

Die Anwendbarkeit des Privatinvestortests bei Steuerbeihilfen

- I Einleitung
- II Der Privatinvestortest im Überblick
 - 1. Ursprung des Privatinvestortests: Gleichbehandlung von Staat und Unternehmer
 - 2. Zweck des Privatinvestortests: Die Feststellung einer marktinadäquaten Begünstigung
 - 3. Der Maßstab des Privatinvestors
 - 4. Ausweitung auf andere Maßnahmen
- III Der Stand der Lehre und Rechtsprechung vor 2010
 - 1. Anwendung des Privatinvestortests im Bereich steuerlicher Maßnahmen
 - 2. Ausschluss des Privatinvestortests im Bereich steuerlicher Maßnahmen
 - 3. Anmerkungen zum bisherigen Stand der Diskussion
 - a. Unterscheidung nach der Art der gewährten Begünstigung
 - b. Zum Fehlen eines „Marktes“ für Steuerbeihilfen
 - c. Irrelevanz der bloßen Form einer Maßnahme
- IV Neue Entwicklungen
 - 1. EdF gegen Kommission, T-156/04
 - a. Hintergrund
 - b. Sachverhalt
 - c. Vorbringen der Parteien
 - d. Entscheidung des EuG
 - 2. Anmerkung
 - a. Die Durchsetzung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Bereich der Steuerbeihilfen
 - b. Der „neue“ Anwendungsbereich des Privatinvestortests
- V Fazit und Ausblick

Der Privatinvestortest hat seinen festen Platz in der Prüfung nach Art 107 AEUV hinsichtlich des Vorliegens eines beihilferelevanten Vorteils. Bis 2010 konnte dabei als gesichert gelten, dass die Anwendung dieses Tests hinsichtlich steuerlicher Maßnahmen nur in sehr engen Grenzen erfolgen kann, da es häufig am Bestehen eines Referenzmarktes fehlt. Die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuG zeigen allerdings eine Aufweichung der aus dieser Problematik abgeleiteten strengen Trennung zwischen „naturgemäß“ hoheitlichen und privatrechtlichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Diese Entwicklung ist im Hinblick auf den Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, welche dem Beihilferecht und dem Steuerrecht als Prinzip der Gesetzesanwendung gemeinsam ist, zu begrüßen.

I Einleitung

Die Anwendbarkeit des Privatinvestortests war bereits 2009 Gegenstand eines Beitrages in dieser Jahrbuchreihe.¹ Fazit des Beitrages von *Mamut* war die fehlende Eignung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Bereich steuerlicher Beihilfen, da der Staat aufgrund seines Steuermonopols niemals sinnvoll mit einem privaten Investor verglichen werden könnte. Die Entwicklungen insbesondere im letzten Jahr machen es allerdings notwendig, an die damals festgestellten Ergebnisse anzuknüpfen und die Frage erneut kritisch zu betrachten.

Zur Wiederholung sei darauf hingewiesen, dass das Vorliegen einer verbotenen *Steuerbeihilfe* von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig ist, die sich im Wesentlichen nicht von jenen für Beihilfen durch andere Maßnahmen unterscheiden: Maßgeblich ist die Feststellung einer selektiven Vergünstigung bestimmter Marktteilnehmer durch die Mitgliedstaaten (mit marktverfälschender Wirkung).² Auf die Form der Begünstigung kommt es dabei im Grunde nicht an, so dass unstrittig Steuervergünstigungen unter den Beihilfenbegriff fallen können.³ Ob das Beihilfenmerkmal der Begünstigung erfüllt ist, wird hingegen je nach den Umständen, unter denen eine staatliche Leistung im weitesten Sinne gewährt wird, nach verschiedenen Kriterien beurteilt: insbesondere ist es dann nicht erfüllt, wenn eine adäquate Gegenleistung für einen gewährten Vorteil feststellbar ist oder, wo eine solche fehlt, auf andere Weise die Marktadäquanz der staatlichen Leistung sichergestellt ist, sodass kein den Wettbewerb verfälschender Eingriff vorliegt. Der Prüfung eben dieser Marktadäquanz dient im Allgemeinen der Privatinvestortest.

II Der Privatinvestortest im Überblick

1. Ursprung des Privatinvestortests: Gleichbehandlung von Staat und Unternehmer

Ein staatlicher Eingriff stellt dann von vornherein keine beihilfenrechtlich bedenkliche Begünstigung dar, wenn der Staat sich nicht als hoheitlich handelnder Souverän am Marktgeschehen beteiligt, sondern in seiner Rolle als privatrechtliches Rechtssubjekt wie ein privater Unternehmer auftritt. Staaten haben unzweifelhaft eine hoheitliche und eine privatrechtliche Sphäre und können sowohl im nationalen als auch im internationalen Rechtsbereich im Rahmen beider Sphären auftreten. Welcher Sphäre eine bestimmte Handlung dabei zuzurechnen ist, hängt für gewöhnlich von der Form des staatlichen Handelns ab: bedient sich der Staat einer Handlungsform, die ausschließlich der hoheitlichen Sphäre vorbehalten ist, liegt grundsätzlich hoheitliches Handeln des Staates vor. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo der Staat in Ausnutzung seiner Autorität als übergeordneter „Rechtssetzer“ und nicht als gleichrangiger Partner anderer (bloßer Privat-)Rechtssubjekte bei der Schaffung von

¹ *Mamut*, Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen, in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 09 (2009) 329.

² Art 107 Abs 1 AEUV.

³ Vgl schon EuGH 4.2.1959, Rs 17/57, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, Slg.1959, 9. Allgemein Jaeger, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) 31.

Rechtsnormen auftritt. Eine derartige *formale* Abgrenzung trägt zweifellos den Vorteil in sich, klare und eindeutige Ergebnisse zu liefern. Gleichzeitig steht diese Vorgangsweise in einem Spannungsverhältnis zum Zweck des Beihilferechts, nämlich der Verhinderung bzw dem Ausgleich von Verzerrungen des Wettbewerbs im Binnenmarkt.⁴ Die Form einer Maßnahme an sich beeinflusst den Markt aber grundsätzlich nicht, sondern bloß der durch die – in welcher Form auch immer gesetzte – Maßnahme hervorgerufene wirtschaftliche Effekt. Auf eben dieser Grundlage, nämlich einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise staatlichen Handelns mit Blick auf die sich ergebenden Auswirkungen basiert überhaupt die Möglichkeit, Beihilfen sowohl in der Form privatrechtlicher als auch hoheitlicher Akte zu gewähren, sowie direkte Zahlungen und Verzicht auf Einnahmen gleichermaßen als Beihilfe anzusehen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise stellt zumindest insoweit einen Grundsatz des Beihilferechts dar.⁵

Ein Vergleich staatlichen Handelns mit jenem privater Wirtschaftsteilnehmer findet seine Grundlage dementsprechend in der Anerkennung der dualen Rechtsnatur des Staates und der sich daraus ergebenden Handlungsmöglichkeiten, welche wiederum den im europäischen Beihilfenrecht verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlicher Hand und privaten Unternehmen⁶ nach sich zieht. Dieser steht in engem Zusammenhang mit der Garantie der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen des Art 345 AEUV: diese Garantie wäre verletzt, würde den Mitgliedstaaten alleine deswegen ein Tätigwerden am gemeinsamen Markt verboten, weil sie *auch* in einer den Wettbewerb verzerrenden Weise auftreten können und insbesondere über besondere – hoheitliche – Mittel für die Teilnahme am Marktgeschehen verfügen. Als Ausfluss des Grundsatzes der Gleichbehandlung soll dem Staat sein marktgerechtes Verhalten nicht zum Vorwurf gemacht werden.⁷ Eine vollständige Freiheit der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihres Auftretens am gemeinsamen Markt kann allerdings ebenso wenig bestehen: Die Mitgliedstaaten werden durch das Beihilferecht in dieser Freiheit beschränkt.⁸ Dies allerdings nicht deshalb, weil sie in anderen Formen handeln oder aufgrund ihrer ökonomischen Stärke eine marktfremde Macht darstellen würden – dass Märkte ohne Schwierigkeiten sich auch um hoheitlich bestimmte und mit staatlicher Aufsichtsgewalt durchgesetzte Maßnahmen organisieren und diese Tatsache sogar als Methode staatlicher Regulierung eingesetzt werden kann, zeigt sich etwa im Bereich des Handels mit CO₂-Zertifikaten. Der Grund liegt vielmehr in den aus wettbewerbsrechtlicher Sicht „irrationalen“ Handlungsmaximen des Staates, der sich anders als der idealisierte private

⁴ Vgl. *Bartosch*, EG-Beihilfenrecht (2009) Einl Tz 7.

⁵ Vgl. z.B. *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und para-fiskalische Abgaben (2006) Rz 15, der allgemein von der „Formneutralität“ und einem „wirkungsorientierten Ansatz“ des Beihilferechts spricht.

⁶ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2004) § 43 Rn 27; der Grundsatz der Gleichbehandlung ist zwingend zweiseitig zu sehen: einerseits darf der Staat von ihm kontrollierte Unternehmen bzw solche, an denen er in nicht kontrollierendem Ausmaß beteiligt ist, nicht in einer Weise begünstigen, wie es ein Unternehmer in seine Rolle als Kapitalgeber nicht auch tun würde; andererseits sind ihm im Gegenzug gerade jene Maßnahmen, die nicht zu einer solchen „marktinadäquaten“ Begünstigung führen, ohne Beeinträchtigung durch das Beihilferecht zuzugestehen. Vgl. auch *GA Léger*, Schlussanträge 14. 1. 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747, Rn 21 mwN.

⁷ *Mamut* in *Jaeger* (Hrsg), Jahrbuch Beihilfenrecht 09 (2009) 329 (333).

⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2004) § 43 Rn 27.

Marktteilnehmer nicht ausschließlich auf die Maximierung von Profit konzentriert, sondern darüber hinaus andere Ziele verfolgt, insbesondere solche sozialer, kultureller und sicherheitspolitischer Natur.⁹ Aus diesem Grund steht das staatliche Handeln auch dann, wenn es seinem nach außen tretenden, objektiven Zweck nach einer unternehmerischen Handlung entspricht – wie z.B. bei einer Kapitalzuführung oder sonstigen Zuwendung an staatseigene Unternehmen –, gleichsam unter dem Generalverdacht, nicht den aus Sicht des Beihilferechts maßgeblichen Marktmaßstäben gerecht zu werden. Die nähere Prüfung dieses Verdachts erfolgt in diesen Fällen¹⁰ über den Vergleich mit dem „unverdächtigen“ privaten Kapitalgeber. Entspricht das staatliche Handeln schon nach dem nach außen tretenden Zweck nicht jenem eines privaten Marktteilnehmers – wie z.B. bei der Zuwendung an Unternehmen, zu denen keinerlei privatrechtliche Beziehung¹¹ besteht und denen der Staat daher ausschließlich in seiner Rolle als Träger von Hoheitsgewalt gegenübersteht – so erübrigt sich die Vornahme eines solchen Vergleichstests.

2. Zweck des Privatinvestortests: Feststellung einer marktadäquaten Begünstigung

Das Vorliegen einer Beihilfe setzt voraus, dass einem Unternehmen eine wirtschaftliche Begünstigung zu Teil wird, die es unter „normalen Marktbedingungen“ nicht erhalten hätte.¹² Der Privatinvestortest¹³ stellt eine Methode zur Konkretisierung dieses Grundsatzes dar, indem zur Beurteilung der Erlangbarkeit des vom Staat gewährten Vorteils unter „normalen Marktbedingungen“ auf die Bereitschaft eines hypothetischen, marktwirtschaftlich vernünftigen Privatanlegers zur Gewährung desselben abgestellt wird.¹⁴

⁹ Dies ergibt sich in der Regel schon aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatlichen Handeln. Wie *Giesberts/Streit*, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484 (485), ausführen, ist es dem Staat aufgrund dessen faktisch nicht möglich, nichtwirtschaftliche Motive vollständig auszublenden.

¹⁰ Vgl. *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) Rz 194, der eine Anwendung des Privatinvestortests „als Faustregel“ immer dann vorschlägt, „wenn eine ökonomische Rechtfertigung für die staatliche Leistung nicht ausgeschlossen scheint, sich diese aber nicht schon in hinreichend offenkundiger Weise aus einer synallagmatischen Leistungsverknüpfung [...] ergibt“, mithin insbesondere „bei (zunächst) einseitigen staatlichen Leistungen an bestimmte [...] Unternehmen.“

¹¹ Insbesondere keine Leistungsbeziehung oder ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis.

¹² EuGH 11. 7. 1996, C-39/94, *SFEI*, Slg 1996, I-3547, Rn 60; EuGH 29. 4. 1999, C-342/96, *Spanien / Kommission*, Slg 1999, I-2459, Rn 41; EuGH 29. 6. 1999, C-256/97, *DM Transport*, Slg 1999, I-3913, Rn 22; EuGH 3. 7. 2003, C-83/01P, *Chronopost / Ufex*, Slg 2003, I-6993, Rn 69; EuG 6. 3. 2003, T-228/99 und T-233/99, *Westdeutsche Landesbank / Kommission*, Slg 2003, II-435, Rn 207; EuG 10. 5. 2000, T-46/97, *SIC / Kommission*, Slg 2000, II-2125, Rn 78.

¹³ Die Terminologie ist uneinheitlich: synonym werden vor allem die englischen Begriffe „market economy investor test“ oder „market economy test“ und „private investor test“ sowie die deutschen Begriffe „Privatinvestorentest“ und „Prinzip vom marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber“ verwendet. Vgl. z.B. *Giesberts/Streit*, EuZW 2009, 484 (485); *Cremer* in Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU³ (2007) Art 87 EGV Rn 10; *Ehricke* in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: EG⁴ (2007) Art 87 EGV Rn 49; *Bartosch*, EG-Beihilfenrecht (2009) Art 87 EGV Tz 2.

¹⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2004) § 43 Rn 33; *Cremer* in Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU³ (2007) Art 87 EGV Rn 10; *von Wallenberg* in Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union⁴⁰ (2009) Art 87 EGV Rn 31 ff.

Da der Zweck des Privatinvestortests in der Feststellung der Marktadäquanz eines gewährten Vorteils besteht, ist eine auf objektive Umstände gerichtete Untersuchung durchzuführen; die relevante Frage lautet: Hat der Staat wie ein marktwirtschaftlich vernünftiger privater Unternehmer gehandelt? Gleichzeitig ist zu beachten, dass der der beihilferechtlichen Prüfung zugrundeliegende „Generalverdacht“ einer staatlichen (ihrem äußeren Zweck nach wirtschaftlich begründeten) Handlung sich aus der grundsätzlich unterschiedlichen Motivation des Staates im Vergleich zum privaten Unternehmer ergibt. Insoweit lässt sich die Vorgehensweise mE auch abstrakt als „objektivierter Motivtest“ bezeichnen, der der Trennung zwischen Handlungen des Staates, die aus rein „unternehmerischem“, d.h. auf monetären Gewinn gerichteten, Interesse getätigt werden, und solchen, die „politischen“ Interessen geschuldet sind, dient.¹⁵ Auch in dieser zweiten Sichtweise manifestiert sich der Privatinvestortest als Mittel zur Unterscheidung wettbewerbsrelevanter und wettbewerbsneutraler Begünstigungen. Der Fokus liegt dabei aber gerade nicht auf dem Begünstigten, denn diesem wird unstrittig ein Vorteil durch den Staat zuteil, sondern auf dem staatlichen Motiv bzw auf der Frage nach der Rechtfertigung für die Maßnahme.¹⁶ Diese ist derart „objektiv“ festzustellen, indem nach der Vergleichbarkeit des staatlichen Handelns mit Maßnahmen durch „unverdächtige“, d.h. ausschließlich aus unternehmerischen Motiven handelnden, privaten Investoren gefragt wird. Fehlt es an dieser Vergleichbarkeit, und ist somit „objektiv“ festgestellt, dass die Leistung des Staates im Hinblick auf die gegebene oder zu erwartende Gegenleistung marktadäquat ist, ergibt sich daraus logisch, dass der Staat von anderen als bloßen unternehmerischen Motiven geleitet sein muss. Die Untersuchung des subjektiven Motivs des Staates ist demgegenüber, abgesehen von der praktischen Schwierigkeit, den subjektiven Willen „des Staates“ feststellen zu können, im Ergebnis auch deshalb nicht überzeugend, weil der Zielrichtung des Tests auf das Motiv des Staates zum Trotz die dahinterliegende Frage jene nach dem Vorliegen einer marktadäquaten Begünstigung ist, was aber unabhängig von den Absichten des Staates sein muss: Selbst wenn ein Staat die klare Absicht hat, bestimmte Marktteilnehmer ungerechtfertigt zu begünstigen, ist denkbar, dass ihm dies tatsächlich nicht gelingt, etwa, weil er die Folgen seines Eingriffs nicht richtig abzuschätzen vermag oder weil er „irrtümlich“ wie ein rein unternehmerisch motivierter Marktteilnehmer handelt. Es wäre diesfalls angesichts der Marktorientierung aber nicht überzeugend, das Vorliegen einer Beihilfe anzunehmen, da das Merkmal eines den Markt verfälschenden Vorteils nicht vorliegt; der Grundsatz der Gleichbehandlung der öffentlichen Hand und privater Unternehmer würde auch eine Rückforderung einer solchen verhinderten Beihilfe ungerechtfertigt erscheinen lassen. Darüber hinaus wäre es auch wenig befriedigend, im umgekehrten Fall das Vorliegen einer Beihilfe alleine deshalb zu verneinen, weil der diese gewährende Mitgliedstaat sich der wettbewerbsverzerrenden Auswirkung (auch unter Anwendung aller Sorgfalt) nicht bewusst war. Dies widerspräche auch der „funktionellen

¹⁵ Zur Funktion des Privatinvestortests für die Trennung unternehmerisch motivierter Handlungen von „wirtschaftspolitisch“ motivierten siehe *Sutter* in Mayer (Hrsg), EUV/EGV (20.Lfg 2004) Art 87 Rz 63.

¹⁶ *Mamut* in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 09 (2009) 329 (335).

Betrachtungsweise“ des Beihilferechts.¹⁷ Das Beihilferecht dient schließlich nicht der Bestrafung des von marktwirtschaftsfremden Motiven geleiteten Staates, sondern alleine dem Schutz des Wettbewerbs im gemeinsamen Markt der EU. Ist dieser durch eine staatliche Handlung tatsächlich nicht gefährdet, erscheint ein Eingriff in die Eigentums- und Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten daher nicht gerechtfertigt.¹⁸

3. Anwendung des Privatinvestortests: Der Maßstab des Privatinvestors

Ist die staatliche Investitionsmaßnahme mit jener eines privaten Investors zu vergleichen, stellt sich zu allererst die Frage, welche Eigenschaften diesem hypothetischen Unternehmer zuzuschreiben sind.

