Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
JÁN MAZÁK
vom 20. Oktober 2011 [1]

**Rechtssache C-124/10 P**

**Europäische Kommission**
**gegen**

**Électricité de France (EDF) u. a.**

„Rechtsmittel — Staatliche Beihilfen — Gezielte Steuerbefreiung, die an eine Kapitalerhöhung im Rahmen der Rekapitalisierung eines Unternehmens anknüpft — Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers — Staat, der als Anteilsinhaber handelt, und Staat, der in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt“

1. Die Kommission beantragt Aufhebung eines Urteils [2], mit dem das Gericht die Art. 3 und 4 der Entscheidung der Kommission über Beihilfemaßnahmen zugunsten der EDF und des Sektors der Strom- und Gaswirtschaft [3] für nichtig erklärt hat. Das vorliegende Rechtsmittel ist für die unionsrechtliche Regelung staatlicher Beihilfen von besonderer Bedeutung. Es wirft eine fundamentale Frage auf, die die Tragweite (Geltungsbereich) eines zentralen Prinzips dieser Regelung – nämlich des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers – in Fällen betrifft, in denen der Staat sein Vorrecht auf Ausübung hoheitlicher Befugnisse wahrgenommen hat. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers (oder das Kriterium des privaten Kapitalgebers) ist eine konsequente Ausprägung des aus den Art. 86 EG und 295 EG abgeleiteten Prinzips der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen.

## I – Rechtlicher Rahmen

2. Nach Art. 38 Abs. 2 des französischen Code général des impôts (Steuergesetzbuch) „[besteht d]er Nettogewinn … aus dem Unterschied zwischen den Werten der Nettoaktiva bei Abschluss und zu Beginn des Zeitraums, dessen Einkünfte als Besteuerungsgrundlage abzüglich der Kapitalzuschüsse und zuzüglich der Entnahmen dienen, die in diesem Zeitraum vom Betreiber oder von den Gesellschaftern getätigt werden. Unter Nettoaktiva ist der Überschuss der Aktiva über den Gesamtbetrag der Passiva, gebildet aus den Forderungen Dritter, den Abschreibungen und den nachgewiesenen Rückstellungen, zu verstehen.“

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2009, EDF/Kommission (T-156/04, Slg. 2009, II-4503, im Folgenden: angefochtenes Urteil).

3 — Entscheidung vom 16. Dezember 2003 (C 68/2002, N 504/2003 und C 25/2003, im Folgenden: streitige Entscheidung).

3. Gemäß Art. 4 Abs. I und II des Gesetzes Nr. 97-1026[4] gelten die Anlagen des allgemeinen Elektrizitätsversorgungsnetzes seit der Konzession dieses Netzes an die EDF als deren Eigentum, und für die Zwecke der Anwendung von Abs. I wird mit Wirkung vom 1. Januar 1997 der auf der Passivseite der Bilanz der EDF ausgewiesene Gegenwert der konzessionierten Sachwerte des allgemeinen Elektrizitätsversorgungsnetzes nach Abzug entsprechender Wertberichtigungen in den Posten „Kapitalerhöhungen“ aufgenommen.

## II – Vorgeschichte des Rechtsstreits

4. Der Sachverhalt, das Verwaltungsverfahren und die streitige Entscheidung sind im Einzelnen in den Randnrn. 9 bis 51 des angefochtenen Urteils dargestellt. Ich werde mich auf die wesentlichsten Punkte beschränken. Die EDF erzeugt, befördert und verteilt Strom. Zur maßgebenden Zeit stand sie zu 100 % im Eigentum des Staates. Gegründet wurde die EDF durch ein Gesetz, mit dem Strom und Gas verstaatlicht wurden und das den Grundsatz enthält, dass die verstaatlichten Elektrizitätskonzessionen der EDF übertragen werden. Die verschiedenen Konzessionen, die der Staat für die Beförderung von Elektrizität erteilte, wurden 1958 in einer einheitlichen Konzession, genannt „Allgemeines Versorgungsnetz“ (réseau d’alimentation générale, im Folgenden: AVN), zusammengefasst.

5. Aufgrund der Anwendung des Plan comptable général (Allgemeiner Rechnungslegungsplan) von 1982, der spezielle Rechnungslegungsvorschriften für Konzessionen enthielt, auf die EDF wurde die Bilanzierung des AVN geändert, um die Empfehlungen zu berücksichtigen, die der Conseil national de la comptabilité (Rechnungslegungsrat) formuliert hatte. Für die EDF wurde ein besonderer Rechnungslegungsplan erstellt und mit interministeriellem Erlass genehmigt. Das AVN wurde unter dem Aktivposten „Konzessionierte Sachanlagen“ in der Bilanz der EDF verbucht. Es erfolgten besondere Rückstellungen für die Erneuerung des konzessionierten Anlagevermögens, damit die EDF diese Vermögenswerte bei Ablauf der Konzession in einwandfreiem Zustand zurückgeben konnte.

6. Die Ausgaben, die die EDF für die Erneuerung tätigte, wurden in der Bilanz unter dem Posten „Gegenwert der konzessionierten Vermögenswerte“ (auch „Ansprüche des Konzessionsgebers“ genannt) verbucht. Dieser Posten stellte eine Verbindlichkeit der EDF gegenüber dem französischen Staat dar, die darin bestand, bei Ablauf der Konzession die fraglichen Vermögenswerte unentgeltlich zurückzugeben. Nach Auffassung der französischen Cour des comptes (Rechnungshof) in einem Bericht aus dem Jahr 1994 war die der EDF nach der rechtswidrigen Bildung von Erneuerungsrückstellungen für das AVN gewährte Steuerbefreiung ihrerseits rechtswidrig. Daher leitete der französische Staat ein Verfahren ein, mit dem die Bilanz der EDF saniert werden sollte. Im Hinblick auf die in der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. 1997, L 27, S. 20) vorgesehene Öffnung des Elektrizitätsmarkts bestimmte der am 8. April 1997 unterzeichnete Unternehmensvertrag „État-EDF 1997–2000“ (Staat-EDF 1997–2000) die Standardisierung der Unternehmenskonten und der finanziellen Beziehungen zwischen der EDF und dem Staat.

7. Vor dem Erlass dieses Gesetzes Nr. 97-1026 war die Bilanz der EDF folgendermaßen strukturiert: i) Die Aktivseite enthielt den Posten „Konzessionierte Sachanlagen“ in Höhe von 285,7 Mrd. FRF, wovon ungefähr 90 Mrd. FRF auf das AVN entfielen. ii) Die Passivseite enthielt den Posten „Rückstellungen“, wovon ungefähr 38,5 Mrd. FRF auf das AVN entfielen, sowie den Posten „Gegenwert der konzessionierten Vermögenswerte“, der die Ausgaben für die realisierten Erneuerungen enthielt und sich auf 145,2 Mrd. FRF belief, wovon 18,3 Mrd. auf das AVN entfielen.

4 — Gesetz vom 10. November 1997 über steuerliche und finanzielle Dringlichkeitsmaßnahmen (JORF vom 11. November 1997, S. 16387).

8. Die Modalitäten der EDF-Bilanzsanierung wurden gemäß Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 beschlossen und der EDF mit Schreiben des Ministers für Wirtschaft, Finanzen und Industrie, des Staatssekretärs für den Haushalt und des Staatssekretärs für die französische Industrie vom 22. Dezember 1997 erläutert (siehe unten, Nrn. 25 f.).

9. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens traf die Kommission drei verbundene Entscheidungen, die die EDF betrafen und am 16. November 2002 veröffentlicht wurden (ABl. C 280, S. 8). Die Kommission beschloss gemäß Art. 88 Abs. 2 EG die Einleitung des formellen Prüfverfahrens in Bezug auf den Vorteil, der darin bestand, dass die EDF die für den Teil der Betriebsrücklagen, die im Rahmen der Steuerfreigrenze für die Erneuerung des AVN gebildet worden waren, geschuldete Körperschaftsteuer nicht gezahlt hatte. Art. 3 der streitigen Entscheidung stuft die Nichtzahlung von EDF im Jahr 1997 in Bezug auf die Körperschaftsteuer für den Teil der Rücklagen, die im Rahmen der Steuerfreigrenze für die Erneuerung des AVN gebildet wurden und die den 14,119 Mrd. FRF an Ansprüchen des Abtretenden, die unter Kapitalerhöhungen neu eingestuft wurden, entsprechen, als eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe ein und beziffert diese auf 888,89 Mio. Euro. Durch Art. 4 der streitigen Entscheidung wird Frankreich zur Rückforderung der Beihilfe (nebst Zinsen) in Höhe von 1,217 Mrd. Euro verpflichtet, die auch tatsächlich an den französischen Staat zurückgezahlt wurden.

## III – Angefochtenes Urteil

10. Die EDF stützte ihre Klage im Wesentlichen auf drei Klagegründe. Das Gericht beschränkte seine Prüfung auf den ersten Klagegrund sowie auf die ersten drei Teile des zweiten Klagegrundes, wobei es den ersten Klagegrund und die ersten beiden Teile des zweiten Klagegrundes zurückwies. Dem dritten Teil des zweiten Klagegrundes gab es statt und erklärte die Art. 3 und 4 der streitigen Entscheidung für nichtig, hinsichtlich deren die EDF im Wesentlichen geltend gemacht hatte, der Staat habe bei der Umsetzung der fraglichen Maßnahmen wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt.

11. In den Randnrn. 233 bis 237 des angefochtenen Urteils führt das Gericht im Wesentlichen aus, der Umstand, dass eine staatliche Intervention in Form eines Gesetzes erfolge, reiche für sich genommen nicht aus, um auszuschließen, dass der staatliche Eingriff in das Kapital eines Unternehmens einem wirtschaftlichen Ziel diene, das auch ein privater Kapitalgeber verfolgen könnte. In den Randnrn. 243 bis 245 stellt es im Wesentlichen fest, dass die Bestimmungen von Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 an sich nicht steuerrechtlicher Natur seien; vielmehr handele es sich um Rechnungslegungsvorschriften, die aber steuerliche Auswirkungen hätten. In den Randnrn. 247 bis 250 kommt das Gericht im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass sich die Kommission angesichts des verfolgten Ziels nicht allein aufgrund der steuerlichen Natur der Forderung des französischen Staats gegen die EDF und des bloßen Umstands, dass sich der französische Staat eines Gesetzes bedient habe, hätte weigern dürfen, das Kriterium des privaten Kapitalgebers anzuwenden.

12. In den Randnrn. 251 f. des angefochtenen Urteils führt das Gericht aus, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Form der Investition Unterschiede bei den Kosten, die mit der Aufbringung des Kapitals verbunden seien, und der Kapitalrendite bewirke, so dass man zu dem Ergebnis gelangen könnte, dass ein privater Kapitalgeber eine solche Investition unter vergleichbaren Bedingungen nicht getätigt hätte. Dies setze jedoch eine wirtschaftliche Prüfung im Rahmen der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers voraus, auf die die Kommission im vorliegenden Fall bewusst verzichtet habe. In Randnr. 253 kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Kommission sich somit nicht habe darauf beschränken dürfen, die steuerlichen Auswirkungen der von der Französischen Republik erlassenen Bestimmungen zu prüfen, ohne gleichzeitig die Begründetheit des Vorbringens zu prüfen (und das Vorbringen gegebenenfalls nach Prüfung zu verwerfen), wonach die Transaktion das Kriterium des privaten Kapitalgebers erfüllt habe.

## IV – Würdigung

13. Die Kommission stützt sich auf zwei Rechtsmittelgründe, nämlich dass das Gericht i) den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt falsch gewürdigt und Tatsachen verfälscht habe und ii) bei der Beurteilung der Tragweite des Grundsatzes eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers einen Rechtsfehler begangen habe. Die Einzelheiten des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten brauchen nicht in einem eigenen Abschnitt wiedergegeben zu werden. Um das Verständnis der vorliegenden Schlussanträge zu erleichtern, werde ich die Argumente vielmehr jeweils im Rahmen meiner Würdigung darlegen.

### A – *Zum ersten Rechtsmittelgrund: Tatsachenverfälschung*

14. Die Kommission, Iberdrola und die EFTA-Überwachungsbehörde (im Folgenden: Überwachungsbehörde) machen im Wesentlichen geltend, dass die Französische Republik entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil keineswegs eine Steuerforderung in Kapital umgewandelt habe, sondern der EDF schlichtweg eine Beihilfe in Form einer Befreiung von der Körperschaftsteuer gewährt habe. Die EDF und die französische Regierung sind demgegenüber der Auffassung, dass der erste Rechtsmittelgrund zurückzuweisen sei.

15. Die EDF wendet zunächst ein, dass der erste Rechtsmittelgrund unzulässig sei, da damit eine Nachprüfung der vom Gericht vorgenommenen Beurteilung der EDF-Bilanzsanierung beantragt werde.

16. Zur Rüge der Verfälschung von Beweismitteln möchte ich darauf hinweisen, dass es zwar allein Sache des Gerichts ist, den Beweiswert der ihm vorgelegten Beweismittel zu beurteilen [5], dass der Gerichtshof aber solche Rügen dennoch für zulässig gehalten hat [6]. Im vorliegenden Fall ist die von EDF vorgetragene Unzulässigkeitsrüge zurückzuweisen. Die Kommission begehrt ganz eindeutig nicht einfach nur eine Nachprüfung der vom Gericht vorgenommenen Beurteilung der EDF-Bilanzsanierung. Nach den dem Gerichtshof vorliegenden Ausführungen und Unterlagen besteht vielmehr die tatsächliche und gegenwärtige Gefahr, dass das Gericht den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt verfälscht und bei der Würdigung dieses Sachverhalts einen Fehler begangen haben könnte.

