

§ 4 Der Unternehmensbegriff

Jan Schmidt

I.	Allgemeines / Systematik	63
II.	Begrifflichkeiten	64
	1. Wirtschaftliche Tätigkeit	65
	a. Indizien für eine wirtschaftliche Tätigkeit	66
	b. Hypothetischer Wettbewerbstest	66
	c. Vorliegen eines Marktes	68
	2. Wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit	69
	a. Tätigkeitsbezogenheit des Unternehmensbegriffs	69
	b. Relativität des Unternehmensbegriffs	70
	c. Besonderheit: Unternehmenskontinuität	70
	3. Hoheitliche Tätigkeiten	72
	4. Begriff des Produktionszweiges	75
III.	Vergleiche mit der deutschen Rechtsordnung	75
	1. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 EStG	76
	2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG	76
	3. Einkünfte aus Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung und sonstige Einkünfte im Sinne des § 22, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5-7 EStG	77
	4. Stellungnahme	77
IV.	Besonderheiten bei Normen an Private	79
V.	Fazit	82

I. Allgemeines / Systematik

Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt die selektive Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige voraus. Hiermit zieht dieses Tatbestandsmerkmal eine normative Grenze zwischen Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne und Privathaushalten bzw. Verbrauchern, welche dadurch insofern nicht dem Beihilfenrecht unterfallen, als dass sie selbst nicht Empfänger/Begünstigter staatlich gewährter Beihilfen sein können.¹

¹ So auch *W. Cremer*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 27.

Sie können lediglich mittelbar an einer Beihilfe für Unternehmen „mitwirken“, wenn es sich um indirekte Beihilfen handelt. Insbesondere in diesem Bereich kommen steuerliche Beihilfen, z.B. in Form verbrauchsteuerlicher Vergünstigungen, in Frage.² Adressaten sind in diesen Fällen nicht die unmittelbaren Empfänger staatlicher Leistungen, sondern deren mittelbar Begünstigte. Denkbar wäre als logische Konsequenz ebenfalls eine „Kette von Begünstigten“, die von einer bestimmten staatlichen Maßnahme profitieren.

II. Begrifflichkeiten

Aufgrund der engen teleologischen und systematischen Verknüpfung der Art. 101, 102 AEUV mit Art. 107 AEUV in dem gleichen Kapitel „Wettbewerbsregeln“ entspricht der beihilfenrechtliche Unternehmerbegriff weitestgehend dem des europäischen Kartellrechts.³ Eine dem Kartellrecht entgegenstehende Auslegung des Unternehmensbegriffs ist grdsl. abzulehnen, da die einheitlichen Wettbewerbsregeln des AEUV eine harmonische Auslegung und Anwendung der Tatbestände gebieten.⁴ Besonderheiten gelten hingegen für den Fall der Unternehmenskontinuität.⁵

² Eingehend zu mittelbaren Beihilfen in diesem Band: A. *Milutinović*, HFSt 8 (2018), 85 (85 ff.) unter § 5.

³ A. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107, Rn. 105, Einleitung, Rn. 24 f.; G. *von Wallenberg/M. Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 62. EL Juli 2017, Art. 107 AEUV, Rn. 39.

⁴ G. *von Wallenberg/M. Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 62. EL Juli 2017, Art. 107 AEUV, Rn. 39.

⁵ Siehe unten unter § 4 II.2.c.

Der Unternehmensbegriff wird stets unter funktionalen Gesichtspunkten beurteilt und erfasst „jede eine **wirtschaftliche Tätigkeit** ausübende **Einheit**, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“⁶ sowie vom Vorliegen einer eventuellen Gewinnerzielungsabsicht⁷.

Es wird weder zwischen natürlichen und juristischen Personen, noch zwischen öffentlicher oder privater Hand oder gemeinnützigen Vereinen unterschieden. Lediglich Verbraucher sind als Beihilfenadressaten nicht denkbar.⁸ Das Gegenstück zu wirtschaftlichen Tätigkeiten bilden hoheitliche Tätigkeiten, welche nicht von Unternehmen i.S.d. Wettbewerbsrechts ausgeübt werden, ergo auch nicht dem Beihilfenrecht unterfallen.⁹

1. Wirtschaftliche Tätigkeit

Der Begriff des Unternehmens i.S.d. Beihilfenrechts setzt das Ausüben wirtschaftlicher Tätigkeiten voraus. Diese sind es, die den Binnenmarkt nutzen und von dessen Funktionieren abhängig sind. Die hoheitlichen Tätigkeiten hingegen liegen in der souveränen Sphäre der Mitgliedstaaten und sollen nicht durch das Beihilfenrecht eingeschränkt werden. Entscheidend ist folglich, wie eine wirtschaftliche Tätigkeit zu definieren bzw. zu ermitteln ist und wie sie sich von hoheitlichen bzw. „nichtwirtschaftlichen“ Tätigkeiten unterscheiden lässt.

⁶ EuGH v. 23.04.1991 Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*), Rn. 21; EuGH v. 12.09.2000 verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavel Pavlov*), Rn. 74; EuGH v. 16.3.2004 Rs. C-264/01 (*AOK Bundesverband*), Rn. 46; EuGH v. 10.01.2006 Rs. C-222/04 (*Casa di Risparmio di Firenze*), Rn. 107, m.w.N; *J. Englisch*, in: Schaumburg/Englisch (Hrsg.), *Europäisches Steuerrecht*, 1. Aufl. 2015, Rn. 9.9; Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, 2016/C 262/01, Rn. 7.

⁷ EuGH v. 10.01.2006 Rs. C-222/04 (*Casa di Risparmio di Firenze*), Rn. 123; *J. Englisch*, in: Schaumburg/Englisch (Hrsg.), *Europäisches Steuerrecht*, 1. Aufl. 2015, Rn. 9.9.

⁸ Siehe Fn. 1.

