



Ausarbeitung

Unionsrechtliche Fragen betreffend eine Vergabe von Darlehen an die DB InfraGO AG und die Autobahn GmbH des Bundes

Unionsrechtliche Fragen betreffend eine Vergabe von Darlehen an die DB InfraGO AG und die Autobahn GmbH des Bundes

Aktenzeichen: EU 6 - 3000 - 032/24
Abschluss der Arbeit: 23. September 2024
Fachbereich: EU 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Haushaltspolitische Vorgaben des Unionsrechts	4
2.1.	Rechtlicher Rahmen	4
2.1.1.	Präventiver SWP-Arm	5
2.1.2.	Korrektiver SWP-Arm	6
2.2.	Bestimmung des öffentlichen Defizits	6
2.2.1.	Grundlagen	6
2.2.2.	Zurechnung zum Sektor Staat	8
2.2.2.1.	Institutionelle Einheiten	8
2.2.2.2.	Öffentliche Kontrolle	9
2.2.2.3.	Nichtmarktproduzent	10
2.2.2.4.	Zuordnung durch das Statistische Bundesamt	12
2.2.3.	Konsolidierung von Transaktionen	13
3.	Beihilferechtliche Maßgaben des Unionsrechts	14
3.1.	Überblick über das EU-Beihilferecht	14
3.2.	EU-beihilferechtliche Fragen eines diskutierten Darlehens des Bundes an die DB InfraGO AG und an die Autobahn GmbH	15
3.2.1.	Unternehmenseigenschaft	16
3.2.2.	Darlehensvergabe als Begünstigung	17
3.2.3.	Staatlichkeit der Mittel und Selektivität der Maßnahme	18
3.2.4.	Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel	19

1. Einleitung

Im Rahmen der Aufstellung des Bundeshaushalts 2025 wurde erwogen, dass der Bund der DB InfraGO AG und der Autobahn GmbH Darlehen in einer Gesamthöhe von bis zu 8 Mrd. EUR an Stelle von Zuschüssen gewähren soll.¹ Der Fachbereich Europa wurde um Auskunft gebeten, welchen unionsrechtlichen Voraussetzungen diese erwogenen Darlehen unterliegen, damit sie von der Europäischen Kommission (Kommission) nicht als Zuwendungen o. ä. angesehen werden. Hierzu geht die vorliegende Ausarbeitung unter 2. auf Fragen im Zusammenhang mit den haushaltsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts ein. Insbesondere wird analysiert, ob entsprechende Darlehensvergaben nach den einschlägigen Unionsrechtsbestimmungen ohne Auswirkung auf den staatlichen Finanzierungssaldo blieben, weil es sich um Vermögenstransfers bzw. Transaktionen innerhalb des staatlichen Sektors handeln würde (vgl. 2.2.2., 2.2.3).² Anschließend werden unter 3. die Vorgaben des europäischen Beihilferechts dargestellt.

Gegenstand dieser Ausarbeitung sind ausdrücklich nicht die für den Bundeshaushalt 2025 tatsächlich vorgeschlagene Erhöhung des Eigenkapitals der DB AG im Umfang von insgesamt 10,4 Mrd. EUR und die Vergabe eines Darlehens in Höhe von 3 Mrd. EUR (Zinssatz von 1,5 % p.a. und Endfälligkeit bei einer Laufzeit von 34 Jahren) an die DB AG.³

2. Haushaltspolitische Vorgaben des Unionsrechts

2.1. Rechtlicher Rahmen

Auf europäischer Ebene haben sich die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, ihre öffentliche Verschuldung zu begrenzen und verbindliche Fiskalregeln einzuhalten, um damit die Stabilität der Wirtschafts- und Währungsunion sicherzustellen. Grundlagen hierfür sind insbesondere die Art. 121 und 126 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die sog. Maastricht-Kriterien definieren hierfür die Referenzwerte für das jährliche öffentlichen Defizit (3 % des Bruttoinlandprodukts (BIP)) bzw. den öffentlichen Schuldenstand (60 % des BIP).⁴

1 Vgl. <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/haushalt-2025-106.html>.

2 Zur innerstaatlichen Diskussion betreffend den Begriff der finanziellen Transaktion bzw. eine Bereinigung nach Art. 115 Abs. 2 Satz 5 GG vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Fachbereich WD 4 Sachstand „Zur Frage der Berücksichtigung einer Eigenkapitalerhöhung der Deutschen Bahn AG durch den Bund im Rahmen der Schuldenbremse“, WD 4 - 3000 - 080/23, 29. November 2023; Fachbereich WD 4, Sachstand „Vergleich zwischen der deutschen und der europäischen Schuldenbremse“, WD 4 - 3000 - 015/22, 11. März 2022.

3 Pressemitteilung Nr. 196/24 v. 16. August 2024, <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/975196/2302956/26bf9c08de4a12f19dd22d8c60e636ea/2024-08-15-haushalt-einigung-data.pdf?download=1>; Entwurf eines Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2025, Anlage zu BT-Drs. 20/12400, Einzelplan 12, Kap. 1202, Titel 831 01, 861 01.

4 Vgl. Art. 1 Verordnung (EG) Nr. 479/2009 des Rates vom 25. Mai 2009 über die Anwendung des dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit, ABl. L 145 v. 10. Juni 2009, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 220/2014 v. 7. März 2014, ABl. L 69 v. 8. März 2014, S. 101, konsolidierte Fassung abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02009R0479-20140901&qid=1726575245904>.

Im Jahr 1997 wurde zudem der Stabilitäts- und Wachstumspakt (SWP) mit weiteren Vorgaben zur Überwachung der Einhaltung dieser Haushaltsregeln beschlossen. Er besteht u. a. aus Regeln zur verstärkten Koordinierung der Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten (sog. präventiver Arm)⁵ und für das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (sog. korrektiver Arm)⁶. Der SWP ist seitdem wiederholt verändert und ergänzt worden, zuletzt mit der SWP-Reform 2024.⁷ Hierdurch blieben die Maastricht-Kriterien unverändert.

