

Leitfaden

EU-BEIHILFENRECHT
Grundlagen



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR FINANZEN UND WIRTSCHAFT

Leitfaden
EU-BEIHILFENRECHT
Grundlagen



INHALTSVERZEICHNIS

15 KAPITEL I

Beihilfenrechtliche Grundlagen

- 16 — 1. **Rahmenbedingungen und Kontrolle**
- a) Sinn und Zweck des Beihilfenrechts
 - b) Grundsatz: Beihilfenverbot mit Erlaubnisvorbehalt
 - c) Durchführungsverbot und Verjährungsfrist
 - d) Mehrstufige Beihilfenkontrolle auf nationaler und europäischer Ebene
- 22 — 2. **Unterscheidung von Tatbestands- und Rechtfertigungs-lösungen – Prüfschema**
- 24 — 3. **Architektur des Beihilfenrechts**
- 28 — 4. **Aktuelle Entwicklung im Beihilfenrecht: State Aid Modernisation – Administrative Aspekte**

33 KAPITEL II

Tatbestandsmerkmale der Beihilfe und Tatbestands-lösungen

- 34 — 1. **Der Beihilfentatbestand im Überblick**
- 36 — 2. **Die Tatbestandsmerkmale im Einzelnen**
- a) Staatliche Mittel
 - b) Unternehmen
 - › *Fallkonstellationen außerhalb wirtschaftlicher Tätigkeiten*
 - › *Sonderfall: Wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Tätigkeiten in einer Einheit*
 - c) Begünstigung
 - › *Market Economy Operator Test / Private Investor Test*
 - › *Concomitance („Gleichzeitigkeitskriterium“)*
 - › *Grundstücksverkäufe*
 - › *Darlehen*
 - › *Bürgschaften*
 - › *Forschung & Entwicklung*
 - d) Wettbewerbsverfälschung
 - e) Handelsbeeinträchtigung

57 KAPITEL III

Rechtfertigungslösungen

58 — 1. **Struktur der Rechtfertigungslösungen**

58 — 2. **De-Minimis-Beihilfen**

60 — 3. **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)**

- a) DAWI-Charakter von Leistungen der Daseinsvorsorge
- b) Freistellung auf Grundlage des „Almunia-Pakets“
 - › *Freistellungsbeschluss und Betrauungsakt*
 - › *Unionsrahmen*
 - › *Transparenzrichtlinie und Trennungsrechnung*
- c) Exkurs: Beihilfenfreie Lösung nach der Altmark Trans-Rechtssprechung des EuGH

72 — 4. **Freistellungstatbestände der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)**

- a) Einführung in die AGVO
 - › *Transparenz (Art. 5 AGVO)*
 - › *Anreizeffekt (Art. 6 AGVO)*
 - › *Kumulierung (Art. 8 AGVO)*

- › *Anzeigeverfahren, Veröffentlichung und Information (Art. 9 und Art. 11 AGVO)*

- b) Besondere Freistellungsbedingungen für Kultur (Art. 53 AGVO)

- › *Anwendungsbereich*
- › *Zulässige Beihilfenformen*
- › *Anmeldeschwellen*
- › *Beihilfefähige Kosten*
- › *Beihilfenintensität*

- c) Besondere Freistellungsbedingungen für Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur (Art. 55 AGVO)

- › *Anwendungsbereich*
- › *Zulässige Beihilfenformen*
- › *Anmeldeschwellen*
- › *Beihilfefähige Kosten*
- › *Beihilfenintensität*
- › *Allgemeinzugang zur Infrastruktur*

- › *Transparente Vergabe von Konzessionen und Aufträgen*

- d) Besondere Freistellungsbedingungen für lokale Infrastrukturen (Art. 56 AGVO)

- › *Anwendungsbereich*
- › *Zulässige Beihilfenformen*
- › *Anmeldeschwelle*
- › *Beihilfefähige Kosten*
- › *Beihilfenintensität*

- › *Allgemeinzugang zur Infrastruktur und Entgelte*
 - › *Transparente Vergabe von Konzessionen und Aufträgen*
 - › *Keine Freistellung für „gewidmete“ Infrastruktur*

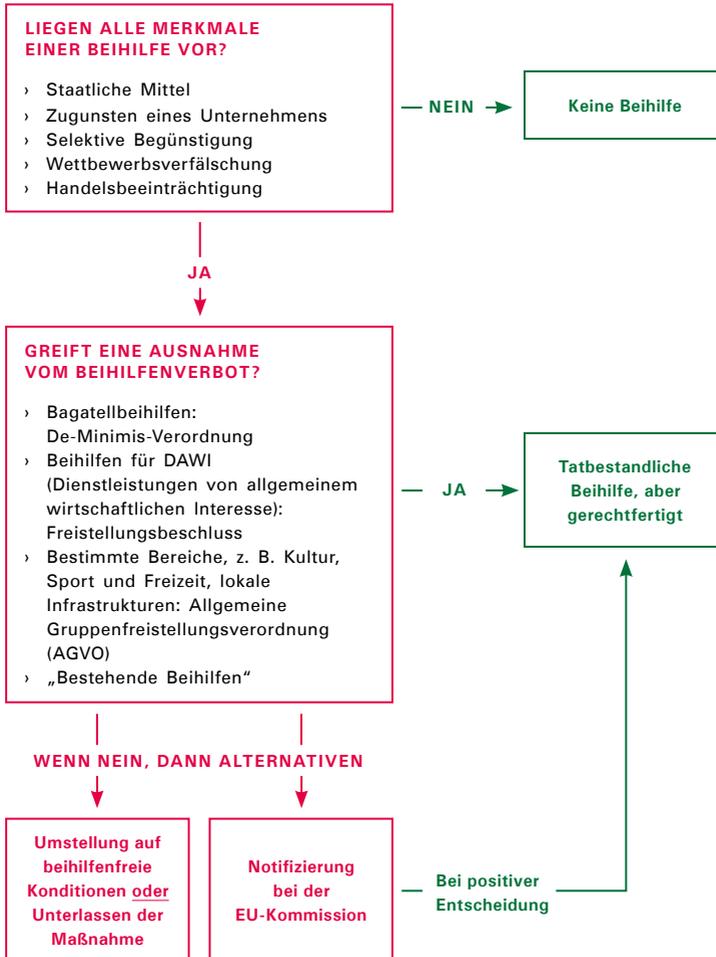
- 86 — 5. Bestehende Beihilfen**

- 88 — 6. Notifizierung**
 - a) Notifizierungsverfahren in der Praxis
 - › *Beteiligte am Verfahren*
 - › *Verfahrensablauf*
 - b) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht
 - › *Formelle und materielle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe*
 - › *Rechtsfolgen nach deutschem Zivil- und Wettbewerbsrecht*
 - › *Strafrechtliche Rechtsfolgen*
 - › *Rechtsfolgen nach deutschem Verwaltungsrecht*
 - › *Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts*
 - › *Bilanzielle Abbildung beihilfenrechtlicher Risiken*

- 100 — 7. Veranschaulichung der Rechtfertigungssystematik am Beispiel Infrastruktur**
 - a) Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf die öffentliche Finanzierung von Infrastruktur
 - b) Prüfungsschwerpunkt: Ermittlung der Finanzierungslücke
 - c) Beihilfenrechtliche Prüfung auf drei Ebenen

ÜBERSICHT ZUR STRUKTURIERUNG

BEIHILFENRECHTLICHES PRÜFSHEMA



EINLEITUNG

Der vorliegende Leitfaden soll Anwendern des Beihilfenrechts einen schnellen, praxisnahen Zugang zu den wesentlichen Rechtsgrundlagen verschaffen. Er richtet sich an alle - auch nicht juristisch vorgebildete - Entscheidungsträger im öffentlichen Sektor.

BAND 1 — Dieser erste Band mit beihilfenrechtlichen Grundlagen bildet den Auftakt einer Reihe von insgesamt fünf Bänden, die einen Überblick über wesentliche Teile des EU-Beihilfenrechts bieten soll. Dieser erste Band soll die Grundstruktur des EU-Beihilfenrechts verdeutlichen und wesentliche Begrifflichkeiten und Fallkonstellationen überblicksmäßig vorstellen. Im Anschluss an die beihilfenrechtlichen Grundlagen (Kapitel I) werden die Punkte aufgezeigt, die bei der Prüfung, ob eine bestimmte Maßnahme als Beihilfe einzuordnen ist, relevant sind (Kapitel II). Das nachfolgende Kapitel III stellt Möglichkeiten dar, eine Beihilfe zu rechtfertigen.

Die nachfolgenden Bände werden einzelne Themenkreise aus dem ersten Band aufnehmen und vertieft behandeln. Die einzelnen Bände werden folgende Themenschwerpunkte abbilden:

BAND 2 — KMU-Förderung, beihilfenrechtliche Standardinstrumente und staatliche Unterstützung von Unternehmen in der Krise – Private Investor Test, Grundstücksmitteilung, Referenzzinssatzmitteilung, Bürgschaftsmitteilung, De-Minimis-Beihilfen und Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), Infrastrukturfinanzierung und Kulturförderung – Staatliche Finanzierung von Maßnahmen in den Bereichen Freizeit, Sport, Tourismus, Kultur, Verkehr, Transport und wirtschaftsnahe Infrastruktur. — BAND 3

Innovationspolitik – Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation. — BAND 4

Europäische Strukturfonds – EFRE, ESF und INTERREG. — BAND 5

Hinweis: Der vorliegende Leitfaden ist als Orientierung bei der Bewertung beihilfenrechtlicher Sachverhalte gedacht. Der Leitfaden ersetzt jedoch nicht eine rechtliche Beratung im Einzelfall. Die verbindliche Auslegung des europäischen Beihilfenrechts ist der Europäischen Kommission und den europäischen Gerichten vorbehalten. Für alle beihilfegewährenden Stellen gilt: Das Ergebnis der beihilfenrechtlichen Prüfung sollte in jedem Falle ausreichend schriftlich dokumentiert sein („Beihilfevermerk“), um ein Mindestmaß an rechtlicher Absicherung zu gewährleisten, z.B. zum Zwecke der Vorlage bei der zuständigen Kommunalaufsicht oder für den Fall etwaiger Nachprüfverfahren.

KAPITEL I

Beihilfenrechtliche Grundlagen

Der Inhalt im Überblick: Dieses Kapitel zeigt Grundlagen und wesentliche Begriffe des Beihilfenrechts auf, erklärt die rechtlichen Zusammenhänge zwischen Beihilfentatbestand und beihilfenrechtlicher Rechtfertigung und gibt einen Überblick über die Beihilfenkontrolle in der EU.

1. RAHMENBEDINGUNGEN UND KONTROLLE

a) Sinn und Zweck des Beihilfenrechts

Das europäische Beihilfenrecht ist ein Teilbereich des **Wettbewerbsrechts**. Wie das allgemeine (Kartell-)Wettbewerbsrecht verfolgt das Beihilfenrecht das Ziel, einen fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen sicherzustellen. In seiner speziellen Ausprägung betrifft es das Verhalten des Staates am Markt: Kein Unternehmen soll dadurch gegenüber Wettbewerbern bessergestellt werden, dass der Staat es mit Haushaltsmitteln unterstützt. Insoweit ähnelt das Beihilfenrecht dem Vergaberecht, das ebenfalls staatliches Handeln am Markt – hier im Rahmen der Beschaffung – reguliert, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Als originäres europäisches Recht ist das Beihilfenverbot seit 1958 Bestandteil der europäischen Verträge. Die beihilfenrechtlichen Regeln stehen damit in der Rechtstradition der EU als Wirtschafts- und Zollunion. Die wesentlichen Grundregeln finden sich deshalb auch weiterhin im europäischen Primärrecht, dem **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)**. Daher ist grundsätzlich auch die EU-Kommission (kontrolliert durch die EU-Gerichte) für die Kontrolle und Durchsetzung des Beihilfenrechts gegenüber den Mitgliedstaaten der EU zuständig.

b) Grundsatz: Beihilfenverbot mit Erlaubnisvorbehalt

Staatliche Beihilfen an Unternehmen sind gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten, soweit in den europäischen Verträgen

nichts abweichend geregelt ist. Lediglich zum Ausgleich von **Marktversagen** sind Beihilfen ausnahmsweise erlaubt. Insoweit enthält Absatz 2 Ausnahmen vom generellen Beihilfenverbot für Sozialbeihilfen an Verbraucher und Beihilfen zur Bewältigung von Naturkatastrophen. In Absatz 3 sind schließlich die Fälle geregelt, in denen Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können, weil insoweit ein Marktversagen besteht, dessen Ausgleich die Rechtfertigung der Beihilfe begründen kann: Dies gilt etwa für Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten mit außergewöhnlich niedrigem Lebenshaltungsstandard, zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete. Zuständig für die Entscheidung, welche Beihilfen nach diesen Ausnahmetatbeständen mit dem Binnenmarkt vereinbar („gerechtfertigt“) sind, ist die **EU-Kommission**, die dabei von den europäischen Gerichten überwacht wird.

c) **Durchführungsverbot und Verjährungsfrist**

Um sicherzustellen, dass Beihilfen möglichst flächendeckend einer Vereinbarkeitsprüfung unterzogen werden, sind Beihilfen grundsätzlich gemäß Artikel 108 Abs. 3 AEUV vor ihrer Gewährung bei der EU-Kommission anzumelden (zu „**notifizieren**“); sie dürfen erst nach einer Genehmigung der Kommission gewährt werden. Wird gegen das Durchführungsverbot verstoßen, ist die gewährte Beihilfe bereits aus diesem Grund – ungeachtet einer eventuellen Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt – formell rechtswidrig. Nach ▶

- ▶ gefestigter Rechtsprechung des EuGH sind die der Beihilfengewährung zugrunde liegenden Rechtsakte in diesem Fall ungültig. Die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass zumindest die gegen das Beihilfenrecht verstoßenden Klauseln eines zivilrechtlichen Vertrags in diesem Fall als von Anfang an **nichtig** zu qualifizieren sind. Das gleiche gilt im Verwaltungsverfahrensrecht auch für die jeweiligen Teile eines öffentlichrechtlichen Vertrages (wegen der in § 59 Abs. 1 VwVfG angeordneten entsprechenden Geltung von § 134 BGB). Ein beihilfenrechtswidriger Verwaltungsakt – etwa ein Zuwendungsbescheid – unterliegt im Umfang seiner formellen Rechtswidrigkeit jedenfalls den Aufhebungsmöglichkeiten der §§ 48, 49 VwVfG.

Die EU-Kommission kann nicht notifizierte Beihilfen bis zu 10 Jahre in die Vergangenheit aufgreifen und gegebenenfalls für (formell) rechtswidrig erklären. Diese **Verjährungsfrist** beginnt mit dem Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfen; dieser wiederum ist definiert als der Zeitpunkt, zu dem der Empfänger einen bindenden Anspruch auf die Beihilfe erworben hat.

PRAXISBEISPIEL

Eine Kommune ist Alleingesellschafterin der Stadtwerke-GmbH, die hauptsächlich im Bereich der Erzeugung, Verteilung und dem Vertrieb von Strom und Gas tätig ist. Die Stadtwerke-GmbH verwendet auf Wunsch der Kommune in langjähriger Praxis einen Teil ihrer Jahresgewinne dazu, die Verluste aus dem Unterhalt und Betrieb kommunaler Sportstätten auszugleichen, die insbesondere vom örtlichen Profi-Fußballverein genutzt werden. Die Kommune stellt dem Verein außerdem ein ihr gehörendes Bürogebäude mietfrei für dessen Geschäftsstelle zur Verfügung. Eine beihilfenrechtliche Absicherung dieser Praxis besteht nicht. Der Landesrechnungshof greift diesen Sachverhalt auf. In einem Gutachten aus dem Februar 2016 stellt er in Abrede, dass die Nutzung der kommunalen Einrichtungen durch den Profi-Fußballverein mit dem EU-Beihilfenrecht in Einklang steht. Im Einzelnen untersucht hat der Landesrechnungshof zunächst nur eine beihilfenrechtliche Begünstigung des Vereins im Jahr 2015. Der Landesrechnungshof fordert die Kommune auf, den Sachverhalt zu klären, allerdings nicht nur für das Jahr 2015, sondern die vergangenen 10 Jahre. Zudem weist der Landesrechnungshof die Kommune darauf hin, dass sämtliche dem Profi-Fußballverein seit 2006 gewährten rechtswidrigen Beihilfen zurückzufordern sind.

d) Mehrstufige Beihilfenkontrolle auf nationaler und europäischer Ebene

Die EU-Kommission ist nach dem europäischen Primärrecht zuständige Behörde für Vollzug und Kontrolle des Binnenmarktrechts, damit auch des Beihilfenrechts. Die Kommission ermittelt aufgrund eigener Kompetenz zur laufenden Überprüfung der Rechtsanwendung („ex officio“), aber auch auf Beschwerden von Bürgern oder Wettbewerbern hin. Verfahren der Kommission richten sich immer gegen den jeweiligen EU-Mitgliedstaat, in Deutschland also gegen die Bundesrepublik.

Die Behörde, welche die Beihilfe gewährt hat, sowie der Beihilfenempfänger sind lediglich mittelbar beteiligt. Die Verfahren sind zwar grundsätzlich nicht öffentlich, die Entscheidungen werden jedoch regelmäßig in der im Internet verfügbaren Verfahrensdatenbank der Kommission (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/) und – zum Teil – im EU-Amtsblatt veröffentlicht. Gegen eine Kommissionsentscheidung sind Rechtsmittel zu den europäischen Gerichten (Gericht der Europäischen Union – EuG; Europäischer Gerichtshof – EuGH) möglich.

Neben der EU-Kommission sind aber auch **nationale Behörden und Gerichte** an der Beihilfenkontrolle beteiligt. So achten etwa Kommunalaufsichtsbehörden und Landesrechnungshöfe seit einigen Jahren verstärkt auf die Einhaltung beihilfenrechtlicher Regeln. Aufgrund des fehlenden Verwaltungsunterbaus bei den Organen der Europäischen Union ergibt sich die Notwendigkeit einer loyalen

Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen staatlichen Behörden in den EU-Mitgliedstaaten, die grundsätzlich für die Einhaltung der Beihilfenvorschriften in ihrem Land gegenüber der EU-Kommission verantwortlich sind. In der Bundesrepublik Deutschland ist hierfür federführend das Bundeswirtschaftsministerium in Berlin zuständig.

Aufgrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland setzt sich diese Verantwortlichkeit in den Bundesländern fort. In Baden-Württemberg ist das Ministerium für Finanzen und Wirtschaft Ansprechpartner für Grundsatzfragen der europäischen Beihilfenkontrollpolitik. Das Ministerium ist zuständig für baden-württembergische Akteure im Hinblick auf die Anmeldung (Notifizierung) oder Anzeige von Fördervorhaben bei der EU-Kommission sowie Koordinator im Rahmen von Beihilfenverfahren (Kontakt: EU-Beihilfe@mfw.bwl.de).