17. Nach ständiger Rechtsprechung sind Rügen bezüglich der Feststellung und Würdigung der Tatsachen im angefochtenen Urteil zulässig, soweit der Rechtsmittelführer geltend macht, das Gericht habe Feststellungen vorgenommen, deren Unrichtigkeit sich aus den Akten ergebe, oder es habe die ihm vorgelegten Beweismittel verfälscht [7]. Die Würdigung der Beweise obliegt eindeutig dem Gericht und kann vom Gerichtshof nicht überprüft werden; dies gilt jedoch nicht, wenn das Gericht Beweismittel verfälscht und ihnen eine Bedeutung beigemessen hat, die sie offensichtlich nicht haben – und genau das ist meines Erachtens hier der Fall [8]. Verfälschung der Beweismittel [9] (dénaturation) liegt vor, wenn ein mit der materiellen Entscheidung eines Rechtsstreits befasstes Gericht seine Kompetenzen überschreitet, indem es eine klar und eindeutig formulierte Urkunde (etwa einen Vertrag, ein Testament, einen Bericht, ein Urteil oder ein ausländisches Gesetz) in einer mit dem Wortlaut nicht zu vereinbarenden Weise auslegt [10].

5 — Urteil vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 66).

6 — Vgl. u. a. Urteil vom 2. März 1994, Hilti/Kommission (C-53/92 P, Slg. 1994, I-667, Randnr. 42).

7 — Vgl. Urteil vom 15. Juni 2000, Dorsch Consult/Rat und Kommission (C-237/98 P, Slg. 2000, I-4549, Randnrn. 35 f.).

8 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache Blackspur DIY u. a./Rat und Kommission (C-362/95 P, Urteil vom 16. September 1997, Slg. 1997, I-4775, Nr. 32).

9 — Vgl. auch Urteil Hilti/Kommission (oben in Fn. 6 angeführt, Randnr. 42).

10 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Rat (C-141/08 P, Urteil vom 1. Oktober 2009, Slg. 2009, I-9147, Nr. 72).

18. Nach alledem ist der erste Rechtsmittelgrund zulässig.

19. Was die materiell-rechtliche Prüfung des ersten Rechtsmittelgrundes betrifft, so scheint das Gericht bei der Sachverhaltswürdigung in der Tat einen Fehler begangen zu haben – insbesondere soweit es feststellt, die Französische Republik habe eine Steuerforderung in Kapital umgewandelt (vgl. u. a. Randnr. 258 des angefochtenen Urteils), während Frankreich tatsächlich der EDF eine gezielte Befreiung von der Körperschaftsteuer gewährt hat [11].

20. Entgegen dem Vorbringen der EDF und wie unten noch darzulegen ist, ergibt sich die Tatsachenverfälschung aus den dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen, so dass dieser keine neue detaillierte Sachverhaltswürdigung vorzunehmen braucht.

21. Die französische Regierung will die Vorgehensweise des Gerichts mit dem Argument rechtfertigen, die Umwandlung einer Steuerforderung in Kapital sei im Rahmen der Sanierung der EDF-Bilanz erfolgt, wobei ein Schritt bei diesem Vorgang in einer Kapitalerhöhung bestanden habe.

22. Niemand bestreitet, dass zur selben Zeit auch eine Kapitalerhöhung der EDF stattfand, die nicht als staatliche Beihilfe angesehen wurde. Zu beachten ist jedoch, dass die – von der Kapitalerhöhung zu trennenden – *steuerlichen Auswirkungen* als staatliche Beihilfe eingestuft worden sind (vgl. Randnr. 241 des angefochtenen Urteils). Ich halte das Argument der französischen Regierung für müßig, da meiner Meinung nach der Verzicht auf eine Steuerforderung und die Umwandlung dieser Forderung in eine Kapitalerhöhung offensichtlich als zwei eigenständige, aufeinanderfolgende Vorgänge anzusehen sind. Dies scheint übrigens auch die französische Regierung in Nr. 97 ihrer Rechtsmittelbeantwortung einzuräumen.

23. Die Lektüre der Akten bestätigt nämlich, dass sich keinem der Dokumente die Besteuerungsgrundlage entnehmen lässt. Es gibt keinen Steuerbescheid, nicht die Spur einer geltend gemachten Steuerforderung und keine Entscheidung darüber, dass die Besteuerungsgrundlage der Kapitalerhöhung der EDF zugewiesen worden wäre. Wollte man der vom Gericht vorgenommenen Auslegung der ihm vorgelegten Unterlagen und seiner Würdigung des ihm vorgetragenen Sachverhalts folgen, müsste man die Zuweisung der Besteuerungsgrundlage einfach aus dem Schweigen des Gesetzes Nr. 97-1026 und/oder des Schreibens vom 22. Dezember 1997 zu diesem Punkt folgern.

24. Im Übrigen erklärt das Gericht in Randnr. 242 des angefochtenen Urteils, dass „[a]lle Beteiligten … sich einig [sind], dass auf den Betrag von 14,119 Mrd. FRF vor seiner Verbuchung unter dem Posten ‚Kapitalerhöhung' eine Steuer zu entrichten gewesen wäre".

25. Aus den Randnrn. 239 bis 242 des angefochtenen Urteils folgt, dass alle Maßnahmen zur Sanierung der EDF-Bilanz in dieser Bilanz verbucht wurden, um erstens die Nettosituation des Unternehmens zu verbessern und zweitens die Finanzbeziehung zwischen dem Staat und dem Unternehmen in Annäherung an das allgemeine Recht zu stabilisieren (vgl. Randnr. 31 des angefochtenen Urteils).

26. Insbesondere ist Folgendes zu beachten: i) Die Vermögenswerte, die das AVN bildeten, wurden in Höhe von 90,325 Mrd. FRF in „eigene Vermögenswerte" umgestuft; ii) die nicht verwendeten Rückstellungen für die Erneuerung des AVN wurden als einbehaltener Gewinn eingestuft und als Verlustvortrag umgestuft; der Saldo des so bereinigten Kontos wurde den Rücklagen zugewiesen (ich möchte hinzufügen, dass diese Maßnahme besteuert wurde); iii) die „Ansprüche des Konzessionsgebers" in Höhe von 14,119 Mrd. FRF wurden direkt unter dem Posten „Kapitalerhöhungen" verbucht.

11 — Urteil vom 15. März 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Slg. 1994, I-877, Randnr. 14). Vgl. auch Urteil vom 19. Mai 1999, Italien/Kommission (C-6/97, Slg. 1999, I-2981, Randnr. 16).

27. Bezeichnenderweise ist jedoch die Umwandlung der Besteuerungsgrundlage in Kapital, für die die EDF von der Steuer befreit wurde, in keiner Weise in den Büchern des Unternehmens geführt worden.

28. Vielmehr „[erkennen d]ie französischen Behörden … selbst die Rechtswidrigkeit dieser Maßnahme an. In einer an die Kommission gerichteten Anmerkung der Generaldirektion Steuern [des französischen Ministeriums für Wirtschaft, Finanzen und Industrie] vom 9. April 2002 weisen die französischen Behörden darauf hin, dass ‚die Ansprüche des Abtretenden in Bezug auf das [AVN] eine ungerechtfertigte Schuld darstellen, die die Einbeziehung in das Kapital auf ungerechtfertigte Weise von der Steuer befreit hat' und dass ‚diese Reserve vor ihrer Einbeziehung in das Kapital von der Passivseite der Unternehmensbilanz, wo sie zu Unrecht aufgeführt war, auf ein Reinvermögenskonto hätte übertragen werden müssen, was somit eine positive Veränderung des zu versteuernden Nettovermögens in Anwendung von Artikel 38-2' des Code général des impôts zur Folge gehabt hätte" (vgl. 89. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung).

29. Trotz der unmissverständlich geäußerten Meinung der Generaldirektion Steuern war vor der Kapitalerhöhung um den Betrag, der von einer „Steuerforderung" erfasst gewesen sein soll, keinerlei Steuerforderung verbucht worden.

30. Tatsächlich scheint im vorliegenden Fall niemals eine „Forderung" und niemals eine Schuld bestanden zu haben, die hätte erlassen werden können. Wie Iberdrola ausführt, fand weder eine Umwandlung der Forderung in Kapital statt, noch gab es erkennbare Bestrebungen der Behörden, eine solche Umwandlung vorzunehmen. Es hat sogar den Anschein, dass das Gericht auf den Versuch der französischen Regierung abgestellt hat, ihr Vorgehen im Nachhinein unter Hinweis auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu rechtfertigen. Meines Erachtens können solche Ausführungen – insbesondere wenn sie *in tempore suspecto* gemacht werden – eine Steuerbefreiung nicht rückwirkend als eine Vorgehensweise erscheinen lassen, die mit der Umwandlung einer Forderung in Kapital „vergleichbar" ist.

31. In Randnr. 282 des angefochtenen Urteils erkennt das Gericht, dass keine Forderung und keine Schuld bestand, die hätte erlassen werden können: „Vor Erlass des Gesetzes Nr. 97-1026 und bevor die EDF als Eigentümerin des AVN angesehen wurde, wurde nämlich keine Steuer geschuldet. Da die Französische Republik sodann auf die Steuer verzichtete, war diese nicht mehr geschuldet und hätte daher in der Unternehmensbilanz nicht als Verbindlichkeit erscheinen können."

32. Ich bin mit der Kommission der Meinung, dass man, wenn die vom Gericht vorgenommene Rekonstruktion des Sachverhalts als richtig unterstellt würde, eine implizite und nichttransparente Kapitalerhöhung annehmen müsste, die ohne ausdrückliche Zustimmung des Gesetzgebers und gegen die Empfehlung der Steuerbehörden erfolgt ist.

33. Insoweit ist Randnr. 243 des angefochtenen Urteils für die Argumentation des Gerichts von zentraler Bedeutung. Dort macht sich das Gericht offenbar die These zu eigen, dass Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 dem Ziel diene, die Bilanz der EDF zu sanieren und deren Eigenmittel zu erhöhen, und gelangt zu dem Ergebnis, dass „[f]olglich … die Bestimmungen an sich nicht steuerrechtlicher Natur [sind], sondern es … sich um Rechnungslegungsvorschriften [handelt], die steuerliche Auswirkungen haben. Dies geht auch aus dem Schreiben hervor, das … am 22. Dezember 1997 an die EDF [gerichtet wurde]".

34. Tatsächlich basiert die weitere Begründung des Gerichts auf der Feststellung, dass der französische Staat eine Investition vorgenommen und insbesondere „das Unternehmenskapital durch Erlass der Steuerschuld erhöht" habe (vgl. Randnr. 246 des angefochtenen Urteils). Die Lektüre der einschlägigen Passagen des angefochtenen Urteils bestätigt, dass dies das Schlüsselargument des Gerichts ist und für das Gericht der entscheidende Gesichtspunkt war, den es zu klären galt, um über den dritten Teil des von der EDF angeführten zweiten Klagegrundes entscheiden zu können.

35. Dieser Gedanke zieht sich durch das gesamte Urteil. Er findet sich mehr oder minder ausdrücklich formuliert in den Randnrn. 248, 249, 250, 252, 253, 258 und 259. Darüber hinaus nimmt das Gericht auf den Zweck, der verfolgt worden sein soll, in den Randnrn. 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 und 259 des angefochtenen Urteils Bezug.

36. Es liegt auf der Hand, dass das Gericht seine Beurteilung auf den Wortlaut von Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 stützt. Die gesamte Argumentation der französischen Regierung und der EDF basiert wesentlich auf der Formulierung dieser Vorschrift. Ihrer Auffassung nach ergibt sich daraus, dass das Gericht die 1997 geleistete Unterstützung zu Recht als Kapitalerhöhung eingestuft habe. Demgegenüber bin ich jedoch der Meinung, dass der Wortlaut von Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 keineswegs unweigerlich die Schlussfolgerung gebietet, dass es sich bei der Unterstützung um eine Kapitalerhöhung gehandelt hat. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das Argument der französischen Regierung, die angebliche Kapitalerhöhung sei auf „transparenteste“ Weise (weil in Form eines Gesetzes) durchgeführt worden, ebenfalls zurückzuweisen ist.

37. Allenfalls ist die Kapitalerhöhung der Form nach transparent; ihr Inhalt ist es sicherlich nicht.

38. Ganz offenkundig sind in Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 lediglich die buchhalterischen Konsequenzen der vorgesehenen Finanzvorgänge aufgeführt. Die steuerlichen Konsequenzen oder Auswirkungen der fraglichen Vorgänge werden allerdings nicht geregelt. Dies scheint auch die EDF in ihrer Rechtsmittelbeantwortung einzuräumen. Wie die Kommission angemerkt hat, wurde im Gesetzgebungsverfahren ein Vorschlag zur Änderung des Gesetzestextes zurückgewiesen; darin war die Festlegung des Rechnungslegungsverfahrens vorgesehen, mit dem die Rückstellungen für die betreffenden Anlagen in Eigenmittel umgewandelt werden sollten [12].

39. Erstens genügt wohl der Hinweis, dass das Gesetz Nr. 97-1026 keine Anhaltspunkte dafür enthält, dass der französische Staat eine Handlung vorgenommen hat, die im Wesentlichen aus der Umwandlung einer Steuerforderung in Kapital der EDF bestand. Zweitens ergibt sich aus dem Bericht des Finanzausschusses der Nationalversammlung, der im Zuge der Beratungen über den Gesetzestext erstellt wurde, dass der Gesetzgeber keine Entscheidung über die steuerlichen Vorgänge getroffen hat, durch die die Rückstellungen für die Anlagen des Elektrizitätsversorgungsnetzes, auf die sich die Konzession für das allgemeine Elektrizitätsversorgungsnetz erstreckt, in Eigenmittel umgewandelt werden sollten. Bezeichnenderweise bestätigt der Bericht, dass sich das Gesetz nicht zu den steuerlichen Konsequenzen der entsprechend vorzunehmenden buchhalterischen Neuklassifizierung äußert.