2.1.1. Präventiver SWP-Arm

Der Schwerpunkt der SWP-Reform lag auf einer Vereinfachung und Präzisierung der Regeln des präventiven SWP-Arms u. a. mit folgenden Kernelementen:

- Zentraler operativer Indikator für die Bewertung der Haushalte der Mitgliedstaaten sind künftig die jeweiligen Nettoausgaben (Erwägungsgrund (EG) 12, Art. 2 Nr. 2 VO (EU) 2024/1263). Diese stellen die Entwicklung der gesamtstaatlichen Ausgaben dar ohne Berücksichtigung u. a. von Zinsausgaben und diskretionären Maßnahmen auf der Einnahmenseite.
- Jeder Mitgliedstaat soll im Rahmen seines nationalen finanzpolitisch-strukturellen Plans (Art. 11 ff. VO (EU) 2024/1263) einen Nettoausgabenpfad (*net expenditure path*, vgl. EG 12, Art. 2 Nr. 4 VO (EU) 2024/1263) für einen bestimmten Zeitraum (vier bzw. fünf Jahre je nach Wahlperiode und Verlängerungsmöglichkeit auf sieben Jahre) vorschlagen. Die quantitativen Vorgaben für die Wahl des nationalen Nettoausgabenpfads sind, dass dieser (1) das gesamtstaatliche Defizit mittelfristig (d. h. über zehn Jahre) voraussichtlich bei maximal 3 % des BIP hält und (2) den gesamtstaatlichen Schuldenstand bis zum Ende des Anpassungszeitraums auf einen plausibel rückläufigen Pfad bringt bzw. darauf hält (vgl. Art. 6 Buchst. a), Art. 16 Abs. 2 VO (EU) 2024/1263). Keine Erwähnung mehr findet das bislang maßgebliche⁸ Element des mittelfristigen Haushaltsziels eines strukturell ausgeglichenen oder einen Überschuss aufweisenden Haushalts.
- Wenn ein Mitgliedstaat die Maastricht-Kriterien überschreitet, soll ein von der Kommission übermittelter Referenzpfad (*reference trajectory*, Art. 2 Nr. 3, 5 VO (EU) 2024/1263) für die

5 Verordnung (EG) Nr. 1466/97 des Rates v. 7. Juli 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. L 209 v. 2. August 1997, S. 1, ersetzt durch die Verordnung (EU) 2024/1263 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2024 über die wirksame Koordinierung der Wirtschaftspolitik und über die multilaterale haushaltspolitische Überwachung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1466/97 des Rates, ABl. L 2024/1263 v. 30. April 2024.

6 Verordnung (EG) Nr. 1467/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit, ABl. L 209 v. 2. August 1997, S. 6, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2024/1264 v. 29. April 2024, ABl. L 2024/1264 v. 30. April 2024 konsolidierte Fassung abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A01997R1467-20240430>.

7 Vgl. die Pressemitteilung des Rates v. 29. April 2024, abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2024/04/29/economic-governance-review-council-adopts-reform-of-fiscal-rules/>.

8 Vgl. die Entschließung des Europäischen Rates v. 17. Juni 1997 über den Stabilitäts- und Wachstumspakt, ABl. C 236 v. 2. August 1997, S. 1.

Nettoausgaben der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik die Einhaltung der vertraglichen Referenzwerte, fiskalische Anpassungsanstrengungen sowie ggf. eine Konsistenz mit Anforderungen aus dem Verfahren bei einem übermäßigen Defizit sicherstellen (EG 18, Art. 6 VO (EU) 2024/1263).

2.1.2. Korrektiver SWP-Arm

Das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (VÜD) wurde im Wesentlichen beibehalten.

- Verletzt ein Mitgliedstaat das 3 %-Kriterium beim jährlichen gesamtstaatlichen Haushalt oder das 60 %-Kriterium beim gesamtstaatlichen Schuldenstand, erstellt die Kommission einen Prüfbericht (Art. 2 Abs. 2 VO (EG) 1467/97). In diesem berücksichtigt sie „alle sonstigen einschlägigen Faktoren, einschließlich der mittelfristigen Wirtschafts- und Haushaltslage des Mitgliedstaats“ (Art. 126 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV). Daraufhin beschließt der Rat auf Vorschlag der Kommission, ob ein übermäßiges Defizit besteht oder nicht (Art. 126 Abs. 6 AEUV, Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 1467/97).
- Beim defizitbasierten Defizitverfahren (Verletzung des 3 %-Referenzwerts) sind keine größeren Änderungen vorgesehen. Der Nettoausgaben-Korrekturpfad im Rahmen des Defizitverfahrens soll bewirken, dass das gesamtstaatliche Defizit binnen der vom Rat gesetzten Frist unter den Referenzwert von 3 % des BIP gebracht wird. Sollte der ursprüngliche Pfad aufgrund objektiver Umstände nicht mehr einzuhalten sein, soll es dem Rat möglich sein, einen anderen Pfad im Rahmen des Defizitverfahrens festzulegen. Mindestvorgabe für Mitgliedstaaten mit einem Defizit von mehr als 3 % soll ein Rückgang des Haushaltsdefizits um 0,5 % des BIP pro Jahr sein (Art. 3 Abs. 4 UAbs. 3 VO (EG) 1467/97).
- Das schuldenstandbasierte Defizitverfahren (Verletzung des 60 %-Referenzwerts) soll künftig i. d. R. bei Abweichungen vom festgelegten Nettoausgabenpfad des nationalen Plans eröffnet werden (Art. 2 Abs. 2 VO (EG) 1467/97).

2.2. Bestimmung des öffentlichen Defizits

2.2.1. Grundlagen

Nach Art. 126 Abs. 2 AEUV i. V. m. Art. 2 des Protokolls (Nr. 12) über das VÜD und Art. 1 der VO (EG) 479/2009⁹ über die Anwendung des VÜD bedeutet der Begriff „Defizit“ das Finanzierungsdefizit im Sinne des Europäischen Systems volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG). Es besteht, wenn die Ausgaben des gesamten Staatssektors in einer Periode höher sind als dessen Einnahmen. Der Begriff „öffentlich“ bedeutet zum Staat, d. h. zum Zentralstaat (Zent-

⁹ Verordnung (EG) Nr. 479/2009 des Rates vom 25. Mai 2009 über die Anwendung des dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit, ABl. L 145 v. 10. Juni 2009, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 220/2014 v. 7. März 2014, ABl. L 69 v. 8. März 2014, S. 101, konsolidierte Fassung abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02009R0479-20140901&qid=1726575245904>.

ralregierung), zu regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften oder Sozialversicherungseinrichtungen gehörig, mit Ausnahme von kommerziellen Transaktionen, im Sinne der Definition des ESVG, vgl. Art. 1 Abs. 2 VO (EG) 479/2009.

