

RECHTSGUTACHTEN

ÜBER DIE

EU-WETTBEWERBSRECHTSKONFORMITÄT EINES ALTERSVORSORGEFONDS

ERSTELLT

IM AUFTRAG DES

VERBRAUCHERZENTRALE BUNDESVERBANDS

VON

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

19. DEZEMBER 2018

Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Gliederung

A. Sachverhalt	4
B. Ziel des Gutachtens	6
C. Rechtsgutachterliche Prüfung	7
I. Gang der Untersuchung	7
II. Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts	8
1. Verhältnis EU-Wettbewerbsrecht und nationales Wettbewerbsrecht.....	8
2. Das Vorliegen einer zwischenstaatlichen Relevanz	9
3. Vorliegen eines Unternehmens	10
III. Kartellverbot, Art. 101 AEUV	13
IV. Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV (i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV)	15
1. Reichweite des Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV und „Opt-out“-Modell.....	15
a) Verschärfung der Rechtsprechung zur Gewährung besonderer Rechte.....	15
b) „Opt-out“-Regelung als besonderes Recht?.....	18
2. Rechtfertigungsmöglichkeiten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	20
a) Anforderungen an Art. 106 Abs. 2 AEUV im Spiegel der Rechtsprechung und Kommissionspraxis	20
aa) Mitgliedstaatliche Spielräume bei der Bestimmung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	21
bb) Strengere Prüfung der Erforderlichkeit.....	22
b) Konsequenzen für das „Opt-out“-Modell	22
3. Zwischenergebnis.....	23
V. EU-Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV	24
1. Staatliche Mittel	24
2. Wettbewerbsverfälschung	26
3. Die selektive Begünstigung bestimmter Unternehmen und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH/EuG sowie Beschlusspraxis der Kommission	27
a) Angemessenheit von Leistungen und Gegenleistungen sowie „Market-economy-investor“-Test	27

b) Entscheidend: Verhältnis des Staates zum Fonds.....	31
aa) Mögliche Begünstigungseffekte.....	31
bb) Mögliche Begünstigungseffekte in der Gründungsphase; Anschubfinanzierung und alternative Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV.....	31
cc) Mögliche Begünstigungseffekte in der operativen Phase.....	32
c) Unproblematisch: Verhältnis des Fonds zu anlegenden Unternehmen.....	34
d) Zwischenergebnis	34
4. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten im Fall einer Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?	35
a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Beihilfenrecht	35
b) Konsequenzen für die Ausgestaltung des Altersvorsorgefonds und Zwischenergebnis	37
VI. Vergaberechtliche Anforderungen.....	38
1. Ausschreibungspflichten im Rahmen der Gründungsphase des Altersvorsorgefonds?.....	38
2. Vergaberechtliche Verpflichtungen für den Fonds.....	41
VII. Ergebnisse und Handlungsempfehlungen.....	43

A. Sachverhalt

Auf der Basis der mir vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Rentenreform aus dem Jahr 2001 gestaltete die bisherige private Altersvorsorge insofern teilweise um, als sie die solidarisch und umlagefinanzierte gesetzliche Rente durch individuelle, private und kapitalgedeckte Elemente substituierte bzw. ergänzte. Diese Form der privaten Altersvorsorge weist jedoch in der praktischen Umsetzung eine Reihe von Problemen auf, so dass in der Folge für die Verbraucher keine optimalen Produkte zur Verfügung stehen bzw. deren Identifikation schwierig ist. Daher fordert der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), ein staatlich organisiertes und angebotenes Vorsorgeprodukt zu schaffen und Verbrauchern leicht zugänglich zu machen. Das Produkt wird als „Altersvorsorgefonds“ bezeichnet und ist durch folgende Eckpunkte gekennzeichnet:

- Der Fonds soll in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft geführt werden. So sollen Gewinninteressen privater Eigentümer ausgeschlossen werden.
- Das operative Geschäft der Kapitalanlage soll ausgelagert werden. Die Beitragsverbuchung und die Auszahlung erfolgen durch den Träger.
- Die Kapitalanlage soll zeitlich befristet ausgeschrieben werden, wobei die Ausschreibungszeiträume noch offen sind. Mögliche Alternativen sind hier fünf, zehn oder 20 Jahre.
- Der Fonds soll durch zwei Kontrollgremien überwacht werden: Ein fachliches Gremium, das mit Experten besetzt ist, soll den Fonds inhaltlich dabei unterstützen, die Anlagegrundsätze festzulegen und die Einhaltung dieser Grundsätze zu überwachen. Ein partizipatives Gremium soll mit gesellschaftlichen Akteuren besetzt werden.
- Der Fonds soll ausschließlich der privaten Altersvorsorge dienen. Es soll sich um ein Standardprodukt als Ergänzung zu den im Markt bereits angebotenen Altersvorsorgeprodukten handeln.
- Der Fonds soll allen Verbraucherinnen und Verbrauchern offenstehen. Es soll einen schlanken, kostenarmen Zugang zum Fonds geben. So soll eine hohe Marktdurchdringung ermöglicht werden. Als ultima ratio wäre auch ein „Opt-out“-

Modell denkbar, um gleichsam einen „sanften Zwang“ („Nudging“) zu generieren. Jeder Verbraucher soll ein individuelles Konto erhalten, aus dem sich die individuellen Ansprüche gegen den Fonds ableiten. Das Besparen im Fonds soll nicht besonders öffentlich gefördert werden. Die Besteuerung soll vielmehr dem allgemeinen System der Besteuerung solcher Ansparvorgänge folgen.

- Die Rechtsform ist noch offen. Sie kann grundsätzlich sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich ausgestaltet werden. Es soll jedoch eine öffentlich-rechtliche Steuerung gegeben sein und an der Institution sollen keine Privaten beteiligt werden. Die diesbezüglichen näheren Ausgestaltungsfragen sollen in einem parallel vom vzbv zu vergebenden Gutachten zur „Rechtsform eines Altersvorsorgefonds unter Berücksichtigung des Zugriffs des Staates auf Kapital und Anlagestrategie“ geklärt werden.
- Das Aufsichtsregime ist sodann abhängig von der gewählten Rechtsform. Es soll aber keine Privilegierung im Aufsichtsregime geben.
- Das etwaig erforderliche Gründungskapital der Fondsgesellschaft soll angesichts der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft von der öffentlichen Hand bereitgestellt werden. Die Gesellschaft soll im Übrigen von der öffentlichen Hand jedoch nicht gefördert werden. Das gilt auch im Falle der Einbindung öffentlich-rechtlicher Entitäten in die Vertriebsstruktur. Dies soll nur gegen Zahlung eines entsprechenden angemessenen Entgelts erfolgen. Davon unberührt bleibt die Informationsfunktion der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung gemäß § 15 Abs. 4 SGB I, die „über Möglichkeiten zum Aufbau einer staatlich geförderten zusätzlichen Altersvorsorge produkt- und anbieterneutral Auskünfte erteilen“ sollen. Hier wird erwogen, diese Informationsfunktion auch auf den geplanten Altersvorsorgefonds zu erstrecken.

B. Ziel des Gutachtens

Ziel des Gutachtens ist es, zu prüfen, wie ein staatlich organisierter Altersvorsorgefonds auszugestaltet ist, um die Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts einzuhalten. Dabei soll insbesondere betrachtet werden, welche wettbewerbsrechtlichen Implikationen die Wahl der Rechtsform und die unterschiedlichen Fristen für die Ausschreibung der Kapitalanlage haben. Dabei sind auch die Implikationen eines sanften Zwangs („Opt-out“) für die Verbraucherinnen und Verbraucher wettbewerbsrechtlich zu bewerten. Mit dem Gutachten soll die Grundlage dafür geschaffen werden, dass ein rechtskonformes Modell eines Altersvorsorgefonds entwickelt werden kann.

C. Rechtsgutachterliche Prüfung

I. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung verlangt zunächst, dass in einem „allgemeinen“, das gesamte europäische Wettbewerbsrecht erfassenden Schritt gefragt wird, unter welchen Voraussetzungen der zwischenstaatliche Handel betroffen ist und es sich bei dem Fonds um eine unternehmerische Tätigkeit handelt, so dass das EU-Wettbewerbsrecht überhaupt einschlägig ist. In diesem Zuge ist auch das Verhältnis vom nationalen zum EU-Wettbewerbsrecht zu klären (II.). Sodann können in weiteren spezifischen Schritten die verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Vorgaben analysiert werden. Am Anfang steht insoweit die Prüfung des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV (III.). Es folgt die Analyse des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV (IV.) und des EU-Beihilfenrechts aus Art. 107 ff. AEUV (V.). Ergänzend werden schließlich die vergaberechtlichen Anforderungen knapp skizziert (VI.). Die Zusammenfassung (VII.) enthält Handlungsempfehlungen für eine EU-wettbewerbsrechtskonforme Ausgestaltung des Altersvorsorgefonds.

II. Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts

1. Verhältnis EU-Wettbewerbsrecht und nationales Wettbewerbsrecht

Mit Blick auf das Verhältnis von EU-Wettbewerbsrecht und nationalem Wettbewerbsrecht gilt nach allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen zunächst, dass Ersteres Letzterem im Fall seiner Anwendbarkeit vorgeht. Das EU-Wettbewerbsrecht ist beim Vorliegen einer zwischenstaatlichen Relevanz also einschlägig und vorrangig anzuwenden. Allerdings haben sich für die verschiedenen kartellrechtlichen Bereiche Ausdifferenzierungen entwickelt, zumal die VO 1/2003¹ das Verhältnis einfachgesetzlich geregelt hat und für das Kartellverbot in ihrem Art. 3 näher normiert. Die einschlägigen parallelen Vorschriften der §§ 1, 2 GWB sind aber ohnehin den unionsrechtlichen Vorgaben angeglichen, so dass es insoweit nicht zu heterogenen Steuerungsvorgaben kommen kann.² Für die Missbrauchskontrolle findet sich in § 20 GWB dagegen eine im Vergleich zum Unionsrecht strengere Missbrauchsvorschrift, die auch im Fall einer relativen Marktmacht greift und gegebenenfalls besonderer Berücksichtigung bedarf.³ Für das EU-Beihilfenrecht stellen sich diese Fragen nach dem Verhältnis zum nationalen Recht nicht in vergleichbarer Dringlichkeit, da es zum EU-Beihilfenrecht keine korrelierenden Vorschriften auf nationaler Ebene im deutschen Recht gibt, so dass *a priori* ausschließlich auf das EU-Recht abzustellen ist. Weitergehende Vorgaben aus dem nationalen Subventionsrecht sind vorliegend nicht ersichtlich. Ergänzend sei für die vergaberechtliche Prüfung darauf hingewiesen, dass für das aus den EU-Grundfreiheiten abgeleitete EU-Primärvergaberrecht ebenfalls eine zwischenstaatliche Relevanz gegeben sein muss, während im EU-Sekundärvergaberrecht im Falle des Überschreitens des EU-Schwellenwertes eine Binnenmarktrelevanz typisiert angenommen wird.

¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABL. 2003 L 1/1.

² *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, vor Art. 101 AEUV, Rdnr. 10 m.w.Nachw.

³ *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, vor Art. 101 AEUV, Rdnr. 11 m.w.Nachw.

2. Das Vorliegen einer zwischenstaatlichen Relevanz

Vor diesem Hintergrund ist für die weitere Prüfung zu fragen, ob überhaupt eine zwischenstaatliche Relevanz gegeben ist. Das grenzüberschreitende Element der sogenannten Zwischenstaatlichkeitsklausel kann man angesichts der immer dichter werdenden Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströme nur ausnahmsweise verneinen. Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel können regelmäßig im EU-beihilfenrechtlichen Sinne nur dann ausgeschlossen werden, wenn es sich um rein lokale Wirtschaftstätigkeiten handelt. In kartellrechtlicher Hinsicht wird darüber hinaus verlangt, dass die mögliche Beeinträchtigung spürbar ist.⁴ Ähnlich wie im übrigen Wettbewerbsrecht und in Bezug auf die Grundfreiheiten legt der EuGH zur Feststellung der Zwischenstaatlichkeit letztlich folgende Formulierung zugrunde:

„Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinn beeinflussen kann.“⁵

Da vorliegend das Vorsorgeprodukt im Wettbewerb mit anderen privaten Altersvorsorgeprodukten stehen wird, die auch von EU-ausländischen Anbietern angeboten werden können,⁶ liegt diese Voraussetzung vor. Damit greift das vorrangig anzuwendende EU-Wettbewerbsrecht sowie das aus den EU-Grundfreiheiten abgeleitete EU-Primärvergaberecht, sofern nicht in Bezug auf Letzteres das EU-Sekundärvergaberecht einschlägig ist.

⁴ EuGH, Rs. C-215/96 u. C-216/96 – *Carlo Bagnasco u.a.*, Slg. 1999, I-135, Rdnr. 48 m.w.Nachw.; EuGH, verb. Rs. C-125/07 P u.a. – *Erste Group Bank AG u.a.*, Slg. 2009, I-8681, Rdnr. 37; siehe auch die Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl. EU 2004, Nr. C 101, S. 7, Ziff. 44 ff.

⁵ Siehe etwa Rs. C-215/96 u. C-216/96 – *Carlo Bagnasco u.a.*, Slg. 1999, I-135, Rdnr. 47; EuGH, Rs. C-238/05 – *Asnef-Equifax und Administración del Estado*, Slg. 2006, I-11125, Rdnr. 34; EuGH, verb. Rs. C-125/07 P u.a. – *Erste Group Bank AG u.a.*, Slg. 2009, I-8681, Rdnr. 38.

⁶ Siehe die Einschätzung im Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, „Vorsorgekonto“ als Basisprodukt der staatlich geförderten privaten Altersvorsorge, 2012, WD 3 – 3000 – 284/12; WD 11 – 3000 – 159/12, S. 13 f.