⁹ EuGH v. 18. 03. 1997 Rs. C-343/95 (*Diego Cali & Figli*), Rn. 23; EuGH v. 19. 01. 1994 Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Rn. 30; EuGH v. 04. 05. 1988 Rs. 30/87 (*Bodson*), Rn. 18 sprach von einem Verhalten, das in der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ bestehe; ähnlich EuGH v. 26.03.2009 Rs. C-113/07 P (*SELEX*), Rn. 70.

a. *Indizien für eine wirtschaftliche Tätigkeit*

Eine wirtschaftliche Tätigkeit besteht grdsl. darin, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt gegen Entgelt anzubieten.¹⁰ Eine Gewinnerzielungsabsicht des wirtschaftlich Tätigen ist laut EuGH ebenso wenig erforderlich, wie eine bestimmte Rechtsform oder Art der Finanzierung.¹¹ Dem Merkmal der Entgeltlichkeit kommt ebenfalls lediglich indizieller Charakter zu, mit der Folge, dass es möglich ist, eine wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen, ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich ein Entgelt erzielt oder verlangt wurde.¹²

Aufgrund dieser lediglich indiziellen Wirkung der verschiedenen Merkmale ist die Prüfung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Tätigkeit eher einzelfallbezogen, somit jeweils individuell vorzunehmen.

b. *Hypothetischer Wettbewerbstest*

Objektive Klarheit könnte jedoch der sogenannte „hypothetische Wettbewerbstest“ schaffen. Mittels dieses Tests soll es möglich sein, die wirtschaftliche von der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit abzugrenzen.¹³ Demnach sei ausschlaggebend, ob eine Tätigkeit zumindest grundsätzlich auch von einem privaten Anbieter zum Zwecke der Gewinnerzielung erbracht werden kann. Ist dies zu bejahen, handele es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Dieser Test wird vor allem relevant, wenn der Staat eine bestimmte Tätigkeit einem einzigen Anbieter vorbehält (Marktabschottung). Die Anwendung führt allerdings beispielsweise in den Bereichen Bildung und Forschung zu Schwierigkeiten, da diese (teilweise) auch gewinnbringend von Privaten erbracht werden können. Die Kommission klassifiziert „die innerhalb des nationalen Bildungssystem organisierte öffentliche Bildung“ jedoch

¹⁰ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, 2016/C 262/01, Rn. 12; EuGH v. 16.06.1987 C-118/85 (*Kommission/Italien*), Rn. 7; EuGH, v. 18.06.1998 C-35/96 (*Kommission/Italien*), Rn. 36; EuGH v. 10.01.2006 Rs. C-222/04 (*Casa di Risparmio di Firenze*), Rn. 108 m.w.N; EuGH v. 12.09.2000 verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavel Pavlov*), Rn. 75; A. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107, Rn. 105, Einleitung, Rn. 24.

¹¹ Siehe Fn. 4.

¹² EuGH v. 26.03.2009 Rs. C-113/07 P (*SELEX*), Rn. 117.

¹³ E. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 9.

ausdrücklich als nichtwirtschaftlich.¹⁴ Dabei unterlässt sie allerdings eine genauere Diskussion dieser Problematik. Richtigerweise wäre eine wirtschaftliche Tätigkeit hingegen zu bejahen gewesen. Eine spätere Rechtfertigung eventuell erlangter Vorteile mittels Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV erscheint dogmatisch folgerichtiger.

Der EuGH indessen stellt bei der Einordnung dieser Bereiche – nicht nachvollziehbar – auf eine subjektive Komponente ab, wonach der Mitgliedstaat „[...]keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte[...]“¹⁵, was unter Berücksichtigung der eigentlichen Funktionalität und Tätigkeitsbezogenheit¹⁶ des Unternehmerbegriffs und der daraus folgenden Unbeachtlichkeit subjektiver Gesichtspunkte nicht überzeugt.

Der hypothetische Wettbewerbstest ist somit zwar ein anwendbares objektives Kriterium bei der Einordnung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten, liegt im Ergebnis jedoch nicht immer richtig, da einzelne Bereiche von der Kommission und dem EuGH – entgegen der eigentlichen Dogmatik – abweichend behandelt werden.

Er würde bei strikter Anwendung jedoch zu objektiver Klarheit bei der Frage nach der Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit führen. Etwaige Korrekturen im Beihilfenrecht für Bereiche wie Bildung und Forschung könnten problemlos und dogmatisch sauberer an anderer Stelle erfolgen, z.B. über Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.¹⁷

Nach hier vertretener Ansicht sollte der hypothetische Wettbewerbstest aufgrund seiner objektiven Klarheit zum grundsätzlich maßgeblichen Test bei der Bestimmung einer wirtschaftlichen Tätigkeit werden.¹⁸

¹⁴ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, 2016/C 262/01, Rn. 28 ff.

¹⁵ EuGH v. 11.09.2011 C-318/05 (*Deutschland/Kommission*), Rn. 68.

¹⁶ *W.-H. Roth/T. Ackermann*, in: Jaeger u.a. (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar Kartellrecht*, Art. 101 AEUV, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen, Rn. 31, *W. Weiß*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

¹⁷ Zu den Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV siehe in diesem Band: *T.-N. Zimmer*, *HFSt* 8 (2018), 187 (187 ff.) unter § 9.

¹⁸ So auch *GA F. Jacobs*, in: EuGH v. 16.03.2004 verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 u. C-355/01 (*AOK*), Rn. 27; ders., in: EuGH v. 25.10.2001 Rs. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), Rn. 67 f; ders., in: EuGH 10.01.2006 Rs. C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze*), Rn. 76, 80; *GA P. Léger*, in: EuGH v. 19.02.2002 Rs. C-35/99 (*Arduino*), Rn. 46; auch Entscheidung der Kommission. v. 28.06.1995, *ABl. EG* 1995 Nr. L 216/8, Tz. 2.

c. *Vorliegen eines Marktes*

Als objektive Voraussetzung verlangt eine wirtschaftliche Tätigkeit stets das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an einem Markt (s.o.). Während für Waren im Rahmen der Gesetze stets ein Markt existiert, ist dies bei Dienstleistungen nicht ausnahmslos anzunehmen. Ob ein innerstaatlicher Markt gegeben ist, kann in den jeweiligen Mitgliedstaaten der Europäischen Union abweichend geregelt sein. Entscheidend ist die Art und Weise der Organisation der entsprechenden Dienstleistung im einzelnen Mitgliedstaat.¹⁹ So können Systeme sozialer Sicherheit durch den Mitgliedstaat als wirtschaftliche Tätigkeiten oder als Ausübung hoheitlicher Befugnisse ausgestaltet werden.²⁰

Legt ein Mitgliedstaat beispielsweise fest, dass Krankenkassen zwangsweise an der öffentlichen Sicherheit mitwirken, ihre Handlungen auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhen sollen und ohne Gewinnzweck durchgeführt werden, dann stellt dies – aufgrund der besonderen einzelstaatlichen Organisation des entsprechenden Sektors – keine Leistung am Markt dar.²¹ So verhält es sich bzgl. der deutschen gesetzlichen Krankenversicherungen.

