

Hendrik M. Wendland\*

## Auch (selektive) Steuervergünstigungen sind Beihilfen – Immer! Oder doch nicht?

### Abstract

Bei der Anwendung des europäischen Beihilfenrechts als einer der Grundpfeiler der unionalen Wirtschaftsordnung auf nationale Steuersysteme und -maßnahmen kommt es immer wieder zu Reibungen. Der folgende Beitrag untersucht – unter der Annahme der Erfüllung des Selektivitätskriteriums – zum einen die Anwendbarkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf Steuervergünstigungen im Allgemeinen und im Speziellen die Anwendung des „Market Economy Operator Tests“ auf die selbigen. Dabei werden anhand der unterschiedlichen erdenklichen Konstellationen Fallgruppen entwickelt und die bisherige Rechtsprechung in diesem Bereich den verschiedenen Fallgruppen zugeordnet. Insbesondere wird dabei auf das Urteil des *EuGH* in der Rs. *EdF* eingegangen.

When applying the European state aid regime as one of the fundamentals of the economic order of the Union to national tax systems and measures, frictions frequently occur. The following article scrutinizes – under the assumption that the criterion of selectivity is fulfilled – the applicability of Art. 107 para. 1 TFEU to tax advantages in general and specifically focuses on the applicability of the “market economy operator test” to those benefits. On the basis of the different imaginable constellations, a categorization is developed and the current jurisprudence in this area is matched to those categories. In particular the judgment of the *ECJ* in the case *EdF* is examined.

---

\* Der Autor promoviert an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

## I. Einführung

Das grundsätzliche Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist ein wesentlicher Bestandteil zur Verwirklichung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs i.S.d. Protokolls Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Es soll verhindern, dass durch einen unkontrollierten Subventionswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten<sup>1</sup> das Binnenmarktkonzept der Europäischen Union, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 1 Vertrag über die Europäische Union,<sup>2</sup> und das dahinterstehende Prinzip der komparativen Kostenvorteile<sup>3</sup> in Frage gestellt werden. Werden nämlich ineffiziente Unternehmen künstlich durch den Staat im Markt gehalten, ist eine optimale Allokation knapper Ressourcen nicht möglich.<sup>4</sup>

Gerade Steuerbeihilfen sind bei den Mitgliedstaaten zur Förderung der mitgliedstaatlichen Unternehmen beliebt. In den Jahren 2009 bis 2011 wurden in der Europäischen Union jährlich durchschnittlich 40% der rund 60 Milliarden Euro nicht-krisenbedingter Beihilfen in Form von Steuervergünstigungen gewährt. In Frankreich waren es 55%, in Portugal sogar 92%.<sup>5</sup> Dabei werden Steuerbeihilfen aus wirtschaftspolitischer Sicht bspw. aufgrund mangelnder Kontrollmöglichkeiten und Transparenz als besonders bedenklich eingestuft.<sup>6</sup>

Rechtlich sind Steuerbeihilfen jedoch besonders schwierig zu fassen. Auf der einen Seite soll und muss den Mitgliedsstaaten aufgrund des aktuellen Kompetenzgefüges der Union die Möglichkeit verbleiben, ihre Steuerpolitiken frei festzulegen. Auf der anderen Seite gibt es auch „steuerliche“ Maßnahmen, die offensichtlich als Beihilfe gedacht sind und funktionieren und deshalb verboten sind.

---

<sup>1</sup> *Von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Komm. z. EU, Losebl. (2012), Art. 107 Rn. 10.

<sup>2</sup> *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 5; *Seidel*, Grundfragen des Beihilfenaufsichtsrechts der Europäischen Gemeinschaften, in: Börner/Neundörfer, Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 1984, S. 55 (58).

<sup>3</sup> Grundlegend *Ricardo*, On the Principles of Political Economy and Taxation, 3. Aufl. 1821, Kapitel 7 Rn. 11 ff.

<sup>4</sup> *Nicolaidis*, in: Hancher/Ottervanger/Slot, EC State Aids, 3. Aufl. 2006, Kapitel 2 Rn. 6; *Zippel*, Die Implikationen der bisherigen und gegenwärtigen Beihilfenpraxis der EG-Kommission für die Zukunft des Gemeinsamen Marktes, in: Börner/Neundörfer (Fn. 2), S. 1 (15).

<sup>5</sup> Scoreboard - Data on State aid expenditure I.5, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition>.

<sup>6</sup> *Dickertmann/Diller*, Finanzhilfen und Steuervergünstigungen – Ein subventionspolitischer Instrumentenvergleich, ZfWP 1986, 273 ff.; *Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, 1995, 212 ff.

Häufiger Streitpunkt bei steuerlichen Maßnahmen ist das Kriterium der Selektivität. Dieses wird nicht nur immer wieder in der Rechtsprechung<sup>7</sup>, sondern auch in der Literatur<sup>8</sup> von Fall zu Fall neu beurteilt.

Unabhängig von dieser Frage wird jedoch in einem neueren Beitrag von *Matsos*<sup>9</sup> die Anwendung des Beihilfenrechts auf steuerliche Maßnahmen als solches in Frage gestellt. Obwohl dieser Ansatz nicht neu und von der Rechtsprechung bereits ablehnend behandelt wurde, sollen die aufgeworfenen Argumente in diesem Beitrag näher erläutert werden, bevor dann anhand der Grundlagen-Entscheidung in der Rechtssache C-124/10 P – Europäischen Kommission gegen *Électricité de France* [letztere im Folgenden: EdF] – gezeigt wird, dass steuerliche Maßnahmen nicht nur dem Beihilfenrecht unterfallen, sondern ganz allgemein wie jede andere Maßnahme behandelt werden müssen und deshalb anhand des „private-investor-Tests“ zu beurteilen sind.

## II. Steuervergünstigungen im System des Beihilfenrechts

Art. 107 Abs. 1 AEUV erklärt wettbewerbsverfälschende Beihilfen der Nationalstaaten an bestimmte Unternehmen für grundsätzlich unvereinbar mit dem Binnenmarkt.

Anders als der strafrechtliche Subventionsbegriff des § 264 Abs. 7 StGB<sup>10</sup> erfasst Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nur direkt gewährte vermögenswerte Leistungen, sondern auch die Verminderung der Lasten, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte, da diese den Subventionen nach Art und Wirkung gleichstehen.<sup>11</sup>

Auch wenn die Steuern als „les nerfs de la République“<sup>12</sup> zum Kernbereich der mitgliedstaatlichen Souveränität gehören, sind die Mitgliedstaaten bei Ausübung ihrer Steuerkompetenz an das Unionsrecht gebunden, so dass auch steuerliche

---

<sup>7</sup> Vgl. *EuGH*, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525 – *P Oj*; *EuGH*, C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262 – *Navantia*.

<sup>8</sup> Vgl. *Nicolaides/Metaxas*, *Asymmetric Tax Measures and EU State Aid Law*, EStAL 2014, 51; *Traversa*, *State Aid and Taxation: Can an Anti-avoidance Provision be Selective?*, EStAL 2014, 518.

<sup>9</sup> *Matsos*, *Systematic Misconceptions of State Aid Law in the Area of Taxation*, EStAL 2014, 491.

<sup>10</sup> Siehe *Perron*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 264 Rn. 10.

<sup>11</sup> *EuGH*, Rs. 30/59, ECLI:EU:C:1961:2 – *Gezamenlijke Steenkolenmijnen*; *EuGH*, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 13 – *Banco Exterior de España*.

<sup>12</sup> *Bodin*, *Les six livres de la République*, 1583, Buch 6 Kapitel 2.

Maßnahmen unter den Beihilfebegriff fallen können und nicht etwa eine Bereichsausnahme für diesen Sachbereich besteht.<sup>13</sup>

Auch wird die Zulässigkeit wettbewerbsverfälschender Steuerbeihilfen nicht abschließend durch die Art. 110 ff. AEUV geregelt.<sup>14</sup> Vielmehr kommt dem Beihilfenrecht insoweit eine „Lückenschließungsfunktion“ zu.<sup>15</sup>

Dieser allgemeinen Überzeugung setzt *Matsos*<sup>16</sup> eine Reihe von Argumenten entgegen, die jedoch allesamt nicht durchschlagen können. Das Hauptargument lautet wie folgt: Da die aktuelle Kompetenzverteilung der Union die Steuerkompetenz bei den Mitgliedstaaten belasse, sei der unionale Wettbewerb automatisch verzerrt. Diese Wettbewerbsverzerrung sei jedoch systemimmanent und deshalb sei es unlogisch, eine „kleine“ Wettbewerbsverzerrung über die Anwendung des Beihilfenrechts zu unterbinden, während die allgemeine Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedliche Steuersysteme weiterbestehen könne.<sup>17</sup>

Diese Argumentation ist jedoch nur in der Prämisse korrekt. Tatsächlich bestehen durch die Verschiedenheit der Steuersysteme unterschiedliche Standortbedingungen für die auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmen. Dies ist jedoch keineswegs eine Besonderheit des Steuerrechts. Der Binnenmarkt ist als Konstrukt in der Abwesenheit umfassender Harmonisierung unvollkommen.<sup>18</sup> Er soll es gerade zulassen, dass über einen Wettbewerb der Rechts- und auch Steuersysteme die optimale Allokation knapper Ressourcen gefördert wird. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass es an dieser Stelle zu resignieren gilt. Die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten müssen in jedem Bereich – auch etwa in anderen Hoheitsbereichen wie der Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme<sup>19</sup> – den Grundregeln der europäischen Verträge entsprechen. So finden

<sup>13</sup> *Koschyk*, Steuervergünstigungen als Beihilfen nach Artikel 92 EG-Vertrag, 1999, 145 f.; *Schäfer*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Steuerrecht durch Maßnahmen der Harmonisierung und die Rechtsprechung des EuGH, 2004, 91; *Schön*, Steuerliche Beihilfen, in: König u.a., Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, 2001, S. 106 (110 f.).

<sup>14</sup> So noch *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, 123 f.; *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, 375.

<sup>15</sup> *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 673 mit Verweis auf *EuGH*, Rs. 47/69, ECLI:EU:C:1970:60, Rn. 11 – *Frankreich/Kommission*; ihm folgend *Geburtig*, Konkurrentenschutz aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV, 2004, 27 f.; so schon *Koch*, Beihilfen nach dem EWG-Vertrag, 1967, 96 f.

<sup>16</sup> *Matsos* (Fn. 9).

<sup>17</sup> *Ebd.*, 492 f., 496.

<sup>18</sup> Vgl. *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 25; *Müller-Graff*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, *EuR* 2002, Beiheft 1, 7 (12); *Steindorff*, Unvollkommener Binnenmarkt, *ZHR* 158 (1994), 149 (160).

<sup>19</sup> Vgl. bspw. *EuGH*, C-22/08, ECLI:EU:C:2009:344 – *Vatsonouras*.

auch auf das Steuersystem die Grundfreiheiten zur Eröffnung des Binnenmarktes Anwendung.<sup>20</sup> Nichts anderes kann für das Beihilfenrecht gelten. Freilich sind hier tatbestandlich nur solche steuerlichen Maßnahmen erfasst, die „bestimmte“ Unternehmen fördern und damit das Selektivitätskriterium erfüllen. So gibt dann auch *Matsos* zu verstehen, dass er „really selective“ steuerliche Maßnahmen nicht dem Beihilfensystem entziehen will. Die dargestellte Argumentation soll nur für „pseudo-selective“ Maßnahmen gelten.<sup>21</sup> Durch diese Differenzierung wird aber der wahre Streitpunkt ersichtlich. Es geht um die Auslegung des Selektivitätskriteriums. Ist dieses jedoch erfüllt, so kommt es auf die Tatsache, dass die Maßnahme eine steuerliche ist, nicht mehr an.