Große Bedeutung in der Praxis haben auch **wettbewerbsrechtliche Ansprüche**: Wettbewerber von Beihilfenempfängern haben die Möglichkeit, vor nationalen Gerichten Unterlassungsansprüche gegenüber beihilfenrechtswidrigen Finanzierungen durch die öffentliche Hand geltend zu machen. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH hat bereits die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens durch die EU-Kommission zur Folge, dass nationale Gerichte die jeweilige Beihilfe auf Antrag eines Wettbewerbers untersagen und den Empfänger zur vorläufigen Rückzahlung verpflichten können. ▶

- ▶ Schließlich haben auch die bestellten Jahresabschlussprüfer eines (öffentlichen) Unternehmens auf beihilfenrechtlich relevante Sachverhalte zu achten, jedenfalls soweit diese für die Bilanzierung des Unternehmens erheblich sind.¹

1

Der im September 2011 verabschiedete Prüfungsstandard 700 des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) sieht vor, dass Prüfungsleiter insbesondere bei der Prüfung öffentlicher Unternehmen standardisiert vorgehen, um die Einhaltung des geltenden Beihilfenrechts – soweit bilanzserheblich – zu gewährleisten.

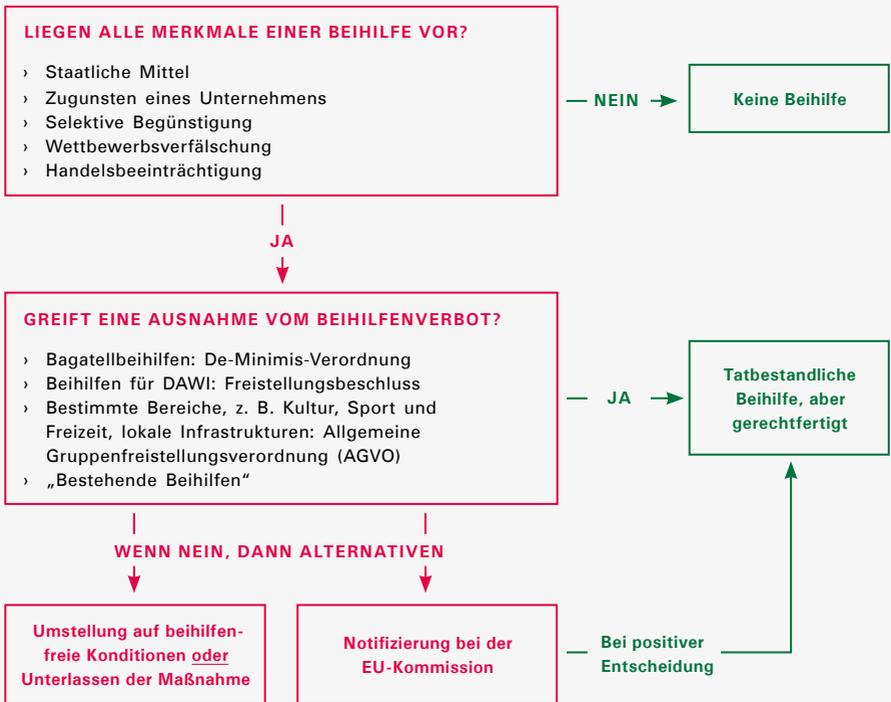
2. UNTERSCHIEDUNG VON TATBESTANDS- UND RECHTFERTIGUNGSLÖSUNGEN – PRÜFSHEMA

Eine Notifizierungspflicht – und damit ein Durchführungsverbot bis zur abschließenden Genehmigung – besteht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV nur für tatbestandsmäßige Beihilfen, also für solche Maßnahmen, die den Beihilfentatbestand nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vollständig erfüllen. Ist auch nur *eines* der Tatbestandsmerkmale von Art. 107 Abs. 1 AEUV **nicht** erfüllt, handelt es sich bei der jeweiligen Maßnahme **nicht** um eine **Beihilfe** (sogenannte Tatbestandslösung). Die Frage, ob eine bestimmte (Finanzierungs-)Maßnahme den Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt, ist damit von entscheidender Bedeutung für das gesamte weitere Vorgehen.

Falls der Beihilfentatbestand erfüllt ist oder sich dies nicht mit Sicherheit ausschließen lässt, kommt eine Rechtfertigung der Beihilfe in Betracht (sogenannte Rechtfertigungslösung). In diesem Fall liegt zwar eine tatbestandliche Beihilfe vor, diese ist aber mit dem Binnenmarkt vereinbar (gerechtfertigt). Rechtfertigungsgrundlagen finden sich insbesondere im EU-Sekundärrecht, wie etwa in den

De-Minimis-Verordnungen, dem DAWI-Freistellungsbeschluss oder der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO); für sogenannte „bestehende Beihilfen“ gilt Bestandsschutz. Findet sich keine geeignete Rechtfertigungsgrundlage auf Ebene des Sekundärrechts, verbleibt nur die Rechtfertigung im Rahmen einer Notifizierung der Maßnahme bei der EU-Kommission.

BEIHILFENRECHTLICHES PRÜFSHEMA



3. ARCHITEKTUR DES BEIHILFENRECHTS

Die primärrechtlichen Grundlagen des Beihilfenrechts finden sich vor allem in den Artikeln 107 bis 109 AEUV. Dabei enthalten Art. 107 das grundsätzliche **Beihilfenverbot**, Art. 108 das Prüfungs- und Durchführungsrecht der EU-Kommission, Art. 109 eine Ermächtigung des Rates der EU zum Erlass von Durchführungsverordnungen. Der Rat kann nach Art. 109 außerdem seinerseits die Kommission durch Verordnung ermächtigen, einzelne Beihilfen von der Notifizierungspflicht (und damit dem Durchführungsverbot vor Genehmigung) freizustellen. Von diesen Ermächtigungen haben sowohl der Rat, als auch die Kommission Gebrauch gemacht. Die zentrale Durchführungsverordnung ist die sogenannte **Verfahrensverordnung** (VO 2015/1589 vom 13. Juli 2015, ABl. EU L 248, S. 9), in welcher das Prüf- und Kontrollverfahren der EU-Kommission geregelt ist. Die Verfahrensverordnung konkretisiert insoweit die primärrechtliche Vorschrift des Art. 108 AEUV. Die Kommission selbst hat gestützt auf ihre Ermächtigung durch den Rat eine **Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung** (AGVO) erlassen, mit der bestimmte Gruppen von Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar qualifiziert werden (VO 651/2014 vom 17. Juni 2014, ABl. EU L 187, S. 1). Gemäß Art. 288 AEUV Abs. 2 gelten die Verordnungen unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, sie haben insoweit den gleichen Rang wie ein nationales Gesetz.

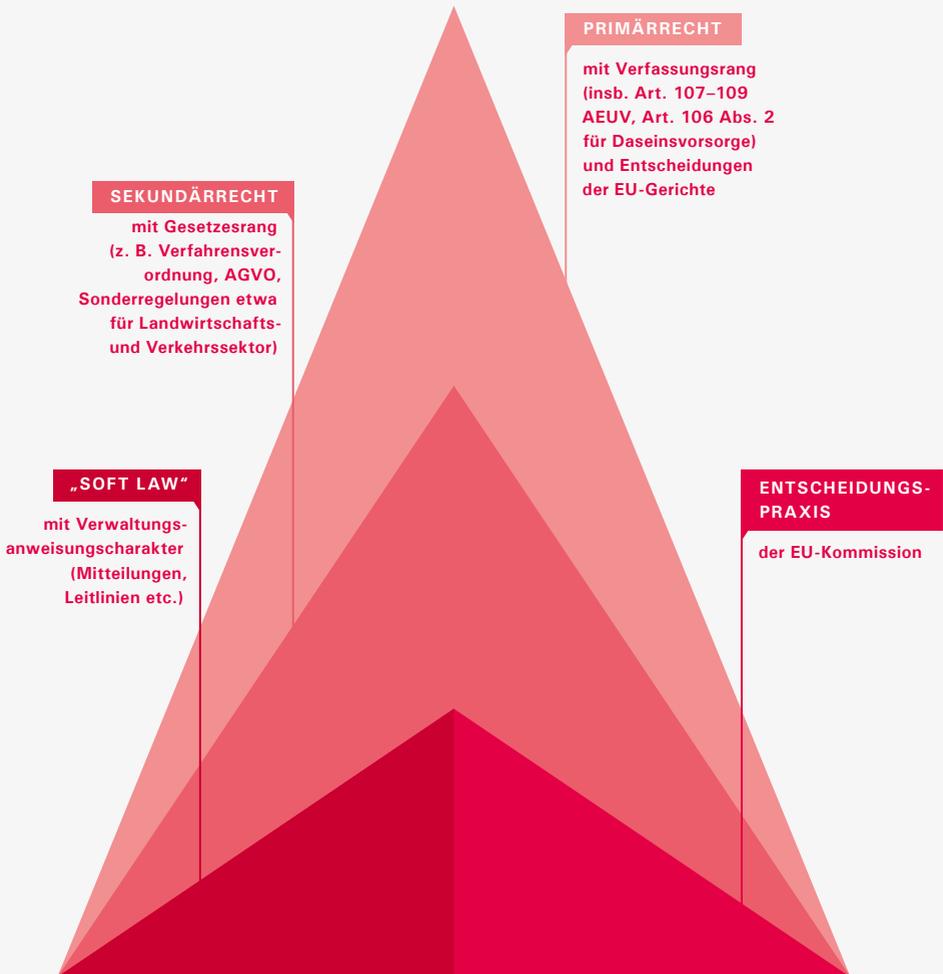
Die Kommission hat außerdem in einer Reihe von Beschlüssen, Leitlinien und Mitteilungen ihre beihilfenrechtliche Verwaltungspraxis niedergelegt. Ein wichtiger Beschluss für die beihilfenrechtliche Praxis der öffentlichen Hand ist der sogenannte „**Freistellungsbeschluss**“ (2012/21/EU vom 20. Dezember 2011, ABl. EU (2012) L 7, S. 3), der die Grundlage für die weit verbreiteten Betrauungsakte zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge bildet. Während der Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV grundsätzlich verbindlich ist, sind **Leitlinien und Mitteilungen** nach Abs. 5 unverbindlich. Sie sind damit als „Verwaltungsvorschriften“ der Kommission zu verstehen und entfalten keine Rechtswirkung nach außen. Allerdings kann man eine **Selbstbindung der Kommission** an ihre Leitlinien und Mitteilungen unterstellen, da diese Instrumente regelmäßig ausdrücklich dazu dienen, gleich gelagerte Sachverhalte effizienter und nach den gleichen Regeln zu beurteilen.

Wichtige Leitlinien sind etwa die „Flughafen-Leitlinien“ vom 4. April 2014 (ABl. EU C 99, S. 3), in welcher beihilfenrechtliche Grundsätze für die öffentliche Finanzierung von Flughäfen und Fluglinien niedergelegt sind. Als wichtiges Beispiel für eine Mitteilung kann die „Bürgerschaftsmitteilung“ vom 20. Juni 2008 (ABl. EU C 155, S. 10) angeführt werden; diese Mitteilung enthält Regeln für die beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung von (Kommunal-) Bürgschaften (s. dazu den 2016 erscheinenden Spezial-Leitfaden „KMU-Förderung“).

Schließlich existiert eine umfassende Entscheidungspraxis der EU-Kommission zu beihilfenrechtlich relevanten Sachverhalten, die öffentlich verfügbar ist. Ist die Kommission der Auffassung, in einem bestimmten Sektor genügend Entscheidungspraxis gesammelt zu haben, kann sie die so entwickelten Grundsätze in einer Mitteilung niederlegen (s. o.). Auch das EuG und der EuGH als die Kommission kontrollierende Gerichte haben zahlreiche Einzelfallentscheidungen zu beihilfenrechtlichen Kommissionsentscheidungen getroffen, die ebenfalls zur Beurteilung neuer Sachverhalte herangezogen werden können.

Das Beihilfenrecht ist damit in primär- und sekundärrechtlicher Hinsicht auf EU-Ebene abschließend geregelt. Die Mitgliedstaaten haben auf diesem Gebiet grundsätzlich keine eigene Regelungskompetenz, daher gibt es auch kein nationales „Beihilfengesetz“ o. ä. Das europäische Recht geht nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH (seit Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64, Costa ./ E.N.E.L.) nationalem Recht grundsätzlich vor. Der Anwendungsvorrang gilt absolut, EU-Recht ist danach sowohl vor nationalen Gesetzen wie auch vor den Verfassungen der Mitgliedstaaten anzuwenden. Die effektive Durchsetzung des EU-Rechts darf durch nationale Gesetze nicht verhindert werden („**effet utile**“-Grundsatz). Daher sind beispielsweise auch nationale Vorschriften des Verwaltungsrechts, die eine Rückforderung von staatlichen Subventionen zeitlich begrenzen (in Deutschland § 48 Abs. 2 BVwVfG bzw für Landesfälle § 48 Abs. 2 LVwVfG BW), unanwendbar, soweit ein Verstoß gegen europäisches Beihilfenrecht im Raum steht.

NORMENPYRAMIDE DES EU-BEIHILFENRECHTS



4. AKTUELLE ENTWICKLUNG IM BEIHILFEN- RECHT: STATE AID MODERNISATION – ADMINISTRATIVE ASPEKTE

Die EU-Kommission führt seit dem Jahr 2012 eine umfassende Modernisierung des bestehenden Beihilfenrechts durch, dieser Prozess wird als „**State Aid Modernisation**“ (SAM) bezeichnet. Durch SAM sollen die Verfahren gestrafft und vereinfacht werden, damit die Kommission sich auf die Fälle mit dem größten Einfluss auf den Wettbewerb konzentrieren kann; Fälle mit kleinerem Störungspotenzial sollen möglichst ohne Beteiligung der Kommission geregelt werden. Die Kommission sieht das Beihilfenrecht dabei als Bestandteil einer auf nachhaltiges Wachstum ausgerichteten Wirtschaftspolitik der EU. Sie will zukünftig verstärkt „gute“ Beihilfen fördern, d. h. solche Beihilfen, die tatsächlich einen nachhaltig positiven Effekt auf die volkswirtschaftliche Entwicklung in der EU haben („more economic approach“).

In der ersten Phase von SAM wurden unter Beteiligung der Öffentlichkeit zahlreiche sekundärrechtliche Regelwerke evaluiert und überarbeitet, darunter die Verfahrensverordnung und die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung. Daneben wurden für weitere Wirtschaftssektoren allgemeine Beurteilungsregeln aufgestellt, etwa für Flughäfen und Fluglinien sowie Breitbandnetzwerke. In der jetzigen zweiten Phase legt die Kommission den Schwerpunkt auf die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und die Verpflichtung

derselben zur effektiven Durchsetzung der Beihilfenvorschriften. So sollen die Mitgliedstaaten die Gewährung von Beihilfen dadurch transparenter machen, dass die Daten auf öffentlich verfügbaren Websites der Mitgliedstaaten allgemein zugänglich veröffentlicht werden. Diese Daten sollen die Basis für regelmäßige Evaluationen der nationalen Fördersysteme bilden. Die Mitgliedstaaten sind außerdem aufgerufen, der Kommission Vorschläge zu unterbreiten, wie auf nationaler Ebene sichergestellt werden kann, dass bereits bei der politischen Planung von Vorhaben die Beihilfenvorschriften berücksichtigt werden. Das Bundeswirtschaftsministerium hat in diesem Zusammenhang den Ländern gegenüber Handlungsempfehlungen für die Umsetzung des europäischen Beihilfenrechts in Deutschland (im Rahmen von Compliance) ausgesprochen.

In zunehmendem Maße geht die Kommission dazu über, die Durchsetzung des Beihilfenrechts im Rahmen von ex-post-Kontrollen (Monitoring) zu gewährleisten. Die Kommission überlässt den Mitgliedstaaten größere Spielräume in der Umsetzung der beihilfenrechtlichen Regelungen, die allerdings auf der Ebene der Mitgliedstaaten einen erhöhten administrativen Aufwand bedingen. Mit der Inanspruchnahme der Spielräume staatlicher Förderung gehen auch Dokumentations- und **Berichtspflichten** einher. Insbesondere sind gegenüber der Kommission Angaben zu Art, Inhalt, Umfang und Empfängern der Beihilfe zu machen. Diese Angaben werden von der fördernden Stelle im Land über die zuständige Stelle im jeweiligen Landeswirtschaftsministerium (in Baden-Württemberg das Minis- ▶

- ▶ terium für Finanzen und Wirtschaft, Kontakt: EU-Beihilfe@mfw.bwl.de) an das Bundeswirtschaftsministerium gemeldet, das diese gesammelt an die EU-Kommission übermittelt. Bei Nichterfüllung der Berichtspflichten kann die Kommission Sanktionen einleiten.

KAPITEL II

Tatbestandsmerkmale der Beihilfe und Tatbestandslösungen

Der Inhalt im Überblick: In diesem Kapitel wird erläutert, welche Fragestellungen im Rahmen der Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV relevant werden können. Es erfolgen Hinweise, was bei der Konstruktion beihilfenfreier Transaktionen zwischen Staat und Unternehmen beachtet werden muss.

1. DER BEIHILFENTATBESTAND IM ÜBERBLICK

Eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor, wenn folgende Tatbestandsmerkmale **kumulativ** erfüllt sind:

- Es muss sich um eine **Maßnahme aus staatlichen Mitteln** handeln. Mittel einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, welche hoheitliche Aufgaben wahrnimmt und in die öffentliche Verwaltung eingegliedert ist, sind regelmäßig als staatliche Mittel in diesem Sinne einzuordnen. Aber auch Mittel eines Unternehmens privater Rechtsform können dem Staat zugerechnet werden, wenn dieser das Unternehmen kontrolliert bzw. finanziert.
- Die Maßnahme muss **begünstigende Wirkung** haben. Eine Zuwendung des Staates, der keine angemessene, marktübliche Gegenleistung gegenübersteht, stellt eine Begünstigung dar. Unter Begünstigung werden dabei nicht nur positive Leistungen – wie finanzielle Zuwendungen – verstanden, sondern auch Maßnahmen, die die Lasten verringern, die ein Unternehmen sonst zu tragen hätte. Ob eine marktübliche Gegenleistung vorliegt, wird anhand eines Vergleichs mit einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber („market economy operator“) geprüft. Die gewährte Begünstigung muss außerdem **selektiv** sein. Dies ist der Fall, wenn sie zugunsten eines bestimmten Unternehmens oder einer bestimmbaren Gruppe von Unternehmen gewährt wird, das bzw. die sich von anderen Unternehmen

und Gruppen, welche die Begünstigung nicht erhalten, abgrenzen lässt.

- Die selektive Begünstigung muss zugunsten eines **Unternehmens** gewährt werden. Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinn ist jede Einheit, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit wird in der Rechtsprechung des EuGH als „das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen am Markt“ definiert. Der Unternehmensbegriff ist damit rein funktional, nicht entscheidend ist die Rechtsform der Einheit oder ihre Finanzierungsart. Genau so wenig ist entscheidend, ob durch die Tätigkeit Gewinne erzielt werden, oder auch nur eine Gewinnerzielungsabsicht besteht. Keine wirtschaftliche Tätigkeit liegt dagegen vor, soweit es um Tätigkeiten im hoheitlichen Bereich des Staates geht (Polizei, Zoll, Finanzverwaltung usw.).
- Aufgrund der selektiven Begünstigung eines oder mehrerer Unternehmen muss eine **Wettbewerbsverfälschung** zumindest drohen. Eine drohende Wettbewerbsverfälschung liegt grundsätzlich in jeder Verbesserung der Stellung des Unternehmens auf dem Markt, so dass dieses Merkmal bei Vorliegen einer Begünstigung regelmäßig erfüllt ist.
- Schließlich sind Maßnahmen nur insoweit beihilfenrechtlich relevant, als sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ▶

- ▶ **beeinträchtigen.** Das ist der Fall, wenn der **grenzüberschreitende Handel** innerhalb der EU für das/die begünstigte/n Unternehmen erleichtert beziehungsweise für Wettbewerber erschwert wird. Sachverhalte, die keine grenzüberschreitenden Auswirkungen haben, sind damit beihilfenrechtlich unbedenklich.