Zentraler Maßstab für die Bestimmung des staatlichen Defizits ist somit das seit 2014 unionsweit verbindliche ESVG 2010.¹⁰ Es handelt sich dabei um „ein international vereinheitlichtes Rechnungssystem, das systematisch und detailliert eine Volkswirtschaft (Region, Land, Ländergruppe) mit ihren wesentlichen Merkmalen und den Beziehungen zu anderen Volkswirtschaften beschreibt“.¹¹ Mit dem ESVG 2010 wird für die Zwecke der Union, insbesondere für die Festlegung und Überwachung der Wirtschafts- und Sozialpolitik der Union, ein Bezugsrahmen für die Erstellung der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen der Mitgliedstaaten geschaffen.¹² Hierfür legt das ESVG 2010 eine in Anhang A der VO (EU) 549/2013 enthaltene Methodik insbesondere für die gemeinsamen Definitionen und Buchungsregeln fest, die zur Erstellung von Konten auf nationaler und regionaler Ebene sowie von Tabellen auf vergleichbaren Grundlagen für die Zwecke der Union verwendet wird.¹³ Das gewährleistet eine Vergleichbarkeit der Wirtschaftsentwicklung zwischen den Mitgliedsstaaten und damit auch eine harmonisierte Berechnung der Maastricht-Kriterien über den öffentlichen Schuldenstand und das öffentliche Defizit.¹⁴

Die Überwachung von Daten für das Defizit und den Schuldenstand des Staates erfolgt im Rahmen des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit. Dazu gehört auch die Validierung der zugrunde liegenden Daten der Statistik der Staatsfinanzen (*government finance statistics* (GFS) in Bezug auf das Defizitverfahren. Die Rechtsgrundlage für die Überwachung von Daten des Sektors Staat bildet die VO (EG) 479/2009; in der VO (EU) 220/2014 ist festgelegt, dass das ESVG 2010 ab dem 1. September 2014 für das Defizitverfahren und die GFS genutzt werden.

Die von Eurostat durchgeführte Bewertung konzentriert sich auf die Faktoren, mit denen der gesamtstaatliche Finanzierungssaldo und der Bruttoschuldenstand (in Prozent des BIP) sowie die

10 Verordnung (EU) Nr. 549/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Union, ABl. L 174 vom 26. Juni 2013, S. 1 ([konsolidierte Fassung vom 24.08.2015](https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5925749/KS-02-13-269-DE.PDF)); vgl. hierzu <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5925749/KS-02-13-269-DE.PDF>.

11 Vgl. <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/ad553c0f-92cc-4140-800f-c0e6ff0ce1ee/language-de>.

12 Vgl. EuGH, Urteil v. 13. Juli 2023, verb. Rs. C-363/21, C-364/21, Ferroviennord, Rn. 64 f.

13 Vgl. Eurostat, National Accounts Methodology, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/eurostat/web/national-accounts/methodology>.

14 Deutsche Bundesbank, Die Maastricht-Schulden: methodische Grundlagen sowie die Ermittlung und Entwicklung in Deutschland, Monatsbericht April 2018, S. 59 ff., abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/re-source/blob/724596/3f48b7be00f9574cc930717eb5dda090/mL/2018-04-maastricht-data.pdf>; Europäische Zentralbank, The impact of the European System of Accounts 2010 on euro area macroeconomic statistics, Monatsbericht November 2014, S. 67 f., abrufbar unter https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/mb201411_focus08.en.pdf.

Veränderungen des Verhältnisses des gesamtstaatlichen Schuldenstands zum BIP erklärt werden.¹⁵ Die Mitgliedstaaten¹⁶ übermitteln diese Informationen zweimal jährlich in den VÜD-Datenübermittlungstabellen (Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO (EG) 479/2009),¹⁷ dem Fragebogen zu den VÜD-Datenübermittlungstabellen, anderen damit zusammenhängenden Fragebögen und bilateralen Klärstellungen an Eurostat. Detaillierte Quellen und Methoden zur Erstellung der gesamtstaatlichen Konten werden in den VÜD-Aufstellungen veröffentlicht.

2.2.2. Zurechnung zum Sektor Staat

Mit Blick auf die Bestimmung des „öffentlichen“ Defizits stellt sich vor diesem Hintergrund zunächst die Frage, unter welchen Voraussetzungen die DB InfraGO AG und die Autobahn GmbH nach Maßgabe des ESVG 2010 als „zum Staat gehörig“ anzusehen sind.¹⁸ Die Zuordnung von öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen zum Sektor Staat hängt davon ab, ob eine institutionelle Einheit vorliegt (hierzu 2.2.2.1.), die der öffentlichen Kontrolle unterliegt (hierzu 2.2.2.2.) und ob die Einheit ein Nichtmarktproduzent ist (hierzu 2.2.2.3.).¹⁹

2.2.2.1. Institutionelle Einheiten

Für die Bestimmung einer institutionellen Einheit sieht Ziffer 2.12 des ESVG 2010 folgende Definition vor:²⁰

„Eine institutionelle Einheit ist eine wirtschaftliche Einheit, die durch Entscheidungsfreiheit in der Ausübung ihrer Hauptfunktion gekennzeichnet ist. Eine gebietsansässige Einheit gilt als institutionelle Einheit in dem Wirtschaftsgebiet, in dem ihr Schwerpunkt des wirtschaftlichen Hauptinteresses liegt, wenn sie neben der Entscheidungsfreiheit entweder über eine vollständige Rechnungsführung verfügt oder in der Lage ist, eine vollständige Rechnungsführung zu erstellen.“

-
- 15 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 – 2022 edition, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/products-manuals-and-guidelines/w/ks-gq-23-002>.
- 16 In Deutschland obliegt diese Übermittlungspflicht dem Statistischen Bundesamt, vgl. § 19 des Gesetzes über die Statistik für Bundeszwecke v. 20. Oktober 2016, BGBl. I S. 2394, zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes v. 8. Mai 2024, BGBl. 2024 I Nr. 152.
- 17 Vgl. bspw. Reporting of Government Deficits and Debt Levels, Germany, 28. März 2024, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/19725776/DE-2024-04.pdf/6b454510-8f82-c5cf-26ec-64c72c2d1983?t=1722850628979>.
- 18 Zur Anwendung der Begrifflichkeiten des ESVG vgl. EuGH, Urteil v. 11. September 2019, verb. Rs. C-612/17 u. C-613/17, FIG und FISE, Rn. 37; EuGH, Urteil v. 28. April 2022, Rs. C-277/21, SeGec, Rn. 28.
- 19 ESVG 2010, Ziffer 20.17, Abbildung 20.1; Statistisches Bundesamt (Destatis), Methoden der Finanzstatistiken 2022, S. 5 ff., abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentliche-Finanzen/methoden-finanzzstatistiken-5710001219004.pdf?__blob=publicationFile.
- 20 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 11 ff.