Auch die übrigen vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Es ist zwar richtig, dass die Gesetzmäßigkeit der Besteuerung als allgemeines rechtstaatliches Prinzip angesehen werden kann.<sup>22</sup> Gänzlich falsch ist es jedoch zu behaupten, durch eine Beihilfenentscheidung der Europäischen Kommission würde durch bloßes Verwaltungshandeln eine neue Steuer eingeführt, welche die Unternehmen belastet.<sup>23</sup> Zuvorderst falsch ist dies deshalb, weil die Rechtswidrigkeit der selektiven Steuervergünstigung nicht durch die Europäische Kommission willkürlich festgesetzt, sondern bereits von Art. 107 AEUV vorgegeben ist. Diese primärrechtliche Vorschrift ist jedoch gem. Art. 54 Abs. 1 EUV durch die Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert und gegebenenfalls implementiert worden. Sie erfüllt damit jegliche Anforderung an die Gesetzmäßigkeit. Die Kommission erlegt somit keine neue Steuer auf, sondern stellt lediglich einen Verstoß gegen Art. 107 AEUV fest. Aus selbem Grund ist auch nicht allein der Anwendungsvorrang der Grund für die Nichtbeachtung des Rückwirkungsverbots,<sup>24</sup> sondern die Rechtswidrigkeit einer selektiven Beihilfe steht mit in-Kraft-Treten der Europäischen Verträge fest, so dass erst keine Rückwirkung vorliegt.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass somit die steuerliche Natur einer Maßnahme nicht die Anwendung des Beihilfenrechts ausschließt.

---

<sup>20</sup> *EuGH*, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31, Rn. 21 – *Schumacker*, *EuGH*, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – *National Grid Indus*.

<sup>21</sup> *Matsos* (Fn. 9), 498.

<sup>22</sup> Vgl. für das deutsche Recht *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 71. Ergänzungslieferung 2014, Art. 14 Rn. 182.

<sup>23</sup> So *Matsos* (Fn. 9), 495.

<sup>24</sup> So *Matsos* (Fn. 9), 495, 496.

### III. Steuervergünstigungen und die wirtschaftliche Betätigung des Staates im System des Beihilfenrechts

Das grundsätzliche Beihilfenverbot kollidiert allerdings mit Art. 345 AEUV, nach dem die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen. Damit ist für die Mitgliedstaaten jedoch kein Dispens von den übrigen Vorschriften der Verträge begründet.<sup>25</sup> Nach ständiger Rechtsprechung entbinden weder die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten noch Art. 345 AEUV die Mitgliedstaaten von der Verpflichtung, das Unionsrecht zu achten.<sup>26</sup> Art. 345 AEUV vermittelt den Mitgliedstaaten jedoch das Recht, eigenständig über den Einfluss der öffentlichen Hand in Unternehmen zu befinden.<sup>27</sup>

Soll durch dieses Recht das Beihilfenverbot aber nicht vollkommen ausgehöhlt werden, so hat es dort zu enden, wo die Leistung des Staates ökonomisch nicht mehr gerechtfertigt ist. Zur Ermittlung dieser marktrelativen Günstigkeit<sup>28</sup> wurde zunächst in der Kommissionspraxis<sup>29</sup> und der Literatur<sup>30</sup> der sogenannte „private-investor-Test“ (oder auch „market economy investor principle“) entwickelt. Dieser wurde in die Rechtsprechung des *EuGH* übernommen.<sup>31</sup> Er besagt, dass dann keine Beihilfe vorliegt, wenn ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können.<sup>32</sup> Diese Beurteilungskriterien wurden zwar anhand von

<sup>25</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 345 AEUV Rn. 10 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *EuGH*, C-235/89, ECLI:EU:C:1992:73, Rn. 14 – *Kommission/Italien*.

<sup>27</sup> Müller-Graff, Einflußregulierung in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: FS Ulmer, 2003, 929 (945).

<sup>28</sup> So die Bezeichnung bei Müller-Graff, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403 (422).

<sup>29</sup> Vgl. bereits *Europäische Kommission*, Antwort auf die Anfrage Nr. 48/63 des Abg. Burgbacher, ABIEG 1963, S. 2235 Rn. 3; *Europäische Kommission*, 8. Wettbewerbsbericht, 1979, Rn. 229; Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten „Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Art. 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“, ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Rn. 13 ff.

<sup>30</sup> Hochbaum, Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, 1962, 130 f.; Mestmäcker, Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: FS Böhm, 1965, 345 (387).

<sup>31</sup> Vgl. GA *Slynn*, Schlussanträge v. 25.1.1984 – Rs. 84/82, ECLI:EU:C:1984:28 – *Textilindustrie*; GA *Verloren van Themaat*, Schlussanträge v. 11.7.1984 – Rs. 323/82, ECLI:EU:C:1984:260 – *Intermills*; *EuGH*, Rs. 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, Rn. 13 – *Boch*.

<sup>32</sup> *EuG*, T-228/99 und T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, Rn. 245 – *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*.

Kapitalbeteiligungen entwickelt, können aber auf eine Vielzahl von Beihilfeinstrumenten übertragen werden,<sup>33</sup> so dass im Folgenden vom „Market Economy Operator Test“<sup>34</sup> [MEOT] bzw. vom „marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmer“<sup>35</sup> die Rede sein wird.

### 1. Die Anwendung des „Market Economy Operator“-Tests

In der Rechtssache *EdF* hatte der Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union über die Rechtsfrage zu entscheiden, ob das „Kriterium des privaten Kapitalgebers“ auch dann anzuwenden ist, wenn der Mitgliedstaat „Mittel steuerlicher Natur“ zur Förderung eines Unternehmens einsetzt.

Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die EdF ist ein Unternehmen, das sich zum fraglichen Zeitpunkt vollständig im Eigentum des französischen Staates befand und für die Erzeugung und Beförderung von Strom verantwortlich ist. Das allgemeine Versorgungsnetz zur Beförderung von Elektrizität wurde der EdF 1958 vom französischen Staat über eine Konzession zur Verfügung gestellt. Im Jahr 1997 wurde zur Normalisierung der Bilanz der EdF eine Umstrukturierung der selbigen vorgenommen. Unter anderem wurde die Summe der Vermögenswerte des allgemeinen Versorgungsnetzes nicht mehr wie zuvor als „konzessionierter Vermögenswert“ verbucht, sondern als „eigener Vermögenswert“ eingestuft. In den Jahren 1987 bis 1996 hatte die EdF zur Erneuerung dieser Vermögenswerte steuerfrei Rückstellungen bilden können, um dem französischen Staat das Versorgungsnetz in gutem Zustand zurückzugeben. Da diese Rückgabe nun hinfällig wurde, wurden diese Rückstellungen in Höhe von etwa 2,1 Milliarden Euro außerhalb der Ergebnisrechnung nun unter dem Posten „Kapitalerhöhung“ verbucht.<sup>36</sup>

Die Europäische Kommission leitete daraufhin im Jahr 2001 ein Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV ein, in dem sie die Vereinbarkeit verschiedener mit der Bilanzrestrukturierung zusammenhängender Maßnahmen mit dem Binnenmarkt überprüfte.<sup>37</sup> In ihrer abschließenden Entscheidung stufte die Kom-

<sup>33</sup> GA Léger, Schlussanträge v. 19.3.2002 – C-280/00, ECLI:EU:C:2002:188, Rn. 18 – *Altmark Trans*.

<sup>34</sup> So die Bezeichnung bei *Arbold*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, III, 2011, Art. 107 Rn. 143.

<sup>35</sup> So die Bezeichnung bei *Lübbig/Martín-Eblers*, Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl. 2009, Rn. 247; *Sanchez Graells*, Bringing the „market economy agent“ principle to full power, ECLR 2012, 470 (472) bezeichnet diesen als „market economy agent“.

<sup>36</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 24-36 – *Électricité de France*.

<sup>37</sup> *Europäische Kommission*, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme vom 16.10.2002, ABIEG 2002 Nr. C 280, S. 8 Rn. 34 ff.

mission einige Elemente dieser Umstrukturierung als beihilfenrechtlich unbedenklich ein, entschied aber, dass die Tatsache, dass EdF auf die Auflösung der Rückstellungen keine Körperschaftssteuer bezahlt hatte, eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe darstelle, mit der ihr ein unrechtmäßiger Vorteil von 888,89 Mio. Euro gewährt wurde.<sup>38</sup>

Während in der ersten Rechtsmittelinstanz noch streitig war, ob dieser Vorteil nicht als Kompensation für die Übernahme von Gemeinwohlverpflichtungen<sup>39</sup> angesehen werden konnte<sup>40</sup> und ob die Maßnahme geeignet war, den inner-nationalen Handel zu beeinträchtigen,<sup>41</sup> wurden diese Punkte vor dem *EuGH* nicht mehr vorgebracht. Da auch die Selektivität der Steuervergünstigung, die Wettbewerbsverzerrung und das Fehlen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV nicht angezweifelt wurden,<sup>42</sup> hatte der *EuGH* in der Besetzung als große Kammer nur noch zu entscheiden, ob das „Kriterium des privaten Kapitalgebers“ auch dann anzuwenden ist, wenn der Mitgliedstaat „Mittel steuerlicher Natur“ zur Förderung eines Unternehmens einsetzt.

Da die wohl fast unbestrittene Meinung im Schrifttum davon ausging, dass der „private-investor-Test“ nicht zur Anwendung gelangen kann, sofern das staatliche Handeln hoheitlichen Charakter hat,<sup>43</sup> erscheint das Urteil des *EuGH*, dass ein wirtschaftlicher Vorteil, selbst wenn er aus Mitteln steuerlicher Natur gewährt wird, anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu beurteilen ist, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als Anteilseigner des ihm gehörenden Unternehmens gehandelt hat,<sup>44</sup> zunächst überraschend.

Im Verlauf dieses Beitrags wird jedoch gezeigt werden, dass die Rechtsauffassung des *EuGH* zwar in ihrer Kürze unzureichend differenziert, im Grundsatz aber überzeugt. Bezogen auf den konkret zu entscheidenden Fall scheint das Urteil dagegen unbefriedigend.

Dazu soll nach einer kurzen Darstellung des rechtlichen Hintergrundes geprüft werden, inwieweit die Gewährung von Steuervergünstigungen mit den Hand-

---

<sup>38</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 84-103, 115, 149-155 – *Électricité de France*.

<sup>39</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. 240/83, ECLI:EU:C:1985:59, Rn. 18 – *ADBHU*; *EuGH*, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627, Rn. 29 – *Ferring*, *EuGH*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 87 ff. – *Altmark Trans*.

<sup>40</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 116 ff. – *EdF*.

<sup>41</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 134 ff. – *EdF*.

<sup>42</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 84-103, 149-155 – *Électricité de France*.

<sup>43</sup> Beispielsweise *Bär-Bouysyère*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 Rn. 26.

<sup>44</sup> *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 92 – *EdF*.

lungen eines privaten Wirtschaftsteilnehmers vergleichbar ist. Im Anschluss wird ergründet, ob die bisherige Rechtspraxis die so gefundene Einschätzung in Frage stellt, bevor dann untersucht wird, ob das Urteil in der konkreten Rechtsache diesem Ergebnis hinreichend entspricht.

*a) Fehlende Anwendung: Nicht anwendbar oder Anwendung sinnlos*

Soweit in der Literatur davon ausgegangen wird, dass der MEOT in bestimmten Situationen aufgrund fehlender Vergleichbarkeit nicht angewendet werden kann,<sup>45</sup> so wird schon dort auf eine bedeutende Differenzierung verzichtet. Nicht berücksichtigt wird, dass es einen Unterschied macht, ob der MEOT aufgrund fehlender Vergleichbarkeit nicht angewendet werden kann oder ob die Anwendung zwar möglich ist, auf sie aber verzichtet werden kann, weil sie offensichtlich zu einem bestimmten – die Beihilfeeigenschaft bejahenden – Ergebnis führt.