2. DIE TATBESTANDSMERKMALE IM EINZELNEN

a) Staatliche Mittel

Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es darauf an, dass die Begünstigung unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird und dem Staat zuzurechnen ist. Bei Maßnahmen, für die Mittel aus einem staatlichen Haushalt (gleich, ob auf Bundes-, Landes- oder Kommunalebene) eingesetzt werden, ist das Kriterium der Staatlichkeit ohne Weiteres erfüllt.

Aber auch Mittel, die unter staatlicher Kontrolle stehen, können staatliche Mittel in diesem Sinne sein. Das ist etwa der Fall bei den Haushaltsabgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ehemals GEZ-Gebühr) oder der Umlage für die Förderung erneuerbarer Energien nach dem EEG. Diese Mittel werden zwar von Privaten aufgebracht und gelangen nicht in staatliche Haushalte; aufgrund der gesetzlichen Regelungen bzgl. ihrer Erhebung übt der Staat jedoch eine Kontrolle über die Mittel aus, weswegen sie ihm zugerechnet werden.

Eine **Zurechnung zur staatlichen Sphäre** ist unter Umständen auch für Mittel anzunehmen, die originäre Einnahmen eines Unternehmens darstellen. Nach der „Stardust Marine“-Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 16. Mai 2002, C- 482/99) sind solche Mittel dem Staat zuzurechnen, wenn das Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht (z. B. durch Mehrheitsbeteiligung) und die Mittelverwendung auch im Einzelnen mit Zustimmung der staatlichen Einheit erfolgt. Relevant ist dies etwa für kommunale Stadtwerke oder Beteiligungsholdings, bei denen oftmals verlustträchtige Sparten durch Gewinne aus anderen Bereichen querfinanziert werden.

PRAXISBEISPIEL

Verwendet zum Beispiel eine Stadtwerke-GmbH die Erträge aus der Energieversorgung auf Wunsch der Kommune zur Abdeckung von Verlusten bei ihrer Schwimmbadtochter, sind die Verlustausgleichszahlungen als staatliche Mittel einzuordnen. Die staatliche Einflussnahme macht die originär privaten Einnahmen der GmbH also zu staatlichen Mitteln.

Daher sind auch derartige Querfinanzierungen innerhalb eines (kommunalen) Unternehmensverbundes grundsätzlich beihilfenrechtlich relevant.

b) Unternehmen

Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne ist jede Einheit, soweit diese eine **wirtschaftliche Tätigkeit** ausübt. Der Begriff der wirt- ▶

- ▶ wirtschaftlichen Tätigkeit wird in der Rechtsprechung des EuGH als „das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen am Markt“ definiert. Der beihilfenrechtliche Unternehmensbegriff ist damit rein funktional, d. h. nur von der Art der ausgeübten Tätigkeit abhängig. Nicht entscheidend ist hingegen die Rechtsform der Einheit oder ihre Finanzierungsart. Unternehmen können daher auch als gemeinnützig anerkannte (Verein, Stiftung) oder als Hoheitsträger ausgestaltete (Anstalt öffentlichen Rechts) Rechtsformen sein, zumindest soweit sie einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen. Eine eigene Rechtspersönlichkeit ist ebenfalls nicht erforderlich, so dass auch kommunale Regie- oder Eigenbetriebe den Unternehmensbegriff erfüllen können.

Fallkonstellationen außerhalb wirtschaftlicher Tätigkeiten

Soweit eine Einheit mit ihren Tätigkeiten nicht an einem Markt teilnimmt, ist die Unternehmensdefinition des EuGH nicht erfüllt. Denkbar ist dies insbesondere in den Fällen, in denen eine Kommune Leistungen an eine Eigengesellschaft erbringt und sich dabei auf das vergaberechtliche **Inhouse-Privileg** stützt. Wie ein privater Marktteilnehmer kann eine Gebietskörperschaft ihren Bedarf an Leistungen durch eigene Mittel decken und ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben frei in ihrer Entscheidung, ob sie diese ausschreiben will oder sich für eine interne Vergabe entscheidet. Grundsätzlich besteht somit keine Pflicht zur Ausschreibung. Entscheidet sich die Gebietskörperschaft für eine interne Lösung, so ist sie selbst Leistungserbringerin und frei von Beziehungen zu Dritten. Eine In-

house-Vergabe ist nach der Rechtsprechung des EuGH als Fall der Selbstvornahme durch die Kommune einzuordnen, soweit die vergaberechtlichen Voraussetzungen (Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle, Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber) erfüllt sind. Die vergaberechtlich zulässige Eigenerledigung kann das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ entfallen lassen, wenn im Rahmen einer Inhouse-Konstellation sichergestellt ist, dass keine Leistungen auf einem Markt angeboten werden. Denn in diesem Fall betätigt sich das jeweilige Unternehmen gerade nicht an einem Markt, sondern ist lediglich als „interne Servicestelle“ für seinen Gesellschafter tätig.

PRAXISBEISPIEL

Eine kommunale Eigengesellschaft wird von ihrer Alleingesellschafterin (Kommune) mit Dienstleistungen im Bereich der Abfallentsorgung aus privaten Haushalten beauftragt. Aufgrund der gesetzlichen Regelungen im Kreislaufwirtschaftsgesetz handelt es sich dabei um eine kommunale Vorbehaltsaufgabe, die Eigengesellschaft wird insoweit lediglich als Erfüllungsgehilfe der Kommune tätig. Soweit die Gesellschaft nicht auch anderweitige marktbezogene Tätigkeiten ausübt, ist ihre Tätigkeit für die Kommune dem Markt vollständig entzogen, es besteht kein Unterschied zur Leistungserbringung durch die Kommune selbst. Daher liegt insoweit keine Teilnahme an einem Markt vor, die Eigengesellschaft ist nicht als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne einzuordnen.

Nicht um eine wirtschaftliche, sondern um eine **hoheitliche** Tätigkeit handelt es sich, wenn eine staatliche Einheit (Behörde) in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt tätig wird. Entscheidend für diese Einordnung ist, ob es sich bei der betreffenden Tätigkeit um einen Teil der wesentlichen Kernaufgaben des Staates handelt. Anerkannt als hoheitliche Tätigkeiten in diesem Sinne sind insbesondere Aufgaben im Bereich der Sicherheits- und Ordnungsverwaltung (etwa Armee, Polizei, Seeverkehrskontrolle, Überwachung von Umweltverschmutzungen, Justizvollzug usw.). Soweit eine Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die von ihren hoheitlichen Befugnissen losgelöst betrachtet werden kann, handelt sie in Bezug auf diese Tätigkeit als Unternehmen. Ist die wirtschaftliche Tätigkeit dagegen mit der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse untrennbar verbunden, bleiben sämtliche Tätigkeiten dieser Einheit hoheitlich. Die Einheit fällt dann insoweit nicht unter den Begriff des Unternehmens.

Auch Teile der **Daseinsvorsorge** stellen grundsätzlich keine wirtschaftliche Tätigkeit dar, insbesondere in Bereichen der sozialen Sicherheit. Nach der Rechtsprechung der EU-Gerichte ist der Betrieb von sozialen Systemen, die auf dem Prinzip der Solidarität beruhen, im Regelfall keine wirtschaftliche Tätigkeit. Entscheidend sind danach eine Reihe von Kriterien.

So wird geprüft, ob die Mitgliedschaft im System verpflichtend ist, das System rein soziale Zwecke oder auch Erwerbszwecke verfolgt, die Leistungen beitragsunabhängig gewährt werden und die Beiträge sich nicht ausschließlich an den wirtschaftlichen Verhält-

nissen des Mitglieds orientieren und nicht zuletzt, ob das System vom Staat kontrolliert wird. Auch soweit öffentliche Krankenhäuser unmittelbar aus Sozialversicherungsbeiträgen finanziert werden und ihre Leistungen im Übrigen kostenfrei erbringen, liegt nach der EuGH-Rechtsprechung keine wirtschaftliche Tätigkeit vor. Das gleiche gilt für allgemeine, öffentliche Bildungssysteme, etwa Grund- und weiterführende Schulen, Hochschulen und Forschungseinrichtungen, soweit letztere sich auf die Grundlagenforschung zur Verbreiterung des allgemeinen Wissens und die Ausbildung und Qualifikation von Humanressourcen beschränken. Diese nicht wirtschaftlichen Bereiche der Daseinsvorsorge sind zu unterscheiden von den sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI).

Diese sind zwar grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeiten einzuordnen, genießen aber beihilfenrechtliche Privilegierungen, wie an späterer Stelle dargestellt wird.

Sonderfall: Wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Tätigkeiten in einer Einheit

Es ist durchaus möglich und in der Praxis nicht selten, dass eine Einheit sowohl wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.

Die EU-Kommission stellt in ihren jüngsten Veröffentlichungen unter Bezugnahme auf Urteile der EU-Gerichte klar, dass eine solche Einheit nur insoweit als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne gilt, als sie tatsächlich wirtschaftliche Tätigkeiten ausführt ▶

- ▶ (Mitteilung der EU-Kommission „Entwurf – Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Absatz 1 AEUV“, Stand 17. Januar 2014, Rn. 19, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_de.pdf). Denkbar ist das vor allem im Bereich der öffentlichen **Infrastruktur**, bei der die Art der Nutzung darüber entscheidet, ob es sich bei der Bereitstellung der jeweiligen Einrichtung um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Auch hier gilt die Einordnung als Unternehmen nur insoweit, als die Infrastruktur für wirtschaftliche Zwecke genutzt wird.

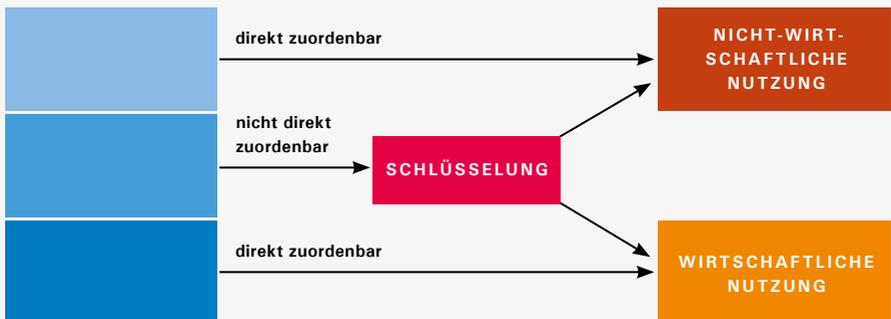
PRAXISBEISPIEL

Eine Kommune errichtet ein neues Rathausgebäude, welches neben den Räumen für die eigentliche Stadtverwaltung auch eine Reihe von Ladenlokalen, Flächen für die Gastronomie oder Veranstaltungsräume beinhaltet. Voraussetzung für die Beschränkung des Unternehmensbegriffs auf die eigentlich wirtschaftliche Nutzung ist, dass die Kosten und Einnahmen der wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Teile voneinander getrennt erfasst werden. Die Stadt hätte also eine Trennungsrechnung aufzustellen, in der sie für beide Nutzungszwecke die anteiligen Vollkosten der Infrastruktur erfasst. Soweit die Nutzung zu wirtschaftlichen Zwecken nicht kostendeckend ist, steht eine Beihilfe zugunsten der Nutzer (Mieter) im Raum.

Soweit eine Infrastruktur fast ausschließlich für die nicht wirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, ist denkbar, sie insgesamt als nicht wirtschaftlich einzuordnen. Voraussetzung hierfür ist, dass die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit der nicht wirtschaftlichen Haupttätigkeit darstellt. Der Anteil der wirtschaftlichen Nutzung darf zudem nur begrenzten Umfang haben, die Kommission spricht insoweit von einem maximalen Anteil von 15 – 20 % an der Gesamtkapazität der Infrastruktur. Wie diese Kapazität und die jeweiligen Nutzungsanteile zu bestimmen sind, wird von der Kommission nicht abschließend vorgegeben. Die Maßstäbe werden sich je nach zu betrachtender Infrastruktur unterscheiden (etwa nach Personen, Quadratmetern, Nutzungstagen, sonstigen Volumina usw.).

SCHEMATISCHER AUFBAU EINER TRENNUNGSRECHNUNG FÜR EINE GEMISCHT GENUTZTE INFRASTRUKTUR

GESAMTHEIT ALLER
KOSTEN UND ERLÖSE



c) Begünstigung

Siehe zu den folgenden Aspekten vertiefend auch die 2016 erscheinenden Spezial-Leitfäden „KMU-Förderung“ und „Innovationspolitik“

Begünstigung ist die Gewährung eines **wirtschaftlichen Vorteils**, den das Unternehmen ohne die staatliche Intervention nicht erlangt hätte. Eine Begünstigung in diesem Sinne ist bei einer Maßnahme gegeben, durch die einem Unternehmen wirtschaftliche Vorteile gewährt werden, denen keine marktgerechte, angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Eine Begünstigung kann dagegen ausgeschlossen werden, soweit die den Vorteil gewährende staatliche Einheit von dem Unternehmen eine angemessene Gegenleistung erhält.

Market Economy Operator Test / Private Investor Test

In der Praxis wird für die Prüfung, ob eine marktübliche Gegenleistung vorliegt, der sogenannte Market Economy Operator Test (MEOT, in der Literatur oftmals als Private Investor Test – PIT – bezeichnet) verwendet. Anhand dieses Tests wird ermittelt, welche Gegenleistung ein rein nach Renditegesichtspunkten entscheidender privater Vergleichsinvestor verlangt hätte. Der Test gilt als bestanden, wenn die tatsächlich gewährte Gegenleistung mindestens die Höhe der von dem hypothetischen Vergleichsinvestor erwarteten Rendite erreicht. Der Test kann verschiedene Ausprägungen annehmen, je nachdem, welcher Art die zu beurteilende Maßnahme ist. So ist es denkbar, den Test auf Kapitalbeteiligungen (Private

Investor), Darlehen (Private Creditor), die Veräußerung (Private Vendor) oder den Kauf von Vermögen (Private Purchaser) auszurichten. Die Herausforderung bei der Durchführung eines MEOT liegt in der Bestimmung des **Vergleichsszenarios**. Das Vergleichsszenario muss realistisch und methodisch sorgfältig konzipiert sein, da der MEOT ggf. auch einer Prüfung durch die EU-Kommission standhalten muss, die in solchen Fällen sehr kritisch prüft, insbesondere die zugrunde gelegte Methodik.

Für alle Verfahrensschritte gilt: Das Ergebnis der beihilfenrechtlichen Prüfung sollte in jedem Falle ausreichend schriftlich dokumentiert sein („Beihilfevermerk“), um ein Mindestmaß an rechtlicher Absicherung zu gewährleisten, z.B. zum Zwecke der Vorlage bei der zuständigen Kommunalaufsicht oder für den Fall etwaiger Nachprüfverfahren.

Concomitance („Gleichzeitigkeitskriterium“)

Marktübliche Konditionen werden vermutet, wenn sich die öffentliche Hand und private Investoren zu gleichen Konditionen finanziell engagieren. Voraussetzung für diese sogenannte „concomitance“ ist, dass die öffentliche Hand zur gleichen Zeit und zu gleichen Bedingungen und Risiken („**pari passu**“) investiert wie die privaten Investoren. Der Beitrag der Privaten muss außerdem von einer gewissen Substanz sein, die Übernahme lediglich eines kleinen Teils des Gesamtinvestments durch Dritte ist damit nicht ausreichend.

Grundstücksverkäufe

Verkauft die öffentliche Hand Grundstücke an Unternehmen, kann es zu einer beihilfenrechtlich relevanten Begünstigung des Käufers kommen, wenn der Verkaufspreis unter dem Marktwert des Grundstücks liegt. Die EU-Kommission hat diesen Umstand in ihrer sogenannten Grundstücksmitteilung vom 10. Juli 1997 (ABl. EU C 209, S. 3) aufgegriffen. Begünstigungen können nach der Mitteilung ausgeschlossen werden, wenn das Grundstück entweder in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bieterverfahren (öffentliche Ausschreibung) veräußert wird oder der Verkauf zu dem von einem unabhängigen Sachverständigen festgestellten Wert erfolgt. Da dieses Prinzip ohne Weiteres auch auf den Verkauf anderer Vermögensgegenstände übertragbar ist, hat die Kommission die Mitteilung in der Vergangenheit auch auf die Veräußerung von Gebäuden, industrieller Vermögensgegenstände oder auch ganzer Unternehmen angewendet. Demzufolge ist das vorstehende Prinzip (Vorrang der öffentlichen Ausschreibung vor Verkauf zum gutachterlich festgestellten Wert) in den jüngeren Publikationen der Kommission als allgemeiner Grundsatz festgehalten worden (Mitteilung der Kommission „Entwurf – Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV“, stand 17. Januar 2014). Die Grundstücksmitteilung soll daher im Fall des Inkrafttretens der endgültigen Fassung der Mitteilung zum Beihilfenbegriff aufgehoben werden.

Darlehen

Auch bei der Gewährung von Darlehen aus staatlichen Mitteln liegt die Möglichkeit einer Begünstigung auf der Hand, wenn diese zu günstigeren Konditionen erfolgt, als sie für das jeweilige Unternehmen am allgemeinen Kreditmarkt verfügbar sind.

Um diesbezüglich eine Begünstigung auszuschließen, ist nach der Rechtsprechung des EuGH daher ein Vergleich zwischen tatsächlich vereinbartem Zinssatz und marktüblichem Zinssatz vorzunehmen. Entsprechen sich Marktzins und vereinbarter Zinssatz, liegt keine Begünstigung vor. Der marktübliche Zinssatz kann dabei entweder durch Ausschreibung des Darlehens am Markt oder durch Benchmarking der Konditionen (Vergleich mit entsprechenden Darlehenstransaktionen) ermittelt werden. In der **Referenzzinssatzmitteilung** vom 19. Januar 2008 (ABl. EU C 14, S. 6) hat die EU-Kommission eine alternative Ermittlungsmethode niedergelegt. Die Methode basiert auf dem Ansatz eines Basiszinses, der sich am aktuellen Geldmarktzinssatz (Interbank Offered Rate, IBOR) orientiert. Die jeweils aktuellen Basiszinssätze werden für jeden Mitgliedstaat regelmäßig im EU-Amtsblatt und auf der Website der EU-Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) veröffentlicht. Der Basiszins wird um einen Risikoaufschlag je nach Rating des Unternehmens und Ausfallwahrscheinlichkeit des Darlehens erhöht. Eine Besonderheit ergibt sich, wenn die öffentliche Hand nicht nur als Darlehensgeber fungiert, sondern am Darlehensnehmer auch beteiligt ist. In diesem Fall handelt es sich um ein Gesellschafterdarlehen, welches gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 Insolvenzordnung ▶

- ▶ grundsätzlich nachrangig gegenüber anderen Gläubigerforderungen ist. Auf solche Darlehen ist die Referenzzinssatzmethode nach der Entscheidungspraxis der EU-Kommission zwar nicht unmittelbar anwendbar; dem höheren Risiko von Gesellschafterdarlehen kann aber dadurch Rechnung getragen werden, dass die herangezogene Ratingkategorie des Darlehensnehmers um eine Stufe abgesenkt wird (sogenannte „Brandenburg-Methode“ nach der Entscheidung der Kommission vom 10. Dezember 2008, N55/2008 – GA/EFRE-Nachrangdarlehen Brandenburg).