Um Entscheidungsfreiheit in der Ausübung ihrer Hauptfunktion zu haben, muss die Einheit

- a) berechtigt sein, selbst Eigentümer von Waren und Aktiva zu sein und diese in Form von Transaktionen mit anderen institutionellen Einheiten auszutauschen;
- b) wirtschaftliche Entscheidungen treffen und wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben können, für die sie verantwortlich und haftbar ist;
- c) in eigenem Namen Verbindlichkeiten eingehen, andere Schuldtitel aufnehmen oder weitergehende Verpflichtungen übernehmen, sowie Verträge abschließen können und
- d) zu einer vollständigen Rechnungsführung in der Lage sein; dies umfasst sowohl Rechnungsunterlagen, aus denen die Gesamtheit ihrer Transaktionen für den Berichtszeitraum hervorgeht, als auch eine Aufstellung ihrer Aktiva und Passiva (Vermögensbilanz).“

Für die Zuordnung wird mithin davon ausgegangen, dass allein auf Basis der Rechtsform der Einheit nicht entschieden werden könne, ob es sich bei dieser um eine institutionelle Einheit im Sinne des ESVG handele. Vielmehr hat die Einstufung der institutionellen Einheiten im ESVG 2010 durch eine Gesamtbetrachtung ihrer Merkmale auf der Grundlage der von ihnen ausgeübten Wirtschaftstätigkeit zu erfolgen.²¹ Je größer der Einfluss des Staates ist und je detaillierter die Vorgaben für die Gesellschaft (z. B. im Errichtungsgesetz oder im Gesellschaftervertrag) sind, desto eher wird die Einheit keine institutionelle Einheit im Sinne des ESVG sein.²²

2.2.2.2. Öffentliche Kontrolle

Handelt es sich bei der Beteiligung um eine institutionelle Einheit, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob die Einheit vom Staat kontrolliert wird. Nach Ziffer 20.18 ESVG 2010 besteht die Kontrolle über eine Einheit in der Möglichkeit, die allgemeine Politik oder das Programm dieser Einheit festzulegen. Hierfür präzisiert Ziffer 2.38 ESVG 2010 die Kriterien wie folgt:²³

„Die Kontrolle einer Kapitalgesellschaft durch den Staat erfolgt aufgrund eines besonderen Gesetzes, Erlasses oder einer besonderen Verordnung, die den Staat ermächtigt, die Unternehmenspolitik festzulegen. Als wichtigste Kriterien für die Entscheidung, ob eine Gesellschaft vom Staat kontrolliert wird, sind die nachfolgenden Faktoren zu berücksichtigen:

- a) Mehrheit der Stimmrechtsanteile in Staatsbesitz,

21 EuGH, Urteil v. 11. September 2019, verb. Rs. C-612/17 u. C-613/17, FIG und FISE, Rn. 34.

22 Vgl. Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band 20, Organisationsformen und Finanzierungsvarianten für die Bundesfernstraßen, 2017, abrufbar unter <https://www.bundesrechnungshof.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Berichte/BWV-Veroeffentlichung/organisationsformen-und-finanzierungsvarianten-fuer-strassen-volltext.pdf?blob=publicationFile&v=1> (letzter Abruf: 9. September 2024).

23 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 15 ff.

- b) Direktorium oder Leitungsgremium unter staatlicher Kontrolle,
- c) Einsetzung und Entlassung leitender Angestellter unter staatlicher Kontrolle,
- d) wichtige Ausschüsse in der Gesellschaft unter staatlicher Kontrolle,
- e) Schlüsselbeteiligung in staatlicher Hand,
- f) besondere Bestimmungen,
- g) der Staat als ein vorherrschender Kunde,
- h) Kreditaufnahme beim Staat.

Die Kontrolle kann bereits durch Erfüllung eines einzigen Kriteriums gegeben sein, in anderen Fällen können jedoch auch mehrere verschiedene Kriterien zusammen darauf hinweisen, dass die Kontrolle gegeben ist.“

Bei Organisationen ohne Erwerbszweck, die über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, sind nach Ziffer 2.39 ESVG 2010 die nachstehenden fünf Kontrollkriterien zu berücksichtigen:²⁴

- „a) die Einsetzung leitender Angestellter,
- b) die Bestimmungen der als Geschäftsgrundlage dienenden Dokumente,
- c) vertragliche Vereinbarungen,
- d) der Grad der Finanzierung,
- e) die Höhe des Risikos für den Staat.

Wie bei den Gesellschaften kann in einigen Fällen durch Erfüllung eines einzigen Kriteriums eine Kontrolle gegeben sein, in anderen Fällen können jedoch auch erst mehrere verschiedene Kriterien zusammen darauf hinweisen, dass die Kontrolle gegeben ist.“

2.2.2.3. Nichtmarktproduzent

Eine Zurechnung zum Sektor Staat setzt weiterhin voraus, dass es sich bei der Einheit um einen sog. Nichtmarktproduzenten handelt. Die Abgrenzung zwischen Marktproduzenten und Nichtmarktproduzenten ist in den Ziffern 20.19 ff. ESVG 2010 geregelt.²⁵ Zusammengefasst lauten die

24 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 19 ff.

25 Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Sánchez-Bordona v. 29. Februar 2024, verb. Rs. C-758/22 u. C-759/22, Bayerische Ärzteversorgung u. a./Deutsche Bundesbank, Rn. 91 ff.

Voraussetzungen dafür, dass eine Einheit als Marktproduzent und damit nicht dem Sektor Staat zuzuordnen ist, gemäß Ziffer 20.29 ESVG 2010 wie folgt:²⁶

- „a) Der Produzent ist eine institutionelle Einheit (eine notwendige Voraussetzung, siehe auch den Entscheidungsbaum in Nummer 20.17),
- b) der Produzent ist kein Anbieter von zweckbestimmten Hilfsleistungen,
- c) der Produzent ist nicht der einzige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen an den Staat, oder falls dieser Produzent es ist, hat er Konkurrenten, und
- d) der Produzent hat einen Anreiz, die angebotene Menge im Hinblick auf eine Gewinnerzielung anzupassen, um unter Marktbedingungen Geschäfte tätigen und seine finanziellen Verpflichtungen erfüllen zu können.“

Im letzten Absatz von Ziffer 20.29 ESVG wird weiterhin auf einen quantitativen Markt-/Nicht-Markt-Test hingewiesen: „Die Fähigkeit, Marktaktivitäten ausführen zu können, wird hauptsächlich durch das übliche quantitative Kriterium (das 50 %-Kriterium) geprüft, unter Anwendung des Verhältnisses von Verkaufserlösen zu Produktionskosten (wie in den Nummern 20.30 und 20.31 definiert). Um Marktproduzent zu sein, muss die öffentliche Einheit wenigstens 50 % ihrer Kosten über einen aussagefähigen Mehrjahreszeitraum durch ihre Verkaufserlöse decken.“²⁷

Werden über einen Mehrjahreszeitraum weniger als 50 % der Produktionskosten durch Umsätze gedeckt, handelt es sich bei der institutionellen Einheit um einen Nichtmarktproduzenten. Staatlich kontrollierte Nichtmarktproduzenten zählen zum Sektor Staat. Dagegen gelten öffentliche Unternehmen in der Regel als Marktproduzenten beziehungsweise als sonstige Fonds, Einrichtungen oder Unternehmen, wenn sie mindestens 50 % ihrer Kosten durch Verkaufserlöse decken.