40. Was das Schreiben der französischen Regierung an die EDF vom 22. Dezember 1997 betrifft, scheinen die französischen Behörden selbst deutlich zwischen Maßnahmen zur Sanierung der Bilanz (vgl. Anhang 1 des Schreibens) und den steuerlichen Konsequenzen (vgl. Anhang 3 des Schreibens) zu unterscheiden. Wie die Kommission hervorhebt, belegt Anhang 1 lediglich die direkte Verbuchung der Ansprüche des Konzessionsgebers unter dem Posten Kapitalerhöhung in Höhe von 14,119 Mrd. FRF, während nach Anhang 3 die EDF von den steuerlichen Konsequenzen dieser Maßnahme freigestellt wird. Auch dieses Dokument enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Steuerforderung in Kapital umgewandelt worden wäre.

41. Was das Schreiben der französischen Behörden an die Kommission vom 9. April 2002 angeht, stellt sich die Situation genauso dar: Es gibt keine Hinweise dafür, dass der französische Staat eine Umwandlung einer Steuerforderung in Kapital vorgenommen hätte.

12 — Vgl. den für die Commission des finances, de l’économie générale et du plan der Nationalversammlung erstellten und der Rechtsmittelschrift der Kommission beigefügten Bericht „Migaud“, S. 79 bis 81, in dem die Erörterung des Änderungsvorschlags „De Courson“ geschildert wird. Aus der Debatte über diese Änderung geht sogar hervor, dass die wichtigsten Mitglieder des Ausschusses (insbesondere der Ausschussvorsitzende und der Generalberichterstatter) der Auffassung waren, dass in die geplante Regelung eine Verpflichtung der EDF zur Entrichtung von Körperschaftsteuer auf den in Kapital umgewandelten Rückstellungsbetrag aufgenommen werden sollte.

42. Aus den dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen geht daher hervor, dass die französischen Behörden erst in einem späten Stadium des Verwaltungsverfahrens – nämlich am 9. Dezember 2002, d. h. 18 Monate nach Beginn des Prüfverfahrens – in einer der Kommission übermittelten Stellungnahme versucht haben, die der EDF gewährte Steuerbefreiung als einen mit einer „weiteren Kapitalerhöhung vergleichbaren" Vorgang darzustellen, und dabei bezeichnenderweise keine objektiven Beweismittel zur Begründung dieser Behauptung vorgelegt haben.

43. Die Kommission weist in ihren beim Gericht eingereichten Erklärungen vom 3. Februar 2005 zutreffend darauf hin, dass die EDF sogar eine Studie mit dem Titel „Perspektive eines hypothetischen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers" vorgelegt hat, dass aber auch diese Untersuchung erst *ex post* in dem Bestreben durchgeführt wurde, nachträglich eine wirtschaftliche Begründung für die fragliche Maßnahme zu liefern. Mit anderen Worten: Es gab den Versuch, die Maßnahme als Umwandlung einer Forderung in Kapital darzustellen, was nach dem Sachverhalt offenbar nicht der Wirklichkeit entsprach und von der Französischen Republik zum Zeitpunkt der fraglichen Sanierung auch nicht so gesehen wurde.

44. Dass sich das Gericht vom Sachverhalt gelöst und Tatsachen so weit verfälscht hat, dass es letztlich einen ganz anderen Fall als den bei ihm anhängigen entschieden hat, zeigt sodann auch Randnr. 242 des angefochtenen Urteils. Dort erklärt das Gericht, alle Beteiligten seien sich einig, dass auf die fragliche Maßnahme eine Steuer zu entrichten gewesen wäre. Im Gegensatz dazu äußert das Gericht anschließend in den Randnrn. 266 bis 269 Zweifel, ob unter diesen Umständen tatsächlich eine Steuer anfalle. Aus den dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen geht jedoch hervor, dass auf die fragliche Maßnahme – so, wie diese durchgeführt wurde – tatsächlich Steuer hätte erhoben werden müssen.

45. Meiner Meinung nach durfte das Gericht die Tatsachenfeststellung, dass eine Kapitalerhöhung als Folge des Verzichts auf eine Steuerforderung stattgefunden habe, mangels objektiver Anhaltspunkte für das Vorliegen einer solchen Maßnahme nicht treffen.

46. Da es also offenkundig an solchen objektiven Anhaltspunkten fehlte, hat das Gericht seine Feststellung, dass eine Kapitalerhöhung erfolgt sei, aufgrund einer Verfälschung der ihm vorliegenden Unterlagen getroffen.

47. Versteht man, worauf die Kommission hinweist, die Ausführungen des Gerichts dagegen nicht als Feststellung einer objektiven Tatsache, sondern als rechtliche Würdigung des Sachverhalts auf der Grundlage der Fiktion einer impliziten und nichttransparenten Umwandlung einer Steuerforderung in Kapital oder einer Maßnahme, die einer solchen Umwandlung entspricht, so wäre diese Würdigung jedenfalls rechtsfehlerhaft, weil dadurch die gesamte Argumentation des Gerichts hinfällig würde.

48. Schließlich heißt es in Randnr. 225 des angefochtenen Urteils zutreffend, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs das Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht maßgebend sei, wenn die staatliche Intervention keinen wirtschaftlichen Charakter habe. Das sei der Fall, wenn die staatlichen Stellen einem Unternehmen eine direkte Subvention zahlten, eine Steuererleichterung gewährten oder eine Minderung der Soziallasten einräumten. Ich schließe mich daher der Meinung der Kommission an, dass es sogar den Anschein hat, als habe das Gericht mit seiner gegenteiligen Einordnung der fraglichen Maßnahme die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Tragweite des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers umgehen wollen.

49. Nach alledem greift der erste Rechtsmittelgrund durch.

B – *Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Auslegung von Art. 87 EG*

1. Erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes: Kriterien für die Unterscheidung, ob der Staat als Anteilsinhaber oder in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt

50. Die Kommission, Iberdrola und die Überwachungsbehörde wenden sich im Wesentlichen gegen die Beurteilung des Gerichts, nach der es für die Unterscheidung, ob der Staat als Anteilsinhaber oder in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handle, in erster Linie auf das vom Staat verfolgte Ziel (im vorliegenden Fall die Rekapitalisierung der EDF) und nicht auf objektive und nachprüfbare Faktoren ankomme, wie dies die Rechtsprechung verlange. Nach Auffassung der EDF und der französischen Regierung ist der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

51. Erstens machen die EDF und die französische Regierung im Wesentlichen geltend, dass der zweite Rechtsmittelgrund auf der vom Gericht begangenen gerügten Tatsachenverfälschung aufbaue, die bereits Gegenstand des ersten Rechtsmittelgrundes sei. Die beiden Rechtsmittelgründe ergänzten einander, und der erste sei tatsächlich unentbehrliche Voraussetzung des zweiten.

52. Für mich liegt jedoch auf der Hand, dass es sich bei dem zweiten Rechtsmittelgrund um einen eigenständigen und von dem ersten unabhängigen Rechtsmittelgrund handelt. Dies ist der Fall, obwohl das Rechtsmittel zwangsläufig die Art. 3 und 4 der streitigen Entscheidung zu bestimmten, von der EDF 1997 nicht entrichteten Körperschaftsteuerbeträgen betrifft. Wie die Überwachungsbehörde und Iberdrola zutreffend ausführen, ist die Frage, ob die fragliche Beihilfemaßnahme als Kapitalerhöhung oder als Nichtentrichtung von Steuer zu qualifizieren ist, für die Rechtmäßigkeit der Art. 3 und 4 der streitigen Entscheidung nämlich unerheblich, wenn ohnehin kein vernünftiger und umsichtiger privater Kapitalgeber die Mittel einem öffentlichen Unternehmen zu „Bedingungen“ bereitstellen würde, „zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen“ [13].

53. In dem genannten Teil der streitigen Entscheidung kommt die Kommission eindeutig zu der materiell-rechtlichen Einschätzung, dass die vom französischen Staat 1997 gewährte finanzielle Unterstützung eine rechtswidrige staatliche Beihilfe darstellt.

54. Ich halte den zweiten Rechtsmittelgrund jedenfalls für zulässig. Es ist übrigens unstreitig, dass der französische Staat im vorliegenden Fall seine Vorrechte als Träger der öffentlichen Gewalt wahrgenommen hat.

55. Im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung des ersten Teils des zweiten Rechtsmittelgrundes gehört meines Erachtens zu den wichtigsten Gesichtspunkten des vorliegenden Rechtsmittels, dass das Gericht dem Zweck der zu beurteilenden Maßnahme eine übergeordnete Bedeutung beimisst und dieser Ansatz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keinerlei Grundlage findet.

56. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs „unterscheidet [Art. 87 Abs. 1 EG] nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern beschreibt diese nach ihren Wirkungen“ [14]. Die Art der Ziele einer staatlichen Maßnahme reicht nämlich nicht aus, um sie *ipso facto* einer Qualifizierung als staatliche Beihilfe zu entziehen. Andernfalls brauchte sich der Mitgliedstaat bloß auf die Berechtigung der mit der staatlichen Zuwendung angestrebten Ziele zu berufen, um die Anwendung der Vorschriften des Vertrags über staatliche Beihilfen auszuschließen [15].

13 — Vgl. Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten – Anwendung der Artikel 92 und 93 [EWG] und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (ABl. 1993, C 307, S. 3), Ziff. 11.

14 — Urteil vom 9. Juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere“/Kommission (C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P, Slg. 2011, I-4727, Randnr. 94 und die dort angeführte Rechtsprechung).

15 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Heiser (C-172/03, Urteil vom 3. März 2005, Slg. 2005, I-1627, Nr. 45).

57. Dem hält die EDF entgegen, dass das Gericht die fragliche Maßnahme nicht *ausschließlich* anhand ihrer Ziele beurteilt habe. Vielmehr habe das Gericht verschiedene Kriterien herangezogen, wie z. B. Natur, Gegenstand und Ziele der Maßnahme; außerdem habe es alle Elemente in ihrer Gesamtheit beurteilt und den Kontext berücksichtigt.

58. Zugegebenermaßen hat das Gericht auf den ersten Blick zwar nicht ausschließlich auf das verfolgte Ziel abgestellt, jedoch stellt sich bei eingehender Lektüre des gesamten angefochtenen Urteils heraus, dass sich das Gericht zur Beurteilung der Frage, ob der Staat als Anteilsinhaber oder als Träger der öffentlichen Gewalt gehandelt hat, seine Feststellungen tatsächlich vor allem – wenn nicht ausschließlich – auf das verfolgte Ziel stützt. Wie noch gezeigt wird, hat das Gericht bei seiner Würdigung dem verfolgten Ziel unbestreitbar übergeordnete Bedeutung beigemessen.

59. So heißt es in Randnr. 229 des angefochtenen Urteils, dass „[b]ei der Prüfung, ob die vom Staat getroffenen Maßnahmen unter die Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse fallen oder sich aus den Verpflichtungen ergeben, die er als Anteilseigner zu erfüllen hat, … diese Maßnahmen nicht anhand ihrer Form, sondern anhand ihrer Natur, ihres Gegenstands sowie der für sie geltenden Vorschriften zu beurteilen [sind], wobei zu berücksichtigen ist, welches *Ziel* mit den fraglichen Maßnahmen *verfolgt* wird“ (Hervorhebung nur hier).

60. Weiter hebt das Gericht in Randnr. 233 wiederum hervor, dass zu prüfen sei, ob der Staat ein „wirtschaftliches Ziel“ verfolge, das auch ein privater Kapitalgeber verfolgen könnte, um feststellen zu können, ob der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers eingreife. Auch in den Randnrn. 234 und 235 findet sich der Hinweis, dass insoweit das verfolgte Ziel bedeutsam sei. In Randnr. 236 führt das Gericht aus, dass „die Maßnahme nicht anhand ihrer bloßen Form, sondern anhand ihrer Natur, ihres Gegenstands und ihrer *Ziele* zu prüfen [ist]; demnach sind alle ihre Elemente in ihrer Gesamtheit zu beurteilen, und es ist der Kontext zu berücksichtigen, in den die Maßnahme eingebettet ist“ (Hervorhebung nur hier). Schließlich enthält auch Randnr. 237 eine Bezugnahme auf das mit der zu prüfenden Maßnahme verfolgte Ziel.

61. Sodann stellt das Gericht in Randnr. 247 erneut – und tragend – fest: *„Angesichts des Ziels des Gesetzes Nr. 97-1026, das Kapital der EDF zu erhöhen*, darf sich die Kommission nicht allein aufgrund der steuerlichen Natur der Forderung … gegen die EDF und des Umstands, dass sich der französische Staat eines Gesetzes bediente, weigern zu prüfen, ob ein privater Kapitalgeber in einer vergleichbaren Lage hätte veranlasst sein können, eine Kapitalerhöhung desselben Umfangs vorzunehmen, und ob der Staat das Kapital folglich unter Bedingungen erbrachte, die den normalen Marktbedingungen entsprechen“ (Hervorhebung nur hier).

62. Um über Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers entscheiden zu können, hat das Gericht also offenkundig das verfolgte Ziel berücksichtigt und diesem entscheidende Bedeutung beigemessen, so dass diese Feststellungen auf einem Rechtsfehler beruhen.

63. Darüber hinaus ergibt sich, dass das Gericht zur Rechtfertigung seines Ansatzes, bei der Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers auf das vom Mitgliedstaat angeblich verfolgte Ziel abzustellen, an Rechtsprechung einzig und allein das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache SAT Fluggesellschaft [16] anführt.