3. Vorliegen eines Unternehmens

Sodann stellt sich die Frage, ob der Fonds überhaupt eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, daher das Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ im Sinne des EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts erfüllt und somit dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Zur Beantwortung dieser Frage sind insbesondere die umfassende Rechtsprechung von EuGH und EuG und die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission im Sozialversicherungs- und Vorsorgesektor zu untersuchen. Dabei ist allerdings zu konzedieren, dass es in der Europäischen Union eine erhebliche Heterogenität der Sozialversicherungs- und Vorsorgesysteme gibt, so dass jegliches Modell einer sehr individuellen Bewertung bedarf und entsprechende Aussagen über einen Mitgliedstaat nicht ohne weiteres auf andere Mitgliedstaaten übertragen werden können.

Davon unabhängig ist das Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ im Ausgangspunkt denkbar weit zu verstehen.⁷ Erfasst wird „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.⁸ Noch weiter gehend ist jedes auf das Angebot bzw. auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtete und damit marktbezogene Verhalten als wirtschaftliche Betätigung zu qualifizieren.⁹ Letzteres ist jedenfalls dann der Fall, wenn Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt angeboten werden.¹⁰ Die mangelnde Absicht der Gewinnerzielung ist kein Ausschlusskriterium.¹¹

⁷ Siehe hierzu und zum folgenden bereits Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 106 AEUV, Rn. 7 ff; vgl. EuGH C-364/92, Slg. 1994, I-43 Rn. 22 ff. – *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*; für eine Zusammenstellung der vom EuGH entwickelten Kriterien zur Begrenzung des Begriffs der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ siehe *Bien*, Die Einflüsse des europäischen Kartellrechts auf das nationale Gesundheitswesen, 2004, S. 116 ff.; ebenso *Kluckert*, Gesetzliche Krankenkassen als Normadressaten des Europäischen Wettbewerbsrechts, 2009, S. 89 ff.

⁸ EuGH C-309/99, Slg. 2002, I-1577 Rn. 47 – *Wouters*; EuGH C-222/04, Slg. 2006, I-289 Rn. 108 – *Sparkasse Florenz*.

⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI-Mitteilung), ABl. 2012 C 8/4 Rn. 11; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 7; vgl. *Stockenhuber*, Europäisches Kartellrecht, 1999, S. 6.

¹⁰ EuGH C-309/99, Slg. 2002, I-1577 Rn. 47 f. – *Wouters*; vgl. auch schon Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599 Rn. 7 – *Kommission/Italien*.

¹¹ EuGH C-244/94, Slg. 1995, I-4013 Rn. 21 – *Fédération française des sociétés d'assurance u. a.*; DAWI-Mitteilung, ABl. 2012, C 8/4 Rn. 9; vgl. auch *Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 106 AEUV, Rn. 18; *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.),

Spezielle Kriterien haben sich in der Luxemburger Rechtsprechung, ausgehend von der Rechtssache *Poucet*, und in der Beschlusspraxis im Sozialversicherungs- und Vorsorgesektor herausgebildet¹² und wurden mittlerweile von der Kommission rezipiert.¹³ Die Kriterien dienen der Unterscheidung, ob das System der sozialen Sicherung auf dem Prinzip der Solidarität beruht oder wirtschaftlicher Art ist.¹⁴ Für die Einordnung kommt es darauf an, ob eine Pflichtmitgliedschaft besteht,¹⁵ das Absicherungssystem rein sozialen Zwecken¹⁶ – und nicht etwa Erwerbszwecken¹⁷ – dient, Leistungen beitragsunabhängig¹⁸ und nicht stets proportional zu den Einkünften der Versicherten¹⁹ gewährt werden, und inwieweit das System staatlicher Kontrolle unterliegt.²⁰

Demzufolge erfüllen private Zusatzrentenversicherungs- bzw. Vorsorgesysteme die genannten Voraussetzungen nicht: So hat eine durch freiwillige Mitgliedschaft begrenzte

EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 11; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 7; dem Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht kommt auch keine Indizwirkung zu, anders *Fesenmair*, Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht, 1996, S. 41.

¹² EuGH C-159 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 – *Poucet et Pistre*; vgl. näher zum Sozialversicherungs- und Vorsorgesektor *Sauter*, Public Services in EU Law, 2014, S. 120 - 122 und *Schweitzer*, in: Cremona (Hrsg.), Market Integration and Public Services in the European Union, 2011, 11, 20-26.

¹³ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags der Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 20 f.

¹⁴ DAWI-Mitteilung, ABl. 2012 C 8/4 Rn.17.

¹⁵ EuGH C-159 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 Rn. 13 – *Poucet et Pistre*.

¹⁶ EuGH C-218/00, Slg. 2002, I-691 Rn. 45 – *Cisal*.

¹⁷ EuGH C-264/01,-306/01, 354/01, 355/01, Slg. 2004, I-2493 Rn. 47-55 – *AOK Bundesverband*; in anderen Fällen lehnte die Kommission allerdings eine Berücksichtigung der fehlenden Gewinnerorientierung ab, siehe Kommission, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (im Zusammenhang mit dem „Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union 1995“ veröffentlichter Bericht) 1995, S. 239; näher zum Erwerbszweck als Kriterium bei der Prüfung des Unternehmensbegriffs *Ruechardt*, EU State Aid Control of Infrastructure Funding, 2018, S. 109-111.

¹⁸ EuGH C-159 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 Rn. 15-18 – *Poucet et Pistre*.

¹⁹ EuGH C-218/00, Slg. 2002, I-691 Rn. 40 – *Cisal*.

²⁰ EuGH C-159 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 Rn. 14 – *Poucet et Pistre*; EuGH C-218/00, Slg. 2002, I-691 Rn. 43-48 – *Cisal*; EuGH C-264/01, 306/01, 354/01, 355/01, Slg. 2004, I-2493 Rn. 51-55 – *AOK Bundesverband*.

Geltung des Solidaritätsgrundsatzes nicht den Ausschluss des wirtschaftlichen Charakters der Tätigkeit zur Folge.²¹ Weiterhin begründen die für obligatorische Sozialversicherungssysteme untypische Anwendung des Kapitalisierungsprinzips, die Einkommensunabhängigkeit der Beiträge und die beitrags- und ertragsorientierte Festsetzung der Leistungen²² neben Kriterien wie Beitrittsvorbehalten,²³ Freistellungsmöglichkeiten von der Versicherungspflicht²⁴ und Aufsicht durch die Versicherungskammer²⁵ die Unternehmenseigenschaft solcher Versicherungssysteme. In einem anderen Urteil hat der EuGH allerdings ein Versicherungssystem für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten als nicht unternehmerisch eingestuft.²⁶ Dabei misst der Gerichtshof den Aspekten des sozialen Zwecks – so wie dem der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht – offensichtlich geringere Bedeutung als dem Solidaritätsgedanken²⁷ und der staatlichen Aufsicht bei.²⁸

Angesichts der vorliegend angestrebten Ausgestaltung des Fonds liegt eine unternehmerische Tätigkeit vor. So sollen individuelle Ansprüche kapitalgedeckt und nicht solidarisch bzw. umlagenfinanziert erworben werden. Das gilt auch unabhängig von der Rechtsform des Fonds. Auch wenn eine öffentlich-rechtliche, nicht gewinnorientierte Ausgestaltung ein Indikator für eine nicht-wirtschaftliche Betätigung im Sozialversicherungs- und Vor-

²¹ EuGH C-244/94, Slg. 1995, I-4013 Rn. 17, 19 – *Fédération française des sociétés d'assurance u.a.*

²² EuGH C-67/96, Slg. 1999, I-5751 Rn. 81 ff. – *Albany*; EuGH C-115–117/97, Slg. 1999, I-6025 Rn. 81 ff. – *Brentjens' Handelsonderneming BV*; C-219/97, Slg. 1999, I-6121 Rn. 71 ff. – *Maatschappij Drijvende Bokken BV*; EuGH C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 114 f. – *Pavlov*.

²³ EuGH C-159 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 Rn. 9 – *Poucet et Pistre*.

²⁴ EuGH C-115–117/97, Slg. 1999, I-6025 Rn. 83 – *Brentjens' Handelsonderneming BV*; EuGH C-219/97, Slg. 1999, I-6121 Rn. 73 – *Maatschappij Drijvende Bokken BV*; EuGH C-180–184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 115 – *Pavlov*.

²⁵ EuGH C-67/96, Slg. 1999, I-5751 Rn. 82 – *Albany*; EuGH C-115–117/97, Slg. 1999, I-6025 Rn. 82 – *Brentjens' Handelsonderneming BV*; EuGH C-219/97, Slg. 1999, I-6121 Rn. 72 – *Maatschappij Drijvende Bokken BV*; EuGH C-180–184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 114 – *Pavlov*.

²⁶ EuGH C-218/00, Slg. 2002, I-691 Rn. 34 ff. – *Cisal/INAIL*.

²⁷ Siehe näher zur Berücksichtigung des Solidaritätsgedankens in Bezug auf den Unternehmensbegriff *Ruechardt*, EU State Aid Control of Infrastructure Funding, 2018, S. 105-108.

²⁸ So versteht auch *Lange*, WuW 2002, 953 (961) das EuGH-Urteil; vgl. in diesem Sinne auch EuG T-319/99, Slg. 2003, II-357 Rn. 38 f. – *FENIN/Kommission*; ebenso EuGH C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 Rn. 40 ff. – *AG2R Prévoyance*.

sorgesektor darstellt, führt sie nicht allein schon zur Annahme eines nicht-unternehmerischen Handelns. Denn es fehlt vorliegend zusätzlich am Indikator eines Zwangscharakters. Das ist gleichermaßen der Fall bei der Ausgestaltungsvariante eines „Opt-out“-Modells, die als Form des „sanften Zwangs“ nicht den für eine Indikation als nicht-wirtschaftliche Betätigung erforderlichen Verpflichtungscharakter aufweist. Diese Einschätzung wird auch durch die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission gestützt, die im Rahmen einer EU-beihilfenrechtlichen Überprüfung des in Teilelementen (individuelle kapitalgedeckte Ansprüche; Betrieb durch eine nicht gewinnorientierte öffentlich-rechtlich organisierte Entität) vergleichbaren britischen „National Employment Savings Trust – NEST“ ebenfalls vom Vorliegen eines Unternehmens ausging.²⁹

III. Kartellverbot, Art. 101 AEUV

Das Kartellverbot greift – wie das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – auch dann, wenn (wie vorliegend) durch hoheitliches Handeln ein entsprechendes unternehmerisches Handeln vorstrukturiert bzw. ausgestaltet. Die Praxis zu Art. 101 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV spielt jedoch verglichen mit Art. 102 AEUV eine weniger wichtige Rolle.³⁰ Aus Art. 101 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV folgt aber insbesondere, dass der Mitgliedstaat nicht zur Bildung von Kartellen beitragen³¹ oder diese sogar veranlassen darf.³²

Für das Eingreifen des Kartellverbots müsste jedoch in jedem Fall eine erfasste Koordination unternehmerischen Verhaltens vorliegen. Dieses Erfordernis unterfällt in zwei Teil-

²⁹ Kommission, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABI. 2011 C 96/1, Ziff. 83 ff.

³⁰ Vgl. EuGH C-66/86, Slg. 1989, 838 Rn. 47 ff. – *Ahmed Saeed Flugreisen u.a.*; EuGH C-393/92, Slg. 1994, I-1477 Rn. 34 ff. – *Almelo*; EuG T-528, T-542, T-543 und T-546/93, Slg. 1996, II-649 Rn. 93 ff. – *Métropole télévision u.a./Kommission*; KomE v. 11. 6. 1993, *EBU/Eurovisions-System*, ABI. 1993 L 179/23, Rn. 45 ff.

³¹ EuGH C-66/86, Slg. 1989, 838 Rn. 48 – *Ahmed Saeed Flugreisen u.a.*

³² *Blum/Logue*, State Monopolies Under EC Law, 1998, S. 93 ff.

anforderungen: So muss zum einen eine Vereinbarung zwischen den Unternehmen, gegebenenfalls angesichts einer koordinierenden Wirkung,³³ vorliegen, wobei zusätzlich eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des entsprechenden Auffangtatbestands³⁴ in Art. 101 Abs. 1 AEUV vorgesehen ist. Dies könnte vorliegend allenfalls hinsichtlich der Einbeziehung weiterer Unternehmen im Rahmen der Ausschreibung der Kapitalanlagen denkbar sein. Dann stellt sich aber die Frage, inwiefern die hoheitliche Ausgestaltung eines Modells eine derartige Koordination bewirkt. Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall, da vielmehr lediglich eine Teilleistung von einer öffentlich-rechtlich geprägten Entität ausgeschrieben und entsprechend beschafft wird. Eine Absprache hinsichtlich der Ausgestaltung der Produkte der Wettbewerber erfolgt gerade nicht. Im Übrigen wird auch keine Wettbewerbsverfälschung bezweckt oder bewirkt.³⁵

Daher ist ein weiterer Rückgriff auf die Einschränkungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Rahmen von Tatbestandsrestriktionen nicht näher zu prüfen. Das gilt insbesondere für einen etwaigen Rückgriff auf das Konzernprivileg, den Arbeitsgemeinschaftsgedanken und weitere Immanenzüberlegungen. Ebenso wenig sind in der Folge die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vertieft zu prüfen. Diese verlangt kumulativ die Erfüllung von zwei positiven und zwei negativen Voraussetzungen: Sie setzt positiv voraus, dass erstens eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts erfolgt und dass

³³ Zu diesem Erfordernis *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV, Rdnr. 12 m.w.Nachw.; so auch *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV, Rdnr. 59, der hierunter jede tatsächliche praktische Zusammenarbeit subsumiert, die anstelle des Risiken generierenden Wettbewerbs tritt und sich dabei auf die ständige Rechtsprechung des EuGH bezieht, vgl. z.B. Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021, Rdnr. 12 – *Züchner/Bayerische Vereinsbank* und Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529, Rdnr. 26 m.w.Nachw. – *T-Mobile Netherlands*; ebenso *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rdnr. 89.

³⁴ Dazu *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV, Rdnr. 11 m.w.Nachw.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rdnr. 85.