Eine Ausnahme kann für Einheiten gelten, die ihre Umsätze überwiegend (zu mehr als 80 %) aus der Geschäftstätigkeit mit Kernhaushalten und/oder Extrahaushalten (s. Definition nachfolgende unter 2.2.2.4.) generieren.²⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass diese öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen als Hilfsbetriebe des Staates dem Sektor Staat zugeordnet würden. Hilfsbetriebe stellten einen Großteil ihrer Produktion ausschließlich für ihren Träger bereit. Hilfsbetriebe des Staates verkauften demnach ihre Güter grundsätzlich an den Staat und stünden nicht mit anderen Produzenten auf dem Markt im Wettbewerb. Wichtig dabei sei, dass ihre Zuordnung zum Sektor Staat selbst dann erfolgt, wenn ihr Eigenfinanzierungsgrad über 50 % liege.²⁹

26 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 21 ff.

27 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 19 ff.

28 Statistisches Bundesamt, Methoden der Finanzstatistiken, 2022, S. 25; Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 51 ff.

29 Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 20 ff.

2.2.2.4. Zuordnung durch das Statistische Bundesamt

Die Sektorzuordnung im Rahmen des ESVG 2010 auf Grundlage der vorgenannten Maßstäbe obliegt in Deutschland dem Statistischen Bundesamt. Dessen Finanz- und Personalstatistiken basieren auf dem sog. Schalenkonzept.³⁰ Den Mittelpunkt des Schalenkonzepts bilden die Haushalte von Bund, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie der Sozialversicherung, die unter der Bezeichnung „Kernhaushalte“ zusammengefasst werden. Die mittlere Schale besteht aus den sogenannten Extrahaushalten. Dies sind alle öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen, die nach dem ESVG 2010 zum Sektor Staat gehören („Nicht-Marktproduzenten“). Kernhaushalte und Extrahaushalte bilden zusammen den Öffentlichen Gesamthaushalt. Die äußere Schale umfasst die „sonstigen öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen“: Dies sind öffentliche Marktproduzenten, die ihre Kosten überwiegend mit eigenen Umsätzen decken. Hierzu zählen beispielsweise Ver- und Versorgungsunternehmen im kommunalen Bereich oder Verkehrsunternehmen. Gemeinsam mit dem öffentlichen Gesamthaushalt bilden sie den „Öffentlichen Bereich“, der im Wesentlichen dem „Öffentlichen Sektor“ im ESVG 2010 entspricht.³¹

Die konkreten Sektorzuordnungen werden vom Statistischen Bundesamt in entsprechenden Listen veröffentlicht. Die öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen, welche nach den Kriterien des ESVG 2010 zum Sektor Staat zugeordnet werden, sind in der „Liste der Extrahaushalte“ jeweils zum Stand 1. Januar eines Jahres veröffentlicht:

- Die Autobahn GmbH des Bundes ist in der Liste der Extrahaushalte 2024 enthalten und gehört somit nach der durch das Statistische Bundesamt vorgenommenen Abgrenzung zum Sektor Staat.³²
- Die DB InfraGO AG ist in der Liste der Extrahaushalte des Statistischen Bundesamts enthalten und zählt nach dieser Einordnung – im Gegensatz zur Deutschen Bahn AG selbst³³ – ebenfalls zum Sektor Staat.³⁴

30 Statistisches Bundesamt, Methoden der Finanzstatistiken, 2022, S. 18 f.

31 Statistisches Bundesamt, Methoden der Finanzstatistiken, 2022, S. 19; Stüber, Die Bereinigung um finanzielle Transaktionen nach der Schuldenbremse, DÖV 2021, 680 (685).

32 Statistisches Bundesamt, Liste der Extrahaushalte, S. 3, Stand: 1. Januar 2024 (veröffentlicht: 29. Juli 2024), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentliche-Finanzen/Fonds-Einrichtungen-Unternehmen/Methoden/Downloads/liste-extrahaushalte-2024-pdf.pdf?__blob=publicationFile; Eurostat, EDP-Inventory – Germany, September 2023, Annex 1, abrufbar unter <https://s-circabc.europa.eu/ui/group/ca7c9cc4-b473-4abc-8e95-263dcd57d79d/library/f68217bb-e3e6-4c64-8f6d-71cc9b20fb87/details>.

33 Statistisches Bundesamt, Liste der sonstigen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen, S. 3, Stand: 1. Januar 2024 (veröffentlicht: 13. August 2024), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentliche-Finanzen/Fonds-Einrichtungen-Unternehmen/Methoden/Downloads/liste-sonstige-FEU-2024-pdf.pdf?__blob=publicationFile.

34 Statistisches Bundesamt, Liste der Extrahaushalte, Stand: 1. Januar 2024 (veröffentlicht: 29. Juli 2024), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentliche-Finanzen/Fonds-Einrichtungen-Unternehmen/Methoden/Downloads/liste-extrahaushalte-2024-pdf.pdf?__blob=publicationFile.

2.2.3. Konsolidierung von Transaktionen

Ausgehend von der Zuordnung der DB InfraGO AG und der Autobahn GmbH zum Sektor Staat stellt sich die Frage, wie sich die Gewährung eines Darlehens durch den Bund für den Sektor Staat auf das Finanzierungssaldo auswirkt.

Im Rahmen des ESVG 2010 werden Verbindlichkeiten innerhalb eines Sektors konsolidiert und nicht als defiziterhöhend betrachtet.³⁵ Konsolidierung bedeutet gem. Ziffer 1.106 ESVG 2010, „dass Transaktionen zwischen Einheiten, die derselben Gruppe von Einheiten angehören, sowohl auf der Aufkommens- als auch auf der Verwendungsseite ebenso wie wechselseitige Forderungen und Verbindlichkeiten eliminiert werden. Dies geschieht im Allgemeinen, wenn die Konten von Teilsektoren des Sektors Staat verknüpft werden“ (vgl. für den Sektor Staat auch Ziffer 20.152 ESVG 2010).

Diese Konsolidierung dient gemäß Ziffer 20.153 ESVG 2010 der wirksamen Beurteilung der Gesamtauswirkung staatlicher Maßnahmen auf die Wirtschaft insgesamt: „Um staatliche Aggregate zur Wirtschaft insgesamt ins Verhältnis zu setzen (wie im Falle des von Verhältnisses Einnahmen oder Ausgaben zum BIP), ist es sinnvoll, die interne Umschichtung von Mitteln zu eliminieren und nur jene Transaktionen zu berücksichtigen, die die Grenze zu anderen Sektoren überschreiten“.³⁶ Dies betrifft insbesondere Vermögenstransfers und Transaktionen mit Forderungen und Verbindlichkeiten innerhalb eines Sektors.