64. In der betreffenden Randnummer jenes Urteils (Randnr. 30) nimmt der Gerichtshof jedoch keineswegs auf das mit der fraglichen Maßnahme verfolgte Ziel Bezug.

16 — Urteil vom 19. Januar 1994 (C-364/92, Slg. 1994, I-43).

65. Erstens geht es in der Rechtssache SAT Fluggesellschaft gar nicht um staatliche Beihilfen. In dem Urteil war zu klären, ob eine bestimmte internationale Organisation ein „Unternehmen“ im Sinne der Art. 82 EG und 86 EG darstellt. Genauer gesagt war der Gerichtshof um Beantwortung der Frage ersucht worden, ob die Europäische Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol) als Unternehmen zu qualifizieren ist.

66. Zur Entscheidung dieser Frage hat der Gerichtshof Folgendes untersucht: i) *Art* der von Eurocontrol ausgeübten Tätigkeiten (Randnr. 19), ii) *Gegenstand* dieser Tätigkeiten gemäß dem Übereinkommen zur Gründung von Eurocontrol (Randnr. 21), iii) *Aufgabenbereich* von Eurocontrol nach der Festlegung des geänderten Übereinkommens (Randnr. 22), iv) *Zuständigkeit* von Eurocontrol insbesondere für die Festlegung und Einziehung der Streckengebühren (Randnrn. 23, 28 und 29), v) *operative Tätigkeit* von Eurocontrol (Randnr. 24) sowie schließlich vi) Verfahren zur *Finanzierung* von Eurocontrol (Randnr. 26).

67. In den Randnrn. 30 f. des Urteils SAT Fluggesellschaft kommt der Gerichtshof daher zu dem Ergebnis, dass „[i]n ihrer Gesamtheit … die Tätigkeiten von Eurocontrol … mit der Ausübung von Vorrechten zusammen[hängen], die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen; dies sind typischerweise hoheitliche Vorrechte. Sie weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags rechtfertigen würde.“ Eurocontrol stelle daher kein Unternehmen im Sinne der Art. 82 EG und 86 EG dar.

68. Zu beachten ist, dass im vorliegenden Fall das Gericht selbst in Randnr. 246 des angefochtenen Urteils ausführt, dass „der Staat beim Erlass der Steuerschuld von seinen hoheitlichen Befugnissen Gebrauch machte“. Unstreitig hängt die fragliche Maßnahme mit der Ausübung hoheitlicher Vorrechte zusammen. Im Übrigen betraf – wie die Kommission zutreffend hervorhebt – die Prüfung, die der Gerichtshof im Urteil SAT Fluggesellschaft vorgenommen hat, die Einstufung einer bestimmten Organisation als Unternehmen und nicht die Einstufung einer bestimmten vom Staat vorgenommenen Handlung als staatliche Beihilfe, wie dies hier der Fall ist.

69. Die Schlussfolgerung aus den vorstehenden Erwägungen kann daher nur lauten, dass das Urteil SAT Fluggesellschaft entgegen dem Vorbringen der französischen Regierung nach wie vor für den vorliegenden Fall nicht relevant ist und dass jenes Urteil insbesondere ohne Bedeutung für die Entscheidung ist, ob in einem bestimmten Fall des Art. 87 EG das Kriterium des privaten Kapitalgebers anwendbar ist.

70. Außerdem meine ich, dass das Gericht noch nicht einmal die Kriterien herangezogen hat, die der Gerichtshof in Randnr. 30 des Urteils SAT Fluggesellschaft aufgestellt hat. Das Gericht betrachtet das vom Staat verfolgte Ziel – ein Kriterium, das in dem genannten Urteil des Gerichtshofs keine Rolle spielt – als den bei Weitem maßgeblichsten Gesichtspunkt und lässt auf der anderen Seite die *Natur* der fraglichen staatlichen Handlung eines Schuldenerlasses unberücksichtigt, obwohl der Staat dabei – in der eigenen Formulierung des Gerichts – von seinen hoheitlichen Befugnissen Gebrauch machte.

71. Erstens ist ein auf der Absicht des Staates beruhendes Kriterium für die Beurteilung, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, ausgesprochen ungeeignet, da ein solches Kriterium naturgemäß subjektiv und auslegungsbedürftig ist. Zweitens ist – wie Iberdrola vorträgt – bei einer Berücksichtigung der von dem Mitgliedstaat angeblich verfolgten Ziele die Möglichkeit der Manipulation gegeben, die sich auf den Wettbewerb zwischen dem privaten und dem öffentlichen Sektor auswirkt. Es besteht die reale Gefahr, dass sich die Mitgliedstaaten zur Vermeidung der Anwendung der Rechtsvorschriften über staatliche Beihilfen veranlasst sehen, sich (nachträglich) auf eine Gewinnerzielungsabsicht zu berufen.

72. Schließlich ist die entscheidende Bedeutung, die das Gericht dem verfolgten Ziel beimisst, schwerlich mit dem Umstand zu vereinbaren, dass „der Beihilfebegriff ein objektiver Begriff ist“ [17]. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „der Begriff der staatlichen Beihilfe, wie er im Vertrag definiert ist, ein Rechtsbegriff und anhand objektiver Kriterien auszulegen [ist]“ [18]. Schließlich ist das Vorliegen eines Beihilfeelements ausschließlich anhand der konkreten objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu beurteilen. Andernfalls wäre die Kommission in der Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht beeinträchtigt und wäre der Gemeinschaftsrichter nicht in der Lage, „die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von [Art. 87 Abs. 1 EG] fällt, … umfassend zu prüfen“ [19]; genau diese Gefahr besteht aber, wenn man dem im angefochtenen Urteil gewählten Ansatz folgen wollte.

73. Des Weiteren trägt die EDF vor, im Rahmen der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers komme es nicht nur auf das verfolgte Ziel, sondern insbesondere auch auf den Kontext an. Sie beruft sich auf einige Entscheidungen, mit denen die Kommission verpflichtet worden sei, verschiedene Maßnahmen in ihrem Kontext zu beurteilen. Die EDF verweist im Einzelnen auf die Urteile Chronopost I [20], P & O European Ferries (Vizcaya) und Diputación Foral de Vizcaya/Kommission (im Folgenden: Urteil oder Rechtssache P & O European Ferries) [21], Bundesverband deutscher Banken/Kommission [22] sowie Ryanair/Kommission (im Folgenden: Urteil Ryanair) [23].

74. Insoweit genügt jedoch der Hinweis, dass es in allen diesen Rechtssachen um Vorgänge kommerzieller Art ging. In der Rechtssache Chronopost I war es die Übertragung eines Kundenstamms, in der Rechtssache P & O European Ferries der Verkauf von Fährfahrscheinen, in der Rechtssache Bundesverband deutscher Banken/Kommission die Bereitstellung von Kapital an eine Bank, das dann aber zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts verwendet wurde, und in der Rechtssache Ryanair schließlich die Festsetzung von Flughafengebühren, d. h. eine unmittelbar mit der Verwaltung der Flughafeninfrastrukturen zusammenhängende Tätigkeit, bei der es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Das Gericht hat im Urteil Ryanair insbesondere klargestellt, dass die fraglichen Kosten eher als „Entgelte“ denn als „Gebühren“ zu bezeichnen seien – im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt hätte in jenem Fall ein Rabattsystem für diese Kosten tatsächlich von einem privaten Wirtschaftsbeteiligten eingeführt werden *können*.

75. Das Gericht hat sich anscheinend vor allem von seinem Urteil Ryanair leiten lassen, mit dem es ebenfalls eine staatliche Beihilfen betreffende Entscheidung der Kommission für nichtig erklärt hat. So hat das Gericht in jenem Urteil ausdrücklich festgestellt, dass die Weigerung der Kommission, sämtliche von der Region Wallonien und dem Flughafen von Charleroi an Ryanair gewährten Vorteile zu prüfen und zu untersuchen, ob sich diese beiden Einrichtungen insgesamt betrachtet wie marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsteilnehmer verhalten haben, rechtsfehlerhaft war. Es liegt jedoch auf der Hand, dass der vorliegende Fall von der Rechtssache Ryanair unterschieden werden muss. Damals lag nämlich bereits Rechtsprechung vor, in der die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit, um die es in der Rechtssache Ryanair ging, festgestellt wurde [24]. Obwohl die fraglichen Gebühren im Wege der *Regulierung* festgesetzt wurden, nahm das Gericht das Vorliegen einer wirtschaftlichen

17 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 19. März 2002 in der Rechtssache Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Urteil vom 24. Juli 2003, Slg. 2003, I-7747, Nr. 77, im Folgenden: Urteil oder Rechtssache Altmark).

18 — Urteil vom 22. Dezember 2008, British Aggregates/Kommission (C-487/06 P, Slg. 2008, I-10515, Randnr. 111).

19 — Vgl. u. a. Urteil vom 16. Mai 2000, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission (C-83/98 P, Slg. 2000, I-3271, Randnr. 25).

20 — Urteil vom 3. Juli 2003, Chronopost u. a. (C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, Slg. 2003, I-6993, Randnr. 128, im Folgenden: Urteil oder Rechtssache Chronopost I).

21 — Die EDF verweist auf die Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in dieser Rechtssache (C-442/03 P und C-471/03 P, Urteil vom 1. Juni 2006, Slg. 2006, I-4845, Nr. 87).

22 — Urteil des Gerichts vom 3. März 2010 (T-163/05, Slg. 2010, II-387).

23 — Urteil des Gerichts vom 17. Dezember 2008 (T-196/04, Slg. 2008, II-3643).

24 — Vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2000, Aéroports de Paris/Kommission (T-128/98, Slg. 2000, II-3929, Randnrn. 107 bis 109, 121, 122 und 125).

Tätigkeit an, da die „Festlegung der Flughafengebühren in engem Zusammenhang mit der Nutzung und der Verwaltung des Flughafens von Charleroi steht, was als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen ist“. Das Gericht kam im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass die Nichtberücksichtigung des Umstands, dass die Region Wallonien bei der Festsetzung der fraglichen Gebühren wie ein privater Kapitalgeber hätte handeln können, auf eine Diskriminierung zwischen privaten und öffentlichen Flughäfen hinauslaufe. Erwähnenswert ist vielleicht noch, dass die Kommission kein Rechtsmittel gegen das Urteil Ryanair eingelegt hat.

76. Im Gegensatz zu der Festsetzung solcher Gebühren kann jedoch kein privater Wirtschaftsteilnehmer (jemals) eine Steuerschuld erlassen. Deshalb geht die EDF meines Erachtens offenkundig fehl mit ihrem Vorbringen, der Umstand, dass das vom Staat verwendete Instrument einem privaten Kapitalgeber nicht zur Verfügung stehe, könne die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht ausschließen. Es gibt sicherlich gute Gründe für die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers in Steuersachen keine Anwendung finden könne, in Fällen also, in denen der streitige Vorteil mit Mitteln des Steuerrechts erreicht werde [25].

77. Meines Erachtens muss der Ansatz des Gerichts im angefochtenen Urteil erst recht verworfen werden, weil der Staat immer noch als privater Kapitalgeber handeln kann, wenn er dies will: Er braucht die Unternehmenskapitalerhöhung einfach nur vorzunehmen, *nachdem* er seine steuerlichen Befugnisse ausgeübt und damit seine hoheitlichen Vorrechte wahrgenommen hat. Demzufolge würde der von mir hier befürwortete Ansatz entgegen dem Argument der EDF, dass der Anwendungsbereich des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu stark eingeschränkt werde und es zu einer Diskriminierung öffentlicher Unternehmen komme, keineswegs zu einer Benachteiligung öffentlicher Unternehmen führen. Es soll lediglich der Gefahr einer Benachteiligung privater Unternehmen begegnet werden.

78. Auch wenn es, wie die Überwachungsbehörde bemerkt, Umstände gibt, unter denen ein Staat vertragliche und kommerzielle Beziehungen mit Unternehmen eingehen kann, so war die gegenüber dem französischen Staat bestehende Schuld der EDF im vorliegenden Fall keineswegs vertraglicher oder kommerzieller Natur. Es handelte sich um eine Steuerschuld. Steuern werden vom Staat auferlegt und werden nicht aufgrund einer freiwilligen vertraglichen oder kommerziellen Beziehung geschuldet. Im Übrigen unterscheidet der Gerichtshof zwischen Maßnahmen, bei denen der Staat als Investor handelt, und Maßnahmen, bei denen er als Gläubiger handelt [26].

79. Zudem besagt der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, dass eine an ein Unternehmen aus öffentlichen Mitteln geleistete Unterstützung immer dann als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist, wenn ein privater Kapitalgeber unter normalen Umständen diese Investition nicht vorgenommen hätte. Falls sich der Staat hingegen wie jeder andere normale private Anteilsinhaber verhält, der unter normalen Marktbedingungen handelt, gilt die finanzielle Unterstützung nicht als staatliche Beihilfe. Wie die Überwachungsbehörde ausgeführt hat, erhebt der Staat Steuern eindeutig in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse. Es lässt sich schwerlich behaupten, dass der Staat über die Besteuerungsbefugnis in seiner Eigenschaft als privater Kapitalgeber verfüge. Das Pendant zur Erhebung von Steuern, nämlich der Erlass von Steuerschulden, ist ebenfalls eine Tätigkeit, die der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt ausübt. Daher erfolgen steuerliche Maßnahmen des Staates – Erhebung, Einziehung, Erstattung oder Erlass von Steuern – zweifellos in Ausübung hoheitlicher Befugnisse und können naturgemäß nicht von einem privaten Kapitalgeber vorgenommen werden.