Als hypothetischer Vergleichsunternehmer ist nach der ständigen Rechtsprechung „ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtung des öffentlichen Sektors in vergleichbarer Lage“ heranzuziehen, mithin eine „private Holding oder private Unternehmensgruppe mit globaler und sektoraler Strukturpolitik“.¹⁹ Die Bestimmung ist keineswegs eindeutig, sodass im Ergebnis ein Spielraum zur Determinierung bestehen bleibt. Allerdings ist die „globale und sektorale Strukturpolitik“, die das Vergleichsunternehmen verfolgt, ebenso als wirtschaftlich motiviert zu sehen, und ist insofern nicht mit einer staatspolitischen Strukturpolitik, die dem Gemeinwohl dient, zu verwechseln.²⁰

Als zweites sind die Kriterien zu ermitteln, nach denen der hypothetische Investor seine Investitionsentscheidung treffen würde. Häufig wird dies nicht klar von den Eigenschaften des hypothetischen Vergleichsinvestors getrennt, ist aber dennoch zu unterscheiden: denn auch private Unternehmer handeln nicht vollständig „rational“ im Sinne der Markttheorie, sondern treffen Entscheidungen unter Berücksichtigung anderer als unmittelbarer Profitüberlegungen, z.B. zur Imagepflege.²¹ Sie beziehen außerdem mitunter soziale, arbeitsplatzpolitische und regionalpolitische Überlegungen bei ihrer Entscheidungsfindung ein. Der hypothetische Vergleichsinvestor stellt insofern auch eine Abstraktion von der Realität dar, als er von einem Unternehmer ausgeht, der *ausschließlich* von

¹⁷ Jaeger, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) Rz 15.

¹⁸ Im Ergebnis wie hier Giesberts/Streit, EuZW 2009, 484 (487), die allerdings auch ausführen, dass die Kommission und das EuG weitgehend eine strengere Sichtweise vertreten und den subjektiven Willen des Staates jedenfalls dann als maßgeblich für das Vorliegen einer Beihilfe anzusehen, wenn objektiv betrachtet keine Marktverzerrung erfolgt. Dies geht soweit, den Staat zum Nachweis seiner „redlichen“ wirtschaftlichen Motivation für eine Handlung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zu verlangen, etwa durch Offenlegung eines schon im Zeitpunkt einer staatlichen Investitionsentscheidung vorliegenden Geschäftsplans. Der EuGH billigt diese Vorgehensweise unter Hinweis auf den weiten Ermessensspielraum der Kommission, vgl. z.B. EuGH 21. 3. 1991, C-305/89, *Italien / Kommission*, Slg 1991, I-1603, Rn 22 f.

¹⁹ EuGH 21. 3. 1991, C-305/89, *Italien / Kommission*, Slg 1991, I-1603, Rn 20; EuGH 3. 10. 1991, C-261/89, *Italien / Kommission*, Slg 1991, I-4437, Rn 8; EuGH 16. 5. 2002, C-482/99, *Frankreich / Kommission*, Slg 2002, I-4397, Rn 70; von Wallenberg in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁴⁰ (2009) Art 87 EGV Rn 33; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2004) § 43 Rn 27 ff; Mederer/van Ysendyck in von der Groeben/Schwarze (Hrsg), EU/EG⁵ (2003) Art 87 Rn 15.

²⁰ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2004) § 43 Rn 32.

²¹ Diese kann in Einzelfällen für den Vergleichsinvestor relevant sein, siehe Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 214.

Rentabilitätserwägungen getrieben wird.²² Zu beachten ist selbst bei einem derart konkretisierten Maßstab, dass etwa das Verhalten eines auf kurzfristigen Profit ausgerichteten Investors kaum mit jenem eines langfristig anlegenden Unternehmers vergleichbar ist, selbst wenn beide ausschließlich profitorientiert agieren. Für staatliches Handeln gilt dabei der „long term investor-Maßstab“²³: danach muss sich der staatliche Kapitalgeber nicht an kurzfristigen Renditeaussichten orientieren, sondern kann langfristige Ziele unter Einbeziehung strategischer Überlegungen verfolgen.²⁴ Vorübergehende Verluste können daher hingenommen werden. Wenn staatliche Kapitalzuschüsse allerdings auch langfristig von jeder Aussicht auf Rentabilität absehen, sind sie mit einer Maßnahme eines privaten Unternehmers nicht mehr vergleichbar und daher jedenfalls als Beihilfe anzusehen.²⁵

Ist derart der hypothetische Vergleichsinvestor und dessen Beurteilungskriterien für die Entscheidung über eine Investition ermittelt, bleibt nur noch zu klären, wie attraktiv sich die Investition aus dessen Sicht darstellen muss und zu welchem Zeitpunkt dies zu bestimmen ist. Diesbezüglich besteht ein weiter Spielraum: eine Beihilfe liegt nämlich erst dann vor, wenn die Investition (zu den vom Staat angenommenen Bedingungen) angesichts ihrer Ertragsaussichten marktwirtschaftlich „untragbar“ bzw. „inakzeptabel“ ist und daher keinesfalls von einem privaten Unternehmer getätigt worden wäre.²⁶ In zeitlicher Hinsicht ist auf den Zeitpunkt der Investition abzustellen, so dass auch Investitionen, die sich im nachhinein als unrentabel herausstellen, nicht schon deshalb als Beihilfe zu qualifizieren sind.²⁷

4. Ausweitung des Privatinvestortests auf den Staat als Gläubiger

Seiner Natur nach eignet sich der Privatinvestortest für all jene staatlichen Maßnahmen, bei denen der Staat eine Ertragsperspektive hat.²⁸ Insbesondere trifft dies auf Zuwendungen an öffentliche Unternehmen, staatliche Kapitalbeteiligungen an privaten Unternehmen und staatlichen Bürgschaften oder Garantien zu.²⁹ Darüber hinaus wurde der Test durch die Entscheidungspraxis der Kommission sowie die Rechtsprechung erweitert und findet auch auf jene Fälle analoge Anwendung, in denen der Staat nicht als Eigentümer auftritt, sondern als Gläubiger eines Unternehmens handelt und z.B. Darlehen vergibt, Zahlungserleichterungen gewährt oder (teilweise) auf seine Forderungen verzichtet.³⁰ Der Staat hat sich auch hierbei wie ein privater

²² Vgl. auch *Sutter* in Mayer (Hrsg), EUV/EGV (20.Lfg 2004) Art 87 Rz 63.

²³ *Cremer* in Calliess/Ruffert (Hrsg), Das Verfassungsrecht der EU³ (2007) Art 87 EGV Rn 10; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht (2002) 46.

²⁴ *Mederer/van Ysendyck* in von der Groeben/Schwarze (Hrsg), EU/EG⁶ (2003) Art 87 Rn 15; von *Wallenberg* in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁴⁰ (2009) Art 87 EGV Rn 33; *Rumersdorfer*, Privatisierungen von Airlines, Flughafenbeihilfen und der Privatinvestortest, in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilfenrecht 09 (2009) 243 (261).

²⁵ EuGH 21. 3. 1991, 303/88, *Italien/Kommission*, Slg 1991, I-1433, Rn 22.

²⁶ *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) Rz 194.

²⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 210; siehe aktuell *Giesberts/Streit*, EuZW 2009, 484 (486).

²⁸ *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht² (2005) Rz 74.

²⁹ *Cremer* in Calliess/Ruffert (Hrsg), Das Verfassungsrecht der EU³ (2007) Art 87 EGV Rn 10.

³⁰ Vgl. allgemein *Mederer/van Ysendyck* in von der Groeben/Schwarze (Hrsg), EU/EG⁶ (2003) Art 87 Rn 17; *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 203; zu Zahlungserleichterungen siehe insbesondere EuGH 29. 6. 1999, C-256/97, *DM Transport*, Slg 1999, I-3913, Rn 22 ff.

Unternehmer in der gleichen Lage zu verhalten und beispielsweise dem Ausfallrisiko entsprechende Zinsen für die Darlehensgewährung zu verlangen. Wenigstens dieser Standard hat auch für die Beurteilung des staatlichen Handelns als Steuergläubiger zu gelten: Ein vollständiger Steuer(forderungs)verzicht müsste demnach in jedem Fall eine Beihilfe darstellen, da ein privater, wirtschaftlich rational agierender Gläubiger idR nicht endgültig auf eine Forderung verzichten würde. In einem solchen Fall kann daher der *Privatgläubigertest* keine Entlastung des Staates vom Beihilfevorwurf bringen. Denkbar bleibt aber in besonderen Fällen eine Entlastung nach anderen Kriterien: Etwa dann, wenn der Steuerpflichtige Leistungen für die Daseinsvorsorge erbringt oder wo der Staat nicht nur Gläubiger, sondern gleichzeitig Gesellschafter des Steuerpflichtigen ist: wenngleich in der Eigenschaft als bloßer Gläubiger ein endgültiger Verzicht wohl weitgehend untragbar ist, stellt sich die gleiche Maßnahme aus Sicht eines Gesellschafters möglicherweise als langfristig rentabel und damit als zulässig dar.³¹

III Privatinvestortest und Steuerbeihilfen: Stand der Diskussion vor 2010

1. Ausschluss des Privatinvestortests im Bereich steuerlicher Maßnahmen

Nach hA hat der Privatinvestortest keinen Anwendungsbereich bei der Prüfung von „Steuerbeihilfen“.³² Dieser Ausschluss ergibt sich aus der grundsätzlichen Unterscheidung des EuGH solcher staatlicher Eingriffe, die „wirtschaftlichen Charakter“ haben, und daher mit dem Verhalten eines privaten Unternehmens verglichen werden können, und jener staatlicher Maßnahmen, die als Hoheitsakte zu qualifizieren sind und daher von vornherein keinem derartigen Vergleich zugänglich sind.³³ Da die Erhebung von Steuern zwingend zur staatlichen Hoheitsverwaltung zählt, gehören steuerliche Maßnahmen im Allgemeinen stets der zweiten Kategorie an.³⁴ Ein Vergleich von Steuervergünstigungen mit Investitionsentscheidungen eines privaten Unternehmers scheidet demnach an der fehlenden Möglichkeit des Unternehmers, Steuern einzuheben und der daraus folgenden Unmöglichkeit, durch einen Steuerverzicht eine vergleichbare Begünstigung eines anderen Marktteilnehmers herbeizuführen.³⁵ Dies wird im Schrifttum zusätzlich mit dem Hinweis untermauert, dass für den Bereich steuerlicher Maßnahmen eben kein „Markt“ bestehe,³⁶ wodurch die Ermittlung einer marktgerechten Vorgehensweise des Staates von vornherein nicht möglich sein soll. Darüber hinaus passe der

³¹ Zur Qualifizierung von Gesellschafterdarlehen als eigenkapitaläquivalente Leistung und den dadurch erweiterten Beurteilungsspielraum siehe *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht (2002) 55. Diesem folgend *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2004) § 43 Rn 33.

³² Grundlegend *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) Rz 195 ff.

³³ EuGH 14. 9. 1994, C-278/92, *Spanien / Kommission*, Slg 1994, I-4103, Rn 22; EuGH 28. 1. 2003, C-334/99, *Deutschland / Kommission*, Slg 2003, I-1139, Rn 134. Zusammenfassend insbesondere GA Léger, Schlussanträge 14. 1. 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747, Rn 20 ff.

³⁴ Vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht (2009) Art 87 Abs 1 EGV Tz 2, 73.

³⁵ *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) Rz 195.

³⁶ *Mamut* in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 09 (2009) 329 (341) mwN.

Privatinvestortest auch deshalb nicht auf steuerliche Maßnahmen, weil die Frage, ob diese zu einer günstigeren Lage der Steuerpflichtigen gegenüber jener vor ihrer Einführung führt, beihilferechtlich nicht relevant ist: maßgebliches Kriterium ist damit nicht das Vorliegen einer Vergünstigung (auf deren Identifizierung der Privatinvestortest ausgerichtet ist), sondern die Selektivität einer Maßnahme.³⁷ Es geht also nicht um die Feststellung eines Vorteils, den der Begünstigte am Markt nicht erlangen konnte, sondern lediglich darum, ob auch anderen vergleichbaren Steuerpflichtigen ein vergleichbarer Vorteil gewährt wird.

Konsequenterweise sieht auch der EuGH bei der Prüfung von Steuererleichterungen in ständiger Rechtsprechung von der Anwendung des Grundsatzes des Privatinvestortests ab.³⁸

2. Anwendung des Privatinvestortests im Bereich steuerlicher Maßnahmen

Ungeachtet der soeben angeführten Argumente befinden sich nicht sämtliche Formen von Steuerbeihilfen außerhalb des Anwendungsbereichs des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden Unternehmers: Der EuGH anerkannte im besonderen Fall von Steuerstundungen die Anwendung des Grundsatzes in seiner Ausprägung als *Privatgläubigertest*.³⁹ Der vorübergehende Verzicht auf Steuerschulden in Form von Zahlungserleichterungen kann demnach nur dann eine verbotene Beihilfe darstellen, wenn vergleichbare Erleichterungen von einem privaten Gläubiger, der ebenso die Bezahlung der ihm von einem in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Schuldner zu erlangen sucht, nicht in ähnlicher Form gewährt worden wären.⁴⁰ Auch dieser Abweichung vom grundsätzlichen Ausschluss stimmt die Mehrzahl der Stimmen im Schrifttum zu, ohne darin einen Widerspruch zur Grundregel, dass Steuerbeihilfen nicht nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen gerechtfertigt werden können, zu sehen.⁴¹

3. Anmerkung zum bisherigen Stand der Diskussion

Wie lässt sich die scheinbare Unstimmigkeit der Rechtsprechung in Gleichklang bringen, der Widerspruch auflösen? Insbesondere ist fraglich, inwiefern die Unterscheidung zwischen einer bloßen Steuerstundung und einer endgültigen Steuerbefreiung bedeutungsvoll sein kann. Wird eine Steuerschuld über mehrere Jahre zinslos gestundet – steht die Maßnahme wirtschaftlich jener Situation gleich, in der endgültig auf einen Teil der Steuer verzichtet wird. Zusätzlich greifen die Argumente gegen die Anwendung des *market economy principle* auf Steuerbeihilfen auch bei Steuerstundungen: ein privater Gläubiger könnte aufgrund der zwingenden Hoheitlichkeit dieser Maßnahme niemals in einer vergleichbaren Situation sein. Ebenso kommt es für die beihilferechtliche Relevanz einer Steuerstundung zweifellos auf die Selektivität der Maßnahme an:

³⁷ Schön, *Taxation and state aid law in the European Union*, CMLR 1999, 911 (923).

³⁸ EuGH 5. 3. 1994, C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg 1994, I-877, Rn 14, EuGH 19. 5. 1999, C-6/97, *Italien / Kommission*, Slg 1999, I-2981, Rn 16, EuGH 19. 9. 2000, C-156/98, *Deutschland / Kommission*, Slg 2000, I-6857, Rn 25 ff.

³⁹ EuGH 29. 6. 1999, C-256/97, *DM Transport*, Slg 1999, I-3913, Rn 24.

⁴⁰ EuGH 29. 6. 1999, C-256/97, *DM Transport*, Slg 1999, I-3913, Rn 24 f.

⁴¹ Vgl. die Nachweise bei Mamut in Jaeger (Hrsg), *Jahrbuch Beihilferecht* 09 (2009) 329 (340), die dem selbst allerdings kritisch gegenübersteht.

wird eine Steuerstundung aufgrund objektiv festgelegter Kriterien, insbesondere der finanziellen Lage der Steuerpflichtigen, allen unterschiedslos gewährt, könnte eine Beihilfe wohl von vornherein nicht vorliegen.

a) Unterscheidung nach der Art der gewährten Begünstigung

Denkbar erscheint aber, dass für die Anwendbarkeit des Prinzips nicht nach der Natur der begünstigenden Maßnahme – privatwirtschaftlich oder hoheitlich –, sondern nach der Art der gewährten Begünstigung, unterschieden werden muss. Wie GA Léger in den Schlussanträgen zur Rs *Altmark Trans* ausführt, kommt es auf den „wirtschaftlichen Charakter“ einer Maßnahme an.⁴² Dieser kann sich aber je nach der Art der Begünstigung unterscheiden.

Als Beispiel könnte etwa die Unterscheidung zwischen einer bloßen Einmalmaßnahme und einer laufenden Steuerbegünstigung angeführt werden. Rein formal, also nach der bloßen „Natur“ der Maßnahme, besteht kein Unterschied zwischen beiden: beide sind sowohl gesetzlich bestimmt und betreffen einen Bereich, der dem Staat eigentümlich ist, nämlich die Erhebung bzw den Verzicht auf Steuern. Schließt man die Anwendbarkeit des Privatinvestortests aber nicht schon wegen der zwingend hoheitlichen Natur der Maßnahme aus, spricht manches dafür, für andauernde Begünstigungen im Hinblick auf einen möglichen Vergleich zu einem privaten Investor strenger zu sein als für einmalige Begünstigungen: Angesichts der verschiedenen Möglichkeiten eines Investments auf dem freien Markt wäre ein privater Investor zwar mitunter geneigt, im Hinblick auf künftige positive Entwicklungen und damit verbundene Gewinne zusätzliches Geld „nachzuschießen“. Ein andauernder Verzicht auch nur auf Teile des erwarteten Gewinns wäre ökonomisch grundsätzlich irrational, wenn dem kein wie immer gearteter Gegenwert gegenübersteht und daher einem marktgerechten Investor grundsätzlich nicht zuzumuten. Der einzige Fall, wo auch ein privater Investor in mikroökonomischer Betrachtungsweise einen andauernden teilweisen Verzicht auf Gewinne aus seinem Investment hinzunehmen bereit ist, besteht im Fall eines Investments, für welches kein Ersatz denkbar ist, weil daraus ein Gewinn erzielt werden kann, der über dem am übrigen Markt bei gleichem Risiko erlangbaren Gewinn liegt. Selbst in diesem Fall würde ein Verzicht allenfalls auf den dieser „ökonomischen Rente“ entsprechenden Anteil betreffen. Der Vergleichsfall des staatlichen Investors schließt hier den Kreis zur Einschränkung der beihilfenrechtlichen Prüfung von Unternehmen, die Dienstleistungen im Allgemeininteresse erbringen und einen Ausgleich dafür – in sehr engen Grenzen⁴³ – auch in Form andauernd begünstigender Steuerregelungen erhalten können. Die marktwirtschaftlich logische Rechtfertigung für den Verzicht liegt hier darin, dass das Gut, welches der Staat erlangen möchte, nicht auf ökonomischere Art und Weise erlangbar ist.⁴⁴ Zwar ist die Zielsetzung selbst nicht ökonomisch begründet und daher nach allgemeinen Regeln *a priori* „beihilfeverdächtig“ – die Anwendung des Privatinvestortests könnte auch zu keiner Entlastung führen, da gerade Zwecke

⁴² GA Léger, Schlussanträge 14. 1. 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747, Rn 22.

⁴³ Vgl dazu den *Haslehner*, Steuerbeihilfen für die Daseinsvorsorge? in Jaeger/Rumersdorfer (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 10 (2010) 343.

⁴⁴ Dies wird durch die Anwendung insbesondere des vierten *Altmark*-Kriteriums sichergestellt, wonach nur ein Ersatz für die effizienten, sprich nicht weiter reduzierbaren Kosten für die Leistungserbringung beihilferechtlich zulässig ist.

verfolgt werden, die nicht im Interesse eines Privaten lägen; soweit es sich dabei aber um ein Ziel des „Allgemeininteresses“ handelt, findet sich eine Rechtfertigung für das nicht ausschließlich wirtschaftlich motivierte Handeln in der expliziten Ausnahme des Art 106 Abs 2 AEUV.⁴⁵

Zugegebenermaßen ist der Privatinvestortest selbst nicht auf die Abgeltung für Leistungen der Daseinsvorsorge in seiner ursprünglichen Ausprägung anwendbar, weil die Zielsetzung des Staates in diesem Bereich nicht der eines privaten Investors entspricht. Sieht man diesen ersten Schritt zur Herstellung einer Vergleichbarkeit des staatlichen mit privatem Handeln aber dadurch als erfüllt an, dass es sich um Leistungen „im Allgemeininteresse“ handelt – womit ein Motivtest hinsichtlich des Zwecks der Förderung eben nicht mehr anhand eines Vergleichs mit einem hypothetischen Investitionswillen eines privaten Investors angestellt werden muss – so kann hinsichtlich der Feststellung der nicht überschießenden Höhe der Zuwendung sehr wohl auf einen – wenngleich notwendigerweise weitgehend abstrakten – Vergleich zu einem privaten Investor zurückgegriffen werden: steht das zu erlangende Gut fest, ist aus Sicht des gewinnmaximierenden Investors alleine relevant, nicht mehr als für die Erlangung dieses Guts nötig aufzuwenden; eben diese Gewinnmaximierung wird dadurch erreicht, dass die vom Staat im Rahmen der die Daseinsvorsorge finanzierenden Maßnahme ersetzten Kosten nicht über jene des effizientesten Anbieters der Dienstleistung hinausgehen.

b) Zum Fehlen eines „Marktes“ für Steuerbeihilfen

Ein wesentlicher im Schrifttum vorgebrachter Grund für die Ablehnung der Anwendung des Prinzips des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers liegt im Fehlen eines „Marktes für Steuervergünstigungen“.⁴⁶ Aber spielt die Existenz eines Marktes eine Rolle? Zugegebenermaßen kann der Staat wohl rechtlich seine Steuerforderung nicht an einen Dritten abtreten, wie dies mit einer privatrechtlichen Forderung möglich ist. Dies ist aber nicht so, weil es naturgemäß undenkbar ist, weil kein Privater daran interessiert wäre, eine solche Forderung zu erwerben. Das Fehlen eines Marktes geht daher nicht auf die Natur der Forderung zurück, sondern auf ihre Form – die nur deshalb Bedeutung hat, weil der Staat für diese Form von Forderungen einen Markt nicht zulässt. Darüber hinaus ist, selbst wenn man das Fehlen eines Marktes als naturgegebenen Umstand akzeptieren wollte, dies noch kein hinreichender Grund, eine Vergleichbarkeit mit Forderungen, für die ein Markt besteht, *a priori* auszuschließen: Ob eine Begünstigung vorliegt, ist erstens aus Sicht des Begünstigten im Vergleich zu anderen – konkurrierenden – Marktteilnehmern, denen keine vergleichbare Maßnahme zuteil wird, zu beurteilen. Zweitens macht es wenig Sinn, die Marktadäquanz einer Begünstigung nach ihrer Form beurteilen zu wollen, da die Form für den Begünstigten ebenso wie für dessen Konkurrenten – die im Rahmen der Fiktion des Privatinvestortests alle auf Profitabilität ausgerichtet sind – mangels ökonomischer Relevanz keine Bedeutung hat. Worauf es ankommt, ist die Marktadäquanz des durch die staatliche Maßnahme in gleich welcher Form verwirklichten Effekt auf die

⁴⁵ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 184.

⁴⁶ Ehrlicke in Immenga/Mestmäcker (Hrsg), Wettbewerbsrecht: EG⁴ (2007) Art 87 Abs 1 EGV Rn 49; Mamut in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 09 (2009) 329 (341); Schön, CMLR 1999, 911 (923).

Stellung des dadurch Begünstigten auf dem Markt, auf dem er tätig wird. Schließlich ist es insofern unbedeutend, ob ein „Markt für Steuervergünstigungen“ vorliegt, als überhaupt für „Zuwendungen des Staates“ kein Markt besteht. In jenen Fällen, für welche das Kriterium des privaten Kapitalgebers überhaupt eine Rolle spielen kann, nämlich dort, wo einer Begünstigung die Gewährung einer Beteiligung als Gegenleistung gegenübersteht, kommt es jedoch auf die Erlangbarkeit dieser Mittel auf dem Kapitalmarkt an. Es spielt dabei keine Rolle, dass keine „Steuervergünstigung“ erlangt werden kann, solange ein geldwerter Vorteil in anderer Form unter den gleichen Bedingungen erlangbar ist, der den gleichen wirtschaftlichen Wert repräsentiert.

c) Irrelevanz der bloßen Form einer Maßnahme

Jede staatliche Maßnahme besteht aus zwei Komponenten: ihrer rechtlichen Form und ihrem realwirtschaftlichen Effekt. Geht es um die Frage, ob etwa eine Kapitalerhöhung durch den Staat als Eigentümer eines Unternehmens (mithin in seiner Rolle als privatwirtschaftlich handelndes Rechtssubjekt) eine marktübliche oder marktunübliche Begünstigung darstellt, ist erstens auf den Markt für Eigenkapital abzustellen, mithin, ob eine vergleichbare Maßnahme auf diesem Markt von einem anderen erfolgt wäre. Das Argument, dass die Prüfung einer Steuervergünstigung mit diesem Test nicht sinnvoll möglich ist, basiert darauf, dass eine Zuwendung in dieser Form von keinem Privaten geleistet werden könnte. Einerseits beweist dies aber freilich allenfalls, dass die Anwendung des Vergleichs stets zur Bejahung einer marktadäquaten Begünstigung führen müsse. Ist dies tatsächlich stets der Fall, wäre zugegebenermaßen die Anwendung des Tests unnötig. Andererseits liegt dabei aber mE eine falsche Ausrichtung vor, weil der Test hier die Marktadäquanz der Form und nicht des erreichten Effekts in den Blick nimmt. Dies ist verfehlt, weil die Form einer Maßnahme für sich keinerlei Auswirkungen auf den durch das Beihilferecht geschützten Markt bzw die Konkurrenten des staatlichen Unternehmens hat. Eine Marktverzerrung kann sich ausschließlich aus ihrem realwirtschaftlichen Effekt ergeben. Dementsprechend hat auch die Kommission selbst festgestellt, dass sie die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt „nicht ausgehend von deren Form, sondern anhand ihrer Wirkungen“ prüfe.⁴⁷ Es wäre daher auch mit Blick auf diese Umstände wenig überzeugend, eine Geldzuwendung des Staates, die unmittelbar gesetzlich festgelegt wurde, ihrer Form nach daher als hoheitlich zu sehen wäre, alleine deshalb nicht mit einer Geldzuwendung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, die durch einen Beschluss der zuständigen Verwaltungsbehörde zustande kommt, zu vergleichen. Auch *Jaeger* geht von einer solchen rein formalen Sichtweise in seiner Analyse der Anwendbarkeit des Privatinvestortests auf Steuerbeihilfen zunächst ab und sieht das relevante Kriterium für eine Vergleichbarkeit von staatlichem und privatem Handeln darin, dass eine *individuell konkrete Investitionsentscheidung* durch den Staat erfolgt, ehe er eine weitere Einschränkung auf echte zivilrechtliche Dispositionen und damit erneut ein formales Kriterium – allerdings ohne eine weitere Begründung – vorschlägt.⁴⁸ Die

⁴⁷ Mitteilung der Kommission 98/C 384/03, Abl. C 384 vom 10. 12. 1998, 3 – 9, Punkt 7.

⁴⁸ *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006) Rz 195.

erstere Sichtweise erscheint allerdings eher überzeugend, weil sie auf die Willensbildung des Staates abstellt: gerade diese ist ja mit jener eines privaten Investors zu vergleichen. Bildet der Staat aber keinen konkreten Investitionswillen, sondern sieht Maßnahmen unabhängig von wirtschaftlichen Vorteilen, die ihm von der Leistung an bestimmte Unternehmen erwächst, erscheint ein solcher Vergleich nicht sinnvoll. Damit wären aber Steuervergünstigungen nicht unbedingt aus dem Anwendungsbereich des Privatinvestortests ausgeschlossen; zwar werden sie insbesondere bei andauernden Steuererminderungen wie etwa ermäßigten Steuersätzen oder Steuerbefreiungen für bestimmte Unternehmenszweige typischerweise in Form generell abstrakter Rechtsakte gewährt. Demgegenüber stellen aber individuell gewährte Steuerstundungen und –verzichte individuell konkrete Entscheidungen dar, die somit einem Vergleich mit unternehmerischem Handeln Privater zugänglich sein sollten, da grundsätzlich eine ökonomische Rechtfertigung des Verzichts denkbar ist. Die bloße gewählte Form des staatlichen Aktes kann aber auch hier nicht ausschlaggebend sein: auch ein Gesetz kann ungeachtet seiner Typisierung als generell-abstrakter Rechtsakt bloß einzelne Unternehmen betreffen.

Zusammenfassend lässt sich damit Folgendes feststellen: Damit der Privatinvestortest sinnvoll anwendbar sein kann, muss jedenfalls ein Ertragsmoment als Ausgleich für die gewährte Begünstigung durch den Staat vorliegen. Dieses kann – im Fall von Steuerstundungen – schon darin liegen, dass durch die Gewährung von Zahlungserleichterungen die Erlangbarkeit der gesamten Schuld erst ermöglicht oder wenigstens wahrscheinlicher wird. Im Fall anderer Maßnahmen, insbesondere bei vollständigen Steuerverzicht, wird ebenso ein unmittelbarer wirtschaftlicher Gegenwert für den Staat vorliegen müssen, um überhaupt eine Vergleichbarkeit annehmen zu können. Dies ist etwa in Situationen denkbar, wo der Staat von der Steuererhebung hinsichtlich staatlicher oder gemeinwirtschaftlicher Unternehmen zur Gänze oder teilweise absieht.