³⁵ Zu der umfassenden Entscheidungspraxis des Bezweckens und Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung etwa *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV, Rdnr. 28 ff, und *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rdnr. 109 ff m.w.Nachw.

zweitens die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. In negativer Hinsicht darf einerseits keine unnötige Wettbewerbsbeeinträchtigung und andererseits keine wesentliche Ausschaltung des Wettbewerbs erfolgen.³⁶ Diese Voraussetzungen wären vorliegend vermutlich sogar erfüllt, da eine Verbesserung der Vorsorgeprodukte zugunsten der Verbraucher erfolgen soll und dabei weder der Wettbewerb ausgeschaltet noch eine unnötige Wettbewerbsbeeinträchtigung erfolgt.

Es liegt aber, wie dargelegt, schon keine Absprache mit dem Ziel einer Wettbewerbsverfälschung vor, so dass ein Verstoß gegen das Kartellverbot ausscheidet.

IV. Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV (i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV)

Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot könnte schon mit dem Hinweis ausscheiden, dass nicht ersichtlich ist, wie der Fonds sich missbräuchlich verhalten sollte, da er in seinem operativen Geschäft gerade weitere Unternehmen im Rahmen der Kapitalanlage im Rahmen von objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren einbeziehen möchte (dazu unten VI.).

1. Reichweite des Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV und „Opt-out“-Modell

a) Verschärfung der Rechtsprechung zur Gewährung besonderer Rechte

Es kommt jedoch ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV im Fall des „Opt-out“-Modells insofern in Betracht, als hier der Staat seine Steuerungsmacht missbrauchen könnte, um dem Fonds einen besonderen Vorteil zu verschaffen. So sind in der bisherigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis etwaige Verstöße gegen Art. 102 AEUV in Verbindung mit Systemen ausschließlicher und besonderer Rechte

³⁶ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV, Rdnr. 146 ff, und *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rdnr. 128 ff m.w.Nachw.

durchaus relevant.³⁷ Umstritten ist, ob bereits in dem konstituierenden Akt, also der Privilegierung des Unternehmens, eine Maßnahme gesehen werden kann, oder ob Art. 106 Abs. 1 AEUV nur auf bereits bestehende privilegierte Unternehmen Anwendung findet. An sich handelt es sich beim konstituierenden Akt nicht um eine Maßnahme „in Bezug auf“ ein Unternehmen.³⁸ Daher hat der EuGH festgestellt, dass die Gewährung des ausschließlichen oder besonderen Rechts i.S.v. Art. 106 Abs. 1 AEUV als solche noch keinen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt, auch wenn diese zu einer marktbeherrschenden Stellung bzw. zu einem Monopol führt.³⁹ In seiner Rechtsprechung zu den gesetzlichen Monopolen hat der EuGH die unterschiedliche Beurteilung von Bestand und Begründung der ausschließlichen Rechte und deren Ausübung jedoch zu Recht relativiert und die Anforderungen an die Gewährung besonderer bzw. ausschließlicher Rechte in der Folgeentscheidung kontinuierlich verschärft.⁴⁰ So liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV nach der EuGH-Rechtsprechung dann vor, wenn

³⁷ Siehe hierzu und zum folgenden bereits Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 106 AEUV, Rn. 26 f.

³⁸ Ehricke, EuZW 1993, 211 (212); Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 106 AEUV, Rn. 15; Voet van Vormizeele, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV, Rn. 31.

³⁹ St. Rspr., vgl. EuGH C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rn. 29 – Höfner und Elser; EuGH C-203/96, Slg. 1998, I-4075 Rn. 60 f. – Dusseldorp; EuGH C-266/96, Slg. 1998, I-3949 Rn. 40 f. – Corsica Ferries France; EuGH C-180–184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 127 – Pavlov; EuGH C-553/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083 Rn. 45 – DEI; dagegen Fremuth, EuZW 2007, 565 (566).

⁴⁰ Im Sinne der traditionellen Rechtsprechung s. EuGH C-155/73, Slg. 1974, 409 Rn. 14 – Sacchi; zum Wandel in der Rechtsprechung vgl. insbesondere EuGH C-202/88, Slg. 1991, I-1223 Rn. 22 – Frankreich/Kommission mit den Ausführungen von GA Tesouro SchIA C-202/88, Slg. 1991, I-1223 (1247 f.) Nr. 24 ff. – Frankreich/Kommission, denen sich der EuGH in seiner Entscheidung nicht anschließt, sowie die nachfolgenden Urteile EuGH C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 35 – ERT; EuGH C-179/90, Slg. 1991, I-5889 Rn. 16 f. – Mercis convenzionali porto di Genova und EuGH C-320/91, Slg. 1993, I-2533 Rn. 11 ff. – Corbeau.

eine Situation entsteht, die ein missbräuchliches Verhalten zwangsläufig herbeiführt⁴¹ oder zumindest begünstigt.⁴²

Auch in seiner jüngeren Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV hat der EuGH Möglichkeiten der erlaubten Schaffung einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens zulasten der Annahme der verbotenen Schaffung einer wettbewerbsverzerrenden Situation eng gefasst. So hat der EuGH im *DEI*-Urteil nochmals hervorgehoben, dass keine wettbewerbsverzerrenden Wirkungen nachgewiesen werden müssen, um einen Verstoß gegen Art. 102, 106 AEUV zu begründen.⁴³ Unklar bleibt dann jedoch, wie genau das Anforderungsprofil an die Darlegung der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist, jenseits der Feststellung, dass jedes besondere oder ausschließliche Recht die Position des Rechteinhabers im Vergleich zu anderen, nicht mit besonderen Rechten ausgestatteten Unternehmen verbessert. Jedenfalls kann ein Verstoß gegen Art. 102 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV unabhängig von einem tatsächlichen Verstoß des Unternehmens, das von dem gewährten Recht Gebrauch macht, festgestellt werden.⁴⁴ Eine konsequente Fortentwicklung dieser strengen Anwendung des Art. 106 Abs. 1 AEUV wirft die grundsätzliche Frage der Rechtmäßigkeit von ausschließlichen und auch besonderen Rechten auf, die nicht aufgrund

⁴¹ EuGH C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rn. 31 ff. – *Höfner und Elser*; EuGH C-323/93, Slg. 1994, I-5077 Rn. 18, 20 ff. – *Centre d'insémination de la Crespelle*; EuGH C-242/95, Slg. 1997, I-4449 Rn. 33 f. – *GT-Link*; EuGH C-163/96, Slg. 1998, I-533 Rn. 29 f. – *Raso u. a.*; EuGH C-203/96, Slg. 1998, I-4075 Rn. 61 – *Dusseldorp*; EuGH C-209/98, Slg. 2000, I-3743 Rn. 66 – *Sydhavnens Sten & Grus*; EuGH C-340/99, Slg. 2001, I-4109 Rn. 44 – *TNT Traco*; vgl. auch GA *Stix-Hackl* SchIA C-34–38/01, Slg. 2003, I-14243 (14264) Rn. 72 – *Enirisorse*.

⁴² EuGH C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 37 – *ERT*; EuGH C-179/90, Slg. 1991, I-5889 Rn. 19 f. – *Merci convenzionali porto di Genova*; EuGH C-18/88, Slg. 1991, I-5941 Rn. 24 f. – *GB-Inno-BM SA*; EuGH C-209/98, Slg. 2000, I-3743 Rn. 66 – *Sydhavnens Sten & Grus*; EuGH C-180–184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 127 – *Pavlov*; EuGH C-475/99, Slg. 2001, I-8089 Rn. 39 – *Ambulanz Glöckner*.

⁴³ EuGH C-553/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083 Rn. 45-47, 59 – *DEI*.

⁴⁴ EuGH C-533/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083 Rn. 41 – *DEI*; GA *Wathelet* SchIA C-553/12 P, ECLI:EU:C:2013:807 Rn. 55 – *DEI*; vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 92, 101.; a.A. in der Vorinstanz zu EuGH C-533/12 P noch das EuG T-169/08, -ECLI:EU:T:2012:448 Rn. 118 – *DEI* und darauf bezogen *Frenz*, Handbook of EU Competition Law, 2015, Rn. 1858; vgl. auch die umfassende Analyse bei *Buendia Sierra*, in: Faull/Nikpay (Hrsg.), The EU Law of Competition, 3. Aufl. 2014, Rn. 6.62 ff.

objektiver, angemessener und nicht diskriminierender Kriterien vergeben werden.⁴⁵ Angesichts einer immer strengeren Auslegung des Art. 106 Abs. 1 AEUV als Schranke für Monopole ist jedenfalls zunehmend die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV für den Fortbestand der Monopole entscheidend.⁴⁶

b) „Opt-out“-Regelung als besonderes Recht?

Vorliegend wäre in der Variante eines „Opt-out“-Modells das Vorliegen eines besonderen Rechts im Sinne der bisher entschiedenen Fälle durchaus denkbar. Dagegen spricht jedoch, dass das Angebot eines entsprechenden Vorsorgeprodukts an sich allen Marktakteuren offensteht. Letztlich erfolgt lediglich ein „Nudging“, das gewiss einen sehr relevanten Wettbewerbsvorteil begründet, aber kein entsprechendes besonderes Recht im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 106 Abs. 1 AEUV. Erst wenn besondere Privilegien hinzuträten, wäre eine vertieftere Prüfung geboten. Nach der bisherigen Konzeption des hier bewerteten Altersvorsorgefonds ist vorgesehen, dass explizit keine Kapitalgarantie ausgesprochen werden soll. Am Markt erhältliche Altersvorsorgeprodukte sind nicht immer zwingend mit Kapitalgarantie im Rahmen der gesetzlichen Regelungen ausgestattet. Nur bei der Riester-Rente muss der Anbieter eine Kapitalerhaltungszusage aussprechen. Gleichzeitig erhalten Verbraucher bei Riester-Produkten eine besondere Zulagenförderung. Sollte auch bei der Extrarente eine Zulagenförderung gewährt werden (was nach den hier begutachteten Plänen nicht vorgesehen ist), bestände die Möglichkeit, den anderen Marktteilnehmern ebenso die Möglichkeit zu eröffnen, Produkt ohne Beitragserhaltungsgarantie anbieten zu können. Unter diesen Prämissen bestehen daher keine durchgreifenden Bedenken am Maßstab der Vorgaben des Art. 102 AEUV.

⁴⁵ Siehe früh *Koenig*, EWS Beilage 1/2001, 1 (14 f.), mit dem Hinweis, dass vor allem unter Einhaltung dieser Anforderungen etwa im Rahmen eines Vergabeverfahrens eine volle Chancengleichheit der Wettbewerber bei der Begründung der Sonderstellung gewahrt werden kann.

⁴⁶ *Grill*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/AEUV/GRCh, 6. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV, Rn. 19, sieht in der Konsequenz der *Corbeau*-Rechtsprechung eine ausschließliche Beurteilung der Berechtigung von Dienstleistungsmonopolen am Maßstab des Art. 86 Abs. 2 EGV (Art. 106 Abs. 2 AEUV) eingeleitet; restriktiv auch *Kämmerer*, Privatisierung, Typologie, Determinanten, Rechtspraxis, Folgen, 2001, S. 96 f., 142.

Diese Einschätzung wird auch durch die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission gestützt, die im Rahmen einer EU-beihilfenrechtlichen Überprüfung des britischen „National Employment Savings Trust – NEST“⁴⁷ erfolgt ist. Hier hat die Kommission keine EU-beihilfenrechtlichen Einwände erhoben und 2010 die mit der Schaffung jenes Vorsorgesystems einhergehende Anschubfinanzierung als mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar angesehen. Diese Beschlusspraxis hat die Kommission 2014 für den Fall nachfolgender Anpassungen am System von NEST bestätigt.⁴⁸ Trotz aller Schwierigkeiten eines entsprechenden Vergleichs⁴⁹ sieht auch NEST eine automatische Aufnahme in das Vorsorgesystem vor, sofern kein opt out erfolgt.⁵⁰ Wäre die Kommission insoweit von der Einräumung eines problematischen besonderen Rechts ausgegangen, wäre das sicherlich im Rahmen des Prüfverfahrens thematisiert worden. Das ist aber nicht ersichtlich.

Letztlich wirft die „Opt-out“-Variante eher eine ordnungspolitische Rechtfertigungsnotwendigkeit auf, führt jedoch selbst auf der Basis eines strengen Verständnisses der bisherigen Rechtsprechungslinie des EuGH zu besonderen Rechten nicht zu einer Rechtswidrigkeit. Im Übrigen wird auch keine marktbeherrschende Stellung (und nicht einmal

⁴⁷ Siehe zu den (vom vorliegend zu begutachtenden Modell durchaus abweichenden) Funktionsmechanismen von NEST ausführlich *Börsch-Supan/Roth/Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, 2017, S. 36 ff.; abrufbar im WWW unter der URL https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb494-altersvorsorge-im-internationalen-vergleich-schweden-uk.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Ein vorliegend – auch für die rechtliche Bewertung – durchaus relevanter Unterschied sind die besonderen Verpflichtungen, die NEST auferlegt werden, siehe dazu a.a.O., Ziff. 37.

⁴⁸ Kommission, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABl. 2011 C 96/1; zum folgenden Vereinbarkeitsbeschluss zu entsprechenden Anpassungen von NEST siehe Kommission, State Aid SA.36410 (2014/N) – United Kingdom, Modifications to the National Employment Savings Trust – NEST, C(2014) 4071 final vom 25.6.2014, abrufbar im WWW unter der URL http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/251386/251386_1567249_105_2.pdf.

⁴⁹ So erfolgt das Management des NEST-Systems durch einen privaten Anbieter, der im Rahmen einer Ausschreibung identifiziert wird, Kommission, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABl. 2011 C 96/1, Ziff. 28.

⁵⁰ Kommission, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABl. 2011 C 96/1, Ziff. 17.

eine relative Marktmacht i.S.d. § 20 GWB) begründet, da es dabei bleiben dürfte, dass dieses Vorsorgeprodukt nur eines unter zahlreichen Angeboten ist.