25 — Sowie durch allgemeine Regulierungsmaßnahmen. Vgl. u. a. Hancher, L., Ottervanger, T., und Slot, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, S. 74, Jaeger, T., „Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben“, NWV, 2006, Ziff. 195, Mamut, M.-A., „Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen“ in Jaeger (Hrsg.), *Jahrbuch Beihilferecht 09*, S. 341, und Haslehner, W., „Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen“ in Jaeger (Hrsg.), *Jahrbuch Beihilferecht 2011*, NWV, 2011, S. 273.

26 — Urteil vom 29. April 1999, Spanien/Kommission (C-342/96, Slg. 1999, I-2459, Randnr. 46).

80. Genau deshalb hat der Gerichtshof auch eine wichtige Unterscheidung getroffen. Im Urteil Spanien/Kommission (im Folgenden: Urteil oder Rechtssache Hytasa)[27] heißt es, dass „zwischen den Verpflichtungen zu unterscheiden [ist], die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen. Da die drei in Rede stehenden Gesellschaften in der Form einer Aktiengesellschaft gebildet wurden, haftete Patrimonio del Estado als Eigentümer der Anteile dieser Gesellschaften für deren Schulden nur bis zur Höhe des Liquidationswerts ihres Aktivvermögens. Dies bedeutet …, dass die Verpflichtungen, die sich aus den Kosten der Entlassung der Arbeitnehmer, der Zahlung von Arbeitslosenunterstützung und der Beihilfen für die Wiederherstellung der industriellen Struktur ergaben, bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Investors nicht berücksichtigt werden dürfen."

81. Im Urteil Deutschland/Kommission (im Folgenden: Urteil oder Rechtssache Gröditzer)[28] hat der Gerichtshof festgestellt, dass „[z]ur Klärung der Frage, ob die Privatisierung der GS [Gröditzer Stahlwerke] für einen negativen Kaufpreis von 340 Millionen DM Elemente staatlicher Beihilfe enthält, … zu prüfen [ist], ob ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die Einrichtungen des öffentlichen Sektors unter den gleichen Umständen hätte veranlasst werden können, im Rahmen des Verkaufs des betreffenden Unternehmens Kapitalhilfen dieses Umfangs zu gewähren, oder ob er sich für die Liquidation des Unternehmens entschieden hätte"[29]. Auch hier erinnert der Gerichtshof daran, dass zu unterscheiden sei zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als Anteilseigner einer Gesellschaft zu übernehmen habe, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt oblägen.

82. Sodann weist Generalanwalt Léger in der Rechtssache Altmark[30] darauf hin, dass der Gerichtshof das Kriterium des privaten Kapitalgebers nur in Fällen anwende, *in denen die staatliche Intervention wirtschaftlichen Charakter habe*. In Fällen dieser Art sei das Kriterium des privaten Kapitalgebers maßgebend, da sich ein privater Wirtschaftsteilnehmer mit Erwerbszweck (ein Investor, eine Bank, ein Bürge, ein Unternehmen oder ein Gläubiger) zumindest grundsätzlich so verhalten könnte wie der Staat. Das Kriterium des privaten Kapitalgebers sei hingegen nicht maßgebend, wenn die staatliche Intervention keinen wirtschaftlichen Charakter habe. In Fällen dieser Art könne die Intervention des Staates nicht von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer mit Erwerbszweck vorgenommen werden, sondern zähle zu den staatlichen Hoheitsakten, *wie die Steuerpolitik* oder die Sozialpolitik. Das Kriterium des privaten Kapitalgebers sei daher nicht maßgebend, da es *hier per definitionem nicht zu einem Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung* von öffentlichem und privatem Sektor kommen könne. Demnach gelte das Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht für staatliche Interventionen, die zu den Hoheitsakten zählten.

83. So hat das Gericht im Urteil Ryanair[31] zutreffend entschieden: „Wenn der Staat als ein Unternehmen auftritt, das wie ein privater Kapitalgeber handelt, ist sein Verhalten zwar nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers zu prüfen, jedoch kommt die Anwendung dieses Grundsatzes dann nicht in Betracht, wenn er als Träger der öffentlichen Gewalt handelt. Im letztgenannten Fall ist das Verhalten des Staates nämlich *niemals* mit dem eines privaten marktwirtschaftlichen Wirtschaftsteilnehmers oder Kapitalgebers vergleichbar."

27 — Urteil vom 14. September 1994 (C-278/92 bis C-280/92, Slg. 1994, I-4103, Randnr. 22). Vgl. auch Urteil des Gerichts vom 21. Januar 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission (T-129/95, T-2/96 und T-97/96, Slg. 1999, II-17, Randnr. 119), und Entscheidung 2008/722/EG der Kommission vom 10. Mai 2007 zur staatlichen Beihilfe C 2/06 (früher N 405/05), die Griechenland bezüglich des Plans für die freiwillige Vorruhestandsregelung der OTE zu gewähren beabsichtigt (ABl. L 243, S. 7), Ziff. 85 f.

28 — Urteil vom 28. Januar 2003 (C-334/99, Slg. 2003, I-1139, Randnrn. 133 f.).

29 — Vgl. Urteil vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission („StardustMarine", C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 70).

30 — Schlussanträge in der Rechtssache Altmark (Urteil oben in Fn. 17 angeführt, Nrn. 20 bis 27).

31 — Oben in Fn. 23 angeführt, Randnr. 85 (Hervorhebung nur hier).

84. Im Urteil Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission [32] hat das Gericht zutreffend ausgeführt: „Was … die Argumentation des Landes mit der Erhöhung der Steuereinnahmen angeht, so ist zwischen der Stellung des Landes als Hoheitsträger und seiner Stellung als Unternehmer zu unterscheiden. Die Erhöhung von Steuereinnahmen wäre aber für einen privaten Kapitalgeber völlig unerheblich."

85. Schließlich ist noch auf die bereits vorliegende Entscheidung des Gerichtshofs hinzuweisen, wonach eine Einrichtung, die als Abgabeneinnehmerin tätig werde, nicht als Wirtschaftsteilnehmerin handele [33]. Außerdem unterliegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Tätigkeit nicht den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags, wenn sie nach ihrer Art, den für sie geltenden Regeln und ihrem Gegenstand keinen Bezug zum Wirtschaftsleben hat oder wenn sie mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängt [34].

86. Hiergegen wenden die EDF und die französische Regierung ein, dass das Gericht in anderen Fällen des Gebrauchs hoheitlicher Befugnisse einen weniger strikten Ansatz verfolgt habe. Nach Ansicht der französischen Regierung kommt es nicht darauf an, für welches Mittel sich der Staat entscheidet, wenn ihm mehrere Anlageformen zur Auswahl stehen. Der Gerichtshof habe bereits entschieden, dass auch Maßnahmen, die privaten Investoren nicht zur Verfügung stünden, mit dem Verhalten privater Wirtschaftsteilnehmer verglichen werden dürften [35].

87. Meines Erachtens darf man nicht zwei völlig verschiedene Begriffe gleichsetzen. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Kriterium des (marktwirtschaftlich handelnden) privaten Gläubigers und dem Kriterium des (marktwirtschaftlich handelnden) privaten Kapitalgebers. Entgegen dem Vorbringen der Französischen Republik lässt sich die Stellung eines privaten Kapitalgebers eben nicht mit derjenigen eines privaten Gläubigers vergleichen. Während der private Kapitalgeber einen Gewinn erzielen möchte, indem er bei den betreffenden Unternehmen interveniert, versucht der Gläubiger die Summen zurückzuerhalten, die ihm ein sich in finanziellen Schwierigkeiten befindender Schuldner schuldet. [36]

88. Dementsprechend ist zu beachten, dass weder die französische Regierung noch die EDF geltend machen, es gehe um ein in finanziellen Schwierigkeiten befindliches Unternehmen. Es handelt sich eindeutig nicht um den Fall eines Gläubigers, der Forderungen beitreiben will, die ihm gegen einen in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Schuldner zustehen. Im Übrigen kommt es bei dem Kriterium des privaten Gläubigers nicht auf die Eigenschaft des Staates als Anteilsinhaber an: Im Rahmen dieses Kriteriums werden öffentliche und private Unternehmen in genau derselben Weise behandelt. Anders als beim Kriterium des privaten Kapitalgebers und dem hier vorliegenden Sachverhalt besteht beim Kriterium des privaten Gläubigers die Gefahr einer Ungleichbehandlung nicht.

32 — Urteil des Gerichts vom 6. März 2003 (T-228/99 und T-233/99, Slg. 2003, II-435, im Folgenden: Urteil oder Rechtssache Westdeutsche Landesbank).

33 — Urteil vom 11. September 2003, Altair Chimica (C-207/01, Slg. 2003, I-8875, Randnr. 35).

34 — Urteil vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Randnr. 57).

35 — Die französische Regierung verweist auf die Urteile vom 29. April 1999, Spanien/Kommission (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 46), und vom 29. Juni 1999, DM Transport (C-256/97, Slg. 1999, I-3913).

36 — Vgl. in diesem Sinne die Urteile vom 29. April 1999, Spanien/Kommission (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 46), und DM Transport (oben in Fn. 35 angeführt, Randnr. 24). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache Spanien/Kommission (C-276/02, Urteil vom 14. September 2004, Slg. 2004, I-8091, Nrn. 24 f.) sowie Urteil des Gerichts vom 11. Juli 2002, HAMSA/Kommission (T-152/99, Slg. 2002, II-3049), in dem die Kapitalisierung der dem Staat gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten eines Unternehmens anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers beurteilt wurde, das Gericht aber darauf hingewiesen hat, dass bei einem Vergleich richtigerweise auf einen privaten Gläubiger abzustellen sei.

89. Die These, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers „unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik“ anzuwenden sei, so dass Erwägungen, die sich offensichtlich auf die Funktion des Mitgliedstaats als Träger öffentlicher Gewalt beziehen, auf keinen Fall in Betracht gezogen werden können, stammt aus frühester Rechtsprechung [37].

90. Die ersten Entscheidungen zum Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers sind die Urteile Meura und Boch II [38]. Zuvor hatte jedoch bereits Generalanwalt Verloren Van Themaat diese Thematik in der Rechtssache Intermills/Kommission [39] angeschnitten. Nach seinen Ausführungen „[liegt i]m vorliegenden Fall … eindeutig eine Kapitalbeteiligung an einem in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen vor, die die Kommission … bereits als Beihilfe [gemäß] Artikel 92 angesehen hat …[D]ie streitige Kapitalbeteiligung an den Unternehmen der Intermills-Gruppe [ist] außerdem überwiegend zur Deckung von Verlusten bestimmt. Es scheint mir außer Zweifel zu stehen, dass auch eine solche Form der sehr umfangreichen Abdeckung von Verlusten, durch die ein Unternehmen künstlich am Leben gehalten wird, als Beihilfe [gemäß] Artikel 92 anzusehen ist. Dies gilt umso mehr, als aus dem Fehlen einer zeitlichen Begrenzung dieser Kapitalbeteiligung wie auch aus dem Umstand, dass sogar vier Jahre nach der Gewährung dieser Beihilfe die Rentabilität der noch produzierenden Betriebe noch nicht wiederhergestellt ist, geschlossen werden muss, dass dieses Kapital auf dem privaten Kapitalmarkt nicht hätte beschafft werden können.“

91. Meines Erachtens ist offensichtlich – wie ich in den vorliegenden Schlussanträgen darzulegen versuche –, weshalb sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof stets streng auf eine deutliche Unterscheidung zwischen der Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch den Staat und seiner Rolle als Kapitalgeber geachtet haben – mit der Folge, dass selbst dann, wenn die aufgrund eines Hoheitsakts erlassene Maßnahme im Wesentlichen dieselbe Wirkung hat wie eine Maßnahme, die der Staat vielleicht auch in seiner Eigenschaft als Kapitalgeber hätte vornehmen können, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erlassene Maßnahme bei der Prüfung des Arguments, der Staat sei als marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber tätig geworden, außer Betracht bleiben muss [40].

92. Meiner Meinung nach hat das Gericht im angefochtenen Urteil eine vom Gerichtshof sorgfältig herausgearbeitete Unterscheidung zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* missachtet [41]. Meiner Ansicht nach könnte der Ansatz des Gerichts letztlich zu Rechtsunsicherheit und mangelnder Transparenz sowie zu (steuerlichen) Privilegien öffentlicher Unternehmen führen. Ich möchte hinzufügen, dass die letztgenannte Möglichkeit sich besonders negativ auf zahlreiche Sektoren auswirken könnte, die in letzter Zeit liberalisiert wurden oder sich derzeit in der Liberalisierungsphase befinden.

93. Der Ansatz des Gerichts im angefochtenen Urteil widerspricht vor allem dem unionsrechtlichen Transparenzgebot. Der Gerichtshof hat z. B. festgestellt, „dass ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist“. Daraus hat der Gerichtshof

37 — Vgl. Entscheidung 2006/900/EG der Kommission vom 20. Oktober 2005 über die staatliche Beihilfe, die Finnland als Investitionsbeihilfe zugunsten der Componenta Oy gewährt hat (ABl. L 353, S. 36), 26. Erwägungsgrund (man darf die Rolle der Stadt als öffentliche Behörde nicht mit ihrer Rolle als kommerzieller Eigentümer des Unternehmens vermischen), und Entscheidung 2008/719/EG der Kommission vom 30. April 2008 über die Staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06) Österreichs für die Privatisierung der Bank Burgenland (ABl. L 239, S. 32): Darin weist die Kommission ein entsprechendes Argument Österreichs mit dem Hinweis zurück, dass die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Staates und die Handlungen des Staates in seiner Eigenschaft als Kapitalgeber bei der Prüfung nicht vermischt werden dürften, stellt aber fest, dass die Situation anders zu beurteilen wäre, wenn der Staat eine Garantie gleicher Art *im Wege einer privatrechtlichen Garantievereinbarung* abgegeben hätte.