IV Neue Rechtsprechung

1. Électricité de France (EdF) gegen Kommission, T-156/04

a) Hintergrund des Urteils

Dem Urteil des EuG liegt eine Entscheidung der Kommission über ein Maßnahmenpaket der französischen Regierung betreffend das im Staatseigentum stehenden Energieunternehmens Électricité de France (EdF) zugrunde.⁴⁹ Neben einer staatlichen Garantie für die Verbindlichkeiten des Unternehmens und einer Änderung des Rentensystems hatte die Kommission auch die steuerliche Behandlung einer gesetzlich angeordneten Umstrukturierung der Unternehmensbilanz zu beurteilen. Gegen die Einstufung letzterer als verbotene Steuerbeihilfe wendete sich EdF mit ihrer Klage vor dem Gericht.

⁴⁹ KommissionsE vom 16. 12. 2003, 2005/145/EG, Abl. L 049 vom 22. 2. 2005, 9-29.

b) Sachverhalt

EdF befand sich seit seiner Gründung im Jahr 1946 im Besitz der staatlichen Elektrizitätskonzessionen. Damit verbunden war die Verpflichtung, die konzessionierten Sachwerte (die Anlagen des Elektrizitätsversorgungsnetzes: Leitungen, Stationen etc.) auf eigene Kosten in Stand zu halten, um sie nach Ablauf der Konzession in gutem Funktionszustand zurückzugeben. Dementsprechend bildete EdF Rückstellungen für die Erneuerung dieser Sachwerte. Die in der Folge tatsächlich getätigten Ausgaben für die Erneuerung wurden von dort auf den Posten „Ansprüche des Konzessionsgebers“ als Verbindlichkeit gegenüber dem französischen Staat umgebucht. Im Jahr 1997 wurden die Anlagen des Elektrizitätsversorgungsnetzes per Gesetz rückwirkend auf den Zeitpunkt der Konzessionierung in das Eigentum der EdF übertragen, so dass sowohl die noch nicht verwendeten Rückstellungen als auch die Verbindlichkeit gegenüber dem Staat aus der Rückgabeverpflichtung gegenstandslos wurden. Während die Umbuchung der nicht verwendeten Rückstellungen in das Eigenkapital der EdF ordnungsgemäß nach Art 38 Abs 2 des *Code général des impôts* der Körperschaftsteuer unterworfen wurde, unterblieb die Besteuerung aus der Auflösung der „Ansprüche des Konzessionsgebers“, da diese in Höhe von 14,119 Mrd Franken ohne Abzug dem Posten „Kapitalerhöhungen“ zugewiesen wurden. Die Kommission erblickte ausschließlich darin eine verbotene Beihilfe, da sie der Ansicht war, dass auch diese Umbuchung der Steuer in Höhe von 41,66% unterliege, was einen Vorteil der EdF von 888,89 EUR bedeutete. Während die grundsätzliche Steuerpflicht der Umbuchung selbst von keiner der Parteien des nachfolgenden Verfahrens in Frage gestellt wurde,⁵⁰ wehrte sich EdF gegen die Annahme einer beihilferechtlich relevanten Vergünstigung mit dem Argument, die im Rahmen der bilanztechnischen Maßnahme erfolgte Kapitalerhöhung sei in ihrer Gesamtheit anhand des Privatinvestortests zu prüfen und stelle danach eine marktadäquate Zuwendung des französischen Staates in seiner Funktion als Alleineigentümer in Form einer Kapitalerhöhung dar. Die Kommission begegnete diesem Einwand mit dem Hinweis, dass das Prinzip des marktwirtschaftlichen

⁵⁰ Der Grund hierfür ist freilich weder der Kommissionsentscheidung noch dem Urteil des EuG klar zu entnehmen. Uneinigkeit zwischen der Kommission und EdF sowie den französischen Behörden herrschte nämlich hinsichtlich der Frage, ob die Umwandlung einer Gesellschafterforderung in Eigenkapital der Gesellschaft grundsätzlich der Steuer unterliege: EdF und Frankreich machten geltend, dass diese Maßnahme gerade nicht steuerpflichtig sei. Der Grund für die unbestrittene Steuerpflicht der vergleichbaren Vorgehensweise durch den französischen Staat wurde allerdings nicht erörtert. Denkbar ist insbesondere, dass in der Umbuchung der Rückstellung auf den Verbindlichkeitssonderposten bei tatsächlicher Ausgabe für die Erhaltung der konzessionierten Anlagen bereits ein steuerlicher Vorteil lag: wenn der Aufwand nicht gleichzeitig auch dem für die Konzession gebildeten Aktivposten zugebucht wurde, käme es dadurch ja zu einer doppelten Aufwandsberücksichtigung – einmal bei der Dotierung der Rückstellung und einmal bei tatsächlicher Ausgabe. Bei tatsächlicher Rückübereignung der konzessionierten Vermögensgegenstände wäre dieser Vorteil dann rückgängig gemacht worden, indem der unveränderte Aktivposten und der um den Aufwand erhöhte Passivposten ausgebucht worden wären, was in diesem Zeitpunkt zu einem – wohl steuerpflichtigen – Gewinn geführt hätte. Tatsächlich wurde somit, indem die Besteuerung dieser Forderungsumwandlung unterblieb, ein zuvor gewährter Steuervorteil prolongiert, der auch für sich keinen Zusammenhang mit der erfolgten Kapitalerhöhung hatte. So ist wohl auch das Vorbringen der Kommission zu verstehen, die Finanzbehörde hätte im „vorhergehenden Zeitraum [...] eingegriffen [...], um die ‚Steuerfreigrenze‘ einzuführen, die die streitige Maßnahme bilde.“ Vgl. EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 199.

handelnden Kapitalgebers keine Anwendung auf Maßnahmen finden könne, die der Staat in seiner hoheitlichen Rolle, unter Ausnützung seiner Vorrechte als öffentliche Gewalt, setzt. Daher könne das Argument von EdF nichts am Vorliegen einer verbotenen Beihilfe ändern.⁵¹

c) Vorbringen der Parteien

Im Rahmen der gegen die Kommissionentscheidung eingebrachten Nichtigkeitsklage machte EdF mit Unterstützung durch den französischen Staat insbesondere geltend, die Kommission habe den wirtschaftlichen Charakter der Kapitalaufstockungsmaßnahme verkannt und insofern fehlerhaft entschieden, als sie „rein formalistisch“, alleine aufgrund des dafür gewählten Mittels des Staates das Vorliegen einer Beihilfe bejahte, obwohl ein solcher Formalismus „dem Wettbewerbsrecht fremd“ sei.⁵² Alleine die Tatsache, dass die Maßnahme in Form eines Gesetzes erfolgt sei, rechtfertige noch nicht den Schluss, Frankreich hätte im Rahmen seiner Vorrechte als öffentliche Gewalt gehandelt. Der Staat habe nämlich schon aufgrund der Natur des Unternehmens auf die Gesetzesform zurückgreifen müssen, sich aber ungeachtet der Form der Maßnahme in Wirklichkeit wie ein „umsichtiger Aktionär des Unternehmens unter normalen Marktbedingungen“ verhalten. Die Umwandlung einer Forderung in eine Kapitalerhöhung sei auch privaten Kapitalanlegern möglich, was der von Frankreich durch gesetzten bewirkten Maßnahme in wirtschaftlicher Betrachtung entspreche. Die Form einer Maßnahme dürfe sich aber auf die etwaige Einstufung als staatliche Beihilfe nicht auswirken.⁵³

Die Kommission wies die Argumente der Kläger zurück und legte seine Sichtweise dar, weshalb die Anwendung des Privatinvestortests auf eine steuerliche Maßnahme nicht anwendbar sei: Der Staat habe in Ausübung seiner staatlichen Regulierungsbefugnisse gehandelt und nicht in der Absicht, Gewinne zu erzielen.⁵⁴ In der Anerkennung der Vergleichbarkeit einer im Rahmen seiner steuerlichen Befugnisse vorgenommenen Maßnahme des Staates mit einer Maßnahme eines privaten Kapitalgebers bestehe die Gefahr einer Diskriminierung von Unternehmen, die nicht vom Staat gestützt würden: ein „Steuergeschenk“ verursache nämlich nicht die gleichen Kosten wie eine Investition des Staates als Kapitalgeber.⁵⁵ „Steuergeschenke“ seien daher nicht aus rein formalen Erwägungen, sondern deswegen *a priori* untersagt, weil der Grundsatz der Neutralität den Vergleich privater Handlungen mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse ausschliesse: die Wirkungen einer Steuerbefreiung ließen sich nicht von der Rolle des Staates als Hoheitsträger trennen, sodass die Ausübung der als „reinsten Ausdruck der öffentlichen Gewalt“ bestehende Befugnis zur Erhebung von Steuern keinerlei Entsprechung bei einem privaten Kapitalgeber finde.⁵⁶ Schließlich und hilfsweise machte die Kommission geltend, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers jedenfalls nicht erfüllt wäre, selbst wenn dessen Anwendung vom Gericht bejaht würde. Eine Beurteilung obliege

⁵¹ Rn 96 f der KommissionsE.

⁵² EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 161 – 168.

⁵³ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 174 – 188.

⁵⁴ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 195.

⁵⁵ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 197 – 201.

⁵⁶ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 203 – 211.

diesbezüglich aber jedenfalls der Kommission und liege nicht in der Kompetenz der Gemeinschaftsrichter.⁵⁷

d) Entscheidung des EuGH

Das EuG wiederholt zu Beginn seiner Würdigung der Argumente die ständige Rechtsprechung und Praxis, wonach der Vergleich mit einem marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgeber nur dort zur Anwendung kommen kann, wo eine staatliche Intervention wirtschaftlichen Charakter aufweist. Staatliche Interventionen, die hoheitliche Pflichten des Staates erfüllen, können demgegenüber nicht nach diesem Maßstab beurteilt werden. Somit ist primär zu bestimmen, ob eine staatliche Maßnahme unter die Ausübung hoheitlicher Befugnisse fällt oder sich aus den Verpflichtungen als Anteilseigner ergibt. Die Tatsache alleine, dass dem Staat Steuermittel zur Verfügung stehen, kann jedoch nicht ausreichen, jedes Verhalten des Staates als Ausdruck hoheitlicher Befugnisse anzusehen. Einerseits würde dies die Anwendung des Privatinvestortests in praktisch allen Fällen verunmöglichen, andererseits ist der Umstand, dass der Staat über derartige Mittel (und die Möglichkeit, diese einzuheben) verfügt, die Grundlage dafür, das Verhalten des Staates anhand dieses Tests zu messen, während private Unternehmen diesem nicht unterliegen.⁵⁸ Ebenso wenig ist die bloße Form der Maßnahme bedeutsam; diese ist vielmehr *„anhand ihres Gegenstandes sowie der für sie geltenden Vorschriften zu beurteilen, wobei zu berücksichtigen ist, welches Ziel mit den fraglichen Maßnahmen verfolgt wird“*.⁵⁹ Es sei daher zu prüfen, *„ob die staatliche Beteiligung oder Intervention zugunsten des Kapitals des begünstigten Unternehmens einem wirtschaftlichen Ziel dient, dass auch ein privater Kapitalgeber verfolgen könnte, [...] oder ob sie vielmehr durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt ist und daher als Intervention des Staates als Träger der öffentlichen Gewalt anzusehen ist.“*⁶⁰

In Anwendung dieses Grundsatzes kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass das Ziel des französischen Gesetzes darin bestand, die Bilanz der EdF zu sanieren und ihre Eigenmittel zu erhöhen. Die steuerliche Begünstigung stelle demgegenüber nur eine Folgewirkung dar und führe daher nicht zum Ausschluss der Anwendbarkeit des Privatinvestortests.⁶¹ Soweit die Form, in der die Investition des Staates erfolgt, Auswirkungen auf die Kapitalrendite hat – etwa, weil diese anders als eine zwangsläufig in anderer Form vorgenommene Kapitalzufuhr eines privaten Kapitalgebers nicht der Steuer unterliegt – seien diese Auswirkungen in den wirtschaftlichen Vergleichstest einzubeziehen. Darüber hinaus – und ohne eine Meinung über die fragliche Steuerpflicht einer Kapitalerhöhung durch Forderungsverzicht nach allgemeinem Steuerrecht selbst abzugeben – bewertet das Gericht das Vorbringen, die Kosten des Staates seien aufgrund der Steuerbefreiung niedriger als jene eines privaten Kapitalgebers, als un schlüssig: Wenn es zutref fe, dass dieser für eine vergleichbare Kapitalerhöhung in Höhe von 100 aufgrund der Steuerpflicht tatsächlich einen Betrag 141,66 aufwenden müsste, ergeben sich für den Staat die gleichen

⁵⁷ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 213 – 219.

⁵⁸ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 231 f.

⁵⁹ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 229.

⁶⁰ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 233.

⁶¹ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 243 – 249.

Kosten, wenn er auf die Rückzahlung einer Forderung in Höhe von 100 und gleichzeitig die Zahlung der auf diese Umwandlung entfallende Steuer in Höhe von 41,66 verzichte.⁶² Folge dieser Feststellung ist daher einzig, dass zu prüfen ist, ob auch ein privater Kapitalgeber diesen höheren Betrag aufgewendet hätte. Soweit sich aufgrund der Form der staatlichen Maßnahme tatsächlich ein Kostenunterschied ergeben könnte, würde sich außerdem daraus nicht *a priori* die Unanwendbarkeit des Privatinvestortests ergeben, sondern gerade dessen Anwendung notwendig, um diesen Kostenunterschied nachzuweisen.

Abschließend weist das Gericht noch darauf hin, dass die Anwendung des Privatinvestortests keineswegs in allen Fällen einer Steuerbefreiung zu deren Gültigkeit führen würde: erstens liege im konkreten Fall nicht schlichtweg eine Steuerbefreiung vor, sondern ein Verzicht auf eine Steuerforderung im Rahmen einer Kapitalerhöhung; zweitens sei keineswegs sichergestellt, dass ein privater Kapitalgeber eine Kapitalerhöhung in der gleichen Höhe durchgeführt hätte.⁶³

2. Anmerkung

a) Durchsetzung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Bereich der Steuerbeihilfen?

Die wesentliche Neuerung des Urteils liegt scheinbar in der Ablehnung einer rein formalen Betrachtungsweise von staatlichen Maßnahmen bei der Frage, ob eine Vergleichbarkeit mit einer privaten unternehmerischen Maßnahme bestehen kann. Dabei geht es um die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates, die nach dem EuG nach der „Natur, dem Gegenstand und dem Ziel“ der Maßnahme vorzunehmen ist. Das maßgebliche Kriterium liegt somit nicht in der gewählten Form, sondern im Zweck der staatlichen Maßnahme. Dient diese objektiv betrachtet einem wirtschaftlichen Ziel, welches daher auch in gleicher Weise von einem privaten Unternehmer verfolgt werden kann, ist ein Vergleich sinnvoll möglich und im Rahmen des Privatinvestortests vorzunehmen. In diesem Fall entstammt die Maßnahme – ungeachtet ihrer allenfalls hoheitlichen Form – der privatwirtschaftlichen Sphäre des Staates. Dient eine Maßnahme hingegen in objektiver Betrachtung von vornherein keinem wirtschaftlichen Zweck, erübrigt sich die Vornahme eines Vergleichs mit einem hypothetischen marktwirtschaftlich handelnden Unternehmer, da dieser nur wirtschaftliche Zwecke verfolgt. In diesem Fall steht daher die öffentlich-rechtliche Rechtfertigung für die Maßnahme und damit ihre Hoheitlichkeit fest, mit der Folge, dass eine beihilferechtlich relevante Begünstigung bejaht werden kann. Dies überzeugt und steht im Ergebnis auch nicht in Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung: In den bisherigen Fällen, aus denen die Kommission und auch die hA den generellen Ausschluss Privatinvestortests geschlossen hatten, waren nämlich ausschließlich steuerliche Maßnahmen zu prüfen, denen kein wirtschaftliches Motiv, insbesondere keine aus der Gesellschafterstellung fließenden Ertragsaussichten als Konsequenz der Begünstigung, zu Grunde lag.⁶⁴

⁶² EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 264 – 274.

⁶³ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 283.

⁶⁴ Vgl *Bartosch*, Case note on *EDF v Commission*, EstAL 2010, 679 (682).

Zu beachten ist, dass die Form des steuerlichen Eingriffs damit nicht grundsätzlich unbeachtlich ist: In einem ersten Schritt begründet die hoheitliche Form einer Maßnahme in der Praxis der Beihilfeprüfung weiterhin ein starkes Indiz für das Ausscheiden einer Vergleichbarkeit mit dem Handeln eines privaten Unternehmers, da im Regelfall andere als wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.⁶⁵ Die Konkretisierung der jüngsten Rechtsprechung besteht nunmehr darin, dass es sich dabei allenfalls um eine widerlegbare Vermutung handelt. Es bleibt freilich noch näher zu untersuchen, in welchen Fällen eine Widerlegung tatsächlich möglich ist, insbesondere, ob das Bestehen „auch“ eines wirtschaftlichen Zweckes schon ausreichen kann, um den Privatinvestortest zur Anwendung zu bringen, oder ob eine Maßnahme dafür *ausschließlich* wirtschaftliche Zwecke verfolgen muss.

b) Der „neue“ Anwendungsbereich des Privatinvestortests

In ihrer Besprechung des Urteils und seines Einflusses auf das europäische Beihilferecht haben *Haberkamm/Kühne* zutreffend herausgestrichen, dass es sich bei der dem Urteil in EdF zugrunde liegenden Situation um eine „Mischkonstellation“ zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit handelte: Der Staat trat nicht ausschließlich als Steuergläubiger auf, wie dies etwa in *DM Transport* der Fall war, sondern in einer Doppelrolle als Gläubiger und Anteilseigner des begünstigten Unternehmens.⁶⁶ Dies ist jedenfalls eine zwingende Voraussetzung für die Anwendung des Privatinvestortests. Fehlt es an der Gesellschafterstellung des Staates, kann somit allenfalls der Privatgläubigertest Anwendung finden. Aufgrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen Stellung eines Gläubigers im Vergleich zu einem Gesellschafter kann im Rahmen des letzteren mE allerdings keine endgültige Steuerbefreiung gerechtfertigt werden, während dies bei Bestehen einer Gegenleistung in Form einer Kapitalerhöhung im Fall einer staatlichen Beteiligung sehr wohl denkbar ist.⁶⁷ Insofern hat das Urteil keine Auswirkungen auf die Prüfung von Maßnahmen, mit denen der Staat Unternehmen begünstigt, an denen er nicht beteiligt ist.

In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob die Entscheidung des EuG auf Fälle übertragbar ist, in denen der Staat zwar Anteilseigner des begünstigten Unternehmens ist, aber nicht Alleineigentümer wie im Fall EdF. *Haberkamm/Kühne* verneinen dies mit Blick auf den ausdrücklichen Hinweis des EuG auf die alleinige Aktionärsstellung des Staates.⁶⁸ Das Gericht „erinnert“ in seiner Rückweisung des Arguments, dass durch seine Entscheidung jede Form einer Steuerbefreiung gültig werde, daran, „*dass es sich nicht nur um eine Steuerbefreiung zugunsten eines Unternehmens handelt, sondern um den Verzicht auf eine Steuerforderung im Rahmen einer Kapitalerhöhung eines Unternehmens, dessen einziger Aktionär der Staat ist.*“⁶⁹ Ob damit die

⁶⁵ So wohl auch *Bartosch*, EstAL 2010, 679 (682), der darauf hinweist, dass das Szenario, in dem ein Staat sich der hoheitlichen Form zur Verfolgung eines unternehmerischen Zieles bedient, in dieser Art erstmals in der langen Geschichte des Beihilferechts auftritt.

⁶⁶ Vgl. *Haberkamm/Kühne*, Steuerliche Maßnahmen im Lichte des Europäischen Beihilferechts: Seit EdF ein noch spannungsgeladeneres Feld, EuZW 2010, 734 (736).

⁶⁷ Siehe dazu oben [II.4](#).

⁶⁸ *Haberkamm/Kühne*, EuZW 2010, 734 (737).

⁶⁹ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 283.

Alleininhaberschaft des Staates tatsächlich als maßgebliches Entscheidungskriterium herausgestellt werden soll, ist freilich zweifelhaft. Das wesentliche Element, welches hier betont wird, ist eher in der Kapitalerhöhung als Gegenwert für den Steuerforderungsverzicht zu sehen. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb das staatliche Handeln alleine deshalb (seiner Art nach) nicht mehr jenem eines privaten Kapitalgebers vergleichbar sein sollte, weil etwa ein Minimalanteil am Unternehmen nicht vom Staat gehalten würde. Vorgebracht wurde, dass bei gemischt öffentlich-privaten Unternehmen eine durch Steuerverzicht erfolgende Kapitalerhöhung zu einer Verwässerung des Beteiligungsanteils der privaten Gesellschafter führen würde.⁷⁰ Würde dies eine Rolle spielen, müsste das gleiche freilich auch für jede in anderer Form erfolgende Kapitalerhöhung durch den Staat gelten, was offensichtlich nicht der Fall ist. Erstens schließt die Kapitalerhöhung durch den Staat als Anteilseigner aber eine verhältnismäßige Erhöhung seitens der übrigen Gesellschafter nicht grundsätzlich aus.⁷¹ Zweitens ist nicht einsichtig, weshalb dies für die Beurteilungskriterien der Kapitalerhöhung aus dem Blickwinkel des Beihilferechts eine Rolle spielen könnte.⁷² Es wäre mE daher nicht überzeugend und geradezu willkürlich, die Bedeutung des Urteils auf Fälle einer 100%-Beteiligung einschränken zu wollen.

Weniger klar ist hingegen, was hinsichtlich gesetzlich angeordneter Maßnahmen gelten soll, die zum Teil wirtschaftliche und zum Teil klar politisch-regulative Ziele verfolgt. Insbesondere stellt sich die Frage, ob in diesem Fall eine Aufteilung der Maßnahme in diese unterschiedlichen Zielsetzungen dienenden Komponenten erfolgen soll, oder in diesem Fall insgesamt die Vergleichbarkeit der Maßnahme mit der eines privaten Kapitalgebers ausgeschlossen ist. Zu erinnern ist daran, dass der Privatinvestortest gerade der Identifikation solcher Leistungsbestandteile dient, die nicht aus rein wirtschaftlichem Interesse gewährt werden. Dies spräche für die Anwendung auch in diesen Fällen, ginge aber auf den ersten Blick über die Aussagen des Gerichts in der Rs *EdF* hinaus, welches die wirtschaftliche Zielrichtung des Gesetzes, mit dem die Begünstigung gewährt wurde, als wesentliche Grundlage

⁷⁰ *Haberkamm/Kühne*, EuZW 2010, 734 (737).

⁷¹ *Haberkamm/Kühne* führen dazu weiters an, dass die privaten Kapitalgeber für eine verhältnismäßige Kapitalerhöhung einen höheren Betrag vor Steuern aufwenden müssten als der Staat, der keine Steuer zu entrichten braucht. Dies ist allerdings zurückzuweisen: würde man die Tatsache, dass die vom Staat verwendeten Mittel selbst aus „unversteuertem“ Einkommen, nämlich den Steuereinnahmen des Staates, stammen, als hinreichenden Grund für eine Unvergleichbarkeit von öffentlicher Hand und Privaten ansehen, würde der Privatinvestortest überhaupt keine Anwendung finden können. Auch die – weniger weit gehende – Argumentation der Kommission in der Rs *EdF*, welche sich auf die unterschiedlichen Kosten für den Staat aufgrund der besonderen Form eines Investments als Steuerverzicht, vermochte schon das Gericht nicht zu überzeugen. Vgl oben [IV.2.d](#).

⁷² Auch der Hinweis, dass der Schutz von Altaktionären vor Verwässerung ihrer Beteiligungen den europäischen Gesellschaftsrechtsordnungen gemeinsam sein und aufgrund der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (77/91/EWG) zu einem gewissen Grad sekundärrechtlich verankert sein sollte, kann daran nichts ändern: Hier soll der Hinweis genügen, dass die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer Maßnahme nicht Prüfungsgegenstand des Beihilferechts ist. Selbst wenn man aus Sicht der Gesamtrechtsordnung eine gegen Sekundärrecht verstoßende Maßnahme nicht billigen wollte, wäre es nicht nur verfehlt, alleine deswegen einen Verstoß des Beihilferechts anzunehmen, sondern umso weniger verständlich, weshalb dies einen Einfluss auf den im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung anwendbaren Maßstab zur Feststellung einer relevanten Begünstigung haben sollte.

hatte. Überraschend ist dabei aber, dass das Gericht keine klaren Leitlinien dafür gegeben hat, woran das wirtschaftliche Ziel des Gesetzes zu erkennen wäre. Offenbar reichte der angestrebte Zweck, die Eigenmittel des Unternehmens zu erhöhen, bereits aus, der Maßnahme insgesamt „wirtschaftliche“ Prägung zu verleihen.⁷³ Dabei handelt es sich offensichtlich um eine Grobprüfung. Ob die verfolgten Ziele tatsächlich *ausschließlich* wirtschaftlicher Natur sind, ist hingegen erst in einem zweiten Schritt danach zu bestimmen, ob die Vorgehensweise in objektiver Betrachtung der eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entspricht. Dementsprechend lässt sich festhalten, dass jedenfalls keine ausschließliche Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke für die Anwendbarkeit des Privatinvestortests verlangt werden kann – dies würde diesen unnötig machen. Soweit freilich schon in der Grobprüfung bestimmte Maßnahmenteile bzw einzelne Maßnahmen als offensichtlich nichtwirtschaftlich motiviert ausgeschlossen werden können, kann dies auf der ersten Stufe erfolgen und für diese das Vorliegen einer Vergünstigung im Sinne des Beihilfenrechts festgestellt werden.⁷⁴ Diesfalls ist nur für den restlichen, zumindest potentiell wirtschaftlich motivierten Teil der Privatinvestortest anzuwenden.

V Fazit und Ausblick

Die jüngste Rechtsprechung des EuG bringt eine zu begrüßende Konkretisierung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Privatinvestortests für Steuerbeihilfen. Entgegen der bisher vorherrschenden Auffassung sind diese nicht allgemein aus dessen Anwendungsbereich ausgenommen. Die Anwendbarkeit beschränkt sich aber auf Fälle, in denen der Staat sich nur der Form einer steuerlichen Maßnahme bedient, während essentiell ein wirtschaftlich motivierter Kapitaleinlagevorgang vorliegt, sodass der Steuerbegünstigung also ein Gegenwert gegenübersteht, welcher auch für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalanleger relevant wäre. Damit fügt sich die Entscheidung des EuG in die bisherige Rechtsprechung zur Verwendung des Privatgläubigertests durch Steuerstundungsmaßnahmen ein.

Nicht oft genug kann darauf hingewiesen werden, dass die *grundsätzliche* Vergleichbarkeit einer derart in hoheitlicher Form gesetzten Maßnahme des Staates mit einer Handlung eines hypothetischen Vergleichsunternehmers nicht *per se* zu ihrer beihilferechtlichen Unbedenklichkeit führt. Diese Tatsache rechtfertigt mE eine möglichst weitreichende Anwendung des Tests. Angesichts des von der Kommission angestrebten Rechtsmittels⁷⁵ gegen das Urteil EdF bleibt mit allerdings noch mit gewisser Spannung abzuwarten, ob der EuGH sich

⁷³ EuG 15. 12. 2009, T-156/04, *EdF / Kommission*, Slg 2009, II-4503, Rn 243.

⁷⁴ Vgl dazu auch *Jaeger*, *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben* (2006) Rz 196, der auch auf die mögliche Vermischung hoheitlicher und wirtschaftlicher Maßnahmen hinweist und dabei grundsätzlich für eine Aufteilung der verschiedenen Aspekte noch vor Anwendung des Privatinvestortests plädiert. Geradezu prophetisch führt er weiters an, dass Staaten „Steuerbegünstigungen [...] auch direkt dazu verwenden könnten, um Investitionsmaßnahmen in Unternehmen durchzuführen“. Für diesen Fall lehnt er die Anwendung des Privatinvestortests jedoch aufgrund der hoheitlichen Natur der Maßnahme – gemeint ist damit allerdings tatsächlich die (Gesetzes-)Form der Investition – strikt ab.

⁷⁵ Geführt im Register unter Aktenzahl C-124/10.

Error! No text of specified style in document.

der Sichtweise des EuG in dieser Sache anschließen wird, oder einen strengeren, formalen Maßstab angewendet sehen möchte.