„Es ist festzustellen, dass die Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland [...] an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mitwirken. Sie nehmen insoweit eine rein soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird.“²²

Werden hingegen Krankenkassensysteme etabliert, die nicht dem Prinzip der Solidarität unterworfen sind, was z.B. durch Gewinnorientierung oder optionale Mitgliedschaften geschehen kann, dann entsteht ein Markt, an

¹⁹ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 13; EuGH v. 17.02.1993 verb. Rs. C-159/91 u. C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Rn. 16-20.

²⁰ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 19 ff.: Die Kommission legt in ihrer Bekanntmachung verschiedene Merkmale für solidaritätsbasierte und solche Systeme fest, die eine wirtschaftliche Tätigkeit umfassen.

²¹ EuGH v. 17.2.1993 verb. Rs. C-159/91 u. C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Rn. 18.

²² EuGH v. 16.03.2004 verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (*AOK-Bundesverband*), Rn. 51.

welchem wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt werden.²³ Die Folge der Möglichkeit der einzelstaatlichen Organisation der „Markttauglichkeit“ einer Dienstleistung ist, dass sich dessen Einstufung aufgrund politischer Entscheidungen oder wirtschaftlicher Entwicklungen im Laufe der Zeit ändern kann.²⁴

2. Wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit

Der Unternehmensbegriff des Beihilfenrechts orientiert sich nicht an den nationalen Gesellschaftsrechten. Es sollen vielmehr alle am Binnenmarkt beteiligten Akteure erfasst werden, um Verzerrungen vorzubeugen und zu beheben. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, folgt der Unternehmensbegriff verschiedenen „Grundsätzen“.

a. *Tätigkeitsbezogenheit des Unternehmensbegriffs*

Zunächst gilt eine funktionale Betrachtungsweise der Unternehmereigenschaft, stets in Hinblick auf eine bestimmte Tätigkeit, mit der Folge, dass nicht immer eine klar abgrenzbare rechtliche, sondern vielmehr eine wirtschaftliche Einheit Empfänger einer Beihilfe sein kann.²⁵ Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, ist mithin nicht die eigentliche Einheit in Form gesellschaftsrechtlicher Zusammenschlüsse oder Personenkonstellationen, sondern vielmehr eine Tätigkeit, die als wirtschaftlich eingestuft wird. Von dieser aus wird dann auf die dahinterstehende Einheit geschaut und ermittelt, welche rechtlichen Figuren mit der Tätigkeit verbunden sind.

²³ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 21: Weitere Merkmale sind das Vorliegen eines Kapitalisierungsprinzips, Gewinnerorientierung und die Möglichkeit, zusätzliche Leistungen in Ergänzung zum Basissystem zu erwerben.

²⁴ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.7.2016, ABl. C 262, Rn. 13.

²⁵ EuGH v. 24.10.2002 Rs. C-82/01 P (*Aéroports de Paris/Kommission*), Rn. 74; W. Roth/T. Ackermann, in: Jaeger u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 101 AEUV, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen, Rn. 31; A. Kliemann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 107 AEUV, Rn. 33.

b. *Relativität des Unternehmensbegriffs*

Werden sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt, ist die jeweilige Einheit nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit als Unternehmen anzusehen,²⁶ sog. relativer Unternehmensbegriff²⁷. Es ist deshalb nicht nur möglich, dass eine rechtliche Einheit lediglich teilweise wirtschaftlich tätig ist²⁸, sondern ebenso umgekehrt, dass mehrere rechtliche Einheiten als ein einheitlicher Beihilfenempfänger anzusehen sind²⁹. Der Unternehmensbegriff ist folglich besonders flexibel und anpassungsfähig. Dies ist nötig, um den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und den vielen Gestaltungsmöglichkeiten gerecht zu werden.

c. *Besonderheit: Unternehmenskontinuität*

Werden Unternehmen umstrukturiert oder veräußert, dann stellt sich die Frage nach der beihilfenrechtlichen Verantwortlichkeit. Wer ist in derartigen Fällen als Beihilfenempfänger anzusehen? Wer muss bei Verstößen bereits geleistete Beihilfen zurückzahlen?³⁰ In derartigen Konstellationen bietet das Kartellrecht (als Ausgangspunkt für den beihilfenrechtlichen Unternehmensbegriff) zwei Lösungsmöglichkeiten: Zum einen den „Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit“, zum anderen den „Grundsatz der funktionalen und wirtschaftlichen Kontinuität“.³¹

Nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ist ein beihilfenrechtliches Vergehen grds. derjenigen natürlichen oder juristischen

²⁶ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, 2016/C 262/01, Rn. 10.

²⁷ V. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 101, Abs. 1 AEUV, Rn. 12.

²⁸ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 10; EuGH v. 24.10.2002 Rs. C-82/01 P (*Aéroports de Paris*), Rn. 76.

²⁹ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 11; EuGH v. 16.12.2010 Rs. C-480/09 P (*AceaElectrabel Produzione SpA/Kommission*), Rn. 47 ff.

³⁰ Ausführlich zu den Rechtsfolgen in diesem Band: D. Reich, HFSt 8 (2018), 219 (219 ff.) unter § 10.

³¹ V. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 13; Eingehend zu beiden Lösungsansätzen, unter Erläuterung der Risiken, Voraussetzungen und Vorteile, GA J. Kokott, Schlussanträge, EuGH v. 11.12.2007 Rs. C-280/06 (*ETI*), Rn. 70 ff. m.w.N.