38 — Urteile vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission (234/84, Slg. 1986, 2263, bzw. 40/85, Slg. 1986, 2321).

39 — Rechtssache 323/82 (Urteil vom 14. November 1984, Slg. 1984, 3809, 3842).

40 — Vgl. N. Khan und K.-D. Borchardt, „The private market investor principle: reality check or distorting mirror?“ in: *EC State aid law Le droit des aides d'Etat dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer, 2008, S. 115.

41 — *Acta iure gestionis* insofern, als mit den streitigen Maßnahmen die „Standardisierung“ der Konten eines Unternehmens, hier der EDF-Bilanz, bezweckt wurde (siehe oben, Nr. 6), und *acta iure imperii*, weil die EDF-Bilanzsanierung von den französischen Behörden aufgrund eines zu diesem Zweck erlassenen Gesetzes „beschlossen und der EDF verkündet“ wurde (siehe oben, Nrn. 6 bis 8).

gefolgert, dass „*die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs und die Gewährleistung von Transparenz* es verlangen, dass die Festschreibung der technischen Spezifikationen, die Kontrolle ihrer Anwendung und die Zulassung von einer Stelle vorgenommen werden, die von den öffentlichen oder privaten Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikation Waren und/oder Dienstleistungen anbieten, unabhängig ist“ [42]. Für mich steht außer Zweifel, dass Transparenz auch im Beihilferecht der Union einen hohen Stellenwert hat.

94. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil Altmark [43] zu verweisen. Bei Zugrundelegung der in jenem Urteil aufgestellten Grundsätze ergibt sich, dass ein Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist, wenn das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut ist und diese Verpflichtungen „klar definiert“ sind. Ferner „sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, *zuvor objektiv und transparent aufzustellen*“ (Hervorhebung nur hier). Im Hinblick auf die vierte im Urteil Altmark genannte Voraussetzung ist außerdem relevant, ob die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt.

95. Meines Erachtens wird deutlich, dass das angefochtene Urteil bestimmte Aspekte der Altmark-Rechtsprechung sogar in Frage stellt. Im Urteil Altmark wollte der Gerichtshof mit einem präskriptiven Ansatz jede Möglichkeit einer Manipulation seitens der Mitgliedstaaten ausschließen (siehe hierzu auch oben, Nr. 71) sowie Transparenz und Klarheit des mitgliedstaatlichen Tätigwerdens auf dem Markt erreichen.

96. Der vorliegende Fall erfordert meiner Ansicht nach denselben Ansatz. Die Kommission hat sich daher in der streitigen Entscheidung zu Recht auf den grundsätzlichen Standpunkt gestellt, dass es einer sichtbaren Trennung zwischen der Rolle des Staates als Träger der öffentlichen Gewalt und seiner Rolle als Anteilsinhaber bedarf. Ich meine, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers erst dann zur Anwendung kommen darf, wenn für die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer gleiche Bedingungen gelten und eine steuerliche Gleichstellung gegeben ist. Es darf nicht übersehen werden, dass die Ratio des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers gerade darin besteht, eine Ungleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen zu verhindern, um eine korrekte Anwendung der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfe zu gewährleisten. Wie wir gesehen haben, ist das Gericht im angefochtenen Urteil jedoch von dieser Gleichstellung abgewichen und hat damit dem eigentlichen Sinn und Zweck des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nicht Rechnung getragen.

97. Folglich greift der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes durch.

### 2. Zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes: Unterlassung der Prüfung seitens des Gerichts, ob sich ein nicht über Privilegien verfügender privater Wirtschaftsteilnehmer wie der französische Staat hätte verhalten können

98. Die Kommission, Iberdrola und die Überwachungsbehörde rügen im Wesentlichen, dass das Gericht seine Prüfung nicht auf einen Vergleich des Verhaltens, das ein umsichtiger, nicht über Privilegien verfügender privater Wirtschaftsteilnehmer unter den gleichen Umständen an den Tag gelegt hätte, und des Verhaltens, das der französische Staat mit seinen hoheitlichen Befugnissen tatsächlich gezeigt habe, gestützt hat. Nach Auffassung der EDF und der französischen Regierung ist der zweite Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

42 — Hervorhebung nur hier. Vgl. Urteil vom 9. November 1995, Tranchant (C-91/94, Slg. 1995, I-3911, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).

43 — Oben in Fn. 17 angeführt (Randnrn. 89, 90 und 93).

99. Entgegen der Argumentation der EDF, dass das Gericht das vom Staat *de facto* gezeigte Verhalten beurteilt habe, meine ich, dass das Gericht seine Würdigung vielmehr auf das Verhalten gestützt hat, das der französische Staat „hätte zeigen können", wenn er denn anders gehandelt hätte. Das Gericht hat eine Vorgehensweise untersucht, die der Staat nach dem „Langschema" hätte verfolgen können. Dieses sah vor, zunächst das Kapital der EDF um einen Nettobetrag nach Körperschaftsteuer zu erhöhen, sodann der EDF eine Steuer in Höhe der Veränderung des Nettovermögens aufzuerlegen und schließlich eine zusätzliche Kapitalerhöhung in Höhe der entrichteten Steuer vorzunehmen.

100. In diesem Zusammenhang weist die Kommission zutreffend darauf hin, dass bei Durchführung des „Langschemas" der Staatshaushalt, der ja einer genauen Kontrolle unterliegt, Transparenz gewährleistet hätte – deren Fehlen gerade die Krux des vorliegenden Falls darstellt. Im Rahmen des im vorliegenden Fall tatsächlich durchgeführten Schemas unterlagen die Mittel keinerlei Haushaltsdisziplin, wurde der Grundsatz der steuerlichen Gleichbehandlung missachtet und genoss die EDF eine Sonderbehandlung ohne jede Transparenz.

101. Wie Iberdrola vorträgt, ist die These, es spiele keine Rolle, ob ein Steuerbetrag dem Kapital eines öffentlichen Unternehmens – in völlig undurchsichtiger Weise – unmittelbar zugewiesen werde oder ob der Betrag in den Staatshaushalt fließe, ganz eindeutig verfehlt. Es steht nämlich keineswegs von vornherein fest, dass es zu der Kapitalerhöhung, die das Gericht der fraglichen Steuerbefreiung gleichsetzt, tatsächlich auch dann gekommen wäre, wenn der französische Staat zunächst die Steuer erhoben hätte, um diesen Betrag in seinen Haushalt zu vereinnahmen, und dann im Wege der einschlägigen Verfahren versucht hätte, einen der erhobenen Steuer entsprechenden Betrag bei der EDF zu investieren.

102. Im Übrigen ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Qualifizierung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe nicht davon abhängt, welche Maßnahmen ansonsten „hätten" durchgeführt werden „können". Maßgebend sind vielmehr die objektiven Merkmale der Maßnahme, die der Mitgliedstaat tatsächlich durchgeführt hat[44].

103. Zudem hat das Gericht im Urteil BNP Paribas und BNL/Kommission[45] zutreffend darauf hingewiesen, dass „es bei der Prüfung einer Regelung anhand der Bestimmungen auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen nicht der Kommission obliegt, die subjektiven Entscheidungen in Betracht zu ziehen, die die durch diese Regelung Begünstigten hätten treffen können, hätte es diese Regelung nicht gegeben, sondern dass sie diese Regelung zu prüfen hat, um zu ermitteln, ob sie objektiv einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber der Besteuerung beinhaltet, von der sie abweicht und die normalerweise, gäbe es die Regelung nicht, anwendbar wäre … Die Erwägung, dass die betreffenden Unternehmen, gäbe es die streitige [Regelung] nicht, ihre Aktiva nicht veräußert hätten, ist im Zusammenhang einer derartigen objektiven Beurteilung nicht erheblich."

104. Zu beachten ist, dass nach dem vom Gericht im vorliegenden Fall verfolgten Ansatz die Kommission zu einer „Gesamtbeurteilung" verpflichtet ist, d. h. zu einer Beurteilung, die sich einerseits auf den Steuereinnahmenverlust, der aufgrund der der EDF gewährten Steuerbefreiung entsteht, und andererseits auf die weitere Kapitalerhöhung erstreckt, die der staatliche Anteilsinhaber vorgenommen haben soll. Insoweit genügt der Hinweis, dass bei diesem Ansatz davon ausgegangen wird, dass ein unmittelbarer und zwingender Verwendungszusammenhang zwischen dem eingenommenen Steuerbetrag und der angeblichen Kapitalerhöhung besteht. Wie jedoch klar geworden sein dürfte, wäre der Steuerbetrag, wenn er erhoben worden wäre, ohne konkreten, zwingenden Verwendungszusammenhang in den allgemeinen Staatshaushalt geflossen.

44 — Urteil vom 15. Dezember 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Randnr. 114).

45 — Urteil des Gerichts vom 1. Juli 2010 (T-335/08, Slg. 2010, II-3323, Randnr. 169).

105. Nach der Rechtsprechung ist eine Gesamtbeurteilung einer Abgabe als Art der Finanzierung nur dann angebracht, wenn sie mit der Beihilfemaßnahme untrennbar verbunden ist, d. h., wenn ein bestimmtes Abgabenaufkommen speziell für den fraglichen Zweck „verwendet" wird. Demzufolge heißt es: „Damit eine Abgabe als Bestandteil einer Beihilfemaßnahme angesehen werden kann, muss nach der einschlägigen nationalen Regelung zwischen der Abgabe und der Beihilfe ein zwingender Verwendungszusammenhang in dem Sinne bestehen, dass das Abgabenaufkommen notwendig für die Finanzierung der Beihilfe verwendet wird und unmittelbar deren Umfang beeinflusst." [46]

106. Des Weiteren ist die Frage, ob die hier streitige Maßnahme ein sinnvoller Schritt des französischen Staates war, schlichtweg unerheblich. Darum geht es bei dem Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht. Nach der Rechtsprechung sollen anhand dieses Kriteriums vielmehr die Lage öffentlicher Unternehmen mit derjenigen privater Unternehmen, nicht jedoch die Kosten des Staates für zwei verschiedene Transaktionen verglichen werden.

107. Insoweit heißt es in Randnr. 262 des angefochtenen Urteils, dass „[w]ie jeder Gläubiger, der Inhaber einer Gesellschaft ist, … der Staat nämlich auf eine Forderung verzichten [kann], indem er sie in Kapital umwandelt. Diese Transaktion, mit der der Eigentümer einer Gesellschaft das Gesellschaftskapital durch Erlass einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung erhöht, ist ein Kompensationsvorgang, der auch von einem umsichtigen privaten Kapitalgeber unter normalen Marktbedingungen vorgenommen werden kann." In der mündlichen Verhandlung hat der Gerichtshof deshalb folgende Frage gestellt: Wenn ein privates Unternehmen Rückstellungen gebildet hat, um eine Forderung seines Alleininhabers begleichen zu können, und dieser auf die Forderung verzichtet, um das Kapital des Unternehmens zu erhöhen, ist diese Transaktion dann nach Art. 38 Abs. 2 des Code général des impôts zu besteuern? In ihrer Antwort hat die Kommission erklärt, dass es unstreitig niemals zu einer Kapitalerhöhung in gleicher Höhe kommen würde, da ein privater Wirtschaftsteilnehmer (der Steuern zu entrichten habe und diese nicht in Kapital umwandeln könne) nicht über den Steuerbetrag verfügen könne, während hier der französische Staat die Möglichkeit habe, eben diesen Betrag wieder als Kapital zuzuführen.

108. Somit ergibt sich, dass das Gericht bei seinem Vergleich auf der einen Seite auf ein Verhalten abgestellt hat, das der französische Staat „hätte zeigen können" – d. h. auf das Langschema (im Gegensatz zum tatsächlichen Verhalten des Staates) –, auf der anderen Seite aber nicht einen potenziell auf dem Markt existenten privaten Referenzwirtschaftsteilnehmer definiert hat.

109. Es wurde jedoch bereits festgestellt, dass nach ständiger Rechtsprechung eine vom Staat oder von öffentlichen Einrichtungen vorgenommene Kapitalerhöhung nicht als staatliche Beihilfe angesehen werden kann, wenn ein privater Wirtschaftsteilnehmer unter normalen Marktbedingungen die Investition getätigt hätte [47]. Insoweit ist zu prüfen, ob ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die betreffende öffentliche Einrichtung in vergleichbarer Lage Kapitalhilfen dieses Umfangs gewährt hätte [48].

110. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zudem, dass im vorliegenden Fall ein privates Unternehmen eindeutig nicht in der Lage gewesen wäre, Rückstellungsbeträge in Kapital umzuwandeln, ohne zuvor Körperschaftsteuer entrichten zu müssen. Demnach hätte dem privaten Investor dieser Steuerbetrag nicht mehr zur Verfügung gestanden und damit auch nicht der angeblich zur weiteren Kapitalerhöhung verwendete Betrag, den der französische Staat – in Ausübung seiner Vorrechte – „investieren" konnte.

46 — Urteil vom 17. Juli 2008, Essent Netwerk Noord u. a. (C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Randnrn. 89 f. und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 — Vgl. u. a. Urteile vom 21. März 1991, Italien/Kommission („ENI-Lanerossi", C-303/88, Slg. 1991, I-1433, Randnrn. 20 bis 24), vom 21. März 1991, Italien/Kommission (C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Randnrn. 19 f., im Folgenden: Urteil Alfa Romeo), und vom 8. Mai 2003, Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission (C-328/99 und C-399/00, Slg. 2003, I-4035, Randnr. 38).