2. Rechtfertigungsmöglichkeiten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

Auch wenn damit nach der hier zugrunde gelegten Ausgestaltung kein Verstoß gegen Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV anzunehmen ist, sei vorsorglich auf die Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV hingewiesen.

a) Anforderungen an Art. 106 Abs. 2 AEUV im Spiegel der Rechtsprechung und Kommissionspraxis

Art. 106 Abs. 2 AEUV hat nach ständiger Rechtsprechung die Aufgabe, das berechtigte Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschaftspolitik mit dem Interesse der Union an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Einheit des Binnenmarktes in Einklang zu bringen.⁵¹ Zu diesem Zweck normiert die Bestimmung eine Ausnahme von der Anwendung potenziell aller Normen der EU-Verträge (Art. 101 ff. AEUV), die die Erfüllung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verhindern würden. Sie greift ein, wenn eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt, die in Form der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse besteht und für die eine entsprechende Betrauung durch einen Mitgliedstaat vorliegt. Unter diesen Voraussetzungen gelten die Vorschriften der EU-Verträge und insbesondere deren Wettbewerbsregeln nur, soweit dadurch die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert wird, sie also zu der Aufgabenerfüllung erforderlich ist, ohne dass die Entwicklung des Handelsverkehrs übermäßig beeinträchtigt wird.

⁵¹ Siehe aus jüngerer Zeit etwa EuGH Rs. C-265/08, Slg. 2010, I-3377, Rn. 28 – Federutility; hierzu und zum Folgenden ausführlich *Kühling/Geilmann/Weck*, ZHR 182 (2018), S. 539 ff.

Der eigentliche Betrauungsakt wäre vorliegend unproblematisch möglich. Denn insoweit ist lediglich zu verlangen, dass das Unternehmen „tatsächlich mit der Erfüllung gemeinschaftlicher Verpflichtungen betraut sein“ muss, wobei diese Verpflichtungen „klar definiert sein“ müssen.⁵² Dies muss jedoch nicht durch eine Rechtsvorschrift erfolgen. Vielmehr genügt auch eine vertragliche Vereinbarung, die Auferlegung im Rahmen einer Satzung oder der – hier ja nicht vorgesehenen – Einräumung eines besonderen Rechts.⁵³ Sofern die Erforderlichkeit gegeben ist, wird regelmäßig auch die Verhältnismäßigkeit gegeben sein. Entscheidend ist damit die Frage, ob tatsächlich eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegt (dazu aa) und ob die strengen Anforderungen der Erforderlichkeit eingehalten werden können (dazu bb).

aa) Mitgliedstaatliche Spielräume bei der Bestimmung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Der EuGH hat schon früh entschieden, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse insbesondere hinsichtlich ihrer Systeme der sozialen Sicherheit über einen weiten Spielraum verfügen.⁵⁴ Dieses weite Ermessen hat der EuGH unlängst in zwei Urteilen bestätigt.⁵⁵ In Bezug auf die Frage, ob überhaupt eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegt, verlangt die Rechtsprechung bestimmte Mindestkriterien. So muss sich das öffentliche Interesse des Mitgliedstaates von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheiden.⁵⁶ Zudem muss die öffentliche

⁵² EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 89, 95 – Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg; Rs. C-660/15 P, ECLI:EU:C:2017:178, Rn. 26 – Viasat.

⁵³ EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 66 – Kommission/Frankreich.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Rn. 122– Albany,.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-66/16 P bis C-69/16 P, ECLI:EU:C:2017:999, Rn. 69 f. – Comunidad Autónoma del País Vasco; ebenso Rs. C-70/16 P, ECLI:EU:C:2017:1002, Rn. 76 – Comunidad Autónoma de Galicia u.a./Kommission.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-179/90 Slg. 1991, I-5889, Rn. 27– Mercì convenzionali porto di GenovaA,

Aufgabe einen universalen und obligatorischen Charakter aufweisen.⁵⁷ Dieser ist allerdings bereits dann zu bejahen, wenn der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe eine hoheitliche Entscheidung zugrunde liegt und somit etwaige Vorteile, die in diesem Rahmen aus der Freistellung von den EU-Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV folgen, nicht allein vom Willen des begünstigten Unternehmens abhängen.⁵⁸

bb) Strengere Prüfung der Erforderlichkeit

Umstritten und nicht einheitlich in der Bewertung von EuGH und EuG sind dagegen die Anforderungen an die Prüfung der Erforderlichkeit etwaiger Abweichungen von den Wettbewerbsregeln.⁵⁹ Gerade der EuGH geht jedoch von einer strengen Prüfung aus⁶⁰, die auch der vorliegenden Bewertung zugrunde gelegt werden sollte. Danach verfügt der Mitgliedstaat insoweit über keinen Spielraum und muss darlegen, inwieweit für die Aufgabenerfüllung die Abweichungen tatsächlich erforderlich sind und ohne entsprechende Privilegien die Aufgabenerfüllung zumindest gefährdet wäre.

b) Konsequenzen für das „Opt-out“-Modell

In Bezug auf das „Opt-out“-Modell müsste vor diesem Hintergrund näher dargelegt werden, ob und wenn ja welche besonderen Verpflichtungen dem Altersvorsorgefonds auferlegt werden sollen. Nach den bisher vorgesehenen Ausgestaltungsbedingungen sind derartige Sonderverpflichtungen noch nicht klar identifiziert. Im Zuge der weiteren Ausgestaltung wäre jedoch die Schaffung eines Kontrahierungszwangs etwa auch für geringfügige Anlagebeträge besonders für Personen mit niedrigem Einkommen denkbar, die gegebenenfalls so im Markt nicht bei einer vergleichsweise geringfügigen Abschlussge-

⁵⁷ Rs. C-70/16 P, ECLI:EU:C:2017:1002, Rn. 77 – Comunidad Autónoma de Galicia u.a./Kommission.

⁵⁸ Rs. C-70/16 P, ECLI:EU:C:2017:1002, Rn. 78 – Comunidad Autónoma de Galicia u.a./Kommission.

⁵⁹ Zum Folgenden wiederum ausführlich *Kühling/Geilmann/Weck*, ZHR 182 (2018), S. 539 ff.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 82– Kommission/Spanien; ähnlich EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699, Rn. 43 – Niederlande/Kommission („tatsächlich oder rechtlich gefährden“).

büher angeboten werden. In der Bewertung des britischen NEST-Systems hat die Kommission darin eine besondere Verpflichtung erkannt und insoweit die Anforderungen an das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als erfüllt angesehen.⁶¹ Etwaige Vorteile, die allerdings vor allem im Rahmen der Einräumung von entgeltrelevanten Vorteilen bestanden (dazu sogleich V.), müssten dann entsprechend tatsächlich erforderlich sein, um diese öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Mit Blick auf die etwaig erforderliche Rechtfertigung eines „Opt-out“-Modells müsste dann also dargelegt werden, dass der „Opt-out“-Ansatz notwendig ist, um im Rahmen eines „Nudging“ die notwendigen Vorsorgemaßnahmen zu stimulieren.

3. Zwischenergebnis

Die Einräumung eines Wettbewerbsvorteils des Fonds im Falle eines „Opt-out“-Modells ist zwar ordnungspolitisch rechtfertigungspflichtig, führt jedoch auf der Basis der bisherigen Kommissionspraxis und Rechtsprechung nicht zu einem Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV. Dies gilt allerdings nur, solange das „Opt-out“-Modell nicht in Kombination mit weiteren problematischen Privilegien im Vergleich zu im Übrigen identisch behandelten privaten Vorsorgeprodukten erfolgt. Problematisch wäre daher beispielsweise ein Verzicht auf Garantien bei vergleichbarer sonstiger Behandlung privater Produkte, die zur Gewährung von Garantien verpflichtet werden. Für eine etwaige Rechtfertigung von Abweichungen von den Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV müssten zunächst klare Sonderverpflichtungen identifiziert werden, was bislang noch nicht ersichtlich ist. Sodann müsste dargelegt werden, dass etwaige Abweichungen von den Wettbewerbsregeln zur Erfüllung gerade dieser Pflichten erforderlich sind, bzw. dass ohne entsprechende Privilegien eine Aufgabenerfüllung gefährdet ist.

⁶¹ Kommission, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABl. 2011 C 96/1, Ziff. 37 ff.

V. EU-Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Die fünf EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung (1) bestimmter Unternehmen (2), der staatlichen Mittelherkunft (3), der Wettbewerbsverfälschung (4) und der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (5) müssen dabei kumulativ vorliegen, um den Beihilfentatbestand zu begründen. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist für das gesamte EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrecht gleichsam „vor die Klammer gezogen“ untersucht und bejaht worden (II.2.). Auch die Unternehmens-eigenschaft des Altersvorsorgefonds ist bereits unter II.3. geprüft und bejaht worden. Damit muss noch analysiert werden, ob staatliche Mittel vorliegen (dazu sogleich 1.), die zu einer Wettbewerbsverfälschung führen können (dazu 2.), sofern es zu selektiven Begünstigungseffekten kommt (dazu 3.).

1. Staatliche Mittel

Mit Blick auf die staatlichen Mittel ist zunächst zwischen einer etwaigen Begünstigung des Staates gegenüber dem Fonds einerseits und einer Begünstigung des Fonds gegenüber einzelnen weiteren einbezogenen Unternehmen andererseits zu unterscheiden. Im erst genannten Fall – etwa wenn der Staat den Altersvorsorgefonds steuerlich begünstigen wollte, was nicht beabsichtigt ist – wären jedenfalls staatliche Mittel im Sinne des EU-Beihilfenrechts betroffen, da auch ein Verzicht auf Einnahmen zu einer Belastung staatlicher Mittel führt.⁶²

Aus der Unterscheidung zwischen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln“ wird sodann deutlich, dass nicht nur die unmittelbar vom Staat gewährten Begünstigungen in den Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen. Vielmehr haben Kommission und

⁶² Siehe eingehend zur Beurteilung steuerlicher Begünstigungen als Beihilfen den Bericht des Bundesministeriums für Finanzen, *Tax benefits and EU state aid control: The problem of and approaches to resolving the conflict of jurisdiction with fiscal autonomy*, März 2017, insbesondere S. 10 ff.

Rechtsprechung schon früh darauf hingewiesen, dass auch Beihilfen einzubeziehen sind, „die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden“ (staatlich benannte Einrichtung)⁶³ ausgekehrt werden. Dies wäre grundsätzlich beim Fonds auch unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung der Fall, insbesondere wenn weitere öffentlich-rechtliche Entitäten (wie die Bundesbank) über die Auswahl der Unternehmen, die in die Kapitalanlage einbezogen werden, entscheiden und Verträge mit diesen abschließen. Da aber auch insoweit keine Begünstigungen beabsichtigt sind (dazu sogleich 3.c.), sondern eine Einbeziehung zu marktüblichen Bedingungen im Rahmen von Ausschreibungen erfolgen soll (dazu auch VI.), bedarf es keiner vertieften Auseinandersetzung mit der inzwischen sehr ausdifferenzierten Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur Zurechenbarkeit entsprechender Entitäten zum Staat.⁶⁴

Wichtig ist jedoch die Feststellung, dass für jegliche Qualifikation als Begünstigung aus staatlichen Mittel erforderlich ist, dass jedenfalls Mittel transferiert werden. Nicht pekuniäre Vorteile werden dagegen nicht erfasst. Es muss also zu einer Belastung öffentlicher Haushalte (einschließlich der von staatlich benannten Einrichtungen) kommen.⁶⁵ So könnte zwar ein begünstigender Effekt dann angenommen werden, wenn ein „Nudging“ zugunsten des staatlich organisierten Produkts und damit eine Bevorzugungswirkung gegenüber anderen Produkten im Falle des „Opt-out“-Modells eintritt. Diese geht jedoch nicht mit einer Belastung staatlicher Mittel einher, so dass der Tatbestand der Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht vorliegt.

⁶³ Siehe zum Folgenden bereits die Ausführungen in *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, S. 116 ff. mit Hinweisen auf EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 und C-54/97, Slg. 1998, I-2629 Rn. 13 m.w.N. – *Viscido*; dazu *Rodger*, ECLR 1999, 251; siehe auch die Aufforderung der Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme, *PMPOA*, ABl. 2001 C 179/18: französische Wasserbehörde als zur Beihilfenvergabe benannte öffentliche Einrichtung.

⁶⁴ Dazu etwa *Koenig/Förtsch*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV, Rdnr. 62.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – *PreussenElektra*; siehe wiederum zum Folgenden bereits die Ausführungen in *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, S. 121 ff.

2. Wettbewerbsverfälschung

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert. Erforderlich ist, dass Unternehmen oder Produktionszweige einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhielten, und dadurch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändert werden.⁶⁶ Weder das Wettbewerbsverhältnis noch die Verfälschung müssen tatsächlich vorliegen. Auch eine Beihilfe, die lediglich potenziell in ein möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis eingreift, wird von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst. Die Kommission war lange Zeit der Auffassung, aus dieser weiten Auslegung folge, dass jede Förderung naturgemäß den Wettbewerb verfälsche.⁶⁷ Dieser Auffassung ist der EuGH entgegengetreten.⁶⁸ Da es in Ausnahmefällen an einer Verfälschung fehlen kann, ist die Kommission in ihren Beihilfenbeschlüssen gehalten, die Umstände, aus denen sich die Wettbewerbsverfälschung ergibt, darzulegen.⁶⁹

Gleichwohl ist die Hürde vergleichsweise niedrig. Im Falle einer Begünstigung des Fonds gegenüber anderen Anbietern oder einzelnen Unternehmen, die etwa in das operative Geschäft einbezogen werden, ist daher eine Wettbewerbsverfälschung grundsätzlich anzunehmen. Allerdings wird das im Einzelfall vom Ausmaß der tatsächlichen Förderung abhängen. So scheidet eine Wettbewerbsverfälschung bei einer geringfügigen Begünstigung aus, insbesondere im De-minimis-Fall unterhalb von 200.000 € Subventionsvolumen innerhalb eines Drei-Jahres-Zeitraums.⁷⁰ Entscheidend ist daher die nachfolgende Prüfung, ob und in welchem Umfang es tatsächlich zu einer Begünstigung aus staatlichen Mitteln kommt.

⁶⁶ Grundlegend EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, Rn. 11 – *Philip Morris/Kommission*.

⁶⁷ Vgl. zum Folgenden bereits m.w.Nachw. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 177.

⁶⁸ EuGH, verb. Rs. 296/82 und 318/82, Slg. 1985, 809, Rn. 24 – *Leeuwarder Papierwarenfabriek BV*.

⁶⁹ Gleiches gilt für das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung, EuGH, Rs. C-15/98, Slg. 2000, I-8855, Rn. 68 ff. – *Sardegna Lines*; siehe dazu bereits oben C.II.2.

⁷⁰ Art. 3 Abs. 1, 2 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013, ABl. 2013 L 352/1; siehe auch *Koenig/Paul*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV, Rdnr. 17 ff.

3. Die selektive Begünstigung bestimmter Unternehmen und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH/EuG sowie Beschlusspraxis der Kommission

Bei der Begünstigung ist wie folgt zu differenzieren: Eine Begünstigung der Verbraucherinnen und Verbraucher ist schon deshalb nicht relevant, weil es sich insoweit nicht um Unternehmen handelt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Fonds begünstigt wird oder einzelne Unternehmen, die etwa im Rahmen des operativen Geschäfts einbezogen werden. Es muss also auf beiden Ebenen sichergestellt werden, dass etwaige staatliche Maßnahmen nicht selektiv den Fonds begünstigen oder dass mit Mitteln des Fonds bestimmte Unternehmen selektiv gefördert werden. Den Begriff der staatlichen Beihilfe erfüllen demnach nur solche staatlichen Maßnahmen, die nicht generell die Wirtschaft fördern, sondern bestimmten (Gruppen von) Unternehmen oder bestimmten Wirtschaftszweigen einen Vorteil gewähren.⁷¹ Etwaige Begünstigungseffekte und eine Selektivität fallen damit regelmäßig – und auch vorliegend – zusammen. In Bezug auf den Fonds ist eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht im Übrigen nicht hinreichend, um eine Begünstigung auszuschließen. Die Rechtsform des Fonds und die fehlende Gewinnerzielungsabsicht sind daher nicht entscheidend.

a) Angemessenheit von Leistungen und Gegenleistungen sowie „Market-economy-investor“-Test

Entscheidend ist vielmehr, dass im Verhältnis „Staat – Fonds“ bzw. „Fonds – Unternehmen“ nur solche Leistungen seitens des Staates gegenüber dem Fonds bzw. des Fonds gegenüber Unternehmen erbracht werden, die in angemessenen Verhältnis zu den Gegenleistungen des Fonds gegenüber dem Staat bzw. des Unternehmens gegenüber dem

⁷¹ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags der Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 117.

Fonds stehen. Eine Begünstigung ist nämlich nur dann zu bejahen, wenn der Vorteilsge-
währung keine angemessene Gegenleistung (Kompensation) gegenübersteht.⁷² Danach
ist nicht nur bei einer einseitigen Vorteilsgewährung vom Vorliegen einer Beihilfe auszu-
gehen, sondern auch dann, wenn das begünstigte Unternehmen zwar eine Gegenlei-
stung erbringt, diese aber der staatlichen Leistung im Wert nicht entspricht.⁷³

Eine Bewertung von Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnissen zwischen dem Staat und
dem Fonds kann sodann im Rahmen des „Market-economy-investor“-Tests vorgenom-
men werden, den sowohl die Kommission als auch der EuGH heranziehen.⁷⁴ Im Rahmen
des „Market-economy-investor“-Tests ist jeweils zu prüfen, ob die staatliche Kapitalzufuhr
unter Bedingungen erfolgt, die für einen hypothetischen privaten Vergleichsinvestor (etwa
eine Bank) unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen in der konkreten In-
vestitionssituation⁷⁵ akzeptabel wären.

Das Kriterium des privaten Vergleichsinvestors⁷⁶ wurde zunächst vor allem im Fall – der
auch hier vorliegenden – staatlichen Eigenkapitalbeteiligungen an privaten Unterneh-
men⁷⁷ sowie bei Kapitalzuführungen an öffentliche Unternehmen⁷⁸ angewandt und stellt

⁷² Siehe hierzu und zum Folgenden bereits *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107
AEUV, Rn. 28 ff.

⁷³ EuG T-14/96, Slg. 1999, II-139 Rn. 71 ff. – *BAI*; *Hancher/Ottervanger/Slot*, EU State Aids, 4. Aufl.
2016, Rn. 3–006.

⁷⁴ Zum „Market-economy-investor“-Test: früh bereits Rs. 234/84, Slg. 1986, 2263, Rn. 14 ff. – *Meura*;
ferner EuG, verb. Rs. T-129/95, 2/96, 97/96, Slg. 1999, II-17, Rn. 104 ff. – *Neue Maxhütte Stahlwerke*;
Rs. T-158/99, Slg. 2004, II-1, Rn. 107-122 – *Thermenhotel*; *Giesberts/Kleve*, EuZW 2009, 287; *Gies-
berts/Streit*, EuZW 2009, 484; *Hancher/Ottervanger/Slot*, EU State Aids, 4. Aufl. 2016, Rn. 8–016 ff.;
Leibenath, in: Heidenhain (Hrsg.), European State Aid Law Handbook, 2010, § 6, Rn. 70 ff.; *Lüb-
big/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl. 2009, Rn. 247 ff.

⁷⁵ Dies erfordert etwa eine Unterscheidung danach, ob der Staat als langfristiger Geschäftspartner agiert
und daher mit einem solchen vergleichbar ist oder nicht, dazu GA *Jacobs*, SchlA C-457/00, Slg. 2003,
I-6931 Rn. 94 – *Belgien/Kommission*; *de Cecco State Aid and the European Economic Constitution*,
2012, S. 63 ff.

⁷⁶ Dazu *Giesberts/Streit*, EuZW 2009, 484; *Hancher/Ottervanger/Slot*, EU State Aids, 4. Aufl. 2016,
Rn. 3–082.

⁷⁷ Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten – Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag
und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verar-
beitenden Industrie (Unternehmensmitteilung), ABl. 1993 C 307/3, Ziff. 35 ff., ersetzt durch die Be-
kanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1
AEUV, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 229.

⁷⁸ Vgl. den Kapitalbeteiligungsstandpunkt der Kommission, EG-Bulletin 9/1984, 104.

hier eine Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen dar.⁷⁹ Sein Anwendungsbereich wurde im Laufe der Zeit ausgedehnt, sodass auch andere Transaktionen als Investitionen erfasst wurden.⁸⁰ Voraussetzung ist stets, dass die öffentliche Hand im konkreten Fall tatsächlich in ihrer Eigenschaft als marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter und nicht in Ausübung ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig wird.⁸¹

Die einzelnen Methoden zur Bestimmung der Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses sind im Übrigen nicht abschließend festgelegt. Die Analyse des Begünstigungscharakters einer staatlichen Finanzzufuhr gestaltet sich dabei verhältnismäßig unproblematisch, wenn ein transparenter Marktpreis für die angebotene Leistung angesichts eines bestehenden Marktes ermittelbar ist, z. B. weil es sich um den Kauf oder Verkauf börsennotierter Aktien handelt. Für die nicht in dieser Form bestimmbaren Marktpreise versucht die Kommission, formale Kriterien zu entwickeln, um die Voraussehbarkeit ihrer Entscheidungen und die Gleichbehandlung sicherzustellen. So spricht eine Vermutung gegen eine Beihilfengewährung, wenn die Höhe der Gegenleistung in einem „objektiven Verfahren“ bestimmt worden ist. Als solche sieht die Kommission ein Ausschreibungsverfahren und die Erstellung eines objektiven Wertgutachtens durch unabhängige Sachverständige an.⁸² Dabei wird Ausschreibungsverfahren eine größere Aussagekraft beigemessen als Wertgutachten.⁸³ Nach Auffassung der Kommission kann auch der detaillierte Nachweis der Kosten durch ein sogenanntes Benchmarking, aber hilfsweise

⁷⁹ EuGH C-303/89, Slg. 1991, I-1433 Rn. 19 f. – *ENI-Lanerossi*; EuG T-129/95, T-2/96 u. und T-97/96, Slg. 1999, II-17 Rn. 105 – *Neue Maxhütte Stahlwerke*; Kapitalbeteiligungsstandpunkt der Kommission, EG-Bulletin 9/1984, 104, Ziff. 1.

⁸⁰ EuGH C-256/97, Slg. 1999, I-3913 Rn. 17 ff. – *DMT* in Bezug auf Zahlungserleichterungen; EuG T-16/96, Slg. 1998, II-757 Rn. 51 – *Cityflyer Express* in Bezug auf Darlehen; ebenso die Übertragung des Grundsatzes auf das Verhalten des Staates als Gläubiger im Insolvenzverfahren, KomE v. 31. 1. 2001, *Fesa-Enfersa*, ABI. 2001 L 165/1, Ziff. 84 ff. m.w.N. und KomE v. 14. 5. 2002, *Grupo de Empresas Álvarez*, ABI. 2002 L 329/1, Ziff. 49; EuG T-158/99, Slg. 2004, II-1 Rn. 107–122 – *Thermenhotel*.

⁸¹ EuGH C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318 Rn. 81 – *EDF*.

⁸² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV, ABI. 2016 C 262/1, Rn. 103.

⁸³ EuG T-268/08, ECLI:EU:T:2012:90 Rn. 72 – *Land Burgenland*, bestätigt durch EuGH C-214/12 P, ECLI:EU:C:2013:682 – *Land Burgenland*; EuG T-282/08, ECLI:EU:T:2012:91 Rn. 77-79 – *Grazer Wechselfseitige Versicherung AG*.

auch unter Verwendung anderer Bewertungsmethoden, für die Erbringung bestimmter Leistungen eine Begünstigung ausschließen.⁸⁴ Die Kommission hat aber eine Präferenz für das Ausschreibungsverfahren, um formal abzusichern, dass keine Überkompensationen erfolgen.⁸⁵ Das ist darauf zurückzuführen, dass dieses eigens einen transparenten Markt schafft und die Manipulationsmöglichkeiten bei der Bestimmung der Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses reduziert. Dieser Ansatz der Kommission der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens als Indiz für die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung wurde sowohl von der Rechtsprechung des EuGH bestätigt⁸⁶ als auch in der Literatur vielfach befürwortet.⁸⁷ Mittlerweile erhalten auch die an das Ausschreibungsverfahren zu stellenden Anforderungen durch die Rechtsprechung des EuGH zum EU-Primärvergaberecht eine gewisse Kontur. Insofern ist der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass das Verfahren wettbewerbsoffen, transparent und diskriminierungsfrei erfolgen muss.⁸⁸

⁸⁴ Vgl. Pressemitteilung IP/96/882 der Kommission v. 10. 2. 1998; sowie EuG T-46/97, Slg. 2000, II-2125 Rn. 75 ff. – *SIC*; EuGH C—239/09, Slg. 2010, I-13083 Rn. 39 – *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe*; KomBeschl. v. 19. 12. 2012, Beihilfe SA.33167, *Verkäufe land- und forstwirtschaftlicher Flächen in Deutschland*, C(2012) 9457 final, Ziff. 27; vgl. ferner *Koenig/Kühling*, EuZW 2000, 197 (198).

⁸⁵ Siehe dazu bereits den XXIX. Wettbewerbsbericht der Kommission 1999, SEK (2000) 720 endg., Ziff. 235.

⁸⁶ So zum Beispiel in den Entscheidungen EuGH C-390/98, Slg. 2001, I-6117 Rn. 77 – *Banks*; EuGH C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rn. 93 – *Altmark Trans*.

⁸⁷ *Bär-Bouyssièrè*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 31, der aber auch auf verbleibende Unsicherheiten hinsichtlich „weicher Vergabekriterien“ oder zulässiger vergabefremder Kriterien hinweist; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 12; *Dörr*, NZBau 2005, 617 (621 f.); *Eilmansberger*, WuW 2004, 384 (386); *Heidenhain*, in ders. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 4 Rn. 9; *Koenig*, EuZW 2001, 741; *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 91 ff.; *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 428 (430 f.); dagegen sehr kritisch *Nicolaides*, Bruges European Economic Research Papers 33/2015, 10 ff.

⁸⁸ EuGH C-324/98, Slg. 2000, I-10745 Rn. 61 f. – *Telaustria*; EuGH C-458/03, Slg. 2005, I-8612 Rn. 49 – *Parking Brixen*; EuGH, C-410/04, Slg. 2006, I-3303 Rn. 21 – *ANAV*; vgl. ferner zum Folgenden ausführlich mit zahlreichen Nachweisen *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779.; auch *Huerkamp/Kühling*, in: Münchener Kommentar Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Aufl. 2018, Vor §§ 97 GWB.

b) Entscheidend: Verhältnis des Staates zum Fonds

aa) Mögliche Begünstigungseffekte

Vor diesem Hintergrund könnten schon deshalb Begünstigungseffekte befürchtet werden, weil der Fonds ein Produkt anbieten soll, das so offensichtlich nicht im Markt erbracht wird, da ja andernfalls kein Bedürfnis für eine öffentliche Intervention bestünde. Das könnte gegen die Annahme eines „Market-economy-investor“-Verhaltens insbesondere im Verhältnis des Staates zum Fonds und damit zur Annahme einer Begünstigung führen. Diese wäre dann auch selektiv, da sie spezifisch dem Fonds zugutekämen.

Die öffentliche Hand würde mit einer Kapitalbeteiligung an dem zu schaffenden Fonds und mit dessen Errichtung jedoch kein marktwirtschaftliches Ziel verfolgen, sondern auf ein nach eigener Einschätzung vorhandenes Defizit im Markt reagieren, da ein vergleichbares Produkt nicht angeboten wird. Weder der Staat noch der Fonds würden im Übrigen eine marktübliche Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, was ebenfalls gegen die Anwendung eines „Market-economy-investor“-Tests spricht. Daher führt die Anwendung des „Market-economy-investor“-Tests mit Blick auf das Verhalten des Staates zum Fonds und dessen Agieren am Markt bei der Prüfung einer Begünstigung vorliegend nicht weiter.

Es muss folgerichtig vielmehr umgekehrt geprüft werden, inwiefern seitens des Staates überhaupt eine Überkompensation gegenüber dem Fonds erfolgt. Diese müsste – kombiniert mit dem Tatbestandsmerkmal der staatlichen Mittel – zu einem Mittelfluss seitens des Staates gegenüber dem Fonds ohne angemessene Gegenleistung führen.

bb) Mögliche Begünstigungseffekte in der Gründungsphase; Anschubfinanzierung und alternative Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

Insoweit ist vorliegend zwischen der Gründungsphase und der operativen Phase des Fonds zu unterscheiden. Insbesondere in der Gründungsphase hängt die spezifische Prüfung und Argumentation – jedoch weniger das Prüfungsergebnis – davon ab, wie der Fonds ausgestaltet wird. Sollte beispielweise eine GmbH mit entsprechender Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand gegründet werden, wäre für die Kapitalbereitstellung eine beihilfenrechtliche Problematik schon dadurch auszuschließen, dass nach § 5 GmbHG

ein Stammkapital in Höhe von 25.000 € genügt, also deutlich weniger als die EU-beihilfenrechtlich relevante De-minimis-Höhe von 200.000 € (dazu oben 2.). Da also schon die Leistung im Rahmen der Unternehmensgründung unterhalb der EU-beihilfenrechtlichen Relevanzschwelle liegt, müsste nach einer Gegenleistung gar nicht erst gefragt werden. Entscheidender wären daher auch die denkbare Bereitstellung von weiterem Sach-, Personal- und Kapitalmitteln, da hier gegebenenfalls Finanzflüsse jenseits der De-minimis-Schwelle von 200.000 € in einem rollierenden Zeitraum von drei Jahren erwogen werden könnten.

Realistisch dürfte es insoweit sein, dass in der Gründungs- (und auch Anlauf-)Phase zumindest Kredite gewährt werden müssen, um den Fonds aufzusetzen. Diese müssten zu marktüblichen Konditionen erfolgen, um eine Begünstigung auszuschließen. D.h. sofern die Darlehen nicht von Privaten, sondern vom Staat ausgekehrt werden, müssten diese zu marktüblichen Konditionen erfolgen, soll ein Beihilfenelement ausscheiden. Jegliches Beihilfenelement auf dieser Ebene führt dazu, dass eine Genehmigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderlich wäre (dazu sogleich 4.).

Im Übrigen müsste eine etwaige staatliche Haftung für das zu gründende Unternehmen und erst recht für das eingesetzte Kapital ausgeschlossen werden, soll insoweit eine Begünstigung vermieden werden.

cc) Mögliche Begünstigungseffekte in der operativen Phase

Damit ist bereits der Übergang zur operativen Phase markiert. Vorliegend soll der Fonds aber ebenso wie das Einsparen in den Fonds ohne Förderung erfolgen. Auch die Besteuerung des Fonds soll keine Privilegierung generieren. Sämtliche Vorteile, die über die etwaige Bereitstellung von Sach-, Personal- und Kapitalmitteln (beispielsweise im Rahmen der Bereitstellung von Verwaltungskapazitäten des Bundesverwaltungsamts oder der Bundesbank) gewährt werden, müssten daher sowohl in der Gründungs- als auch in der operativen Phase entsprechend kompensiert werden, soll kein beihilfenrechtlich re-

relevanter Vorteil entstehen. Es ist aber gerade geplant, dass der Fonds seine Verwaltungskosten selbst trägt, so dass auch dieser mögliche Begünstigungseffekt ausgeschlossen ist.

Für den Fall der Aktivierung des „Opt-out“-Modells liegt ebenso kein beihilfenrechtliches Problem vor. Hier könnte zwar ein begünstigender Effekt darin gesehen werden, dass auf diese Weise ein „Nudging“ zugunsten des staatlich organisierten Produkts und damit eine Bevorzugungswirkung gegenüber anderen (privaten) Produkten entsteht. Allerdings führt ein solcher Effekt nicht zu einem Einsatz hoheitlicher Mittel, so dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Denn der durch den „Opt-out“-Mechanismus entstehende – ordnungspolitisch kritisch zu hinterfragende – Vorteil stellt keinen beihilfenrechtlich relevanten Vorteil dar, weil er mit keinen pekuniären Belastungseffekt auf staatlicher Seite korrespondiert (siehe dazu bereits oben 1.). Das gilt allerdings nicht für die durch die Organisation des Opt-out generierten Administrationskosten. Diese müssen vom Fonds kompensiert werden.

Problematisch bleibt dementsprechend die erwogene Informationsfunktion der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung im Rahmen der Schaffung einer § 15 Abs. 4 SGB I vergleichbaren Aufgabe, die vorsieht, dass die entsprechenden Träger „über Möglichkeiten zum Aufbau einer staatlich geförderten zusätzlichen Altersvorsorge produkt- und anbieterneutral Auskünfte erteilen“ und dabei auch zum Altersvorsorgefonds beraten. Anders als bei der staatlich geförderten Altersvorsorge fehlt insoweit die hoheitliche Förderung als Grund für eine staatlich gestützte Beratung. Auch kann keine „produkt- und anbieterneutrale“ Auskunft erfolgen, weil eine Beratung zugunsten eines staatlich organisierten, aber nicht hoheitlich geförderten Produkts im Wettbewerb mit privaten anderen Angeboten im Raum steht. Insoweit kann argumentiert werden, dass die entsprechenden Träger der gesetzlichen Rentenversicherung zum Vertriebskanal für das hoheitlich organisierte Produkt mutieren und diesem insofern einen pekuniär relevanten Vorteil im Wettbewerb mit privaten Vorsorgeanbietern verschaffen. Die Auskunftserteilung bindet auch Ressourcen bei dem Träger der gesetzlichen Rentenversicherung und belastet damit staatliche Mittel. Um einen EU-beihilfenrechtlichen Vorteil konsequent auszuschließen, ist daher entweder auf eine entsprechende Beratung zu verzichten oder diese muss typisiert berechnet und aus Fondsmitteln gegenfinanziert werden.

In Bezug auf etwaige Werbekampagnen der öffentlichen Hand ist zu differenzieren: Die dabei entstehenden Kosten sind vom Fonds zu tragen, da andernfalls eine rechtfertigungspflichtige Begünstigung entsteht. Der gegebenenfalls wettbewerblich noch relevantere Vorteil eines quasi „hoheitlichen Vertrauenssiegels“ durch eine öffentliche Werbekampagne wäre dagegen nicht EU-beihilfenrechtlich relevant, da es wiederum zu keinem pekuniären Belastungseffekt auf staatlicher Seite kommt.

c) Unproblematisch: Verhältnis des Fonds zu anlegenden Unternehmen

Eine Begünstigung von Unternehmen, die in das operative Geschäft einbezogen werden, kann dagegen angesichts des beabsichtigten Ausschreibungsverfahrens ausgeschlossen werden. Es muss lediglich darauf geachtet werden, dass dieses den Anforderungen an ein wettbewerbsoffenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren genügt. Genau das ist aber beabsichtigt (siehe dazu VI.). Dann wird kein Vorteil gewährt, da allen Leistungen angemessene Gegenleistungen gegenüberstehen. Zugleich wird eine etwaige Selektivität ausgeschlossen, da nicht bestimmte Unternehmen etwaige Vorteile erhalten, weil der Bieterprozess allen Unternehmen offen steht.

d) Zwischenergebnis

Da demnach sowohl für das Verhältnis „Staat – Fonds“ als auch im Verhältnis „Fonds – anlegende Unternehmen“ grundsätzlich eine Begünstigung ausgeschlossen werden kann, ist an sich nicht näher auf weitere Rechtfertigungsgründe einzugehen. Es wurde allerdings bereits darauf verwiesen, dass gegebenenfalls im Rahmen der Initialphase begünstigende Darlehen der öffentlichen Hand erforderlich sind, die sodann gegebenenfalls als Kompensation für konkret zu benennende und aufzuerlegende Gemeinwohlpflichten bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden können (dazu sogleich 4.).

4. *Weitere Gestaltungsmöglichkeiten im Fall einer Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?*

a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Beihilfenrecht
Liegen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vor (dazu oben IV.2.a)aa)) käme zunächst ein Wegfall der Begünstigung und damit des Beihilfentatbestands auf der Basis der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung⁸⁹ in Betracht. Diese hat der EuGH entwickelt, um im Fällen der Kompensation von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter engen Voraussetzungen das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung entfallen zu lassen. In dem Urteil hat der EuGH zweierlei anerkannt: Zum einen hat er den Mitgliedstaaten eingeräumt, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bzw. Gemeinwohlpflichten finanziell kompensieren zu dürfen, ohne dass dadurch ein der Beihilfenkontrolle unterliegender Tatbestand geschaffen wird.⁹⁰ Zum anderen hat er einen weiteren Mechanismus entwickelt, um das Begünstigungsmerkmal auszuschließen. Werden die vier *Altmark-Trans*-Kriterien eingehalten,

⁸⁹ EuGH, Rs. 280/00, Slg. 2003, I-7747 – *Altmark Trans*; dazu nur *Bartosch*, EuZW 2004, 295; *Franzius*, NJW 2003, 3029; *Jennert*, NVwZ 2004, 425; *Koenig*, BB 2003, 2185; *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 804; *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1202; *Ronellenfitsch*, VerwArch 2004, 425.

⁹⁰ Kritisch demgegenüber *Münder/Boetticher*, ZESAR 2004, 65 (67).

entfällt die Begünstigung, damit der EU-Beihilfentatbestand und folglich auch die Notifizierungspflicht.⁹¹ Diese Rechtsprechung wurde mittlerweile in zahlreichen Entscheidungen des EuGH und der Kommission bestätigt⁹² und später durch das Gericht erster Instanz in seinen Urteilen in den Fällen *BUPA*⁹³ und Folgeurteilen sowie im Fall *Tierkörperbeseitigung*⁹⁴ erweitert.

Nach der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung müssen die folgenden vier Anforderungen erfüllt sein: Erstens müssen die Gemeinwohlpflichten durch einen transparenten Betrauungsakt übertragen worden sein (siehe dazu schon oben IV.2.a)). Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen. Drittens ist der Ausgleich auf die Höhe der Kostendeckung beschränkt. Viertens muss dann, wenn die Kompensationszahlung nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge vergeben wird, als Kostenmaßstab ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen zugrunde gelegt werden. Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, um den EU-Beihilfentatbestand auszuschließen.⁹⁵

Alternativ kommt vorliegend eine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV in Betracht. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Rechtfertigung von Abweichungen der Vorgaben des Art. 102 AEUV auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV verwiesen werden (IV.2.): Entscheidend wäre dann auch hier, dass tatsächlich Gemeinwohlpflichtungen auferlegt werden und dass etwaige Vorteile, die insbesondere im Rahmen der Gewährung von Darlehen eingeräumt werden, auf das Minimum beschränkt werden,

⁹¹ Zum Streit bezüglich der sog. Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung ausführlich *Czerny*, Die beihilfenrechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, 2009, S. 88 ff.; *Kube*, EuR 2004, 230 (231 ff.); *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 30, Rn. 69 ff. Zur Kommissionspraxis in der Folge des *Altmark-Trans*-Urteils *Bartosch*, EuZW 2004, 295 (296 ff.).

⁹² Exemplarisch EuGH, verb. Rs. C-34 - 38/01, Slg. 2003, I-14243, Rn. 31 ff. – *Enirisorse*; aus der Kommissionspraxis exemplarisch Beschluss v. 24.5.2011, Beihilfe C 88/97, *Crédit Mutuel*, ABI. 2011 L 309/23, Ziff. 78 ff.

⁹³ EuG, Rs. T-289/03, Slg. 2008, II-81 – *BUPA*; siehe auch die Folgeurteile, insbesondere für Krankenhäuser EuG, Rs. T-137/10, Urt. v. 7.11.2012 – *CBI*.

⁹⁴ EuG, Rs. T-309/12, Urt. v. 16.7.2014, Ziff. 103 ff. – *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg*,

⁹⁵ Dies ergibt sich eindeutig aus EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 94 – *Altmark Trans*, die allerdings umständlich formuliert ist; vgl. auch *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 804 (805).

das erforderlich ist, um die entsprechenden Verpflichtungen zu gewährleisten. Dies erfordert eine umfassende Prüfung der tatsächlich auferlegten Verpflichtungen und der gegebenenfalls geltend gemachten Unterstützung in Form von Darlehen.

b) Konsequenzen für die Ausgestaltung des Altersvorsorgefonds und Zwischenergebnis

Vorliegend dürfte – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der vergünstigten Bereitstellung von Darlehen – eine Rechtfertigung im Wege der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung schon daran scheitern, dass keine Vergleichsunternehmen ersichtlich sind, die für den Ausschluss einer Überkompensation herangezogen werden können.⁹⁶

Die für die Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderliche Prüfung, ob tatsächlich Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden und ob etwaige Vorteile, die im Rahmen der Gewährung von Darlehen eingeräumt werden, auf das Minimum beschränkt werden, das erforderlich ist, um die entsprechenden Verpflichtungen zu gewährleisten, erfordert eine umfassende Untersuchung der tatsächlich auferlegten Verpflichtungen und der gegebenenfalls geltend gemachten Unterstützung in Form von Darlehen.⁹⁷ Diese kann nur konkret erfolgen, sobald etwaige Pflichten und vergünstigte Darlehen im Rahmen der weiteren Ausgestaltung des Modells eines Altersvorsorgefonds näher konkretisiert wurden. Dann wäre auch eine Notifizierung bei der Kommission und eine entsprechende beihilfenrechtliche Absicherung des Modells erforderlich. Jedenfalls bestehen insoweit durchaus zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten auf Basis des Art. 106 Abs. 2 AEUV.

⁹⁶ So auch die Kommission für die Kompensation von NEST, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABl. 2011 C 96/1, Ziff. 104.

⁹⁷ Dazu wiederum umfassend im Fall der Kompensation von NEST die Kommission, State Aid N 157/2009 – United Kingdom, Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010) 4507 final vom 6.7.2010, ABl. 2011 C 96/1, Ziff. 116 ff.

VI. Vergaberechtliche Anforderungen

In vergaberechtlicher Sicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die insoweit relevanten Vorgaben anders als beim bislang analysierten EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrecht in der einfach-gesetzlichen Ausgestaltung als nationales Vergaberecht greifen, auch wenn dieses durch entsprechende EU-Richtlinien weitgehend überformt ist. Nur soweit das EU-Sekundärvergaberecht nicht greift, ist auf das EU-Primärvergaberecht abzustellen, das sich aus den Grundfreiheiten der EU ableitet. Im Übrigen ist vorliegend inhaltlich zu differenzieren: So ist zum einen zu prüfen, inwiefern die Gründung eines Altersvorsorgefonds seinerseits ausschreibungspflichtig ist, da dies weit reichende Konsequenzen für die Ausgestaltung des Fonds hätte (dazu 1.). Zum anderen ist knapp zu erläutern, welche vergaberechtlichen Anforderungen bei der Einbeziehung privater Anbieter im Rahmen des operativen Geschäfts des Fonds zu beachten sind (dazu 2.).

1. Ausschreibungspflichten im Rahmen der Gründungsphase des Altersvorsorgefonds?

Mit Blick auf die Beantwortung der ersten Frage ist unabhängig von der Einschlägigkeit des EU-Primär- oder Sekundärvergaberechts (und damit zugleich des nationalen Vergaberechts) allgemein zu prüfen, ob die Unternehmensgründung überhaupt ein ausschreibungspflichtiges Beschaffungsverhältnis darstellt.

Ausgangspunkt ist dabei in einfachgesetzlicher Hinsicht § 103 GWB, der in Absatz 1 öffentliche Aufträge definiert als „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“ Diese Vorschrift ist im Einklang mit den sekundärrechtlichen Vorgaben im EU-Vergaberecht auszulegen. Hier werden öffentliche Aufträge in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 Richtlinie 2014/24/EU definiert als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der zusätzlichen Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der „Beschaffung“ seinerzeit deutlich machen wollen, dass ein Beschaffungszweck erforderlich ist, die öffentliche Hand also als Nachfragerin nach Leistungen auftritt, um ihre eigenen Aufgaben zu erfüllen. Damit ist jedenfalls deutlich, dass nicht über die Vorgaben des europäischen Vergaberechts hinaus (Vertrags-)Beziehungen zwischen öffentlicher Hand und Dritten ohne Beschaffungszweck vom Vergaberecht des GWB erfasst werden sollen und entsprechenden expansiven Tendenzen in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte begegnet werden sollte.⁹⁸ Gegenstand des schriftlichen Vertrages muss nach dem bereits zitierten Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 Richtlinie 2014/24/EU eine entsprechend klassifizierte Leistung des Auftragnehmers sein, die vom Auftraggeber näher definiert wird. Als Gegenleistung des Auftraggebers wird ein Entgelt vorgesehen. Diese strenge Fixierung auf ausgewählte Austauschverhältnisse entspricht dem Telos des EU-Sekundärvergaberechts, nur insoweit ein spezifisches Vergaberegime aufzustellen.

Dasselbe gilt für Dienstleistungskonzessionen. Dabei ist die Konzessionsrichtlinie grundsätzlich dann thematisch einschlägig, wenn die öffentliche Hand als Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen jedenfalls nicht primär Geldzahlungen vorsieht. Denn eine Dienstleistungskonzession meint gemäß Art. 5 Nr. 1 S. 1 lit. b der Richtlinie 2014/23/EU „einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.“ Der entscheidende Unterschied zwischen einer Dienstleistung und einer Dienstleistungskonzession besteht also darin, dass im Fall der Dienstleistung als Gegenleistung eine Geldzahlung erfolgt, während bei der Dienstleistungskonzession ein Verwertungsrecht im Vordergrund steht, das gegebenenfalls durch Geldzahlungen ergänzt wird. Damit ändert sich im Vergleich zum Dienstleistungsauftrag i. S. d. Richtlinie 2014/24/EU lediglich die Gegenleistung,

⁹⁸ Zum Hintergrund der gesetzlichen Konkretisierung anlässlich einer gegenläufig expansiven Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Reichweite des Vergaberechts bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand siehe Kühling, JZ 2008, S. 1117 ff. und später *ders.*, NVwZ 2010, S. 1257 ff.

während die Leistungsseite der Situation eines Dienstleistungsauftrags entspricht. Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist jedoch, dass der Ansatz klarer Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse und einer klaren Umgrenzung der ausschreibungspflichtigen Vorgänge auch in der Konzessionsrichtlinie aufrechterhalten bleibt, ein Beschaffungsvorgang also auch weiterhin erforderlich ist.

An einen vergaberechtsrelevanten Vorgang wäre vorliegend vor diesem Hintergrund etwa dann zu denken, wenn der Staat den Fonds unter Beteiligung eines privaten Unternehmens gründet und dieses anschließend etwa mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut. So darf eine geschickt ausgestaltete mehrschrittige Vorgehensweise des Auftraggebers nicht zur Umgehung von Ausschreibungspflichten mit einem entsprechenden Beschaffungsgegenstand führen. Das gilt etwa im Fall einer Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens kombiniert mit der Übertragung von Aufgaben.⁹⁹ Insofern ist die geplante Rechtsform des Fonds von Bedeutung. Vorliegend soll nämlich eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft erfolgen. Eine Beteiligung Privater an dem Fondsunternehmen ist nicht vorgesehen. An den Fonds sollen auch keine Aufträge vergeben werden, da schon keine entsprechende vertragliche Konditionierung zwischen der öffentlichen Hand und dem Fonds erfolgt. Es erfolgt insoweit also gerade keine Beschaffung der öffentlichen Hand. Der Fonds selbst soll vielmehr im Anschluss Unternehmen im Rahmen der Anlage des Fondsvermögens beauftragen (und bleibt insoweit auch ausschreibungspflichtig). Die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts liegt daher nicht vor. Die Anforderungen an die „In-House“-Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁰ und deren sekundärrechtliche Umsetzung zur Privilegierung einer Ausschreibung innerhalb der öffentlichen Hand müssen daher nicht weiter geprüft werden.

Eine Ausschreibungspflichtigkeit der Gründung des Fonds scheidet also nicht zuletzt aufgrund der beabsichtigten Fondsstruktur in rein öffentlicher Trägerschaft von vornherein aus.

⁹⁹ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 10.11.2005, Rs. C-29/04, Slg. 2005, I-9705 – *Mödling* und dazu *Kühling*, ZfBR 2006, 661 ff.

¹⁰⁰ Dazu grundlegend EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 – *Teckal*; EuGH, Urt. v. 11.1.2005, Rs. C-26/05, Slg. 2005, I-1 – *Stadt Halle und RPL Lochau*.

2. Vergaberechtliche Verpflichtungen für den Fonds

Die Frage der vergaberechtlichen Verpflichtungen, die den Fonds treffen, wenn dieser Dritte (Kreditinstitute etc.) insbesondere im Rahmen der Anlageentscheidungen einbezieht, ist eine Frage des operativen Alltagsgeschäfts des Fonds (ebenso wie die Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorgaben etc.) und kann daher im Folgenden knapp skizziert werden. Sie soll aber vor allem wegen des wettbewerbsrechtlichen Bezugs dennoch kurz behandelt werden. Das EU-Sekundärvergaberecht (und dementsprechend das GWB-Vergaberecht) finden grundsätzlich Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftrag (siehe soeben 1.) vorliegt, die Vergabestelle als öffentliche Auftraggeberin zu qualifizieren ist, bestimmte Schwellenwerte überschritten werden und keine besonderen Ausnahmetatbestände vorliegen. Nur wenn diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen, greift der Rigor des Vergaberechts.

Die nähere Subsumtion der operativ tätigen Einheit des Fonds als öffentliche Auftraggeberin unter die einschlägigen Normen (im GWB § 99) hängt von der Rechtsform des Altersvorsorgefonds ab. Da jedoch in jedem Fall eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft geplant ist, wird das Ergebnis jeweils grundsätzlich identisch sein und es ist von einer Auftraggebereigenschaft auszugehen, sei es, dass ein Sondervermögen des Bundes im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB oder „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“ vorliegen, „die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen“ (siehe § 99 Nr. 2 GWB, mit weiteren Anforderungen).

Da es vorliegend um die Beschaffung von Finanzierungsdienstleistungen im Rahmen der Anlage des von den Kunden eingesammelten Kapitals geht, die entsprechend seitens des Fonds honoriert werden, liegt grundsätzlich ein Dienstleistungsauftrag vor (als Auffangtatbestand im GWB in § 103 Abs. 4 normiert).

Angesichts der hohen Volumina entsprechender langfristiger Anlageentscheidungen und deren dienstleistungsseitiger Begleitung dürften auch die Schwellenwerte bei der Einbeziehung privater Institute erfüllt sein.

Im Einzelfall näher zu prüfen sein wird daher vor allem das Eingreifen von Ausnahmetatbeständen (siehe im GWB insbesondere die §§ 107 ff.) nach näherer Ausgestaltung der Beschaffungsaktivitäten. So wäre insbesondere an die Ausnahme des § 116 Abs. 1 Nr. 4

(bzw. § 137 Abs. 1 Nr. 4 GWB) zu denken, der „finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, Dienstleistungen der Zentralbanken sowie mit der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität und dem Europäischen Stabilitätsmechanismus durchgeführte Transaktionen“ vom GWB-Vergaberecht ausnimmt. Hintergrund dieser Ausnahme ist das Ziel, kurzfristig notwendige Aktivitäten der öffentlichen Hand zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben nicht der Komplexität der vergaberechtlichen Regime zu unterwerfen.¹⁰¹ Da es vorliegend jedoch um die Aktivitäten eines Fonds zugunsten privater Anleger geht und nicht um spezifische Finanzierungsinstrumente zur Finanzierung von Aufgaben der öffentlichen Hand, wird diese Ausnahme grundsätzlich nicht einschlägig sein. Das gilt bei einer restriktiven Auslegung der Ausnahmetatbestände auch soweit es um die Einbeziehung privater Unternehmen für sehr langfristige und nicht um kurzfristige Anlageentscheidungen geht. Im Falle der Einbindung der Bundesbank wäre zudem der Privilegierungstatbestand der „Dienstleistungen der Zentralbanken“ näher zu prüfen. Dieser dürfte allerdings ebenfalls nicht einschlägig sein mit Blick auf das Verhältnis der Bundesbank zu dritten Privatanbietern, die im Ausschreibungswege einbezogen werden sollen. Denn die Norm zielt nach verbreiteter Auffassung in der Literatur auf die Privilegierung der Zentralbanken im Fall der Leistungen gegenüber öffentlichen Auftraggebern ab.¹⁰²

Danach dürften im Ergebnis bei der Einbeziehung privater Unternehmen in die langfristigen Kapitalanlagen ausschreibungspflichtige Dienstleistungen jenseits der Schwellenwerte vorliegen, für die keine Ausnahmebestimmungen greifen. Der Fonds bzw. die entsprechend in die Beauftragung privater Dienstleister einbezogenen öffentlichen Entitäten sind auch Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts. Die vergaberechtlichen Vorgaben des GWB – in Umsetzung des einschlägigen EU-Sekundärvergaberechts – sind daher insoweit zu beachten.

¹⁰¹ Lausen, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB, 3. Aufl. 2017, Rn. 53 ff.

¹⁰² Lausen, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB, 3. Aufl. 2017, Rn. 57.

VII. Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

I. Gesamtergebnis

Es sind folgende Gesamtergebnisse festzuhalten:

1. Ein staatlich organisierter Altersvorsorgefonds kann so ausgestaltet werden, dass die Vorgaben des EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts eingehalten werden. Dieses Ergebnis gilt unabhängig von der näheren Wahl der Rechtsform und den unterschiedlichen Fristen für die Ausschreibung der Kapitalanlage oder die Wahl eines sanften Zwangs („Opt-out“) für die Verbraucherinnen und Verbraucher. Letzteres bedarf eher einer ordnungspolitischen, denn einer EU-wettbewerbsrechtlichen Rechtfertigung.
2. Am wichtigsten ist das Festhalten an der fehlenden Begünstigung des Fonds, da so am einfachsten die anspruchsvollen EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben eingehalten werden können. Das gilt auch für die Einbeziehung staatlicher Stellen in die Information über das Anlageprodukt. Diese muss neutral erfolgen und kompensiert werden aus den Mitteln des Fonds oder sollte ganz unterbleiben. Sofern doch eine Anschubfinanzierung insbesondere in Form von öffentlichen Darlehen zu nicht marktüblichen, begünstigenden Konditionen erforderlich ist, müssen diese Fördermaßnahmen bei der Kommission notifiziert werden. Sie können je nach Ausgestaltung kompensierender Gemeinwohlverpflichtungen des Altersvorsorgefonds als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegebenenfalls auf Basis des Art. 106 Abs. 2 AEUV von der Kommission genehmigt werden. Die weiteren EU-wettbewerbsrechtlichen Vorgaben (insbesondere Art. 102 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV) sind im Übrigen weniger kritisch und können jedenfalls auch im Falle eines „Opt-out“-Modells gewahrt werden. In vergaberechtlicher Hinsicht greifen insbesondere Ausschreibungspflichten im Rahmen der Einbeziehung privater Dienstleister im Rahmen der Anlage des Fondskapitals.

Dabei wurden folgende *Einzelergebnisse* ermittelt:

II. Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts

3. Angesichts der vorliegend angestrebten Ausgestaltung des Fonds liegt eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des EU-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts vor. So sollen individuelle Ansprüche kapitalgedeckt und nicht solidarisch bzw. umlagenfinanziert erworben werden. Das gilt auch unabhängig von der Rechtsform des Fonds. Auch wenn eine öffentlich-rechtliche, nicht gewinnorientierte Ausgestaltung ein Indikator für eine nicht-wirtschaftliche Betätigung im Sozialversicherungssektor darstellt, führt sie nicht allein schon zur Annahme eines nicht-unternehmerischen Handelns. Denn es fehlt vorliegend zusätzlich am Indikator eines Zwangscharakters. Das ist gleichermaßen der Fall bei der Ausgestaltungsvariante eines „Opt-out“-Modells, die als Form des „sanften Zwangs“ nicht den für eine Indikation als nicht-wirtschaftliche Betätigung erforderlichen Verpflichtungscharakter aufweist. Diese Einschätzung wird auch durch die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission gestützt, die im Rahmen einer EU-beihilfenrechtlichen Überprüfung des in Teilelementen (individuelle kapitalgedeckte Ansprüche; Betrieb durch eine nicht gewinnorientierte öffentlich-rechtlich organisierte Entität) vergleichbaren britischen „National Employment Savings Trust – NEST“ ebenfalls vom Vorliegen eines Unternehmens ausging.
4. Da vorliegend das Versicherungsprodukt im Wettbewerb mit anderen privaten Altersvorsorgeprodukten stehen wird, die auch von EU-ausländischen Anbietern angeboten werden können, liegt eine zwischenstaatliche Relevanz vor. Damit greift das vorrangig anzuwendende EU-Wettbewerbsrecht sowie das aus den EU-Grundfreiheiten abgeleitete EU-Primärvergaberecht, sofern nicht in Bezug auf Letzteres das EU-Sekundärvergaberecht einschlägig ist.

III. Kartellverbot, Art. 101 AEUV

5. Es liegt schon keine Absprache mit dem Ziel einer Wettbewerbsverfälschung vor, so dass ein Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV ausscheidet.

IV. Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV

6. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot könnte schon mit dem Hinweis ausscheiden, dass nicht ersichtlich ist, wie der Fonds sich missbräuchlich verhalten sollte, da er in seinem operativen Geschäft gerade weitere Unternehmen im Rahmen der Kapitalanlage im Rahmen von objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren einbeziehen möchte. Es kommt jedoch ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV im Fall des „Opt-out“-Modells insofern in Betracht, als hier der Staat seine Steuerungsmacht missbrauchen könnte, um dem Fonds einen besonderen Vorteil zu verschaffen. Die Einräumung eines Wettbewerbsvorteils des Fonds im Falle eines „Opt-out“-Modells ist dabei ordnungspolitisch durchaus rechtfertigungspflichtig, führt jedoch auf der Basis der bisherigen Kommissionspraxis und Rechtsprechung nicht zu einem Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 106 Abs. 1 AEUV.
7. Diese Einschätzung wird wiederum durch die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission gestützt, die im Rahmen einer EU-beihilfenrechtlichen Überprüfung des britischen „National Employment Savings Trust – NEST“ erfolgt ist. Hier hat die Kommission keine EU-beihilfenrechtlichen Einwände erhoben und 2010 die mit der Schaffung jenes Vorsorgesystems einhergehende Anschubfinanzierung als mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar angesehen. Diese Beschlusspraxis hat die Kommission 2014 für den Fall nachfolgender Anpassungen am System von NEST bestätigt. Trotz aller Schwierigkeiten eines entsprechenden Vergleichs sieht auch NEST eine automatische Aufnahme in das Vorsorgesystem vor, sofern kein opt out erfolgt. Wäre die Kommission insoweit von der Einräumung eines problematischen besonderen Rechts ausgegangen, wäre das sicherlich im Rahmen des Prüfverfahrens thematisiert worden. Das ist aber nicht ersichtlich.
8. Diese Bewertung gilt im Übrigen nur, solange das „Opt-out“-Modell nicht in Kombination mit weiteren problematischen Privilegien im Vergleich zu im Übrigen identisch behandelten privaten Vorsorgeprodukten erfolgt. Am Markt erhältliche Altersvorsorgeprodukte sind dabei nicht immer zwingend mit einer Kapitalgarantie im

Rahmen der gesetzlichen Regelungen ausgestattet. Der Verzicht auf Garantien wäre im Verhältnis zu Riester-Produkten problematisch, wird aber durch die Gewährung der Riester-Förderung kompensiert. Alternativ könnte auch bei Riester-Produkten anderen Marktteilnehmern ein Verzicht auf Garantien ermöglicht werden.

9. Für eine etwaige Rechtfertigung von Abweichungen von den Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV müssten vor diesem Hintergrund klare Sonderverpflichtungen identifiziert werden, was bislang noch nicht ersichtlich ist. Sodann müsste dargelegt werden, dass etwaige Abweichungen von den Wettbewerbsregeln zur Erfüllung gerade dieser Pflichten erforderlich sind, bzw. dass ohne entsprechende Privilegien eine Aufgabenerfüllung gefährdet ist.

V. EU-Beihilfenverbot, Art. 107 AEUV

10. Ein besonderes Augenmerk ist auf die EU-Beihilfenrechtskonformität zu richten. Insoweit ist zwischen der Gründungsphase und der operativen Phase des Fonds zu unterscheiden. Die fünf EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung (1) bestimmter Unternehmen (2), der staatlichen Mittelherkunft (3), der Wettbewerbsverfälschung (4) und der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (5) müssen dabei kumulativ vorliegen, um den Beihilfentatbestand zu begründen. Vorliegend ist insbesondere fraglich, ob eine Begünstigung (1) aus staatlichen Mitteln (3) erfolgt.
11. Dafür ist erforderlich, dass jedenfalls Mittel transferiert werden. Nicht pekuniäre Vorteile werden dagegen nicht erfasst. Es muss also zu einer Belastung öffentlicher Haushalte (einschließlich der von staatlich benannten Einrichtungen) kommen.
12. Insbesondere in der Gründungsphase hängt die spezifische Prüfung und Argumentation – jedoch weniger das Prüfungsergebnis – davon ab, wie der Fonds ausgestaltet wird. Sollte beispielweise eine GmbH mit entsprechender Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand gegründet werden, wäre für die Kapitalbereitstellung

eine beihilfenrechtliche Problematik schon dadurch auszuschließen, dass nach § 5 GmbHG ein Stammkapital von 25.000 € genügt, also deutlich weniger als die EU-beihilfenrechtlich relevante De-minimis-Höhe von 200.000 €.

13. Entscheidender wären daher auch die denkbare Bereitstellung von weiterem Sach-, Personal- und Kapitalmitteln, da hier gegebenenfalls Finanzflüsse jenseits der De-minimis-Schwelle von 200.000 € in einem rollierenden Zeitraum von drei Jahren erwogen werden könnten. Damit ist bereits der Übergang zur operativen Phase markiert. Vorliegend soll der Fonds aber ebenso wie das Einsparen in den Fonds ohne Förderung erfolgen. Auch die Besteuerung des Fonds soll keine Privilegierung generieren. Sämtliche Vorteile, die über die etwaige Bereitstellung von Sach-, Personal- und Kapitalmitteln (beispielsweise im Rahmen der Bereitstellung von Verwaltungskapazitäten des Bundesverwaltungsamts oder der Bundesbank) gewährt werden, müssten daher sowohl in der Gründungs- als auch in der operativen Phase entsprechend kompensiert werden, soll kein beihilfenrechtlich relevanter Vorteil entstehen. Es ist aber gerade geplant, dass der Fonds seine Verwaltungskosten selbst trägt, so dass auch dieser mögliche Begünstigungseffekt ausgeschlossen werden kann und soll.
14. Realistisch dürfte es gleichwohl sein, dass in der Gründungs- (und auch Anlauf-)Phase zumindest Kredite gewährt werden müssen, um den Fonds aufzusetzen. Diese müssten zu marktüblichen Konditionen erfolgen, um eine Begünstigung auszuschließen. D.h. sofern die Darlehen nicht von Privaten, sondern vom Staat ausgekehrt werden, müssten diese zu marktüblichen Konditionen erfolgen, soll ein Beihilfenelement ausscheiden. Jegliches Beihilfenelement auf dieser Ebene führt dazu, dass eine Genehmigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderlich wäre.
15. Die für die Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderliche Prüfung, ob tatsächlich Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden und ob etwaige Vorteile, die im Rahmen der Gewährung von Darlehen eingeräumt werden, auf das Minimum beschränkt werden, das erforderlich ist, um die entsprechenden Verpflichtungen zu gewährleisten, erfordert eine umfassende Untersuchung der tatsächlich auferlegten Verpflichtungen und der gegebenenfalls geltend gemachten Unter-

stützung in Form von Darlehen. Diese kann nur konkret erfolgen, sobald etwaige Pflichten und vergünstigte Darlehen im Rahmen der weiteren Ausgestaltung des Modells eines Altersvorsorgefonds näher konkretisiert wurden. Dann wäre auch eine Notifizierung bei der Kommission und eine entsprechende beihilfenrechtliche Absicherung des Modells erforderlich. Jedenfalls bestehen insoweit durchaus zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten auf Basis des Art. 106 Abs. 2 AEUV.

16. Im Übrigen müsste eine etwaige staatliche Haftung für das zu gründende Unternehmen und erst recht für das eingesetzte Kapital ausgeschlossen werden, soll insoweit eine Begünstigung vermieden werden.
17. Für den Fall der Aktivierung des „Opt-out“-Modells liegt ebenso kein beihilfenrechtliches Problem vor. Hier könnte zwar ein begünstigender Effekt darin gesehen werden, dass auf diese Weise ein „Nudging“ zugunsten des staatlich organisierten Produkts und damit eine Bevorzugungswirkung gegenüber anderen (privaten) Produkten entsteht. Allerdings führt ein solcher Effekt nicht zu einer Belastung hoheitlicher Mittel, so dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Denn der durch den „Opt-out“-Mechanismus entstehende – ordnungspolitisch kritisch zu hinterfragende – Vorteil stellt keinen beihilfenrechtlich relevanten Vorteil dar, weil er mit keinen pekuniären Belastungseffekt auf staatlicher Seite korrespondiert. Das gilt allerdings nicht für die durch die Organisation des Opt-out generierten Administrationskosten. Diese müssen vom Fonds kompensiert werden.
18. Problematisch bleibt allerdings die erwogene Informationsfunktion der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung im Rahmen der Schaffung einer § 15 Abs. 4 SGB I vergleichbaren Aufgabe, die vorsieht, dass die entsprechenden Träger „über Möglichkeiten zum Aufbau einer staatlich geförderten zusätzlichen Altersvorsorge produkt- und anbieterneutral Auskünfte erteilen“ und dabei auch zum Altersvorsorgefonds beraten. Anders als bei der staatlich geförderten Altersvorsorge fehlt insoweit die hoheitliche Förderung als Grund für eine staatlich gestützte Beratung. Auch kann keine „produkt- und anbieterneutrale“ Auskunft erfolgen, weil eine Beratung zugunsten eines staatlich organisierten, aber nicht hoheitlich geförderten Produkts im Wettbewerb mit privaten anderen Angeboten im Raum steht.

Insoweit kann argumentiert werden, dass die entsprechenden Träger der gesetzlichen Rentenversicherung im Falle einer § 15 Abs. 4 SGB I vergleichbaren Regelung zum Vertriebskanal für das hoheitlich organisierte Produkt mutieren und diesem insofern einen pekuniär relevanten Vorteil im Wettbewerb mit privaten Vorsorgeanbietern verschaffen. Die Auskunftserteilung bindet auch Ressourcen bei dem Träger der gesetzlichen Rentenversicherung und belastet damit staatliche Mittel. Um einen EU-beihilfenrechtlichen Vorteil konsequent auszuschließen, ist daher entweder auf eine entsprechende Beratung zu verzichten oder diese muss typisiert berechnet und aus Fondsmitteln gegenfinanziert werden.

19. In Bezug auf etwaige Werbekampagnen der öffentlichen Hand ist zu differenzieren: Die dabei entstehenden Kosten sind vom Fonds zu tragen, da andernfalls eine rechtfertigungspflichtige Begünstigung entsteht. Der gegebenenfalls wettbewerblich noch relevantere Vorteil eines quasi „hoheitlichen Vertrauenssiegels“ durch eine öffentliche Werbekampagne wäre dagegen nicht EU-beihilfenrechtlich relevant, da es wiederum zu keinem pekuniären Belastungseffekt auf staatlicher Seite kommt.
20. Eine Begünstigung von Unternehmen, die in das operative Geschäft einbezogen werden, kann dagegen angesichts des beabsichtigten Ausschreibungsverfahrens ausgeschlossen werden. Es muss lediglich darauf geachtet werden, dass dieses den Anforderungen an ein wettbewerbsoffenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren genügt. Genau das ist aber beabsichtigt.

VI. Vergaberechtliche Anforderungen

21. Eine Ausschreibungspflichtigkeit der Gründung des Fonds scheidet nicht zuletzt aufgrund der beabsichtigten Fondsstruktur in rein öffentlicher Trägerschaft von vornherein aus.
22. Bei der Einbeziehung privater Unternehmen in die langfristigen Kapitalanlagen handelt es sich grundsätzlich um ausschreibungspflichtige Dienstleistungen jenseits der Schwellenwerte, für die keine Ausnahmebestimmungen greifen. Der

Fonds bzw. die entsprechend in die Beauftragung privater Dienstleister einbezogenen öffentlichen Entitäten sind auch Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts. Die vergaberechtlichen Vorgaben des GWB – in Umsetzung des einschlägigen EU-Sekundärvergaberechts – sind daher insoweit bei den entsprechenden Ausschreibungen zu beachten.

Regensburg, den 19. Dezember 2018

gez.

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.