Person zuzurechnen, die das gegen das Beihilfenrecht verstoßende Unternehmen betreibt.³² Eine wirtschaftliche Kontinuität kommt hingegen (nur) dann in Betracht, wenn der neue Betreiber eines Unternehmens bei wirtschaftlicher Betrachtung als Nachfolger des ursprünglichen Betreibers angesehen werden kann, er mithin das gegen das Beihilfenrecht verstoßene Unternehmen weiter betreibt.³³ Im Beihilfenrecht erscheint es sinnvoll – entgegen der vorherrschenden kartellrechtlichen Praxis³⁴ – eine wirtschaftliche und funktionale Kontinuität anzunehmen und nicht auf den Grundsatz der persönlichen Verantwortung abzustellen. Ziel des Beihilfenrechts ist es schließlich, Verzerrungen des Wettbewerbs zu verhindern bzw. aufzuheben³⁵. Der Sanktionscharakter steht dabei nicht im Vordergrund. Um die ursprüngliche, unbeeinträchtigte, Marktsituation wieder herzustellen, ist es nötig, die bestehende Verzerrung zu beheben, nicht die verantwortlichen Akteure zu sanktionieren. Deshalb erscheint es zweckdienlicher, den funktional-wirtschaftlichen Nachfolger heranzuziehen, als die zum Zeitpunkt der Beihilfengewährung verantwortlichen natürlichen oder juristischen Personen verantwortlich zu machen. Dies könnte unter Umständen dazu führen, dass die geleistete Beihilfe zwar zurückgefordert wird, das im Vorhinein von der Zahlung/Steuererleichterung profitierende Unternehmen jedoch nicht die wirtschaftlichen Folgen der Rückzahlung

³² Vgl. die sich auf das Kartellrecht beziehenden Urteile: EuGH v. 16.11.2000 Rs. C-248/98 P (*KNP BT/Kommission*), Rn. 71; EuGH v. 16.11.2000 Rs. C-279/98 P (*Cascades/Kommission*), Rn. 78, EuGH v. 16.11.2000 Rs. C-286/98 P (*Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*), Rn. 37, EuGH v. 16.11.2000 Rs. C-297/98 P (*SCA Holding/Kommission*), Rn. 27; GA J. Kokott Schlussanträge, EuGH v. 11.12.2007 Rs. C-280/06 (*ETI*), Rn. 71.

³³ EuGH v. 28.03.1984 verb. Rs. 29/83 und 30/83 (*CRAM und Rheinzink/Kommission*), Rn. 9; EuGH v. 7.01.2004 verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P (*Aalborg Portland u. a./Kommission*), Rn. 59; EuGH v. 08.07.1999 Rs. C-49/92 P (*Kommission/Anic Partecipazioni*), Rn. 145.

³⁴ EuGH v. 08.07.1999 Rs. C-49/92 P (*Kommission/Anic Partecipazioni*), Rn. 145: Der Grundsatz der funktionalen und wirtschaftlichen Kontinuität soll nur dann greifen, wenn „die für die Bewirtschaftung des Unternehmens verantwortliche juristische Person nach der Begehung der Zuwiderhandlung aufgehört hat, rechtlich zu existieren“; V. Emerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 101, Abs. 1 AEUV, Rn. 13 f.; G. Monti, EStAL 3/2011, Recovery Orders in State Aid Proceedings: Lessons from Antitrust, 415 (416).

³⁵ Vgl. G. von Wallenberg/M. Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 62. EL Juli 2017, Art. 107, Rn. 10.

trägt. Die Verzerrung des Binnenmarktes würde insofern nicht bestmöglich rückgängig gemacht.

Eine derartige Handhabung der Unternehmenskontinuität ist, da die Vorgehensweise bereits im Kartellrecht verankert ist, keine beihilfenrechtliche Anpassung des Unternehmensbegriffs, sondern stellt vielmehr eine konsequente Konkretisierung der bereits vorhandenen kartellrechtlichen Möglichkeiten beim Umgang mit Umstrukturierung, Veräußerung, Verschmelzung etc. dar.

3. Hoheitliche Tätigkeiten

Den Gegensatz zu wirtschaftlichen Tätigkeiten bilden hoheitliche Tätigkeiten.³⁶ Da der Staat bei diesen in der Wahrnehmung seiner Aufgaben handelt, welche typischerweise von Privaten nicht erfüllt werden können, tritt er nicht in Wettbewerb mit Dritten am Markt. Vielmehr handelt er zur Erfüllung seiner staatlichen Pflichten ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die hoheitliche Tätigkeit stellt deshalb keine wirtschaftliche dar, mit der Folge, dass die hinter der Tätigkeit stehende Einheit für diese Tätigkeit nicht als Unternehmen i.S.d. Beihilfenrechts angesehen werden kann. Die eine hoheitliche Tätigkeiten ausübende Einheit ist stets entweder der Staat, wenn er als „öffentliche Hand“ handelt, oder öffentliche Stellen in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt“.³⁷ Hoheitliche Tätigkeiten zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängen.³⁸ Entscheidend ist dabei vor allem, ob es sich bei der ausgeübten Tätigkeit um die Wahrnehmung typischerweise hoheitlicher Vorrechte handelt, die keinen wirtschaftlichen Charakter aufweisen und deshalb eine Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht rechtfertigen.³⁹ Typische – als hoheitlich zu qualifizierende – Tätigkeiten sind z.B. Armee- oder

³⁶ EuGH v. 12.07.2012 Rs. C-138/11 (*Compass-Datenbank GmbH/Österreich*), Rn. 36; EuG v. 16.07.2014 Rs. T-309/12 (*Zweckverband Tierkörperbeseitigung*), Rn. 52.

³⁷ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 17.

³⁸ EuGH v. 18.3.1997 Rs. C-343/95 (*Diego Cali & Figli*), Rn. 16, 18, 23; E.-J. Mestmäcker/*H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 17.

³⁹ EuGH v. 19.01.1994 Rs. C-346/92 (*SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*), Rn. 30; Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABl. C 262, Rn. 17.