48 — Vgl. Urteil Alfa Romeo, oben in Fn. 47 angeführt, Randnr. 19, Urteile des Gerichts vom 29. Juni 2000, DSG/Kommission (T-234/95, Slg. 2000, II-2603, Randnr. 119), und vom 12. Dezember 2000, Alitalia/Kommission (T-296/97, Slg. 2000, II-3871, Randnr. 96), sowie Urteil Westdeutsche Landesbank (oben in Fn. 32 angeführt, Randnr. 245).

111. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Chronopost I[49] zu verweisen, da er meines Erachtens in jener Sache im Wesentlichen so vorgegangen ist, wie dies auch im vorliegenden Fall geboten ist. Im Urteil Chronopost I hat der Gerichtshof ausgeführt, dass ein Vergleich der Lage von La Poste mit derjenigen eines privaten Kapitalgebers nicht angebracht sei.

112. In jenem Fall hatte das Gericht nämlich ebenfalls die Anwendung des Kriteriums des privaten Geldgebers zugelassen, während der Gerichtshof dies in der Rechtsmittelinstanz zurückgewiesen hat. Dies war deshalb erforderlich, weil sich La Poste in einer ganz besonderen Situation befand: Sie hatte ein Netz von Postämtern zu erhalten, um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen zu können, während ein privater Kapitalgeber – der keine Monopolstellung hat – sich niemals in dieser Lage befinden würde.

113. Aus dem Urteil Chronopost I folgt also, dass immer dann, wenn sich ein öffentliches Unternehmen in einer Situation befindet, mit der ein privates Unternehmen naturgemäß nicht konfrontiert sein könnte, keine Vergleichsgrundlage gegeben ist. Meines Erachtens ging es im Urteil Chronopost I darum, die Höhe des Ausgleichs für eine öffentliche Dienstleistung zu bestimmen, und nicht unmittelbar um den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Das Urteil ist jedoch für den vorliegenden Fall relevant und ist entsprechend heranzuziehen.

114. Ich bin daher der Meinung, dass dem Gericht bei der Heranziehung der Rechtsprechung dadurch ein Fehler unterlaufen ist, dass es in Randnr. 278 des angefochtenen Urteils gestützt auf Randnr. 38 des Urteils Chronopost I entschieden hat, dass „das Fehlen eines privaten Referenzkapitalgebers dem Erfordernis, die Transaktion im Licht der ‚normalen Marktbedingungen' zu prüfen, nicht entgegen[steht], da die zwangsläufig hypothetischen ‚normalen Marktbedingungen' anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln sind".

115. Es ist zweckmäßig, sich zunächst die Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Chronopost I anzusehen, denen der Gerichtshof gefolgt ist. Nach den Ausführungen des Generalanwalts in Nr. 47 „würde ein privates Unternehmen, das nicht verpflichtet wäre, ein dem Netz der französischen Post vergleichbares öffentliches Postnetz zu unterhalten, um die Erbringung von Universalpostdienstleistungen sicherzustellen …, ‚unter normalen Marktbedingungen' gar nicht über ein derartiges Postnetz verfügen und wäre folglich nicht in der Lage, seiner Tochtergesellschaft eine logistische Unterstützung von der hier in Rede stehenden Art zu gewähren … [D]as Gericht [hat] Artikel 87 EG unrichtig ausgelegt, als es von der Kommission verlangt hat, die Gegenleistung zu beziffern, die eine hypothetische private Finanzgesellschaft …, die nicht zur Sicherstellung von Universalpostdienstleistungen verpflichtet wäre und folglich nicht über ein Monopol verfügte, für eine solche Unterstützung verlangt hätte, denn es hat als Maßstab für die Feststellung eventueller staatlicher Beihilfen auf einen privaten Wirtschaftsteilnehmer abgestellt, den es in Wirklichkeit unter ‚normalen Marktbedingungen' gar nicht gibt." In Nr. 45 kommt der Generalanwalt zu dem Ergebnis, dass „das Gericht … von der Kommission verlangt [hat], eine Prüfung vorzunehmen, die völlig unrealistisch und deshalb zur Feststellung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 87 EG in einem solchen Fall ungeeignet ist".

116. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers war in der Rechtssache Chronopost I eindeutig nicht einschlägig. Zu diesem Ergebnis ist auch der Gerichtshof gelangt, der genau deshalb auf einen Rechtsfehler des Gerichts erkannte und die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers in einem solchen Fall zurückwies. So hat der Gerichtshof in Randnr. 33 des Urteils Chronopost I entschieden, dass die „Würdigung [des Gerichts unter Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers], die verkennt, dass sich ein Unternehmen wie die Post in einer ganz anderen Situation befindet als ein privates Unternehmen, das unter normalen Marktbedingungen tätig ist, … mit einem Rechtsfehler behaftet [ist]".

49 — Oben in Fn. 20 angeführt.

117. Daher hat der Gerichtshof in der Rechtssache Chronopost I in gewisser Weise dieselbe Problematik behandelt, die auch dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren zugrunde liegt: die Notwendigkeit, diejenigen Fälle vom Geltungsbereich des Grundsatzes des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers auszunehmen, in denen es keinen real existierenden privaten Wirtschaftsteilnehmer gibt, mit dessen Verhalten die Handlungen des Staates verglichen werden könnten.

118. Aus diesem Grund kann die im angefochtenen Urteil vorgenommene Prüfung jedenfalls insofern keinen Bestand haben, als sie auf einer Anzahl von Fiktionen bezüglich des Verhaltens des Staates und eines privaten Standardkapitalgebers beruht. Die beiden Vergleichselemente – das Verhalten des Staates auf der einen und das Verhalten des privaten Kapitalgebers auf der anderen – werden derart verändert, dass kein Vergleich zwischen dem tatsächlichen Verhalten des Staates und dem Verhalten eines real existierenden privaten Marktwirtschaftsteilnehmers mehr stattfindet.

119. Demzufolge verliert das vom Gericht skizzierte Kriterium des privaten Kapitalgebers seine Bedeutung. Das Gericht hat bei seiner Prüfung des Kriteriums die „normalen" Marktbedingungen nicht mehr anhand der in der Wirklichkeit existierenden Elemente beurteilt, die für einen privaten Referenzkapitalgeber, d. h. einen marktwirtschaftlich handelnden Standardkapitalgeber (den das Gericht nicht definiert hat), maßgeblich wären; sie werden auch nicht anhand der zur Kapitalbereitstellung verwendeten Mittel, sondern unter Zugrundelegung völlig hypothetischer Erwägungen beurteilt. Das Kriterium des privaten Kapitalgebers verlangt hingegen offenkundig die Prüfung, ob ein privater Kapitalgeber die fragliche Investition unter denselben Umständen getätigt hätte. Wie die Kommission bemerkt, können verschiedene Investitionen mit verschiedenen Kosten und verschiedenen Rentabilitätsaussichten verbunden sein.

120. Schließlich ist in Randnr. 249 des angefochtenen Urteils davon die Rede, dass „die Kommission … zu prüfen [hatte], ob ein privater Kapitalgeber in einer vergleichbaren Lage eine Investition vergleichbaren Umfangs vorgenommen hätte, unabhängig von der Form der staatlichen Intervention zur Erhöhung des Kapitals der EDF und von einer etwaigen Verwendung von Steuermitteln in diesem Zusammenhang; sie hatte somit die wirtschaftlichen Überlegungen hinter der Investition zu prüfen und mit dem Verhalten zu vergleichen, das ein privater Kapitalgeber im Hinblick auf das gleiche Unternehmen in der gleichen Lage an den Tag gelegt hätte".

121. Die EDF schließt sich der vom Gericht vorgenommenen Würdigung an und trägt im Wesentlichen vor, dass sämtliche Handlungen des Staates unter dem Gesichtspunkt der Rentabilität zu beurteilen seien [50].

122. Wie jedoch Iberdrola feststellt, könnten öffentliche Unternehmen, wenn es allein auf die wirtschaftlichen Überlegungen hinter einer staatlichen Investition ankäme, Vorteile aufgrund ihres Status als Eigentümer in Anspruch nehmen, da sich der staatliche Investor in einer grundsätzlich anderen Lage als ein privater Investor befindet. Nach dieser Sichtweise könnten öffentliche Unternehmen dann letztlich komplett von Steuern befreit werden.

123. Insoweit hat das Gericht im Urteil Westdeutsche Landesbank [51] zutreffend ausgeführt, dass es bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers nicht ausreiche, die Rendite, die das Land für den streitigen Vorgang erhalte, mit der Rendite zu vergleichen, die es für das Vermögen der Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen vor dieser Transaktion erhalten hatte, denn dieses Vermögen habe nicht der Logik eines privaten Kapitalgebers unterlegen. Vielmehr sei die vom Land dank des streitigen Vorgangs erhaltene Rendite mit derjenigen zu vergleichen, die ein hypothetischer privater Kapitalgeber für diese Transaktion verlangt hätte [52]. Der streitige Vorgang sei

50 — Sie verweist auf die Urteile vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission (234/84, oben in Fn. 38 angeführt, Randnr. 14), sowie Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission (oben in Fn. 47 angeführt, Randnr. 38).

51 — Oben in Fn. 32 angeführt (Randnrn. 313 bis 315).

52 — Vgl. in diesem Sinne Urteil DM Transport (oben in Fn. 35 angeführt, Randnr. 25).

nicht deshalb von der Anwendung des Beihilferechts der Union ausgenommen, weil er etwa für das Land sinnvoll sei. Ungeachtet dessen könne nicht dahingestellt bleiben, ob er die Stellung der Westdeutschen Landesbank stärke, indem er dieser einen Vorteil verschaffe, den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.

124. Bei Zugrundelegung des vom Gericht verfolgten Ansatzes hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, nach allgemeinen wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen vorzugehen, in deren Rahmen es ihnen erlaubt wäre, von ihren Vorrechten als Träger der öffentlichen Gewalt Gebrauch zu machen. Im vorliegenden Fall könnte die Französische Republik z. B. ihre steuerlichen Befugnisse zugunsten der EDF ausüben, falls – bei einer Gesamtbetrachtung – die Transaktion als zweckmäßiges Verhalten eines in Gewinnerzielungsabsicht handelnden Wirtschaftsteilnehmers qualifiziert werden könnte.

125. Genau diese Art von allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen hat der Gerichtshof in den Urteilen Hytasa und Gröditzer [53] jedoch beanstandet. Wie Iberdrola vorträgt, ging es in jenen Rechtssachen um die Frage, ob es zulässig ist, Deutschland und Spanien eine Berufung auf die Zweckmäßigkeit der fraglichen Maßnahmen (im Wesentlichen Kapitalerhöhungen) angesichts der Verpflichtungen zu gestatten, die ihnen als Träger der öffentlichen Gewalt im Fall einer Liquidation des begünstigten Unternehmens obliegen und die z. B. bestimmte Leistungen bei Arbeitslosigkeit betreffen. Der Gerichtshof hat solche allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen mit dem Hinweis auf Handlungen verworfen, die in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommen werden. Er verwies auf den Konflikt zwischen Zweckmäßigkeitserwägungen, die spezifisch beim Kriterium des privaten Kapitalgebers zum Tragen kommen, auf der einen Seite und der Berücksichtigung von Vorteilen und Abgaben, die sich aus den spezifischen Befugnissen und Verpflichtungen des Staates ergeben.

126. Insoweit ändert der Umstand, dass es in den Rechtssachen Hytasa und Gröditzer allein um „Verpflichtungen“ des Staates und nicht – wie hier – um die ihm zustehenden Befugnisse ging, entgegen den Ausführungen in den Randnrn. 256 ff. des angefochtenen Urteils und dem Vorbringen der EDF nichts daran, dass die Verpflichtungen – aber auch die Rechte – des Staates als Träger der öffentlichen Gewalt niemals in Verbindung mit denjenigen betrachtet werden dürfen, die er als Kapitalgeber hat.

127. Wie sich aus Randnr. 258 des angefochtenen Urteils ergibt, konnte dem Gericht demnach dieser Fehler nur deshalb unterlaufen, weil es ein weiteres Mal dem angegebenen Zweck der fraglichen Maßnahmen Vorrang vor einer Berücksichtigung der unabänderlichen Ausschließlichkeit der zur Durchführung der Maßnahme erforderlichen Befugnisse einräumt. Der Gerichtshof hat jedoch weder im Urteil Hytasa noch im Urteil Gröditzer das von den beiden Mitgliedstaaten geltend gemachte Ziel einer Gesamtrentabilität berücksichtigt, da er dessen Berücksichtigung im Rahmen von Investitionserwägungen für unerheblich hielt: Die Maßnahmen durften bereits aufgrund ihrer Natur bei den von den Mitgliedstaaten geltend gemachten Zweckmäßigkeitserwägungen nicht in Betracht gezogen werden.

128. Schließlich ist der Ansatz des Gerichts – wie die Kommission hervorhebt – vor allem deshalb paradox, weil er im Kontext der Liberalisierung des in Rede stehenden Marktes eingeführt wird. Da die Steuerbefreiung einen erheblichen Vorteil für das betroffene öffentliche Unternehmen darstellt, ist eine solche Maßnahme offensichtlich geeignet, dessen marktbeherrschende Stellung – im Widerspruch zur Liberalisierung des Marktes – fortbestehen zu lassen.

129. Nach alledem greift der zweite Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes durch.

53 — Oben in Fn. 27 angeführt (Randnr. 22) bzw. oben in Fn. 28 angeführt (Randnr. 134).