Die bei einer innerhalb des Sektors Staat erfolgten Kreditaufnahme entstehenden Verbindlichkeiten eines Unternehmens des Sektors Staat stehen einer gleich hohen Forderung eines anderen Teils des Sektors Staat gegenüber (vgl. ESVG 2010 Ziff. 5.01, 5.33). Nach der Definition der ESVG 2010 in Ziffer 5.06 entstehen Verbindlichkeiten, wenn ein Schuldner verpflichtet ist, Zahlungen oder Reihen von Zahlungen an einen Gläubiger zu leisten. Dies ist bei einem Darlehen etwa in Form der Rückzahlung des Betrages und der Zinsen der Fall.

Vor diesem Hintergrund ist die Kreditverschuldung des öffentlichen Gesamthaushalts gegenüber Kern- und Extrahaushalten aufgrund der Konsolidierung kein Bestandteil des Maastricht-Schuldenstands.³⁷ Nur diejenige gegenüber dem nicht-öffentlichen Bereich, u. a. den nicht staatlichen sonstigen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen gehört dazu.³⁸ Es werden also solche staatlichen Verbindlichkeiten herausgerechnet, die gegenüber anderen staatlichen Einheiten bestehen,

35 Stüber, Die Bereinigung um finanzielle Transaktionen nach der Schuldenbremse, DÖV 2021, 680 (685).

36 Vgl. Eurostat, Manual on Government Deficit and Debt, S. 163 ff

37 Zu den Unterschieden der statistischen Erfassung von Maastricht-Defizit und der Veränderung des Maastricht-Schuldenstandes vgl. Deutsche Bundesbank, Methodik und Notifikationstabellen, abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/de/statistiken/oeffentliche-finanzen/maastricht-defizit-und-schuldenstand/methodik-und-notifikationstabellen-775568>.

38 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2018, Die Maastricht-Schulden: methodische Grundlagen sowie die Ermittlung und Entwicklung in Deutschland, S. 72; vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 14 Reihe 5, Finanzen und Steuern, Schulden des Öffentlichen Gesamthaushalts, 2021, Tabellenblatt 2.1 (S. 71).

mithin gibt der Maastricht-Schuldenstand die Verschuldung des Staates gegenüber anderen inländischen Sektoren und dem Ausland wieder.³⁹

Bei den in Frage stehenden Kreditverbindlichkeiten der Autobahn GmbH und der DB InfraGO AG gegenüber dem Bund handelt es sich um Verbindlichkeiten von Extrahaushalten gegenüber dem Kernhaushalt des Bundes. Solche müssten aus der Statistik erkennbar sein und dementsprechend konsolidiert und eliminiert werden. Dies setzte wiederum eine Vermögensneutralität der Darlehen voraus, d. h. insbesondere ihre Werthaltigkeit in Bezug auf ihre Rückzahlung.⁴⁰ Zu einer möglichen Ausgestaltung der diskutierten Darlehen liegen keine weiteren Informationen vor, so dass diesbezüglich keine Einordnung vorgenommen werden kann.

3. Beihilferechtliche Maßgaben des Unionsrechts

Die Vergabe von Darlehen durch den Bund an die Autobahn GmbH und die DB InfraGO AG kann potentiell auch beihilferechtliche Fragen aufwerfen.⁴¹ Die diskutierte Darlehensvergabe wurde jedoch weder weiter konkretisiert noch tatsächlich umgesetzt. Damit fehlen vorliegend hinreichende Anhaltspunkte sowohl zur materiellen Bewertung der Darlehensvergabe als auch zu den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf einen Überblick über materielle Aspekte des EU-Beihilferechts, die für eine Bewertung von Bedeutung sein könnten.

3.1. Überblick über das EU-Beihilferecht

Den materiellen Kern des EU-Beihilferechts bildet das an die Mitgliedstaaten gerichtete grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Diesem Normtext werden mehrere Merkmale entnommen, die kumulativ erfüllt sein müssen, um von dem Vorliegen einer Beihilfe ausgehen zu können: Neben der aus staatlichen Mitteln gewährten Begünstigung an Unternehmen gehören hierzu die Selektivität (Begünstigung nur bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige), die Wettbewerbsverfälschung und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.⁴² Fehlt es nur an einem der Merkmale, so liegt keine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor und das EU-Beihilferecht findet keine Anwen-

39 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2018, Die Maastricht-Schulden: methodische Grundlagen sowie die Ermittlung und Entwicklung in Deutschland, S. 61.

40 Vgl. Hellermann, Finanzverfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Aufstellung des Bundeshaushalts 2025, Kurzgutachten, Juli 2024, S. 15.

41 Vgl. beispielsweise Fachbereich Europa, EU-beihilferechtliche Bewertung der Erhöhung des Eigenkapitals bei der Deutschen Bahn AG, Ausarbeitung v. 20. November 2019, PE 6 - 3000 - 095/19.

42 [Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union](#), ABl. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 1.

dung. Zu erwähnen ist für diese tatbestandliche Seite des Art. 107 Abs. 1 AEUV die 2016 veröffentlichte sog. Beihilfemitteilung, in welcher die Kommission den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV anhand der bisherigen Rechtsprechung erläutert.⁴³

Sind die Merkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV hingegen erfüllt, so ist dies nicht gleichbedeutend mit einer Unionsrechtswidrigkeit der betreffenden nationalen Maßnahme. Denn das in dieser Vertragsvorschrift geregelte Beihilfeverbot gilt nicht absolut, sondern nur insoweit, als in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen „anderen Bestimmungen“ zählt u. a. Art. 107 Abs. 3 AEUV und die dort aufgeführten Fallgruppen.⁴⁴ Danach können Beihilfen unter bestimmten Voraussetzungen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen und insoweit gerechtfertigt bzw. als unionsrechtlich zulässig angesehen werden. In dem hier relevanten Bereich des (Schie-
nen-)Verkehrs könnte zudem die Sonderregelung in Art. 93 AEUV zu beachten sein, wonach Beihilfen unionsrechtsmäßig sind, wenn sie u. a. den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs entsprechen.⁴⁵

3.2. EU-beihilferechtliche Fragen eines diskutierten Darlehens des Bundes an die DB InfraGO AG und an die Autobahn GmbH

Zunächst wäre eine Darlehensvergabe im Lichte des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu betrachten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die diskutierte Vergabe tatsächlich nicht erfolgt ist und die mit der finanziellen Förderung verfolgten Ziele nicht konkretisiert wurden. Aufgrund der in der Diskussion genannten Adressaten wird für die folgende Darstellung von dem Ziel der Infrastrukturförderung ausgegangen.