Bürgschaften

Bürgschaften sind insbesondere auf kommunaler Ebene ein sehr bedeutendes Instrument der Finanzierung wirtschaftlicher Tätigkeiten, da hierbei zunächst keine Belastung des Haushalts eintritt. Die Besicherung eines Darlehens durch eine Bürgschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ermöglicht es dem Darlehensnehmer, günstigere Darlehenskonditionen zu erlangen. Typischerweise setzt sich der von einer Bank für die Bereitstellung eines Darlehens verlangte Zinssatz aus drei Grundkomponenten zusammen: dem Einstand (Kosten der Refinanzierung des Darlehens am Kapitalmarkt), der Marge (Gewinnspanne der Bank) und der Risikoprämie, die u. a. das mit dem jeweiligen Darlehen verbundene Ausfallrisiko abbildet. Bei einem (durch die öffentliche Hand) verbürgten Darlehen sinkt diese Risikoprämie gegenüber einem unverbürgten Darlehen. Um in solchen Fällen eine Begünstigung des Darlehensnehmers auszuschließen, ist der so erzielte Zinsvorteil

durch die Zahlung eines Bürgschaftsentgelts (Avalprovision) an die verbürgende Stelle in entsprechender Höhe auszugleichen.

Unter Betrachtung sämtlicher Kostenbestandteile soll das verbürgte Darlehen so für den Darlehensnehmer regelmäßig nicht günstiger ausfallen als ein entsprechendes unverbürgtes Darlehen.

ZINSBILDUNG IN DER DARLEHENSFINANZIERUNG



Ihre Herangehensweise an die Beurteilung öffentlicher **Bürgschaften** hat die Kommission in der sog. Bürgschaftsmitteilung vom 20. Juni 2008 (ABL. EU C 155, S. 10) zusammengefasst. Darin bestimmt sie Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um davon ausgehen zu können, dass eine öffentliche Bürgschaft frei von staatlichen Beihilfen ist: (1) Der Darlehensnehmer darf kein „Unternehmen in Schwierigkeiten“ im Sinne der entsprechenden Leitlinien der EU-Kommission sein. (2) Die Bürgschaft muss an ein bestimmtes Darlehen geknüpft sein; ihr Umfang und ihre Laufzeit sind begrenzt. (3) Die Bürgschaft darf das Darlehen nicht vollständig absichern, sondern lediglich 80 % der jeweils ausstehenden Darlehensforderung. Eine höhere Verbürgung führt nach Ziffer 3.6. der Bürgschaftsmitteilung zwar nicht automatisch zur Qualifikation der Bürgschaft als Beihilfe. Die EU-Kommission fordert jedoch, dass solche Bürgschaften notifiziert werden (Ziffer 3.2. c) am Ende). (4) Der Bürgschaftsempfänger muss für die Bereitstellung der Bürgschaft ein angemessenes Entgelt (Avalprovision) zahlen. Das Entgelt darf grundsätzlich nicht pauschal festgesetzt werden, sondern muss einzelfallspezifisch nach Rating des Unternehmens, Umfang und Laufzeit des Darlehens, der Ausfallwahrscheinlichkeit und anderen wirtschaftlichen Faktoren ermittelt werden. Zulässig ist es nach der Entscheidungspraxis der Kommission, ein Bürgschaftsangebot einer Bank als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, wenn diese bei der Erstellung des Angebots diese Faktoren berücksichtigt hat (Entscheidung der Kommission vom 10. Mai 2011, SA.31261 – Geothermie Unterschleißheim).

Forschung & Entwicklung

Auch im Rahmen der Erbringung von Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen durch staatliche Einrichtungen (wie etwa Hochschulen oder Forschungseinrichtungen) kann es zu Begünstigungen privater Unternehmen kommen. Denkbar ist das immer dann, wenn Leistungen der staatlichen Einrichtung zu nicht marktüblichen Preisen erbracht werden, d. h. der Private diese Leistungen beim Staat günstiger einkaufen kann, als es bei Beauftragung eines anderen, privaten Forschungs- oder Entwicklungsdienstleisters der Fall wäre. Diesen Aspekt nimmt die EU-Kommission in ihrer Mitteilung **„Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation“** vom 27. Juni 2014 (ABl. EU C 198, S. 1) auf. Die Mitteilung enthält in Tz. 21 ff. Vorgaben zur Verhinderung beihilfenrechtlich relevanter Begünstigungen in folgenden Konstellationen: (1) Finanziert der Staat eine Einrichtung, die für Private Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen erbringt, kann eine Begünstigung der Einrichtung selbst ausgeschlossen werden, soweit die finanziellen Vorteile vollständig an die Privaten weitergegeben werden (etwa durch günstige Preise) und die Einrichtung entweder durch Ausschreibung ausgewählt wurde oder die öffentliche Finanzierung allgemein zugänglich ist. (2) Bei der Erbringung von Forschungsdienstleistungen oder Auftragsforschung an Dritte werden die Auftraggeber nicht begünstigt, wenn die Leistungen zum Marktpreis erbracht werden oder der Preis die Gesamtkosten der Dienstleistung inklusive Gewinnmarge deckt. (3) Bei Kooperationsvorhaben zwischen staatlichen Einrich-

- ▶ tungen und Unternehmen ist eine Begünstigung auszuschließen, wenn die Unternehmen sämtliche Kosten des Vorhabens tragen. Alternativ kann das Nichtvorliegen einer Begünstigung auch dadurch dokumentiert werden, dass die aus der Forschungsarbeit resultierenden Rechte des geistigen Eigentums angemessen zwischen den Partnern aufgeteilt werden oder die staatliche Einrichtung für die Überlassung dieser Rechte ein marktübliches Entgelt erhält.

d) Wettbewerbsverfälschung

Von einer Wettbewerbsverfälschung ist immer dann auszugehen, wenn die **Stellung eines Unternehmens** auf dem relevanten Markt durch staatliches Handeln verbessert wird. Nach dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV reicht eine „**drohende**“ Wettbewerbsverfälschung aus, d. h. es muss nicht zu einer konkreten Verfälschung gekommen sein. Es gibt insofern keine „Spürbarkeitsschwelle“, was die Intensität der drohenden Wettbewerbsverfälschung angeht, eine nur denkbare Verfälschung ist insoweit ausreichend. Entsprechend dieser niedrigen Schwelle geht die beihilfenrechtliche Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichten davon aus, dass beim Vorliegen einer relevanten Begünstigung eines Unternehmens stets auch von einer zumindest drohenden Wettbewerbsverfälschung auszugehen ist. Dahinter steht die praxisnahe Annahme, dass ein Unternehmen einen erlangten wirtschaftlichen Vorteil (Begünstigung) normalerweise dazu einsetzen wird, seine Marktchancen zu verbessern, etwa durch Senkung von Preisen. Damit liegt die drohende Wettbewerbsverfälschung in diesen Fällen evident auf der Hand.

e) Handelsbeeinträchtigung

Der unionsinterne (früher: „innergemeinschaftliche“) Handel ist bereits dann beeinträchtigt, wenn die **Ein- oder Ausfuhr von Waren oder Dienstleistungen** durch die Beihilfe für den Beihilfenempfänger erleichtert bzw. für Wettbewerber erschwert wird. Im Gegensatz zum Merkmal der Wettbewerbsverfälschung ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht, dass bereits eine „drohende“ Handelsbeeinträchtigung ausreicht. Vielmehr kommt es danach auf eine konkrete Beeinträchtigung des unionsinternen Waren- oder Dienstleistungsverkehrs an.

Ungeachtet dessen hat der EuGH in der bisherigen Entscheidungspraxis eine Handelsbeeinträchtigung schon bejaht, wenn alleine die Möglichkeit bestand, dass eine Beeinträchtigung hervorgerufen wird (vgl. EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-372/97 – Italien / Kommission). Der Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung der in Rede stehenden Maßnahme auf den innergemeinschaftlichen Handel war danach nicht erforderlich. Das Merkmal wurde sowohl von der Kommission als auch dem EuGH stets gemeinsam mit der Wettbewerbsverfälschung geprüft und häufig mit sehr kurzen Ausführungen bejaht.

Lediglich vereinzelt und in sehr wenigen Fällen wurde eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels verneint, weil keine grenzüberschreitenden Wirkungen festgestellt werden konnten (vgl. z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Januar 2001, N258/2000 – Freizeitbad Dorsten; Entscheidung vom ▶

- ▶ 27. Februar 2002, N543/2001 – Irish hospitals; Entscheidung vom 7. Mai 2004, N676/02 – Seilbahnen im Aostatal; Entscheidung vom 20. Dezember 2006, N497/2006 – Prerov Municipal Hall; Entscheidung vom 7. November 2012, SA.34576 – Medium and long-term mental health care unit).

Am 29. April 2015 hat die EU-Kommission sieben Entscheidungen veröffentlicht, die eine Abkehr von der vorstehend geschilderten bisherigen Praxis beinhalten (vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 29. April 2015, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_de.htm). Sie hat in diesen Fällen jeweils unmittelbar die Handelsbeeinträchtigung geprüft; andere Tatbestandsmerkmale (auch die Frage einer – möglichen – Wettbewerbsverfälschung) wurden nicht untersucht. Eingangs der rechtlichen Prüfung weist die Kommission darauf hin, dass rein hypothetische oder vermutete Auswirkungen auf den Handel nicht ausreichen, um das Tatbestandsmerkmal zu bejahen. Vielmehr seien die (konkret) absehbaren Auswirkungen der Maßnahme auf den Handel zu würdigen. Eine Handelsbeeinträchtigung verneint sie, wenn jedenfalls nicht mehr als „**nur marginale Auswirkungen**“ anzunehmen sind. Eine solche „Spürbarkeitsschwelle“ war für die Rechtsprechung bisher nicht relevant. Auch der geringe Umfang einer Beihilfe oder die geringe Größe des begünstigten Unternehmens schlossen bisher eine Handelsbeeinträchtigung nicht aus. Der EuGH hat regelmäßig ausgeführt, dass es für die Annahme einer Handelsbeeinträchtigung nicht auf den regionalen Charakter der Leistung oder die Größe des Tätigkeitsgebietes ankommt.

Die aktuellen Entscheidungen stellen damit einen Bruch zur bisherigen Kommissionspraxis dar. Sie stehen gleichsam in einem Spannungsverhältnis zu der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, die bisher ohne Spürbarkeitsschwelle allein auf die potenzielle Möglichkeit von Handelsbeeinträchtigungen abstellen. In einem Urteil vom 28. Oktober 2015 (T-253/12 – Hammar Nordic Plugg AB) hat das EuG diesem Vorstoß der Kommission eine Absage erteilt. Das Gericht hatte in dem Verfahren die Frage zu beurteilen, ob die Veräußerung eines Grundstücks durch die öffentliche Hand an ein Unternehmen eine Beihilfe darstellt. Das Unternehmen berief sich im Verfahren darauf, es sei lediglich auf lokaler Ebene in der örtlichen Gemeinde tätig. Diesen Einwand hat das EuG zurückgewiesen und betont, dass auch Tätigkeiten auf lokaler oder regionaler Ebene Auswirkungen auf den Handel haben können. Nach Ansicht des EuG reicht für die Annahme einer Wettbewerbsrelevanz schon die bloße *Eignung* zur Beeinträchtigung des unionsinternen Handels aus. Das Urteil bestätigt die bisherige, restriktive Haltung der europäischen Gerichte. Insoweit bleibt abzuwarten, wie sich diese unterschiedlichen Betrachtungsweisen weiter entwickeln werden.

KAPITEL III

Rechtfertigungslösungen

Der Inhalt im Überblick: Das Kapitel stellt dar, welche Möglichkeiten der Rechtfertigung einer Beihilfe bestehen, wenn die gewährten Mittel tatbestandlich eine Beihilfe darstellen, insbesondere in den aus Sicht der öffentlichen Hand relevanten Fallkonstellationen. Weiter wird erläutert, welche Rechtsfolgen sich aus der Gewährung einer nicht gerechtfertigten Beihilfe ergeben können. Anhand einer Infrastrukturfinanzierung wird die konkrete Vorgehensweise im Rahmen der Rechtfertigung beispielhaft erklärt.

1. STRUKTUR DER RECHTFERTIGUNGSLÖSUNGEN

Soweit anhand der im vorhergehenden Kapitel dargestellten Grundsätze nicht sicher auszuschließen ist, dass eine bestimmte Maßnahme als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen ist, kommt im Anschluss eine Prüfung auf mögliche Rechtfertigungsgrundlagen in Betracht. Unter bestimmten Voraussetzungen sind tatbestandliche Beihilfen von der vorherigen Genehmigung durch die EU-Kommission freigestellt. In diesem Fall bleibt der Beihilfentatbestand erfüllt, die Beihilfe gilt aber als mit dem Binnenmarkt vereinbar (sogenannte „**Rechtfertigungslösung**“). Mögliche Rechtfertigungsgrundlagen finden sich insbesondere im beihilfenrechtlichen Sekundärrecht, namentlich in Verordnungen und Mitteilungen der EU-Kommission. Aber auch die Notifizierung einer Beihilfe vor ihrer Gewährung stellt eine Rechtfertigungslösung dar, soweit die Kommission die Beihilfe genehmigt. In einer entsprechenden Entscheidung erklärt die Kommission die Beihilfe – ggf. unter Auflagen – ausdrücklich für mit dem Binnenmarkt vereinbar.

2. DE-MINIMIS-BEIHILFEN

Siehe zu De-Minimis-Beihilfen auch den 2016 erscheinenden Spezial-Leitfaden „KMU-Förderung“.

Maßnahmen, die nur einen vergleichsweise geringen Beihilfenbetrag beinhalten, haben entsprechend geringe negative Auswirkungen auf

den Binnenmarkt. Daher sind solche **Bagatellbeihilfen** grundsätzlich von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung freigestellt. Die Kommission hat hierzu eine Verordnung (VO 1407/2013 vom 18. Dezember 2013, ABl. EU L 352, S. 1) erlassen, wonach solche „De-Minimis“-Beihilfen bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen notifizierungsfrei gewährt werden können. Entscheidende Voraussetzung ist dabei, dass der maximal zulässige Beihilfenhöchstbetrag von 200.000 Euro, jeweils über drei aufeinanderfolgende Steuerjahre kumuliert betrachtet, nicht überschritten wird. Zur Ermittlung des Beihilfenwertes einzelner Maßnahmen ist die Differenz zwischen Marktkondition und tatsächlich vereinbarter Kondition zu vergleichen, bei Darlehen etwa durch Vergleich von Marktzins und vereinbartem Zins (siehe Darstellung in Kapitel I). De-Minimis-Beihilfen sind auf Ebene des Empfängers zu **kumulieren**, d. h. die einzelnen Beihilfenwerte von Maßnahmen sind zu addieren und dürfen kumuliert den Höchstbetrag nicht überschreiten. Für Unternehmen, die mit DAWI betraut sind, enthält das oben beschriebene „Almunia-Paket“ eine gesonderte De-Minimis-Verordnung (VO 360/2012 vom 25. April 2012, ABl. EU L 114, S. 8). Diese Verordnung enthält im Wesentlichen die gleichen Regeln wie die allgemeine De-Minimis-Verordnung. Der maximal zulässige Beihilfenhöchstbetrag liegt jedoch davon abweichend bei 500.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Steuerjahren.

3. DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEM INTERESSE (DAWI)

DER INHALT IM ÜBERBLICK

Dieser Abschnitt behandelt die Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beihilfen zugunsten von Leistungen der Daseinsvorsorge, insbesondere in Form eines Betrauungsaktes. In einem Exkurs werden außerdem die Möglichkeiten für beihilfenfreie Gestaltungen nach der „Altmark Trans“-Rechtsprechung dargestellt. Siehe zu DAWI auch den 2016 erscheinenden Spezial-Leitfaden.

Wirtschaftliche Tätigkeiten innerhalb der öffentlichen Daseinsvorsorge – im Sprachgebrauch der EU als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) bezeichnet, wobei die Begriffe DAWI und Daseinsvorsorge nicht deckungsgleich sind – können durch die öffentliche Hand in bestimmtem Umfang durch Beihilfen gefördert werden. Maßgebliche Rechtsgrundlage im Primärrecht ist Art. 106 Abs. 2 AEUV, der bestimmt, dass für DAWI-Erbringer die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des AEUV (damit auch das Beihilfenrecht) zwar grundsätzlich gelten, allerdings mit der Einschränkung, dass die Erfüllung der DAWI durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht verhindert werden darf.

Auf dieser primärrechtlichen Grundlage sind durch die EU-Kommission bzw. den EuGH zwei unterschiedliche rechtliche Lösungen entwickelt worden.

- **Tatbestandslösung:** Der EuGH hat im Jahr 2003 in der Rechtsache **Altmark Trans** (EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00) entschieden, dass Zuwendungen an ein DAWI-Unternehmen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen schon tatbestandlich keine Beihilfen sind. Entscheidendes Kriterium für den Ausschluss von Beihilfen ist hierbei, dass die Zuwendungen nicht höher liegen dürfen als die Kosten eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“.
- **Rechtfertigungslösung:** Die EU-Kommission hat mit dem sogenannten **DAWI-Freistellungsbeschluss** (Beschluss vom 20. Dezember 2011, 2012/21/EU, ABl. EU 2012 L 7, S. 3) eine Rechtsgrundlage für die notifizierungsfreie Gewährung von Beihilfen an DAWI-Erbringer geschaffen. Maßgebliche Voraussetzung der Freistellung ist, dass dem Unternehmen mittels eines „Betrauungsaktes“ die besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbindlich auferlegt werden.

a) **DAWI-Charakter von Leistungen der Daseinsvorsorge**

Der Begriff der DAWI ist weder in Art. 14 AEUV noch im Protokoll 26 zum AEUV oder in Art. 106 Abs. 2 AEUV definiert. Auch die sekundärrechtlichen Regelwerke enthalten keine Begriffsdefinition, sondern betonen lediglich, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung, welche Dienstleistungen als solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten, einen weiten Ermessensspielraum haben. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich darauf ▶

- ▶ zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat bei der Einordnung der Dienstleistung als DAWI kein „offenkundiger Fehler“ unterlaufen ist.

Nach der Praxis der Kommission ergibt sich aus Art. 106 Abs. 2 AEUV, dass Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, eine „besondere Aufgabe“ übertragen werde. Danach umfasst die Betrautung mit einer „besonderen Aufgabe“ die Erbringung von Dienstleistungen, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelte, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte. Demzufolge versteht die Kommission unter DAWI **wirtschaftliche Tätigkeiten**, die (1) **im Interesse der Allgemeinheit** erbracht werden und bei denen (2) ein **Marktversagen** zu beobachten ist.

