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.

a. Lücke im Europarecht

115 Fraglich ist, ob tatsächlich bereits eine Lücke entsteht, die das Gemeinschaftsrecht nicht selbst lösen kann. Wenn nämlich das europäische Wettbewerbsrecht verstanden wird als Instrument zur Sicherung des gleichen Gebrauchs der Wettbewerbsfreiheiten,¹³⁷ dann ist möglicherweise bereits aus der Erkenntnis, dass der Gleichheitssatz dem Beihilfenrecht immanent ist, die Erkenntnis, dass sich daraus bereits ein als weitere Ausgestaltung des Gleichheitssatzes zu betrachtendes europäisches Leistungsfähigkeitsprinzip entwickeln lässt. Folgt man dem jedoch nicht, sondern nimmt man eine Lücke des Europarechts an, weil sich das Leistungsfähigkeitsprinzip gerade nicht aus dem Wettbewerbsrecht herleiten lässt, so

¹³² Bach, *StuW* 1991, 116 ff. (117).

¹³³ Morongin, *StuW*, 1984, 93 ff. (100).

¹³⁴ Jansen, a.a.O., S. 74.

¹³⁵ Oppermann, *Europarecht*, 1999, Rn. 482.

¹³⁶ Schwarze, in Schwarze *EUV/EGV*, Art. 220 EGV, Rn. 16.

¹³⁷ Kube, a.a.O.

stellt sich die Frage, ob dann das Leistungsfähigkeitsprinzip überhaupt geeignet ist, die Lücke zu schließen.¹³⁸

b. Eignung des Leistungsfähigkeitsprinzips zur Lückenschließung

116 Zweifel an der Eignung des Leistungsfähigkeitsprinzips könnte die Tatsache hervorrufen, dass das Gemeinschaftsrecht selbst größte Zurückhaltung auf dem Gebiet des Steuerrechts übt und es sich daher möglicherweise verbietet, dem Gemeinschaftsrecht jegliche Grundaussage zum nationalen Steuerrecht zu entnehmen.¹³⁹ Hier wird jedoch die Unbestimmtheit des Leistungsfähigkeitsprinzips zu seinem größten Vorteil: Gerade deshalb ist es möglich es zwar als allgemeinen Rechtsgrundsatz anzuerkennen, aber dennoch nicht in die Gefahr zu geraten, dass die Steuersouveränität der Mitgliedsstaaten berührt wird. Seine Unbestimmtheit lässt den Mitgliedsstaaten ausreichend Spielraum für eigene Steuerrechtliche Regelungen, die immer dann, wenn sie das Leistungsfähigkeitsprinzip in welcher Form auch immer berücksichtigen, keine Beihilfe i.S. des Art 87 Abs. 1 EG darstellen.¹⁴⁰ Das Europarecht wäre dann auf eine absolute Missbrauchkontrolle beschränkt.

¹³⁸ Jansen, Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts für das nationale Steuerrecht, 2003, S. 79 ff.

¹³⁹ Kube, National Tax Law and the Transnational Control of State Aids, EUI Working papers No. 2001/9, 2001, S. 31.

¹⁴⁰ Jansen, EG-rechtliche Vorgaben, S. 83.