Staatliche Maßnahmen finanzieller Natur zu Gunsten staatseigener Unternehmen stellen einen klassischen Fall beihilferelevanter Tätigkeiten des Staates dar. Die staatliche Förderung des Auf- und Ausbaus von Infrastruktur wurde indes lange Zeit als allgemein wirtschaftspolitische Maßnahme und damit im Ergebnis als nicht beihilferelevant angesehen.⁴⁶ Beeinflusst durch Liberalisierungs- und Privatisierungsmaßnahmen in verschiedenen infrastrukturlastigen Sektoren wie insbesondere dem Verkehrsbereich hat sich die Rechtsauffassung in den vergangenen Jahren jedoch geändert, wenn es um Infrastrukturen geht, die kommerziell genutzt werden können.⁴⁷ Aus-

43 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Rn. 74, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

44 Weitere primärrechtliche Vorschriften in diesem Zusammenhang sind Art. 107 Abs. 2 AEUV (zwingende Legal-
ausnahmen) oder Art. 106 Abs. 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirt-
schaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben.

45 Vgl. *Martinez*, in: *Calliess/Ruffert*, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 93, Rn. 8.

46 Vgl. *Götz*, in: *Dauses/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III. Staatliche Beihilfen, 60. EL Februar
2024, Rn. 149; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107
Abs. 1 AEUV, Rn. 22 ff.; vgl. auch Beihilfemitteilung, Rn. 201, 209.

47 Siehe Beihilfemitteilung, Rn. 201, 209.

gangspunkt der neuen Kommissionspraxis sowie auch der Rechtsprechung sind Fälle im Flughafenbereich.⁴⁸ Die Kommission hat der Infrastrukturförderung in der Beihilfemitteilung einen gesonderten Abschnitt gewidmet.⁴⁹ Bisher gibt es zur Anwendung der dort formulierten Vorgaben relativ wenig Rechtsprechung der Unionsgerichte, so dass die Rechtsentwicklung in diesem Bereich als noch im Fluss betrachtet werden kann.⁵⁰

3.2.1. Unternehmenseigenschaft

Begünstigter der Maßnahme muss ein Unternehmen sein. Ein Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁵¹

Die DB InfraGO AG ist die Infrastruktursparte und hundertprozentiges Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG. Sie ist am 27. Dezember 2023 durch eine Verschmelzung der DB Netz AG und der DB Station&Service AG gegründet worden, und stellt eine solche Einheit dar. Hinsichtlich des Erfordernisses der Wirtschaftlichkeit ist zwar anzumerken, dass die Ziele der DB InfraGO AG, u.a. der Bau und die Erhaltung der Schieneninfrastruktur, gemeinwohlorientiert sind.⁵² Zudem wurde bei öffentlichen Infrastrukturfinanzierungen früher grundsätzlich davon ausgegangen, dass diese als allgemeine staatliche Maßnahmen und nicht als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sind.⁵³ Wie vorstehend erläutert, haben sich inzwischen aufgrund verschiedener Faktoren wie der Liberalisierung und Privatisierung aber Grundsätze entwickelt, nach denen der Bau der Infrastruktur dann eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, wenn diese anschließend in wirtschaftlicher Weise genutzt wird.⁵⁴ Die DB InfraGO AG führt Baumaßnahmen durch und erhebt anschließend Entgelte z. B. für die Nutzung der Stationen und der Trassen, mithin liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor.

Die Autobahn GmbH des Bundes wurde am 13. September 2018 gegründet und ist für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung der deutschen Autobahnen zuständig. Auch die Autobahnen werden in wirtschaftlicher Weise genutzt (es werden von einem Teil der Benutzer Mautgebühren erhoben⁵⁵).

48 Siehe insbesondere EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2012, Rs. C-288/11 P, Flughafen Leipzig-Halle, Rn. 38 ff.

49 Beihilfemitteilung, Rn. 199 bis 228.

50 Vgl. EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2012, Rs. C-288/11 P, Flughafen Leipzig-Halle, Rn. 38 ff.; EuGH, Urteil v. 6. Oktober 2021, verb. Rs. C-174/19 P u. C-175/19 P, Scandlines Danmark u. a., Rn. 94 ff.; EuGH, Urteil v. 29. Juni 2023, Rs. C-763/21 P, TUIfy, Rn. 138 ff.

51 Beihilfemitteilung, Rn. 7; EuGH, Urteil v. 10. Januar 2006, Rs. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Rn. 107.

52 Satzung der DB InfraGO AG vom 30. November 2023, § 2 Abs. 1.

53 Beihilfemitteilung, Rn. 201.

54 Beihilfemitteilung, Rn. 201 f.

55 Anders wohl bei bei Straßen, die unentgeltlich für die öffentliche Nutzung bereitgestellt werden, vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 203.

Damit handelt es sich jeweils um ein Unternehmen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

3.2.2. Darlehensvergabe als Begünstigung

Sodann wäre zu prüfen, ob eine die Darlehensvergabe als Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist. Unter einer Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung jede wirtschaftliche Vergünstigung zu verstehen, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.⁵⁶ Entscheidend sind dabei allein die Auswirkungen einer Maßnahme auf das betreffende Unternehmen, auf die Gründe oder Ziele des staatlichen Handelns kommt es ebenso wenig an, wie auf die genaue Art der Maßnahme.⁵⁷

Tritt der Staat gegenüber einem begünstigten Unternehmen nicht als (subventionsgewährender) Hoheitsträger auf, sondern – wie hier – als Eigentümer des betreffenden Unternehmens und damit dem Grunde nach wie ein privater Investor, so unterliegt er gleichwohl dem Beihilferecht.⁵⁸ Ob eine in diesem Zusammenhang vorzunehmende wirtschaftliche Transaktion eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, hängt auch hier davon ab, ob sie normalen Marktbedingungen entspricht oder ob dies nicht der Fall ist und so dem betreffenden Unternehmen ein (finanzieller) Vorteil verschafft wird.⁵⁹

Die Kommission und ihr folgend auch die Rechtsprechung greifen in solchen Fällen für die Ermittlung der Markt(un)üblichkeit des staatlichen Vorgehens auf das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten zurück; mit seiner Hilfe wird der Vergleichsmaßstab ermittelt, um das staatliche Tätigwerden und seine Begünstigungswirkung beurteilen zu können.⁶⁰ In Abhängigkeit von der einschlägigen wirtschaftlichen Transaktion ist dieses Kriterium näher ausgeformt worden.⁶¹ Geht es wie hier um (potentielle) Kapitalzuführungen, so ist auf den marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber abzustellen und zu ermitteln, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können.⁶² Ausgangspunkt für diese Beurteilung sind die mit der Kapitalinvestition verbundenen Renditeerwartungen.⁶³

56 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 66, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

57 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 67 u. 68, jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

58 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 73, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

59 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 74, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

60 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 60, 63. Siehe auch Beihilfemitteilung, Rn. 74 ff.