Ein Allgemeininteresse an einer Leistung wird man annehmen können, wenn diese im öffentlichen Interesse für die gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung unverzichtbar ist. Ein starkes Indiz für ein Handeln zu Gunsten der Allgemeinheit liegt darin, dass Unternehmen auch dort tätig werden, wo dies ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen widerspricht. Das ist vor allem der Fall bei unrentablen Dienstleistungen, die zur Versorgung der Bevölkerung gleichwohl erbracht werden müssen. Marktversagen liegt dann vor, wenn die jeweilige Leistung ohne Intervention der öffentlichen Hand nicht in ausreichender Qualität und Umfang erbracht würde.

Auch bei diesem Kriterium zeigt sich, dass es sich typischerweise um Leistungen handelt, die zwar öffentlich nachgefragt werden, aber für private Marktteilnehmer keine oder nur geringe Renditen erwarten lassen. Gleichwohl ist alleine der Umstand, dass eine Dienstleistung nicht rentabel erbracht werden kann, nicht ausreichend, um den DAWI-Charakter zu bejahen.

In der deutschen Praxis werden z. B. folgende Leistungen als DAWI verstanden und behandelt:

- Errichtung und Betrieb von öffentlichen Krankenhäusern
- Sozialer Wohnungsbau
- Fährverbindungen zur Anbindung der Bevölkerung von Inseln an das Festland
- Allgemeines Stadt- und Regionsmarketing, Tourismusmarketing
- Schulschwimmen

b) Freistellung auf Grundlage des „Almunia-Pakets“

Das Almunia-Paket aus dem Jahr 2012 umfasst mehrere Rechtsakte, durch welche den Mitgliedstaaten die Finanzierung von DAWI ermöglicht werden soll. Das Regelungspaket ist nach dem seinerzeitigen Wettbewerbskommissar Joaquín Almunia benannt. Die Vorgängerregelungen aus dem Jahr 2005 waren nach dem Namen seines Amtsvorgängers Mario Monti als „Monti-Paket“ bekannt.

Freistellungsbeschluss und Betrauungsakt

Herzstück und aus kommunaler Sicht wichtigste Regelung des Pakets ist der sogenannte **Freistellungsbeschluss** der EU-Kommission (Beschluss vom 20. Dezember 2011, 2012/21/EU, ABl. EU 2012 L 7, S. 3). Der Beschluss legt fest, unter welchen Voraussetzungen Beihilfen als Ausgleichsleistungen für DAWI von der Notifizierungspflicht freigestellt sind. Anwendbar ist der Beschluss laut seines Art. 2 auf folgende Fallgruppen: (1) allgemein auf DAWI-Ausgleichsleistungen von bis zu 15 Mio. Euro pro Jahr; (2) im sozialen Bereich auf DAWI-Ausgleichsleistungen an Krankenhäuser, Gesundheitsdienste und Pflegeheime, Kindergärten, für Arbeitsmarktdienstleistungen, sozialen Wohnungsbau und soziale Dienste; (3) im Verkehrsbereich auf DAWI-Ausgleichsleistungen für Flug- und Schiffsverbindungen zu Inseln mit nicht mehr als 300.000 Passagieren pro Jahr, sowie für DAWI in kleinen Flughäfen (bis zu 200.000 Passagiere jährlich) und kleinen Seeverkehrshäfen (bis zu 300.000 Passagiere jährlich); die Anwendbarkeit auf Landverkehre (Bus und Bahn) ist gemäß Art. 2 Abs. 5 ausdrücklich ausgeschlossen. Im Sozial- und Verkehrsbereich gilt die Begrenzung auf 15 Mio. Euro jährlich nicht.

Grundsätzliche Voraussetzung einer DAWI-Freistellung ist, dass dem Unternehmen kraft eines öffentlichen Hoheitsaktes, dem sog. **Betrauungsakt**, die besonderen **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbindlich auferlegt** werden. Die (Rechts-)Form des Betrauungsaktes wird von der Kommission nicht vorgegeben,

auch muss sich die Betrauung nicht zwingend aus einem einzigen Rechtsakt ergeben. Wichtig ist jedoch die Verbindlichkeit der Auferlegung.

PRAXISBEISPIEL

Dies kann z. B. bei einer kommunalen GmbH dadurch erreicht werden, dass der Gemeinderat den Betrauungsakt beschließt und dieser anschließend durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung als verbindliche Weisung an die Geschäftsführung umgesetzt wird. Andere Modelle der Auferlegung sind möglich, so z. B. durch Verwaltungsakt (Zuwendungsbescheid) oder zivil- bzw. öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Der Freistellungsbeschluss regelt in Art. 4 verbindliche **Mindestinhalte eines Betrauungsaktes**:

- (1) Gegenstand und Dauer der DAWI-Verpflichtung. Hier gilt, dass der Mitgliedstaat die DAWI selbst definieren kann, dies sollte möglichst sorgfältig unter Herausarbeitung der besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erfolgen. Die Höchstdauer der Betrauung beträgt nach Art. 2 Abs. 2 im Regelfall zehn Jahre; ein längerer Zeitraum ist ausnahmsweise möglich, wenn die DAWI eine erhebliche Investition seitens des Erbringers erfordert, die über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss.

- (2) Das/die betraute/n Unternehmen und das geografische Gebiet der DAWI-Erbringung sind ausdrücklich zu definieren.
- (3) Soweit dem betrauten Unternehmen zur Erbringung der DAWI besondere Rechte gewährt werden (etwa im Rahmen von Beilehungen mit Hoheitsrechten), sind diese ebenfalls ausdrücklich im Betrauungsakt zu bezeichnen.
- (4) Der Mechanismus zur Berechnung und Gewährung der Ausgleichsleistungen für die betraute/n DAWI ist zu beschreiben. Ausgleichsfähig sind nach Art. 5 des Freistellungsbeschlusses die aus der DAWI-Erbringung resultierenden „Nettokosten“, d. h. die Differenz zwischen Kosten und Einnahmen aus der DAWI. Diese Nettokosten sind grundsätzlich zu Beginn eines Wirtschaftsjahres zu prognostizieren und nach Abschluss des Jahres in Höhe der tatsächlichen Nettokosten abzurechnen.

Hinsichtlich des Ausgleichsmechanismus hat sich folgendes Vorgehen bewährt: Zunächst werden die DAWI-Kosten nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen aus dem Wirtschaftsplan des betrauten Unternehmens ermittelt. Auf die so ermittelten Kosten sind sämtliche Einnahmen des betrauten Unternehmens aus der Erbringung der DAWI anzurechnen. Die Nettokosten ergeben sich aus der Differenz von Kosten und Einnahmen. Der voraussichtliche Ausgleichsbedarf wird im Rahmen des jährlichen Wirtschaftsplanes prognostiziert. Nach

Abschluss eines Wirtschaftsjahres erfolgt im Jahresabschluss die Bestimmung der tatsächlich angefallenen Nettokosten und die Abrechnung mit eventuell unterjährig gewährten Abschlagszahlungen.

- (5) Es sind zwingend Maßnahmen vorzusehen, die eine Überkompensation vermeiden bzw. die Rückforderung von Überzahlungen sicherstellen. Eine Überkompensation liegt gemäß Art. 6 des Freistellungsbeschlusses vor, wenn das betraute Unternehmen höhere Ausgleichsleistungen erhalten hat, als es nach den tatsächlichen Nettokosten der DAWI zulässig gewesen wäre. Das kann etwa dann passieren, wenn die Nettokosten zu Beginn des Jahres zu hoch prognostiziert wurden und daher evtl. unterjährige Abschlagszahlungen die tatsächlichen Nettokosten übersteigen. Für diesen Fall ist zwingend vorzusehen, dass das betraute Unternehmen die Überzahlung zurückführen muss. Übersteigen die gezahlten Abschläge die tatsächlichen Nettokosten um nicht mehr als 10% des durchschnittlichen jährlichen Ausgleichs, kann die Überzahlung alternativ vorgetragen und im nachfolgenden Geschäftsjahr mindernd berücksichtigt werden.
- (6) Schließlich ist im Betrauungsakt ausdrücklich auf den Freistellungsbeschluss als Rechtsgrundlage der Betrauung hinzuweisen.

Unionsrahmen

Ein weiterer Bestandteil des Almunia-Pakets ist der Unionsrahmen für Ausgleichsleistungen für DAWI (Mitteilung vom 11. Januar 2012, 2012/C 8/03, ABl. C 8, S. 15). Nach Tz. 7 des Unionsrahmens ist dieser auf **DAWI-Ausgleichsleistungen** anwendbar, die **nicht unter den Freistellungsbeschluss fallen**, etwa weil die Betragsgrenze von 15 Mio. Euro pro Jahr überschritten wird. Da in diesen Fällen die Freistungswirkung mithin entfällt, sind solche Ausgleichsleistungen bei der EU-Kommission zu notifizieren. Demzufolge legt der Unionsrahmen die Voraussetzungen fest, unter denen die Kommission solche Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären kann. Der Unionsrahmen konkretisiert insoweit die primärrechtliche Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Die Vereinbarkeitsvoraussetzungen sind nahezu deckungsgleich mit den Freistungsvoraussetzungen des Freistellungsbeschlusses, insbesondere: Vorliegen einer echten DAWI, verbindliche Auferlegung durch Betrauungsakt, Begrenzung der Ausgleichsleistung auf die Nettokosten der DAWI, Transparenzgebot und Trennungsrechnung sowie Überkompensationskontrolle.

Transparenzrichtlinie und Trennungsrechnung

Die Transparenzrichtlinie der EU-Kommission (RL 2006/111/EG vom 16. November 2006, ABl. EU L 318, S. 17) ist zwar formal kein Bestandteil des Almunia-Pakets, steht aber in thematischem und systematischem Zusammenhang mit diesen Regelungen. Nach der Richtlinie haben die EU-Mitgliedstaaten die finanziellen Bezie-

hungen staatlicher Stellen zu Unternehmen transparent zu gestalten. Dazu sollen insbesondere die Bereitstellung und Verwendung öffentlicher Mittel zugunsten öffentlicher Unternehmen offengelegt werden. In Deutschland wurde die Richtlinie durch das Transparenzrichtlinie-Gesetz (TranspRLG) umgesetzt. Aus § 1 TranspRLG ergibt sich, dass mit der Erbringung von DAWI betraute Unternehmen verpflichtet sind, die Kosten und Einnahmen der DAWI getrennt von den Kosten und Einnahmen weiterer wirtschaftlicher Tätigkeiten zu erfassen. Die Vorschrift nimmt insoweit die Vorgabe aus Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses auf, der ebenfalls ein solches Trennungsgebot beinhaltet. Dies bedeutet, dass im Wege einer **Vollkostenrechnung** sowohl die direkt zurechenbaren Kosten als auch angemessene Anteile der Gemeinkosten den DAWI zuzuordnen sind. Auf der Erlösseite ist ebenfalls zu trennen zwischen den Einnahmen aus der Erbringung der DAWI und sonstigen Einnahmen. Aus dem Vergleich der so zugeordneten Einnahmen und Kosten der DAWI ergibt sich dabei regelmäßig eine Unterdeckung, mithin der Bedarf an Ausgleichsleistungen. Die sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten sind hingegen grundsätzlich kostendeckend zu betreiben, soweit sie nicht unter eine andere Freistellungsregelung fallen (etwa De-Minimis). Auch dies kann mithilfe der Trennungsrechnung dokumentiert werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass Leistungen intern quersubventioniert werden.

c) **Exkurs: Beihilfenfreie Lösung nach der Altmark-
Trans-Rechtsprechung des EuGH**

Der EuGH hat im Jahr 2003 in der vielbeachteten Altmark-Trans-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C- 280/00) den Ausnahmetatbestand von Art. 106 Abs. 2 AEUV konkretisiert und Kriterien aufgestellt, bei deren Vorliegen keine tatbestandliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben ist. Die Entscheidung bildet den Ausgangspunkt für die später erlassenen Monti- bzw. Almunia-Pakete, weswegen die **Altmark-Trans-Kriterien** im Wesentlichen den Vorgaben gemäß Freistellungsbeschluss und Unionsrahmen entsprechen:

– **Betrauungsakt**

Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein; diese Verpflichtungen müssen im Betrauungsakt klar definiert werden.

– **Ausgleichsmechanismus**

Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent festzulegen.

– **Überkompensationsverbot**

Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken.

– **Effizienzgebot**

Das betraute Unternehmen ist entweder als günstigster Bieter im Rahmen eines transparenten Vergabeverfahrens auszuwählen, oder die Ausgleichsleistungen müssen auf die Nettokosten beschränkt sein, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen für die Erbringung der DAWI haben würde.

Der Unterschied zwischen Altmark Trans und Freistellungsbeschluss besteht also lediglich im letzten Kriterium, namentlich dem **Effizienzgebot**. Kosteneffizienz spielt im Freistellungsbeschluss dagegen keine Rolle. Im Rahmen der Altmark-Trans-Entscheidung soll das zusätzliche Kriterium sicherstellen, dass über die Ausgleichsleistungen nicht etwa Ineffizienzen in der Leistungserbringung durch das betraute Unternehmen subventioniert werden. Das lässt sich nach der Logik der Kommission insbesondere durch Ausschreibung des DAWI-Auftrags verhindern, weil auf diese Weise der Bieter mit der günstigsten Kostenstruktur ausgewählt werden kann. Anderenfalls soll die betrauende Stelle die Effizienz dadurch sicherstellen, dass sie eine Kostenanalyse vornimmt und dabei als Maßstab die Kosten eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ zugrunde legt.

Den Begriff des „**durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens**“ hat der EuGH in seiner Entscheidung erstmals erwähnt, dem Beihilfenrecht ist er ansonsten fremd. Demzufolge existiert ▶

- ▶ auch keine allgemeingültige Definition. In ihren Veröffentlichungen hierzu weist die Kommission darauf hin, dass die Mitgliedstaaten sich bei der Analyse auf objektive Kriterien stützen sollen, anhand derer typischerweise beurteilt wird, ob ein Unternehmen gut geführt wird. Dabei soll der Mitgliedstaat der Größe und etwaigen Marktmacht eines Unternehmens sowie spezifischen Besonderheiten und Kostenstrukturen in den verschiedenen Wirtschaftszweigen Rechnung tragen. Alleine die Unschärfe der vorstehend zitierten Begrifflichkeiten zeigt bereits, dass im Rahmen einer Altmarkt-Trans-Betrachtung erhebliche Beurteilungsunsicherheiten bestehen. Soweit für einen Sachverhalt alternativ auch eine Betrattung auf der Basis des Freistellungsbeschlusses in Betracht kommt, ist dies regelmäßig die vorzugswürdige Alternative, zumal die übrigen Voraussetzungen deckungsgleich sind.

4. FREISTELLUNGSTATBESTÄNDE DER ALLGEMEINEN GRUPPENFREISTELLUNGS- VERORDNUNG (AGVO)

DER INHALT IM ÜBERBLICK

Die AGVO enthält allgemeine Vorschriften, die für alle Freistellungstatbestände gelten; diese allgemeinen Vorschriften werden zu Beginn behandelt. Für die einzelnen Freistellungen gelten zusätzlich jeweils besondere Voraussetzungen, die beispielhaft an den Bereichen Kultur, Sport und lokale Infrastrukturen erläutert werden. Siehe dazu auch den 2016 erscheinenden Spezial-Leitfaden.

a) Einführung in die AGVO

Die EU-Kommission hat aufgrund einer Ermächtungsverordnung des Rates der EU (VO 733/2013 vom 22. Juli 2013, ABl. EU L 204, S. 11) das Recht, bestimmte Gruppen von Beihilfen generell von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung auszunehmen (freizustellen). Der Rat wiederum stützt sich dabei auf das ihm gemäß Art. 109 AEUV zustehende Recht. Von ihrer Ermächtigung hat die Kommission durch Erlass der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) Gebrauch gemacht. Die aktuelle Fassung der AGVO wurde im Jahr 2014 verabschiedet (VO 651/2014 vom 17. Juni 2014, ABl. EU L 187, S. 1) und beinhaltet gegenüber der Vorgängerregelung einen erheblich erweiterten Katalog freigestellter Beihilfen.

Aus Sicht der öffentlichen Hand sind dabei insbesondere die Möglichkeiten zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen interessant. So sind beispielsweise Beihilfen für **Kultur-, Sport- und Multifunktionsinfrastrukturen** sowie für **lokale Infrastrukturen** auf Grundlage der AGVO freistellungsfähig. Soweit Teile dieser Bereiche in der deutschen Praxis traditionell als DAWI eingeordnet und mittels Betrauungsakten finanziert werden, bietet die AGVO demgegenüber einen entscheidenden Vorteil. Gemäß Art. 58 Abs. 1 AGVO gilt diese auch für Beihilfen, die bereits vor Inkrafttreten der Verordnung gewährt wurden, soweit die jeweiligen Freistellungs Voraussetzungen erfüllt sind. Die AGVO weist also Rückwirkung auf, was im Rahmen von DAWI-Betrauungen nicht möglich ist; diese wirken stets nur für die Zukunft.

Die Verordnung ist in drei Kapitel unterteilt. Die Freistellung hängt gemäß Art. 3 AGVO davon ab, dass sowohl die allgemeinen Voraussetzungen des ersten Kapitels der AGVO (Art. 1-9) als auch die besonderen Bestimmungen des dritten Kapitels (Art. 13-56) für die jeweilige Gruppe von Beihilfen erfüllt werden.

Transparenz (Art. 5 AGVO)

Eine Beihilfe ist gemäß Art. 5 Abs. 1 AGVO transparent, wenn sich ihr Bruttosubventionsäquivalent (BSÄ) im Voraus genau berechnen lässt, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Unter Bruttosubventionsäquivalent ist gemäß Art. 2 Abs. 22 AGVO die Höhe der Beihilfe, wenn diese als Zuschuss gewährt worden wäre, vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben zu verstehen. Art. 5 Abs. 2 AGVO zählt die Beihilfen auf, die als transparent gelten. Hierzu zählen ohne weiteres Zuschüsse und Zinsschüsse. Darlehen gelten nur dann als transparent, wenn das BSÄ auf Basis des aktuellen Referenzzinssatzes ermittelt wurde, Bürgschaften nur bei Ermittlung des BSÄ aufgrund der Bürgschaftsmitteilung oder einer von der Kommission ausdrücklich genehmigten besonderen Methode.

Anreizeffekt (Art. 6 AGVO)

Auf Basis der AGVO freigestellte Beihilfen müssen gemäß Art. 6 Abs. 1 AGVO einen Anreizeffekt haben, da die Wirkung der AGVO nicht für Beihilfen zugunsten von Tätigkeiten gelten soll, die der Empfänger auch ohne Beihilfe unter Marktbedingungen durch-

führen würde (vgl. Erwägungsgrund 18 der AGVO). Gemäß Art. 6 Abs. 2 AGVO gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Beihilfenempfänger vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben oder die Tätigkeit einen schriftlichen Beihilfenantrag in dem betreffenden Mitgliedstaat gestellt hat. Für Kulturbihilfen nach Art. 53 AGVO bestimmt Art. 6 Abs. 5 lit. h AGVO, dass kein Anreizeffekt verlangt beziehungsweise vom Vorliegen eines Anreizeffektes ausgegangen wird.