So ist der MEOT dann nicht anwendbar, wenn es unmöglich ist, die Situation der staatlichen Stelle mit der einer privaten Unternehmensgruppe zu vergleichen, weil etwa erstere über eine Monopolstellung verfügt.<sup>46</sup>

Der MEOT soll aber beispielsweise auch bei Direktinvestitionen als „hoheitliche Maßnahmen“ nicht anwendbar sein.<sup>47</sup> Es ist schon schwer ersichtlich, inwiefern der Staat bei der Vergabe von Direktsubvention zwingend hoheitlich – das heißt bei Vollzug von Normen, die ihn ausschließlich als solchen berechtigen oder verpflichten<sup>48</sup> – handelt.<sup>49</sup>

Doch selbst wenn man dies zunächst einmal dahingestellt lässt, bleibt zumindest fraglich, weshalb eine solche direkte monetäre Leistung nicht konzeptionell mit Finanzhilfen vergleichbar ist, wie sie beispielsweise von privaten Unternehmen – nicht zuletzt für Marketingzwecke – an gemeinnützige Organisationen oder auch in Form der „Kollegenhilfen“<sup>50</sup> geleistet werden. Die Unternehmenseigenschaft der gemeinnützigen Einrichtungen vorausgesetzt,<sup>51</sup> könnte

<sup>45</sup> *Bartosch*, Komm. z. EU-Beihilfenrecht, 2009, Art. 87 Abs. 1 Rn. 2.

<sup>46</sup> *EuGH*, C-83/01 P u.a., ECLI:EU:C:2003:388, Rn. 33 ff. – *Chronopost*.

<sup>47</sup> *Bartosch* (Fn. 45), Art. 87 Abs. 1 Rn. 2; *Derenne/Kaczmarek*, Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché, J.D.E. 2011, 61 (64).

<sup>48</sup> *Bachof*, Über öffentliches Recht, Festgabe f. BVerwG, 1978, 1 (9 ff.); *Wolff*, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950), 205 (208 ff.) und vergleichsweise die enge Auslegung bei der Abgrenzung zwischen hoheitlicher Tätigkeit und Arbeitnehmereigenschaft *EuGH*, Rs. 66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 27 – *Lawrie-Blum*.

<sup>49</sup> So auch *Stelkens*, in: *Stelkens/Boch/Sachs*, Komm. z. VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 113.

<sup>50</sup> Vgl. *Sölter*, Investitionswettbewerb und Investitionskontrolle, 1973, 67.

<sup>51</sup> Vgl. dazu *Helios*, Steuerliche Gemeinnützigkeit und EG-Beihilfenrecht, 2005, 81 ff.

man hier durchaus von Beihilfen „aus privaten Mitteln“ sprechen. Der Grund dafür, dass der MEOT (richtigerweise) bei solchen Begünstigungen trotzdem nicht angewendet wird, kann somit nicht in einer fehlenden Vergleichbarkeit liegen, sondern ist vielmehr darin zu suchen, dass das Ergebnis dieses Vergleichs vor allem im Hinblick auf den Umfang und die Empfänger der Subventionen regelmäßig negativ ausfallen wird. Es gilt der Grundsatz: Ein privater Marktakteur verschenkt nichts.<sup>52</sup> Daran ändert auch das Urteil *EdF* nichts;<sup>53</sup> es ist keinesfalls davon auszugehen, dass der MEOT von nun an bei jeder nur erdenklichen Maßnahme anzuwenden ist.<sup>54</sup>

Die Kommission muss nämlich nicht zu Gesichtspunkten Stellung nehmen, die offensichtlich keine oder eindeutig untergeordnete Bedeutung haben.<sup>55</sup> Beide Situationen sind aber strikt zu trennen – im Einzelfall kann auch eine Direktsubvention, beispielsweise aufgrund des damit erhofften Reputationsgewinns,<sup>56</sup> dem Handeln eines privaten Marktteilnehmers entsprechen und dann keine Beihilfe darstellen. Auf diese Differenzierung wird noch zurückzukommen sein.

*b) Vergleichbarkeit steuerlicher Maßnahmen mit den Handlungen eines privaten Wirtschaftsteilnehmers*

Um aufzuklären, ob der MEOT auch auf Maßnahmen steuerlicher Natur angewendet werden kann, muss also festgestellt werden, ob sich die Gewährung von Steuererleichterungen mit den Handlungen eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers vergleichen lassen.

Für beihilferechtliche Zwecke zu weit gehen würde es wohl, mit *Hobbes* den Staat als Vertrag zwischen einer „multitude of men“<sup>57</sup> und die Steuern als Vergütung für die, „that hold the public sword“<sup>58</sup> anzusehen und mit einem Vertrag mit einseitigem Leistungsbestimmungsrecht, § 315 BGB, vergleichen zu wollen, da zum einen nach modernem Verständnis Steuern gerade keiner konkreten Gegenleistung zugeordnet werden können, vgl. § 3 Abs. 1 AO, und zum

---

<sup>52</sup> Vgl. *Hochbaum* (Fn. 30), 131; *Nettesheim*, Market Economic Investor Principle and Taxation: A Comment on Case T-156/04, Rn. 7.

<sup>53</sup> So auch ohne weitere Begründung *Köhler*, New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test, EStAL 2011, 21 (22).

<sup>54</sup> So aber tendenziell *Sanchez Graells* (Fn. 35), 472.

<sup>55</sup> *EuGH*, C-367/95, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 64 – *Sytraval*.

<sup>56</sup> Zur Berücksichtigungsfähigkeit dieses Aspekts vgl. *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 4.4.1995 – 95/422/EGKS, ABIEG 1995 Nr. L 253, S. 22 Rn. 4 – *Neue Maxhütte Stahlwerke*.

<sup>57</sup> *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, 2. Teil, Kapitel XVIII, 88.

<sup>58</sup> *Hobbes* (Fn. 57), 2. Teil, Kapitel XXX, 181.

anderen der MEOT als Ausdruck des Art. 345 AEUV dem Staat nur die wirtschaftliche und nicht jede beliebige Tätigkeit ermöglichen soll.

Trotzdem ist beim Versuch eines Vergleichs von Steuervergünstigungen mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers das „tertium comparationis“ zunächst schnell gefunden: Es geht um den Erlass einer Schuld. Ob der Erlass einer Steuerschuld aber tatsächlich mit dem Verzicht auf eine privatrechtliche Forderung zu vergleichen ist, soll im Folgenden geprüft werden.

aa) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund der Form des staatlichen Handelns

Es gilt als Gemeingut, dass staatliche Beihilfen anhand ihrer Wirkung zu beurteilen sind,<sup>59</sup> so dass die Anwendung des Art. 107 AEUV nicht an der Wahl einer besonderen Rechtsform der Intervention scheitern kann.<sup>60</sup>

Daraus folgt zugegebenermaßen noch nicht zwingend, dass auch bei der Beurteilung, ob der Staat das ihm aus Art. 345 AEUV zustehende Recht auf wirtschaftliche Betätigung ausübt und damit keine Beihilfe vorliegt, die Form des Handelns ebenfalls unerheblich ist.

Und so finden sich zahlreiche Meinungen, die die Anwendung des MEOT auf Steuermaßnahmen schon aufgrund der hoheitlichen Form der Maßnahme ablehnen.<sup>61</sup>

Im Fall *EdF* hat die Kommission aber selbst festgehalten, dass sie dann, wenn Frankreich die Steuer zunächst eingezogen und anschließend in entsprechendem Umfang Kapital zugeführt hätte, selbstverständlich den MEOT angewandt hätte.<sup>62</sup>

Damit beschränkt sich der Vorwurf aber darauf, dass ein privater Investor den wirtschaftlichen Vorteil zwar möglicherweise ebenso gewährt hätte, aber eben nicht in derselben Form. Dies scheint zu formalistisch.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil*.

<sup>60</sup> *Caspari*, Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung, FS v. d. Groeben, 1987, 69 (78); *Müller-Graff* (Fn. 28), 416; *Sollgruber*, Grundzüge des europäischen Beihilferechts, 2007, 17.

<sup>61</sup> Für viele *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben, 2006, Rn. 195; *Mamut*, Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen, in: *Jaeger*, Beihilferecht, Jahrbuch 2009, 329 (341).

<sup>62</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 217 – *EdF*.

<sup>63</sup> *Baeten/Gam*, Tax Measures and the Private Investor Test, *EstAL* 2013, 546 (549); *Melcher*, Der Staat als Anteilseigner in Ausübung hoheitlicher Befugnisse, *EuZW* 2012, 576 (579); *Sanchez Graells*, (Fn. 35), 471.

Die Form einer Maßnahme an sich hat keine Auswirkungen auf den durch das Beihilferecht geschützten Markt, sondern allein ihr realwirtschaftlicher Effekt,<sup>64</sup> so dass allein die Form der Maßnahme die Anwendung des MEOT nicht ausschließen kann.

Nur dieses wirkungsorientierte Ergebnis kann im Übrigen den generellen Forderungen nach einem „more economic approach“ im Beihilfenrecht gerecht werden.<sup>65</sup>

bb) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund makroökonomischer Ausrichtung

In der Literatur wird vertreten, der Grund für die fehlende Vergleichbarkeit steuerlicher Maßnahmen mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers sei nicht der hoheitliche Charakter, sondern die makroökonomische Perspektive, die der Staat bei deren Durchführung einnimmt. Während der MEOT lediglich mittelfristige Renditeaussichten ins Auge nehme, weise das Steuerrecht über konkrete Geschäftsentscheidungen und einzelbetriebliche Überlegungen hinaus.<sup>66</sup>

Unbestreitbar ist wohl, dass der Staat selten nur auf Grund unternehmerischer Motive handelt, sondern vielmehr eine Doppelrolle behält, in der er immer auch als Teil der auf das Allgemeinwohl bedachten öffentlichen Hand agiert.<sup>67</sup> Dies ergibt sich oftmals schon aus der grundrechtlichen Bindung der staatlichen Stellen.<sup>68</sup>

Zweifelhaft ist aber, ob dies die Vergleichbarkeit bereits ausschließen kann. Auch bei privaten Wirtschaftsunternehmen erscheint die Renditeaussicht nämlich nicht als reiner Selbstzweck. Vielmehr dient sie der letztlich hinter jedem privaten Unternehmen stehenden natürlichen Person zu Konsumzwecken.<sup>69</sup> Es unterscheiden sich somit möglicherweise die Motive; das (Zwischen-)Ziel der Renditegenerierung kann aber auch bei rein öffentlichen Unternehmen beispielsweise in Jahresberichten und durch das selbsterklärte Ziel der „maximalen

---

<sup>64</sup> Haslechner, Die Anwendbarkeit des Privatinvestortests bei Steuerbeihilfen, in: Jaeger/Rumersdorfer, Beihilferecht, Jahrbuch 2011, 273 (285).

<sup>65</sup> Köhler (Fn. 53), 31.

<sup>66</sup> Jaeger, Fehlstellungen im Verhältnis von Steuer- und Beihilfenrecht, EuZW 2012, 92 (94).

<sup>67</sup> Dreher, Die staatliche Eigenkapitalzufuhr an Gesellschaften als Beihilfen im Sinne des EG-Vertrags, GS Kobbé-Keuk, 1997, 583 (586).

<sup>68</sup> Giesberts/Streit, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484 (485).

<sup>69</sup> Franke/Hax, Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt, 6. Aufl. 2009, 151.