61 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 61 f. Siehe auch Beihilfemitteilung, Rn. 74 ff.

62 Vgl. EuGH, Urteil v. 4. September 2014, verb. Rs. C-533/12 P u. C-536/12 P, SNCM, Rn. 30, 31. Siehe auch Beihilfemitteilung, Rn. 74, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

63 Beihilfemitteilung, Rn. 77, 101 f.

Dabei ist zu beachten, dass das finanzielle Engagement und der daraus folgende Vergleichsmaßstab eines privaten Investors nicht auf eine kurzfristige Kapitalrendite ausgerichtet sein muss, sondern es insoweit auch auf die im konkreten Fall verfolgten Investitionsziele ankommt und diese auch längerfristig und strategischer Natur sein können. In solchen Fällen ist der Vergleichsmaßstab für die Ermittlung eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entsprechend anzupassen und auf langfristige Rentabilitätsaussichten abzustellen.⁶⁴

Die „Marktkonformität“ ist nach den Vorgaben der Rechtsprechung und der Kommission *ex ante* unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme verfügbaren Informationen zu prüfen; eine *ex-post* vorgenommene wirtschaftliche Bewertung positiver Natur reicht nicht aus.⁶⁵ Bei der Prüfung der Marktkonformität sind alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁶⁶

Insbesondere bei wirtschaftlich komplexen Entscheidungen trifft den jeweiligen Mitgliedstaat eine Darlegungslast hinsichtlich der Marktkonformität seines Verhaltens. Er muss im Zweifelsfall nachweisen, dass seine Entscheidung *„auf der Grundlage wirtschaftlicher Bewertung getroffen wurde, die denen vergleichbar sind, die ein vernünftiger, marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter (mit ähnlichen Merkmalen wie die betreffende öffentliche Einrichtung) in ähnlicher Lage vorgenommen hätte, um die Rentabilität oder die wirtschaftlichen Vorteile der Transaktion zu ermitteln.“*⁶⁷

Ob und inwieweit die Bundesregierung im Zusammenhang mit der diskutierten Darlehensvergabe an die DB InfaGO AG und die Autobahn GmbH entsprechende Überlegungen wirtschaftlicher Natur angestellt hat, ist nicht bekannt, so dass vorliegend keine Darstellung zu der Einhaltung der Vorgaben zum Privaten-Kapitalgeber-Test erfolgen kann.

3.2.3. Staatlichkeit der Mittel und Selektivität der Maßnahme

Weiterhin müssten die Merkmale der Staatlichkeit der Mittel und der Selektivität der Maßnahme vorliegen. Ersteres ist immer dann erfüllt, wenn sich die (unterstellte) Begünstigung aus Haushaltsmitteln speist und wenn deren Gewährung dem Staat unmittelbar zuzurechnen ist.⁶⁸ Das wäre bei einer etwaigen Darlehensvergabe der Fall, da es sich um Bundeshaushaltsmittel handeln und die daraus zu finanzierenden Darlehen durch den Staat als gesellschaftsrechtlicher Eigentümer des Unternehmens erfolgen würden.

64 Vgl. Kühling, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 55; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 89 ff., 92 f.; Götz, in: Dausen/Ludwigs (Fn. 46), H. III. Staatliche Beihilfen, 60. EL Februar 2024, Rn. 101 f.

65 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 78; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 81, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

66 Siehe Beihilfemitteilung, Rn. 82.

67 Beihilfemitteilung, Rn. 79, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Siehe auch Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 63, 79.

68 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 48 bzw. 39, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Selektiv ist eine Maßnahme, wenn sie nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugutekommt. Diese Voraussetzung bedarf vor allem dann einer gesonderten Prüfung, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die etwa in Form von Steuervergünstigungen abstrakt-genereller Natur sind und eine Vielzahl von Unternehmen begünstigen.⁶⁹ Handelt es sich hingegen um eine individuelle Begünstigung einzelner Unternehmen, kann von einer Selektivität ausgegangen werden.

3.2.4. Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel

Ausgehend von den allgemein durch die Kommission aufgestellten Vorgaben wäre schließlich zu prüfen, ob die diskutierte Infrastrukturförderung an sich Auswirkungen auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel haben kann. An das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung und an die Feststellung von Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel werden in der Regel keine hohen Anforderungen gestellt, sofern die vorgenannten Beihilfemerkmale verwirklicht sind und es sich nicht um rein lokale oder kommunale Vorhaben handelt.⁷⁰

Im Fall der Infrastrukturförderung misst die Kommission den beiden Merkmalen ein deutlich größeres Gewicht zu und legt ihnen eine differenzierte Prüfung zugrunde. Zunächst wird danach unterschieden, ob es sich bei dem Begünstigten um den Eigentümer bzw. Träger der Infrastruktur, ihren Betreiber oder Endnutzer handelt.⁷¹ Innerhalb der Gruppen werden sodann verschiedene beihilferelevante und nicht relevante Konstellationen unterschieden⁷². Hiervon ausgehend nimmt die Kommission im Zusammenhang mit Maßnahmen zugunsten von Infrastrukturträgern eine Vorbewertung verschiedener Wirtschaftszweige vor.⁷³ Soweit ersichtlich, beruhen diese Differenzierungen jedoch ausschließlich auf der bisherigen Kommissionspraxis bzw. den von ihr hierzu formulierten Vorgaben. Obgleich erste Urteile des Gerichts der Europäischen Union hierzu vorliegen, bleibt die weitere Rechtsprechung abzuwarten, insbesondere auch bestätigende Entscheidungen des EuGH.

Angesichts der nicht abgeschlossenen Rechtsentwicklung und des nicht näher konkretisierten Prüfgegenstandes, der dieser Ausarbeitung zugrunde liegt, kann vorliegend keine weitergehende Prüfung der Beihilfequalität der diskutierten Maßnahmen erfolgen.

Fachbereich Europa

69 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 119 ff., jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

70 Vgl. EuGH, Urteil v. 8. Mai 2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u. a., Rn. 76, 77: Beihilfe muss nur geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, vgl. EuGH, Urteil v. 17. September 1980 Rs. C-730/79, Phillip Morris, Rn. 11: Staatliche Maßnahmen drohen den Wettbewerb zu verfälschen, wenn sie die Wettbewerbsposition des Empfängers im Vergleich zu seinen Wettbewerbern verbessern könnten.

71 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 200.

72 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 201, 210 ff., 222 ff., 225 ff.

73 Vgl. Beihilfemitteilung, Rn. 213 ff.