Kumulierung (Art. 8 AGVO)

Art. 8 AGVO regelt die Voraussetzungen, unter denen Beihilfen kumuliert, das heißt kombiniert und nebeneinander gewährt werden dürfen. Zu beachten ist insbesondere die Regelung in Art. 8 Ziffer 1 AGVO. Danach sind bei der Prüfung, ob die nach AGVO zulässigen Höchstbeträge der Beihilfe (Anmeldeschwellen) eingehalten werden, sämtliche dem Beihilfenempfänger für die jeweilige Tätigkeit oder das jeweilige Vorhaben gewährten Beihilfen zu kumulieren. Dies gilt unabhängig davon, wer Beihilfengeber der weiteren Beihilfen ist und auf welcher Rechtsgrundlage sie gewährt werden.

Anzeigeverfahren, Veröffentlichung und Information (Art. 9 und Art. 11 AGVO)

Anzuzeigende Beihilfemaßnahmen (Einzelbeihilfen oder Beihilfenregelungen) nach der AGVO werden aus Vereinfachungs und Vereinheitlichungsgründen nur elektronisch über die überarbeitete ▶

- ▶ Web-Anwendung SANI-2 (State Aid Notification Interactive) an die Europäische Kommission übermittelt (vgl. Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 271/2008). SANI-2 ist eine work-flow-basierte Anwendung, in der die Formulare zur Erfassung der erforderlichen Informationen, die gemäß den für die jeweilige Beihilfemaßnahme geltenden Rechtsvorschriften ausgefüllt werden müssen, hinterlegt sind. Über die SANI-2-Anwendung ist eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme innerhalb von 20 Tagen nach deren Bewilligung bzw. Inkrafttreten an die Kommission zu senden, die dann im EU-Amtsblatt veröffentlicht wird. Die Mitgliedstaaten vergeben dabei die Zugangsrechte zum SANI-System. Zugangsberechtigung haben insbesondere die jeweiligen Beihilfestellen in den zuständigen Landeswirtschaftsministerien, die für die öffentlichen Stellen im jeweiligen Bundesland die Anzeigen vornehmen und nach Plausibilisierung der Daten diese an das Bundeswirtschaftsministerium zur Unterzeichnung und anschließend an die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU zur Validierung weiterleiten. Von dort erfolgt die endgültige Zuleitung an die Europäische Kommission, die jede erfolgte AGVO-Anzeige unter einer eigenen Vorgangsnummer registriert.

Die Mitgliedstaaten müssen ab dem 1. Juli 2016 (d.h. für Beihilfen, die ab dem 1. Juli 2016 gewährt werden) sicherstellen, dass bestimmte Informationen im Internet veröffentlicht werden. Zu veröffentlichen sind zum einen die „SANI-2-Daten“ (Art. 9 Abs. 1

lit. a und b i.V.m. Art. 11 lit. a i.V.m. Anhang II AGVO). Zum anderen müssen bei Einzelbeihilfen über 500.000 Euro auch eine Reihe von weiteren Informationen, u.a. der Name des Beihilfempfängers und der Beihilfebetrag, veröffentlicht werden (Art. 9 Abs. 1 lit. c i.V.m. Anhang III AGVO). Hierfür stellt die Europäische Kommission ein technisches System für die Veröffentlichung zur Verfügung. In Deutschland ist geplant, die Dateneingabe über ein Webinterface mit der voraussichtlichen Möglichkeit der Verwaltung von Zugangs- und Benutzerrechten auf zentraler, regionaler und ggf. lokaler Ebene zu ermöglichen. Die Veröffentlichung der bei der Kommission gespeicherten Daten soll über eine von der Kommission für den Mitgliedstaat betriebene Internetseite erfolgen.

b) Besondere Freistellungsvoraussetzungen für Kultur (Art. 53 AGVO)

Anwendungsbereich

Der Begriff der Kultur ist weder in Art. 167 AEUV noch in Art. 53 AGVO definiert. Art. 53 Abs. 2 AGVO nennt jedoch ausdrücklich freigestellte kulturelle Aktivitäten, hierzu zählen insbesondere Museen, Archive, Kunst- und Kulturzentren oder -stätten, Theater, Opernhäuser, Konzerthäuser und sonstige Einrichtungen für Live-Aufführungen. Der Freistellungstatbestand soll allerdings gemäß Erwägungsgrund 72 der AGVO nicht für Tätigkeiten gelten, die zwar einen kulturellen (Teil-)Aspekt aufweisen, jedoch ansonsten einen überwiegend kommerziellen Charakter haben.

Zulässige Beihilfenformen

Kulturbihilfen können nach Art. 53 Abs. 3 AGVO in Form von Investitions- oder Betriebsbeihilfen gewährt werden. Beide Beihilfenformen werden nur freigestellt, wenn sie die nachfolgenden Werte nicht überschreiten.

Anmeldeschwellen

Für Investitionsbeihilfen gilt gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. z AGVO eine Anmeldeschwelle von 100 Mio. EUR pro Projekt; für Betriebsbeihilfen gilt eine Grenze von 50 Mio. EUR pro Unternehmen und Jahr. Beihilfen, die über diesen Betrag hinausgehen, müssen bei der EU-Kommission notifiziert werden. Bei der Prüfung, ob die Schwellenwerte eingehalten werden, sind gemäß Art. 8 Abs. 1 AGVO die für die geförderte Tätigkeit, das geförderte Projekt oder das geförderte Unternehmen insgesamt gewährten Beihilfen zu berücksichtigen.

Beihilfefähige Kosten

Beihilfefähige Kosten sind diejenigen Kosten eines Unternehmens, für die Beihilfen gewährt werden dürfen. Die beihilfefähigen Kosten sind gemäß Art. 7 AGVO durch schriftliche Unterlagen zu belegen, die spezifisch, klar und aktuell sein müssen.

Bei **Investitionsbeihilfen** sind gemäß Art. 53 Abs. 4 i. V. m. Art. 7 AGVO die Kosten von Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte beihilfefähig. Materielle Vermögenswerte sind gemäß Art. 2 Ziffer 29 AGVO insbesondere Grundstücke

oder Ausrüstung. Unter immateriellen Vermögenswerten werden nach Art. 2 Ziffer 30 AGVO Werte ohne physische oder finanzielle Verkörperung wie Patentrechte oder sonstige Rechte des geistigen Eigentums verstanden. Insbesondere werden im Rahmen von Investitionsbeihilfen die Kosten für den Bau, die Modernisierung, den Erwerb, die Erhaltung oder die Verbesserung von Infrastruktur erfasst, wenn jährlich mindestens 80 % der verfügbaren Nutzungszeiten oder Räumlichkeiten für kulturelle Zwecke genutzt werden. Die AGVO enthält keine Definition des Begriffes „verfügbare Nutzungszeiten“. Denkbar erscheint beispielsweise eine rein zeitbasierte Betrachtung mit realistischer Weise möglichen Öffnungs-/Nutzungszeiten als Ausgangsbasis. Auch eine nach Teilnehmerzahlen gewichtete Betrachtung erscheint möglich.

Bei **Betriebsbeihilfen** sind gemäß Art. 53 Abs. 5 AGVO i. V. m. Art. 7 AGVO insbesondere die Kosten der kulturellen Einrichtungen für fortlaufende oder regelmäßige Aktivitäten wie Ausstellungen, Aufführungen, Veranstaltungen im normalen Betrieb beihilfenfähig. Erfasst werden auch für unmittelbar mit dem Kulturprojekt beziehungsweise der kulturellen Aktivität verbundene Miet- oder Leasingkosten für Immobilien und Kulturstätten, Reisekosten oder Kosten für Materialien und Ausstattung, Wertverlust von Werkzeugen, sowie Kosten für Tätigkeiten im Bereich der kulturellen und künstlerischen Bildung und für die Förderung des Verständnisses für die Bedeutung des Schutzes und der Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen durch Bildungsprogramme.

Beihilfenintensität

Gemäß Art. 2 Ziffer 26 AGVO ist die Beihilfenintensität die in Prozent ausgedrückte Höhe der Beihilfe in Relation zu den beihilfefähigen Kosten vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben. Bei **Investitionsbeihilfen** darf der Beihilfenbetrag gemäß Art. 53 Abs. 6 AGVO nicht höher sein als die Differenz zwischen den beihilfefähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition. Der Betriebsgewinn ist dabei vorab zu prognostizieren und von den Investitionskosten abzuziehen. Der Betreiber darf einen angemessenen Gewinn für den betreffenden Zeitraum einbehalten. Der zulässige Beihilfenhöchstbetrag bei **Betriebsbeihilfen** bestimmt sich nach Art. 53 Abs. 7. Danach darf der Betrag nicht höher sein als der Betrag, der erforderlich ist, um Betriebsverluste und einen angemessenen Gewinn für den betreffenden Zeitraum zu decken. Dies ist ebenfalls durch realistische Projektionen vorab zu bestimmen. Ergänzend ist ein Rückforderungsmechanismus bzgl. Überzahlungen einzurichten.

c) **Besondere Freistellungsvoraussetzungen für Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur (Art. 55 AGVO)**

Anwendungsbereich

Der Begriff der Sportinfrastruktur wird in Art. 55 AGVO nicht definiert, er umfasst aber dem üblichen Sprachgebrauch nach jegliche für Sportzwecke errichtete Infrastruktur, also etwa Stadien, Sportplätze und Hallen, Schwimmbäder, Leichtathletikanlagen, Volleyballfelder und Tennisplätze. Gemäß Art. 55 Ziffer 3 AGVO

werden unter dem Begriff multifunktionale Freizeitinfrastruktur Freizeiteinrichtungen mit multifunktionalem Charakter, die insbesondere Kultur- und Freizeitdienstleistungen anbieten, erfasst. Ausdrücklich ausgenommen sind lediglich Freizeitparks und Hotels. In Erwägungsgrund 74 der AGVO wird ausgeführt, dass diese Art der Infrastruktur jedenfalls mehr als einem Freizeitweck dienen sollte. Entscheidend für eine Freizeitinfrastruktur in diesem Sinne ist daher, dass sie durch ihre Multifunktionalität für verschiedene öffentliche Veranstaltungen und Aktivitäten zu nutzen ist. Hierzu wird man jedenfalls Nutzungen aus den Bereichen Musik, Kultur und Sport zählen können.

Zulässige Beihilfenformen

Im Unterschied zu Kulturbeteiligungen können Beihilfen für multifunktionale Freizeitinfrastrukturen gemäß Art. 55 Abs. 7 AGVO nur in Form von Investitionsbeihilfen gewährt werden. Die Gewährung von Betriebsbeihilfen ist dagegen nicht zulässig, sondern auf reine Sportinfrastrukturen beschränkt.

Anmeldeschwellen

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. bb) AGVO sind Investitionsbeihilfen bis zu einer Höhe von 15 Mio. Euro pro Vorhaben von der Notifizierung befreit. Zusätzlich gilt hier die Einschränkung, dass die Gesamtkosten des Vorhabens 50 Mio. Euro nicht überschreiten dürfen. Betriebsbeihilfen (nur für Sportinfrastrukturen) dürfen danach maximal 2 Mio. Euro pro Infrastruktur und Jahr betragen.

Beihilfefähige Kosten

Gemäß Art. 55 Ziffern 8, 10 AGVO i. V. m. Art. 7 AGVO sind im Rahmen von **Investitionsbeihilfen** die Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte der Infrastruktur beihilfefähig. Materielle Vermögenswerte sind gemäß Art. 2 Ziffer 29 AGVO insbesondere Grundstücke oder Ausrüstung. Unter immateriellen Vermögenswerten werden nach Art. 2 Ziffer 30 AGVO Werte ohne physische oder finanzielle Verkörperung wie Patentrechte oder sonstige Rechte des geistigen Eigentums verstanden. **Betriebsbeihilfen** (nur für Sportinfrastrukturen) dürfen auf die Betriebskosten der Infrastruktur gewährt werden, die insbesondere Personal-, Material-, Fremdleistungs-, Kommunikations-, Energie-, Wartungs-, Miet- und Verwaltungskosten umfassen. Die beihilfefähigen Kosten sind gemäß Art. 7 AGVO durch schriftliche Unterlagen zu belegen.

Beihilfenintensität

Der Beihilfebetrag darf nicht höher sein als die Differenz zwischen den beihilfefähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition. Der Betriebsgewinn wird dabei vorab, auf der Basis realistischer Projektionen, oder über einen Rückforderungsmechanismus von den beihilfefähigen Kosten abgezogen. Bei Beihilfen von nicht mehr als 1 Mio. Euro kann gemäß Art. 55 Ziffer 12 AGVO die Beihilfe pauschal 80 % der beihilfefähigen Kosten umfassen.

Allgemeinzugang zur Infrastruktur

Gemäß Art. 55 Abs. 4 AGVO muss die Sport- oder multifunktionale Freizeitinfrastruktur mehreren Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offenstehen. Lediglich Unternehmen, die mindestens 30 % der Investitionskosten der Infrastruktur finanziert haben, können einen bevorzugten Zugang zu günstigeren Bedingungen erhalten. Die Bedingungen dieses Zugangs müssen öffentlich bekanntgemacht werden.

Transparente Vergabe von Konzessionen und Aufträgen

Die Erteilung von Konzessionen oder Aufträgen für den Bau, die Modernisierung und/oder den Betrieb der Sport- oder Freizeitinfrastruktur durch Dritte müssen gemäß Art. 55 Ziffer 6 AGVO zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen *und* unter Einhaltung der Vergabevorschriften erfolgen. Fraglich ist, ob aufgrund dieser Regelung stets eine öffentliche Ausschreibung erforderlich und eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe generell unzulässig ist. Auslegungsbedürftig sind insofern der Begriff „durch Dritte“ sowie die Verknüpfung des ersten Teils der Regelung (Ausschreibungsgebot) durch ein „und“ mit dem zweiten Teil der Regelung (Beachtung des Vergaberechts). Dabei wiederum ist fraglich, ob die Beachtung des Vergaberechts die Grundsätze der Inhouse-Vergabe einschließt. Der Wortlaut der englischen Fassung dieser Norm spricht mehr als die deutsche Fassung für die Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe unter Berücksichtigung des geltenden Vergaberechts („Any concession or other entrustment to a third ▶

- ▶ party to construct, upgrade and/or operate the sport or multifunctional recreational infrastructure shall be assigned on an open, transparent and non-discriminatory basis, *having due regard* to the applicable procurement rules.”).

d) Besondere Freistellungsvoraussetzungen für lokale Infrastrukturen (Art. 56 AGVO)

Anwendungsbereich

Nach dem Wortlaut von Art. 56 Abs. 1 AGVO ist der Freistellungstatbestand anwendbar auf Beihilfen für „Infrastrukturen, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten“. Abs. 2 bestimmt, dass die Vorschrift nicht auf Beihilfen anwendbar ist, die unter einen anderen AGVO-Tatbestand fallen; ausdrücklich ausgenommen sind zudem Flughäfen und Häfen. Erfasst sind damit von der Vorschrift unter anderem Investitionen in die Erschließung von Gewerbegebieten oder die Errichtung von Gewerbezentren.

Zulässige Beihilfenformen

Unter Art. 56 AGVO fallen schon nach dem Wortlaut der Überschrift („Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen“) ausschließlich Investitionsbeihilfen. Betriebsbeihilfen sind hingegen nicht vorgesehen.

Anmeldeschwelle

Die unter Art. 56 AGVO gewährten Investitionsbeihilfen dürfen gemäß Art. 4 lit. cc) maximal 10 Mio. Euro betragen. Zusätzlich gilt die Einschränkung, dass die Gesamtkosten der Infrastruktur nicht über 20 Mio. Euro liegen dürfen.

Beihilfefähige Kosten

Beihilfefähig sind gemäß Art. 56 Abs. 5 AGVO die Kosten der Investitionen in materielle (Art. 2 Ziffer 29) und immaterielle (Art. 2 Ziffer 30) Vermögenswerte.

Beihilfenintensität

Der Beihilfebetrag darf nicht höher sein als die Differenz zwischen den beihilfefähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition. Der Betriebsgewinn wird dabei vorab, auf der Basis realistischer Projektionen, oder über einen Rückforderungsmechanismus von den beihilfefähigen Kosten abgezogen (Art. 56 Abs. 6 AGVO).

Allgemeinzugang zur Infrastruktur und Entgelte

Gemäß Art. 56 Abs. 3 AGVO muss die lokale Infrastruktur allen interessierten Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offen stehen. Für die Nutzung oder den Verkauf der Infrastruktur an Dritte geforderte Entgelte müssen marktüblich sein.

Transparente Vergabe von Konzessionen und Aufträgen

Die Erteilung von Konzessionen oder Aufträgen für den Betrieb der Infrastruktur durch Dritte müssen gemäß Art. 56 Ziffer 4 AGVO zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen *und* unter Einhaltung der Vergabevorschriften erfolgen. Insofern stellen sich die gleichen Auslegungsfragen wie im Rahmen von Art. 55 (s. oben).

Keine Freistellung für „gewidmete“ Infrastruktur

Von der Freistellungsregelung ausgenommen ist nach Art. 56 Abs. 7 AGVO „gewidmete Infrastruktur“. Laut der Definition in Art. 2 Ziffer 33 AGVO handelt es sich dabei um „Infrastruktur, die für im Voraus ermittelbare Unternehmen errichtet wird und auf deren Bedarf zugeschnitten ist“. Erschließt die öffentliche Hand also beispielsweise einen Industriestandort, weil sich ein einziges bestimmtes Unternehmen dort ansiedeln will, ist Art. 56 AGVO insoweit nicht anwendbar.

5. BESTEHENDE BEIHILFEN

Eine beihilfenrechtliche Rechtfertigung liegt schließlich auch vor, soweit eine Maßnahme als bestehende Beihilfe einzuordnen ist, die dann **Bestandsschutz** genießt. Welche Beihilfen dies sind, ist in Art. 1 lit. b VVO definiert. Neben Beihilfen, die von der Kommission ausdrücklich genehmigt wurden (hier ergibt sich die Rechtfertigung aus dem entsprechenden Kommissionsbeschluss), sind dies folgende Gruppen von Beihilfen:

- (1) Beihilfen, die in einem Mitgliedstaat bereits gewährt wurden, bevor das Beihilfenverbot des europäischen Primärrechts in diesem Staat in Kraft getreten ist, und weiterhin gewährt werden. Das betrifft insbesondere die „neuen“ EU-Mitgliedstaaten, für Deutschland ist insoweit das relevante Datum der 1. Januar 1958, an dem die Römischen Verträge zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) in Kraft traten.
- (2) Notifizierte Beihilfen, über die von der Kommission nicht innerhalb von zwei Monaten ab *vollständiger* Anmeldung entschieden wurde. Gemäß Art. 4 Abs. 5 VVO hat die Kommission innerhalb dieser Frist entweder zu beschließen, dass keine tatbestandliche Beihilfe vorliegt oder gegen die Beihilfe keine Einwände erhoben werden, alternativ das förmliche Prüfverfahren einzuleiten.
- (3) Beihilfen, die vor mehr als zehn Jahren gewährt wurden. Laut Art. 17 VVO verjährt das Recht der Kommission zum Aufgriff rechtswidriger Beihilfen innerhalb von zehn Jahren ab Gewährung der Beihilfe. Die Frist wird unterbrochen und beginnt erneut, wenn die Kommission oder ein Mitgliedstaat auf Anforderung der Kommission eine Maßnahme ergreift; erforderlich ist insoweit ein Handeln mit Außenwirkung. Die Erhebung einer Klage gegen eine Kommissionsentscheidung vor dem EuG oder EuGH setzt die Frist aus, solange die Klage anhängig ist.