Gewinnerwirtschaftung für die Gesellschafter“ deutlich zu Tage treten.<sup>70</sup> Diese wirtschaftliche Ausrichtung kann dabei durchaus mit der übertragenen Befugnis zur Abgabenerhebung zusammenfallen,<sup>71</sup> so dass nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass die hoheitliche Finanzbeschaffung immer von einer makroökonomischen Perspektive geprägt ist.<sup>72</sup>

Dass nach nationalem Recht die Stundung und der Erlass von Steuerschulden besonderen Anforderungen unterliegen, vgl. für das deutsche Recht §§ 222, 227 AO, die eine Berücksichtigung kaufmännischer Ziele möglicherweise ausschließen,<sup>73</sup> kann für die beihilfenrechtliche Bewertung nicht bedeutend sein, da nicht auszuschließen ist, dass die Maßnahmen trotzdem in ihrer Wirkung dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers gleichstehen.<sup>74</sup> Die Europäische Kommission ist in Ausübung ihrer Kompetenzen nicht zur allgemeinen Rechtsaufsicht nationalen Handelns berufen.<sup>75</sup>

Hier grundsätzlich zwischen der Steuer- und der Gebühren- bzw. Beitragserhebung aufgrund der „Voraussetzungslosigkeit“ von Steuern unterscheiden zu wollen,<sup>76</sup> erscheint gekünstelt, denn Gebühren erfüllen keineswegs ausschließlich den Zweck, die mit ihnen verbundenen Leistungen zu finanzieren,<sup>77</sup> sondern ihnen kommt vielfach ebenso eine Lenkungsfunction zu. So sollen Gebühren für die kommunale Abfallentsorgung nicht nur deren Kosten decken, sondern gleichzeitig wirksame Anreize zur Vermeidung und Verwertung schaffen, vgl. ausdrücklich § 18 Abs. 1 Nr. 1 KAG BW.

Zudem verkennt diese Argumentation den Vergleichsmaßstab, der beim MEOT anzulegen ist. Es ist keineswegs von einem Marktteilnehmer auszugehen, der lediglich mittelfristige Renditeaussichten verfolgt, sondern wenigstens vom Verhalten einer privaten Unternehmensgruppe, die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussich-

---

<sup>70</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 3.7.2011 – E 45/2000, S. 3 – *Flughafen Amsterdam-Schiphol*.

<sup>71</sup> Vgl. *EuGH*, C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, Rn. 10 und 37 – *Pearle*; für das deutsche Recht *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, 275 ff. und zur Mitwirkung Privater § 12 Abs. 1 NKAG.

<sup>72</sup> Im Ergebnis ohne Begründung auch *Giesberts/Kleve*, „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht, *EuZW* 09, 287 (289).

<sup>73</sup> So *Rode*, Steuervergünstigungen, Beihilfen und Steuerwettbewerb, 2006, 207; für die Möglichkeit eines Steuererlasses zu Sanierungszwecken dagegen *Obermair*, Insolvenz als Erlassgrund?, *StB* 2005, 212 (214).

<sup>74</sup> Vgl. *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 98 – *Ryanair*.

<sup>75</sup> *Giesberts/Kleve* (Fn. 72), 289.

<sup>76</sup> So *Jaeger* (Fn. 66), 94 f.

<sup>77</sup> So aber ausdrücklich *Jaeger*, Taking Tax Law Seriously: The Opinion of AG Mazák in *EDF*, *EStAL* 2012, 1 (2).

ten leiten lässt.<sup>78</sup> Dabei können auch Erwägungen der Beschäftigung und der wirtschaftlichen Entwicklung eine Rolle spielen.<sup>79</sup>

Dass im Einzelfall Unternehmen bei ihren Entscheidungen die Auswirkungen für die Gesamtwirtschaft außer Acht lassen, kann diese grundsätzliche Feststellung nicht in Zweifel ziehen.<sup>80</sup>

Im Ergebnis unterscheidet sich das staatliche Handeln bei der Finanzbeschaffung somit mitnichten zwangsläufig durch ihre makroökonomische Betrachtungsweise, da eine solche zum einen auch bei einem privaten Investor vorliegen kann, aber nicht zwangsläufig bei der öffentlichen Stelle vorliegen muss.

Dies wird durch den Fall *EdF* nur bestätigt. Die EdF war und ist über zahlreiche Beteiligungen (wie beispielsweise an der Energie Baden-Württemberg AG) außerhalb des französischen Hoheitsgebiets tätig und exportiert einen wesentlichen Teil ihrer Stromproduktion.<sup>81</sup> Es ist wohl kaum anzunehmen, dass der französische Staat dabei die Badener und Württemberger zur „collectivité nationale française“ rechnet und sich für deren Versorgung verantwortlich sieht. Vielmehr erscheint hier die Gewinnerwirtschaftung als einziges Motiv, so dass auch bei der Investition in dieses Unternehmen (selbst in Form einer Steuervergünstigung) eine mikroökonomische Zielsetzung keineswegs per se ausgeschlossen werden kann.

cc) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund des Fehlens eines „Marktes für Steuerbeihilfen“

Als zusätzliches Argument soll der Umstand, dass für Steuervergünstigungen kein tatsächlicher Markt existiere, gegen die Vergleichsmöglichkeit sprechen.<sup>82</sup>

Tatsächlich ist dies aber schon nicht die entscheidende Frage. Entscheidend ist eben nicht, ob der private Kapitalgeber dasselbe Mittel verwendet hätte, son-

---

<sup>78</sup> *EuGH*, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Rn. 20 – *Alfa Romeo*.

<sup>79</sup> *GA van Gerven*, Schlussanträge v. 10.1.1991 – C-305/89, ECLI:EU:C:1991:4, Rn. 11 – *Alfa Romeo*.

<sup>80</sup> So aber das einzige, tragende Gegenargument von *Jaeger* (Fn. 66), 95.

<sup>81</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 9 und 105 – *Électricité de France*.

<sup>82</sup> *Bermond*, *Affaire EDF: L'Etat a-t-il vraiment agi comme un investisseur privé l'aurait fait?*, RDAI 2010, 273 (276); *Jansen*, *Vorgaben des europäischen Beihilferechts für das nationale Steuerrecht*, 2003, 54; *Schön*, in: *Hancher/Otterranger/Slot* (Fn. 4), Kapitel 10 Rn. 015.

dern ob er die gleiche Kapitalmenge aufgebracht hätte.<sup>83</sup> Auch ein Markt etwa für „staatliche Vergünstigungen beim Grundstückskauf“ existiert nicht.<sup>84</sup>

Zudem scheint es ohne weiteres möglich, dem Verzicht auf die Steuerforderung einen (hypothetischen) Marktwert zuzuordnen. Ausgehend von Kriterien wie der Höhe der Forderung, dem Risiko ihrer Durchsetzbarkeit, den zusätzlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der Behörde oder der Stellung der Steuerforderung in einer möglichen Insolvenz ist es durchaus möglich, die Summe zu ermitteln, die ein Investor bereit wäre zu zahlen, um in die Position der Steuerbehörde einzutreten.

dd) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund der Einseitigkeit

Vereinzelt wird vorgebracht, die Mittelzuwendung im Wege hoheitlicher Handlungsformen sei deshalb zwangsläufig immer eine Begünstigung, weil die staatliche Leistung der Gegenleistung hier zwingend vorgelagert sei und es somit an der rechtlichen Konnexität fehle. Zudem mangle es aufgrund des Subordinationsverhältnisses und der einseitigen gesetzlichen Vorgabe an dem für Austauschverhältnisse typischen gleichberechtigten Gegenüber.<sup>85</sup> Tatsächlich beschreibt dies aber das gängige Verhältnis eines Gesellschafters zu seiner Gesellschaft. Er investiert Kapital in ein Unternehmen, um später die Dividende als Gegenleistung zu erhalten. Die Kapitalzuführung beschließt er dabei zwangsläufig einseitig, so dass auch diese Argumentation nicht gegen eine Vergleichbarkeit sprechen kann.

ee) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund der Größe des Staatshaushaltes

Soweit angenommen wird, dass ein Vergleich mit einem privaten Marktteilnehmer deshalb nicht möglich sei, weil sich kaum vergleichbare Unternehmen finden ließen, die über eine Finanzkraft verfügen, die es erlaubt, Investitionen wie in vorliegender Größenordnung (ca. 890 Millionen) zu tätigen,<sup>86</sup> scheint dies aus mehreren Gründen nicht richtig.

Zum einen existieren durchaus privatwirtschaftliche Unternehmen, deren Finanzkraft mit staatlichen Haushalten vergleichbar ist. Im Jahr 2013 erwirtschafteten beispielsweise Exxon Mobil Gewinne von über 26 Milliarden Euro und Apple Profite von rund 29 Milliarden Euro.<sup>87</sup> Im Vergleich blieben die jeweili-

---

<sup>83</sup> Köhler (Fn. 53), 30.

<sup>84</sup> Vgl. Haslechner (Fn. 64), 284; Köhler (Fn. 53), 30.

<sup>85</sup> Jennert, Die Berücksichtigung des Empfängerhaltens im europäischen Beihilfenrecht, EuR 2003, 343 (349).

<sup>86</sup> Bermond (Fn. 82), 277; Parish, On the private investor principle, E.L. Rev. 2003, 70 (77 f.).

<sup>87</sup> Forbes.com nach eigenen Währungsumrechnungen.

gen Gesamtsteuereinnahmen im selben Jahr von Bulgarien, Estland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Slowenien, Zypern und der Slowakei ganz deutlich hinter diesen Gewinnen zurück.<sup>88</sup> Die Rating-Agentur Moody's bewertet Exxon zudem mit einem „AAA“ und sieht das Unternehmen damit als genauso kreditwürdig wie die Bundesrepublik Deutschland an,<sup>89</sup> so dass sich auch die Kapitalbeschaffungskosten nicht wesentlich unterscheiden dürften.

Doch selbst wenn man annimmt, dass die öffentliche Hand aufgrund der Steuereigenfinanzierung in ihrem Verhaltensspielraum nicht in gleicher Weise begrenzt ist wie private Investoren,<sup>90</sup> kann dies allein die Anwendung des MEOT nicht ausschließen. Ansonsten würde kein Raum für den Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit und damit Art. 345 AEUV verbleiben, da der Staat typischerweise Zugriff auf Ressourcen aus seiner hoheitlichen Tätigkeit hat.<sup>91</sup>

Soweit man aus der Finanzstärke lediglich ableitet, dass der Staat zumindest einen Gewinn erwirtschaften muss, der den Kosten eines hypothetischen Kredits in der Höhe des Investments plus einem Risikozuschlag entspricht,<sup>92</sup> so ist dies eine Frage nach den bei der Anwendung des MEOT zu veranschlagenden Kosten. Von der Anwendbarkeit selbst wird dann aber schon ausgegangen.

Gleiches gilt für die Frage, ob bei einer Investition durch einen Forderungsverzicht die Kosten für einen privaten Investor deshalb höher wären, weil dieser auf die Investition Steuern hätte zahlen müssen:<sup>93</sup> Im vorliegenden Fall hätte ein privater Gesellschafter bei einem Steuersatz in Höhe von 41,66% gem. Art. 219 alinéa 1, 235 ter ZB alinéa 2 Code général des impôts in der 1997 gültigen Fassung auf eine Schuld von etwa 1,53 Milliarden Euro verzichten müssen, um seiner Tochtergesellschaft im Ergebnis einen effektiven Vorteil von 890 Millionen Euro zukommen zu lassen. Auch dies ist eine Frage der zu be-

<sup>88</sup> Eigene Berechnungen nach <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>: Bulgarien bspw. 15 Milliarden; Malta etwa 3 Milliarden.

<sup>89</sup> Moodys.com (Stand: November 2014).

<sup>90</sup> Dreber (Fn. 67), 586.

<sup>91</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 232 – *EdF*; *Chérot*, Selon le Tribunal de l'UE, la seule circonstance que l'État ait accès à des ressources financiers découlant de l'exercice de la puissance publique ne permet pas de justifier, à elle seule, que les mesures financées par la renonciation à ces ressources soient considérées comme relevant de ses prérogatives de puissance publique, *Concurrences* 2010, 149 (152); *Haber-kamm/Kühne*, Steuerliche Maßnahmen im Lichte des Europäischen Beihilferechts, *EuZW* 2010, 734 (736).