Polizeitatigkeiten, Flugsicherung und Flugverkehrskontrollen oder Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung.⁴⁰

Allerdings können Behörden und andere staatliche Stellen aufgrund der Relativität des Unternehmerbegriffs⁴¹ als Unternehmer i.S.d. Beihilfenrechts auftreten, soweit sie (neben den hoheitlichen) eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.⁴² Entscheidend bei der Frage, ob die jeweiligen Tätigkeiten differenziert zu betrachten oder als ein und dieselbe Tätigkeit einzustufen sind, ist, ob die ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit untrennbar mit der hoheitlichen verbunden ist oder diese auch von ihr losgelöst betrachtet werden kann.⁴³

Liegt bzgl. einer abgrenzbaren Tätigkeit eine staatliche Marktabschottung vor, so ist dies für die Frage nach dem Hoheitscharakter grundsätzlich nicht relevant.⁴⁴ Ähnlich verhält es sich, wenn als Gegenleistung für eine bestimmte Tätigkeit anstatt eines privatrechtlichen Entgelts eine öffentlich-rechtliche Gebühr verlangt wird.⁴⁵ Laut Kommission ist in schwer abgrenzbaren Fällen ausschlaggebend, ob „andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung auf dem betreffenden Markt zu erbringen.“⁴⁶ Ist dies der Fall, dann handelt es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Diese Herangehensweise erinnert stark an den oben bereits dargelegten hypothetischen Wettbewerbstest. Laut Kommission kommt nun allerdings eine subjektive – deshalb besonders schwer nachweisbare – Komponente hinzu. Nach hier vertretener Ansicht ist das „Interesse“ anderer Betreiber in der freien Marktwirtschaft stets indiziert und braucht deshalb grds. nicht geprüft werden. Besteht die Möglichkeit, eine Tätigkeit gewinnbringend auszuführen, ist gewiss jemand daran interessiert, diese

⁴⁰ M.w.N. Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABL. C 262, Rn. 17.

⁴¹ Siehe hierzu oben unter § 4 II.2.b.

⁴² Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABL. C 262, Rn. 10, 18; EuGH v. 24.10.2002 Rs. C-82/01 P (*Aéroports de Paris*), Rn. 76.

⁴³ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.7.2016, ABL. C 262, Rn. 18; EuGH v. 12.07.2012 Rs. C-138/11 (*Compass-Datenbank GmbH*), Rn. 38; EuGH v. 26.03.2009 Rs. C-113/07 P (*SELEX Sistemi Integrati/Kommission*), Rn. 72 ff.

⁴⁴ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABL. C 262, Rn. 14; E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 17.

⁴⁵ EuG v. 16.07.2014 Rs. T-309/12 (*Zweckverband Tierkörperbeseitigung*), Rn. 66; E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2016, Wettbewerbsrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 17.

⁴⁶ Bekanntmachung d. Kommission v. 19.07.2016, ABL. C 262, Rn. 14.

auch wahrzunehmen. Es sollte deshalb bereits ausreichen, dass Private theoretisch in der Lage wären, die Dienstleistung gewinnorientiert zu erbringen. Der hypothetische Wettbewerbstest ist der Betrachtungsweise der Kommission mithin vorzuziehen. Die eingebrachte subjektive Komponente erweist sich als impraktikabel und nicht nachprüfbar.

Eine Abfärbung wirtschaftlicher auf hoheitliche Tätigkeiten ist nicht möglich. Andersherum allerdings schon:

„Ist die wirtschaftliche Tätigkeit hingegen mit der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse untrennbar verbunden, so bleiben sämtliche Tätigkeiten dieser Einheit Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse, und die Einheit fällt nicht unter den Begriff des Unternehmens.“⁴⁷

Insbesondere die Urteile des EuGH zu Flughafen-Infrastruktur⁴⁸ zeigen, dass dieser keine „Infizierung“ der hoheitlichen Tätigkeiten als wirtschaftlich annimmt.⁴⁹ Vielmehr geht er davon aus, dass die Errichtung der Infrastruktur nicht zwingend hoheitlich sei, sondern ebenso von freien Wirtschaftsteilnehmern übernommen werden könnte.⁵⁰ Die Kosten des Baus könnten dann durch die später erhobenen Gebühren gedeckt werden.⁵¹

Die Voraussetzungen einer „Abfärbung“ der hoheitlichen auf eine wirtschaftliche Tätigkeit sind allerdings recht hoch. So nahm das EuG in seinem Urteil vom 12.09.2013⁵² an, dass Naturschutzorganisationen mit dem Verkauf von Holz, der Jagd- und Fischereipacht sowie dem Tourismus als Unternehmen am Markt auftreten, auch wenn die Tätigkeiten eindeutig lediglich Nebentätigkeiten zur Finanzierung des begünstigenden Zwecks darstellen und eventuelle Überschüsse an den Bund abgeführt oder für die

⁴⁷ Siehe Fn. 36.

⁴⁸ EuGH v. 24.10.2002 Rs. C-82/01 P (*Aéroports de Paris/Kommission*); EuG v. 17.12.2008 Rs. T-196/04 (*Ryanair/Kommission*); EuGH v. 19.12.2012 Rs. C-288/11 P (*Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission*).

⁴⁹ EuGH v. 24.10.2002 Rs. C-82/01 P (*Aéroports de Paris/Kommission*), Rn. 78; EuG v. 17.12.2008 Rs. T-196/04 (*Ryanair/Kommission*), Rn. 87 ff.; EuGH v. 19.12.2012 Rs. C-288/11 P (*Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission*), Rn. 39.

⁵⁰ EuGH v. 19.12.2012 Rs. C-288/11 P (*Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission*), Rn. 49-51.

⁵¹ Ebd.; Die Kosten müssen aber nicht gedeckt werden, da die Profitabilität keine Voraussetzung für eine wirtschaftliche Tätigkeit ist.

⁵² EuG v. 12.09.2013 Rs. T-347/09 (*Deutschland/Kommission*).

Erhaltung des Naturerbes verwendet werden müssten.⁵³ Entscheidend ist somit ausschließlich, ob eine tatsächliche Untrennbarkeit der Tätigkeiten anzunehmen ist. Hierfür liegt die Schwelle sehr hoch, da für eine eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit weder die Gewinnerzielungsabsicht, noch die Entgeltlichkeit der Tätigkeit als zwingende Voraussetzungen anzusehen sind.⁵⁴

4. Begriff des Produktionszweiges

Der Begriff des Produktionszweiges entfaltet für die Unternehmenseigenschaft keine eigenständige Bedeutung.⁵⁵ Ein Produktionszweig besteht zwangsläufig aus vielen Unternehmen. Für diese gilt bereits das oben dargelegte. Ein Produktionszweig an sich kann nicht Empfänger einer Beihilfe sein, sondern ebenfalls lediglich die den Produktionszweig bildenden Unternehmen.

III. Vergleiche mit der deutschen Rechtsordnung

Eine eindeutige Bewertung steuerrechtlicher deutscher Normen, hinsichtlich eventueller beihilfenrechtlich problematischer Tendenzen, setzt stets eine Einordnung der Steuerpflichtigen Akteure voraus.

Die Tätigkeitsbezogenheit des Unternehmensbegriffs ähnelt insofern der Herangehensweise des EStG, welches an bestimmte wirtschaftliche Handlungen der steuerpflichtigen anknüpft und diese unter den verschiedenen Einkunftsarten in § 2 Abs. 1 S. 1 EStG subsumiert. Könnte man bereits bei der Ermittlung der einschlägigen Einkunftsarten abschließend feststellen, ob ein Unternehmen i.S.d. Beihilfenrechts beteiligt ist, würde dies die Beurteilung späterer Normen (z.B. Befreiungen, außergewöhnliche Belastungen, Sonderausgaben, etc.) erleichtern, da diese bei Nichtvorliegen der Unternehmenseigenschaft keinen (unmittelbaren) Vorteil für ein Unternehmen darstellen können.⁵⁶ Ausgangsfrage ist an dieser Stelle, ob die jeweilige

⁵³ EuG v. 12.09.2013 Rs. T-347/09 (*Deutschland/Kommission*), Rn. 3 f., 44 f.

⁵⁴ Vgl. oben unter § 4 II.1.a.

⁵⁵ A. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107, Rn. 105, Einleitung, Rn. 24 f.: Eine Bedeutung besteht allerdings im Rahmen der Prüfung der Selektivität.

⁵⁶ Denkbar sind weiterhin mittelbare Vorteile, z.B. durch erhöhte Nachfrage der Verbraucher. Vgl. hierzu in diesem Band: A. Milutinović, HFSt 8 (2018), 85 (85 ff.) unter § 5.

Einkunftsart eine wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Beihilfenrechts darstellt. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten, da das nationale Recht nicht geeignet ist, verbindliche Maßstäbe für europäische Begrifflichkeiten oder Regelungen festzulegen.

1. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 EStG

Die hinter Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit stehenden Tätigkeiten stellen zweifellos grdsl. wirtschaftliche Tätigkeiten dar. Neben einer selbstständigen und nachhaltigen Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr wird zusätzlich eine Gewinnerzielungsabsicht des Steuerpflichtigen vorausgesetzt. Die Anforderungen übersteigen die der beihilfenrechtlichen wirtschaftlichen Tätigkeit. Nationale steuerliche Vorteile, die auf diese drei Einkunftsarten bezogen sind, beziehen sich somit grdsl. stets auf Unternehmer i.S.d. Beihilfenrechts.

2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG

Die hinter den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit stehende Tätigkeit stellt hingegen keine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Das Anbieten der eigenen Arbeitskraft als Arbeitnehmer kann nicht mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt gleichgestellt werden. Vergünstigungen für Arbeitnehmer können hingegen unter Umständen mittelbare Vorteile für Arbeitgeber darstellen.⁵⁷ Steuerliche Regelungen zur Begünstigung der Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit können deshalb jedoch keine unmittelbare Beihilfe an Unternehmen bilden.

⁵⁷ Eingehend hierzu in diesem Band: *J. Schmidt*, HFSt 8 (2018), 39 (60) unter § 3 III.2.b. und *A. Milutinović*, HFSt 8 (2018), 85 (85 ff.) unter § 5.

3. Einkünfte aus Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung und sonstige Einkünfte im Sinne des § 22, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5-7 EStG

Am schwierigsten erweist sich die Einordnung der Tätigkeiten, die hinter Einkünften aus Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung, sowie den sonstigen Einkünften, liegen. Per Definition ist eine wirtschaftliche Tätigkeit jedes Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt. Verkauft nun eine natürliche (Privat-)Person Unternehmensanteile und erzielt dadurch Einkünfte gem. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG, so kann kaum verleugnet werden, dass es sich bei den Anteilen um „Waren“ handelt, für die ein Markt besteht. Ebenso verhält es sich bei der Vermietungstätigkeit oder bei der privaten Veräußerung eines Wohngrundstücks (§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG). In allen genannten Fällen treten die Steuerpflichtigen an einem Markt auf und stehen somit automatisch in direkter Konkurrenz mit Unternehmen i.S.d. Beihilfenrechts. Da für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit weder eine Gewinnerzielungsabsicht, noch eine besondere Dauerhaftigkeit der Tätigkeit⁵⁸ vorausgesetzt wird, könnten auch die genannten Beispiele als wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden. Auch unter Anwendung des hypothetischen Wettbewerbstests würde man in derartigen Fällen die Unternehmenseigenschaft bejahen können.

4. Stellungnahme

Die Folge einer derart konsequenten Anwendung wäre, dass auch Verbraucher bzw. Privathaushalte Empfänger von Beihilfen sein könnten. Dies ist jedoch nach einhelliger Auffassung nicht der Fall.⁵⁹

Eine Begründung hierfür könnte aus einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal, wie z.B. dem Erfordernis einer „gewissen Organisationsstruktur

⁵⁸ A.A. P.-C. Müller-Graff, ZHR 1988, 403 (427), der zumindest 1988 eine auf Dauer angelegte Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks, der sich nicht im Endverbrauch erschöpft, für die Unternehmensqualität genügen ließ.

⁵⁹ Vgl. W. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 27; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 14.

hinter der wirtschaftlichen Tätigkeit⁶⁰ oder einer zeitlichen Komponente à la „gewisse Dauerhaftigkeit“⁶¹ hergeleitet werden, was jedoch wiederum an anderer Stelle zu neuen Problemen führen würde.

Als bessere Lösung könnte sich eine teleologische Reduktion des Tatbestandes aufgrund des Normzwecks anbieten. Dieser ist bereits dem Spaak-Bericht von 1956 zu entnehmen und liegt darin, „den Unternehmen [...] [darin Sicherheit zu geben,] daß der Wettbewerb nicht dadurch verfälscht wird, daß ihre Konkurrenten künstlich geschaffene Vorteile besitzen.“⁶² Demnach können Subventionen an einzelne Verbraucher ausdrücklich ausgenommen werden.⁶³

Zwar stehen Verbraucher/Privathaushalte in bestimmten Situationen in Konkurrenz zu Unternehmen auf dem europäischen Binnenmarkt, jedoch soll das Beihilfenrecht eben nicht diese Konkurrenzsituation, sondern ausschließlich die zwischen den Unternehmen selbst, regeln. Folglich kommen Verbraucher/Privathaushalte nicht als Beihilfempfeänger in Betracht.

Eine klare Einordnung der Einkünfte aus § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5-7 EStG ist jedoch nicht möglich. Während die Vermietungstätigkeit einer natürlichen Person (Einkünfte aus § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) wohl keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, ist dies bei einer nicht gewerblichen Personengesellschaft, die im großen Stil Einkünfte aus Vermietung erzielt wohl anders zu bewerten.

⁶⁰ Die führt jedoch bereits bei Einzelkaufleuten zu Problemen, da diese zwar beihilfenrechtlich als Unternehmen anzusehen sind, jedoch nicht zwingend eine tiefgehende Organisationsstruktur aufweisen, als eine andere natürliche Person, die beispielsweise verschiedene Wohnimmobilien vermietet.

⁶¹ Die Voraussetzung einer zeitlichen Komponente würde wiederum bereits dann zu Problemen führen, wenn eine Transaktion nur ein Mal vorgenommen wird.

⁶² Spaak-Bericht: Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister, vom 21.04.1956, Vgl. in: Schwarz (Hrsg.), Der Aufbau Europas, Pläne und Dokumente, 1945-1980, 227 (302).

⁶³ Ebd.

IV. Besonderheiten bei Normen an Private

Ungeahnte Schwierigkeiten entstehen, wenn man an Private adressierte Normen genauer beihilfenrechtlich untersucht. Zwar sollen Privathaushalte bzw. Verbraucher eindeutig nicht dem Beihilfenrecht unterfallen⁶⁴, doch ist deren Stellung aufgrund der Tätigkeitsbezogenheit des Unternehmensbegriffs nicht immer einheitlich. So ist einerseits eine natürliche Person als Einzelunternehmer unzweifelhaft Unternehmen i.S.d. Beihilfenrechts, andererseits sind nicht alle an ihn adressierten vorteilhaften Normen (wie z.B. die Möglichkeit des Abzugs von Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen⁶⁵) automatisch eine Begünstigung von Unternehmen. Andere Normen hingegen treffen den Einzelunternehmer als natürliche Person ebenso wie „typische“ als juristische Person organisierte Unternehmen.⁶⁶

Zwingende Folge ist, dass zwischen einer privaten und unternehmerischen „Sphäre“ natürlicher Personen unterschieden werden muss. Ansonsten könnten alle an natürliche Personen adressierten vorteilhaften Normen entweder stets als Begünstigung von Unternehmen anzusehen sein oder müssten stets an dem Fehlen der Unternehmenseigenschaft scheitern.

Ein gutes Beispiel für eine (nichtsteuerliche) begünstigende Regelung wäre eine staatliche Prämie beim Kauf bestimmter KFZ⁶⁷ für ein hälftig betrieblich und hälftig privat genutztes Fahrzeug. Hier müsste die Prämie für die Ermittlung des konkreten Vorteils ebenso hälftig geteilt werden, da eben nur die halbe Prämie dem Unternehmen zugutekommt, während die andere Hälfte des Vorteils in der privaten Sphäre des Einzelunternehmers verbleibt.

Entscheidend ist somit, inwiefern der erlangte Vorteil „unternehmerisch veranlasst“ ist. Eine unternehmerische Veranlassung ist danach zu bestimmen, inwieweit der Vorteil dem Unternehmen zugutekommt und inwieweit der private Lebensbereich erfasst ist. Eine gegensätzliche „Schwerpunktbetrachtung“ ist abzulehnen, da hierdurch ggf. eben auch die privat

⁶⁴ Spaak-Bericht: Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister, vom 21.04.1956, Vgl. in: Schwarz (Hrsg.), Der Aufbau Europas, Pläne und Dokumente, 1945-1980, 227 (302).

⁶⁵ Vgl. Tabelle in diesem Band (§ 13).

⁶⁶ Vgl. Tabelle in diesem Band (§ 13): z.B. § § 6b, 7 Abs. 1 S. 2 EStG.

⁶⁷ Diese fiktive Prämie stünde sowohl Unternehmen wie auch Privaten zur Verfügung und unterliegt der Annahme, dass sie die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt.

veranlassten Anteile am Vorteil zurück zu gewähren wären, was indirekt die private Lebensführung in das Beihilfenrecht überführen, somit die nationale Steuerhoheit torpedieren und die Wirkung des Beihilfenrechts unangemessen ausdehnen würde.

Weitere Abgrenzungsschwierigkeiten können sich bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Einheit ergeben. Aufgrund der Relativität des Unternehmensbegriffs (s.o.) besteht die Möglichkeit, dass mehrere rechtliche Einheiten eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Auf die Frage, wann dies bei mehreren juristischen Personen (Konzerngesellschaften) der Fall ist, hat der EuGH bereits eine Antwort gefunden.

„Der bloße Besitz von Beteiligungen, auch von Kontrollbeteiligungen, stellt nicht schon eine wirtschaftliche Tätigkeit der Einheit dar, die diese Beteiligungen hält, wenn mit ihm nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, und gegebenenfalls der Bezug von Dividenden einhergeht, die bloß die Früchte des Eigentums an einem Gut sind.

Übt dagegen eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft hält, diese Kontrolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft aus, ist sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt anzusehen.“⁶⁸

Fraglich ist, ob diese Beschreibung stets eine eindeutige Einordnung ermöglicht und ob sie ebenso für natürliche Personen gilt, die Anteile halten. Grenzen findet die Vorgehensweise bereits in dem Fall, in dem der Anteilseigner sein Verhalten im Laufe der Zeit ändert. Was passiert, wenn zunächst Einfluss auf das Unternehmen genommen wird, später jedoch ausschließlich Dividenden bezogen werden? Wann beginnt die Zugehörigkeit des Anteilseigners zur wirtschaftlichen Tätigkeit und Einheit der Gesellschaft, wenn zunächst nur Dividenden bezogen werden, später dann doch zusätzlich Kontrollrechte ausgeübt werden? Die Abhängigkeit der Zugehö-

⁶⁸ EuGH v. 10.01.2006 Rs. C-222/04 (*Casa di Risparmio di Firenze*), Rn. 111 f.

rigkeit zur wirtschaftlichen Einheit von der Ausübung etwaiger Kontrollrechte offenbart ihre Probleme vor allem bei der beihilfenrechtlichen Untersuchung der §§ 13a, 13b ErbStG.

Fraglich ist schon, ob die erlassene Erbschaftsteuer dem privaten oder unternehmerischen Bereich zu Gute kommt. Dies ließe sich im Falle der §§ 13a, 13b ErbStG jedoch bejahen, geht das Gesetz doch gerade davon aus, dass durch den Erlass ein Verkauf oder eine Zerschlagung des Unternehmens verhindert werden soll.

Vorgelagert stellt sich jedoch bereits die Frage, ob bspw. die Erbschaft von mehr als 25% gem. § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG begünstigter Anteile eine Unternehmereigenschaft des Erben zu begründen vermag. Wer lediglich passiv Anteile an einer Gesellschaft hält, bietet jedenfalls keine Ware oder Dienstleistung an einem Markt an. Der Erbe könnte jedoch zur wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens hinter den geerbten Anteilen gehören und deshalb als an der wirtschaftlichen Tätigkeit beteiligt angesehen werden. Dies aber jedenfalls nach der oben dargelegten Dogmatik nur dann, wenn er die gerade erhaltenen Kontrollrechte auch ausüben würde. Bezöge er jedoch ausschließlich Dividenden bzw. zöge lediglich die Früchte aus seinem Eigentum, dann würde er keine Kontrolle über das Unternehmen ausüben, folglich nicht der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens und seiner wirtschaftlichen Tätigkeit angehören, ergo kein Unternehmen i.S.d. Beihilfenrechts darstellen. §§ 13a, 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG könnten demnach nur dann eine Beihilfe darstellen, wenn der Erbe seine Kontrollrechte tatsächlich ausüben würde.

Aus dieser Herangehensweise erwächst sodann ein weiteres Problem: Ab wann darf der Erbe seine Kontrollrechte ausüben, ohne dabei rückwirkend in die Anwendung des Beihilfenrechts zu fallen? Besteht also eine zusätzliche „zeitliche Komponente“ die es gestattet, den Status der Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit, des Unternehmens an dem der Private beteiligt ist, zu ändern? Könnten natürliche Personen ihre Kontrollrechte ruhen lassen, um die Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit zu verlieren? Wäre dies möglich, böte es erheblichen Gestaltungsspielraum beim Umgang mit beihilfenrechtlich relevanten Regelungen.

V. Fazit

Dem Unternehmensbegriff kommt im Beihilfenrecht eine grundlegende Bedeutung zu. Er legt fest, wer überhaupt beihilfenrechtlich kontrolliert werden kann und muss außerdem auf Rechtsfolgenebene bestimmen, wer für die Rückzahlung eventuell rechtswidrig geleisteter Beihilfen herangezogen wird.

Dabei ist zunächst entscheidend, welche Handlungen überhaupt als wirtschaftliche Tätigkeiten klassifiziert werden können. Hier besteht durchaus noch Verbesserungsbedarf, da bisher eine starke indizienbezogene Würdigung ausschlaggebend ist. Durch klare objektiv kontrollierbare Maßstäbe könnte hingegen mehr Rechtssicherheit und Verständnis im Beihilfenrecht geschaffen werden. An dieser Stelle bietet sich eine konsequente Anwendung des hypothetischen Wettbewerbstests an, da dieser klarere Grenzen festlegt. Er würde zu dogmatisch nachvollziehbareren Ergebnissen führen. Angestrebte Korrekturen des Beihilfenrechts, um bestimmte Tätigkeiten als i.E. nichtwirtschaftlich zu behandeln, böten sich besser an anderen Stellen an. Die Voraussetzungen des beihilfenrechtlichen Tatbestandes selbst sollten dazu jedoch nicht „verbogen“ werden.

Den hohen Anforderungen des gemeinsamen Binnenmarktes wird der Unternehmensbegriff durch seine besondere Herangehensweise an die hinter der wirtschaftlichen Tätigkeit stehenden Einheit gerecht. Die Tätigkeitsbezogenheit und Relativität des Unternehmensbegriffs gewährt die nötige Flexibilität, um den vielen unterschiedlichen einzelstaatlichen Rechtsordnungen angemessen zu begegnen.

Um die folgerichtige Umsetzung des Zwecks des Beihilfenrechts zu gewährleisten, sollte bei Problemen hinsichtlich der Unternehmenskontinuität stets dem Grundsatz der funktionalen und wirtschaftlichen Kontinuität der Vorzug geboten werden. Solange es irgendwie möglich ist die Marktverzerrung an sich zu beseitigen, ist dies einer Sanktionierung ehemaliger Verantwortlicher vorzuziehen.

Der hypothetische Wettbewerbstest bietet sich nicht nur bei der positiven Bestimmung wirtschaftlicher Tätigkeiten, sondern auch bei der Abgrenzung von hoheitlichen Tätigkeiten an. Nur wenn eine Tätigkeit nicht wirtschaftlicher Natur ist, kann sie hoheitlichen Charakter aufweisen. Eventuell notwendige Korrekturen sollten ebenfalls nicht in dogmatisch fragwürdiger Auslegung des Tatbestandes, sondern an anderer Stelle vorgenommen werden.

Ungelöste Probleme ergeben sich jedoch bei einer genaueren Untersuchung derjenigen Normen, die auf den ersten Blick ausschließlich an Verbraucher bzw. Privathaushalte adressiert sind. Zum einen könnten diese bei einer strikten Anwendung der Kriterien des Unternehmensbegriffs selbst als Unternehmen am Binnenmarkt angesehen werden.⁶⁹ Zum anderen ergeben sich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich derjenigen Normen, die zunächst an Private adressiert sind, jedoch trotzdem einen Vorteil für Unternehmen darstellen, weil es sich um Einzelunternehmer handelt, die Unternehmen und Privatperson in sich als natürlicher Person vereinen oder weil sie an natürliche Personen adressiert sind, die Anteile an Unternehmen halten.⁷⁰

Der Unternehmensbegriff wird Bedeutung und Komplexität des Beihilfenrechts und seines Zusammenspiels mit den nationalen Rechtsordnungen überwiegend gerecht. Kleinere Korrekturen bei der Handhabung des Tatbestandsmerkmals, sowie eine intensive Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Problemen könnten jedoch zu einem höheren Maß an dogmatischer Klarheit, besserem Verständnis für die Rechtsanwender und dem Beihilfenrecht Unterworfenen, sowie einer besseren Verwirklichung der Ziele des Beihilfenrechts führen.

⁶⁹ Siehe hierzu oben unter § 4 III.4.

⁷⁰ Siehe hierzu oben unter § 4 IV.