- (4) Maßnahmen, die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens keine tatbestandlichen Beihilfen darstellten und erst durch die Entwicklung des Binnenmarkts zu Beihilfen wurden. Voraussetzung ist hierbei, dass die ursprüngliche Maßnahme ohne Änderungen weiter gewährt wird.

6. NOTIFIZIERUNG

Wie zu Beginn von Kapitel I bereits ausgeführt, ergibt sich aus Art. 108 Abs. 3 AEUV eine **Notifizierungspflicht** nur für solche Maßnahmen, die sämtliche Tatbestandsmerkmale gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen. Indem die Kommission im Notifizierungsverfahren die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt, wird die Beihilfe gerechtfertigt.

Liegt hingegen nur ein Tatbestandsmerkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht vor, handelt es sich tatbestandlich nicht um eine Beihilfe. Solche Maßnahmen müssen nicht notifiziert werden. Das Gleiche gilt nach dem vorstehend Gesagten für tatbestandliche Beihilfen, die auf sekundärrechtlicher Basis von der Notifizierung freigestellt sind. Nicht-Beihilfen und freigestellte Beihilfen können zwar zur Erlangung abschließender Rechtssicherheit gleichfalls notifiziert werden, eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht.

a) Notifizierungsverfahren in der Praxis

Beteiligte am Verfahren

Am Notifizierungsverfahren unmittelbar beteiligt sind lediglich die EU-Kommission selbst sowie der jeweils betroffene Mitgliedstaat, hier die Bundesrepublik. Das folgt aus dem Charakter des EU-Rechts als supranationales Recht, das von den Mitgliedstaaten geschaffen und ratifiziert wird. Demzufolge ist im europäischen Verwaltungsverfahren immer die nationalstaatliche Ebene Ansprechpartner der EU-Kommission als Verwaltungsbehörde. Eventuell vorhandene nachgeordnete staatliche Ebenen (in Deutschland: Länder und Kommunen) und die Zusammenarbeit zwischen diesen Ebenen sind aus Sicht des EU-Rechts eine interne Angelegenheit der Mitgliedstaaten. In der Praxis werden die meisten Notifizierungsverfahren über das Referat „Beihilfenkontrollpolitik“ (EA 6) beim **Bundesministerium für Wirtschaft und Energie** (BMWi) geführt. Nur in den Spezialbereichen Landwirtschaft und Verkehr wird diese Aufgabe vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) bzw. vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) wahrgenommen. Auf Ebene der einzelnen Bundesländer existieren ebenfalls zuständige Stellen für die Beihilfenkontrolle, in Baden-Württemberg angesiedelt beim Ministerium für Finanzen und Wirtschaft (Kontakt: EU-Beihilfe@mfw.bwl.de). Die zuständigen Ansprechpartner koordinieren Notifizierungsverfahren in Abstimmung mit dem Bund und den weiteren Beteiligten (Beihilfengeber und -empfänger).

Verfahrensablauf

Der Ablauf eines Notifizierungsverfahrens richtet sich nach Art. 108 Abs. 3 AEUV i. V. m. der hierzu erlassenen Verfahrensverordnung (VO 2015/1589 vom 13. Juli 2015, ABl. EU L 248, S. 9, nachfolgend „VVO“).

Die betroffene staatliche Stelle im Land, die ein Notifizierungsverfahren durchführen möchte, wendet sich an die zuständige Stelle im Wirtschaftsministerium ihres Bundeslandes – in Baden-Württemberg das für Beihilfekontrolle zuständige Referat im Ministerium für Finanzen und Wirtschaft (Kontakt: EU-Beihilfe@mfw.bwl.de) –, die das weitere Verfahren unter Einbeziehung des BMWi begleitet.

Dabei lassen sich grundsätzlich folgende Verfahrensschritte unterscheiden:

Zu Beginn eines Notifizierungsverfahrens besteht die Möglichkeit, im Rahmen einer sogenannten **Prä-Notifizierung** das jeweilige Vorhaben und seine beihilfenrechtliche Würdigung aus Sicht des Mitgliedstaates der EU-Kommission vorzustellen. Dazu wird üblicherweise ein Gespräch am Sitz der Kommission in Brüssel mit allen Beteiligten durchgeführt. Bei der Prä-Notifizierung handelt es sich um einen informellen Verfahrensschritt, der in der Verfahrensverordnung nicht ausdrücklich vorgesehen ist, aber dem üblichen Vorgehen entspricht. In dieser Phase besteht auch die Gelegenheit, Fragen zum Umfang und zur Ausgestaltung des Notifizierungsantrags anzusprechen und erste Fragen der EU-Kommission zum Projekt zu

diskutieren. Grundlage für ein Gespräch mit der Kommission sollte ein bereits im Wesentlichen ausgearbeiteter Notifizierungsantrag sein, der im Idealfall aufgrund der Erkenntnisse aus dem Gespräch ohne größeren Aufwand nachjustiert werden kann. Daher sollten bereits im Vorfeld des Gesprächs die erforderlichen ökonomischen und juristischen Analysen und der Notifizierungsantrag (bestehend aus Projektdarstellung und Würdigung) im Entwurf erarbeitet werden.

Der – bei Bedarf anhand der Erkenntnisse aus dem Prä-Notifizierungsgespräch überarbeitete – und zwischen den Beteiligten abgestimmte endgültige Notifizierungsantrag wird daraufhin durch den Bund über seine Vertretung in Brüssel bei der EU-Kommission eingereicht. Mit diesem Schritt beginnt die eigentliche **Notifizierung**. Die Kommission leitet ein **vorläufiges Prüfverfahren** (Art. 4 VVO) ein, indem sie auf der Basis der Anmeldung das Vorliegen einer Beihilfe und ggf. die Vereinbarkeit der beabsichtigten Beihilfen mit dem Binnenmarkt (Rechtfertigung) prüft. Erfahrungsgemäß kommt es im vorläufigen Prüfverfahren zu ein bis zwei **Fragerunden** auf Seiten der EU-Kommission (Art. 5 VVO). Die entsprechenden Fragenlisten werden von der Kommission ebenfalls an die Vertretung der Bundesrepublik bei der EU-Kommission gesendet, welche sie wiederum über das zuständige Referat auf Bundesebene an die eigentlichen Beteiligten weiterleitet. Die Beantwortung erfolgt in Abstimmung mit dem Bund ebenfalls auf diesem Wege. Falls sie die Vereinbarkeit bejaht, kann die Kommission bereits nach dem vorläufigen Prüfverfahren eine Genehmigungsentscheidung erlassen.

Kommt die Kommission dagegen zu dem Schluss, dass sie auf Basis ihrer Erkenntnisse aus dem vorläufigen Prüfverfahren ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt hat und diese Zweifel auch durch die Fragerunden nicht ausgeräumt werden konnten, kann sie ein **förmliches Prüfverfahren** (Art. 6 VVO) eröffnen. Dieses Verfahren dient der vertieften Prüfung der geplanten Beihilfe unter Einbeziehung der Auffassungen Dritter. Die Kommission veröffentlicht dazu im EU-Amtsblatt den Eröffnungsbeschluss, der auch ihre vorläufige Einschätzung beinhaltet, und fordert andere EU-Mitgliedstaaten sowie Wettbewerber des Beihilfenempfängers auf, zum Verfahren Stellung zu nehmen. In dieser Phase kann die Kommission ebenfalls weitere Fragen an den Mitgliedstaat richten und diesen zur Vorlage ergänzender Informationen auffordern. Am Ende des förmlichen Prüfverfahrens steht entweder eine – ggf. mit Auflagen versehene – Genehmigungsentcheidung oder eine Negativentscheidung, mit der die Unvereinbarkeit der geplanten Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wird.

Gegen die Entscheidungen der EU-Kommission ist gemäß Art. 263 AEUV **Rechtsschutz** durch Klage beim EuGH möglich. Klageberechtigt sind grundsätzlich die Mitgliedstaaten, die Adressaten dieser Entscheidungen sind. Daneben kann aber auch der Beteiligte eine entsprechende Klage erheben, da er durch eine (Negativ-) Entscheidung im Sinne von Art. 263 AEUV unmittelbar und individuell betroffen ist.

Die Kommission kann Verfahren zur Ermittlung von **Verstößen gegen die Notifizierungspflicht** gemäß Art. 12 Abs. 1 VVO zum einen aufgrund eigener Erkenntnisse aufnehmen, die sie etwa durch Eingaben aus der Bevölkerung erhalten hat (ex officio-Ermittlungen). Zum anderen können Wettbewerber eines mutmaßlich rechtswidrig begünstigten Unternehmens gemäß Art. 24 Abs. 2 VVO eine förmliche Beschwerde bei der Kommission einreichen; die Kommission ist in diesem Fall verpflichtet, der Beschwerde nachzugehen. Zu Beginn ihrer Ermittlungen legt sie dem jeweiligen Mitgliedstaat ihre Erkenntnisse bzw. die eingegangene Beschwerde vor und fordert diesen auf, dazu Stellung zu nehmen. Kann der Mitgliedstaat die Verdachtsmomente ausräumen, kann das Verfahren durch die Kommission eingestellt werden. Anderenfalls folgen die Verfahrensstufen wie bei einer Notifizierung, d. h. es wird zunächst ein vorläufiges Prüfverfahren eingeleitet, ggf. zu einem späteren Zeitpunkt ein förmliches Prüfverfahren. Bereits während des laufenden Prüfverfahrens kann die Kommission nach Maßgabe von Art. 13 VVO eine Anordnung zur Aussetzung der betreffenden Beihilfe bzw. zur vorläufigen Rückforderung bereits gewährter Mittel treffen. Kommt der Mitgliedstaat einer Aussetzungs- oder Rückforderungsanordnung nicht nach, kann die Kommission den EuGH anrufen (Art. 14 VVO).

b) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht

Formelle und materielle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe

Der Verstoß gegen das Gebot, tatbestandliche Beihilfen *vor* ihrer Gewährung bei der EU-Kommission zu notifizieren, führt dazu, dass die jeweilige Beihilfe formell **rechtswidrig** ist. Diese formelle Rechtswidrigkeit folgt allein aus der Missachtung von Art. 108 Abs. 3 AEUV und betrifft nicht die Frage, ob die Beihilfe ggf. von der Kommission genehmigt werden könnte, weil sie mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. (Auch) materiell rechtswidrig ist eine Beihilfe dagegen, wenn sie nicht genehmigt werden kann, weil ihre negativen Auswirkungen auf den Binnenmarkt zu groß sind. Bereits ein behaupteter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht ermächtigt die Kommission zur Einleitung des vorstehend beschriebenen Prüfverfahrens. Neben diesen Folgen auf EU-Ebene ergeben sich aber auch aus nationalem Recht bestimmte Konsequenzen. Denn die Rückforderung unionsrechtswidrig gezahlter Beihilfen richtet sich grundsätzlich nach dem nationalen Recht, das aber unionsrechtskonform auszulegen und anzuwenden ist.

Rechtsfolgen nach deutschem Zivil- und Wettbewerbsrecht

Ist eine unter Verstoß gegen das Notifizierungsgebot gewährte Beihilfe nach der Rechtsprechung des EuGH als rechtswidrig anzusehen, geht die deutsche Rechtsprechung darüber hinaus. Nach der bisherigen Entscheidungspraxis des BGH sind formell rechtswidrige

Beihilfemaßnahmen nicht bloß unwirksam, sondern gelten mit Blick auf die Regelung in § 134 BGB („Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“) als **nichtig**. Dies bedeutet, dass etwa ein Vertrag zwischen öffentlicher Hand und Privaten, der ein nicht notifiziertes Beihilfenelement beinhaltet, so zu behandeln ist, als sei er nie abgeschlossen worden. Damit ist die Zahlung der Beihilfe an den Empfänger ohne Rechtsgrundlage erfolgt, was dazu führt, dass nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) der gezahlte Betrag verzinst zurückzuführen ist.

Neben dem allgemeinen Zivilrecht drohen auch aus **wettbewerbsrechtlicher** Sicht Probleme. In der ständigen Rechtsprechung des BGH ist mittlerweile durchentschieden, dass sich Wettbewerber des Empfängers einer nicht notifizierten Beihilfe auf die formelle Rechtswidrigkeit der Maßnahme zu ihren Gunsten berufen können. Diesen Unternehmen steht damit das gesamte Instrumentarium wettbewerbsrechtlicher Ansprüche zur Verfügung: Im ersten Schritt können Ansprüche auf Auskunft über die genaue Ausgestaltung der Beihilfe geltend gemacht werden. Die so gewonnenen Erkenntnisse können Wettbewerber dann einsetzen, um bereits gewährte Beihilfen rückgängig zu machen (Beseitigungsanspruch) und zukünftige Gewährungen verhindern zu lassen (Unterlassungsanspruch). Schließlich kommt auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Betracht, soweit der Wettbewerber nachweisen kann, ▶

- ▶ dass ihm durch die öffentliche Finanzierung des Beihilfenempfängers ein wirtschaftlicher Nachteil entstanden ist. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 21. November 2013, C-284/12 – Lufthansa ./ Flughafen Frankfurt-Hahn) kommen diese wettbewerbsrechtlichen Ansprüche bereits in Betracht, wenn die Kommission ein Prüfverfahren nur eröffnet hat, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem weder die formelle noch die materielle Rechtswidrigkeit einer bestimmten Maßnahme abschließend feststeht.

Strafrechtliche Rechtsfolgen

Auch strafrechtliche Weiterungen sind grundsätzlich denkbar. Auf Seiten des Beihilfenempfängers kann hier insbesondere der Tatbestand des Subventionsbetruges (§ 264 StGB) relevant werden. Entsprechende Verfahren richten sich gegen die handelnden Personen im jeweiligen Unternehmen, also zumindest die Geschäftsführung, aber auch andere Personen entlang der gesamten unternehmensinternen Mitwirkungskette. Das Unternehmen selbst kann mit einer Geldbuße gemäß § 30 OWiG belangt werden. Hinsichtlich der handelnden Personen beim Subventionsgeber kommen im Falle der unrichtigen Verwendung öffentlicher Mittel neben disziplinarrechtlichen Maßnahmen insbesondere Untreuestraftaten (§ 266 StGB) zulasten der öffentlichen Hand in Betracht.

Rechtsfolgen nach deutschem Verwaltungsrecht

Viele Beihilfen werden nicht auf zivilrechtlicher Basis gewährt, sondern auf Grundlage eines entsprechenden Verwaltungsaktes (Zu-

wendungsbescheid). Auch auf den Bestand dieser Bescheide hat ein Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV Auswirkungen. Der Verstoß führt nach ständiger Entscheidungspraxis dazu, dass der Zuwendungsbescheid als rechtswidrig gilt. Damit unterliegt er den Rücknahmemöglichkeiten des § 48 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) bzw. der entsprechenden Regelung im Landesrecht (in Baden-Württemberg: § 48 LVwVfG). Der Bescheid ist bei Verstößen gegen die Notifizierungspflicht regelmäßig auch mit Wirkung für die Vergangenheit **zurückzunehmen**, da die Beihilfe ohne vorherige Notifizierung eben von Anfang an rechtswidrig war. Wird der Bescheid in diesem Umfang zurückgenommen, sind die bereits gewährten Mittel (Beihilfen) gemäß § 49a Abs. 1 LVwVfG zu erstatten, die Behörde setzt die Rückzahlung mit einem Rückforderungsbescheid gegenüber dem Beihilfenempfänger fest. Der Rückzahlungsbetrag ist nach der Vorgabe in § 49a Abs. 3 LVwVfG ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Unwirksamkeit zu verzinsen.

Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts

Wie zu Beginn dieses Bandes dargestellt, kommt dem EU-Recht gegenüber nationalem Recht ein Anwendungsvorrang zu, es verdrängt das nationale Recht, soweit es in Widerspruch zu EU-Recht steht. Daher sind auch die deutschen Rechtsvorschriften über die Aufhebung unionsrechtswidrig gewährter Beihilfen im Lichte der EU-Vorgaben auszulegen. Konkret betrifft das die im Zivil- und Verwaltungsrecht normierten Restriktionen, die eine Rückforde- ▶

- ▶ rung zu Unrecht gezahlter Beträge im Einzelfall ausschließen bzw. erschweren können. So ist in rein innerstaatlichen Fällen die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 48 Abs. 2 LVwVfG nur unter Berücksichtigung des schutzwürdigen Vertrauens des Leistungsempfängers möglich; § 48 Abs. 4 LVwVfG normiert eine Rücknahmefrist von einem Jahr ab Kenntnis der Behörde vom Eintritt der Rücknahmevoraussetzungen. Daneben besteht sowohl im Zivilrecht wie auch im Verwaltungsrecht (hier gemäß § 49a Abs. 2 Satz 1 LVwVfG) die Möglichkeit des Leistungsempfängers, den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB geltend zu machen. Danach ist eine Rückzahlung ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht mehr über die gewährten Mittel verfügt. Zu diesen deutschen Regelungen hat der EuGH bereits 1983 eine wegweisende Entscheidung getroffen (EuGH, Urteil vom 21. September 1983, 205/82 – Deutsche Milchkontor). Danach richtet sich das Rückforderungsverfahren bzgl. rechtswidrig gewährter Beihilfen nach nationalem Recht, das EU-Recht steht danach den vorstehend genannten Grundsätzen zwar nicht grundsätzlich entgegen. Ihre Anwendung darf jedoch nicht dazu führen, dass die Rückforderung einer unionsrechtswidrigen Beihilfe verhindert wird. Es gilt der Grundsatz des „**effet utile**“ bzgl. des EU-Rechts, für dessen effektive Durchsetzung die Mitgliedstaaten verantwortlich sind. Danach ist davon auszugehen, dass bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen Aspekte des **Vertrauensschutzes** und einer eventuellen Verfristung von Rückforderungsansprüchen der Verwaltung im Regelfall keine Rolle spielen.

Bilanzielle Abbildung beihilfenrechtlicher Risiken

Da (formell und/oder materiell) rechtswidrige Beihilfen wie soeben dargestellt potenziell der Rückforderung unterliegen, stellt sich die Frage, wie solche Risiken im Jahresabschluss von Beihilfengeber und -empfänger abzubilden sind. Diese Frage ist insbesondere für die Leitungsorgane auf beiden Seiten relevant: Die Geschäftsführer etwa einer Eigengesellschaft der öffentlichen Hand sind für die **ordnungsgemäße Erstellung des Jahresabschlusses** den Gesellschaftern gegenüber verantwortlich; bei Pflichtverletzungen drohen entsprechende Haftungsansprüche (z. B. nach § 43 Abs. 2 GmbHG). Auf Seiten der öffentlichen Hand selbst sind die leitenden Personen an die haushaltsrechtlichen Pflichten zur ordnungsgemäßen Mittelverwendung gebunden. Verstöße können auch hier mit (z. B. disziplinarrechtlichen) Sanktionen geahndet werden.

Da bis zur abschließenden Entscheidung der EU-Kommission über die Rechtmäßigkeit einer gewährten Beihilfe deren Einordnung nicht abschließend feststeht, ist auch die Rückzahlungsverpflichtung bis zu diesem Zeitpunkt unsicher. Sie hat damit auf der Seite des Empfängers den Charakter einer ungewissen Verbindlichkeit, für die gemäß § 249 Abs. 1 HGB eine **Rückstellung** zu bilden ist. Dies gilt jedenfalls, soweit bei sachgerechter Beurteilung durch die Geschäftsführung die Inanspruchnahme auf Rückzahlung wahrscheinlicher ist als die Nichtinanspruchnahme. Auf der Geberseite ist im Stadium vor abschließender Entscheidung der Kommission dagegen regelmäßig keine bilanzielle Abbildung erforderlich. ▶

- ▶ Erst mit Geltendmachung einer Rückforderung (auf zivil- oder verwaltungsrechtlichem Weg) ist eine entsprechende Forderung in der Bilanz zu bilden.

7. VERANSCHAULICHUNG DER RECHTFERTIGUNGSSYSTEMATIK AM BEISPIEL INFRASTRUKTUR

DER INHALT IM ÜBERBLICK

Der nachfolgende Abschnitt stellt im Anschluss an die dafür geltenden Grundsätze die konkrete Vorgehensweise im Rahmen der beihilfenrechtlichen Beurteilung von Infrastrukturfinanzierungsmaßnahmen dar. Siehe dazu auch den 2016 erscheinenden Spezial-Leitfaden.

a) Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf die öffentliche Finanzierung von Infrastruktur

Lange Zeit ging die Praxis – gestützt auch auf Äußerungen der EU-Kommission – davon aus, dass die Errichtung von Infrastruktur wirtschaftlich **neutral** und insoweit keine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne des Beihilfenrechts sei. Staatliche Finanzierungen wurden daher in der Regel nicht als beihilfenrechtlich relevante Maßnahmen behandelt. Diese Einordnung hat die EU-Rechtsprechung allerdings bereits im Jahr 2000 zumindest für Flughäfen abgelehnt (EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2000, C-82/01 P – Aéroports de Paris). Seit den Urteilen in der Rechtssache Flughafen Leipzig-Halle

(EuG, Urteil vom 24. März 2011, T-443/08, EuGH, Urteil vom 19.12.2012, C-288/11 P) gilt der allgemeine Grundsatz, dass die **Errichtung von Infrastruktur** nicht von deren späterer **Nutzung** getrennt betrachtet werden kann. Mit anderen Worten: Wird eine Infrastruktur später wirtschaftlich genutzt, ist auch ihre Errichtung eine wirtschaftliche Tätigkeit, die Finanzierung ist damit an beihilfenrechtlichen Maßstäben zu messen. Dabei ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu nicht wirtschaftlich genutzter Infrastruktur, für deren Finanzierung das Beihilfenrecht nicht gilt. Die Kommissionspraxis unterscheidet dabei nach den Nutzungsarten:

- Infrastruktur, die **rein hoheitlichen Aufgaben** dient, ist beihilfenrechtlich weiterhin unbeachtlich. Dies betrifft etwa Gebäude für Zoll-, Polizei- oder andere unmittelbare Hoheitsaufgaben. Soweit solche Infrastrukturen allerdings eine „intrinsische“ (im Sinne einer Unteilbarkeit) Verbindung mit einem wirtschaftlich genutzten Teil einer Infrastruktur aufweisen, sollen sie ebenfalls als wirtschaftlich eingestuft werden.
- Werden Infrastrukturen **gegen Entgelt** zur Verfügung gestellt, sind diese zweifellos als wirtschaftlich einzuordnen. Als wirtschaftlich gelten danach z. B. Landebahnen von Verkehrsflughäfen oder Kaianlagen bei Häfen.

Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Infrastrukturen kann im Einzelfall durchaus Probleme berei- ▶

- ▶ ten. Noch komplexer wird die Abgrenzung, wenn wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Nutzungen innerhalb einer Infrastruktur zusammentreffen. Die Kommission betont, dass bei gemischter Nutzung nur der wirtschaftlich genutzte Teil einer Infrastruktur in den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts fällt. Können Kosten und Einnahmen der wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Teile einer Infrastruktur voneinander getrennt werden, ist das Beihilfenrecht also nur insoweit zu beachten, als durch die staatliche Finanzierung der wirtschaftliche Teil betroffen ist. Soweit eine Infrastruktur fast ausschließlich für eine nicht wirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, ist es laut EU-Kommission auch denkbar, sie insgesamt als nicht wirtschaftlich einzuordnen. Voraussetzung hierfür ist, dass die wirtschaftliche Nutzung eine reine **Nebentätigkeit** der nicht wirtschaftlichen Haupttätigkeit darstellt, die Kommission spricht hier von einem maximalen Anteil von 15 Prozent an der Gesamtkapazität der jeweiligen Infrastruktur. Bei gemischt genutzten Infrastrukturen müssen also nicht nur die Kosten und Einnahmen der Nutzungen (Vollkostenrechnung) sauber getrennt werden, sondern es ist erforderlich, durch eine Kapazitäts- und Nutzungsanalyse die einzelnen Nutzungsanteile zu ermitteln.

Jedenfalls soweit eine Infrastruktur wirtschaftlich genutzt und diese Infrastruktur durch staatliche Mittel (etwa Investitionszuschüsse, vergünstigte Darlehen oder Bürgschaften) finanziert wird, muss die Finanzierung nach aktuellem Stand – soweit nicht freigestellt – bei der Kommission angemeldet und von dieser auf ihre

Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt geprüft werden. Im Rahmen der **Vereinbarkeitsprüfung** untersucht die Kommission gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV die folgenden Aspekte:

- Wird mit der staatlichen Maßnahme ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt?
- Finanzielle Analyse: Ist die Maßnahme zur Zielerreichung erforderlich, geeignet und verhältnismäßig (d. h. auf den nachgewiesenen Bedarf beschränkt)?
- Hat die Maßnahme einen Anreizeffekt, das heißt, führt sie zur Umsetzung eines Projekts, das ohne staatliche Unterstützung nicht umgesetzt worden wäre?
- Wettbewerbliche Analyse: Überwiegen die positiven Effekte der Maßnahme die negativen Aspekte?

b) Prüfungsschwerpunkt: Ermittlung der Finanzierungslücke

Ein Prüfungsschwerpunkt der Kommission liegt auf der Ermittlung der beihilfenrechtlich relevanten **Finanzierungslücke** (funding gap), um die Erforderlichkeit, den Anreizeffekt und insbesondere die Angemessenheit der staatlichen Finanzierung zu untersuchen. Die Ermittlung der Finanzierungslücke erfolgt mittels einer Nettobarwertrechnung. Dabei wird in einem ersten Schritt der Barwert des Nettocashflows (Einzahlungen minus Auszahlungen) aus einem Projekt (z. B. einer Investition in Hafeninfrastuktur) ermittelt. Grundsätzlich sollte der Betrachtungszeitraum die wirtschaftliche Nutzungsdauer der Anlageninvestition umfassen, im Bereich von ▶

- ▶ z. B. Hafeninfrastrukturen werden in der Regel 25 Jahre zugrunde gelegt. Eine über diesen Zeitraum hinausgehende Nutzungsdauer wird gegebenenfalls über den Ansatz eines Restwerts (residual value) zum Ende des Planungszeitraums berücksichtigt. Als Auszahlungen werden die Investitionsausgaben (investment costs) sowie die zahlungswirksamen Betriebsausgaben ohne Abschreibungen (operating costs) berücksichtigt. Als Einzahlungen werden die mit dem Projekt erzielbaren Umsätze, etwa aus Konzessionsentgelten, angesetzt. Der verwendete Abzinsungssatz soll die Kapitalkosten des Unternehmens bzw. die in der Branche erwartete risikoadäquate **Kapitalrendite** spiegeln. In der Regel wird der gewichtete durchschnittliche Kapitalkostensatz (weighted average cost of capital – WACC) herangezogen.

Diese Rechnung ergibt den finanziellen **Nettogegenwartswert** eines Projekts (financial net present value – FNPV)². Ist der Nettogegenwartswert des Investitionsvorhabens nicht ausreichend positiv oder sogar negativ, zeigt dies, dass die Einnahmen aus dem Projekt die Investitions- und Betriebsausgaben nicht decken werden. Die Investition würde also ohne staatliche Unterstützung nicht vorgenommen, da sie nicht rentabel ist. Damit sind die Erforderlichkeit und der Anreizeffekt der Beihilfe nachgewiesen.

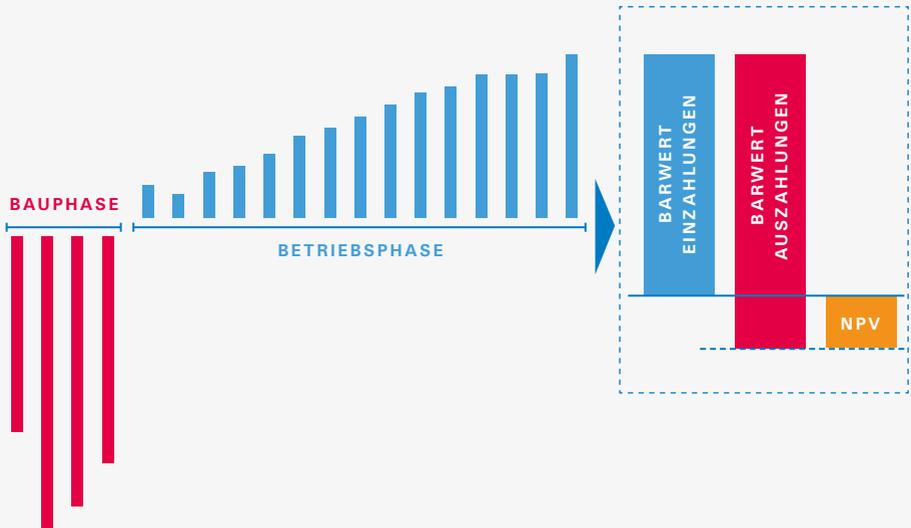
2

Dieser wird nach folgender Formel berechnet:

$$\text{FNPV} = \sum_{t=0}^T \frac{\text{Nettocashflow}}{(1+WACC)^t}$$

BERECHNUNG DER FINANZIERUNGSLÜCKE

NETTO-CASHFLOWS

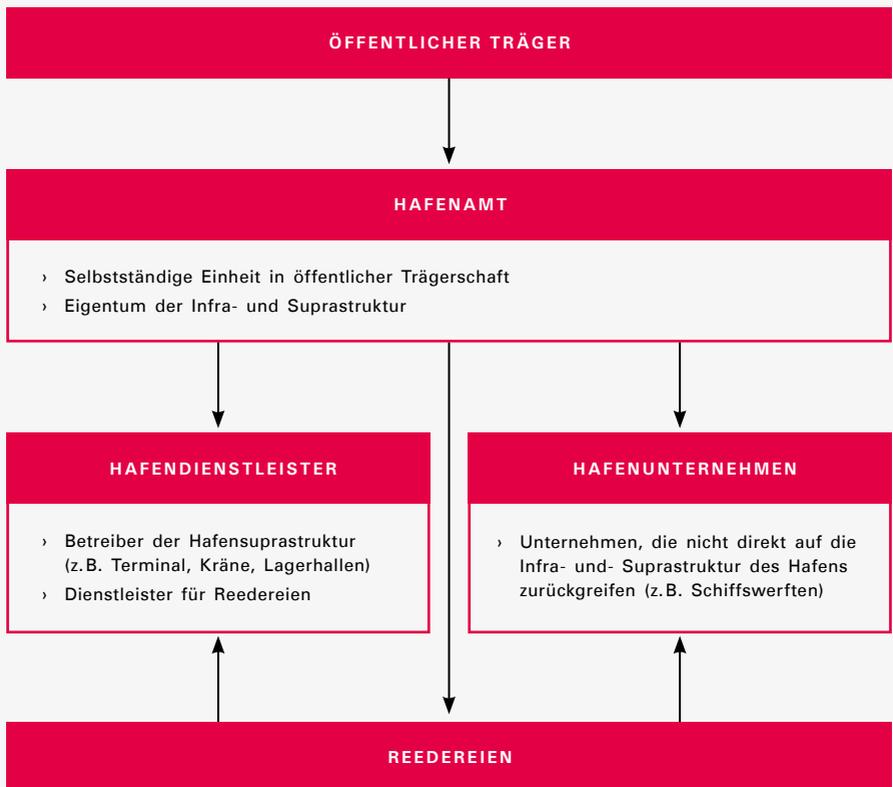


Im zweiten Schritt wird das Verhältnis dieses (negativen) Nettogegenwartswerts zu den abgezinnten Investitionsausgaben des Projekts berechnet. Das Ergebnis wird als in Prozent ausgedrückte **Finanzierungslücke** (funding gap ratio – FGR) bezeichnet. Die staatlichen Beihilfen – zum Beispiel ein Zuschuss – dürfen diese Finanzierungslücke zzgl. eines angemessenen Betriebsgewinnes nicht überschreiten, damit die Angemessenheit und die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben. Die FGR bildet damit die maximal zulässige Beihilfenintensität ab.

c) Beihilfenrechtliche Prüfung auf drei Ebenen

Infrastrukturen werden regelmäßig – zumindest ab einer gewissen Größenordnung – in einer mehrstufigen Organisation durch unterschiedliche Unternehmen errichtet bzw. betrieben. Beispielhaft lässt sich dies anhand von Hafenbetrieben darstellen, die in Kontinentaleuropa üblicherweise im sogenannten „**Landlord-Modell**“ organisiert sind. Dabei liegt das Eigentum an den Hafenanlagen bei der öffentlichen Hand oder einer zu ihr gehörenden Gesellschaft (Port Authority). Der eigentliche Umschlagbetrieb wird von rechtlich getrennten Einheiten auf Basis von Pachtverträgen und/oder Konzessionen durchgeführt. An diesen Hafendienstleistern sind in der Regel private Investoren beteiligt, oder es handelt sich dabei um reine Privatunternehmen. Nur diese Betreiberunternehmen treten in geschäftliche Beziehungen zu den Endkunden des Hafens ein und erheben etwa von Reedereien Entgelte für die Nutzung der Hafenanlagen und ggf. für Dienstleistungen.

Im Rahmen von Infrastrukturinvestitionen sind nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und der Fallpraxis der EU-Kommission die Tatbestandsmerkmale der staatlichen Beihilfe und gegebenenfalls die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt auf **allen** vorgenannten Ebenen zu prüfen. In der Entscheidungspraxis der Kommission zeigt sich, dass die Ebenen der Leistungserbringung (Betreiber, Nutzer, Eigentümer) klar unterschieden und einzeln nacheinander geprüft werden. Zwar nimmt die Kommission alle Ebenen in den Blick, ihr Prüfungsschwerpunkt liegt aber ▶

**BEISPIELHAFTES STRUKTUR EINES HAFENBETRIEBES IM
"LANDLORD-MODELL"**

PACHTZINSEN, HAFENNUTZUNGSENTGELTE, KONZESSIONSENTGELTE

- ▶ auf der Eigentümerebene und den dort vorgenommenen Finanzierungsmaßnahmen.

Auf **Ebene des Betreibers** achtet die Kommission in jüngeren Entscheidungen darauf, dass dieser in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren (d. h. im Regelfall durch öffentliche Ausschreibung) ermittelt wurde. Das so ermittelte Konzessionsentgelt des Betreibers an den Eigentümer gilt aus Sicht der Kommission grundsätzlich als beihilfenfrei. Flankierend zieht die Kommission in einigen Entscheidungen ein Benchmark für vergleichbare Konzessionsentgelte heran. Ob das Entgelt die Investitionskosten des Eigentümers refinanzieren kann, wird in den Entscheidungen dagegen in der Regel nicht diskutiert.

Ähnliches gilt für die **Nutzerebene**. Hier kommt es der Kommission ebenfalls darauf an, dass durch die Entgelte und die Bedingungen der Nutzung kein potenzieller Interessent bevorzugt oder benachteiligt wird. Die Nutzungsbedingungen müssen daher allen interessierten Nutzern einen offenen und gleichberechtigten Zugang zur jeweiligen Infrastruktur gestatten, die Entgelte müssen in allgemeingültiger Form (Benutzungstarif) festgelegt werden. Ist dies der Fall, geht die Kommission auch auf dieser Ebene von Beihilfenfreiheit aus; auch hier wird regelmäßig nicht geprüft, ob die Entgelte kostendeckend sind.

Diese Einordnung auf Betreiber- und Nutzerebene setzt jedoch eine beihilfenrechtliche Legitimation auf der Eigentümerebene voraus. Denn bei einem Verstoß auf der **Eigentümerebene** sind nach Auffassung der Kommission unter Umständen auch die nachgelagerten Betreiber- und Nutzerebenen von diesem betroffen. Hierfür kommt die vorstehend unter b) beschriebene Methodik zur Anwendung.

Für eine vertiefte Betrachtung des EU-Beihilfenrechts sei auf die im Lauf des Jahres 2016 folgenden Spezial-Leitfäden verwiesen.

IMPRESSUM

HERAUSGEBER

**Ministerium für Finanzen und
Wirtschaft Baden-Württemberg**

Neues Schloss, Schlossplatz 4
70173 Stuttgart

Tel.: +49 (0) 711 123-0
Fax: +49 (0) 711 123-4791

poststelle@mfw.bwl.de
www.mfw.baden-wuerttemberg.de

KONZEPTION

**Ministerium für Finanzen
und Wirtschaft
Referat Finanz- und
Wirtschaftspolitik
in Europa**

EU-Beihilfe@mfw.bwl.de
**www.mfw.baden-
wuerttemberg.de/eu-
beihilfenrecht**

GESTALTUNG

Südsolutions GmbH

Vogelsangstraße 22A
70176 Stuttgart
Tel.: +49 (0) 711 566 16001
mail@suedsolutions.de
www.suedsolutions.de

DRUCK

Flyeralarm GmbH

Wagenburgstraße 72
70184 Stuttgart

AUTOR

**PricewaterhouseCoopers Legal
AG Rechtsanwalts-gesellschaft**

Rechtsanwalt
Jan Philipp Otter LL.M.

Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart

Tel.: +49 (0) 40 6378 2357

jan.philipp.otter@de.pwc.com
www.pwclegal.de

STAND

Februar 2016

Der Leitfaden zum EU-
Beihilfenrecht steht auch zum
Download unter:
www.mfw.baden-wuerttemberg.de
im Servicebereich zur Verfügung.

Er kann bezogen werden beim:

Ministerium für Finanzen und
Wirtschaft Baden-Württemberg,
Presse- und Öffentlichkeitsarbeit

Schlossplatz 4
70173 Stuttgart

Fax: +49 (0) 711 123-4804

pressestelle@mfw.bwl.de

COPYRIGHT

© 2016, Ministerium für Finanzen
und Wirtschaft Baden-Württemberg

VERTEILERHINWEIS

Diese Informationsschrift wird von der Landesregierung Baden-Württemberg im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Verpflichtung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit herausgegeben. Sie darf während eines Wahlkampfes weder von Parteien noch von deren Kandidaten und Kandidatinnen oder Hilfskräften zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für alle Wahlen.

Missbräuchlich sind insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel.

Untersagt ist auch die Weitergabe an Dritte zur Verwendung bei der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf die vorliegende Druckschrift nicht so verwendet werden, dass dies als Parteinarbeit des Herausgebers bzw. der Herausgeberin zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Diese Beschränkungen gelten unabhängig davon, auf welchem Wege und in welcher Anzahl diese Informationsschrift verbreitet wurde.

Erlaubt ist es jedoch den Parteien, diese Informationsschrift zur Unterrichtung ihrer Mitglieder zu verwenden.