<sup>92</sup> So *Nicolaidis/Rusu*, Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?, *EStAL* 2011, 237 (246); *Nicolaidis*, Taxes, the Cost of Capital and the Private Investor Principle, *EStAL* 2013, 243 (244).

<sup>93</sup> So das Vorbringen der Europäischen Kommission, vgl. *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 201 – *EdF*; das *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 266 f. – *EdF* hatte dies bezweifelt.

rücksichtigenden Kosten in der Anwendung des MEOT, schließt aber dessen Anwendbarkeit nicht aus.<sup>94</sup>

ff) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund von Zuständigkeitsgrenzen

Als weiterer Grund, den MEOT nicht auf steuerliche Maßnahmen anzuwenden, wird die Tatsache angeführt, dass eine wirtschaftliche Betätigung deshalb nicht vorliegt, weil nicht vorausgesetzt werden kann, dass die Steuerbehörde mit der Behörde, die für staatliche Investitionen zuständig ist, übereinstimmt.<sup>95</sup> Dies übersieht aber, dass Steuervergünstigungen auch auf Weisung der Regierungsspitzen als Ausdruck eines einheitlichen Investitionskonzepts erfolgen können und nicht zwangsläufig eine eigenständige Entscheidung der Steuerbehörden sein müssen.<sup>96</sup> So kann der Staat etwa im Rahmen eines einheitlichen Geschäftsplans eine Investition eines seiner Unternehmen durch zusätzliche Gebührenregelungen unterstützen.<sup>97</sup> Auch in der Rechtssache *EdF* beruht die Steuervergünstigung auf der Nichtfestsetzung dieser Abgabe im steuerlichen Anhang zum Schreiben des französischen Ministers für Wirtschaft, Finanzen und Industrie vom 22.12.1997.<sup>98</sup>

gg) Zwischenergebnis

Nach all dem lässt sich auf den Ausgangspunkt des Vergleichsversuches zurückkommen. Es ist kein Grund ersichtlich, der eine Unvergleichbarkeit des Erlasses einer Steuerschuld mit dem Verzicht auf eine privatrechtliche Forderung bewirken könnte. Dadurch wird das Ergebnis des *EuGH* bestätigt, allein die Vornahme einer Maßnahme steuerlicher Natur könne die Anwendung des MEOT nicht ausschließen.

c) Differenzierung notwendig

Nachdem festgestellt wurde, dass auch steuerliche Maßnahmen grundsätzlich anhand des MEOT zu überprüfen sein können, stellt sich die Frage, ob zur Systematisierung nach verschiedenen Formen der Steuervergünstigungen unterschieden werden kann und sollte.

<sup>94</sup> So auch *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 96 – *EdF*.

<sup>95</sup> *Nettesheim* (Fn. 52), Rn. 4; *Nicolaidis/Rusu* (Fn. 92), 247.

<sup>96</sup> Vgl. zu einem Steuererlass die Weisung des Finanzministers an die örtliche Steuerbehörde in *EuG*, T-11/07, ECLI:EU:T:2014:173, Rn. 82 – *Frucona Košice*.

<sup>97</sup> Vgl. *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 53 ff. – *Ryanair*.

<sup>98</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 30 – *Électricité de France*.

*Fallgruppe 1:* Der Staat unterhält keinerlei Verbindungen zu dem begünstigten Unternehmen

Vor allem in Fällen, in denen der Staat mit Ausnahme der Steuerschuld keine Verbindung zu dem begünstigten Unternehmen hat, scheinen Steuervergünstigungen zunächst „verdächtig“. So wird die Anwendung des private-investor-Tests hier im Regelfall nicht notwendig sein. Schwer vorstellbar, aber nicht unmöglich scheint es, dass es im Einzelfall zu einer Situation kommt, in der eine Steuervergünstigung im direkten Austausch für eine Gegenleistung des Unternehmens gewährt wird. Hier wäre dann auch die Anwendung des private-investor-Tests angebracht.

Auch in anderen Situationen – wenn sich der Schuldner nämlich in finanziellen Schwierigkeiten befindet – ist aber nach inzwischen ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass ein teilweiser Abgabenverzicht oder eine Abgabenstundung dann dem Verhalten eines privaten Gläubigers entsprechen kann, wenn dieser dadurch die Bezahlung der ihm von einem Schuldner geschuldeten Beträge zu erlangen sucht und dazu mit dem Schuldner Vereinbarungen schließt, die eine Stundung oder Ratenzahlung der als Schulden aufgelaufenen Beträge vorsehen, um ihre Rückzahlung zu erleichtern (sog. private-creditor-Test).<sup>99</sup> Dies ist unabhängig davon, ob die Forderung ausdrücklich gestundet oder lediglich nicht beigetrieben wird.<sup>100</sup>

Ein vollständiger Verzicht auf die Forderung kommt nicht in Betracht, da die Abgabenerleichterung ja gerade auf die Maximierung der Gewinne gerichtet ist.<sup>101</sup>

*Fallgruppe 2:* Der Staat unterhält andere (wirtschaftliche) Verbindungen zu dem begünstigten Unternehmen

Auch ein vollständiger Erlass der Steuerschuld mag dagegen dann in Betracht kommen, wenn der Staat gegenüber dem Unternehmen auch bezüglich anderer Forderungen (seien diese privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur) als Gläubiger auftritt. Hier kann es unter Umständen durchaus wirtschaftlich Sinn haben – und damit dem Handeln eines privaten Marktakteurs entsprechen, wenn der Staat auf die Beitreibung einer Steuerschuld verzichtet, wenn er dafür davon ausgehen kann, dass dem Unternehmen dadurch die Insolvenz erspart

<sup>99</sup> *EuGH*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 46 – *Tubacex*; *EuGH*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, Rn. 24 – *DM Transport*.

<sup>100</sup> *EuGH*, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, Rn. 19 – *Magefesa*; *EuGH*, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, Rn. 31 ff. – *GEA*.

<sup>101</sup> Vgl. GA *Kokott*, Schlussanträge v. 6.9.2012 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2012:535, Rn. 44 – *Frucona Košice*; *Haslechner* (Fn. 64), 280.

bleibt und zumindest die restlichen Forderungen in Folge dessen befriedigt werden.<sup>102</sup>

*Fallgruppe 3: Der Staat ist Gesellschafter des begünstigten Unternehmens*

Tritt der Staat als Gesellschafter des begünstigten Unternehmens auf, scheint vor allem eine Unterscheidung zwischen den Modifikationen im Steuertatbestand und bei der Steuerbemessung auf der einen und Vergünstigungen auf die Steuererhebung, also Erlässen, Stundungen etc. auf der anderen Seite<sup>103</sup> denkbar.

*Fallgruppe 3.1: Steuervergünstigungen durch Freistellungen, Abzüge und Reduzierung des Steuersatzes*

Auch wenn steuerliche Maßnahmen nicht grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des MEOT herausgenommen werden können, so scheint die Situation bei Maßnahmen in denen Steuerpflichtige von vornherein von der Steuerpflicht befreit sind (Freistellungen), bei Abzügen von der Bemessungsgrundlage und Anrechnungen auf die Steuerschuld sowie bei Reduzierungen des Steuersatzes<sup>104</sup> eine besondere zu sein. Zwar ist es vorstellbar, dass der Staat bei der Bestimmung des Steuertatbestandes bereits Investitionsgesichtspunkte berücksichtigt.<sup>105</sup> Im Regelfall werden durch Veränderungen des Tatbestands (selbst wenn man die Selektivität der Maßnahme bereits bejaht hat) eine Mehrzahl von Fällen abstrakt geregelt,<sup>106</sup> so dass es schwer vorstellbar ist, dass diese Maßnahmen so auch von einem privaten Investor vorgenommen würden. Eine Holdinggesellschaft würde nicht pauschal auf einen Prozentsatz ihrer Forderungen gegenüber allen ihren Tochtergesellschaften verzichten, ohne im Einzelfall geprüft zu haben, ob sich ein solcher Forderungsverzicht im spezifischen Fall rentieren würde. Somit mag eine solche steuerliche Maßnahme zwar an sich mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers vergleichbar sein; der Vergleich fällt aber in diesen Fällen offensichtlich negativ aus, so dass in diesen Fällen auf die Anwendung des MEOT verzichtet werden kann.

---

<sup>102</sup> Vgl. *Soltész/Makowski*, Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe i.S. von Art. 87 I EG, EuZW 2003, 73 (76); *von Donat*, in: Heidenhain, European State Aid Law, 2010, § 17 Rn. 29.

<sup>103</sup> So die zentrale Unterscheidung bei *Jaeger* (Fn. 66), 95.

<sup>104</sup> Klassifizierung nach *Koschyk* (Fn. 13), 117 ff.

<sup>105</sup> A.A. aufgrund des Kriteriums eines makroökonomischen Motivs *Jaeger* (Fn. 66), 94.

<sup>106</sup> Darauf weist auch *Köhler* (Fn. 53), 30 hin.

*Fallgruppe 3.2:* Steuervergünstigungen durch Nichtfestsetzung, Steueraufschub und -erlass

Anders verhält es sich, wenn der Staat nach Schaffung des Steuertatbestandes auf die Erhebung und Durchsetzung der zumindest berechenbaren Forderung verzichtet. Diese Entscheidung betrifft regelmäßig einen Einzelfall, so dass hier der private-investor-Test angewendet werden muss, um zu entscheiden, ob auch ein privater Gesellschafter unter den jeweiligen Umständen das Kapital der Gesellschaft durch einen Forderungsverzicht in entsprechenden Umfang erhöht hätte.

Verlangt man allerdings, dass für die Anwendbarkeit des private-investor-Tests die Steuerforderung bereits verbindlich feststehen muss und dieser somit nicht zur Verfügung steht, wenn die Steuer, wie in vorliegendem Fall, der Höhe nach noch nicht bestimmt ist,<sup>107</sup> so geht dies zu weit.<sup>108</sup>

Auch ein privater Wirtschaftsteilnehmer könnte etwa bei einer umsatzabhängigen Vertragsstrafe auf seine Forderung verzichten, ohne die genauen Umsatzzahlen und damit die Höhe seiner Forderung exakt zu kennen. Hat er als Gesellschafter eine ungefähre Vorstellung von den jeweiligen Kennzahlen, so kann er die wirtschaftlichen Folgen dieses Verzichts auch ohne weiteres abschätzen, so dass es nicht von vornherein vollkommen unwahrscheinlich ist, dass der private-investor-Test in einer solchen Situation im Ergebnis sogar positiv ausfallen könnte. Es scheint hier sogar implausibel anzunehmen, dass ein privater Marktteilnehmer zunächst die Forderung gegenüber der Tochtergesellschaft „offiziell“ geltend machen würde, um sie dann wieder fallen zu lassen.

Auch in der Wirkung macht es keinen Unterschied, ob der Staat von vornherein (nach Festsetzung des Steuertatbestands) zu wenig oder auch gar nichts verlangt oder später die zunächst geltend gemachte Forderung teilweise wieder aufgibt.<sup>109</sup>

*Fallgruppe 3.3:* Steuererleichterungen bei öffentlichen Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten

Zum anderen ist auch bei staatlichen Unternehmensbeteiligungen die Anwendung des private-creditor-Tests nicht ausgeschlossen.<sup>110</sup> Ähnlich wie bei Fall-

---

<sup>107</sup> So Jaeger (Fn. 66), 95 f.

<sup>108</sup> Ebenfalls lediglich auf eine „Bestimmbarkeit“ abstellend *EuG*, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253 Rn. 409 – *Olympiaki Aeroporja*.

<sup>109</sup> Ohne die hier vorgenommene Differenzierung auch *Frenz*, Hdb. Europarecht III: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, § 4 Rn. 409.

<sup>110</sup> Vgl. *EuG*, T-46/97, ECLI:EU:T:2000:123, Rn. 93 ff. – *SIC I*.

gruppe 2 kommt hier sogar ein vollständiger Forderungsverzicht als wirtschaftlich rentable Lösung in Betracht, wenn durch diesen Verzicht das zuvor in die Unternehmensbeteiligung investierte Kapital gesichert werden kann.<sup>111</sup> Eine zusätzliche Anwendung des private-investor-Tests scheint in diesen Fällen fernliegend:<sup>112</sup> Fällt der Test positiv aus, so liegt schon deshalb keine Beihilfe vor; fällt er aber negativ aus, so deshalb, weil ein privater Marktakteur zur Sicherung seines Kapitals durch eine Zahlungserleichterung nicht bereit gewesen wäre. Dann scheint es freilich unwahrscheinlich, dass er trotzdem zusätzliches Kapital in das offensichtlich bereits aufgegebene Unternehmen investiert hätte.

## 2. „Hoheitliche“ Maßnahmen als Beihilfen in der bisherigen Rechtspraxis

Es entsprach einer nicht unüblichen Praxis der Europäischen Kommission, die Anwendung des MEOT ausdrücklich deshalb abzulehnen, weil der Staat sich des Mittels der Steuererleichterung bediente,<sup>113</sup> so dass der vorliegende Sachverhalt nicht so einmalig scheint wie an mancher Stelle angenommen.<sup>114</sup>

Auch in der Literatur war unbestritten davon ausgegangen worden, dass der MEOT nicht auf „hoheitliche Maßnahmen“ angewendet werden könne. Dieses Verständnis scheint auf die Ausführungen des GA Léger in der Rechtssache *Altmarkt Trans* zurückzugehen.<sup>115</sup> Dieser hatte ausgeführt, dass sich aus der Rechtsprechung ergebe, dass das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht maßgebend sei, wenn die staatliche Intervention keinen wirtschaftlichen Charakter habe, sondern der Staat hoheitlich handle, indem er einem Unternehmen direkt eine Subvention zahle, eine Steuererleichterung gewähre oder eine Minderung der Soziallasten einräume.<sup>116</sup> Dies stützte er zum einen auf die Tatsache, dass der Gerichtshof den MEOT in diesen Fällen nicht angewendet hat, und zum anderen auf die Unterscheidung des *EuGH* zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu

<sup>111</sup> Vgl. Köster/Molle, Gilt das Privatgläubigerprinzip bei der Beihilfenrückforderung, EuZW 2007, 534; Nitsche/Milde/Soltész, Eigentümereffekt und versunkene Investitionen, EuZW 2012, 408 f.

<sup>112</sup> Vgl. auch *EuG*, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, Rn. 138 ff. – *HAMSA*.

<sup>113</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 3.2.1999 – 1999/484/EG, ABIEG 1999 Nr. L 193, S. 1 Rn. 64 – *HAMSA*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.1.2011 – 2011/527/EG, ABIEU 2011 Nr. L 235, S. 26 Rn. 63 – *KStG*.

<sup>114</sup> Vgl. *Bartosch*, The EdF Ruling – an electrifying Enlightening, EStAL 2010, 679 (682); *Chérot* (Fn. 91), 152.

<sup>115</sup> Vgl. mit Verweisen auf GA Léger *Bartosch* (Fn. 45), Art. 87 Abs. 1 Rn. 2, auf den wiederum *Beljin*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, Art. 107 Rn. 53 verweist, sowie *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEU, 2. Aufl. 2012, Art. 107 Rn. 33.

<sup>116</sup> GA Léger, Schlussanträge v. 14.1.2003 – C-280/00, ECLI:EU:C:2002:188, Rn. 20 ff. – *Altmarkt Trans*.

übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen.<sup>117</sup>

*a) Fehlende Anwendung des MEOT*

Soweit GA Léger aus der Tatsache, dass der *EuGH* den MEOT in bestimmten Konstellationen nicht anwendet, schlussfolgert, dass dieser aufgrund einer fehlenden Vergleichbarkeit nicht anwendbar ist, so ist dazu anzumerken, dass aus der fehlenden Nichtanwendung keineswegs auch eine Nichtanwendbarkeit folgt.<sup>118</sup>

So ist für die Fälle, in denen der MEOT auf Direktsubventionen (auch als „verlorene Zuschüsse“ bezeichnet) nicht angewendet wurde,<sup>119</sup> schon festgestellt worden, dass die Nichtanwendung des MEOT bereits daraus resultiert, dass eine Anwendung offensichtlich zu einer Bejahung des Beihilfecharakter führen würde.<sup>120</sup>

In den Urteilen, in denen der *EuGH* die fehlende Anwendung des MEOT bei Steuervergünstigungen nicht als rechtsfehlerhaft bewertet hat (und auch gar nicht anspricht), ging es beispielsweise um Steuerfreistellungen für öffentliche Kreditinstitute.<sup>121</sup> Erscheint die Nichtanwendung des MEOT zunächst dem Urteil *EdF* zu widersprechen, so wird anhand der hier vorgenommenen Differenzierung schnell klar, dass es sich um einen Fall der Fallgruppe 3.1 handelt, in dem der MEOT richtigerweise nicht durchgeführt werden musste.<sup>122</sup> Kein informierter und umsichtiger privater Gesellschafter hätte pauschal Forderungen gegenüber allen Tochtergesellschaften in einem bestimmten Tätigkeitsgebiet fallen gelassen.

Selbiges gilt für die von GA Léger angeführte Rechtssache C-6/97<sup>123</sup>, in der über die Beihilfeeigenschaft der Möglichkeit einer Anrechnung auf die Steuer-schuld (die unter Fallgruppe 3.1 fallen würde, wenn der Staat Anteilseigner wäre, und schon deshalb nicht zwangsläufig nach dem MEOT zu prüfen wären) zu entscheiden war, die aber nicht nur öffentlichen Unternehmen, sondern jeglichen privaten Güterkraftverkehrsunternehmen eröffnet wurde. Hier ist für

---

<sup>117</sup> *EuGH*, C-278/92 u.a., ECLI:EU:C:1994:325, Rn. 22 – *Hytasa*; *EuGH*, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, Rn. 135 – *Gröditzger Stahlwerke*.

<sup>118</sup> S. bereits Abschnitt **III. 1. a)**.

<sup>119</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil*; *EuGH*, Rs. 62/87 und 72/87, ECLI:EU:C:1988:132 – *Glaverbel*.

<sup>120</sup> Ebenso Abschnitt **III. 1. a)**.

<sup>121</sup> *EuGH*, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 13 – *Banco Exterior de España*.

<sup>122</sup> Ähnlich auch bei *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 3.7.2011 – E 45/2000, S. 6 – *Flughafen Amsterdam-Schiphol*.

<sup>123</sup> *EuGH*, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251 – *Kraftverkehrsunternehmen*.

die Anwendung des private-investor-Tests auch aufgrund der fehlenden Gesellschafterstellung kein Raum.<sup>124</sup> Auch die zitierten Rechtssachen C-156/98 und C-75/97 behandelten Vergünstigungen durch abstrakt-generelle Regelungen für private Unternehmen, namentlich eine Änderung der deutschen Steuerregelung des § 6b EStG<sup>125</sup> und eine gesetzliche erhöhte Ermäßigung von Sozialversicherungsbeiträgen an bestimmte private Unternehmen.<sup>126</sup> So konnte auch in anderen, nationale Steuervergünstigungen betreffenden Fällen der MEOT unangewendet bleiben.<sup>127</sup>

In der Rechtssache T-67/94 ging es um diverse Maßnahmen wie Körperschaftsteuerbefreiungen, Freistellungen vom Arbeitgeberbeitrag zum Wohnungsbau und Zahlungserleichterungen bezüglich eines aus Rennvereinen bestehenden Interessenverbandes.<sup>128</sup> Auch hier war für den private-investor-Test aufgrund der fehlenden Anteilseignereigenschaft des Staates kein Raum und auch der private-creditor-Test musste nicht angewendet werden, da ein Grund für einen vollständigen Forderungsverzicht hier nicht ersichtlich war (vgl. Fallgruppe 1).

Somit widerspricht die Nichtanwendung des MEOT durch den Gerichtshof der Europäischen Union in den genannten Fällen nicht seiner grundsätzlichen Feststellung im Fall *EdF*, dass die Anwendbarkeit des MEOT nicht aufgrund des steuerlichen Charakters einer Maßnahme ausgeschlossen ist.<sup>129</sup>

Die Anwendung des private-creditor-Tests bei Minderungen sowohl privatrechtlicher<sup>130</sup> als auch öffentlich-rechtlicher Forderungen<sup>131</sup> scheint dagegen diese Rechtsauffassung zu unterstreichen.

Das Urteil *Banco Exterior de España* unterstützt allerdings die hier vorgenommene Differenzierung und zeigt so, dass eine Unterscheidung im Urteil *EdF* wünschenswert gewesen wäre.

---

<sup>124</sup> GA Ruiz-Jarabo vermochte „nicht einmal entfernt zu erkennen, inwiefern das Verhalten des Staates, die fraglichen Vergünstigungen zu gewähren, dem Handeln eines Privatinvestors gleichzusetzen sein sollte“, Schlussanträge v. 17.9.1998 – C-6/97, ECLI:EU:C:1998:416, Rn. 25 – *Kraftverkehrsunternehmen*.

<sup>125</sup> *EuGH*, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467 – *Deutschland/Kommission*.

<sup>126</sup> *EuGH*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311 – *Maribel*.

<sup>127</sup> Vgl. *EuGH*, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627 – *Ferring*; *EuGH*, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130 – *Heiser*; *EuGH*, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768 – *Italien/Kommission*; *EuGH*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 – *Cassa di Risparmio di Firenze*; *EuGH*, C-393/04 und C-41/05, ECLI:EU:C:2006:403 – *Air Liquide*.

<sup>128</sup> *EuG*, T-67/94, ECLI:EU:T:1998:7 – *Ladbroke Racing*.

<sup>129</sup> A.A. ohne Begründung *Bernardeau/Peiffert*, Jurisprudence de la CJUE: fiscalité directe, RDF 2012, Rn. 68.

<sup>130</sup> *EuG*, T-198/01, ECLI:EU:T:2004:222, Rn. 99 – *Technische Glaswerke Ilmenau*.

<sup>131</sup> So ausdrücklich *EuG*, T-1/08, ECLI:EU:T:2011:216, Rn. 70 – *Buczek Automotive*.

*b) Keine Anwendbarkeit des MEOT*

GA Léger meint zudem, die Unterscheidung des *EuGH* zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen, sei eine Bestätigung des Prinzips der Nichtanwendbarkeit des MEOT auf hoheitliche Maßnahmen.<sup>132</sup>

Tatsächlich hat der *EuGH* eine solche Unterscheidung zwar vorgenommen, diese aber keineswegs auf die Anwendbarkeit des MEOT bezogen. Vielmehr urteilte er, dass bestimmte Kosten bei der Durchführung des MEOT nicht berücksichtigt werden können, und setzte die Anwendbarkeit des MEOT somit schon voraus.<sup>133</sup>

GA Jacobs hatte deshalb noch genauer zwischen den Verpflichtungen als Eigentümer des Aktienkapitals und den Verpflichtungen des Staates als Erbringer von Leistungen der sozialen Sicherheit und der Arbeitslosenunterstützung unterschieden und nicht auf die „Hoheitlichkeit“ der Maßnahmen abgestellt.<sup>134</sup>

So ging es in den angesprochenen Fällen auch gar nicht um eine Vorteilsgewährung durch „hoheitliche Maßnahmen“. Diese Differenzierung wurde in Fällen angewendet, in denen es um den Verkauf von Unternehmensanteilen (einer klassischen Anwendung des MEOT) zu einem negativen Kaufpreis<sup>135</sup> bzw. eine Kapitalzuführung ging (der Anwendungsfall, für den der MEOT entwickelt wurde)<sup>136</sup>, und wurde herangezogen, um den Umfang der Kosten einer alternativen Liquidation der Unternehmen zu bestimmen.

*c) Der Fall Ryanair*

In der Rechtssache *Ryanair* hatte das *EuG* zum ersten Mal explizit über die Anwendung des MEOT auf „hoheitliche Maßnahmen“ zu entscheiden und die Beihilfeeigenschaft eines Flughafengebührenerlasses für die Fluggesellschaft Ryanair durch die Region Wallonien, die Eigentümerin des Flughafens Charleroi, zu beurteilen. In seiner etwas konfusen Urteilsbegründung bestätigte das *EuG* zunächst die Rechtsauffassung des GA Léger, die Anwendung des MEOT komme nicht in Betracht, wenn der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt

---

<sup>132</sup> Ebenso mit Verweis auf diese Rechtsprechung Jaeger (Fn. 66), 93; von Wallenberg/Schütte (Fn. 1), Art. 107 Rn. 55.

<sup>133</sup> Köhler (Fn. 53), 26; Szyjczak, The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets, EStAL 2011, 35 (38).

<sup>134</sup> GA Jacobs, Schlussanträge v. 23.3.1994 – C-278/92 u.a., ECLI:EU:C:1994:112, Rn. 29 – *Hytasa*.

<sup>135</sup> *EuGH*, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, Rn. 133 ff. – *Grüdtzger Stahlwerke*.

<sup>136</sup> *EuGH*, C-278/92 u.a., ECLI:EU:C:1994:325, Rn. 21 ff. – *Hytasa*.

handelt.<sup>137</sup> Im Anschluss stellte es fest, dass der MEOT trotzdem hätte angewendet werden müssen, weil die Festlegung der Gebühren so eng mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Flughafens verbunden sei, dass sie selbst als wirtschaftlich anzusehen sei.<sup>138</sup> Damit stimmt das Urteil im Ergebnis mit dem *EdF*-Urteil in der Auffassung überein, dass auch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse die Anwendung des MEOT nicht ausschließen kann.

Tatsächlich erscheint diese Beurteilung in der Rechtssache *Ryanair* überhaupt nicht notwendig gewesen zu sein. Der Rabatt der Flughafengebühren war nämlich keineswegs durch eine Modifikation des Abgabentatbestandes erreicht worden, sondern der Fluggesellschaft in einem rein privatrechtlichen Vertrag zugesichert worden – im Austausch für die Verpflichtung zur Stationierung von Flugzeugen auf dem Flughafen Charleroi in einem Vertrag mit diesem. Somit lag schon der Form nach kein „hoheitliches Handeln“ vor und auch inhaltlich scheint die Vereinbarung fast offensichtlich wirtschaftlicher Natur gewesen zu sein, so dass auch deshalb nicht ersichtlich ist, warum der private-investor-Test hier nicht hätte angewendet werden sollen.

#### d) *Der Fall France Télécom*

In der Rechtssache *France Télécom* ging es um Steuervergünstigungen für die France Télécom, eine Aktiengesellschaft, deren Anteile zu mehr als 50% unmittelbar oder mittelbar vom Staat gehalten wurden. Diese Vergünstigungen waren nur zwei Unternehmen (France Télécom und La Poste<sup>139</sup>) über ein Sondergesetz durch Reduzierungen des Steuersatzes und der Bemessungsgrundlage gewährt worden.<sup>140</sup> Das *EuG* rügte die Nichtanwendung des MEOT durch die Kommission nicht. Auf den ersten Blick könnte man darin einen Widerspruch zum Urteil *EdF* sehen.<sup>141</sup>

Tatsächlich resultiert die Nichtanwendung wohl aber bereits aus der Tatsache, dass weder Frankreich noch die France Télécom im Verwaltungs- oder im Rechtsmittelverfahren behauptet hatten, in den Steuervergünstigungen seien Kapitalzuführungen zu sehen. Beide hatten sich ganz im Gegenteil auf den

---

<sup>137</sup> *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 85 – *Ryanair*.

<sup>138</sup> *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 88 ff. – *Ryanair*.

<sup>139</sup> Die Vergünstigungen gegenüber La Poste wurden nicht als Beihilfen angesehen, da sie die Kosten aus der Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausglich, *EuG*, T-106/95, ECLI:EU:T:1997:23, Rn. 97 ff. – *La Poste*.

<sup>140</sup> *EuG*, T-427/04 und T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, Rn. 28 ff. – *France Télécom*.

<sup>141</sup> So *Buendía/Givaja*, Round Up, JECL&Pract 2010, 257 (261).

Standpunkt gestellt, dass eine rein steuerliche Maßnahme vorgelegen hatte.<sup>142</sup> Doch selbst wenn die Durchführung des MEOT von den Parteien angeregt worden wäre, hätte im Fall *France Télécom* darauf verzichtet werden können. Auch wenn von der Modifikation des Steuertatbestandes nicht eine Vielzahl von Unternehmen profitierte, ist die Maßnahme der Fallgruppe 3.1 zuzuordnen. Schon die undifferenzierte Anwendung der Vergünstigungen auf die beiden Unternehmen in Art. 1635 sexiest Code général des impôts der damaligen Fassung zeigt, dass es sich nicht um eine unternehmerische Entscheidung handelte. Zudem wurde die Reduzierung der Steuersätze zunächst unbegrenzt eingeräumt und tatsächlich über neun Jahre hinweg gewährt. Somit konnte auch in diesem Fall die Anwendung des MEOT unterbleiben, ohne dass damit ein Widerspruch mit dem Urteil *EdF* und der hier vorgeschlagenen Differenzierung verbunden wäre.

#### e) Ergebnis

In der Zusammenschau widerspricht die bisherige Rechtspraxis des *Europäischen Gerichtshofs* seinem Urteil im Fall *EdF* nicht. Sie zeigt jedoch, dass trotz der Gültigkeit seiner Aussage, dass die Anwendung des MEOT nicht allein aufgrund der Tatsache ausgeschlossen werden kann, dass sich der Mitgliedstaat einer Maßnahme steuerlicher Natur bedient, der MEOT nicht in jedem Fall angewendet werden muss. Vielmehr scheint es Situationen zu geben, in denen der Ausgang des Tests so eindeutig ist, dass seine Durchführung nicht einmal angedacht werden muss. Im Zusammenhang mit steuerlichen Maßnahmen kann der private-investor-Test vor allem dann unterbleiben, wenn der Staat Steuervergünstigungen an private Unternehmen vergibt und nicht eine Sondersituation vorliegt, in der diese als Gegenleistung für einen Dienst der Unternehmen erscheint. Bei Steuervergünstigungen zugunsten von Unternehmen mit staatlicher Beteiligung tritt der Staat dann im Regelfall nicht als Investor auf, wenn er bereits Modifikationen am Steuertatbestand vornimmt.

### 3. Der Fall *EdF* – eine Frage der Transparenz?

Auch wenn die Steuervergünstigung zugunsten der *EdF* der Fallgruppe 3.2 zuzuordnen wäre und die Weigerung der Kommission, den MEOT anzuwenden, demzufolge grundsätzlich rechtsfehlerhaft war, bleibt mit der Aufhebung der Kommissionsentscheidung ein gewisses Unbehagen verbunden. So schien die primäre Besorgnis sowohl der Kommission als auch des GA *Mazák*, der sich in der Rechtssache *EdF* ebenso für eine Nichtanwendbarkeit des MEOT ausgesprochen hatte, ein Verlust an Kontrollmöglichkeit über das Handeln des

---

<sup>142</sup> *EuG*, T-427/04 und T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, Rn. 154 ff., 250 – *France Télécom*; *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 2.8.2004 – 2005/709/EG, ABIEG 2005 Nr. L 269, S. 30 Rn. 19 – *France Télécom*.

Staates zu sein.<sup>143</sup> Auch in der Literatur wurden diese Befürchtungen geäußert,<sup>144</sup> an mancher Stelle wurde gar eine „Gefährdung der Transparenz, Rechtssicherheit und demokratischer Verantwortlichkeit“<sup>145</sup> durch die Anwendung des MEOT gesehen.

Tatsächlich scheint es ein leichter Ausweg für die Staaten, im Nachhinein Steuervergünstigungen durch die Anwendung des MEOT rechtfertigen zu können.

Das Gericht hatte in der ersten Rechtsmittelinstanz seine Ausführungen noch auf Situationen beschränkt, in denen der Staat als „einziger Aktionär“ handelt.<sup>146</sup> Soweit diese Beschränkung damit erklärt wird, dass eine Erhöhung des Eigenkapitals durch einen Steuererlass bei gemischt öffentlich-privaten Unternehmen zu einer Verschiebung der Beteiligungsquoten der Anteilseigner führen könnte und zum Schutz der privaten Gesellschafter die Anwendung des private-investor-Tests auf Unternehmen im staatlichen Alleineigentum beschränkt sein müsste,<sup>147</sup> ist dem nicht zu folgen. Der Schutz der Minderheitsaktionäre ist nicht Gegenstand des Beihilfenrechts,<sup>148</sup> sondern es ist Aufgabe der Gesellschafter bzw. des nationalen Gesellschaftsrechts, dafür zu sorgen, dass eine Kapitalzuführung nicht den Interessen der Anteilseigner entgegenläuft.

Stattdessen ist diese Einschränkung zum einen selbstverständlich mit der Beschränkung auf den zu entscheidenden Sachverhalt, andererseits aber auch mit einem Transparenzgedanken zu erklären. In Gesellschaften mit mehreren Anteilseignern wird sich die Frage einer „versteckten“ Kapitalzuführung nämlich kaum stellen. Findet sie im Rahmen einer formalen Kapitalerhöhung statt, so ist diese schon aufgrund der nationalen Registerpflichten ersichtlich, vgl. §§ 184 AktG, 57 GmbHG, Art. R. 123-66, R. 123-53 3° französischer Code de commerce, Sec. 554 (1), 617 (2)(a) UK Companies Act 2006. Findet sie außerhalb dieses Instituts statt, so kann sich die Frage nach der Anwendung des MEOT nur dann stellen, wenn die anderen Anteilseigner im selben Umfang (im Rahmen ihres Beteiligungsverhältnisses) Kapital (egal in welcher Form) zuführen – sind dies private Anteilseigner, so wird der MEOT im Regelfall positiv ausfallen, da es einen realen Investor gibt, der sich ebenso wie der Staat verhalten hat.<sup>149</sup> Beteiligen sich die anderen Gesellschafter aber nicht oder in nur geringem Anteil an der Kapitalerhöhung, wird zumeist zu verlangen sein, dass dann

---

<sup>143</sup> GA *Mazák*, Schlussanträge v. 20.10.2011 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2011:676, Rn. 92 – *EdF*.

<sup>144</sup> *Szyrczak* (Fn. 133), 38.

<sup>145</sup> *Nettesheim* (Fn. 52), Rn. 9.

<sup>146</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 258 und 283 – *EdF*.

<sup>147</sup> *Haberkamm/Kühne* (Fn. 91), 737.

<sup>148</sup> *Haslehner* (Fn. 64), 291 f.; *Nettesheim* (Fn. 52), Rn. 8.

<sup>149</sup> Vgl. *EuG*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, Rn. 148 f. – *Air France*.

eine ausgleichende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern – beispielsweise über eine erhöhte Gewinnbeteiligung – getroffen wird, denn kein privater Investor würde als einziger Gesellschafter Kapital in eine Gesellschaft einbringen, ohne davon besonders zu profitieren. Nur dann kann mit dem MEOT geprüft werden, ob ein privater Marktakteur für diese Erhöhung der Gewinnbeteiligung das durch die Steuervergünstigung eingebrachte Kapital ebenfalls zur Verfügung gestellt hätte.

Somit erklärt sich die Beschränkung der Streitfrage auf 100%ige Eigengesellschaften des Staates auch mit der Tatsache, dass nur hier eine „versteckte“ Einlage überhaupt sinnvoll möglich ist.

Im deutschen Handelsrecht wird genau aus diesem Grund ein ausdrücklicher Gesellschafterbeschluss gefordert, damit der Forderungsverzicht erfolgsneutral in die Kapitalrücklage eingestellt werden kann und sich nicht auf die Gewinn- und Verlustrechnung auswirkt.<sup>150</sup>

Auch der *EuGH* versucht, einen Missbrauch auszuschließen, indem er fordert, dass der Mitgliedstaat, wenn er sich im Verwaltungsverfahren auf den MEOT beruft, eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen muss, dass er gleichzeitig mit der Gewährung des Steuervorteils die Entscheidung getroffen hat, mit dieser Maßnahme Kapital in das von ihm kontrollierte Unternehmen zu investieren.<sup>151</sup>

Damit folgt er der Ansicht der Kommission, die annimmt, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber üblicherweise keine zusätzlichen Finanzmittel ohne ausreichende Informationen zur Verfügung stellen würde,<sup>152</sup> weshalb sie auch beispielsweise von Unternehmen i.S. von Art. 106 Abs. 2 AEUV eine getrennte Buchhaltung verlangt, vgl. Art. 1 Abs. 2 RL 2006/111/EG.

Beachtet man aber diese Forderungen nach Transparenz,<sup>153</sup> so erscheint es fraglich, ob der *EuGH* die Aufhebung der Kommissionsentscheidung durch das *EuG* wirklich hätte billigen sollen.

---

<sup>150</sup> *Krumbholz*, in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung, 2012, § 5 Rn. 69 mit Verweis auf BT-Drucks. 10/4268, S. 107.

<sup>151</sup> *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 82 f. – *EdF*.

<sup>152</sup> Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten „Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Art. 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“, ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Rn. 31.

<sup>153</sup> Vgl. grundsätzlich auch *Huber/Kristoferitsch*, Der Transparenzgrundsatz im Beihilfenrecht, in: Jaeger/Rumersdorfer (Fn. 64), 365 ff.

Im Fall *EdF* hatte Frankreich nämlich zum Zeitpunkt der Bilanzumstrukturierung keinerlei wirtschaftliche Bewertung des Steuererlasses vorgenommen, sondern nur im Nachhinein eine Studie vorgelegt, welche die Wirtschaftlichkeit bestätigen sollte.

Das *EuG* hatte aus dem Vorbringen der Parteien den Schluss gezogen, die Maßnahmen des französischen Staates dienten dem Ziel der Erhöhung der Eigenmittel der EdF.<sup>154</sup> Dies ist noch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil nach ständiger Rechtsprechung die staatlichen Maßnahmen nach ihrer Wirkung zu beurteilen sind und ein bestimmtes – etwa soziales,<sup>155</sup> konjunkturförderndes<sup>156</sup> oder gesundheitspolitisches<sup>157</sup> – Ziel die Beihilfeeigenschaft nicht per se ausschließen kann, da diese Rechtsprechung keine Aussage darüber trifft, inwiefern die Ziele bei der Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliegt, herangezogen werden können.<sup>158</sup> So wurde oftmals gefordert, die verfolgten Ziele beispielsweise als Indizien für die Abgrenzung zwischen staatlichen Beihilfen und privatwirtschaftlichen Zuwendungen<sup>159</sup> oder zur Feststellung der Leistung von einem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse<sup>160</sup> heranzuziehen.

Das *EuG* hatte seine Schlussfolgerung, dass hier ein Investitionsziel verfolgt wurde, allein auf ein Schreiben des französischen Ministers für Wirtschaft, Finanzen und Industrie gestützt, das nach dem Erlass des Bilanzumstrukturierungsgesetzes verfasst wurde. Darin war angeführt worden, dass das Gesetz auch das Ziel verfolge, die Eigenmittel zu erhöhen; es wurde dabei aber keineswegs auf die Kapitalsteuer Bezug genommen. Vielmehr war diese im Anhang III zum Schreiben, der die steuerlichen Konsequenzen aufführte, einfach nicht bedacht worden.<sup>161</sup> Ob dies ein „eindeutiger Nachweis“ ist, darf wohl bezweifelt werden.

Soweit der *EuGH* meint, das *EuG* hätte nur über Anwendungsmöglichkeit des MEOT entschieden, nicht aber ob dieser im konkreten Fall anzuwenden war,<sup>162</sup>

<sup>154</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 243 und 259 – *EdF*.

<sup>155</sup> *EuGH*, Rs. 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 26/28 – *Textilsektor*.

<sup>156</sup> *EuGH*, Rs. 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil*.

<sup>157</sup> *EuGH*, C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622, Rn. 43 – *GEMO*.

<sup>158</sup> *Bartosch* (Fn. 114), 681; i.E. a.A. *Giesberts/Streit* (Fn. 68), 487.

<sup>159</sup> GA *Lenz*, Schlussanträge v. 16.4.1986 – Rs. 40/85, ECLI:EU:C:1986:152, S. 2329 f. – *Boch*; vgl. auch GA *Stix-Hackel*, Schlussanträge v. 8.9.2005 – C-66/02, ECLI:EU:C:2005:510, Rn. 25 – *Italien/Kommission*.

<sup>160</sup> GA *Stix-Hackel*, Schlussanträge v. 7.11.2002 – C-34/01 bis C-38/01, ECLI:EU:C:2002:643, Rn. 158 – *Enirisorse*.

<sup>161</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 243 – *EdF*; *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 29-31 – *Électricité de France*.

<sup>162</sup> *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 99 – *EdF*.

widerspricht dies der Aussage des *EuG*, dass die Kommission die Anwendung des MEOT zu Unrecht ablehnte<sup>163</sup> bzw. dass die Kommission zu prüfen hatte, ob ein privater Kapitalgeber eine vergleichbare Investition vorgenommen hätte,<sup>164</sup> so dass auch in der Literatur angenommen wurde, dass das Gericht die Anwendung des MEOT für geboten hielt.<sup>165</sup> Auch GA *Mazák* hatte deshalb in einem erheblichen Teil seiner Schlussanträge versucht darzulegen, dass die Beurteilung des Gerichts, Frankreich habe die Steuerforderung in Kapital umgewandelt, objektiv nicht gerechtfertigt sei.<sup>166</sup>

Selbst wenn man aber davon ausginge, so scheint es fraglich, dass die Kommission irgendwelche Anhaltspunkte dafür hatte, dass der MEOT anwendbar sein könnte. Auch im zweiten Rechtsmittelverfahren konnte Frankreich schließlich nur eine nachträglich angefertigte Studie vorweisen, so dass zu bezweifeln ist, dass 1997 irgendwelche Überlegungen zur Rentabilität einer Investition angestellt wurden.

#### IV. Fazit und Ausblick

Es konnte gezeigt werden, dass nicht nur grundsätzlich das Beihilfenrecht auch auf steuerliche Maßnahmen anzuwenden ist, sondern dass auch dem Urteil des *EuGH*, die Anwendung des MEOT sei nicht schon aufgrund der steuerlichen Natur der staatlichen Maßnahme ausgeschlossen, im Grundsatz zuzustimmen ist. Eine Vergleichbarkeit einer solchen Steuervergünstigung mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers scheidet weder an der Form der Maßnahme,<sup>167</sup> noch an der bei ihr eingenommenen ökonomischen Perspektive,<sup>168</sup> am Fehlen eines Marktes für Steuerbeihilfen,<sup>169</sup> an der Größe des Staatshaushaltes,<sup>170</sup> an der Einseitigkeit der Maßnahme<sup>171</sup> oder an Zuständigkeitsgrenzen.<sup>172</sup> Daraus folgt allerdings nicht, dass es nicht bestimmte Situationen gibt, in denen die Anwendung des MEOT unterbleiben kann.<sup>173</sup>

---

<sup>163</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 285 – *EdF*.

<sup>164</sup> *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 249 – *EdF*.

<sup>165</sup> *Bartosch* (Fn. 114), 268; *Haberkamm/Kühne*, (Fn. 91), 737.

<sup>166</sup> GA *Mazák*, Schlussanträge v. 20.10.2011 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2011:676, Rn. 14-49 – *EdF*.

<sup>167</sup> S. Abschnitt III. 1. b) aa).

<sup>168</sup> S. Abschnitt III. 1. b) bb).

<sup>169</sup> S. Abschnitt III. 1. b) cc).

<sup>170</sup> S. Abschnitt III. 1. b) dd).

<sup>171</sup> S. Abschnitt III. 1. b) ee).

<sup>172</sup> S. Abschnitt III. 1. b) ff).

<sup>173</sup> S. Abschnitt III. 1. c).

Diese Einschätzung wird insgesamt von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht in Frage gestellt, sondern in ihrer Differenzierung bestätigt.<sup>174</sup>

Auch wenn die Aufhebung der Kommissionsentscheidung im konkreten Fall *EdF* Zweifel aufwirft,<sup>175</sup> wird die Kommission somit in Zukunft die Anwendung des MEOT auf steuerliche Maßnahmen nicht mehr pauschal ablehnen können. Die Anforderungen des *EuGH* an die Dokumentationspflichten werden aber wohl einem Missbrauch durch die Mitgliedstaaten vorbeugen können.

Eine Ergänzung der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung,<sup>176</sup> in der die Anwendung des MEOT in den beschriebenen Fällen bislang nicht vorgesehen war, um eine entsprechende Passage wäre wünschenswert.

Andere beim Gerichtshof anhängige Rechtssachen, auf die sich das vorliegende Urteil auswirken könnte, sind nicht ersichtlich. Auch wenn sich die Kläger in der Rechtssache *Bank Burgenland*, auf die Rechtssache *Ryanair* beriefen,<sup>177</sup> ist in dem Verfahren zu entscheiden, ob im Rahmen des „private-vendor-Tests“ bei der Privatisierung einer Bank auch die Kostenerleichterungen für den Staat aus dem Wegfall von Ausfallhaftungsverpflichtungen zu berücksichtigen sind.<sup>178</sup> Damit geht es um die bei der Anwendung des MEOT zu berücksichtigenden Kosten,<sup>179</sup> bei denen der *EuGH* eine Unterscheidung zwischen Verpflichtungen des Staates als Anteilseigner und als öffentliche Hand ausdrücklich anerkannt hat.<sup>180</sup> Zudem hatte die Kommission die Berücksichtigung nicht aufgrund der Form der Ausfallhaftung, sondern aufgrund der Tatsache abgelehnt, dass die Haftung kommerziellen Bedingungen nicht entsprach und diese damit selbst eine Beihilfe darstellte.<sup>181</sup>

---

<sup>174</sup> S. Abschnitt **III. 2.**

<sup>175</sup> S. Abschnitt **III. 3.**

<sup>176</sup> *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABIEG 1998 Nr. C 384, S. 3.

<sup>177</sup> Vgl. Klage v. 9.5.2012 – C-215/12 P, curia.europa.eu – *Bank Burgenland*.

<sup>178</sup> *EuG*, T-282/08, ECLI:EU:T:2012:91, Rn. 117 ff. – *Bank Burgenland*.

<sup>179</sup> *EuGH*, Rs. C-214/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 51 – *Bank Burgenland*.

<sup>180</sup> S. hierzu auch Abschnitt **III. 2. b).**

<sup>181</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 30.4.2008 – 2008/719/EG, ABIEG 2008 Nr. L 239, S. 32 Rn. 134 ff.