3. Dritter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes: Grundsatz der Gleichbehandlung

130. Die Kommission und Iberdrola rügen im Wesentlichen, dass in dem angefochtenen Urteil der Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen verkannt und dadurch eine günstigere steuerliche Behandlung des Staates, einschließlich von Unternehmen, die nicht im alleinigen Eigentum des Staates stünden, ermöglicht worden sei. Nach Auffassung der EDF und der französischen Regierung ist der dritte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

131. Ich möchte daran erinnern, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist und dass daher das Gericht – wie die Kommission ausführt – dadurch, dass es dem Staat das Recht zuerkennt, den in seinem alleinigen Eigentum stehenden Unternehmen bei ausreichender Rentabilität eine Steuerbefreiung zu gewähren, diesen Unternehmen tatsächlich eine Steuervergünstigung einräumt.

132. Dies läuft meines Erachtens auf einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot hinaus und lässt sich mit dem Zweck, der dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zugrunde liegt, nicht vereinbaren. Die Anwendung des Kriteriums in der vom Gericht konzipierten Form führt unweigerlich zu einer schwerwiegenden Verfälschung des Wettbewerbs zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen; dementsprechend handelt es sich bei der Voraussetzung, dass die gewählte Maßnahme auch im Bereich der Möglichkeiten eines privaten Kapitalgebers liegen muss, keineswegs um ein rein kosmetisches Erfordernis, sondern diese Voraussetzung berührt den Kern des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Daher meine ich, dass die Anwendung des Kriteriums in der vom Gericht konzipierten Form gegen Art. 295 EG in Verbindung mit Art. 87 EG verstößt. Insbesondere untergräbt die Anwendung des genannten Kriteriums in dieser Form die Ratio, die dem in Art. 295 EG verankerten Grundsatz der Neutralität innewohnt [54].

133. Dem Gericht zufolge müssten, da es auf die Art der Forderung nicht ankommt, alle finanziellen Vorteile, die der Staat in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse gewährt, im Licht dieses Grundsatzes beurteilt werden – was dazu führen würde, dass alle Maßnahmen, die ein privater Kapitalgeber nicht durchzuführen vermag, vom Begriff der staatlichen Beihilfe auszunehmen wären.

134. Wie Iberdrola ausführt, hat der Grundsatz, dass die Tätigkeit des Staates als Anteilsinhaber von seiner Tätigkeit als Träger der hoheitlichen Gewalt strikt zu trennen ist, den Gerichtshof im Wesentlichen auch zu der Feststellung veranlasst, dass bei einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung, das als Inhaber besonderer Rechte und zugleich auch als Wirtschaftsteilnehmer handelt, die Gefahr eines gegen die Art. 82 EG und 86 EG verstoßenden Interessenkonflikts besteht. Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann nämlich nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern sichergestellt ist [55]. Ähnlich hat der Gerichtshof auch entschieden, dass eine staatliche Maßnahme gegen die Art. 86 Abs. 1 EG und 82 EG verstößt, wenn sie zur Ungleichheit der Chancen von Wirtschaftsteilnehmern, also zu verfälschtem Wettbewerb, führt [56]. Meines Erachtens verwehrt daher der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers den öffentlichen Unternehmen, Transaktionen zu Bedingungen vorzunehmen, die günstiger als die für private Unternehmen geltenden sind, oder Transaktionen durchzuführen, die private Unternehmen niemals tätigen könnten. Im vorliegenden Fall darf auch nicht übersehen werden, dass der Staat sich ebenso gut auch wie ein privater Kapitalgeber hätte verhalten können (siehe oben, Nr. 77).

135. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen bin ich der Meinung, dass im Fall einer Steuerbefreiung das Kriterium des privaten Kapitalgebers eindeutig nicht anwendbar ist.

54 — Vgl. Urteile vom 6. Juli 1982, Frankreich u. a./Kommission (188/80 bis 190/80, Slg. 1982, 2545, Randnr. 21), und Westdeutsche Landesbank (oben in Fn. 32 angeführt, Randnrn. 192 bis 194).

55 — Vgl. Urteil vom 1. Juli 2008, MOTOE (C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Randnrn. 48 ff.).

56 — Urteil vom 22. Mai 2003, Connect Austria (C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Randnr. 84).

136. Schließlich lässt sich, auch wenn das Gericht anscheinend seine Ausführungen auf den Fall beschränken will, dass der Staat Alleininhaber ist, dem Urteil meiner Meinung nach kein logischer Grund für eine solche Beschränkung entnehmen. Im Gegenteil, wenn – wie die Kommission anmerkt – neben dem Staat auch private Anteilsinhaber vorhanden sind, ist die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers umso eher geboten, da dann das Verhalten der anderen Anteilsinhaber häufig als angemessener Maßstab dienen kann.

137. Folglich greift der dritte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes durch.

4. Vierter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes: Beweislast

138. Die Kommission, Iberdrola und die Überwachungsbehörde rügen, dass das Gericht in Bezug auf die Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers die Regelungen über die Verteilung der Beweislast verkannt habe. Nach Auffassung der EDF und der französischen Regierung ist der vierte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

139. Zunächst möchte ich darauf hinweisen, dass das Gericht in den Randnrn. 248 bis 250 des angefochtenen Urteils andeutet, dass der Kommission der Beweis dafür obliegt, dass die fragliche Transaktion die Voraussetzungen des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllt. In Randnr. 278 rügt das Gericht die Kommission sogar, weil diese „keineswegs nachgewiesen [hat], dass kein mit dem öffentlichen Kapitalgeber vergleichbarer privater Referenzkapitalgeber existiert“. Ich gebe der EDF zwar insofern Recht, als die Kommission zu einer sorgfältigen und unparteiischen Prüfung der Unterlagen verpflichtet ist, jedoch folgt daraus meines Erachtens keineswegs, dass die Kommission allein deshalb eine Beurteilung der Steuerbefreiung anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers vorzunehmen hätte, weil der Mitgliedstaat dieses Kriterium 18 Monate nach Einleitung des Prüfverfahrens „erwähnt“. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers kann offensichtlich nicht von der Kooperationsbereitschaft des Mitgliedstaats abhängen.

140. Selbstverständlich hat die Kommission darzutun, dass die vom Staat gewährte finanzielle Unterstützung objektiv alle Merkmale erfüllt, um als staatliche Beihilfe eingestuft werden zu können. Wenn die Kommission dies dargetan hat, ist es dann allerdings Sache des Staates, nachzuweisen, dass er wie ein vernünftiger privater Kapitalgeber gehandelt hat. Wie die Überwachungsbehörde vorträgt, dient die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers als Einwendung gegen die Feststellung, dass es sich bei der gewährten Unterstützung um staatliche Beihilfe handelt. Demnach obliegt es dem betreffenden Staat, Beweise zur Begründung dieser Einwendung beizubringen.

141. So hat das Gericht im Urteil Freistaat Thüringen/Kommission[57] zutreffend im Wesentlichen ausgeführt, der betreffende Mitgliedstaat habe – wie es seine Sache sei, wenn alle Tatbestandsmerkmale einer staatlichen Beihilfe erfüllt sind – „Umstände angeführt, die beweisen sollen, dass die Gewährung der fraglichen Finanzhilfe dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Investors entsprochen hatte“.

142. Es ist schließlich nur logisch, dass der Mitgliedstaat, der sich auf dieses Argument beruft, auch die Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllt sind. Zudem sind der Mitgliedstaat und das begünstigte Unternehmen offenkundig auch die einzigen Beteiligten, die über die Wirtschafts- und Rechnungslegungsdaten verfügen, aus denen sich der Charakter und die Merkmale einer bestimmten Investition ablesen lassen.

57 — Urteil des Gerichts vom 19. Oktober 2005 (T-318/00, Slg. 2005, II-4179, Randnr. 180).

143. Dies gilt jedenfalls erst recht, wenn sich die Handlung, die nach Ansicht des Mitgliedstaats dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entspricht, auf den ersten Blick als Ausübung hoheitlicher Gewalt darzustellen scheint.

144. Den Gerichtsakten lässt sich entnehmen, dass die französischen Behörden im Verwaltungsverfahren keine sachdienlichen und konkreten Beweise zur Substantiierung ihres Vortrags beigebracht haben, der französische Staat habe wie ein vernünftiger privater Kapitalgeber gehandelt. Sie haben vielmehr lediglich ohne Vorlage von Beweisen geltend gemacht, die Kapitalerhöhung sei wegen der Rentabilitätsaussichten gerechtfertigt gewesen. Entgegen dem Vorbringen der EDF war die Kommission daher angesichts der Umstände des vorliegenden Falls und angesichts der Tatsache, dass die französischen Behörden trotz der beim Mitgliedstaat liegenden Beweislast nicht den geringsten konkreten Beweis erbracht haben, zur Nichtanwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers berechtigt, insbesondere da der Staat hier von seinen hoheitlichen Befugnissen Gebrauch gemacht hat.

145. Folglich hat das Gericht dadurch, dass es die Regelungen über die Verteilung der Beweislast nicht beachtet hat, einen Rechtsfehler begangen.

146. Tatsächlich bringt – wie die Überwachungsbehörde hervorhebt – die vom Gericht vorgenommene Beweislastumkehr die Kommission in eine unangenehme Lage. In der Regel kann die Kommission über die genauen Umstände der einem Unternehmen gewährten staatlichen Hilfe nur Bescheid wissen, wenn sie von dem betreffenden Staat hierüber unterrichtet wird. Alle einschlägigen Gesichtspunkte – und insbesondere der zugrunde liegende Sachverhalt und die Beweismittel – müssen vom Staat angeführt werden. Wenn die Kommission nicht alle notwendigen Tatsachen kennt, muss sie eine Entscheidung auf der Grundlage der Informationen treffen dürfen, die sich in ihrem Besitz befinden.

147. Darüber hinaus schließe ich mich der Auffassung der Kommission an, dass das Fehlen von Beweisen dafür, dass die Steuerbefreiung als Investition anzusehen ist, hinsichtlich deren der Staat – wie dies jeder private Kapitalgeber auch getan hätte – vor seiner Entscheidung die Aussichten für eine positive Rendite geprüft hat, einen weiteren Rechtsfehler offenbart.

148. Nach den Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Kommission/Scott[58] nämlich „hat der Unionsrichter die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Bereich staatlicher Beihilfen aufgrund der Informationen zu beurteilen, über die die Kommission bei Erlass der Entscheidung verfügte“.

149. Beim Erlass der streitigen Entscheidung im vorliegenden Fall lagen der Kommission jedoch keine Beweise dafür vor, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers relevant ist oder dass die Voraussetzungen für seine Anwendung vorlagen. Der Vorwurf, dass die Kommission die Steuerbefreiung nicht unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers geprüft hat, läuft daher darauf hinaus, die Kommission wegen der Nichtberücksichtigung von Angaben zu kritisieren, über die sie gar nicht verfügte.

150. Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die französischen Behörden im Verwaltungsverfahren keine objektiven Beweismittel zur Begründung ihrer Auffassung vorgelegt haben, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers anwendbar sei. Sie haben keine Berichte, Gutachten oder internen Untersuchungen vorgelegt, aus denen hervorginge, dass eine Rentabilitätsprüfung vorgenommen worden wäre. Selbst als das Gericht die Vorlage eines solchen Berichts verlangte, wurde lediglich ein Bericht eingereicht, der erst nachträglich erstellt worden ist: Die französischen Behörden besitzen mit anderen Worten keinen Bericht aus der Zeit, in der die

58 — Urteil vom 2. September 2010 (C-290/07 P, Slg. 2010, I-7763, Randnr. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

angebliche Investition erfolgte. Demnach hat es den Anschein, dass der französische Staat 888,89 Mio. Euro in ein Unternehmen investiert hat, ohne zuvor eine Prüfung vorgenommen oder einen Geschäftsplan erstellt zu haben, und dennoch macht er geltend, dieses Verhalten sei mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers vergleichbar.

151. Folglich greift auch der vierte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes und damit der zweite Rechtsmittelgrund in seiner Gesamtheit durch.

5. Folgen der Nichtigerklärung

152. Nach Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs kann dieser im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Gerichts den Rechtsstreit entweder selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen.

153. Im vorliegenden Fall hat das Gericht nicht alle von der EDF angeführten Klagegründe geprüft. Daher ist es angebracht, die Sache zur erneuten Prüfung an das Gericht zurückzuverweisen und die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorzubehalten.

154. Allerdings kann der Gerichtshof selbst endgültig über eine Frage entscheiden, wenn diese zur Entscheidung reif ist. Meines Erachtens verfügt der Gerichtshof nunmehr über alle Angaben, die benötigt werden, um über den von der EDF im ersten Rechtszug angeführten dritten Teil des zweiten Klagegrundes entscheiden zu können, mit dem die EDF im Wesentlichen geltend gemacht hatte, dass die streitigen Maßnahmen als Kapitalerhöhung hätten angesehen und im übergeordneten Zusammenhang der Klärung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Staat und der EDF hätten gewürdigt werden müssen und dass sich der Staat somit wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber verhalten habe. Nach den vorstehenden Ausführungen in den vorliegenden Schlussanträgen ist dieser dritte Teil des zweiten Klagegrundes jedoch zurückzuweisen.

## V – Ergebnis

155. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

— das Urteil des Gerichts der Europäischen Union (Dritte Kammer) vom 15. Dezember 2009, EDF/Kommission (T-156/04), aufzuheben, soweit darin die Art. 3 und 4 der Entscheidung der Kommission vom 16. Dezember 2003 über Beihilfemaßnahmen zugunsten der EDF und des Sektors der Strom- und Gaswirtschaft (C 68/2002, N 504/2003 und C 25/2003) für nichtig erklärt wurden,

— die Sache zur erneuten Prüfung an das Gericht zurückzuverweisen,

— die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorzubehalten.