



Rheinland-Pfalz

MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Handreichung zum Europäischen Beihilferecht





Geleitwort des Ministers für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz:

Das Land Rheinland-Pfalz, in der Mitte der europäischen Union gelegen, ist ein attraktiver Standort für international wettbewerbsfähige und damit erfolgreiche Unternehmen. Unsere Wirtschaft ist sowohl durch leistungsfähige große als auch durch eine Vielzahl von innovativen kleinen und mittelständischen Unternehmen geprägt. Sie sind die Garanten für Wertschöpfung in der Region, die Sicherung und Entstehung von hochwertigen Arbeits- und Ausbildungsplätzen sowie für Forschung und Innovation in unserem Bundesland. Rheinland-Pfalz hat mit knapp 60 % die höchste Exportquote unter den deutschen Flächenländern. Unsere Wirtschafts- und Handelsbeziehungen innerhalb der Europäischen Union mit einem Anteil am Außenhandel von etwa 65 % sind hierbei eine entscheidende Säule unserer Exportstärke. Rheinland-Pfalz, die Unternehmen in unserem Land, die Beschäftigten sowie die Konsumenten profitieren in hohem Maße von den Vorzügen des europäischen Binnenmarktes mit seinen fairen Wettbewerbsbedingungen. Der europäische Binnenmarkt ist eine Grundvoraussetzung für den Wohlstand und die soziale Sicherheit in Deutschland und in Rheinland-Pfalz. Ein fairer und ausgewogener Wettbewerb zwischen den Unternehmen ist ein zentraler Bestandteil einer freien Marktordnung. Der Wettbewerb war und bleibt die treibende Kraft für Innovationen, neue Produkte und neue Dienstleistungen. Er motiviert und wirkt animierend, wenn es darum geht wesentliche Verbesserungen in bestehenden Produkten und Herstellungsverfahren einzuführen. Damit die positiven Kräfte des Wettbewerbs wirkungsvoll bleiben und damit Arbeitsplätze sowie Wohlstand in Europa sichern, bedarf es europaweit einer Marktordnung mit Rahmenbedingungen, die den fairen Wettbewerb schützen und die gerade auch zum Wohl kleiner und mittlerer Unternehmen einzuhalten sind. Ein wichtiger Bestandteil einer solchen Marktordnung ist das Europäische Beihilferecht.

Die Europäische Kommission überwacht die kohärente Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften innerhalb der Europäischen Union. Die Erweiterung der sogenannten Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung als Herzstück des beihilferechtlichen Modernisierungsprozesses ist mit mehr Flexibilität und Vereinfachungen für die öffentlichen Stellen verbunden. Die Ergebnisse der Modernisierung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung haben klarere Regelungen geschaffen, um Beihilferecht in der Praxis handhabbarer zu machen und im europäischen Interesse liegende Handlungsspielräume auszufüllen. Bei der Gestaltung von Maßnahmen öffentlicher Stellen ist es wichtig diese Handlungsspielräume zu kennen, um sie im Einklang mit dem Europäischen



Beihilferecht nutzen zu können. Das Gleiche gilt auch für die rechtssichere Betrauung und Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge. Diese Dienste werden zum Wohle der Bevölkerung im öffentlichen Interesse erbracht. Ihre zuverlässige Erbringung ist für den sozialen und territorialen Zusammenhalt von besonderer Bedeutung. Soweit es sich hierbei um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, genießen sie auch im beihilferechtlichen Kontext eine besondere Stellung, die sich etwa in den Regelungen des sogenannten DAWI-Paketes widerspiegelt.

Mit dem vorliegenden Leitfaden möchte mein Ministerium einen Beitrag zum besseren Verständnis und zur Anwendung der aktuellen beihilferechtlichen Vorschriften leisten. Viele Fragen zum Begriff der Beihilfe, zur Anwendung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung sowie der De-minimis-Verordnung sowie zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beschäftigen regelmäßig die Anwender auf allen Ebenen staatlicher Verwaltung.

Ich bin mir sicher, dass Sie in der vorliegenden Veröffentlichung Antworten auf viele Ihrer Fragen finden werden und freue mich, wenn Sie Ihnen bei der Auseinandersetzung mit dieser durchaus komplexen aber auch spannenden Rechtsmaterie eine hilfreiche Unterstützung bietet.

Dr. Volker Wissing

Minister für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau sowie stellvertretender Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz



Geleitwort der Europäischen Kommission:

Ein Europäischer Binnenmarkt mit fairem Wettbewerb ist eine zentrale Voraussetzung für Wohlstand und Innovationskraft in der Europäischen Union. Aufgabe des EU-Beihilferechts ist es den fairen Wettbewerb zu schützen und zu bewahren. Ausgangspunkt ist die Gefahr, dass die Gewährung wirtschaftlicher Vorteile durch den Staat zugunsten einzelner Unternehmen den Wettbewerb verfälscht und zu Fehlanreizen bei Unternehmen führt, ihre Innovationskraft schwächt und die Wettbewerbsfähigkeit und Arbeitsplätze gefährdet.

Die Beihilfekontrolle obliegt der Europäischen Kommission. Beihilfen, die geeignet sind den Wettbewerb zu verfälschen, sind grundsätzlich untersagt. Die Kommission kann aber insbesondere solche Beihilfen genehmigen, die auf die Beseitigung eines Marktversagens und die Erreichung von Zielen von gemeinsamen europäischem Interesse ausgerichtet sind und den Wettbewerb nur möglichst geringfügig verzerren („gute Beihilfen“). Das Gleiche gilt für notwendige und transparente Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die mit Aufgaben der Daseinsvorsorge, den sogenannten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) betraut sind.

2012 konstatierte die Kommission, dass die Komplexität der materiellen Beihilfenvorschriften sowie des Verfahrensrahmens, der für kleinere und größere Beihilfesachen gleichermaßen galt, die Beihilfekontrolle vor besondere Herausforderungen stellte. Vor diesem Hintergrund und mit dem Ziel, die Ex-ante-Prüfung auf große mit besonderer Beihilferelevanz behaftete Fälle zu konzentrieren, nahm die Kommission 2014 eine tiefgreifende Modernisierung des EU-Beihilferechts vor. Im Zuge dieser Modernisierung hat die Kommission ihre Erfahrungen aus den zurückliegenden Jahrzehnten genutzt, um unter anderem eine Vielzahl „guter Beihilfen“ zu kategorisieren und in der sogenannten Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung die Voraussetzungen allgemeinverbindlich aufzustellen, bei deren Beachtung die Mitgliedstaaten Beihilfen ohne vorherige Genehmigung der Kommission unmittelbar gewähren dürfen. Weiterhin hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe systematisch dargelegt, wann aus ihrer Sicht eine Beihilfe vorliegt und wann – etwa mangels grenzüberschreitender Bedeutung bei rein lokalen Maßnahmen – nicht.

Die Anwendung der neuen Beihilfenvorschriften zeigte rasch Wirkung: mehr als 95% der Beihilfen werden heute auf Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung gewährt. Es erwuchs ein Handlungsspielraum für die Mitgliedstaaten, um Maßnahmen ohne



vorherige Anmeldung bei der Kommission einzuführen. Umgekehrt obliegt den Mitgliedstaaten nun eine stärkere Rolle bei der eigenständigen Prüfung der Beihilferechtskonformität ihrer Maßnahmen.

Die Kommission hat selbst immer wieder wissenschaftliche Veröffentlichungen und praxisbezogene Arbeitsunterlagen initiiert. Es ist erfreulich, dass auch die Mitgliedstaaten verstärkt Engagement im Bereich der Herausgabe solcher Publikationen zeigen. Der vorliegende Leitfaden ist ein gutes Beispiel für eine Veröffentlichung, die sich umfassend mit dem Begriff der Beihilfe und der hierzu ergangenen Entscheidungspraxis der Kommission und der Unionsgerichte auseinandersetzt, die Anwendung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung sowie der DAWI-Vorschriften veranschaulicht und nicht zuletzt die Verfahrensregeln näherbringt.

Der Leitfaden ist eine wertvolle Hilfe für mitgliedstaatliche Stellen, die das EU-Beihilfenrecht täglich anwenden.

Ich wünsche der vorliegenden Veröffentlichung die rege Resonanz, die sie verdient und hoffe, dass ihr weitere Beispiele folgen.

Dr. Karl Soukup

Direktor Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb



Hinweise des Herausgebers

Die vorliegende Veröffentlichung wurde im Rahmen der allgemeinen Informationsarbeit des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau des Landes Rheinland-Pfalz (MWVLW) initiiert und mit Unterstützung eines externen Autorenteam um Herrn Dr. Andreas Rosenfeld, Frau Dr. Simone Lünenbürger und Herrn Dr. Clemens Holtmann von der Rechtsanwaltskanzlei Redeker Sellner Dahs in Brüssel erstellt.

Ziel der Handreichung ist es, insbesondere der kommunalen Ebene, aber auch Bewilligungsstellen des Landes, eine praxisnahe Orientierungshilfe für die beihilferechtliche Bewertung von Finanzierungs- und anderen Fördermaßnahmen zu bieten bzw. diese beihilferechtskonform auszugestalten. Dabei liegt der Schwerpunkt auf solchen Fallkonstellationen, die typischerweise auf der lokalen Ebene auftreten.

Naturgemäß ist Bewilligungsstellen der kommunalen und der Landesebene an einer Durchführung ihrer Projekte ohne eine unter Umständen zeitintensive Einbindung des Bundes und der Europäischen Kommission gelegen. Die Handreichung beleuchtet daher intensiv die Voraussetzungen, unter denen bereits das Bestehen staatlicher Beihilfen ausgeschlossen werden kann oder jedenfalls eine Notifizierung bei der Kommission entbehrlich ist.

Anspruch der Herausgeber und Autoren war es hierbei nicht nur eine möglichst umfassende Darstellung der besonders bedeutsamen beihilferechtlichen Regelungstexte zu erstellen. Darüber hinaus wurde die jeweils einschlägige Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Unionsgerichte detailliert aufbereitet, um dem Leser eine Hilfestellung für die Lösung von Rechtsfragen anzubieten, die sich häufig nicht in der Lektüre der einschlägigen Regelungstexte erschöpft.

Zum leichteren und zielgerichteten Umgang mit dieser Handreichung werden im einführenden Teil I. Hinweise für die Arbeit mit ihr gegeben. Insbesondere soll ein umfangreiches Sachverzeichnis am Ende als Orientierungshilfe dienen und dem Leser ermöglichen, ganz gezielt die für ihn interessanten Passagen aufzufinden. Außerdem enthält die Handreichung „Merksätze“, „Kontrollfragen“, „Praxistipps“, „Fallbeispiele“ und „Exkurse“, die durch eine Umrahmung äußerlich gekennzeichnet sind. Die „Praxistipps“ enthalten u. a. Links zu wichtigen Dokumenten mit Fundstellen bzw. Webadressen oder Ansprechpartnern. Zusätzlich zum Haupttext werden in einer Anlage „EU-Beihilferecht in Zeiten der COVID-19-Pandemie“ im Überblick wichtige – zeitlich befristete –



beihilferechtliche Regelungen dargestellt, die während der Zeit der Pandemie gelten, um den Mitgliedstaaten mehr Spielraum zu geben, die gravierendsten volkswirtschaftlichen Folgen der Pandemie abzufedern.

Die in der Veröffentlichung enthaltenen Informationen wurden mit größter Sorgfalt recherchiert und aufbereitet. Autoren und Herausgeber können jedoch die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Darstellung nicht garantieren. Eine Haftung für etwaige Fehler kann nicht übernommen werden. Insbesondere entbindet die Arbeit mit der Veröffentlichung nicht von der eigenverantwortlichen Prüfung im Einzelfall gegebenenfalls unter zu Hilfenahme rechtlicher Beratung sowie von einer eventuell erforderlichen Notifizierung bei der Kommission.

Alle Rechte an dieser Handreichung liegen beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau.

Die Handreichung darf weder von politischen Parteien noch von ihren Kandidatinnen oder Kandidaten oder sonstigen Personen zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden.

MWVLW, Referat 8305 „Europapolitik, Beihilferecht“

Mainz, im Herbst 2020



Rheinland-Pfalz

MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Ansprechpartner

Eventuelle Rückfragen, Kritik oder Anregungen sind selbstverständlich gerne willkommen und können an folgende Ansprechpartner gerichtet werden:

Herausgeber

Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft
und Weinbau des Landes Rheinland-Pfalz (MWVLW)

Stiftsstr. 9, 55116 Mainz

Referat 8305 „Europapolitik, Beihilferecht“

E-Mail: EU-Referat@mwvlw.rlp.de



Rheinland-Pfalz

MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Autoren

REDEKER | SELLNER | DAHS

Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

172, Av. de Cortenbergh

B-1000 Brüssel

Dr. Andreas Rosenfeld E-Mail: rosenfeld@redeker.de

Dr. Simone Lünenbürger E-Mail: lünenbürger@redeker.de

Dr. Clemens Holtmann E-Mail: holtmann@redeker.de



Inhaltsverzeichnis

I.	Die Arbeit mit dieser Handreichung – Anleitung als Einleitung	13
II.	Der Beihilfetatbestand im Überblick	18
	1. Unternehmen.....	19
	2. Begünstigung	20
	3. Staatliche Mittel.....	23
	4. Selektivität.....	24
	5. Potentielle Wettbewerbsverfälschung	25
	6. Beeinträchtigung grenzüberschreitenden Handels.....	26
	7. Beihilferechtsrelevante Quersubventionierung?.....	28
III.	Der Beihilfetatbestand im Einzelnen.....	31
	1. Unternehmenseigenschaft des Beihilfeempfängers	32
	a) Hoheitliche Befugnisse.....	33
	b) Abgrenzung zum sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrag.....	34
	aa) Soziale Sicherheit und Gesundheitsfürsorge	35
	bb) Bildungsleistungen.....	36
	cc) Wohlfahrtspflege und Gesundheitsfürsorge	42
	dd) Forschung und Lehre in Universitäten und Forschungseinrichtungen	42
	ee) Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes (inklusive Naturschutz)	43
	c) Verbraucherschutz.....	45
	d) Errichtung von Infrastruktur	46
	aa) Infrastruktur zur hoheitlichen Nutzung.....	47
	bb) Straßen, Tunnel, Brücken, inländische Wasserwege und andere Transportinfrastrukturen.....	48
	cc) (Kommunale) Ver- und Entsorgungsnetze und -anlagen	49
	dd) Touristische Infrastruktur	50
	ee) Sport- und Freizeitinfrastrukturen, Schwimmbäder und Multifunktionsarenen	51
	ff) Breitbandinfrastruktur	53



gg) Infrastruktur zur Erfüllung des sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrags.....	53
e) Erschließung und Revitalisierung von Grundstücken	54
f) Beihilferechtswidrige Quersubventionierung wirtschaftlicher Bereiche?	56
2. Begünstigung	61
a) Wirtschaftlicher Vorteil	62
aa) Altmark Trans	62
bb) Ausschluss eines Vorteils durch Wertabschöpfung u. Ä.	63
b) Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	64
aa) Private Investor Test.....	70
bb) Private (Market) Creditor Test.....	73
cc) Private Vendor Test.....	78
dd) Private Guarantor Test und Bürgschaftsmitteilung.....	83
c) Mittelbare Begünstigung.....	91
aa) Nur mittelbare Beihilfe.....	91
bb) Unmittelbare und mittelbare Beihilfen.....	92
d) Unternehmen in Schwierigkeiten	94
aa) Begriff und Voraussetzungen	95
bb) Erfüllung des Beihilfetatbestands als Regelfall?	96
cc) Anforderungen an den Ausschluss eines Beihilfeelements.....	99
dd) Schlussfolgerung.....	100
3. Finanzierung aus staatlichen Mitteln	102
a) Staatliche Mittel	103
b) Zurechenbarkeit zum Staat	107
4. Selektivität.....	109
5. Wettbewerbsverfälschung	115
6. Handelsbeeinträchtigung.....	117
a) Rechtsprechung	117
b) Bisherige Spruchpraxis der Kommission	118
aa) Lokal begrenzter Einzugsbereich für Nutzer.....	118
bb) Überregionale (touristische) Anziehungskraft.....	119



cc) Einbeziehung verschiedener Märkte	123
dd) Grenznähe	125
ee) Hindernis für Investitionen oder die Niederlassung ausländischer Unternehmen.....	126
c) Entscheidungen der Kommission aus April 2015	126
aa) Einzugsbereich mit Blick auf die Nutzer und Kunden.....	127
bb) Investitionen und Niederlassung von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten	129
cc) Die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1	131
dd) Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung.....	135
7. De-minimis-Beihilfen	138
IV. Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen.....	148
1. Ohne Notifizierungserfordernis (AGVO)	149
a) Allgemeine Freistellungsvoraussetzungen	153
aa) Kein Unternehmen in Schwierigkeiten	153
bb) Transparenz.....	153
cc) Anreizeffekt	154
dd) Veröffentlichungs- und Berichtspflichten	155
ee) Kumulierung	157
b) Fallgruppenbezogene Freistellungsvoraussetzungen	158
aa) Investitionsbeihilfen für energieeffiziente Fernwärme und Fernkälte (Art. 46 AGVO).....	159
bb) Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes (Art. 53 AGVO)	161
cc) Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen (Art. 55 AGVO)	164
dd) Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen (Art. 56 AGVO).....	166
ee) Regionale Stadtentwicklungsbeihilfen (Art. 16 AGVO)	168
2. Mit Notifizierungserfordernis: Prüfung der Vereinbarkeit	170
a) Vereinbarkeitsprüfung anhand der primärrechtlichen Maßstäbe	172
b) Der Gesichtspunkt des Marktversagens.....	173
c) Leitlinien als materieller Prüfungsmaßstab	175



d) Vereinbarkeit mit Unionsrecht im Übrigen	176
e) Ermessen und gerichtliche Kontrolle	177
V. Spezifische Fallgruppen (regelungsübergreifende Darstellung)	177
1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI).....	178
a) Definition einer Dienstleistung als DAWI.....	179
b) Die Vorschriften der Kommission für DAWI und ihre Systematik.....	182
c) Die Systematik der DAWI-Vorschriften mit Blick auf die Altmark Trans- Kriterien	185
d) Form eines Betrauungsakts nach nationalem Recht.....	187
aa) Keine europarechtliche Festlegung der Form eines Betrauungsakts	188
bb) Beihilferecht	188
cc) Umsatzsteuerrecht	193
dd) Vergaberecht.....	195
ee) Ertragsteuer.....	197
ff) Ergebnis.....	203
e) DAWI-Freistellungsbeschluss.....	203
aa) Betrauungsakt	205
bb) Ausgleich.....	207
cc) Kontrolle von Überkompensation.....	211
dd) Transparenz sowie Berichts- und Informationspflichten	212
f) DAWI-De-minimis-Verordnung	213
aa) Betrauungsakt	214
bb) Einhaltung des Schwellenwertes: Bruttosubventionsäquivalent und Garantieregelungen	214
cc) Kumulierung	215
dd) Überwachung	216
2. Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV)	216
a) Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen	217
b) Investitionsbeihilfen für den ÖPNV unabhängig von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.....	221
3. Breitbandausbau.....	223
a) Grundsätze	224



b) Altmark Trans-Rspr. und das sog. „DAWI-Paket“	227
c) AGVO.....	231
d) Breitbandleitlinien	231
aa) Beitrag zur Erreichung von Zielen von gemeinsamem Interesse	232
bb) Bestehen eines Marktversagens	232
cc) Eignung des Instruments der staatlichen Beihilfe.....	232
dd) Anreizeffekt der Beihilfe	233
ee) Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum	233
ff) Begrenzte negative Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb...	233
gg) Transparenz.....	234
VI. Beihilfeverfahren.....	234
1. Notifizierungsverfahren (sog. präventives Verfahren)	235
a) Voranmeldung und einvernehmliche Planung.....	237
b) Vorläufiges Prüfverfahren	238
c) Förmliches Prüfverfahren	241
d) Fristen und Dauer des Notifizierungsverfahrens.....	244
e) Gestrafftes Prüfverfahren.....	245
2. Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen (sog. repressives Verfahren).....	247
a) Einleitung und Ablauf des Prüfverfahrens.....	247
b) Das Rückforderungsverfahren	250
3. Verfahren bei bestehenden Beihilfen.....	255
VII. Risiken und Folgen bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV auf nationaler Ebene.....	257



I. Die Arbeit mit dieser Handreichung – Anleitung als Einleitung

- 1 Diese Handreichung dient als Hilfestellung in der Verwaltungspraxis, staatliche Beihilfen zu erkennen und die richtigen Konsequenzen daraus zu ziehen. Denn werden Beihilfen nicht erkannt, kann dies sowohl für die gewährende Stelle als auch – und vor allem – für den Empfänger weitreichende Folgen haben.
- 2 Staatliche Beihilfen sind grundsätzlich verboten, können aber von der Europäischen Union im Rahmen eines Ermessensspielraums genehmigt werden. Dies ist in Art. 107 AEUV normiert. Diese Vorschrift enthält also eine Regelung, die – übertragen auf deutsches Recht – einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ähnelt. Die über die Erlaubnis entscheidende Behörde ist in diesem Fall die Europäische Kommission, und Antragsteller ist der Mitgliedstaat. Dafür ist die gesamte Verwaltung im Mitgliedstaat dazu aufgerufen, die eigene Praxis bzgl. möglicher Beihilfen zu überprüfen und innerstaatlich die für eine Anmeldung ggf. erforderlichen Schritte einzuleiten.
- 3 Der erste wichtige Schritt in der Verwaltungspraxis besteht – wie im deutschen Verwaltungsrecht auch – darin, den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu prüfen und Beihilfen zu erkennen. Deshalb sind die Teile II. und III. der Handreichung (nach dieser Einleitung) den Tatbestandsmerkmalen für das Vorliegen einer Beihilfe gewidmet. Denn nur anhand der sorgfältigen Prüfung der Tatbestandsmerkmale kann festgestellt werden, ob mit Blick auf bestimmte Maßnahmen ein beihilferechtliches Problem vorliegen könnte oder ausgeschlossen werden kann. Beihilfen können in verschiedenen Maßnahmen „versteckt“ sein. Dies können sowohl „klassische“ Fördermaßnahmen in Form von Subventionen oder Zuschüssen sein, aber auch Kapitalmaßnahmen, z. B. zugunsten öffentlicher Unternehmen, oder Darlehen, Bürgschaften, Steuervergünstigungen, Miet- oder andere Preisnachlässe o. Ä.. Teil II. der Handreichung gibt insoweit einen vergleichsweise groben Überblick über den Beihilfetatbestand, also das Vorliegen einer Beihilfe. Auf Nachweise aus der Fallpraxis wird in diesem Kapitel verzichtet. In Teil III. der Handreichung werden die Merkmale des Beihilfetatbestands im Einzelnen aufgegriffen und anhand von Beispielen praxisrelevanter Fälle (insbesondere) aus der Spruchpraxis der Kommission erläutert. Ab diesem Teil III. enthält die Handreichung ausführliche Nachweise in Fußnoten, die eine weiterführende eigene Recherche ermöglichen.
- 4 Erfüllt eine staatliche Maßnahme den Beihilfetatbestand, hat der Mitgliedstaat nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV grundsätzlich die Pflicht, diese vor Durchführung bei der Kommission anzumelden (sog. Notifizierungspflicht). Denn die Kommission besitzt nach Art. 107 bis 109



AEUV das Aufsichtsmonopol der Beihilfekontrolle innerhalb der EU. Wenn eine Beihilfe vorliegt, hat die Kommission in der Rechtsfolge über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu entscheiden. Eine Beihilfe ist mit dem Binnenmarkt vereinbar und damit genehmigungsfähig, wenn die Beihilfe nicht über das erforderliche Maß hinausgeht, um ein Ziel von gemeinsamem europäischem Interesse zu erreichen bzw. dieses Ziel im Vergleich zu der entstehenden Wettbewerbsverzerrung im Binnenmarkt überwiegt. Insoweit hat die Kommission einen Ermessensspielraum. Ihre Entscheidung ist nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar.

- 5 Eine Notifizierungspflicht besteht nur dann nicht, wenn Maßnahmen ausdrücklich davon ausgenommen sind. Darüber kann gemäß Art. 109 AEUV der Rat (auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlaments) entscheiden. Die Kommission kann anschließend gemäß Art. 108 Abs. 4 AEUV einschlägige Verordnungen erlassen.
- 6 Eine dieser Verordnungen ist die insbesondere für Kommunen praxisrelevante sog. De-minimis-Verordnung. Für vergleichsweise niedrige Beihilfen bis zu einem gewissen Schwellenwert wird nach dieser Verordnung davon ausgegangen, dass schon tatbestandlich keine Beihilfen vorliegen und eine Notifizierung schon deshalb entbehrlich ist.
- 7 Eine weitere praxisrelevante Verordnung dieser Art ist die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO). Maßnahmen, für die festgestellt worden ist, dass sie tatbestandlich eine Beihilfe darstellen, und die von der Verordnung erfasst werden, sind von der Notifizierungspflicht freigestellt. Für solche Maßnahmen wird die Vereinbarkeitsprüfung der Kommission antizipiert. Sie sind ohne Notifizierung als vereinbar mit dem Binnenmarkt anzusehen. In diesen Fällen ist die Kommission nur mit einem einfachen Formblatt, mit dem der Wortlaut der Maßnahme zu übermitteln ist, über eine sog. Ad-hoc-Beihilfe (eine Einzelbeihilfe, die nicht auf der Grundlage einer Beihilferegelung gewährt wird) oder Beihilferegelung zu informieren, das in der Regel spätestens 20 Arbeitstage nach Gewährung der Beihilfe vorgelegt werden muss. Werden Beihilferegelungen freigestellt, müssen Einzelbeihilfen, die auf der Grundlage dieser Regelung gewährt werden, weder gesondert nochmals freigestellt noch notifiziert werden.



- 8 Da auf der Grundlage der AGVO auf die Notifizierung von Fördermaßnahmen bei der Kommission verzichtet werden kann, wird sie im Rahmen des Teils IV. dieser Handreichung, der sich mit der Vereinbarkeit von Beihilfen beschäftigt, an erster Stelle behandelt. Im Anschluss daran sind die Fälle zu prüfen, für die mangels Freistellung eine Notifizierung, also ein Genehmigungsantrag, über die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland in Brüssel erfolgen muss. Gegenstand des Teils IV. der Handreichung ist insoweit die Vorstellung der bzw. eine Übersicht über die materiellen Maßstäbe für die Ermessensprüfung der Kommission über die Vereinbarkeit im sog. Primärrecht, die in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV niedergelegt sind.
- 9 In Teil V. der Handreichung werden spezifische und für die kommunale Praxis besonders relevante Fallgruppen herausgegriffen. Für diese Fallgruppen werden die einschlägigen Beschlüsse, relevantes Sekundärrecht oder das sog. Soft Law der Kommission erläutert. Letzteres sind Mitteilungen oder Leitlinien, die – an deutschen Maßstäben gemessen – Verwaltungsvorschriften ähneln und eine Selbstbindung der Kommission mit Blick auf den Gleichheitssatz herbeiführen.
- 10 Die gesonderte Behandlung spezifischer Fallgruppen, die Tatbestands- und Vereinbarkeitsfragen gleichermaßen einschließt, bietet sich vor allem dort an, wo bestimmte Beihilfen auf allen Ebenen der Prüfung gleichermaßen Probleme aufwerfen oder wo auf allen Ebenen der Prüfung spezifische Regelungen der Kommission bzw. einschlägige Rechtsprechung zu beachten sind. Dies gilt insbesondere für die Fallgruppe der sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DAWI“). Dies sind im Wesentlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge inklusive Ver- und Entsorgungsleistungen. Die Wahrnehmung solcher Aufgaben ist regelmäßig defizitär. Fehlbetragsfinanzierungen, Verlustausgleichszahlungen, Kapitalverstärkungen, die Verrechnung von Verlusten mit Gewinnen im klassischen steuerlichen Querverbund – all dies sind Sachverhalte mit beihilferechtlicher Relevanz. Diese sind an den einschlägigen Regelungen für DAWI zu messen. Da die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der kommunalen Praxis von besonderer Bedeutung sind, wird ihnen in dieser Handreichung besonders viel Raum gewidmet.
- 11 Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat auf die wachsende Bedeutung des Beihilferechts im Jahr 2011 mit den Prüfungsstandards IDW PS 700 reagiert, nach denen die Prüfung und ggf. Aufdeckung beihilferechtlicher Risiken verpflichtend ist. Gerade kommunale Unternehmen und Einrichtungen sollten deshalb ihrerseits die vorhandenen beihilferechtlichen Legalisierungs- und Absicherungsinstrumente nutzen, um



Beihilferechtsverstöße abzuwenden und Einschränkungen oder gar eine Verweigerung des Wirtschaftsprüfer-Testats zu vermeiden.¹

- 12 Den Abschluss der Handreichung bilden zwei Kapitel zum Verfahren und zu den Rechtsfolgen und Risiken für den Fall, dass das Verfahren nicht eingehalten wird.
- 13 In Teil VI. über das Verfahren werden die einzelnen Verfahrensabschnitte und die Entscheidungen erläutert, die die Kommission treffen kann, um ihre Prüfung abzuschließen. In diesem Kapitel wird auch erläutert, wie im Rahmen der Verfahrensvorschriften damit umgegangen werden kann, wenn die Prüfung des Beihilfetatbestandes nicht den (rechts-)sicheren Schluss zulässt, dass eine Maßnahme keine Beihilfe darstellt bzw. nicht auszuschließen ist, dass sie von der Kommission als solche angesehen würde.
- 14 Im letzten Teil VII. werden die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht erläutert. Kernstück der Beihilfekontrolle der Kommission ist das zentralisierte System der Vorab-Prüfung neuer mitgliedstaatlicher Beihilfen im Rahmen der Notifizierung. Diese ist durch das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV abgesichert. Danach darf die beabsichtigte Maßnahme bis zur abschließenden Genehmigung durch die Kommission nicht durchgeführt werden (sog. Standstill-Verpflichtung), um den Eintritt von Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission zu verhindern. Um dieses Durchführungsverbot durchzusetzen, hat der Verstoß dagegen weitreichende Rechtsfolgen, die in der gebotenen Kürze erläutert werden.
- 15 Der Handreichung ist als Orientierungshilfe ein **Sachverzeichnis** beigelegt, mit dem die wichtigen Begriffe ohne Weiteres aufgefunden werden können. Dies erleichtert es, die einschlägigen Textstellen mit Blick auf bestimmte Maßnahmen unmittelbar aufzufinden. Sie enthält außerdem „**Merksätze**“, „**Kontrollfragen**“, „**Praxistipps**“, „**Fallbeispiele**“ und „**Exkurse**“, die durch eine Umrahmung äußerlich gekennzeichnet sind. Die „**Praxistipps**“ enthalten entsprechend dem folgenden Beispiel u. a. **Links** zu wichtigen Dokumenten mit **Fundstellen** bzw. **Webadressen** oder **Ansprechpartnern**. Darüber hinaus ist dieser Handreichung eine Anlage beigelegt, die einen groben Überblick über die geltenden beihilferechtlichen Besonderheiten bietet, die während der – gerade auch für Unternehmen und sämtliche Volkswirtschaften Europas – so außergewöhnlichen Zeit der „Corona-Pandemie“ gelten.

¹ So Leippe, EU-Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis, S. 48.



Praxistipp: Die Startseite des BMWi zur Beihilfekontrolle enthält viele hilfreiche Dokumente, u. a. Prüfbögen und Checklisten zur AGVO oder Bundesrahmenregelungen, die notifiziert oder freigestellt worden sind und auf deren Grundlage Förderungen ohne weitere Maßnahmen gewährt werden können:

<http://www.bmwi.de/DE/Themen/Europa/Kompetenzzentrum-Europarecht/beihilfen.html>

Die in dieser Handreichung in Fußnoten angegebenen Fundstellen beschränken sich weitgehend auf die **Spruchpraxis der Kommission** und der **europäischen Gerichte** sowie **Rechtstexte**, die im **Amtsblatt der Union** veröffentlicht worden sind. Für weiterführende Recherchen können diese Quellen wie folgt schnell abgerufen werden:

- Entscheidungen der Kommission sind abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/ejojade/isef/index.cfm> Dies ist eine englischsprachige Suchmaske. Unter „case number“ ist das in den Fußnoten angegebene Aktenzeichen einzugeben. Über „show details“ ist die an den Mitgliedstaat versendete Entscheidung der Kommission, der „letter to the member state“ (in der nichtvertraulichen Fassung) über einen Link zugänglich. Die Entscheidungen liegen insoweit in den Originalsprachen und zusätzlich meist in englischer Sprache vor. Soweit die Entscheidung im Amtsblatt veröffentlicht worden ist, gibt es auch dazu einen Link. Wenn die Entscheidungen im Volltext im Amtsblatt veröffentlicht sind, kann das deutsche Amtsblatt und damit auch die Übersetzung der Entscheidung in deutscher Sprache aufgerufen werden.
- Entscheidungen der europäischen Gerichte sind über die Suchmaske http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ zugänglich. Es muss nur das gerichtliche Aktenzeichen eingegeben werden. Nicht alle Entscheidungen sind in deutscher Sprache verfügbar.
- Das Amtsblatt ist unter <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=de> zugänglich. Neben dem Erscheinungsjahr und der Amtsblatt-Nr. ist in den Fußnoten auch ausgewiesen, ob es sich um eine Veröffentlichung in der Reihe C (für Mitteilungen und Bekanntmachungen) oder L (für Rechtsvorschriften) handelt. Auch dies ist in die Suchmaske einzugeben.



II. Der Beihilfetatbestand im Überblick

16 Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind

„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

17 Danach setzt die Erfüllung des Beihilfetatbestands das kumulative Vorliegen folgender Merkmale voraus:

- Unternehmenseigenschaft des Beihilfeempfängers
- Vorliegen einer Begünstigung
- Finanzierung aus staatlichen Mitteln
- Selektivität der Begünstigung
- (potenzielle) Verfälschung des Wettbewerbs
- Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

18 Die genannten Tatbestandsmerkmale müssen **kumulativ** vorliegen. Ist nur eines der Merkmale nicht gegeben – egal welches – liegt **keine Beihilfe** vor. Das Beihilferecht findet sodann insgesamt keine Anwendung.

Merksatz: Um die Beihilferelevanz einer Maßnahme ausschließen zu können, reicht es aus, wenn ein einziges Tatbestandsmerkmal nicht gegeben ist, da alle Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen müssen!

19 Eine interne Prüfung des Beihilfetatbestands sollte schriftlich festgehalten werden. Die vorstehend aufgeführte Prüfungsreihenfolge der einzelnen Tatbestandsmerkmale ist dabei nicht zwingend. Sie kann zweckmäßigerweise auch mit dem Tatbestandsmerkmal beginnen, dessen Verneinung im jeweiligen Einzelfall am erfolgversprechendsten erscheint. Die Ergebnisse der Prüfung und deren tragende Gründe sollten Gegenstand eines internen Aktenvermerks sein. Sollte die Prüfung zu dem Ergebnis kommen, dass eine Beihilfe vorliegt, sind auch die Lösungsansätze zu dokumentieren.

Merksatz: Die Ergebnisse einer Beihilfeprüfung und die tragenden Gründe sollten in einem Aktenvermerk festgehalten und mindestens 10 Jahre zur Akte genommen werden.

20 Im Folgenden wird die Prüfung des Beihilfetatbestands im Überblick dargestellt:



1. Unternehmen

- 21 Eine Fördermaßnahme muss zugunsten eines **Unternehmens** erfolgen. Ob ein Unternehmen im beihilferechtlichen Sinn vorliegt, wird ausschließlich **funktional** beurteilt. Das heißt, dass es ausschließlich auf die Art der Tätigkeit ankommt, die eine rechtliche Einheit oder Teile derselben ausüben. Maßgeblich ist, ob und inwieweit eine **wirtschaftliche Tätigkeit** vorliegt. Eine Tätigkeit ist wirtschaftlich, wenn **Waren** oder **Dienstleistungen** „am Markt“ angeboten werden.

Merksätze: Für ein Unternehmen im beihilferechtlichen Sinn kommt es weder auf die **Rechtsform** einer Einheit noch auf die **Eigentumsverhältnisse** daran an. Auch eine privat- oder öffentlich-rechtlich ausgestaltete Einheit in öffentlicher Hand kann **ganz** oder **teilweise** ein **Unternehmen** sein (nämlich **soweit** sie **wirtschaftlich** tätig ist).

- 22 Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nicht vor, wenn **hoheitlich** gehandelt wird. Im Übrigen kann die Frage, ob nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten vorliegen, in einzelnen Mitgliedstaaten für einzelne Tätigkeiten in Abhängigkeit von den nationalen Gegebenheiten unterschiedlich zu beantworten sein. In Deutschland spielt insoweit u. a. der sog. **soziale, kulturelle und bildungspolitische staatliche Auftrag** eine große Rolle. Die „klassischen Beispiele“ für den zuletzt genannten Bereich sind **Schulen, Kindergärten, Universitäten, öffentliche Bibliotheken** usw. Dazu gibt es eine umfangreiche Spruchpraxis der Kommission zu den Kriterien im Einzelnen, ob und inwiefern in diesem Bereich von staatlichen – also hoheitlichen oder anderen nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten – auszugehen ist. Dies entscheidet darüber, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit und damit ein Unternehmen vorliegt oder nicht.

Kontrollfrage: Handelt eine Einheit, die sich sowohl in **öffentlicher** als auch **privater Trägerschaft** befinden kann, **hoheitlich** oder führt sie eine Tätigkeit aus, die **nicht-wirtschaftlich** sein könnte, z. B. weil sie Teil des **sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen staatlichen Auftrags** ist (was regelmäßig erst anhand der Auswertung der einschlägigen Spruchpraxis der Kommission eindeutig ermittelt werden kann)?

- 23 Davon zu unterscheiden sind regelmäßig Angebote oder Leistungen, die gegen **Entgelt** erbracht werden. Dazu können auch die Nutzung **öffentlicher Infrastrukturen** wie z. B. **Transportnetze** gegen **Nutzungsentgelt** sowie andere typische **Daseinsvorsorgeleistungen** gehören, die gegen **Entgelt** erbracht werden. Zu Letzteren gehören typischerweise auch kommunale **Ver- und Entsorgungsleistungen**. Der **Betrieb** der einschlägigen Infrastrukturen



wird deshalb regelmäßig als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen, die Betreiber sind damit grundsätzlich taugliche Beihilfeempfänger.

- 24 Die Rechtsprechung der Unionsgerichte besagt darüber hinaus, dass aus dem wirtschaftlichen Charakter des Betriebs von Infrastrukturen jeweils auf die wirtschaftliche Natur auch der **Errichtung von Infrastrukturen** zu schließen sei. Damit sind also auch die Unternehmen, die solche Infrastrukturen errichten, grundsätzlich taugliche Beihilfeempfänger.
- 25 Dafür ist nicht von Relevanz, dass kommunale Ver- und Entsorgungsleistungen bzw. der Betrieb einschlägiger Infrastrukturen sog. **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** darstellen können. Dies ändert nichts an der Frage, ob im beihilferechtlichen Sinn ein Unternehmen vorliegt. Das bedeutet nur, dass für solche Leistungen vor allem mit Blick auf die Prüfung der Vereinbarkeit von deren Finanzierung mit dem Binnenmarkt Sonderregelungen gelten können (siehe dazu unten Kapitel IV.1.).
- 26 Von Relevanz für das Vorliegen einer Beihilfe für Maßnahmen im Bereich der **DAWI** kann damit nur sein, ob ggf. andere der im Folgenden genannten Merkmale des Beihilfetatbestands nicht erfüllt sind. Dies kann für die Finanzierung von DAWI insbesondere bzgl. des nächsten hier geprüften Tatbestandsmerkmals der **Begünstigung** oder der letzten beiden Tatbestandsmerkmale der **Wettbewerbsverfälschung** und **grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung** zweifelhaft sein. Dazu wird im Rahmen der Prüfung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale unten im Einzelnen Stellung genommen (siehe dazu unten 2., 5. und 6.).

Merksätze: Betrieb und Errichtung von Infrastruktur, die gegen **Entgelt** genutzt wird, werden grundsätzlich gleichermaßen jeweils als **wirtschaftliche Tätigkeiten** angesehen. Dies gilt auch für den Bereich der **klassischen Daseinsvorsorge**, also für **Ver- und Entsorgungsinfrastrukturen** im kommunalen Bereich. Für Einheiten, die solche Infrastrukturen **betreiben** oder **errichten**, ist der **Unternehmenscharakter** jeweils regelmäßig gegeben, sie sind grundsätzlich taugliche Beihilfeempfänger. Ggf. kann der Beihilfetatbestand in solchen Fällen aber aus anderen Gründen nicht erfüllt sein, insbesondere mangels **Begünstigung** oder **Wettbewerbsverfälschung** und **grenzüberschreitender Handelsbeeinträchtigung**, was sorgfältig zu prüfen ist.

2. Begünstigung

- 27 Eine Beihilfe muss eine **begünstigende Wirkung** haben, also zu einem **Vorteil** beim begünstigten Unternehmen führen. Ein solche kann z.B. in Form von Zuschüssen erfolgen,



aber auch durch eine Verringerung von Lasten gewährt werden, die ein Unternehmen andernfalls zu tragen hätte.

Merksatz: Eine Begünstigung kann auch in einem **Verzicht auf Staatseinnahmen** in der Form von einer Verringerung andernfalls vorhandener Lasten bestehen.

- 28 Ein Vorteil kann (auch) **mittelbar** sein, also im Ergebnis (auch) anderen Unternehmen gewährt werden als denjenigen, denen die staatlichen Mittel **unmittelbar** zufließen. Eine solche **mittelbare Begünstigung** liegt vor, wenn eine Maßnahme so ausgestaltet ist, dass ihre **sekundären Auswirkungen** bestimmbar Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen zugutekommen.

Merksatz: Eine Begünstigung ist auch **mittelbar** möglich, wenn ein Vorteil an ein drittes oder dritte Unternehmen „**durchgeleitet**“ wird.

- 29 Ob ein beihilferechtlich relevanter Vorteil vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob ein **privater Wirtschaftsbeteiligter** ebenso gehandelt hätte, also die entsprechende Maßnahme in gleicher Weise vorgenommen hätte. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Staat für seine Leistung eine **marktübliche Gegenleistung** erhält. Bei der Entscheidung über die „Marktüblichkeit“ einer Gegenleistung für eine staatliche Investition sind (ggf. auch langfristige) **Renditeaussichten** und ggf. auch **strategische Interessen** zu berücksichtigen, die auch ein privater Wirtschaftsbeteiligter haben könnte, aber keine z. B. regional-, arbeits- oder umweltpolitischen Belange. Wenn z. B. ein **Darlehen** gewährt wird und hierfür eine **marktübliche Gegenleistung** in Form einer Verzinsung gewährt wird, fehlt es an einem beihilferechtlich relevanten Vorteil. Das Gleiche gilt im Fall einer **Investition** z. B. in Form einer **Kapitalzufuhr**, die eine **marktübliche Rendite** verspricht (sog. **Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten**).

Kontrollfragen: Hätte ein **marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter** in vergleichbarer Lage die zu prüfende Maßnahme ebenfalls vorgenommen? Liegt eine **marktübliche Gegenleistung** vor bzw. ist eine **marktübliche Rendite** zu erwarten?

Merksatz: Das Beihilferecht unterscheidet nicht nach den Gründen oder Zielen einer staatlichen Maßnahme, sondern beschreibt diese ausschließlich nach ihren Wirkungen (mit Blick auf das Vorliegen eines finanziellen Vorteils, sog. **Wirkungs-Doktrin**)

- 30 Da **Zuschüsse** bzw. **Subventionen** ohne Gegenleistung gewährt werden, kann nach diesen Maßstäben regelmäßig von einer Begünstigung ausgegangen werden. Im Fall der



subventionierten Errichtung von Infrastrukturen können aber **mittelbare Beihilfen** für die **Betreiber dieser Infrastruktur** in der Regel dadurch ausgeschlossen werden, dass der Betrieb im Wege einer öffentlichen **Ausschreibung** zu einem positiven Preis vergeben wird. Denn das Höchstgebot im Rahmen eines solchen Ausschreibungsverfahrens wird regelmäßig als „**marktübliche Gegenleistung**“ für die Überlassung des Betriebs angesehen. Die „Durchleitung“ von Beihilfen an den Betreiber einer mit Subventionen errichteten Infrastruktur kommt in diesem Fall also nicht in Betracht.

Merksatz: Im Fall der subventionierten Errichtung von Infrastrukturen können **mittelbare Beihilfen** für die **Betreiber dieser Infrastruktur** in der Regel dadurch ausgeschlossen werden, dass der Betrieb im Wege einer öffentlichen **Ausschreibung** zu einem positiven Preis vergeben wird.

- 31 Die Prüfung der „marktüblichen Gegenleistung“ ist ganz entsprechend auch bzgl. möglicher Entlastungen von Unternehmen vorzunehmen. Dies kann z. B. **Mietnachlässe** oder im Vergleich zu Marktpreisen günstigere **Kaufpreise für staatliche Immobilien** betreffen oder auch Ausnahmeregelungen oder Reduktionen für Steuern und Abgaben. Zum Beispiel führt ein **Vorzugstarif** für die **Wasserver-** oder **Abwasserentsorgung** sowie die **Stromversorgung**, der unter dem **marktüblichen Niveau** liegt, zu einer Begünstigung der betroffenen Unternehmen.
- 32 Besondere Vorsicht ist dann geboten, wenn ein Unternehmen grundsätzlich defizitäre Strukturen aufweist, regelmäßig auf Unterstützung angewiesen oder auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher zur **Einstellung seiner Geschäftstätigkeiten** gezwungen sein wird, wenn der Staat nicht eingreift. Ein denkbare Beispiel hierfür ist eine **Kapitalzuführung** der öffentlichen Hand als Anteilseigner eines **öffentlichen Unternehmens**. Das gilt insbesondere für den Fall, dass ein Unternehmen bereits Gegenstand eines **Insolvenzverfahrens** ist oder die **innerstaatlichen Voraussetzungen für ein solches Verfahren** erfüllt sind. Denn dann könnte ein sog. **Unternehmen in Schwierigkeiten** vorliegen. Bei solchen Unternehmen ist es im Fall staatlicher Finanzierungsmaßnahmen grundsätzlich wahrscheinlich, dass eine Begünstigung vorliegt.

Merksätze: Eine **Begünstigung** ist besonders wahrscheinlich, wenn der Staat in ein Unternehmen investiert, das Gegenstand eines **Insolvenzverfahrens** ist oder die innerstaatlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Denn in diesem Fall ist es unwahrscheinlich, dass mit Blick auf eine Investition in das Unternehmen **marktübliche**



Renditeaussichten bestehen bzw. ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in dieses Unternehmen investieren würde.

- 33 Für die oben erwähnten **DAWI** gilt, dass die einschlägigen Unternehmen strukturell defizitär sind, weil Daseinsvorsorgeleistungen regelmäßig nicht kostendeckend erbracht werden können. Trotzdem ist es unter bestimmten strengen Voraussetzungen möglich, dass deren Finanzierung nicht als Begünstigung und damit nicht als Beihilfe anzusehen ist. Dafür ist in der kommunalen Praxis faktisch jedoch Voraussetzung, dass die einschlägige Leistung bzw. der Betrieb einer **Ver- oder Entsorgungsinfrastruktur** durch eine **öffentliche Ausschreibung** vergeben werden (vgl. die später in dieser Handreichung gesondert erläuterte sog. *Altmark-Trans*-Rechtsprechung des EuGH). Eine **Inhouse-Vergabe** reicht hierfür nicht aus. Deshalb ist im Fall der Finanzierung von **DAWI** regelmäßig nur im Fall einer **öffentlichen Ausschreibung** überhaupt eine vertiefte Prüfung sinnvoll, ob der Beihilfetatbestand mangels Begünstigung ggf. ausgeschlossen werden kann.

Merksatz: Im Fall der Finanzierung von **DAWI** ist eine Begünstigung (und damit eine Beihilfe) faktisch nur dann auszuschließen, wenn die Erbringung der Leistungen im Rahmen einer **öffentlichen Ausschreibung** vergeben wird.

- 34 Ein zwischengeschaltetes Unternehmen, das staatliche Leistungen zunächst in Empfang nimmt, aber lediglich als Instrument zur Übermittlung des Vorteils an einen Endempfänger dient, wobei ihm selbst kein Vorteil verbleibt, ist in der Regel nicht als begünstigter Beihilfeempfänger anzusehen.²

3. Staatliche Mittel

- 35 Eine Beihilfe verlangt die Finanzierung aus staatlichen Mitteln. Die **Haushaltsmittel** einer **Anstalt** oder **Körperschaft des öffentlichen Rechts**, die **hoheitliche Aufgaben** wahrnimmt bzw. die in die **öffentliche Verwaltung** eingegliedert ist, sind regelmäßig als staatlich einzuordnen. Aber auch Mittel von **Unternehmen in privater Rechtsform** können als staatlich anzusehen sein. Voraussetzung hierfür ist, dass das Unternehmen unter **staatlicher Kontrolle** steht und die konkrete Maßnahme, also die **Mittelverwendung** im Einzelnen, auf der **staatlichen Einflussnahme** beruht. Für die einschlägige staatliche Kontrolle und staatliche Einflussnahme bedarf es noch nicht einmal zwingend einer staatlichen **Mehrheitsbeteiligung** an dem Unternehmen; eine staatliche Kontrolle bzw. Einflussnahme

² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Fn. 179.



auf Finanzierungsmaßnahmen kann auch durch andere, z. B. gesetzliche, Maßnahmen erreicht werden. Auf kommunaler Ebene liegen die Voraussetzungen hierfür z. B. dann vor, wenn **Überschüsse einer städtischen Gesellschaft** auf der einen Seite (z. B. Erträge aus der **Energieversorgung**) auf **Anweisung** des verantwortlichen kommunalen Trägers zur Abdeckung von **Verlusten anderer städtischer Gesellschaften** (z. B. für **Museen** oder **Schwimmbäder**) genutzt werden. In diesem Fall macht die staatliche Einflussnahme durch den kommunalen Träger originär **private Einnahmen** zu staatlichen Mitteln.

Merksatz: Auch Finanzierungsmaßnahmen von **Unternehmen in privater Rechtsform** können Beihilfen darstellen, wenn die **konkrete Verwendung der einschlägigen Mittel faktisch und/oder rechtlich unter staatlicher Kontrolle** steht.

4. Selektivität

- 36 Die Selektivität einer Beihilfe setzt die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige voraus. So stellen etwa Zuschüsse für alle Unternehmen innerhalb einer Kommune grundsätzlich selektive Maßnahmen dar, weil damit nur eine regional definierte Gruppe von Unternehmen innerhalb des Territoriums des betreffenden Mitgliedstaats begünstigt wird.

Merksatz: Räumlicher Bezugsrahmen für die Selektivitätsprüfung ist grundsätzlich das gesamte Territorium des betreffenden Mitgliedstaats. Eine selektive Begünstigung ist daher grundsätzlich immer dann gegeben, wenn eine Maßnahme entweder ein individuelles Unternehmen oder eine **regional** oder **sektoriell definierte Gruppe von Unternehmen** betrifft.

- 37 Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn es sich um eine Maßnahme handelt, die nach den nationalen Kompetenzregeln nicht in die Hoheitsgewalt des Zentralstaats, sondern der regionalen oder kommunalen Ebene fällt. Z.B. eine vergleichsweise niedrige **Landessteuer** oder **kommunale Steuer**, die innerhalb ihres territorialen Anwendungsbereichs einheitlich gehandhabt wird, führt als solche **nicht** zu einer selektiven Begünstigung. Denn die in Europa insoweit anerkannte Kompetenzverteilung in (ggf. wie in Deutschland föderalen) Mitgliedstaaten muss naturgemäß dazu führen, dass Steuerpflichtige innerhalb des territorialen Einzugsbereichs einer Regelung anders behandelt werden als außerhalb.



Merksatz: Kommunale oder steuerliche Regelungen auf Landesebene erfüllen das Merkmal der Selektivität jedenfalls dann nicht, wenn innerhalb ihres territorialen Einzugsbereichs alle Unternehmen gleich behandelt werden.

5. Potentielle Wettbewerbsverfälschung

- 38 Eine selektive Begünstigung eines Unternehmens führt zwangsläufig zur **Verbesserung** von dessen **Marktposition** gegenüber anderen Unternehmen und damit zu einer **potenziellen Wettbewerbsverfälschung**. Eine Ausnahme gilt dann, wenn es gänzlich an Wettbewerb fehlt, der verfälscht werden könnte. Dies wird z. B. angenommen, wenn ein bestimmter Markt in einem Mitgliedstaat von einem Staatsunternehmen bedient wird und keine Liberalisierung stattgefunden hat. Dies nimmt die Kommission im Fall eines rechtlichen Monopols in der Regel an, das nicht nur **Wettbewerb auf dem Markt**, sondern auch **um den Markt** ausschließt, es also auch keinen Wettbewerb um die Stellung als alleiniger Erbringer einer Dienstleistung geben kann. Dazu darf die Dienstleistung allerdings nicht mit anderen Dienstleistungen konkurrieren, und der staatlich finanzierte Dienstleister muss eine Quersubventionierung ausschließen, wenn er auf einem anderen, dem Wettbewerb geöffneten (räumlich oder sachlich relevanten) Markt tätig sein sollte. Dies gilt unter bestimmten Voraussetzungen auch für sog. „**natürliche Monopole**“, das heißt für Infrastrukturen, die mangels Rentabilität in der Regel nicht dupliziert werden.

Merksätze: Das Tatbestandsmerkmal der **drohenden Wettbewerbsverfälschung** wird regelmäßig ohne Weiteres bejaht, wenn **eine Begünstigung** vorliegt. Eine Ausnahme gilt naturgemäß dann, wenn es an einem unmittelbaren **Wettbewerb** fehlt, der beeinträchtigt werden könnte. Das liegt im Rahmen sog. **rechtlicher** oder **natürlicher Monopole** nahe und ist deshalb in solchen Fällen vertieft zu prüfen.

- 39 Es ist davon auszugehen, dass dieses Tatbestandsmerkmal insbesondere bzgl. sog. natürlicher Monopole im kommunalen Bereich zunehmend an Bedeutung gewinnen wird. Die Kommission hat dazu ausgeführt, dass ein beihilferechtlich relevanter Wettbewerb für die Errichtung **öffentlicher Infrastrukturen** wie **Straßen, Tunnel, Brücken, inländische Wasserwege, Eisenbahnnetze, -brücken, -tunnel** sowie auch **kommunale Wasserver- und Abwasserentsorgungsnetze** u. U. verneint werden kann. Dies gilt unabhängig davon, ob für deren Nutzung bzw. Betrieb **Entgelte** zu entrichten sind. Die Kommission begründet dies damit, dass bestimmte Infrastrukturen weder mit Infrastrukturen derselben Art noch mit Infrastrukturen anderer Art, die in erheblichem Maße **substituierbare Dienstleistungen** anbieten, noch direkt mit solchen Dienstleistungen unmittelbar im Wettbewerb stehen. Sie



schließt einen solchen Wettbewerb in der Regel bezüglich **flächendeckender Netze** aus, sofern diese ein **natürliches Monopol** darstellen, d. h. sofern ein Nachbau des Netzes unrentabel wäre. Für den Ausschluss einer Wettbewerbsverfälschung beim Bau von Infrastrukturen formuliert die Kommission konkret die folgenden Bedingungen:

- Die Infrastruktur ist typischerweise keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt.
- Privatfinanzierung ist im einschlägigen Sektor und Mitgliedstaat allenfalls in unbedeutendem Umfang vorhanden.
- Die Infrastruktur ist nicht dazu bestimmt, einem bestimmten Unternehmen des Sektors zu dienen, sondern wird von der Allgemeinheit genutzt.

- 40 Die Förderung der Errichtung solcher Infrastrukturen kann indes zu **mittelbaren Beihilfen** zugunsten der Betreiber führen. Dies kann durch eine **öffentliche Ausschreibung** des Betriebs verhindert werden.

Merksätze: Bezüglich sog. natürlicher Monopole wie z.B. der **Errichtung umfassender (Netz-)Infrastrukturen**, die der **Allgemeinheit** dienen, kann es an **Wettbewerb** fehlen und damit eine **Wettbewerbsverfälschung** ausgeschlossen sein. Dies ist anhand der von der Kommission hierfür formulierten Kriterien zu prüfen. Es spricht viel dafür, dass diese Prüfung z. B. bei kommunalen **Wasserver- und Abwasserentsorgungsnetzen** im Regelfall zur Ablehnung des Beihilfetatbestands führt. Um in diesen Fällen auch **mittelbare Beihilfen** für **Betreiber** der Infrastrukturen ausschließen zu können, sollte der Betrieb **öffentlich ausgeschrieben** werden.

Mangels spürbarer Auswirkungen auf den Wettbewerb ist der Beihilfetatbestand nicht erfüllt, wenn die Voraussetzungen der **De-minimis-Verordnung** (De-minimis-VO)³ erfüllt sind (siehe dazu unten Kapitel III.7.).

6. Beeinträchtigung grenzüberschreitenden Handels

- 41 Für die **Beeinträchtigung grenzüberschreitenden Handels** genügt es grundsätzlich, dass eine Maßnahme **geeignet** ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Damit ist auch dieses Tatbestandsmerkmal in ähnlicher Weise wie die (potenzielle) Wettbewerbsverfälschung weit gefasst. Wenn es für eine Maßnahme an einer **Wettbewerbsverfälschung** mangels Vorliegen eines unmittelbaren Wettbewerbs fehlt, kann indes zwingend (mangels Wettbewerbs) auch keine **Handelsbeeinträchtigung** vorliegen.

³ Verordnung (EU) 1407/2013, ABl. EU 2013 L 352/1.



Denn Handel ist die grenzüberschreitende (und damit binnenmarktrelevante) Dimension des Wettbewerbs. Dies ist insbesondere für die Finanzierung öffentlicher (auch kommunaler) **Infrastrukturen** und **Netze** zu beachten, die Gegenstand der Ausführungen oben unter 5. sind.

Merksätze: Wenn es für eine Maßnahme an einer **Wettbewerbsbeeinträchtigung** mangels Vorliegens eines unmittelbaren Wettbewerbs fehlt, kann zwingend auch keine **grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung** vorliegen.

42 Die derzeitige Spruchpraxis der Kommission lässt darüber hinaus auf eine zunehmende eigenständige Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals vor allem für den **kommunalen Bereich** schließen. Dies sollte insbesondere für Finanzierungsmaßnahmen zugunsten von Einrichtungen oder Leistungen geprüft werden, die einen nur **lokalen bzw. regionalen Einzugsbereich** haben:

- Zu prüfen ist dann zum einen, ob keine **überregionale** bzw. **grenzüberschreitende Anziehungskraft** für **Kunden** oder **Nutzer** bzw. **Touristen** anzunehmen ist. Dies kann vor allem in **Grenzregionen** problematisch sein. Doch auch in diesem Fall kann z. B. für Leistungen der **Gesundheitsvorsorge**, die typischerweise für die Bevölkerung vor Ort im Rahmen einer **Grundversorgung** erbracht werden, anerkannt werden, dass diese allenfalls in marginalem Umfang grenzüberschreitend in Anspruch genommen werden.
- Zum anderen ist relevant, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Begünstigung mehr als nur marginale Auswirkungen auf **Investitionen aus dem Ausland** bzw. die **Niederlassung ausländischer Unternehmen** hat, die vergleichbare Dienstleistungen in der Region erbringen oder erbringen könnten (sofern Letzteres nicht nur eine rein hypothetische Möglichkeit darstellt). Solche Anhaltspunkte liegen z. B. regelmäßig vor, wenn es vor Ort Unternehmen mit Sitz im Ausland gibt, die einschlägige Leistungen anbieten.

Merksätze: Das Merkmal einer **zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung** kann den Tatbestand einer Beihilfe für **Finanzierungsmaßnahmen** zugunsten **lokal** oder **regional** ausgerichteter **Einrichtungen** und **Leistungen** ausschließen. Dies gilt vor allem dann, wenn diese (nur) die **Grundversorgung** der Bevölkerung vor Ort gewährleisten, die Wahrscheinlichkeit einer überregionalen **grenzüberschreitenden Anziehungskraft** für Nutzer oder Touristen allenfalls marginal ist, und keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass die Maßnahmen mehr als marginalen Einfluss auf grenzüberschreitende **Investitionen** oder die **Niederlassung** von konkurrierenden **Unternehmen mit Sitz im Ausland** haben könnten.



7. Beihilferechtsrelevante Quersubventionierung?

- 43 Wenn eine Einheit sowohl **nicht-wirtschaftlich** als auch **wirtschaftlich** tätig wird, ist es möglich, dass sie gemäß dem oben in Ziffer 1. genannten funktionalen Unternehmensbegriff jedenfalls **teilweise als Unternehmen** und damit **insoweit als tauglicher Beihilfempfänger** anzusehen ist. Dann kann die beihilferechtlich grundsätzlich unbedenkliche Förderung der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit der Einheit zu einer **Quersubventionierung** des wirtschaftlichen Tätigkeitsbereichs der Einheit und damit zu einer Beihilfe führen. Um dies auszuschließen, hat eine betroffene Einheit die Einnahmen und Ausgaben jeweils aus der wirtschaftlichen und der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten in ihrer **Buchführung** transparent zu **trennen**. Auf diese Weise kann nachgewiesen werden, dass Finanzierungsmaßnahmen zugunsten nicht-wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht zu einer **Quersubventionierung** der wirtschaftlichen Tätigkeit führen.
- 44 Eine wirtschaftliche **Nebentätigkeit** einer Einheit muss indes nicht zur Gefahr einer **Quersubventionierung** führen, da sie unter bestimmten Voraussetzungen der nicht-wirtschaftlichen Haupttätigkeit zugeordnet werden bzw. ihre Finanzierung aus staatlichen Mitteln aus anderen Gründen unberücksichtigt bleiben kann. Dies ist nach der Spruchpraxis der Kommission der Fall, wenn eine **Infrastruktur** im Falle einer gemischten Nutzung fast ausschließlich für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt, d. h., wenn sie unmittelbar mit dem Betrieb der Infrastruktur verbunden und dafür erforderlich ist oder in **untrennbarem Zusammenhang** mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit steht. Davon ist auszugehen, wenn für die wirtschaftliche Tätigkeit die gleichen Produktionsfaktoren (zum Beispiel **Material, Ausrüstung, Personal** und **Anlagevermögen**) erforderlich sind wie für die nichtwirtschaftliche Haupttätigkeit. Zudem muss die Inanspruchnahme der Kapazität der **Infrastruktur** durch wirtschaftliche Nebentätigkeiten in ihrem Umfang begrenzt bleiben. Letzteres ist nach Auffassung der Kommission anzunehmen, wenn nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der Infrastruktur für wirtschaftliche Tätigkeiten genutzt werden.⁴

⁴ Generalanwältin Kokott hat in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-74/16 Kritik an der von der Kommission zugrunde gelegten 20 %-Schwelle geübt. Gegenstand dieser Rechtssache war ein Vorlageersuchen eines spanischen Verwaltungsgerichts zur beihilferechtlichen Relevanz eines Steuerprivilegs für kirchliche Einrichtungen. Der EuGH hatte über die Frage zu befinden, ob die Steuerbefreiung gegen das Verbot staatlicher Beihilfen verstößt, soweit sie auch für wirtschaftliche Tätigkeiten gewährt wird, mit denen kein strikt religiöser Zweck verfolgt wird. Unter Bezugnahme auf allgemeine wettbewerbs- und steuerrechtliche Grundsätze wies die Generalanwältin bei dieser Gelegenheit darauf hin, dass von einer nur untergeordneten und damit beihilferechtlich unbeachtlichen wirtschaftlichen Nebentätigkeit nur ausgegangen werden könne,



wenn sie vom Umfang her weniger als 10 % der Tätigkeit der betreffenden Einrichtung ausmache, vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, Rs. C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 58 – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe*. In seinem darauf ergangenen Urteil ist der EuGH auf das Vorliegen bzw. die konkreten Anforderungen an eine nur untergeordnete wirtschaftliche Betätigung nicht eingegangen. Vielmehr hat der Gerichtshof es bei der allgemeinen Feststellung belassen, dass die in Rede stehende Steuerbefreiung nur dann eine Beihilfe für die in jenem Verfahren betroffene Bildungseinrichtung sein könne, wenn zumindest ein Teil ihrer Unterrichtstätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen sei. Letzteres sei vom vorlegenden Gericht zu prüfen; vgl. EuGH, Rs. C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 63 f. – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe*.



- 45 In dem zuletzt genannten Fall ist auf den Teil einer **Gesamtinfrastruktur** abzustellen, der für die Durchführung der wirtschaftlichen Tätigkeiten tatsächlich erforderlich ist. Damit soll verhindert werden, dass Nutzungsanteile mittels der Gesamtkapazität einer übergeordneten Infrastruktur verwässert werden. Im Fall der gemeinsamen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Nutzung einer Infrastruktur wäre zudem ggf. eine Trennungsrechnung ohnehin sinnvoll, um die Anteile der **wirtschaftlichen** bzw. **nicht-wirtschaftlichen Nutzung** an der Gesamtnutzung der **Infrastruktur** adäquat nachweisen zu können.
- 46 Daneben kommt eine beihilferechtswidrige Quersubventionierung einer wirtschaftlichen (Neben-)Tätigkeit nur in Betracht, wenn diesbezüglich auch alle übrigen Merkmale des Beihilfetatbestands erfüllt sind (siehe den ersten Merksatz oben in Rn. 18!). Dies hat die Kommission für „übliche wirtschaftliche Zusatzleistungen“ für Besucher wie z. B. **Restaurants, Shops** oder **bezahlte Parkplätze in Infrastruktureinrichtungen**, die im Übrigen **nicht-wirtschaftlich** genutzt werden, in Frage gestellt. Insoweit kann es an dem Tatbestandsmerkmal **der grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung** fehlen, das oben unter Ziffer 6. erörtert wurde. Die Kommission geht in solchen Fällen davon aus, dass Besucher aus anderen Mitgliedstaaten im Zweifel nicht von solchen Versorgungseinrichtungen angezogen werden bzw. es unwahrscheinlich ist, dass deren Förderung (ggf. durch eine Quersubventionierung) mehr als nur einen marginalen Effekt auf **grenzüberschreitende Investitionen** oder **Niederlassungen von Unternehmen mit Sitz im Ausland** haben kann.

Kontrollfragen: Führt eine (teilweise) staatlich finanzierte Einheit neben nicht-wirtschaftlichen auch wirtschaftliche Tätigkeiten aus? Handelt es sich bei der wirtschaftlichen Tätigkeit um eine gemäß der sog. „20 %-Regel“ ggf. zu vernachlässigende untrennbare Nebentätigkeit? Oder sind hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit alle Merkmale des Beihilfetatbestands kumulativ erfüllt (insbesondere auch das Merkmal der **grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung**)? Ist in diesem Fall eine **getrennte Buchführung** für den nicht-wirtschaftlichen und den wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich gewährleistet, so dass eine Beihilfe in Form einer **Quersubventionierung** tatbestandlich ausgeschlossen ist?

- 47 Davon ist die **getrennte Buchführung** zu unterscheiden, die im Fall der staatlichen Finanzierung der o. g. **DAWI** nach den dafür geltenden Sonderregelungen erforderlich sein kann, wenn eine Einheit zugleich DAWI und andere wirtschaftliche Leistungen erbringt. Denn die Prüfung, ob diese getrennte Buchführung ordnungsgemäß erfolgt ist, ist im Fall



einer beihilferelevanten, also nicht sämtliche *Altmark Trans*-Kriterien erfüllenden, Finanzierung von DAWI (erst) Gegenstand der Vereinbarkeitsprüfung bzgl. der Finanzierung der DAWI.

Merksätze: Für die beihilferechtskonforme, d.h. nicht bereits beihilfefreie Finanzierung von **DAWI** kann ebenfalls eine **getrennte Buchführung** erforderlich sein. In diesem Fall dient diese jedoch **nicht** dazu, die Erfüllung des **Beihilfetatbestands** auszuschließen, sondern ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu gewährleisten.

III. Der Beihilfetatbestand im Einzelnen

- 48 Anhand des Grobüberblicks in Teil I. wurde deutlich, dass das Beihilferecht und die Kontrolle, ob und inwiefern kommunale Maßnahmen beihilferechtlichen Anforderungen Rechnung tragen müssen, auch in der kommunalen Praxis geleistet werden muss. Dies wird in diesem Kapitel u. a. anhand von zahlreichen Beispielen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen und mit Ausführungen zu De-minimis-Beihilfen vertieft. Die sog. De-minimis-Beihilfen erfüllen aufgrund ihrer vergleichsweise geringen Höhe den Beihilfetatbestand unter bestimmten Voraussetzungen nicht, auch wenn sie – insoweit missverständlich – als Beihilfen bezeichnet werden.

Praxistipp: Für die Prüfung des Beihilfetatbestandes bedarf es einer möglichst validen **Selbsteinschätzung**. Denn das Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Beihilfeempfänger (dieses Risiko wird am Ende der Handreichung erläutert). Die folgenden Ausführungen zum Beihilfetatbestand dienen dazu, eine solche Selbsteinschätzung vornehmen zu können. Die Kommission hat hierzu eine eigene Mitteilung veröffentlicht. Diese „**Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV**“ ist abrufbar unter

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=EN).

Ausnahmsweise können die auf Bundesebene zuständigen Beihilferferate wichtige Auslegungsfragen auch unmittelbar an die Kommission richten. Diese Fragen werden elektronisch in ECN-ET (**ab 2016 eState aid WIKI**) von der Europäischen Kommission beantwortet.⁵ Wenn also auf kommunaler Ebene oder Landesebene solche Fragen auftauchen,

⁵ BMWi, Handbuch über staatliche Beihilfen, Praxistipp S. 24, abrufbar unter:
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6



ist zunächst mit dem zuständigen Beihilfereferat auf Landesebene und danach auf Bundesebene zu klären, ob und inwiefern Fragen eingestellt werden sollen. Die Kommunikation mit dem Bund übernehmen auf entsprechende Anfrage die zuständigen Beihilfereferenten des Landes. Die einschlägigen Ansprechpartner werden in dem Praxistipp in Rn 415 f. genannt.

49 Zu den Tatbestandsmerkmalen im Einzelnen:

1. Unternehmenseigenschaft des Beihilfeempfängers

50 Das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ ist für den kommunalen Bereich ausgesprochen relevant. Denn das Beihilferecht geht von einem **funktionalen Unternehmensbegriff** aus, der „jede eine **wirtschaftliche Tätigkeit** ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, umfasst.⁶

Praxistipp: Die Bestimmung des wirtschaftlichen Charakters ist unabhängig davon, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat oder die Tätigkeit rentabel ist.⁷ Damit können auch kommunale Einheiten wie **Regiebetriebe** oder **Eigenbetriebe** (die Teil der öffentlichen Verwaltung sind)⁸, **Anstalten des öffentlichen Rechts** oder **Zweckverbände** sowie erst recht **kommunale Eigengesellschaften** oder auch **Vereine** oder **Stiftungen** Beihilfeempfänger sein, soweit sie wirtschaftliche Tätigkeiten ausführen. Deshalb kann eine Gemeinde, die selbst Bewilligungsbehörde für eine Zuwendung für eigene wirtschaftliche Tätigkeiten ist, zeitgleich auch Empfängerin der Beihilfe sein.⁹

51 Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Unionsrechts ist jede **Tätigkeit industrieller oder kommerzieller Art**, die darin besteht, „**Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt**“ in der Regel gegen Entgelt anzubieten.¹⁰ Es ist folglich eine

⁶ KOM, Beschluss v. 25.04.2012, C 19/2010, ABl. EU 2012 L 236/1, Rn. 142 – *Deutschland: Zweckverband Tierkörperbeseitigung*; EuGH, Rs. C-41/90, EU:C:1991:161, Rn. 21 – *Höfner und Elser*.

⁷ EuGH, Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821, Rn. 50 m.w.N. – *Flughafen Leipzig-Halle/Kommission*.

⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 8; für eine Genossenschaft mit beschränkter Haftung nach italienischem Recht vgl. bereits EuGH, Rs. C-55/96, EU:C:1997:603, Rn. 21 ff. – *Job Centre*.

⁹ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 52 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*.

¹⁰ EuGH, Rs. C-35/96, EU:C:1998:303, Rn. 36 f. – *Kommission/Italien*; Rs. C-180/98 bis C-184/98, EU:C:2000:428, Rn. 75 f. – *Pavlov u.a.*



Einzelfallprüfung erforderlich, ob das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu verneinen ist, weil diese aufgrund besonderer Charakteristika keine **wettbewerbsrelevante Tätigkeit** darstellt. Das Fehlen eines Marktes kann nach der Rechtsprechung aber nicht damit begründet werden, dass ein privater Investor nicht bereit wäre, diese Tätigkeiten unter denselben Bedingungen auszuüben.¹¹ Auch schließt die Tatsache, dass z. B. eine öffentliche Einrichtung auf einem bestimmten Gebiet allein für die Erbringung der Dienstleistung zuständig ist, das Vorliegen eines Marktes nach der Auffassung der Kommission nicht aus. Danach kann trotz **Marktabschottung** (z. B. weil sich eine öffentliche Einrichtung dazu entschließt, die Dienstleistung selbst zu erbringen und Dritten dies nicht gestattet) eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn Dritte interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung zu erbringen.¹²

- 52 Die Frage, ob für bestimmte Güter oder Dienstleistungen ein Markt besteht, kann nicht für alle **Mitgliedstaaten** einheitlich beantwortet werden. Denn dies hängt davon ab, wie diese Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert werden, was wiederum auf politischen Entscheidungen und wirtschaftlichen Entwicklungen beruht. Der Markt kann folglich von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlich ausfallen sowie sich verändern. Deshalb wurde von der Kommission keine erschöpfende Liste von Tätigkeiten erstellt, die grundsätzlich nie wirtschaftlicher Natur sind.¹³

a) **Hoheitliche Befugnisse**

- 53 Unstreitig ist, dass solche Tätigkeiten, die in Ausübung **hoheitlicher Befugnisse** erfolgen, bei denen der Staat also als „öffentliche Hand“ handelt oder öffentliche Stellen in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln“, keinen wirtschaftlichen Charakter aufweisen. Dies wird für „*die Ausübung von Zwangsgewalt, wesentliche Staatsaufgaben oder ihrem Wesen, Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit einer solchen Aufgabe verbundene Tätigkeiten*“ angenommen.¹⁴ Von den Unionsorganen wurden bislang die folgenden Tätigkeiten als **hoheitlich** anerkannt:

¹¹ In diesem Sinne EuGH, Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821, Rn. 50 – *Flughafen Leipzig-Halle/Kommission*.

¹² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 14.

¹³ DAWI-Mitteilung, ABl. EU C 8/4, Rn. 14.

¹⁴ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-364/92, EU:C:1993:878, Rn. 30 – *Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*.



- Tätigkeiten der **Armee** oder **Polizei**¹⁵
- Sicherung und **Kontrolle** des **Flug**¹⁶- und **Seeverkehrs**¹⁷
- **Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung**¹⁸
- Organisation, **Finanzierung** und **Durchsetzung von Haftstrafen**¹⁹
- Erhebung von **Unternehmensdaten** für öffentliche Zwecke auf der Grundlage einer den Unternehmen obliegenden **Meldepflicht**.²⁰

54 Die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Betätigung ist nach dem **funktionalen** Unternehmensbegriff für jede von einer Einrichtung ausgeübte Tätigkeit gesondert zu treffen.²¹ Hierbei ist zu prüfen, ob die betreffende Tätigkeit nach ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse (wie den o. g.) zusammenhängt.²² Nicht entscheidend ist dabei, was nach nationalem Recht im Rahmen einer **Beleihung** möglich ist, wenn eine hoheitliche Tätigkeit von einer privaten Stelle ausgeübt wird.²³

b) Abgrenzung zum sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrag

55 Eine Tätigkeit muss nicht hoheitlich sein, um als „**nicht-wirtschaftlich**“ angesehen werden zu können. Die Kommission sieht Tätigkeiten als nicht-wirtschaftlicher Art an, die dem **sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrag** zugerechnet werden können. Dafür haben sich in der Spruchpraxis der Kommission Fallgruppen herausgebildet. Die Prüfung innerhalb dieser Fallgruppen folgt gewissen allgemeinen Maßstäben, die an dieser Stelle „vor die Klammer“ gezogen dargestellt werden:

¹⁵ KOM, Beschluss v. 07.12.2011, SA.32820, ABl. EU 2012 C 29/4, Rn. 8 – *Großbritannien: Forensic Science Services*.

¹⁶ EuGH, Rs. C-364-/92, EU:C:1993:878, Rn. 30 – *Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*; EuGH, Rs. C-113/07 P, EU:C:2009:191, Rn. 71 – *SELEX Sistemi Integrati/Kommission u.a.*

¹⁷ KOM, Entscheidung v. 16.10.2002, N 438/02, ABl. EG 2002 C 284/2 – *Belgien: Subventionen zugunsten der Hafenverwaltungen*.

¹⁸ EuGH, Rs. C-343/95, EU:C:1997:160, Rn. 22 – *Diego Cali & Figli*.

¹⁹ KOM, Entscheidung v. 19.07.2006 N 140/06, ABl. EU 2006 C 244/12 – *Litauen: Besserungsanstalten leitende staatliche Unternehmen in Litauen*.

²⁰ EuGH, Rs. C-138/11, EU:C:2012:449, Rn. 40 – *Compass-Datenbank GmbH*.

²¹ EuGH, Rs. C-49/07, EU:C:2008:376 Rn. 25 – *MOTOE*.

²² EuGH, Rs. C-343/95, EU:C:1997:160, Rn. 16, 18, 23 – *Diego Cali & Figli*.

²³ EuGH, Rs. C-343/95, EU:C:1997:160, Rn. 25 – *Diego Cali & Figli*.



- Das Angebot muss seiner **Natur nach** Gegenstand des **sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrags** sein.
- Der **Staat** muss die **Finanzierungsverantwortung vorrangig** tragen und eine fachliche Aufsicht ausüben.
- Das Angebot muss den Nutzern **entgeltfrei**, d. h. kostenlos oder jedenfalls zu einem (nur) untergeordneten („**symbolischen**“) **Betrag** zur Verfügung stehen, das in keiner Relation zu den Kosten des Angebots steht und daher auch nicht als „**Entgelt**“ für die angebotene Leistung zu werten ist.

56 Diese in der Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfebegriff aufgeführten Voraussetzungen beziehen sich prima facie auf Bildungsleistungen.²⁴ Sie kehren jedoch in unterschiedlichen Nuancen und Intensitäten in der Spruchpraxis zu den einzelnen Fallgruppen des sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrags wieder. Im Folgenden werden diese Fallgruppen und die fallgruppenspezifische Ausgestaltung der genannten Voraussetzungen im Einzelnen dargestellt, soweit Spruchpraxis dazu ersichtlich ist.

aa) Soziale Sicherheit und Gesundheitsfürsorge

57 Im Bereich der **sozialen Sicherheit** ist zwischen **wirtschaftlichen Systemen** und solchen zu unterscheiden, die auf dem **Prinzip der Solidarität** beruhen. Hierfür hat die Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien aufgestellt, anhand derer sie die Natur eines Systems der sozialen Sicherheit beurteilt.²⁵ Ähnliches gilt für die **Gesundheitssysteme** in den einzelnen Mitgliedstaaten, bei denen zwischen solidarischen und wirtschaftlichen Strukturen unterschieden wird. Im zuerst genannten Fall (wie etwa in Spanien) werden **Krankenhäuser** und **Gesundheitsdienstleister** nicht als Unternehmen angesehen, da sie ihre Dienste grundsätzlich unentgeltlich erbringen und nach dem Prinzip der universellen Gesundheitsversorgung arbeiten.²⁶ Bieten diese ihre Dienstleistungen dagegen gegen **Entgelt** an, das von den Patienten oder deren Versicherungen bezahlt wird, so gehen die

²⁴ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 28 ff.

²⁵ Kriterien für ein solidaritätsbasiertes System sind u.a. die verpflichtende Mitgliedschaft, das Verfolgen rein sozialer Zwecke, keine Gewinnerzielung sowie die Kontrolle des Systems durch den Staat, vgl. hierzu EuGH, verb. Rs. C-159/91, EU:C:1993:63, Rn. 13 ff. – *Poucet und Pistre*.

²⁶ Nach der Rechtsprechung ist das spanische nationale Gesundheitssystem ein einschlägiges Beispiel hierfür, vgl. EuGH, Rs. C 205/03 P, EU:C:2006:452, Rn. 25 ff. – *FENIN/Kommission*; vgl. auch Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 24.



Unionsorgane von einem gewissen Wettbewerb – und folglich einer wirtschaftlichen Tätigkeit – aus.²⁷

Praxistipp: Auf kommunaler und regionaler Ebene ist dies in Deutschland vor allem für die Finanzierung von **Krankenhäusern** in öffentlicher Trägerschaft relevant. Angesichts des o. g. Maßstabs dürften solche Krankenhäuser als Unternehmen anzusehen sein. Der Beihilfetatbestand kann für Krankenhäuser unter bestimmten Voraussetzungen aber durchaus aufgrund eines nur regionalen Einzugsbereichs abgelehnt werden (zu solchen Fällen unten Rn. 216, 219, 225). Darüber hinaus kommt eine Betrauung der Träger mit einer sog. **Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** mit den hierfür bestehenden Möglichkeiten in Betracht, einen Tatbestandsausschluss oder jedenfalls eine Befreiung von der Notifizierungspflicht zu erreichen. Dies ist Gegenstand der Ausführungen zu spezifischen Fallgruppen der DAWI unten in Rn. 204 ff..

bb) Bildungsleistungen

- 58 Für Dienstleistungen im **Bildungswesen** wird nach ähnlichen Grundsätzen entschieden. **Nicht-wirtschaftlich** ist die innerhalb eines **nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung**, die **vom Staat finanziert und überwacht** ist.²⁸ Mit solchen Leistungen erfüllt der Staat seinen **sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrag**.

Praxistipp: Die Verordnung (EG) Nr. 68/2001 der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf **Ausbildungsbeihilfen** (ABl. EG 2001 L 10/20), die inzwischen durch die Mitteilung der Kommission für Ausbildungsbeihilfen²⁹ und Art. 31 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)³⁰ ersetzt wurde, enthielt Regelungen über die Freistellung von Ausbildungsbeihilfen. Dies betraf nur Beihilfen, also die Förderung in Bereichen, die als wirtschaftlich angesehen werden. Rn. 6 der Verordnung enthielt aber Ausführungen zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Ausbildungsbereichen und eine vergleichsweise ausführliche Aufzählung derjenigen Ausbildungen, auf die die Verordnung keine Anwendung fand, weil ihr Angebot als **nicht-wirtschaftliche Tätigkeit** anzusehen ist. Auch wenn die Verordnung als solche nicht mehr in

²⁷ Dies ist in vielen Mitgliedstaaten der Fall, s. z. B. EuGH, Rs. C-157/99, EU:C:2001:404, Rn. 53 ff. – *B.S.M. Smits u.a.*

²⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 28.

²⁹ ABl. EU 2009 C 188/1.

³⁰ ABl. EU 2014 L 118/1.



Kraft ist, so sind die darin niedergelegten Grundsätze zur Abgrenzung zwischen dem beihilferechtlich relevanten und nicht relevanten Bereichen der Ausbildungsförderung auch heute noch hilfreich.

- 59 Entscheidend für die Einordnung eines Bildungsangebotes (ggf. auch öffentlicher Institutionen) als „wirtschaftlich“ bzw. „nichtwirtschaftlich“ ist damit dessen **Natur** und dessen **Finanzierungsstruktur**.³¹ Dies gilt grundsätzlich auch für Einrichtungen nicht-öffentlicher Träger, wenn sie als Teil des staatlichen Bildungssystems angesehen werden können. Die Rechtsprechung und die Kommission stufen ein überwiegend vom Staat finanziertes und staatlich überwachtes Bildungsangebot offenbar selbst dann nicht als beihilferelevant ein, wenn kommerzielle Anbieter vergleichbare Dienstleistungen mit Gewinnerzielungsabsicht gegen Entgelt erbringen.³² Es liegt nahe, dass der Grund darin zu sehen ist, dass vergleichbare **Angebote auf wettbewerblicher Basis** (z. B. von privaten **Kindertageseinrichtungen in Ballungsräumen**), die im Zweifel **höhere Preissegmente** abdecken, gerade keine flächendeckende **Grundversorgung** der Bevölkerung gewährleisten könnten. Im Einzelnen:

(1) Bildungsaufgabe „der Natur nach“ staatlich?

- 60 Für **Erstausbildungsmaßnahmen** ist regelmäßig davon auszugehen, dass sie ihrer Natur nach in staatlicher Verantwortung liegen.

Fallbeispiele: Dies wurde bisher für die (Hoch-)Schulbildung und andere **Erstausbildungsmaßnahmen** wie z. B. **Lehre** sowie **Ausbildungs- und Umschulungsmaßnahmen** für Personen ohne Erwerbstätigkeit³³ bzw. Arbeitslose (inkl. Praktika in Unternehmen)³⁴ sowie kommunalen **Kindertageseinrichtungen**³⁵ entschieden.

³¹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 28 f.

³² EuG, Rs. T-220/13, EU:T:2016/484, Rn. 141 ff. – *Scuola Elementare Maria Montessori*; vgl. auch den dem Urteil zugrunde liegenden Beschluss der Kommission vom 19.12.2012, SA.20829, Rn. 172 – *Italien: Scheme concerning the municipal real estate tax exemption granted to real estate used by non commercial entities for specific purposes*; EFTA-Gerichtshof, Rs. E-5/07 – *Private Barnehagers Landesforbund*.

³³ KOM, Entscheidung v. 27.01.2004, N 406/2003, Rn. 15 – *Deutschland (Sachsen): Beihilfe für Berufsbildungsmaßnahmen*.

³⁴ Vgl. die ausdrückliche Klarstellung in Verordnung (EG) Nr. 68/2001, ABl. EG 2001 L 10/20, geändert durch Verordnung (EU) Nr. 363/2004, ABl. EU 2004 L 63/20 und Nr. 1976/2006, ABl. EU 2006 L 368/85, Erwägungsgrund 6.



- 61 Davon sind Bildungsangebote zu unterscheiden, die z. B. unternehmensspezifisch erfolgen,³⁶ und deshalb ihrer Natur nach nicht als staatliche Aufgabe anzusehen sind.

Praxistipp: Bei **Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen** von in einem bestimmten Sektor bereits beschäftigten Personen sieht die Kommission (auch) die Unternehmen des Sektors als (mittelbar) Begünstigte (zur mittelbaren Begünstigung siehe unten Rn 156 ff.) an. Das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens ist damit insoweit ohne Weiteres zu bejahen.³⁷

(2) Finanzierungsstruktur

- 62 Eine Leistung, die ihrer Natur nach im Rahmen des **sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen staatlichen Auftrags** erbracht wird, wird nicht allein durch die Erhebung eines **Entgelts** für die **Nutzer oder Kunden** zu einer **wirtschaftlichen Tätigkeit**. Es kommt vielmehr darauf an, wie sich dieses Entgelt zu den Kosten des Bildungsangebots verhält. Wenn ein Bildungsangebot ganz oder weitgehend durch **Entgelte** von Eltern und Schülern oder **kommerzielle Einnahmen** finanziert wird, ist von einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** auszugehen.³⁸
- 63 Dagegen ändert ein Entgelt an der Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe nichts, wenn die **Finanzierung „überwiegend“³⁹** bzw. **„vorrangig“⁴⁰** staatlich erfolgt bzw. die **Entgelte** der Eltern **symbolischen Charakter** haben, also keine Korrelation zwischen den tatsächlichen Kosten des Bildungsangebotes und dem gezahlten Entgelt besteht. Dies wird regelmäßig angenommen, wenn Entgelte nur einen Bruchteil der Kosten eines Bildungsangebotes decken.⁴¹

³⁵ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-5/07, Rn. 80 ff. – *Private Barnehagers Landesforbund* im Fall eines staatlichen Finanzierungsanteils von 80 %.

³⁶ EuGH, Rs. C-318/05, EU:C:2007:495, Rn. 69 ff – *Kommission/Deutschland*.

³⁷ KOM, Entscheidung v. 27.01.2004, N 406/2003, Rn. 15 – *Deutschland (Sachsen): Beihilfe für Berufsbildungsmaßnahmen*.

³⁸ EuGH, Rs. C-318/05, EU:C:2007:495, Rn. 69 ff – *Kommission/Deutschland*.

³⁹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-5/07, Rn. 80 ff. – *Private Barnehagers Landesforbund* im Fall eines staatlichen Finanzierungsanteils von 80 %.

⁴⁰ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 27.

⁴¹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-5/07, Rn. 80 ff. – *Private Barnehagers Landesforbund* im Fall eines staatlichen Finanzierungsanteils von 80 %.



- 64 Die Abgrenzung zwischen **Erstausbildungsmaßnahmen** im Rahmen des staatlichen Bildungsauftrags und berufsbegleitenden **Weiterbildungsmaßnahmen**, die ggf. ihrer Natur nach kein staatliches Bildungsangebot darstellen, kann schwierig sein. Deshalb kommt der **Finanzierungsstruktur** solcher Angebote für die Entscheidung darüber, ob sie als wirtschaftlich oder nicht-wirtschaftlich einzuordnen sind, eine besondere Bedeutung zu.

Fallbeispiel: Ein Beispiel für einen solchen Grenzfall sind weiterbildende **berufsbegleitende Master-Studiengänge**. Solange es sich dabei um ein allgemeines Studienangebot handelt, dessen Zugangsberechtigung sich von anderen Studiengängen nicht unterscheidet, spricht Überwiegendes dafür, dass eine staatliche Förderung keine Beihilfe darstellt. Denn dann liegt der einzige Unterschied zu Vollzeitstudiengängen darin, dass Absolventinnen und Absolventen ermöglicht wird, gleichzeitig berufstätig sein zu können, ggf. um dadurch ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Verpflichtung besteht, die Studiengänge bzw. Ausbildungen ohne Studiengebühren bzw. Entgelte anzubieten und damit eine staatliche Vollfinanzierung gegeben ist.

- 65 Der Rechtsprechung und Spruchpraxis ist jedoch keine genaue Angabe dazu zu entnehmen, bis zu welchem Anteil der Entgelte an der Finanzierung einer Einrichtung (noch) von einem **Entgelt mit „symbolischem Charakter“** ausgegangen werden kann. Für einen **staatlichen Finanzierungsanteil** von ca. **80 %** wurde dies vom EFTA-Gerichtshof angenommen, und die Kommission beruft sich regelmäßig u. a. auf diese Entscheidung.⁴² Die o. g. Formulierungen aus der Rechtsprechung bzw. der Kommission, dass die Finanzierung „**überwiegend**“ oder „**vorrangig**“ staatlich erfolgen muss, könnten dafür sprechen, dass auch ein staatlicher Finanzierungsanteil von **über 50 %** noch ausreichen würde. Dies kann jedoch nicht verlässlich angenommen werden, da eine Entscheidungspraxis hierzu nicht ersichtlich ist.

Fallbeispiel: Für **Kunstschulen** führt die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, ausdrücklich aus, dass „**überwiegend**“ durch Entgelte für den Unterricht finanzierte Schulen als wirtschaftlich anzusehen sind.⁴³ Auch diese Formulierung gibt also nicht ausdrücklich bzw. konkret Aufschluss darüber, bei welchem Anteil staatlicher Finanzierung z. B. bei Kunstschulen die Grenze zwischen einem nicht-wirtschaftlichen und einem wirtschaftlichen Angebot zu ziehen wäre. In Fällen von Kunstschulen und anderen Bildungsangeboten erscheint es indes jedenfalls im kommunalen

⁴² DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 27.

⁴³ Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 35.



Bereich nicht ausgeschlossen, dass es außerdem an einer **grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung** fehlen und der Beihilfetatbestand auf diese Weise abgelehnt werden könnte (siehe dazu unten Rn. 202 ff.).

- 66 Bildungseinrichtungen und -angebote können durchaus durch Bund und/oder Land und/oder Kommunen „kofinanziert“ sein bzw. von diesen in unterschiedlichem Maß (mit-)finanziert werden. Diese Finanzierungen sind mit Blick auf den staatlichen Finanzierungsanteil zusammenzufassen.

Fallbeispiel: Dies könnte z. B. für **Musikschulen** oder auch **Volkshochschulen** zu berücksichtigen sein.

- 67 Zuschüsse von **Stiftungen** oder **Verbände** o. Ä. können unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls staatliche Mittel darstellen und damit dem staatlichen Finanzierungsanteil zuzurechnen sein (siehe dazu unten den Abschnitt 3. „Finanzierung aus staatlichen Mitteln“, (Rn. 182 und 188). Andernfalls sind solche Zuschüsse sowie Einnahmen aus **Entgelten** und auch andere **Einnahmen** z. B. aus **Vermietungen** o. Ä. dem Finanzierungsanteil zuzurechnen, der nicht staatlich ist.

Exkurs zu Art. 53 AGVO: Im Fall von Rechtsunsicherheit diesbezüglich könnte auch auf Art. 53 AGVO für „Beihilfen für Kultur und die Erhaltung kulturellen Erbes“ zurückgegriffen werden. Dies würde die beihilferechtliche Problematik auch für kulturelle und künstlerische Bildungsangebote lösen, da diese von der Freistellungsmöglichkeit gemäß Art. 53 Abs. 2 lit. e) AGVO ausdrücklich umfasst werden (zu Art. 53 AGVO siehe näher unten Rn. 271 ff.). Dies kann jedoch vor allem für Einrichtungen, die durch verschiedene staatliche Ebenen finanziert werden, Probleme aufwerfen. Denn die Freistellung müsste sowohl z. B. für eine **Landesförderung** als auch z. B. für eine **kommunale Förderung** erfolgen. Wenn die Förderungen nicht auf einer einheitlichen Förderrichtlinie o. Ä. beruhen sollten, die als solche freigestellt werden könnte (so dass die Freistellung alle auf der Grundlage dieser Regelung gewährten Einzelmaßnahmen umfassen würde), wäre ein Freistellung für jede einschlägige Regelung bzw. ggf. auch Einzelmaßnahme (z. B. auch jeder Kommune) erforderlich. Dieses Beispiel zeigt, dass die Nutzung von Freistellungstatbeständen zwar „auf den ersten Blick“ einfach erscheinen kann, es sich „auf den zweiten Blick“ jedoch lohnen kann, den Beihilfetatbestand gründlich zu prüfen. Denn wenn man im Rahmen dieser Prüfung ggf. zu dem Ergebnis kommen kann, dass es schon tatbestandlich an einer Beihilfe fehlt, könnte vor



allem der für die kommunale Ebene mit einer Freistellung verbundene Aufwand vermieden werden bzw. die Voraussetzungen für eine Freistellung müssten nicht eingehalten werden.

(3) Einrichtungen nicht-staatlicher Träger als Teil des staatlichen Bildungsangebots

- 68 Es ist darüber hinaus vor allem im Bildungsbereich grundsätzlich anerkannt, dass auch Einrichtungen nicht unmittelbar staatlicher Trägerschaft Teil eines staatlichen Angebots sein können (z. B. private Grundschulen oder Kindergärten).⁴⁴ Sie können also beihilfefrei gefördert werden, wenn deren Entgelte für Nutzer „**symbolischen Charakter**“ haben und keine anderen, nicht dem Staat zuzurechnenden Einnahmen zur überwiegenden Finanzierung verwendet werden (siehe oben Abschnitt (2)), sie den gleichen **Ausbildungszweck** verfolgen wie die öffentlich-rechtlichen Träger und ein **diskriminierungsfreier Zugang** auf Nutzerebene garantiert ist.⁴⁵

Fallbeispiele: Dies können etwa durch Gesetz vorgesehene Träger der beruflichen Ausbildungen wie **Kammern** oder **Innungen** oder **juristische Personen des Privatrechts** wie z. B. **gewerkschaftliche Vereine** oder **Stiftungen** sein.⁴⁶

- 69 Als gewisses zusätzliches Indiz für die Erfüllung einer Aufgabe als Teil eines staatlichen Bildungsangebotes kann die **Gemeinnützigkeit** des Trägers solcher Einrichtungen gewertet werden. Diese allein genügt jedoch nicht; die anderen genannten Voraussetzungen, insbesondere bzgl. der staatlichen **Überwachung** des Angebots, der **Finanzierungsstruktur** sowie des **diskriminierungsfreien Zugangs**, müssen ebenfalls erfüllt sein.⁴⁷ Dann kann auch ein Angebot eines (gemeinnützigen) privaten Trägers Bestandteil des **staatlichen Bildungsauftrags** sein.

⁴⁴ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 27.

⁴⁵ KOM, Schreiben vom 29.04.2014, SA. 36349, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur: g) Bildungseinrichtungen*.

⁴⁶ KOM, Schreiben vom 29.04.2014, SA. 36349, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur: g) Bildungseinrichtungen*.

⁴⁷ KOM, Beschluss v. 19.12.2012, SA.20829 (C26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)), Rn. 174, *Italy – Scheme concerning the municipal real tax exemption granted to real estate used by non-commercial entities for specific purposes*.



cc) Wohlfahrtspflege und Gesundheitsfürsorge

- 70 Für die Förderung im Bereich der **Wohlfahrtspflege** und **Gesundheitsfürsorge**, z. B. für die Förderung des Angebots **sportlicher und bestimmter wohlfahrtsbezogener Freizeitaktivitäten** (ggf. auch durch gemeinnützige private Einrichtungen), wendet die Kommission die Maßstäbe an, die Gegenstand des vorangegangenen Kapitels bzgl. des Bildungswesens sind, weil beide Bereiche gleichermaßen Gegenstand des sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrags sind. Insoweit besteht ersichtlich eine inhaltliche Überschneidung zum Bereich der Bildung und Erziehung.

Fallbeispiel: In diesen Bereich fallen z. B. die **Jugendarbeit** bzw. **Maßnahmen der Gewaltprävention von Sportvereinen** (sogar durch Profisportvereine), die im Fall der staatlichen Vollfinanzierung von der Kommission als **nicht-wirtschaftlich** und damit die Finanzierung nicht als Beihilfe angesehen werden.⁴⁸ Ganz entsprechend hat die Kommission über eine italienische Regelung zur **Steuerbefreiung** für bestimmte **gemeinnützige Kultur-, Freizeit- und Sportangebote** entschieden, die sie als Leistungen der **Gesundheitsfürsorge** und **Wohlfahrtspflege** angesehen hat. Sie hat dabei darauf abgestellt, dass die Angebote entgeltfrei oder für ein **symbolisches Entgelt** (ohne Relation zu den Kosten des Angebots) zugänglich waren.

dd) Forschung und Lehre in Universitäten und Forschungseinrichtungen

- 71 Der Bereich der sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Aufgabe überschneidet sich mit dem Bereich der unabhängigen Forschung und Lehre an Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Auch der Unterricht an **Hochschulen**⁴⁹ und die **Ausbildung** von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen in **Forschungseinrichtungen** oder **Forschungsinfrastrukturen**⁵⁰ wird als nicht-wirtschaftlich angesehen, weil dies sog. „primäre“ Tätigkeiten von **Forschungseinrichtungen und -infrastrukturen** sind. Dies gilt auch für die **unabhängige Forschung** zur Erweiterung des Wissens und die Verbreitung der Forschungsergebnisse auf nichtausschließliche und nichtdiskriminierende Weise, z. B. durch die **Lehre**, frei zugängliche **Datenbanken**, allgemein zugängliche **Veröffentlichungen** oder

⁴⁸ Zuletzt KOM, Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 (2012/NN), Rn. 60 – *Deutschland: Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins* unter Bezugnahme auf KOM, Entscheidung v. 25.04.2001, N 118/2000, Rn. 11 ff. – *France: Subvention publique aux club sportifs professionnels*.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-109/92, EU:C:1993:913, Rn. 17 ff. – *Stephan Max Wirth/Landeshauptstadt Hannover*.

⁵⁰ FuEul-Unionsrahmen, ABl. EU 2014 C 198/1, Rn. 19.



offene Software.⁵¹ Auch Tätigkeiten des **Wissenstransfers** werden von der Kommission als nicht-wirtschaftlich angesehen, sofern die Gewinne aus diesen Tätigkeiten in die o. g. „primären“ Tätigkeiten der Einrichtungen reinvestiert werden. Dabei schadet es ausdrücklich nicht, wenn entsprechende Dienstleistungen im Wege offener Ausschreibungen an Dritte vergeben werden.⁵²

- 72 Forschung und Entwicklung, die im Auftrag von Unternehmen (**Auftragsforschung**) ausgeführt wird, ist nicht „unabhängig“ und damit auch nicht Teil des staatlichen Bildungs- und Forschungsauftrags von Universitäten und Forschungseinrichtungen. Diese ist als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen.⁵³

ee) **Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes (inklusive Naturschutz)**

- 73 Ebenfalls in den Bereich des o. g. sozialen, kulturellen und bildungspolitischen Staatsauftrags gehören die Förderung von **Kultur** und die **Erhaltung des kulturellen Erbes**. Damit gelten grundsätzlich auch die oben im Bereich der Bildung dargestellten Maßstäbe. Der wirtschaftliche Charakter eines Angebots richtet sich dabei grundsätzlich nach seiner Natur und seiner Organisation (maßgeblich unter Einbeziehung der **Finanzierungsstruktur**⁵⁴). Gleichzeitig werden in diesem Bereich von der Kommission auch Tätigkeiten definiert, für die die objektive **Nicht-Substituierbarkeit** der angebotenen staatlichen Leistungen angenommen und damit mangels „**Markt**“ von einem nichtwirtschaftlichen Charakter der Leistung ausgegangen wird.

(1) **Angebot „der Natur nach“ staatlich?**

- 74 Zunächst stellt sich also die Frage, welche Einrichtungen oder Bereiche „ihrer Natur nach“ grundsätzlich davon erfasst sein können.

Fallbeispiele: Dies gilt grundsätzlich für **Museen, Archive, Bibliotheken, künstlerische und kulturelle Zentren oder Bereiche, Theater, Opern, Konzerthallen, Ausgrabungsstätten, Denkmäler, historische Stätten und Gebäude, Brauchtum und traditionelles**

⁵¹ FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014 C 198/1, Rn. 19a).

⁵² FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014 C 198/1, Rn. 19b).

⁵³ FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014 C 198/1, Rn. 19a), Fn. 5.

⁵⁴ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 35.



(Kunst-)Handwerk, Festivals, Ausstellungen sowie kulturelle und künstlerische Bildung.⁵⁵

Gegenbeispiel: Zum Beispiel die **Restaurierung eines historischen Gebäudes**, das nur von einem **Unternehmen** genutzt wird, ist ohne Weiteres eine **wirtschaftliche Tätigkeit**.⁵⁶

75 Dies schließt auch den Schutz des **Naturerbes** mit ein.

Fallbeispiele: Naturschutzaktivitäten stellen nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten dar.⁵⁷ Dazu gehören die **Bewahrung der Biodiversität, Lebensräume und Arten**.⁵⁸

(2) Nicht-wirtschaftliche Organisation unter Einbeziehung der Finanzierungsstruktur

76 Tätigkeiten, die ihrer Natur nach zu kulturellen bzw. die Kultur bewahrenden Tätigkeiten gehören, müssen auch in nicht-wirtschaftlicher Weise organisiert bzw. angeboten werden. Dies gewährleistet die **staatliche Finanzierung** und die **freie Zugänglichkeit** von Einrichtungen und Angeboten **ohne Entgelt**, so dass deren Finanzierung beihilfefrei erfolgen kann. Doch wie im Bildungswesen führen auch **Entgelte** als solche nicht zwingend zum wirtschaftlichen Charakter eines Angebots. Es kommt vielmehr darauf an, wie hoch diese sind. Solange sie nur einen **Bruchteil der Kosten** decken und nicht als Gegenleistung für die angebotene Leistung angesehen werden können, ist die Grenze zu einem wirtschaftlichen Charakter nicht erreicht.⁵⁹

77 Damit ist für Kulturangebote in gleicher Weise wie für Bildungsangebote unklar, wann genau diese Grenze überschritten wird. Es spricht damit einiges dafür, jedenfalls solange nicht von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgehen zu müssen, als das Aufkommen aus Entgelten der Nutzer weniger als 50 % der Kosten für das einschlägige Angebot deckt, wie es oben für den Bildungsbereich erörtert worden ist (siehe Rn. 64). Gesicherte Spruchpraxis ist dazu auch für den Kulturbereich nicht ersichtlich. Sicher ist nur, dass im umgekehrten Fall einer überwiegenden Finanzierung von Kultureinrichtungen und -angeboten durch Entgelte von Nutzern oder Besuchern vom wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit und damit – bei

⁵⁵ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 33.

⁵⁶ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 35.

⁵⁷ EuG, T-347/09; EU:T:2013:418, Rn. 31 – *Deutschland/Kommission*.

⁵⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 33.

⁵⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 34.



Vorliegen der weiteren Merkmale des Beihilfetatbestandes – von der Beihilferelevanz einer Förderung auszugehen ist.⁶⁰

Fallbeispiele: Kommerzielle **Ausstellungen, Kinos, kommerzielle Konzerte und Festivals** und auch kommerzielle **Kunstschulen** (siehe auch oben Rn. 64).⁶¹

(3) **Objektiv nicht-substituierbare Tätigkeiten**

- 78 Kulturelle oder das kulturelle Erbe bewahrende Tätigkeiten sieht die Kommission teilweise als „**objektiv nicht-substituierbar**“ an. In solchen Fällen schließt sie das Bestehen eines **Marktes** aus. Dies führt aus ihrer Sicht dazu, dass eine Tätigkeit **nicht-wirtschaftlich** ist.⁶² In solchen Fällen spricht einiges dafür, dass es z. B. auf die Frage der **Finanzierungsstruktur** nicht ankommt, da die Kommission aus anderen „**objektiven**“ Gründen ohne Weiteres vom nicht-wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit ausgeht.

Fallbeispiel: Die Unterhaltung **öffentlicher Archive mit einzigartigen Dokumenten**.⁶³

c) **Verbraucherschutz**

- 79 **Verbraucherinformationen**, die kostenfrei zur Verfügung gestellt werden, werden dann als **nicht-wirtschaftliche Tätigkeit** angesehen, wenn sie ausschließlich dem Schutz und der Unterrichtung des Verbrauchers dienen und jegliche Aktion vermieden wird, die Verbraucherinnen und Verbraucher zum Kauf eines bestimmten Erzeugnisses anregt. Eine emotionale Ansprache, die zum Kauf eines Produktes veranlassen soll, darf nicht erfolgen. Die Kriterien für Bewertungen von Produkten müssen dem Verbraucher mitgeteilt werden, so dass die Bewertungen nachvollziehbar sind.⁶⁴

⁶⁰ Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 35.

⁶¹ Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 35.

⁶² Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 36.

⁶³ Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 36.

⁶⁴ KOM, Entscheidung v. 02.10.2002, N 201/02, Ziffer 3.2 – *Deutschland: Verbraucherorientierte Qualifizierung von Regionalinitiativen zur Förderung besonderer Leistungen im Tier- und Umweltschutz*.



d) Errichtung von Infrastruktur

80 Auch die Finanzierung der Errichtung von **Infrastruktur** hat sich zu einem beihilferechtlich relevanten Bereich entwickelt. Bau und Betrieb von Infrastruktur wurden noch bis zum Jahr 2000 von der Kommission als allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme außerhalb der **Beihilfekontrolle** eingestuft. Seitdem wurde eine Kehrtwende vollzogen. Die Unionsgerichte haben dazu im Rahmen der bekannten Flughafenentscheidungen *Aéroports de Paris* und *Flughafen Leipzig/Halle* entschieden, dass der Bau von Infrastruktur, die später wirtschaftlich genutzt werden soll, bereits eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, so dass die Beihilfavorschriften auf die Art ihrer Finanzierung Anwendung finden.⁶⁵ Die Kommission überträgt diese Grundsätze in nunmehr ständiger Entscheidungspraxis auf jede Art von Infrastruktur. Damit ist die Frage, ob die Förderung einer Infrastruktur beihilferechtlich relevant ist, unmittelbar mit der Beurteilung verknüpft, ob der spätere **Betrieb der Infrastruktur als wirtschaftliche Tätigkeit** anzusehen ist. Die Errichtung einer Infrastruktur und die spätere mit und in der Infrastruktur ausgeführte Tätigkeit werden also beihilferechtlich gleichgestellt. Damit ist die Förderung der Errichtung von Infrastruktur so lange beihilferechtlich unbeachtlich, als für die spätere Nutzung eine der bereits in Abschnitt a) oder b) genannten Fallgruppen vorliegt, also eine **hoheitliche Aufgabe** erfüllt wird oder die Nutzung einer **sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen Staatsaufgabe** dient. In diesem Fall erfolgt die Nutzung der Infrastruktur regelmäßig ohne Entgelt oder jedenfalls nur gegen ein symbolisches Entgelt. Verlangen die Betreiber einer Infrastruktur dagegen von den Nutzern ein **Entgelt**, das darüber hinausgeht, geht die Kommission regelmäßig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit aus. Dies gilt nicht nur z. B. für Multifunktionshallen oder andere Freizeiteinrichtungen, sondern z. B. auch für kommunale Versorgungsnetze u. Ä. Es kommt bzgl. Letzterer auch nicht darauf an, ob Entgelte z. B. im Rahmen eines **Anschluss- und Benutzungszwangs** erhoben werden, also aufgrund eines natürlichen Monopols „in“ einem Markt gar kein Wettbewerb um Kunden besteht. Denn insoweit besteht regelmäßig ein Wettbewerb „um“ den einschlägigen Markt.⁶⁶ Dies gilt z. B. für die Vergabe von

⁶⁵ EuG, Rs. T-128/98, EU:T:2000:290, Rn. 125 – *Aéroports de Paris/Kommission*; verb. Rs. T-443/08 u. T-455/08, EU:T:2011:117, Rn. 93 f. – *Flughafen Leipzig-Halle/Kommission*, bestätigt im Rechtsmittelverfahren durch EuGH, Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821. Auch wenn sich die Urteile auf die spezifische Branche des Baus und Betriebs eines Flughafens beziehen, so geht die Kommission davon aus, dass die von den Unionsgerichten entwickelten Grundsätze allgemeiner Natur sind und für jede Infrastruktur gelten, die wirtschaftlich betrieben werden soll.

⁶⁶ Zu dieser Unterscheidung zwischen Wettbewerb „im“ Markt und „um“ den Markt siehe KOM, Entscheidung v. 17.02.2002, N 356/2002, Rn. 75 ff – *United Kingdom: Network Rail*.



Konzessionen zum Betrieb von Infrastrukturen, auf deren Grundlage dem Endkunden die einschlägigen Leistungen gegen Entgelt angeboten werden können bzw. müssen.

Praxistipps: Die Kommission hat der Förderung von Infrastruktur in ihrer neuen Bekanntmachung „**Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV**“ unter Ziffer 7. ein eigenes Kapitel gewidmet (dort Rn. 199 ff.). Darin geht sie naturgemäß auf die Unterscheidung zwischen **wirtschaftlichen** und **nicht-wirtschaftlichen** Tätigkeiten im Rahmen des Betriebs von Infrastrukturen ein. Sie gibt darüber hinaus einen Überblick über mögliche Beihilfen an **Eigentümer** und **Entwickler** von **Infrastrukturen** in den verschiedenen Sektoren, aber auch ggf. **mittelbare Beihilfen** an **Betreiber** oder **Endnutzer**. Daneben wird auch der Aspekt der (potenziellen) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung, der in dieser Handreichung unten in Kapitel III. 5. und 6. erörtert wird, gesondert für die Förderung von Infrastruktur dargestellt. Die Bekanntmachung ist unter dem folgenden Link in deutscher Sprache abrufbar:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=EN)

Daneben gibt es interne Arbeitspapiere auf der Website der Kommission, die sie als „Analyseraster“ für die beihilferechtliche Beurteilung für **Infrastrukturförderung** bezeichnet. Darin werden für die Infrastrukturen **Breitband, Flughäfen, Häfen, Forschung, Entwicklung und Innovation, Kultur, Sport** und **multifunktionale Freizeitangebote, Energie, Abfallmanagement** sowie **Bahn, Metro** und **lokalen Transport** die Fallpraxis vor allem der Kommission selbst aufbereitet und die verschiedenen anzuwendenden Regelungen abgearbeitet. Diese Dokumente sind (nur) in englischer Sprache verfügbar und abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html (vgl. dort unter der Zwischenüberschrift „Analytical grids on state aid to Infrastructure 2016 – 2017“)

81 Für die Förderung der Errichtung von Infrastruktur lassen sich folgende Fallgruppen bilden, in denen sich die genannten allgemeinen Grundsätze widerspiegeln:

aa) Infrastruktur zur hoheitlichen Nutzung

82 Nicht-wirtschaftlich ist ersichtlich die öffentliche Finanzierung von Infrastruktur, die der Wahrnehmung **hoheitlicher Befugnisse** dient.



Fallbeispiele: Darunter fällt etwa **Polizei- und Zollinfrastruktur** oder **Flugsicherungsinfrastruktur**.⁶⁷

bb) Straßen, Tunnel, Brücken, inländische Wasserwege und andere Transportinfrastrukturen

- 83 Die Finanzierung öffentlich gewidmeter und damit diskriminierungsfrei zugänglicher **Straßen** und anderer Verkehrsinfrastruktureinrichtungen wie **Brücken, Tunnel, inländische Wasserwege** wie **Flüsse** und **Kanäle** fällt regelmäßig nicht unter das Beihilferecht. Anders kann sich dies im Falle einer Maut o. Ä. darstellen. Das Gleiche gilt für öffentliche Transportinfrastrukturen wie z. B. **Eisenbahnnetze** oder **städtische (Transport)infrastrukturen**, die nur gegen Entgelt genutzt werden können. In diesen Fällen spricht viel dafür, dass mit Blick auf deren Betrieb eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt und damit – nach der o. g. Rechtsprechung des EuGH *Aéroports de Paris* und *Flughafen Leipzig/Halle* – auch die Errichtung dieser Infrastrukturen dem wirtschaftlichen Bereich zuzurechnen sein kann.⁶⁸

Praxistipp zur möglichen Ablehnung des Beihilfetatbestands aus anderen Gründen:

Ggf. kann diese Frage nach dem wirtschaftlichen Charakter der Errichtung solcher Infrastrukturen zukünftig in bestimmten Fällen offenbleiben, nämlich wenn der Beihilfetatbestand aus anderen Gründen nicht erfüllt wäre. In der **Bekanntmachung über den Beihilfebegriff** der Kommission wird bzgl. der o. g. Infrastrukturen ausdrücklich nahelegt, dass es an einer Wettbewerbssituation und damit an einer **Wettbewerbsverfälschung** bzw. **zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung** fehlen kann. Die Kommission führt dazu sinngemäß aus, dass **umfassende Infrastrukturen**, die ein sog. „**natürliches Monopol**“ begründen, nicht in **unmittelbarem Wettbewerb** zu anderen Infrastrukturen stehen müssen und eine Replikation einer solchen Infrastruktur unökonomisch sein kann.⁶⁹ Damit Wettbewerbsverfälschungen und Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel aus Sicht der Kommission in der Regel ausgeschlossen werden können, nennt sie folgende Bedingungen:

⁶⁷ KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36348, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – b) Anbindung von Gewerbebetrieben oder Gewerbegebieten an das überregionale Verkehrsnetz* (nicht veröffentlicht).

⁶⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 219 f.

⁶⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 219 f. unter Verweis auf Rn. 211 f.



- Die Infrastruktur ist typischerweise keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt.
- Privatfinanzierung ist im einschlägigen Sektor und Mitgliedstaat allenfalls in unbedeutendem Umfang vorhanden.
- Die Infrastruktur ist nicht dazu bestimmt, selektiv einem bestimmten Unternehmen oder Sektor zu dienen, sondern wird von der Allgemeinheit genutzt.⁷⁰

In diesem Zusammenhang betrachtet die Kommission die **(Markt-)Situation** bzgl. der **Errichtung** einer Infrastruktur also isoliert, ohne den späteren **Betrieb** einzubeziehen.⁷¹ Auf diese Weise kann die Finanzierung „klassischer“ öffentlicher Einrichtungen auch dann dem Beihilferecht entzogen sein, wenn diese nur gegen Entgelt genutzt werden können. Spruchpraxis ist hierzu (noch) nicht ersichtlich (siehe dazu auch Rn. 200).

cc) (Kommunale) Ver- und Entsorgungsnetze und -anlagen

- 84 Für die Förderung von Infrastruktur der kommunalen **Wasserver- und Abwasserentsorgung** hat die Kommission noch im Jahr 2003 eine wirtschaftliche Tätigkeit für den Fall verneint, dass die Finanzierung unmittelbar **Gebietskörperschaften** gewährt wird, „die keine Wirtschaftsunternehmen sind“. Es handele sich um einen internen staatlichen Finanztransfer und somit nicht um eine staatliche Beihilfe. Der Bereich der **Abwasserentsorgung** sei eine klassische Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge, die den kommunalen Trägern obliege.⁷²
- 85 An dieser Beurteilung hat sie jedoch im Jahr 2014 aufgrund der „**Entwicklung des Binnenmarktes**“ „in der Zwischenzeit“ ausdrücklich Zweifel geäußert.⁷³ Die Tätigkeit der **Abwasserbehandlung** wird in dieser Entscheidung aufgrund der Erbringung gegen **Entgelt** vielmehr ohne Weiteres als wirtschaftlich angesehen.⁷⁴ Für die **Abfallbewirtschaftung, Wasserversorgung, Abwasserwirtschaft und Recyclingmaterialien** stellt die Kommission ebenfalls ausdrücklich fest, dass es sich dabei um die einkommensstärksten Sektoren im Bereich

⁷⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 211.

⁷¹ Vgl. auch KOM, Entscheidung v. 17.07.2002, N 356/2002, Rn. 75 ff – *United Kingdom: Network Rail*, in der mit Blick auf den Betrieb eines natürlichen Monopols festgestellt worden ist, dass Wettbewerb „im“ Markt nicht besteht, der aber von einem Wettbewerb „um“ den Markt, also darum, das Netz betreiben zu dürfen, zu unterscheiden ist.

⁷² KOM, Entscheidung v. 09.07.2003, N 644/2002, S. 4 – *Deutschland: Ausbau der kommunalen wirtschaftsnahen Infrastruktur*.

⁷³ KOM, Entscheidung v. 01.10.2014, SA.36147, Rn. 163 – *Deutschland: Mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH*.

⁷⁴ KOM, Entscheidung v. 01.10.2014, SA.36147, Rn. 34 – *Deutschland: Mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH*.



der Umweltdienstleistungen handele. Sie geht entsprechend davon aus, dass diese Tätigkeiten grundsätzlich ökonomischer Natur sind.⁷⁵ Daraus folgt gemäß der o. g. Rechtsprechung *Aéroports de Paris* und *Flughafen Leipzig/Halle*, dass auch die Errichtung solcher Infrastrukturen grundsätzlich als **wirtschaftliche Tätigkeit** und damit als beihilferelevant anzusehen ist (zu dieser Rechtsprechung siehe oben Rn. 79).

Praxistipp zur möglichen Ablehnung des Beihilfetatbestands aus anderen Gründen:

Die Errichtung (kommunaler) **Wasserver- und Abwasserentsorgungsnetze** nennt die Kommission in der **Bekanntmachung über den Beihilfebegriff** ausdrücklich als Beispiele dafür, dass es an einer **Wettbewerbsverfälschung** bzw. **zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung** fehlen kann.⁷⁶ Wenn der Beihilfetatbestand für die Finanzierung solcher Infrastrukturen aus diesem Grund abgelehnt werden kann, kann die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Unternehmen“ offenbleiben. Denn schon damit könnte festgestellt werden, dass eine Beihilfe nicht vorliegt, da nicht alle Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt wären. Bezüglich der Voraussetzungen im Einzelnen, wann für die Errichtung solcher Netze das Bestehen von Wettbewerb abgelehnt werden kann, wird oben auf den Praxistipp im vorangegangenen Abschnitt bb) unter Rn. 82 verwiesen.

dd) Touristische Infrastruktur

- 86 Bau, Renovierung und Betrieb zumindest auch **touristischer Infrastrukturen** werden ebenso als nicht-wirtschaftlich angesehen, wenn diese nicht kommerziell genutzt werden bzw. nicht nur in Verbindung mit anderen kommerziellen Tätigkeiten genutzt werden können, im öffentlichen Interesse errichtet wurden und offen sowie diskriminierungsfrei zugänglich sind.⁷⁷ Zur Klarstellung der Beihilferelevanz von Finanzierungsmaßnahmen für (öffentliche) Tourismusorganisationen hat die Kommission den Mitgliedstaaten im Mai 2017 den Entwurf eines gesonderten Arbeitspapiers zur Abstimmung übermittelt. Dieses vertrauliche Dokument ist bislang nicht veröffentlicht worden. Es ist dahermöglich, dass der Abstimmungsprozess zwischen Kommission und Mitgliedstaaten noch nicht abgeschlossen ist.

⁷⁵ KOM, Infrastructure Analytical Grid for Water Infrastructures, Version 2016 - 2017, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_water_en.pdf; Infrastructure Analytical Grid for Waste Management Infrastructures, Version 2016 – 2017, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_waste_en.pdf.

⁷⁶ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 221 unter Verweis auf Rn. 211 f.

⁷⁷ Mit weiteren Bsp. KOM, Schreiben v. 24.04.2014, SA.37755, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – f) Tourismus* (nicht veröffentlicht).



Fallbeispiele: Picknickplätze, (Strand-)Promenaden, öffentliche Toiletten, Fahrradwege.⁷⁸

ee) Sport- und Freizeitinfrastrukturen, Schwimmbäder und Multifunktionsarenen

- 87 Im Fall von **Sport- und multifunktionalen Freizeitinfrastrukturen** ist die Ablehnung des Unternehmenscharakters dagegen eher die Ausnahme. Die Abgrenzung nichtkommerzieller (auch touristischer) Infrastrukturen von kommerziellen Infrastrukturen erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen mit Blick auf deren Bestimmung bzw. Nutzung. Eine **wirtschaftliche Tätigkeit**, die die Unternehmenseigenschaft begründet, liegt danach vor, wenn die Infrastruktur zum **Angebot von Gütern oder Dienstleistungen auf einem einschlägigen Markt** und damit kommerziell genutzt wird. Wenn Nutzer (sowohl **professionelle Nutzer** als auch **Amateure**) eine Nutzungsgebühr entrichten müssen oder wenn die Infrastruktur für die Ausrichtung verschiedener Veranstaltungen gegen Entgelt vermietet wird, wird sie auf kommerzieller Basis genutzt, also für eine wirtschaftliche Tätigkeit.⁷⁹

Fallbeispiele: Die Kommission hat deshalb z. B. für ein **Stadion**, das grundsätzlich für die Nutzung durch einen Profifußballverein der **ersten Liga** bestimmt ist, eine wirtschaftliche Tätigkeit angenommen.⁸⁰ Denn der **Profisport** ist ein großer bzw. wachsender Wirtschaftssektor mit Blick z. B. auf **Ticketverkauf, Spielertransfers, Teilnahme an Turnieren; Verkauf von Ausstrahlungsrechten, Sponsoring, Merchandising, Werbevereinbarungen.**⁸¹ Dagegen wird die **Jugendarbeit** bzw. **Maßnahmen der Gewaltprävention** auch durch Profisportvereine teilweise als Teil des staatlichen (Bildungs-)Auftrags und damit nicht als Beihilfe angesehen⁸² (siehe dazu oben Rn. 70). Wenn Infrastrukturen gefördert werden, die nur der staatlich finanzierten Jugendarbeit bzw. dem

⁷⁸ Mit weiteren Bsp. KOM, Schreiben vom 24.04.2014, SA.37755, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – f) Tourismus* (nicht veröffentlicht).

⁷⁹ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 45-47 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG.*

⁸⁰ Vgl. KOM, Beschluss v. 18.12.2013, SA.35501, Rn. 207 – *France: Financement de la construction et de la rénovation des stades pour l’Euro 2016.*

⁸¹ KOM, Beschluss v. 02.10.2013, SA.36105, Rn. 14 f. – *Deutschland: Fußballstadion Chemnitz.*

⁸² Zuletzt KOM, Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 (2012/NN), Rn. 60 – *Deutschland: Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins* unter Bezugnahme auf KOM, Entscheidung v. 25.04.2001, N 118/2000, Rn. 11 ff. – *France: Subvention publique aux club sportifs professionnels.*



staatlich finanzierten Jugendsportbereich dienen, spricht damit viel dafür, dass damit keine Beihilfe verbunden wäre.

- 88 Vergleichbares gilt für Schwimmbäder und Wellnesskomplexe sowie Multifunktionsarenen und ähnliche Einrichtungen wie Kletterhallen oder Jachthäfen.

Fallbeispiele: Die Kommission hat z. B. die Investition in Modernisierung, Erweiterung und Ausbau eines bestehenden **kommunalen Schwimmbades** zu einem **modernen Thermen-, Fitness-, und Wellnesskomplex** als **wirtschaftliche Tätigkeit** angesehen.⁸³ Auch für **Multifunktionsarenen** liegt nahe, dass diese kommerziell genutzt werden.⁸⁴ Das Gleiche gilt für **Kletterhallen**, sobald sie öffentlich gegen Entgelt zugänglich sind.⁸⁵ Auch **Jachthäfen** werden regelmäßig als reguläre Wirtschaftstätigkeit im Fremdenverkehrsgewerbe angesehen.⁸⁶

- 89 Allerdings kann die Förderung solcher Einrichtungen wie z. B. **Sport- und multifunktionaler Freizeitinfrastrukturen** u. Ä. aufgrund eines (überwiegend) regionalen Bezugs des Angebots aus dem Beihilfetatbestand herausfallen.⁸⁷ Dazu wird unten bei der Darstellung der Tatbestandsmerkmale der potenziellen Wettbewerbsbeschränkung und Handelsbeeinträchtigung in Rn. 197 ff. Stellung genommen.

Exkurs zur AGVO: Investitionsbeihilfen für **Sport- und multifunktionale Freizeit- sowie kommunale Infrastrukturen** sind zukünftig unter den in Art. 55 und 56 AGVO genannten Voraussetzungen von der Anmeldepflicht freigestellt. Das bedeutet, dass ein vergleichsweise

⁸³ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 35 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*, in dem für den Betrieb eines öffentlichen Schwimmbad-, Wellness- und Thermalbadkomplexes mit Saunabereich ohne weiteres von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgegangen wird.

⁸⁴ So z.B. KOM, SA.33618 (12/C), Rn. 35 – *Schweden: Uppsala Arena*.

⁸⁵ KOM, Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 /2012/NN), Rn. 47 – *Deutschland: Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins*; bestätigt durch EuG, Rs. T-162/13, EU:T:2016:341 – *Magic Mountain u.a./Kommission*. Auch das auf nationaler Ebene befasste OVG Berlin-Brandenburg bestätigte die Beihilfeneigenschaft einzelner dem Deutschen Alpenverein gewährten Vorteile nach Zurückverweisung durch das BVerwG (BVerwGE 156, 199 = EuZW 2017, 355), vgl. Urteil v. 18.12.2017, OVG 6 B 3.17, EuZW 2018, 323 – *Deutscher Alpenverein*.

⁸⁶ KOM, Entscheidung v. 29.10.2003, C10/2003, Rn. 16 – *Niederlande: Maßnahmen zugunsten von Jachthäfen ohne Erwerbscharakter*.

⁸⁷ Z.B. die in der vorangegangenen Fn. genannte Entscheidung der KOM v. 29.10.2003, C10/2003, Rn. 52 ff. – *Niederlande: Maßnahmen zugunsten von Jachthäfen ohne Erwerbscharakter*.



unbürokratisches Verfahren genügt, um Zuschüsse gewähren zu können (zum Verfahren und inhaltlichen Voraussetzungen im Einzelnen siehe unten Rn. 246 ff.). Zum Beispiel werden **Schwimmbäder mit Thermal- und Wellnessbereich** als Freizeitinfrastruktur mit multifunktionalem Charakter gemäß Art. 55 AGVO angesehen.⁸⁸ Die gesamte AGVO (und damit auch Art. 55 und 56 AGVO) gilt gemäß der Übergangsvorschrift in Art. 58 AGVO auch für Einzelbeihilfen, die vor deren Inkrafttreten gewährt worden sind.⁸⁹

ff) Breitbandinfrastruktur

- 90 Für die Erschließung mit **Breitbandinfrastruktur** ist zu differenzieren. Solange es sich dabei um eine Kommunikationsinfrastruktur (nur) für öffentliche Einrichtungen handelt, die keine kommerziellen Tätigkeiten ausüben,⁹⁰ und Service-Provider zu Marktbedingungen tätig werden, so dass auch diesen gegenüber eine Beihilfe ausscheidet, ist auch die Errichtung der Infrastruktur beihilfefrei möglich. Sobald eine Öffnung für kommerzielle Investoren stattfindet, kann eine Beihilfe nicht mehr ausgeschlossen werden. Das Gleiche gilt für jeden späteren Ausbau bzw. jedes „Upgrade“ zur kommerziellen Nutzung.⁹¹ Im Übrigen wird hierzu auf das gesonderte Kapitel V.3. zur Förderung von Breitbandausbau verwiesen (siehe unten Rn. 384 ff.).

gg) Infrastruktur zur Erfüllung des sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrags

- 91 Auch Investitionen in die **Konstruktion** oder **Renovierung einer kulturellen Infrastruktur** oder **Renovierung historischer Monumente** für nicht-wirtschaftliche Zwecke werden grundsätzlich als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit angesehen. Das gilt für die Renovierung mit öffentlichen Geldern jedenfalls dann, wenn diese die Zugänglichkeit eines Kulturgutes, das nicht für kommerzielle Zwecke genutzt wird, ohne Einschränkung (diskriminierungsfrei) und

⁸⁸ Vgl. hierzu KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 56 lit. b) – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG.*

⁸⁹ Vgl. KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 50 ff. – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*, in der KOM selbst Art. 55 AGVO i.V.m. der Übergangsbestimmung in Art. 58 AGVO angewendet und Maßnahmen aus dem Jahr 2011 als vereinbar angesehen hat.

⁹⁰ KOM, Entscheidung v. 30.05.2007, N 46/2007, Rn. 17 – *UK: Welsh Public Sector Network Scheme.*

⁹¹ KOM, Introduction to the Analytical grids on state aid to Infrastructure 2016 - 2017, Rn. 9, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/intro_grid_en.pdf



entgeltfrei sicherstellt. Es liegt nahe, dass dies auch für **Schulen** und **Unterrichtsgebäude** gilt, deren anschließende Nutzung ebenfalls als **nicht-wirtschaftlich** anzusehen ist. In diesem Fall wird angenommen, dass der Staat auch damit seinen **sozialen, kulturellen und bildungspolitischen staatlichen Auftrag** erfüllt (siehe dazu oben Rn. 54 ff.), seine Tätigkeit also nicht-wirtschaftlicher Art ist.⁹²

Fallbeispiel: Die Kommission hat z. B. für **öffentliche Bibliotheken** festgestellt, dass deren Förderung im Rahmen des **kulturellen, sozialen und bildungspolitischen staatlichen Auftrags** der Mitgliedstaaten erfolgen kann.⁹³ Damit liegt auch in der Schaffung der baulichen Infrastruktur für diese Nutzung keine wirtschaftliche Tätigkeit vor, und es spricht viel dafür, dass auch deren Förderung beihilfefrei möglich ist.

e) **Erschließung und Revitalisierung von Grundstücken**

- 92 Auch für die (unter Einsatz öffentlicher Mittel erfolgende) **Erschließung** und **Revitalisierung** öffentlichen **Geländes** unmittelbar durch örtliche Behörden hat die Kommission entschieden, dass dies keine wirtschaftliche Tätigkeit sei. Dies sei Teil des öffentlichen Auftrags der örtlichen Behörden, der in der Bereitstellung und Kontrolle von Grundstücken im Einklang mit den örtlichen Plänen der **Stadt- und Raumentwicklung** bestehe. Die mit dem Ziel der Durchführung von **Grundstückerschließungen** erfolgende Übertragung von Mitteln der Bundesrepublik Deutschland und der Bundesländer auf den Haushalt der örtlichen Behörden sei eine Mittelumschichtung zwischen Behörden und daher keine staatliche Beihilfe. Dabei muss jedoch gesichert sein, dass die einschlägigen Erschließungseinrichtungen nicht nur einem Unternehmen, sondern **öffentlich gewidmet** sind. Andernfalls könnte die Erschließungsmaßnahme ggf. eine selektive Beihilfe für das das Grundstück nutzende Unternehmen beinhalten. Eine Widmung (im Sinn der Spruchpraxis der Kommission) für ein Unternehmen und damit keine **öffentliche Widmung** einer Einrichtung im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts liegt vor, wenn diese ausschließlich oder zumindest vorrangig für die Nutzung eines Unternehmens und damit nicht für die Allgemeinheit bestimmt ist.⁹⁴

⁹² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 28 ff.

⁹³ KOM, Beschluss v. 20.11.2012, SA.34891, Rn. 26 – *Poland: state support to Związek Gmin Fortecznych Twierdzy Przemysl*.

⁹⁴ KOM, Beschluss v. 01.10.2014, SA.36147, Rn. 34 – *Deutschland: Mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH*.



- 93 Für die Fälle, in denen die Träger der Erschließungsmaßnahmen nicht nur Gemeinden, sondern z. B. **Joint Ventures** zwischen Gemeinden auf der einen und Gewerbebetrieben auf der anderen Seite waren, ging die Kommission dagegen von der Unternehmenseigenschaft aus.⁹⁵ Der Grund dürfte darin liegen, dass die genannten Einheiten teilweise in privater Trägerschaft ersichtlich nicht der unmittelbaren Kontrolle des Staates unterliegen bzw. nicht in die **Verwaltungsstruktur** eingegliedert sind. Es ist zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass auch private Einrichtungen in die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben eingebunden sein können, wie es oben für den Bereich des **Bildungs- und Schulwesens** dargestellt worden ist (vgl. Rn. 68 f.). Dafür ist jedoch Voraussetzung, dass die Wahrnehmung der Aufgabe der staatlichen Kontrolle unterliegt bzw. in die staatliche Aufgabenerbringung eingebunden ist, wie es z. B. durch eine **staatliche Anerkennung** gewährleistet werden kann. Dies ist für Erschließungsunternehmen nicht ersichtlich. Daran dürfte es liegen, dass die Errichtung von **öffentlich gewidmeten Einrichtungen** im Rahmen eines **Gesamterschließungskonzepts** in Deutschland nach der Spruchpraxis der Kommission derzeit nur dann eine im Rahmen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durchgeführte Tätigkeit **nicht-wirtschaftlicher** Art ist, wenn diese von **örtlichen Behörden** selbst ausgeführt wird.⁹⁶
- 94 Daneben kann mit Blick auf die **Errichtung von Erschließungsinfrastruktur** im Rahmen des **öffentlichen Erschließungsauftrags** der örtlichen Behörden auch der o. g. allgemeine Maßstab für die Errichtung von Infrastruktur zu bedenken sein. Wenn eine solche Erschließungsinfrastruktur anschließend **wirtschaftlich** (gegen **Entgelt**) genutzt wird, kann mitunter auch deren Errichtung im Rahmen der behördlichen Erschließungsaufgabe nicht beihilfefrei gefördert werden, die Beihilfefreiheit jedenfalls nicht aus dem Fehlen einer wirtschaftlichen Betätigung abgeleitet werden. Das kann auch dann gelten, wenn sie Teil eines behördlichen **Gesamterschließungskonzepts** und **öffentlich gewidmet** ist.⁹⁷ Eine Ausnahme gilt u.U. in den o.g. Fällen eines „natürlichen Monopols“, für das die Kommission das Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung ablehnt. (siehe oben Rn. 82).

⁹⁵ KOM, Beschluss v. 27.03.2014, SA.36346, Rn. 33-37 – *Deutschland: GRW-Regelung zur Erschließung von Grundstücken für die industrielle Nutzung.*

⁹⁶ KOM, Beschluss v. 27.03.2014, Beihilfe SA.36346, Rn. 14, 33-37 – *Deutschland: GRW-Regelung zur Erschließung von Grundstücken für die industrielle Nutzung.*

⁹⁷ KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36348, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – b) Anbindung von Gewerbebetrieben oder Gewerbegebieten an das überregionale Verkehrsnetz* (nicht veröffentlicht); für eine wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund der Erhebung von Entgelten trotz öffentlicher Widmung einer Abwasserbehandlungsanlage vgl. KOM, Beschluss v. 01.10.2014, SA.36147, Rn. 134, 156 ff. – *Deutschland: Mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH.*



Praxisbeispiele: Zur beihilfefreien **Geländeerschließung** gehören z. B. **Straßen, Straßenbeleuchtung** und **Lärmschutzwälle**. Dies können auch **Straßen** sein, die **Gewerbebetriebe** oder **Gewerbegebiete** anbinden, soweit diese allen Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen und damit **öffentlich gewidmet** sind. Auch **öffentlich gewidmete Parkplätze** können darunterfallen.⁹⁸ Die öffentliche Finanzierung der Errichtung einer **Abwasserbehandlungsanlage**, die nach Inbetriebnahme gegen **Entgelt** genutzt wird, kann dagegen eine Beihilfe darstellen, auch wenn sie Teil eines behördlichen **Gesamterschließungskonzepts** und **öffentlich gewidmet** ist. Die Frage, ob es sich bei einer solchen Abwasserbehandlungsanlage um eine sog. umfassende Infrastruktur und ein natürliches Monopol handeln könnte, das eine Wettbewerbsverfälschung und grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung ausschließt (s.o. Rn. 82), hat die Kommission in der einschlägigen Entscheidung nicht erörtert.⁹⁹

f) Beihilferechtswidrige Quersubventionierung wirtschaftlicher Bereiche?

- 95 Eine Einheit, die sowohl **nicht-wirtschaftliche** als auch **wirtschaftliche (Neben-)Tätigkeiten** ausübt, ist nur im Hinblick auf weitere als Unternehmen anzusehen.¹⁰⁰ Wird nur der nicht-wirtschaftliche Teil einer Einheit öffentlich gefördert, liegt grundsätzlich keine Beihilfe vor. In diesem Fall kann es jedoch zu einer **Quersubventionierung** der wirtschaftlichen Tätigkeit der Einheit kommen, die eine Beihilfe darstellen kann.
- 96 Insoweit können sich grundsätzlich auch geringfügige Nebentätigkeiten beihilferechtlich auswirken. Die Beihilferelevanz einer wirtschaftlichen Nebentätigkeit ist grundsätzlich unabhängig von deren Umfang (etwas anderes gilt für die Nutzung derselben Infrastruktur/Einrichtung zu wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Zwecken, siehe dazu unten Rn. 98 ff.).¹⁰¹ Die Kommission und die Rechtsprechung berücksichtigen eine kommerzielle **Nebentätigkeit** aber dann nicht, wenn sie mit dem Zweck einer nicht-wirtschaftlichen Haupttätigkeit **untrennbar** bzw. **integral** verbunden ist, wenn die

⁹⁸ KOM, Beschluss v. 01.10.2014, SA.36147, Rn. 149 ff. – *Deutschland: Mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH.*

⁹⁹ KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36348, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – b) Anbindung von Gewerbebetrieben oder Gewerbegebieten an das überregionale Verkehrsnetz* (nicht veröffentlicht); für eine wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund der Erhebung von Entgelten trotz öffentlicher Widmung einer Abwasserbehandlungsanlage vgl. KOM v. 01.10.2014, SA.36147, Rn. 134, 156 ff. – *Deutschland: Mutmaßliche Infrastrukturbeihilfe zugunsten der Propapier PM2 GmbH.*

¹⁰⁰ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 9.

¹⁰¹ EuG, Rs. T-347/09; EU:T:2013:418, Rn. 33-45 – *Deutschland/Kommission.*



Haupttätigkeit sie erfordert. Nach der Rechtsprechung ändert eine wirtschaftliche Nebentätigkeit an der Gesamtbeurteilung einer Tätigkeit als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Fall nichts.¹⁰² Wenn z. B. kommunale Behörden im Rahmen der mittelbaren Selbstverwaltung oder Beliehene sowohl hoheitliche (und damit nicht-wirtschaftliche) als auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, ist demnach zu prüfen, ob die wirtschaftliche Tätigkeit untrennbar mit der Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe verbunden ist.

Fallbeispiel: Der EuGH hat die Hoheitlichkeit z. B. für die Erfassung von Unternehmensdaten auf der Grundlage einer Unternehmen obliegenden **Meldepflicht** und entsprechender **Durchsetzungsbefugnisse** im Rahmen einer kartellrechtlichen Entscheidung bejaht. Er hatte darüber zu entscheiden, ob die entgeltliche Gewährung von Einsicht in eine **Datenbank** der so erhobenen Unternehmensdaten eine wirtschaftliche Tätigkeit ist. Der EuGH nahm in diesem Fall die **Untrennbarkeit** der Einsichtnahme der Öffentlichkeit in die Daten von deren Erfassung an, da letztere andernfalls weitgehend nutzlos wäre. Deshalb wurde auch die Einsichtnahme nicht als (eigenständige) **wirtschaftliche Tätigkeit** angesehen.¹⁰³

- 97 Liegt jedoch eine beihilferelevante wirtschaftliche (Neben-)Tätigkeit einer im Übrigen nicht-wirtschaftlichen Einheit vor, ist der Beweis zu erbringen, dass es nicht zu einer **Quersubventionierung** kommen kann. Dies ist dadurch möglich, dass beide Arten der Tätigkeit und ihre Finanzierung durch geeignete **Buchführungssysteme** (im Jahresabschluss) voneinander getrennt werden. **Kosten** und **Erlöse** sind der **nicht-wirtschaftlichen** oder der **wirtschaftlichen Tätigkeit** direkt zuzuordnen, soweit dies möglich ist. Ist dies nicht möglich (z. B. bei Gemeinkosten), sind die einschlägigen Kosten und Erlöse entsprechend **aufzuschlüsseln**. Dafür können die Maßstäbe für eine **getrennte Buchführung** gemäß Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 der sog. **Transparenzrichtlinie**¹⁰⁴ herangezogen werden. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Empfänger einer Förderung die Trennung der Finanzierung der

¹⁰² EuG, Rs. T-347/09; EU:T:2013:418, Rn. 41 – *Deutschland/Kommission*.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-138/11, EU:C:2012:449, Rn. 38 – *Compass-Datenbank GmbH/Österreich* unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-113/07 P, EU:C:2009:191, Rn. 72 ff. – *SELEX Sistemi Integrati/Kommission* (Dies sind Entscheidungen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, in deren Rahmen der funktionale Unternehmensbegriff gleichermaßen Anwendung findet).

¹⁰⁴ ABl. EG 2006 L 318/17.



einschlägigen Tätigkeiten nachweisen können. Des Weiteren muss die bestimmungsgemäße Verwendung der Zuwendungen nachgewiesen werden können.¹⁰⁵

Fallbeispiel: Die Tätigkeit für den Naturschutz ist von **wirtschaftlichen Nebentätigkeiten** zu trennen. Wenn also eine kommunale Unterstützung z.B. von Naturschutzaktivitäten erfolgt, ist darauf zu achten, dass keine wirtschaftlichen Nebentätigkeiten vorliegen bzw. dass insofern jedenfalls die Kostentrennung sichergestellt ist, die eine beihilferechtlich relevante Quersubventionierung verhindert. Im Fall der Naturschutzaktivitäten sind etwa der **Verkauf von Holz, Jagd- oder Fischereipacht** sowie **touristische Angebote** denkbare Nebenaktivitäten. Dies sind wirtschaftliche Tätigkeiten und Beihilfen insoweit damit möglich. Das gilt auch, wenn solche Tätigkeiten von **Naturschutzverbänden** ausgeführt werden, um dazu beizutragen, die Projektkosten der **Naturschutzorganisationen** zu decken und damit staatliche Zuschüsse zu senken. Daran ändern die Umstände nichts, dass solche Angebote aufgrund des geringen Umfangs oder der Berücksichtigung von Umwelterfordernissen weniger wettbewerbsfähig und deshalb nicht besonders rentabel sein mögen.¹⁰⁶

- 98 Eine **Quersubventionierung** im öffentlichen Unternehmensverbund kann auch in Form von sog. **Shared Services** erfolgen. Dazu kann eine gemischte bzw. gemeinsame Nutzung von **Infrastrukturen** sowohl zu wirtschaftlichen als auch nicht-wirtschaftlichen Zwecken (z. B. ein **Flughafen**, der für **Militär- und Zivilluftfahrt** genutzt wird) führen. In diesem Fall ist grundsätzlich ebenfalls die o. g. **Trennungsrechnung** erforderlich, um eine beihilferechtswidrige Quersubventionierung auszuschließen.

Praxistipp: Dazu sind im Rahmen der o. g. **Trennungsrechnung** die **Kosten und Erlöse** für die gemeinsam genutzten Kapazitäten verursachungsgerecht **aufzuschlüsseln**.¹⁰⁷ Damit die Nutzung insgesamt beihilfefrei erfolgen kann, müssen die für die wirtschaftliche Nutzung ausgewiesenen Kosten vom Nutzer getragen werden.

- 99 Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff ausgeführt, dass die Finanzierung einer Infrastruktur auch dann ganz aus dem Beihilferecht herausfallen kann, wenn sie „fast ausschließlich“ für die **nicht-wirtschaftliche Tätigkeit** genutzt wird. Damit

¹⁰⁵ KOM, Entscheidung v. 18.03.2008, N 616/2007, Rn. 13 und 77 – *Deutschland: FuEuI-Beihilferegelung „Spitzencluster-Wettbewerb“*.

¹⁰⁶ EuG, Rs. T-347/09; EU:T:2013:418, Rn. 33-45 – *Deutschland/Kommission*.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-303/88, EU:C:1991:136, Rn. 11-14 – *Italien/Kommission*; Rs. C-482/99, EU:C:2002:294, Rn. 52 ff – *Frankreich/Kommission*; Rs. C-345/02, EU:C:2004:448, Rn. 36 f. – *Pearle u.a.*; EuG, Rs. T-135/05, EU:T:2006:366, Rn. 139 ff. – *EARL/Kommission*.



würde auch die **Trennungsrechnung** hinfällig. Die Kommission präzisiert in der Bekanntmachung die Maßstäbe dafür. Das Beihilferecht soll danach nicht für wirtschaftliche **Nebentätigkeiten** gelten, die mit dem Betrieb der genannten Infrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich sind oder in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit stehen. Im Allgemeinen seien für solche Nebentätigkeiten die gleichen Produktionsfaktoren erforderlich wie für die nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeiten, z. B. **Materialien, Ausrüstung, Arbeit und Anlagevermögen**. Was die **Kapazität der Infrastruktur** betreffe, müssten die wirtschaftlichen **Nebentätigkeiten** in ihrem Umfang begrenzt bleiben.¹⁰⁸ Davon ist nach der Bekanntmachung auszugehen, wenn die durch die wirtschaftliche Tätigkeit genutzte jährliche Kapazität **20 % der jährlichen Gesamtkapazität** nicht übersteigt.¹⁰⁹ Es liegt nahe, dass sich dies an der bereits bestehenden Regelung für **Forschungsbeihilfen** orientiert. Auch in diesem Bereich liegt eine Beihilfe insgesamt nicht vor, wenn für die wirtschaftlichen Tätigkeiten dieselben Inputs (Material, Ausrüstung, Personal, Anlagekapital) eingesetzt werden wie für nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten und wenn die für die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jährlich zugewiesene Kapazität nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der betreffenden Einrichtung bzw. **Infrastruktur** beträgt.¹¹⁰ Spruchpraxis der Unionsgerichte hierzu ist (noch) nicht ersichtlich. Zwar hat Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-74/16 Kritik an der von der Kommission zugrunde gelegten 20 %-Schwelle geübt. Gegenstand dieser Rechtssache war ein Vorlageersuchen eines spanischen Verwaltungsgerichts zur beihilferechtlichen Relevanz eines Steuerprivilegs für kirchliche Einrichtungen. Der EuGH hatte über die Frage zu befinden, ob die Steuerbefreiung gegen das Verbot staatlicher Beihilfen verstößt, soweit sie auch für wirtschaftliche Tätigkeiten gewährt wird, mit denen kein strikt religiöser Zweck verfolgt wird. Unter Bezugnahme auf allgemeine wettbewerbs- und steuerrechtliche Grundsätze wies die Generalanwältin bei dieser Gelegenheit darauf hin, dass von einer nur untergeordneten und damit beihilferechtlich unbeachtlichen wirtschaftlichen **Nebentätigkeit** nur ausgegangen werden könne, wenn sie vom Umfang her weniger als 10 % der Tätigkeit der betreffenden Einrichtung ausmache.¹¹¹ In seinem darauf ergangenen Urteil ist der EuGH auf das Vorliegen bzw. die konkreten Anforderungen an eine nur untergeordnete wirtschaftliche Betätigung nicht eingegangen.

¹⁰⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 207.

¹⁰⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 207, Fn.305.

¹¹⁰ Unionsrahmen für FuEuI-Beihilfen, ABl. EU 2014 C 198/1, Rn. 20.

¹¹¹ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, Rs. C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 58 – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe*.



Vielmehr hat der Gerichtshof es bei der allgemeinen Feststellung belassen, dass die in Rede stehende Steuerbefreiung nur dann eine Beihilfe für die in jenem Verfahren betroffene Bildungseinrichtung sein könne, wenn zumindest ein Teil ihrer Unterrichtstätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen sei. Letzteres sei vom vorlegenden Gericht zu prüfen.¹¹²

Praxistipp: Im Wissenschaftsbereich (in dem die „20 %-Klausel“ wie dargestellt bereits etabliert ist) wird vertreten, dass mit der „Gesamtkapazität der betreffenden Einrichtung“ die Kapazität derjenigen Einrichtung gemeint ist, die selbständig in der Lage wäre, die betreffende Nebentätigkeit, um die es geht, auszuführen.¹¹³ Damit soll verhindert werden, dass „Nutzungsanteile“ z. B. eines abgrenzbaren Tochterinstituts oder Labors mittels der Gesamtkapazität einer übergeordneten Infrastruktur verwässert werden. Das wäre auch im Fall kommunaler oder anderer Infrastrukturen zu beachten, die „teilbar“ und damit getrennt nutzbar sind.

100 Im Fall der gemeinsamen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Nutzung einer Infrastruktur bzw. auch der anderen genannten Ressourcen wäre also der Umfang bzw. der Anteil der wirtschaftlichen Nutzung an der Gesamtnutzung der Infrastruktur (bzw. abtrennbarer und damit getrennt nutzbarer Teile einer Gesamtinfrastruktur, soweit dies möglich ist) zu berücksichtigen. Anhand dieses Anteils kann danach im Ergebnis entschieden werden, ob es einer Trennungsrechnung bedarf oder nicht. Es ist indes denkbar, dass sich eine Trennungsrechnung in diesem Fall in jedem Fall als sinnvoll oder gar erforderlich erweist, um den Nachweis über den Anteil an der wirtschaftlichen bzw. nicht-wirtschaftlichen Nutzung der Infrastruktur führen zu können.

Praxistipp: Einer Trennungsrechnung bedarf es ggf. auch dann nicht, wenn die wirtschaftliche Nutzung einer im Übrigen nicht-wirtschaftlich genutzten Infrastruktur eines der anderen Merkmale des Beihilfetatbestands nicht erfüllt. Dies ist insbesondere für das unten in Abschnitt 6. genannte Tatbestandsmerkmal der **grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung** zu prüfen (Rn. 202 ff.). Hierzu hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, ausgeführt, dass „übliche wirtschaftliche Zusatzleistungen“ wie z. B. **Restaurants, Shops oder bezahlte Parkplätze** ggf. mangels Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals unberücksichtigt bleiben können, wenn die einschlägige Infrastruktur im Übrigen nicht-wirtschaftlich genutzt wird. Die Kommission

¹¹² EuGH, Rs. C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 63 f. – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe*.

¹¹³ Von Wendland, BRZ 2015, 203 (207).



geht insoweit davon aus, dass Besucher der Infrastruktureinrichtung aus anderen Mitgliedstaaten im Zweifel nicht von diesen Versorgungseinrichtungen angezogen werden bzw. es unwahrscheinlich ist, dass deren Förderung (ggf. durch eine **Quersubventionierung**) mehr als nur einen marginalen Effekt auf **grenzüberschreitende Investitionen** oder die **Niederlassung von Unternehmen** haben kann. Damit spricht viel dafür, dass es z. B. im Fall eines Restaurantbetriebs einer insgesamt nicht-wirtschaftlich genutzten Infrastruktur einer Trennungsrechnung nicht bedarf. Spezifische Spruchpraxis ist hierzu (noch) nicht ersichtlich.

2. Begünstigung

101 Eine Begünstigung ist bei jedem wirtschaftlichen Vorteil gegeben, den ein Unternehmen erhält, den es unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates nicht erhalten hätte. Der Begriff der Begünstigung erfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen und andere wirtschaftliche Vorteile jeder Art, sondern auch die Befreiung eines Unternehmens von wirtschaftlichen Lasten. Dies gilt für alle Fälle, in denen Wirtschaftsbeteiligte von Kosten befreit werden, die mit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zwangsläufig verbunden sind.¹¹⁴

Praxistipp: Dies können z. B. die Befreiung von **Personalkosten** oder die Übernahme von einer **Lohnzulage** sein. Letzteres gilt auch dann, wenn das Unternehmen zur Zahlung der Zulage nicht verpflichtet war.¹¹⁵ Dies können aber auch **Steuererleichterungen** sein. Für solche gelten insbesondere für die Selektivität spezielle Prüfungsmaßstäbe, die entsprechend im Kapitel „III. 4. Selektivität“ gesondert erläutert werden.

102 Nach ständiger Rechtsprechung spielt es für die Frage des Vorliegens einer Beihilfe keine Rolle, ob der Staat mit der Maßnahme Gründe des Gemeinwohls verfolgt und sich sein Verhalten daher aus politischer Sicht vernünftig darstellt. Das Merkmal der Begünstigung ist **wirkungsbezogen** auszulegen, d. h. maßgeblich für eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sind nicht die Gründe oder Ziele einer staatlichen Maßnahme, sondern nur deren Wirkung in der Form eines wirtschaftlichen Vorteils (sog. **Wirkungsdoktrin**).¹¹⁶ Die mit

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-126/01, EU:C:2003:622, Rn. 28 ff – *GEMO SA*.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-241/94, EU:C:1996:353, Rn. 40 – *Frankreich/Kommission*; Rs. C-5/01, EU:C:2002:754, Rn. 38 und 39 – *Belgien/Kommission*; EuG, Rs. T-565/08, EU:T:2012:415, Rn. 137 und 138 – *Corsica Ferries France SAS/Kommission*, im Rechtsmittelverfahren bestätigt durch EuGH, verbundene Rechtssachen C-533/12 P und C-536/12 P, EU:C:2014:2142 – *SNCM und Frankreich/Kommission*.

¹¹⁶ Ständige Rspr. seit EuGH, Rs. C-173/73, EU:C:1974:71 Rn. 26-28 – *Italien/Kommission*.



einer Förderung regelmäßig verfolgten sozialen, arbeitsmarktpolitischen, umweltpolitischen oder anderen Ziele von gemeinsamem Interesse schließen also auch für staatliche oder gemeinnützige Organisationen das Vorliegen einer Beihilfe nicht aus. Soziale, wirtschaftspolitische oder andere Zielsetzungen einer Maßnahme können allein im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Binnenmarkt, also auf der Rechtfertigungsebene, von Bedeutung sein (s.u. III.2.).

a) **Wirtschaftlicher Vorteil**

103 Um festzustellen, ob ein Unternehmen begünstigt wird, ist zunächst zu prüfen, ob es durch eine staatliche Maßnahme einen wirtschaftlichen, d.h. geldwerten Vorteil erhält.

aa) **Altmark Trans**

104 Mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Altmark Trans* hat der Gerichtshof einen Vorteil dann abgelehnt, wenn **nur die Mehrkosten für die Wahrnehmung von sogenannten gemeinwirtschaftlichen Aufgaben** ausgeglichen werden. Hierfür müssen vier Kriterien kumulativ erfüllt sein:¹¹⁷

- Das Unternehmen, welches die staatlichen Zahlungen erhält, muss mit der Erfüllung klar definierter **gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen** betraut sein, wobei Art, Dauer und Umfang der Tätigkeit bereits im **Betrauungsakt** bestimmt sein müssen.
- Die **Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen** müssen bereits im Vorhinein objektiv und transparent aufgestellt werden.
- Der Ausgleich darf nicht zu einer **Überkompensation** führen, nur ein **angemessener Gewinn** ist zulässig.
- Die Höhe des zu gewährenden Ausgleichs ist – wenn möglich – im Rahmen eines **Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge** zu bestimmen, andernfalls ist der Ausgleich auf der Grundlage einer **Analyse der Kosten** zu bestimmen, die für die Erfüllung der Verpflichtungen bei einem **durchschnittlichen, gut geführten und für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung angemessen ausgestatteten Unternehmen** entstehen würden.

105 Damit knüpft das Gericht hohe Anforderungen daran, dass staatliche Ausgleichszahlungen für die Erbringung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe, die als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) bezeichnet wird, als beihilfefrei anzusehen sind. An dieser Stelle wird auf diese Anforderungen jedoch (noch) nicht im Einzelnen

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415, Rn. 89-93 – *Altmark Trans*.



eingegangen. Denn die *Altmark-Trans*-Rechtsprechung führt in der Praxis faktisch fast nie zum Ausschluss des Beihilfetatbestands. Insbesondere **das vierte *Altmark-Trans*-Kriterium** ist in der Praxis kaum zu erfüllen, wenn das mit der Erbringung von DAWI betraute Unternehmen nicht im Rahmen eines **öffentlichen Vergabeverfahrens** ausgewählt wird. Eine Inhouse-Vergabe erfüllt dieses Kriterium nicht, weil es sich dabei gerade nicht um ein öffentliches Vergabeverfahren handelt.

106 Die Kommission hat diesem Umstand, dass das vierte *Altmark*-Kriterium in der Praxis schwer zu erfüllen ist, mit weiteren Sonderregelungen für DAWI Rechnung getragen, dem sog. **DAWI-Rahmen** ¹¹⁸ und dem sog. **DAWI-Freistellungsbeschluss**. ¹¹⁹ Diese Sonderregelungen für DAWI spielen in der Praxis eine große Rolle. Sie sind strikt von der Prüfung des Beihilfetatbestandes zu trennen. Denn sie verlangen die Erfüllung des vierten *Altmark*-Kriteriums nicht. Damit kann ein Vorteil nicht entsprechend der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung ausgeschlossen werden, es ist also tatbestandlich von Beihilfen auszugehen. Deshalb regeln der sog. DAWI-Rahmen und der sog. DAWI-Freistellungsbeschluss unter Bezugnahme auf Art. 106 Abs. 2 AEUV, wann Beihilfen für DAWI als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können bzw. von einer Notifizierungspflicht freigestellt sind. Auf diese Regelungen ist also im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit für DAWI (auf der Ebene der Rechtfertigung von Beihilfen) zurückzukommen (siehe dazu unten das Kapitel zur spezifischen Fallgruppe „DAWI“ in Rn 304 ff.)

bb) Ausschluss eines Vorteils durch Wertabschöpfung u. Ä.

107 Mit Blick auf die Prüfung eines Vorteils ist die Spruchpraxis der Kommission zu Wert- bzw. Gewinnabschöpfungsregelungen zu betrachten. Denn solche Regelungen können unter bestimmten Voraussetzungen verhindern, dass ein Vorteil entsteht.¹²⁰

Fallbeispiele: Im Fall der Förderung der **Erschließung von Grundstücken** durch die öffentliche Hand hat die Kommission die Gemeinden selbst nicht als Unternehmen und damit nicht als taugliche Beihilfeempfänger angesehen. Sie hat dies damit begründet, dass **Erschließung** und **Revitalisierung** Teil ihres **öffentlichen Auftrags** sei. Andere Einrichtungen (auch ohne Gewinnerzielungsabsicht) und Joint Ventures (zwischen

¹¹⁸ DAWI-Rahmen, ABl. EU 2012 C 8/15.

¹¹⁹ DAWI-Freistellungsbeschluss, ABl. EU 2012 L 7/3.

¹²⁰ KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36347 (2013/N), *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – Gewerbezentren* (nicht veröffentlicht).



Gemeinden und Gewerbetreibenden) wurden dagegen als Unternehmen angesehen (siehe unten Rn. 91 ff.). Für diese wurde aber der **Vorteil** ausgeschlossen, wenn alle Träger verpflichtet waren, etwaige Überschüsse aus dem Verkauf der revitalisierten Grundstücke an den Zuwendungsgeber abzuführen.¹²¹

Ganz entsprechend geht die Kommission bzgl. der Zuschüsse für Vorhabenträger für die **Errichtung von Gewerbezentren** vor. Auch diesbezüglich wird ein Vorteil u.a. abgelehnt, wenn neben einer Ausschreibung der Maßnahme entsprechend der **vergaberechtlichen Vorschriften** eine „**Gewinnabschöpfung**“ vorgesehen ist. In dem entschiedenen Fall erfolgt diese nach 15 Jahren, wenn die Gebäude im Eigentum der Träger verbleiben. Die Berechnung des Gewinns erfolgt mit der **Ertragswertmethode** (z. B. **Discounted-Cash-Flow(DCF)-Methode**). Es wurden einschließlich des Gebäuderestwertes alle Gewinne und Verluste berücksichtigt, die dem Träger in den 15 Jahren des Betriebs des Zentrums entstanden sind.¹²²

108 In den Entscheidungen der genannten Fallbeispiele wird die o. g. Rechtsprechung **Altmark Trans** und die darin vorgesehene *Überprüfung*, ob und inwieweit eine Betrauung vorliegt, Kosten für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vorab bestimmt werden müssen und nicht überkompensiert werden dürfen, nicht erwähnt. Die Kommission verlangt in diesen Fällen auch dann keine **Betrauung** als „**DAWI**“, wenn die einschlägige Tätigkeit nicht durch örtliche Behörden, sondern Unternehmen durchgeführt wird. Sie lässt in diesen Fällen die **Abschöpfung der Nettogewinne** (also Einnahmen nach Abzug der Kosten) zur Verneinung eines Vorteils auf der Ebene des die öffentliche Aufgabe ausführenden Unternehmens genügen. Damit auch anderen Unternehmen durch die öffentlich (mit-)finanzierte Tätigkeit kein (mittelbarer) Vorteil hieraus erwächst, ist darauf zu achten, dass diese für sämtliche von ihnen bezogenen Leistungen und Güter, die aus der öffentlich (mit-) finanzierten Aufgabe erwachsen, ein marktübliches Entgelt entrichten.

b) Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten

109 Eine Begünstigung liegt vor, wenn einem Vorteil keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass wirtschaftliche Transaktionen einer öffentlichen Einrichtung oder eines öffentlichen Unternehmens der Gegenseite keinen Vorteil

¹²¹ KOM, Beschluss v. 27.03.2014, SA.36346, Rn. 37 – *Deutschland: GRW – Regelung zur Erschließung von Grundstücken für die industrielle Nutzung.*

¹²² KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36347 (2013/N), *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – Gewerbezentren* (nicht veröffentlicht).



verschaffen, sofern sie zu **marktüblichen Bedingungen** erfolgen.¹²³ Dies wird von der Kommission anhand des sog. **Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten** („*Market Economy Operator Test*“ – *MEOT*) überprüft. Danach ist die Frage zu beantworten, ob sich ein hypothetischer privater Wirtschaftsbeteiligter in der Lage der einschlägigen staatlichen Stelle entsprechend verhalten hätte bzw. eine Finanzierungsmaßnahme zu entsprechenden Bedingungen durchführen würde.

110 Das **Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten** bereitet dann wenig Schwierigkeiten, wenn die Beurteilung der Marktgemäßheit eines Handelns unmittelbar aufgrund des Sachverhalts selbst empirisch erfolgen kann, es also keiner hypothetischen Betrachtung bedarf.¹²⁴

- Dies ist der Fall bei Transaktionen, bei denen private und öffentliche Wirtschaftsbeteiligte, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, zu gleichen Bedingungen teilnehmen (sog. **Pari-passu-Transaktionen**). Dies bedeutet insbesondere, dass die Maßnahmen gleichzeitig beschlossen und durchgeführt sein sollten. Die Beteiligung des privaten Wirtschaftsbeteiligten muss darüber hinaus eine **reale wirtschaftliche Bedeutung** haben (darf also nicht zu gering sein).¹²⁵ Es sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, die für den privaten oder den öffentlichen Kapitalgeber spezifisch sind und den Vergleich verfälschen könnten.¹²⁶ Im Bereich von Risikofinanzierungsmaßnahmen geht die Kommission davon aus, dass eine private Beteiligung unter identischen Bedingungen und simultan mindestens 30 % betragen muss.¹²⁷
- Die zweite Fallgruppe hierfür sind **wettbewerbliche transparente, diskriminierungs- und bedingungsfreie Ausschreibungsverfahren** in Einklang mit den Grundsätzen der **Vergaberichtlinien**. Dies gilt insbesondere für den Verkauf von Vermögenswerten, Waren oder Dienstleistungen. Da hier die Marktteilnehmer im Wettbewerb selbst über den Preis entscheiden, spiegelt dieser in der Regel das natürliche Marktgleichgewicht wider.¹²⁸

¹²³ EuGH, Rs. C-303/88, EU:C:1991, Rn. 20 – *Italien/Kommission*.

¹²⁴ EuG, Rs. T-358/94, EU:T:1996:194, Slg. 1996, II-2109, Rn. 148 f. – *Air France/Kommission*; EuG, Urteil vom 24.09.2008, Rs. T-20/03, EU:T:2008:395, Slg. 2008, II-2305, Rn. 254 – *Kahla/Thüringen Porzellan GmbH/Kommission*.

¹²⁵ KOM, Beschluss v. 22.07.2009, NN 40/2009, Rn. 15 f. – *Österreich: Rekapitalisierung der Landes-Hypothekenbank Steiermark Aktiengesellschaft*.

¹²⁶ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 87; vgl. auch EuG, Rs. T-152/99, EU:T:2002:188 Rn. 167 – *Hijos de Andrés Molinas, SA (HAMSA)/Kommission*.

¹²⁷ Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl. EU 2014 C 19/4, Rn. 31 ff.

¹²⁸ KOM, Entscheidung v. 09.04.2002, K(2002)1339, ABl. EG 2003 L 66/36, Rn. 31 – *Deutschland: Maßnahmen zugunsten von Unternehmungen der LEG Thüringen im Bereich Industrieanlagen*.



Praxistipp: Die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe enthält hilfreiche Klarstellungen zu den beihilferechtlichen Auswirkungen der Durchführung eines **Ausschreibungsverfahrens**.¹²⁹

In der Vergangenheit nahm die Kommission regelmäßig trotz Durchführung einer **Ausschreibung** eine Begünstigung an, wenn trotz der Ausschreibung eine **Finanzierungslücke** (sog. **funding gap**) bei der öffentlichen Hand verblieb. Eine solche Finanzierungslücke liegt regelmäßig vor, wenn der **Kapitalwert** der Differenz zwischen den im Laufe der Lebensdauer einer Investition anfallenden positiven und negativen Zahlungsströmen (einschließlich Investitionskosten) negativ ist.¹³⁰ In diesen Fällen stellte die Kommission regelmäßig fest, dass z. B. der Betreiber einer Infrastruktur einen Vorteil erhält, weil er zu Bedingungen geschäftstätig werden kann, die ohne die staatliche Finanzierung der Infrastruktur nicht möglich wären;¹³¹ und zwar auch dann, wenn dieser durch Ausschreibung ermittelt wurde.

In ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe stellt die Kommission abweichend von der dargestellten bisherigen Entscheidungspraxis klar, dass die Durchführung eines **Ausschreibungsverfahrens** in aller Regel eine Begünstigung und damit bereits das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe ausschließt, und zwar unabhängig vom Verbleib einer Finanzierungslücke. Etwas anderes gilt u.U., wenn

- nur ein einziges Gebot abgegeben wurde, oder
- der Staat nicht eine in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Transaktion (z.B. Verkauf von Vermögenswerten, Waren oder Dienstleistungen) sondern aus politischen Gründen den Umfang einer staatlichen Subventionierung ausschreibt, um eine bestimmte Tätigkeit zu fördern (z.B. für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen oder Einrichtung und Betrieb einer geförderten Breitbandinfrastruktur).¹³²

¹²⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 89 ff.

¹³⁰ Vgl. z.B. die Legaldefinition der „Kapitalkosten-Finanzierungslücke“ in Rn. 21 Ziffer 11 der Flughafenleitlinien, ABl. EU 2014 C 99/3.

¹³¹ KOM, Beschluss v. 09.11.2011, SA.31722, Rn. 78 f. m.w.N. – *Hungary: Supporting the Hungarian sport sector ia tax benefit scheme*; Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2ß13/NN) (ex 2011/CP), Rn. 37 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*.

¹³² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 89 und 93.



Darüber hinaus nimmt die Kommission mit der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff eine **Angleichung des Beihilferechts an das Vergaberecht** vor, indem sie betont, dass grundsätzlich alle in den EU-Vergaberichtlinien vorgesehenen Verfahren zum Ausschluss einer Begünstigung geeignet sind. Dies gilt ausdrücklich auch für das sog. Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung. Letzteres stellt insofern eine neue Entwicklung dar, als die Kommission in Rn. 66 der DAWI-Mitteilung¹³³ aus dem Jahr 2011 noch darauf hingewiesen hat, dass die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung zur Erfüllung des sog. **vierten Altmark-Trans-Kriteriums** nicht ausreichend sei.

- 111 Außerhalb dieser Fälle ist, wie oben dargestellt, auf das Verhalten eines **hypothetischen privaten Wirtschaftsbeteiligten** abzustellen, also die **Marktkonformität** des staatlichen Verhaltens zu prüfen. Diese Prüfung muss ex ante unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt der Entscheidung verfügbaren Informationen über die Maßnahme erfolgen.¹³⁴ Deshalb sollte regelmäßig vor einer **Finanzierungsmaßnahme** eine solide **Geschäftsplanung** erfolgen, die möglichst durch einen **externen Experten** überprüft wird und zeigt, dass die Investition einen angemessenen bzw. (bezogen auf vergleichbare Projekte und die konkrete Situation des Investors) **marktkonformen Ertrag** erbringt.¹³⁵
- 112 Diese Prüfung einer **Finanzierungsmaßnahme** ist ex ante durch die öffentliche Hand selbst vorzunehmen und wird von der Kommission im Falle eines Verfahrens kontrolliert bzw. ihrerseits vorgenommen. Dann erfolgt eine **komplexe wirtschaftliche Beurteilung** durch die Kommission. Ihre komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen bzgl. des Kriteriums der Begünstigung sind von den Gerichten nur **eingeschränkt überprüfbar**. Die **gerichtliche Kontrolle** beschränkt sich darauf, ob die Vorschriften über das Verfahren der Begründung eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob **keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts** oder ein **Ermessensmissbrauch** vorliegen. Insbesondere darf der Unionsrichter die wirtschaftliche Beurteilung seitens der

¹³³ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 83 ff., 105 – *Kommission/EDF*; Rs. C-482/99, EU:C:2002:294, Rn. 71 f. – *Frankreich/Kommission*.

¹³⁵ KOM, Arbeitspapiere „Analytical grids“ zur Finanzierung bestimmter Arten von Infrastrukturen, abrufbar über http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html (vgl. dort die Dokumente unter der Zwischenüberschrift „Analytical grids on state aid to Infrastructure 2016 – 2017“): in sämtlichen „Analytical grids“ wird wie folgt ausgeführt, wann der dafür zu erwartende Ertrag marktkonform ist: *“in line with the normal market rate of return that would be expected by commercial operators on comparable projects, taking into account the specific circumstances of each case“*, vgl. z.B. Analytical grid water, Rn. 17, Analytical grid roads, Rn. 19 und Analytical grid railway, metro and local transport, Rn. 18.



Kommission nicht durch seine eigene ersetzen.¹³⁶ Zwar gesteht der Gerichtshof der Kommission ausdrücklich einen **Ermessensspielraum in Wirtschaftsfragen** zu, betont aber gleichzeitig, dass er die Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission nicht unterlassen muss. Er prüft u. a., ob bestimmte *„Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen“*.¹³⁷ Dabei wird von den europäischen Gerichten der Begriff *„Ermessen“* gebraucht; nach den Maßstäben des deutschen Rechts ist dies in der Sache eher als **Beurteilungsspielraum** der Kommission für solche komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen bei der Auslegung des Beihilfetatbestandes anzusehen.

113 Die Kommission schlägt folgende Methoden zur Prüfung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten vor:

- Um festzustellen, ob eine Transaktion marktkonform ist, kann sie anhand der Bedingungen geprüft werden, zu denen vergleichbare Transaktionen von vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten in einer vergleichbaren Lage vorgenommen wurden (**Benchmarking**). Dies wird häufig nicht zu einem genauen *„Referenzwert“*, sondern einem Korridor, einer **Spanne möglicher Werte**, führen.¹³⁸
- Alternativ oder auch ergänzend kann die Marktkonformität auch nach anderen allgemein anerkannten **Standardmethoden** festgestellt werden. Solche Methoden müssen – mit den Worten der Kommission – *„auf verfügbaren objektiven, überprüfbaren und zuverlässigen Daten beruhen, die hinreichend detailliert sind und unter Berücksichtigung der Höhe des Risikos und der Erwartung für die Zukunft die wirtschaftliche Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Transaktion widerspiegeln sollten“*.¹³⁹ Diese abstrakte Formulierung gewinnt Konturen, wenn die allgemein anerkannten Standardmethoden beschrieben werden, mit denen **marktübliche Renditeerwartungen**, z. B. für eine **Kapitalzufuhr**, berechnet werden. Dazu wird auf das folgende Unterkapitel „aa) Private Investor Test“ (unten Rn. 116 ff.) verwiesen.

114 Die Kommission stellt dazu ausdrücklich fest, dass marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte ihre Maßnahmen typischerweise nach **verschiedenen Methoden** prüfen,

¹³⁶ EuGH, Rs. C-73/11 P, EU:C:2013:32, Rn. 73-76 m.w.N. – *Frucona Kosice /Kommission*.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-525/04 P, EU:C:2007:698, Rn. 56 f. – *Spanien/Kommission*.

¹³⁸ Für stille Einlagen vgl. z.B. KOM, Entscheidung v. 18.07.2007, NN 34/2007 (ex CP 189/2004), Rn. 42 – *Deutschland, Kapitalzuführungen Nord/LB* und KOM, Entscheidung v. 20.10.2004, K(2004)3931, ABl. 2006 L 307/159, Rn. 160 ff. – *Deutschland: Landesbank Hessen-Thüringen*.

¹³⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 101.



um Schätzungen zu bestätigen. Das Vorliegen einander **ergänzender Bewertungsmethoden**, deren Ergebnisse sich gegenseitig bestätigen, wird daher bei der Prüfung der **Marktkonformität** einer Transaktion von der Kommission als „*positiver Faktor*“ angesehen.¹⁴⁰

- 115 Das **Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten** wurde von der Kommission und der Rechtsprechung mit Blick auf verschiedene wirtschaftliche Transaktionen (Kapitalzufuhr, Durchsetzung von Forderungen, Veräußerung) ausdifferenziert. Es wurden vor allem das **Kriterium des privaten Kapitalgebers** (Private Investor Test), **des privaten Gläubigers** (Private Creditor Test) und **des privaten Verkäufers** (Private Vendor Test) entwickelt.

Praxistipp: Diese Maßstäbe sind insbesondere auch für die **Finanzierung, Umstrukturierung** und **Privatisierung** staatseigener, also **öffentlicher Unternehmen**¹⁴¹ anzuwenden. Dabei kann eine Privatisierung deshalb dem Beihilferecht unterworfen sein, weil ein Unternehmen unter Marktpreis veräußert wird und deshalb bei der öffentlichen Hand Einnahmeverluste entstehen. Die Kommission hat zu diesem Themenkomplex die Arbeitsunterlage „*Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen*“ erstellt, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_de.pdf.

Darin wird für die genannten Fälle u. a. der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten konkret anhand von Beispielen aus der Spruchpraxis der Kommission erläutert. Dieses Arbeitspapier erfasst dagegen eine **Rekommunalisierung** von Unternehmen nicht. Auch insoweit ist indes eine beihilferechtliche Prüfung erforderlich, denn die öffentliche Hand kann Unternehmensanteile nur dann (für den Verkäufer) beihilfefrei erwerben, wenn der Kaufpreis dem Marktwert entspricht oder darunter liegt. Ein privates Unternehmen, das Anteile verkauft, muss indes keine Ausschreibung durchführen. Im Übrigen könnte eine solche auch nicht den Zweck erfüllen, die öffentliche Hand vor der Abgabe eines zu hohen Angebots zu schützen, im Gegenteil. Deshalb dürfte in einem solchen Fall nur ein **Wertgutachten** gewährleisten können, dass kein Kaufpreis über Marktpreis geleistet wird.

¹⁴⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 105.

¹⁴¹ Vgl. die Legaldefinition für öffentliche Unternehmen in Art. 2 lit. b) Transparenzrichtlinie 2006/111/EG, ABl. EU 2006 L 318/17.



aa) Private Investor Test

- 116 Die Unionsgerichte haben den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, den sog. **Private (Market) Investor Test (PIT)** entwickelt, um bei öffentlichen Investitionen (insbesondere **Kapitalzuführungen**) erkennen zu können, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt. Erhält der Staat für seine Investition eine angemessene, marktgerechte Gegenleistung, so scheidet ein wirtschaftlicher Vorteil aus. Die Marktüblichkeit der Bedingungen wird danach ermittelt, ob ein „*unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber [...] von vergleichbarer Größe*“ und in „*vergleichbarer Lage*“ wie die betreffende staatliche Einrichtung die Investition bzw. Leistung zu den „*gleichen Bedingungen gewährt hätte und, wenn nicht, zu welchen Bedingungen er ihn hätte abwickeln können*“.¹⁴²
- 117 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind dabei die **Rollen des Staates** als **Anteilseigner eines Unternehmens** auf der einen Seite und als **Träger öffentlicher Gewalt** auf der anderen Seite zu unterscheiden. Die Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers hängt letztlich davon ab, ob der betroffene Mitgliedstaat einem ihm gehörenden Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil nicht in seiner Eigenschaft als **Träger öffentlicher Gewalt**, sondern in seiner **Eigenschaft als Anteilseigner** gewährt.¹⁴³ Daher sind bei der Würdigung, ob dieselbe Maßnahme unter normalen Marktbedingungen von einem privaten Kapitalgeber getroffen worden wäre, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der Staat, nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der **Eigenschaft des Staates als Anteilseigner** zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Eigenschaft als Träger von öffentlicher Gewalt knüpfen,¹⁴⁴ z. B. der Erhalt von Arbeitsplätzen o. Ä. Damit korrespondiert, dass das Merkmal der Begünstigung, wie oben dargestellt (siehe oben Rn. 101), **wirkungsbezogen** auszulegen ist, also die mit einer Förderung regelmäßig verfolgten sozialen, arbeitsmarktpolitischen, umweltpolitischen oder anderen Ziele von gemeinsamem Interesse im Rahmen des Kriteriums des privaten Kapitalgebers regelmäßig keine Berücksichtigung finden.

¹⁴² EuGH, Rs. C-305/89, EU:C:1991:142, Rn. 19 f. – *Italien/Kommission* und EuG, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99, EU:T:2003:57, Rn. 245 – *WestLB und NRW/Kommission* unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-142/87, EU:C:1990:125, Rn. 29 – *Belgien/Kommission* und EuG, Rs. T-16/96, EU:T:1998:78, Rn. 51 – *Cityflyer Express/Kommission*.

¹⁴³ EuGH, Rs. C-325, EU:C:1994:325, Rn. 22 – *Spanien/Kommission*; Rs. C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 80 f. – *Kommission/EDF*.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 79 – *Kommission/EDF*.



- 118 Vergleichsmaßstab für das staatliche Handeln ist also ein (hypothetischer) marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber, dessen Handeln von **Rentabilitätsabwägungen** bestimmt ist.¹⁴⁵ Dafür ist also der Staat nur in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsbeteiligter zu betrachten; Vorteile oder Verpflichtungen, die sich an die Eigenschaft des Staates als Träger öffentlicher Gewalt knüpfen, sind nicht einzubeziehen, weil diese ein Privater nicht berücksichtigen würde.¹⁴⁶
- 119 Um zu prüfen, ob eine Investition zu **Marktbedingungen** getätigt wird, muss grundsätzlich die konkret zu erwartende Kapitalrendite mit der **marktüblichen Rendite** verglichen werden. Unterschreitet die zu erwartende Rendite die marktübliche Rendite nicht, ist davon auszugehen, dass auch ein (hypothetischer) marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber entsprechend investieren würde.
- 120 Wenn keine **Pari-passu-Konstellation** vorliegt, wird dafür regelmäßig auf die o.g. Standardmethoden zur Ermittlung einer marktüblichen Rendite zurückgegriffen. Eine weithin anerkannte Standardmethode für die Ermittlung der (jährlichen) Kapitalrendite ist z.B. die Berechnung des sog. internen Zinsfußes¹⁴⁷ (**Internal Rate of Return – IRR**). Die Investitionsentscheidung kann auch anhand ihres sog. Barwertes¹⁴⁸ (**Net Present Value – NPV**) bewertet werden.¹⁴⁹
- 121 Beide Berechnungen dienen im Ergebnis der Feststellung, ob für eine Investition eine marktübliche Rendite erwartet werden kann. Aufgrund ihrer ökonomischen Komplexität würde eine Darstellung der einzelnen Methoden an dieser Stelle zu weit führen. In der Praxis werden für solche Berechnungen regelmäßig Wirtschaftsprüfer beauftragt, die die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens anhand der Analyse des für den Investitionszeitraum

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-305/89, EU:C:1991:142, Rn. 19 f. – *Italien/Kommission*; EuG, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99, EU:T:2003:57, Rn. 245 – *WestLB und NRW / Kommission*.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 90 – *Kommission/EDF*.

¹⁴⁷ Zur Definition des Begriffs des internen Zinsfußes vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Fn. 158: „Der interne Zinsfuß basiert nicht auf bilanzierten Gewinnen in einem bestimmten Jahr, sondern berücksichtigt die künftigen Zahlungsströme, mit denen der Investor über den gesamten Investitionszeitraum (Anm.: gemeint ist die Lebensdauer der Investition) rechnet. Er ist definiert als der Abzinsungssatz, bei dem der Kapitalwert mehrerer Zahlungsströme null beträgt.“

¹⁴⁸ Zur Definition des Begriffs des Barwertes vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Fn. 159: „Der Barwert ist die Differenz zwischen den im Laufe des Investitionszeitraums (Anm.: gemeint ist die Lebensdauer der Investition) anfallenden positiven und negativen Zahlungsströmen, die auf die angemessene Rendite (Kapitalkosten) abgezinst werden.“

¹⁴⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 102.



geltenden Geschäftsmodells, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung sowie der relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs beurteilen.¹⁵⁰ Dabei sollte eine **Sensitivitätsanalyse** für den Fall verschiedener **Geschäftsszenarien (pessimistisch, wahrscheinlich, optimistisch)** erfolgen.¹⁵¹ Werden solche Bewertungen fundiert und für die Kommission nachvollziehbar vorgenommen und marktübliche Renditeerwartungen ausgewiesen, hat die Kommission keinen Grund, daran zu zweifeln und kann die Beurteilung übernehmen, dass eine Beihilfe nicht vorliegt.¹⁵²

122 Für **Beteiligungen der öffentlichen Hand an Unternehmen** gibt es darüber hinaus eine Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 1984, in der Kriterien aufgestellt werden, nach denen eine staatliche Beihilfe a priori ausgeschlossen werden kann, eine solche a priori vorliegt oder eine Beihilfe nicht ausgeschlossen werden kann, so dass eine Einzelfallprüfung notwendig ist.¹⁵³ Diese Mitteilung wurde bisher zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, spielt in der Praxis jedoch kaum noch eine Rolle. Die Kommission hat sie in der jüngeren Vergangenheit nur noch vereinzelt angewendet.¹⁵⁴ Für den Fall, dass eine Investition nicht sofort rentabel wird, besteht nach dieser Mitteilung ein gewisser Spielraum für Argumentation. Danach darf auch auf einen „*strategischen Charakter*“ der Investition in Hinblick auf Absatzmärkte oder Versorgung abgestellt werden. Bedingung bleibt aber, dass die Maßnahme „dem normalen Verhalten eines Kapitalgebers gleichgestellt werden kann“. Daneben darf nach dieser Mitteilung grundsätzlich etwa auch dann neues Kapital in ein öffentliches Unternehmen gegeben werden, sofern es sich hierbei um ein finanziell gesundes Unternehmen handelt und auf dem Sektor keine Überkapazitäten bestehen und die Bereitstellung des Kapitals dem Bedarf an Neuinvestitionen und den damit unmittelbar verbundenen Kosten entspricht.¹⁵⁵

¹⁵⁰ KOM, Entscheidung v. 20.10.2004, K(2004)3928, ABl. 2006 L 307/110, Rn. 129 – *Deutschland: HSH Nordbank AG – Kapitalerhöhung.*

¹⁵¹ Z.B. KOM, Entscheidung v. 18.07.2007, NN 34/2007 (ex CP 189/2004), Rn. 32 ff. – *Deutschland: Kapitalzuführungen Nord/LB.*

¹⁵² KOM, Entscheidung v. 18.07.2007, NN 34/2007 (ex CP 189/2004), Rn. 48 – *Deutschland: Kapitalzuführungen Nord/LB.*

¹⁵³ Bulletin EG 9-1984.

¹⁵⁴ KOM, Beschluss v. 15.06.2011, N 322/2010, Rn. 42 ff. – *Deutschland: Einzelbeihilfe für Wasserwerke.*

¹⁵⁵ Bulletin EG 9-1984, Ziffer 3.2, 2. und 5. Spiegelstrich.



123 Dagegen wurde nunmehr die **Mitteilung über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie** aus dem Jahr 1993¹⁵⁶ gemäß den Schlussbestimmungen der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe ausdrücklich aufgehoben.¹⁵⁷ Mit Blick auf vergleichsweise niedrige Renditeerwartungen bestand auch nach dieser Mitteilung ein gewisser Spielraum für Argumentation. Da die Mitteilung dafür auf einschlägige Rechtsprechung Bezug nimmt, dürfte dies auch nach deren Aufhebung noch Bestand haben. Danach muss der Staat einer Kapitalzuführung nicht nur kurz- oder mittelfristige Rentabilitätsaussichten zugrunde legen. Es kann auch ein Vergleich mit einem Investor stattfinden, der eine „globale oder sektorale Strukturpolitik“ verfolgt und sich von „längerfristigen Rentabilitätsaussichten“ leiten lässt.¹⁵⁸ Allerdings bedeutet dies vergleichsweise „unsicheres Terrain“. Denn es kann weniger mit ökonomischen Methoden bzw. Ergebnissen von Berechnungen argumentiert werden, und es ist davon auszugehen, dass die Kommission solche Argumente eher restriktiv beurteilt.

Fallbeispiel: Dies zeigt der Umgang der Kommission mit der Entscheidung des Gerichts, dass es für private Investoren, insbesondere größere Unternehmensgruppen, grundsätzlich **langfristig wirtschaftlich vernünftig** sein kann, zusätzliche Abfindungen an ausscheidende Mitarbeiter im Fall der Liquidation eines Tochterunternehmens zu zahlen (z. B. um das Image der Gruppe zu schützen).¹⁵⁹ Die Kommission sieht hierfür den Nachweis als notwendig an, für welche Tätigkeiten der Schutz des Images notwendig ist und dass die Zahlung solcher Abfindungen unter ähnlichen Umständen eine gefestigte Praxis bei privaten Unternehmen ist. Bloße Beispiele sollen nicht ausreichen.¹⁶⁰

bb) Private (Market) Creditor Test

124 Das **Kriterium des privaten Gläubigers (Private (Market) Creditor Test)** kommt zur Anwendung, wenn es um die Untersuchung des Verhaltens des Staates als Gläubiger von Forderungen geht. Gewährt der Staat z. B. zinsgünstige Darlehen, liegt in dem Zinsvorteil gegenüber dem marktüblichen Zinsniveau eine Beihilfe.

¹⁵⁶ Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten 93/C 307/03, ABl. EG 1993 C 307/3.

¹⁵⁷ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 229.

¹⁵⁸ Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten 93/C 307/03, ABl. EG 1993 C 307/3, Rn. 20 unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-305/89, EU:C:1991:142, Rn. 20 – *Italien/Kommission*; vgl. auch EuG, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99, EU:T:2003:57, Rn. 250 - 270 – *WestLB und NRW/Kommission*.

¹⁵⁹ EuG, Rs. T-565/08, EU:T:2012:415, Rn. 79 f. – *Corsica Ferries France/Kommission*.

¹⁶⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 107, Fn. 167.



- 125 Die Kommission führt dazu in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff erläuternd aus, dass im Falle von Krediten und Garantien Informationen über die Finanzierungskosten des Unternehmens beispielsweise aus anderen von dem betreffenden Unternehmen (kürzlich) aufgenommenen Krediten, aus der Rendite der von dem Unternehmen ausgegebenen Anleihen oder aus dem sog. **Credit Default Swap**¹⁶¹ (CDS)-Spread des Unternehmens gewonnen werden können. Vergleichbare Transaktionen sind zudem ähnliche Kredit-/Garantietransaktionen, Anleihen oder CDS-Spreads einer Auswahl von Vergleichsunternehmen.¹⁶²
- 126 Für Kredite ist die Methode für die Berechnung eines Referenzzinssatzes, der als Ersatzgröße für den Marktpreis dienen sollte, wenn vergleichbare Markttransaktionen nicht ohne Weiteres zu ermitteln sind, in der sog. **Referenzzinssatzmitteilung**¹⁶³ enthalten. Wenn für vergleichbare Transaktionen indes ermittelbar ist, dass sie typischerweise zu einem niedrigeren als dem durch den Referenzzinssatz angegebenen Preis vorgenommen wurden, kann der Mitgliedstaat diesen niedrigeren Preis als Marktpreis betrachten. Wenn dagegen dasselbe Unternehmen in jüngster Zeit ähnliche Transaktionen zu einem höheren Preis als dem Referenzzinssatz vorgenommen hat und seine finanzielle Lage und das Marktumfeld im Wesentlichen unverändert geblieben sind, stellt der Referenzzinssatz in diesem Fall möglicherweise keine geeignete Ersatzgröße für die marktüblichen Sätze dar.¹⁶⁴
- 127 Nach der Referenzzinssatzmitteilung werden die Referenzzinssätze, die als marktüblich angesehen werden, festgelegt, indem zum **1-Jahres-Basiszinssatz** ein angemessener Risikozuschlag addiert wird.

Praxistipp: Die Listen der jeweils geltenden Basiszinssätze werden von der Kommission auf der folgenden Website veröffentlicht:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html; davon sind für die Zeit vor dem Inkrafttreten der Referenzzinssatzmitteilung am 01.07.2008 die ebenfalls auf

¹⁶¹ Dabei handelt es sich um Kontrakte, mit denen sich der Gläubiger gegen das Ausfallrisiko des Darlehensnehmers am Finanzmarkt gegen Entrichtung einer Prämie versichern kann. An der Höhe der zu entrichtenden Prämie lässt sich das aktuell vom Markt eingeschätzte Ausfallrisiko ablesen, so dass diese zugleich eine zuverlässige Richtgröße für den marktangemessenen Zinssatz bietet.

¹⁶² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 113.

¹⁶³ ABl. EU 2008 L 16/6.

¹⁶⁴ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 113.



dieser Website veröffentlichten Referenzzinssätze zu unterscheiden, die bereits einen Aufschlag von 75 Basispunkten auf den Basiszinssatz enthalten.

Der **Risikozuschlag** ist gemäß der einschlägigen tabellarischen Darstellung in der Referenzzinssatzmitteilung¹⁶⁵ im Einzelfall anhand der **Besicherung einer Forderung** und der **Bonität des Schuldners** zu bestimmen. Bei Darlehensnehmern, die keine Bonitätsgeschichte und kein auf einem Bilanzansatz basierendes Rating haben, kann der Basiszinssatz um 400 Basispunkte (beachte: 100 Basispunkte entsprechen einem Prozentpunkt) bei hoher Besicherung, um 600 Basispunkte bei normaler Besicherung und um 1.000 Basispunkte ohne Besicherung erhöht werden.¹⁶⁶

Praxistipp: Zur Beurteilung der Bonität des Schuldners dient nach der Mitteilung ein **Rating**. In der Praxis fehlt es häufig an einem solchen Rating zur Beurteilung der Bonität des Schuldners. Wenn Gewinnabführungs- und Verlustübernahmeverträge bestehen, kann auch das Rating einer Muttergesellschaft herangezogen werden.¹⁶⁷ Ratings brauchen jedoch nicht von speziellen Rating-Agenturen eingeholt zu werden, nationale Ratingsysteme und von Banken zur Feststellung von Ausfallquoten verwendete Ratingsysteme können ebenfalls akzeptiert werden.¹⁶⁸ Die Kommission hat z. B. das Rating-System der Investitionsbank des Landes Brandenburg mit Blick auf Regionalbeihilfen in Form von GA/EFRE-**Nachrangdarlehen** akzeptiert. Diese wurden im Vergleich zum Ratingsystem internationaler Ratingagenturen systematisch eine Kategorie niedriger eingestuft als das begünstigte Unternehmen, um der geringeren Besicherung aufgrund der Nachrangigkeit des Darlehens bei der Höhe der Verzinsung Rechnung zu tragen (sog. **Brandenburg-Methode**).¹⁶⁹ Diese Methode bietet sich mithin allgemein für Nachrangdarlehen an. Wenn die öffentliche Hand nicht nur Darlehensgeber ist bzw. nicht nur an diesem, sondern auch am Darlehensnehmer beteiligt ist, ist dies ebenfalls die Situation eines Nachrangdarlehens. Denn es handelt sich dann um ein Gesellschafterdarlehen, für das § 39 Abs. Nr. 5 Insolvenzordnung grundsätzlich

¹⁶⁵ ABl. EU 2008 L 16/6, S. 8.

¹⁶⁶ KOM, Beschluss v. 26.01.2012, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2012 C 279/1, Rn. 87 – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH*; vgl. auch Referenzzinssatzmitteilung ABl. EG 2008 C 19/6, S. 9.

¹⁶⁷ KOM, Beschluss v. 03.10.2012, SA. 23600, ABl. EU 2013 L 319/8, Rn. 96 – *Deutschland: Finanzierung des Flughafens München, Terminal 2*.

¹⁶⁸ Referenzzinssatzmitteilung, ABl. EG 2008 C 19/6, S. 9.

¹⁶⁹ KOM, Entscheidung v.10.12.2008, N 55/2008, Rn. 24 ff. – *Deutschland: GA/EFRE-Nachrangdarlehen (Brandenburg)*.



die Nachrangigkeit gegenüber anderen Gläubigerforderungen vorsieht. Die Kommission hat in der Praxis auch schon **Schätzungen** für Ratings anerkannt, die sie inhaltlich sehr genau überprüft hat.¹⁷⁰

128 Ein Vorteil liegt auch vor, wenn ein öffentlicher Gläubiger **Zahlungserleichterungen** für eine ihm geschuldete Forderung gewährt.¹⁷¹ Denn eine Begünstigung ist auch bei Maßnahmen anzunehmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.¹⁷² Beispiele hierfür sind:

- Befreiung bzw. Reduzierung von Sozialversicherungsbeiträgen
- Verzicht oder (Teil-)Erlass von Forderungen
- Faktische Nichtbeitreibung einer Forderung
- Sonstige Zahlungserleichterungen wie Stundungen oder günstigere Rückzahlungsbedingungen.

129 Diese Fallgruppen stellen dann eine staatliche Beihilfe dar, wenn das begünstigte Unternehmen derartige Erleichterungen offenkundig nicht von einem **privaten Gläubiger** erhalten hätte, der sich in ähnlicher Lage befindet wie der öffentliche Gläubiger.¹⁷³ Vergleichsgruppe ist der private Gläubiger, der seine Forderung möglichst effektiv durchsetzen und eine möglichst hohe Zahlung erreichen will, unabhängig davon, ob der Schuldner durch die Durchsetzung möglicherweise in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät.¹⁷⁴

130 Der **Private Creditor Test** gilt als bestanden, wenn bei einem Vergleich mit konkreten anderen Gläubigern der Staat in demselben Umfang und zu denselben Bedingungen auf eine Rückzahlung verzichtet wie die privaten Gläubiger.¹⁷⁵ Dies geht auf die o. g. Grundsätze „*pari passu*“ zurück (siehe oben Rn. 109). Gibt es keine privaten Mitgläubiger, ist das Kriterium des privaten Gläubigers auch erfüllt, wenn die Nichtdurchsetzung der Forderung

¹⁷⁰ Dazu im Einzelnen KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2015 L 269/1, Rn. 162 ff. – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH*.

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-342/96, EU:C:1999:210, Rn. 46 – *Spanien/Kommission*; EuGH, Rs. C-256/97, EU:C:1999:332, Rn. 24 – *DM Transport*.

¹⁷² EuGH, Rs. C-200/97, EU:C:1998:579, Rn. 34 – *Ecotrade*; Rs. C-6/97, EU:C:1999:251, Rn. 15 – *Italien/Kommission*.

¹⁷³ EuGH, Rs. C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 79 – *Kommission/EDF*.

¹⁷⁴ EuGH, Rs. C-256/97, EU:C:1999:332, Rn. 24 – *DM Transport*.

¹⁷⁵ EuG, Rs. T-152/99, EU:T:2002:188, Rn. 167 – *Hijos de Andrés Molinas, SA (HAMSA)/Kommission*.



wirtschaftlich sinnvoller ist, z. B. weil hierdurch eine drohende **Insolvenz** mit Beteiligungsverlusten verhindert und ein Fortbestehen des Unternehmens ermöglicht wird. Ist es für die öffentliche Hand günstiger, auf einen Teil der Forderung zu verzichten, weil auf diesem Weg ein höherer Betrag als im **Insolvenz-** und **Zerschlagungsszenario** eingetrieben werden kann, ist der Verzicht marktüblich. Hierfür müssen folglich ein konkretes Alternativszenario genannt (sog. **kontrafaktisches Szenario**) und die Folgen dargestellt werden. Dabei kann u. U. auch der Verlust des Wertes von bestehenden staatlichen Beteiligungen aufgrund einer drohenden **Insolvenz** einbezogen werden.¹⁷⁶ Die Kommission hat z. B. in bestimmten Fällen sog. **debt-to-equity-swaps** (auch als **Schuldenswap** bezeichneter „Tausch“ von Kreditforderungen gegen Unternehmensanteile) als marktkonform angesehen. So hat die Kommission etwa angesichts des Preises, zu dem ein Unternehmen veräußert worden ist, festgestellt, dass der Gläubiger nicht begründet davon ausgehen konnte, bei einem **Konkursverfahren** mehr Forderungen zurückerlangen zu können.¹⁷⁷ Auch bei der **Privatisierung** hochverschuldeter öffentlicher Unternehmen, für die eine Liquidation eine plausible Lösung ist, muss die öffentliche Hand im Vergleich zum Liquidationsszenario **Einnahmeverluste** vermeiden.¹⁷⁸ Der Vergleich der Verluste und ggf. Gewinne im Fall des kontrafaktischen Szenarios mit den Verlusten und ggf. Gewinnen, die sich bei Vornahme des geplanten staatlichen Handelns ergeben, entscheidet also im Ergebnis darüber, wie sich ein marktwirtschaftlich handelnder Gläubiger entschieden hätte.¹⁷⁹

Praxistipp: Für die Zwecke des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten sind, wie oben dargestellt, nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Eigenschaft des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen, nicht jene, die sich an die Eigenschaft des Staates als **Träger öffentlicher Gewalt** knüpfen.¹⁸⁰ Das wirkt sich bzgl. des sog. **kontrafaktischen Szenarios** (also des Szenarios ohne Förderung) insbesondere dann aus, wenn z. B. die Insolvenz eines Unternehmens droht. In diesem Fall kann der Staat sein staatliches Unterstützungshandeln

¹⁷⁶ Mit Blick auf eine Kapitalausstattungsvereinbarung vgl. KOM, Beschluss v. 15.06.2011, N 322/2010, Rn. 56 und 65 – *Deutschland: Einzelbeihilfe für Wasserwerke*.

¹⁷⁷ KOM, Beschluss v. 04.08.2010, C 40/40/2008 (ex N 163/2008), Rn. 248 – *Poland: PZLHydral*.

¹⁷⁸ KOM, Arbeitsunterlage „Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen“, S. 11, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_de.pdf.

¹⁷⁹ Mit Blick auf eine Kapitalausstattungsvereinbarung vgl. KOM, Beschluss v 15.06.2011, N 322/2010, Rn. 51 ff. – *Deutschland: Einzelbeihilfe für Wasserwerke*.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 90 – *Kommission/EDF*.



nicht damit rechtfertigen, dass ohne zusätzliche Kapitalzuführungen die Liquidation des Unternehmens in Kauf genommen werden müsste und die sich hieraus ergebenden sozialen Folgekosten (wie Arbeitslosengeld, sinkende Sozialabgaben) die Kosten der Kapitalzuführung deutlich übersteigen würden. Da ein privater Marktteilnehmer (anders als ein Hoheitsträger) nicht mit sozialen Liquidationskosten konfrontiert werden kann, können diese im Rahmen der Prüfung des Private Investor Tests auch keine Berücksichtigung finden.¹⁸¹

- 131 Insbesondere für **Stundungsvereinbarungen**, die regelmäßig nur zugunsten von **Unternehmen mit Zahlungsschwierigkeiten** erforderlich sein dürften (zu Maßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten siehe unten Rn. 159 ff.), ist zu prüfen, ob eine Stundung, z. B. anstelle der Rückzahlungsaufforderung bzw. Beantragung der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens**, als marktgemäßes Gläubigerverhalten angesehen werden kann.¹⁸² Eine Stundung etwa eines Darlehens kann als solche einen wirtschaftlichen Vorteil begründen, weil keine sofortige Rückzahlung der Darlehenssumme erfolgen muss. Diese Prüfung ist von der anschließend zu beantwortenden Frage zu trennen, welcher Zinssatz für den Fall einer Stundung akzeptabel ist (ob also ggf. eine Beihilfe in Form eines Zinsvorteils vorliegt).¹⁸³

cc) Private Vendor Test

- 132 Handelt der Staat als Veräußerer, z. B. weil er ein in seinem Eigentum stehendes Grundstück verkauft, ist sein Handeln beihilferechtlich anhand des sog. **Private Vendor Test** zu beurteilen. Unterschreitet der tatsächliche **Kaufpreis** den **Marktpreis**, so liegt eine Begünstigung zugunsten des Käufers vor. Der Staat **verzichtet** damit auf die Differenz zwischen dem **Verkehrswert** und dem vom Käufer gezahlten geringeren Kaufpreis des Grundstücks. Handelt es sich beim Verkaufsgegenstand um ein öffentliches Unternehmen, kommt im Fall eines marktunüblich niedrigen Kaufpreises auch eine Begünstigung zugunsten des verkauften Unternehmens in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn der Staat an den

¹⁸¹ EuGH, verb. Rs. C-278 - 280/92, EU:C:1994:325, Rn. 22 – *Spanien/Kommission*.

¹⁸² Zu den Kriterien hierfür im Einzelnen vgl. GA Maduro, SchlA v. 01.04.2004, Rs. C-276/02, EU:C:2004:211, Rn. 36 ff., insbesondere Rn. 40 m.w.N. zur Rspr. – *Spanien/Kommission*.

¹⁸³ EuG, Rs- T-36/99, EU:T 2004:312, Rn. 154 ff – *Lenzing/Kommission*, bestätigt durch EuGH, Rs. C-525/04 P, EU:C:2007:698, Rn. 16 – *Spanien/Kommission*; vgl. zu dieser Trennung auch KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2015 L 269/1, Rn. 182 – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH*.



Käufer Bedingungen wie die Fortführung des Unternehmensbetriebs im bisherigen Umfang oder Beschäftigungsgarantien stellt und aufgrund dieser Bedingung Einnahmeverluste verzeichnet.

133 Die Grundsätze, wann sich der Staat bei einem Verkauf als marktwirtschaftlich handelnder Veräußerer verhält, waren bisher in der **Grundstücksmitteilung**¹⁸⁴ niedergelegt. Diese wurde mit der **Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe** aufgehoben.¹⁸⁵ An deren Stelle ist das Kapitel „**Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen** (oder andere vergleichbare Transaktionen) in wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien **Ausschreibungsverfahren**“¹⁸⁶ in der Bekanntmachung getreten.

134 Danach ist eine Begünstigung regelmäßig im Fall eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien **Ausschreibungsverfahrens** ausgeschlossen. An einem solchen Verfahren müssen alle interessierten und qualifizierten **Bieter** teilnehmen können. Entscheidend dafür ist der Zugang zur Information, ausreichend **Zeit** für interessierte Bieter und die Klarheit der **Auswahl- und Zuschlagskriterien**. Welcher Grad von Öffentlichkeit für die **Bekanntmachung** erforderlich ist, hängt von den Merkmalen der jeweiligen Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen ab. Wenn danach ein Interesse von **europa- oder weltweit tätigen Bietern** bestehen könnte, sollte so ausgeschrieben werden, dass diese Bieter auf die Ausschreibung aufmerksam werden können.¹⁸⁷ Für die Einhaltung der genannten allgemeinen Anforderungen an ein „*wettbewerbliches*“ Verfahren sieht es die Kommission aber jedenfalls als „*ausreichend*“ an, wenn die in den Vergaberichtlinien¹⁸⁸ vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden, sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Verfahrens erfüllt sind.¹⁸⁹

Praxistipp: In Verfahren, in denen nur ein Wirtschaftsbeteiligter in der Lage ist, ein verlässliches Angebot einzureichen, kann die Ausschreibung nicht als wettbewerblich gelten.

¹⁸⁴ Grundstücksmitteilung, ABl. EG 1997 C 209/3 (ersetzt durch Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1).

¹⁸⁵ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 229.

¹⁸⁶ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 89 ff.

¹⁸⁷ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 91.

¹⁸⁸ Richtlinien 2014/24/EU, ABl. EU 2014 L 94/65 und Richtlinie 2014/25/EU, ABl. EU 2014 L 94/243.

¹⁸⁹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 93.



Die Kommission geht in solchen Fällen ausnahmsweise **nicht** davon aus, dass der Marktpreis mit der Ausschreibung ermittelt werden kann.¹⁹⁰

135 Daraus folgt im Umkehrschluss, dass es beihilferechtlich grundsätzlich geboten ist, in einem Ausschreibungsverfahren dem **höchsten Gebot** den **Zuschlag** zu erteilen.¹⁹¹ Dies kann nur dann unterbleiben, wenn der Verkauf an den **Meistbietenden** nicht durchführbar erscheint. Dies wurde im Bankenbereich dann anerkannt,

- wenn mangels **wirtschaftlicher Solidität** nicht mit der erforderlichen Genehmigung der **Finanzmarktaufsicht** zu rechnen ist
- wenn es gerechtfertigt ist, auch anderen Faktoren als dem Preis Rechnung zu tragen. Dies dürfen allerdings nur Faktoren sein, die auch ein privater Verkäufer berücksichtigt hätte, also insbesondere keine Vorteile und Verpflichtungen, die mit der Eigenschaft des **Staates als Anteilseigner** zusammenhängen.¹⁹²

136 Die Rechtsprechung führt dazu aus, dass grundsätzlich vermutet werden könne, dass der **Marktpreis** dem **höchsten Gebot** des **Bieterverfahrens** entspricht, wenn die genannten Bedingungen eingehalten sind. Unter diesen Voraussetzungen ist es weder erforderlich noch beihilferechtlich zulässig, zum Zweck der Überprüfung des durch ein durchgeführtes Bietverfahren ermittelten **Marktpreises** andere Mittel, wie etwa **unabhängige Gutachten**, heranzuziehen. Im Fall *Bank Burgenland* hat die Kommission (von EuG und EuGH bestätigt) ausdrücklich festgestellt, dass das Bieterverfahren der vorzugswürdige Weg sei. Insbesondere könne ein Gutachten nicht dazu verwendet werden, im Rahmen eines **Bieterverfahrens** nachträglich den Verkauf an eine andere Person als den Meistbietenden zu rechtfertigen.¹⁹³

Exkurs zu spekulativen Angeboten, die ggf. nicht den Marktpreis widerspiegeln: Der Fall *Bank Burgenland* ist zur aktuellen Rechtsprechung des EuGH zum deutschen § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG (Grundstücksverkehrsgesetz) abzugrenzen. Diese Rechtsprechung wird, soweit ersichtlich, in der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nicht erwähnt. Der Grund könnte darin liegen, dass darin der von der Kommission

¹⁹⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 93.

¹⁹¹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 95 m.w.N.

¹⁹² KOM, Entscheidung v. 30.04.2008, C 56/06, ABl. EU 2008 L 239/32, Rn. 120 ff – *Österreich: Bank Burgenland*; bestätigt durch EuG, Rs. T-268/08, EU:T:2012:90 und EuGH, Rs. C-214/12 P, EU:C:2013:682.

¹⁹³ KOM, Entscheidung v. 30.04.2008, C 56/06, ABl. EU 2008 L 239/32, Rn. 109 – *Österreich: Bank Burgenland*; bestätigt durch EuG, Rs. T-268/08, EU:T:2012:90 und EuGH, Rs. C-214/12 P, EU:C:2013:682.



aufgestellte Grundsatz eingeschränkt wird, dass ein **Höchstgebot** das einzige maßgebliche Kriterium zur Auswahl des Käufers sein darf, wenn eine **Ausschreibung** stattfindet.¹⁹⁴ Denn mit dieser Entscheidung wurde anerkannt, dass es Fälle geben kann, in denen dies anders beurteilt werden kann. Dies war mit Blick auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG der Fall. Diese Norm sieht sinngemäß vor, dass die zuständige Behörde die Genehmigung für einen Grundstücksverkauf auf der Grundlage einer öffentlichen Ausschreibung versagen darf, wenn der Gegenwert in einem **groben Missverhältnis zum Wert des Grundstücks** steht. Aus der einschlägigen Rechtsprechung ergibt sich, dass von einem solchen groben Missverhältnis ausgegangen wird, wenn der Kaufpreis den **landwirtschaftlichen Verkehrswert** um mehr als 50 % übersteigt. Dies soll Berufslandwirte schützen, damit diese nicht mit so hohen Anschaffungskosten für zusätzliche Grundstücke belastet werden, dass die Wirtschaftlichkeit ihrer Betriebe bedroht wäre. Deshalb ist der landwirtschaftliche Verkehrswert der Prüfungsmaßstab. Danach muss ein Grundstück also nicht zwingend an den Meistbietenden verkauft werden. Der EuGH hatte im Rahmen eines **Vorlageersuchens** des BGH darüber zu entscheiden, ob die Verweigerung der Genehmigung des Verkaufs an den Meistbietenden nach dieser Norm zu einer Beihilfe führt. Der EuGH hat dazu entschieden, dass die Methode des Verkaufs an den Meistbietenden unter besonderen Umständen nicht geeignet sein kann, den **Marktwert** eines Grundstücks widerzuspiegeln.¹⁹⁵ Das Gericht hat sich dabei auf die Ausführungen des Generalanwalts bezogen, der dies bzgl. eines Höchstgebots ausgeführt hat, das aufgrund seines offensichtlich **spekulativen Charakters** deutlich über den sonstigen im Rahmen einer Ausschreibung abgegebenen Preisgeboten und dem geschätzten Verkehrswert des einschlägigen Objekts liege.¹⁹⁶

Die genannte neue Entscheidung schafft damit vor allem für den Gesetzgeber (ggf. auch auf Landesebene) einen gewissen Spielraum, dem § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG vergleichbare Regelungen zu schaffen, um Rechtsgeschäfte mit spekulativem Charakter zu verhindern.

- 137 Doch auch nach der Aufhebung der Grundstücksmittelteilung wird grundsätzlich auch ein Gutachten eines **unabhängigen Sachverständigen** von der Kommission in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff ausdrücklich als alternative (wenn auch aus den o. g. Gründen nicht als kumulative) Möglichkeit zur Ermittlung des Marktwerts eines Grundstücks

¹⁹⁴ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 95 m.w.N.

¹⁹⁵ EuGH, Rs. C-39/14, EU:C:2015:470, Rn. 41 – *BVVG*.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-39/14, EU:C:2015:470, Rn. 40 – *BVVG*.



angesehen.¹⁹⁷ Dies bestätigt die Rechtsprechung. Sie gesteht der Kommission zwar zu, dass die Methode des Verkaufs an den Meistbietenden Preise ergeben kann, die den tatsächlichen Marktwerten entsprechen bzw. dass dann eine gewisse **Vermutung für die Marktüblichkeit** des Preises streitet. Sie stellt indes ausdrücklich fest, dass der Marktpreis eines Grundstücks auch durch ein Sachverständigengutachten (oder auch andere Methoden) ermittelt werden kann und nimmt dazu auf die Grundstücksmitteilung Bezug.¹⁹⁸ Zum Beispiel kann die in der Praxis oft wichtige Frage Gegenstand des Beweiswertes eines Sachverständigengutachtens sein, warum und inwiefern Abbruchkosten für vorhandene Bausubstanz vom Wert des Grundstücks abzuziehen sind.¹⁹⁹

Praxistipp: In der Praxis kann es eine Erleichterung darstellen, Marktpreise gerade kleinerer Liegenschaften mittels Sachverständigengutachten bestimmen zu können, also keine Ausschreibung durchführen zu müssen.

Die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, enthält im Unterschied zur Grundstücksmitteilung keine Hinweise (mehr) zu den Anforderungen, die an ein Sachverständigengutachten zu stellen sind. Insoweit spricht viel dafür, dass es bei den Kriterien der Grundstücksmitteilung bleibt. Denn die Grundstücksmitteilung spiegelt die bisherige Verwaltungspraxis der Kommission wider. Es ist derzeit kein Grund zu der Annahme ersichtlich, dass die Kommission mit der Bekanntmachung beabsichtigt, von dieser abzurücken. Danach spricht viel dafür, bis auf Weiteres z. B. davon ausgehen zu können, dass staatliche Bewertungsbüros, Beamte oder Angestellte so lange als unabhängig gelten, als eine unzulässige Einflussnahme auf ihre Feststellung effektiv ausgeschlossen ist.²⁰⁰

Exkurs zum Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen: Die Bekanntmachung der Kommission nimmt auch zum Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen Stellung. Es sollen hierfür ebenfalls Ausschreibungen erfolgen. Diese sollen ermöglichen, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktpreis entspricht. Die Kriterien sollen daher so festgelegt werden, dass der erfolgreiche Bieter eine marktübliche

¹⁹⁷ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 103.

¹⁹⁸ EuGH, Rs. C-239/09, EU:C:2010:778, Rn. 39 – *Seydaland*; EuGH, Rs. C-39/14, EU:C:2015:470, Rn. 31 – *BVVG*.

¹⁹⁹ EuG, Rs. T-89/09, EU:T:2015:153, Rn. 187 ff. – *Pollmeier Massivholz/Kommission*.

²⁰⁰ Siehe II. 2 lit. a) der (außer Kraft getretenen) Grundstücksmitteilung, ABl. EC 1007 C 209/3 sowie dazu KOM, Entscheidung v. 14.04.1992, C 3/91 ex NN 5/91, ABl. EC 92 L 293/15, S. 20 – *Deutschland: Beihilfe des Landes Berlin an die Daimler-Benz AG*.



Rendite erzielt, aber nicht mehr. Dies setzt nach der Auffassung der Kommission Ausschreibungen voraus, bei denen der „Preis“-Komponente des Angebots ein großes Gewicht beigemessen wird oder bei denen es aus sonstigen Gründen wahrscheinlich ist, dass ein wettbewerbsgerechtes Ergebnis erzielt wird (z. B. bestimmte Auftragsauktionen mit hinreichend klaren Zuschlagskriterien).²⁰¹ Ein Beispiel hierfür oder den Nachweis von Spruchpraxis oder Rechtsprechungspraxis bleibt die Kommission schuldig. Die Kommission bleibt auch eine Aussage zu Fällen schuldig, in denen eine Ausschreibung ausscheidet, wie dies etwa beim Kauf von Unternehmensanteilen, Kunst oder anderen denkbaren Vermögenswerten, die in vergleichbarer Weise nicht von verschiedenen Käufern gleichermaßen angeboten werden können, gut denkbar ist. In solchen Fällen wird weiterhin nichts anderes übrig bleiben, als auf die Bewertung unabhängiger Sachverständiger zurückzugreifen.

dd) Private Garantoren Test und Bürgschaftsmitteilung

- 138 Unter das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV können grundsätzlich auch staatliche Beihilfen in Form von **Haftungsverpflichtungen** wie **Garantien** und **Bürgschaften** fallen. Ob dies der Fall ist, ist anhand des „**Private Guarantors Test**“ zu beurteilen. Dafür ist zwischen dem (meist staatlichen) **Garantiegeber**, dem **Kreditnehmer** und dem **Kreditgeber** zu unterscheiden. Als Begünstigter kommt vor allem der Kreditnehmer in Betracht, der ohne Garantie einen Kredit nicht oder nur zu ungünstigeren Bedingungen erhalten hätte. Auch die Haftung des Staates für insolvente öffentliche Unternehmen wird als solcher Vorteil angesehen, wenn für diese die „*normalen*“ Insolvenzvorschriften nicht gelten.²⁰²
- 139 In der **Bürgschaftsmitteilung**²⁰³ aus dem Jahr 2008 hat die Kommission die Grundsätze niedergelegt, von denen sie sich bei der Auslegung der Art. 107, 108 AEUV und deren Anwendung auf staatliche **Garantien** leiten lassen will. Dabei ist der in der Bürgschaftsmitteilung verwendete Begriff „Garantie“ sehr weit und umfasst nicht nur **Bürgschaften**, sondern **Haftungsverpflichtungen** insgesamt.²⁰⁴

²⁰¹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 96.

²⁰² EuG, Rs. T-154/10, EU:T:2012:452, Rn. 81 ff., insbesondere 108 – *Frankreich/Kommission*.

²⁰³ Bürgschaftsmitteilung, ABl. EU 2008 C 155/10.

²⁰⁴ Für die unterschiedlichen Garantieförmungen s. Ziff. 1.2 der Bürgschaftsmitteilung.



Praxistipp: Der Text der Bürgschaftsmitteilung im Einzelnen ist nicht unkompliziert und vergleichsweise ausführlich. Deshalb ist es für das Verständnis der folgenden Absätze vorteilhaft, diesen zur Verfügung zu haben bzw. jeweils unmittelbar die genannten Vorschriften nachzulesen.

140 Im Regelfall ist es ein Kredit, für den eine Bürgschaft übernommen wird, so dass der Hauptbegünstigte der Garantie in der Mitteilung durchweg als „*Kreditnehmer*“ bezeichnet wird, und die Instanz, deren Risiko sich durch die staatliche Garantie verringert, als „*Kreditgeber*“ (Ziff. 1.3. Abs. 3). Die Mitteilung unterscheidet ferner die Bereiche der möglichen Beihilfen für den **Kreditnehmer** und für den **Kreditgeber** sowie die der **Einzelgarantien** und **Garantieregelungen**.

Praxistipp: Unter besonderen Umständen kann auch der Kreditgeber begünstigt sein, etwa wenn eine Garantie im Nachhinein gewährt wird oder ein ungesicherter mit einem gesicherten Kredit zurückgezahlt wird.²⁰⁵

141 In Ziff. 2.1. Abs. 3 der Bürgschaftsmitteilung führt die Kommission grundsätzlich aus, in welchen Fällen eine staatliche Garantie unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fällt: Hiernach bietet eine staatliche Garantie, die meist (aber nicht zwingend) für einen Kredit gegeben wird, den Vorteil, dass das Ausfallrisiko vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion müsste normalerweise durch eine angemessene Prämie (**Avalprovision**) vergütet werden. Bei einem Verzicht des Staates auf eine solche Prämie – sei es ganz oder nur teilweise – wird das Unternehmen (der Darlehensnehmer) begünstigt, und es findet ein Verlust staatlicher Ressourcen statt. Daher kann selbst in dem Fall, dass keinerlei Zahlungen des Staates im Rahmen einer Garantie erfolgen, eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen.

142 Daraus folgt im Umkehrschluss, dass eine Beihilfe nicht vorliegt, wenn es an einem solchen Vorteil fehlt, eine Garantie also zu marktüblichen Bedingungen zur Verfügung gestellt wird. Die Voraussetzungen hierfür sind in Kapitel 3. der Bürgschaftsmitteilung geregelt. Es trägt die Überschrift „*Umstände, die das Vorliegen einer Beihilfe ausschließen*“. Diese Vorschriften sind also für den o. g. **Private Guarantor Test** heranzuziehen. Im Rahmen der „*allgemeinen Erwägungen*“ in Ziffer 3.1. der Mitteilung wird dies ausdrücklich bestätigt. Im Folgenden unterscheidet die Mitteilung zwischen den Kriterien für eine Einzelgarantie (Ziff. 3.2 bzw. 3.3 für KMU) und Garantieregelungen (Ziff. 3.4 bzw. 3.5 für KMU). In beiden

²⁰⁵ EuGH, Rs. C-275/10, EU:C:2011:814, Rn. 42 – *Residex Capital/Gemeente Rotterdam*.



Fällen ist es damit möglich, dass die Maßnahme bzw. Regelung als beihilfefrei anzusehen (und damit nicht anzumelden) ist.

(1) Einzelgarantien

143 Als beihilferechtlich unproblematisch werden Einzelgarantien eingestuft, die die folgenden kumulativen Anforderungen erfüllen (Ziff. 3.2. Bürgschaftsmitteilung):

- Der Kreditnehmer bzw. Garantieempfänger darf sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten befinden, d. h. kein **Unternehmen in Schwierigkeiten** im Sinne der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien²⁰⁶ sein.
- Die Garantie muss an eine bestimmte finanzielle Transaktion geknüpft, auf einen festen Höchstbetrag beschränkt und von begrenzter Laufzeit sein, so dass der Umfang der Garantie zum Zeitpunkt ihrer Übernahme ermittelt werden kann.
- Die Garantie deckt höchstens 80 % des Kreditbetrages bzw. der ausstehenden finanziellen Verpflichtung mit der Folge, dass der Kreditgeber einen Teil des Risikos (mindestens 20 % Eigenobligo) selbst trägt (wobei diese Beschränkung auf 80 % gemäß Ziff. 3.2 lit c) Abs. 3 der Mitteilung ausdrücklich **nicht** für Unternehmen gilt, deren Tätigkeit sich ausschließlich auf die Erbringung einer einzigen²⁰⁷ **DAWI** beschränkt, mit der sie ordnungsgemäß betraut worden sind).
- Für die Garantie wird ein **marktübliches Entgelt** gezahlt.

144 Die o. g. Voraussetzung, dass die Garantie zu keinem Zeitpunkt mehr als 80 % des ausstehenden Kreditbetrags oder der ausstehenden finanziellen Verpflichtung decken darf, soll sicherstellen, dass der Kreditgeber tatsächlich einen Teil des Ausfallrisikos trägt. Deshalb muss auch der garantierte Betrag entsprechend herabgesetzt werden, wenn sich der Umfang des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung mit der Zeit verringert. Daneben müssen Verluste anteilig in gleicher Weise von Kreditgebern und von Garanten getragen werden. Ebenso müssen Netto-Verwertungserlöse (d. h. Erlöse abzüglich Bearbeitungskosten), die von der Verwertung von durch Kreditnehmer gestellte Sicherheiten herrühren, anteilig zur Deckung der Verluste des Kreditgebers und des Garanten verwendet werden. Bei Garantien, bei denen etwaige Verluste zunächst dem Garanten und erst dann dem Kreditgeber

²⁰⁶ In der Bürgschaftsmitteilung wird noch auf ABl. EU 2004 C 244/ 2 verwiesen, zwischenzeitlich sind neue Leitlinien über staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten in Kraft getreten, ABl. 2014 C 249/1.

²⁰⁷ KOM, Beschluss v. 10.05.2011, Staatliche Beihilfe SA.31261, Rn. 25 – *Kommunalbürgschaft für städtische Geothermie Unterschleißheim*.



zugewiesen werden, wird davon ausgegangen, dass ein Beihilfeelement enthalten sein könnte (vgl. Ziff 3.2 lit c), 1. und 2. Spiegelstrich der Bürgschaftsmitteilung).

145 Die Nichteinhaltung der genannten Voraussetzungen führt aber nicht automatisch zum Vorliegen einer Beihilfe. Das Nichtvorliegen kann in solchen Fällen vielmehr auf andere Weise nachgewiesen werden (Ziff. 3.6. Bürgschaftsmitteilung). In solchen Zweifelsfällen soll gemäß Ziffer 3.6 sowie 3.2 lit c) Abs. 5 der Mitteilung eine vorsorgliche Anmeldung (ggf. als **Non-aid**, siehe dazu unten Rn. 414) erfolgen.

146 Sind die ersten drei Voraussetzungen bei Einzelgarantien zugunsten von **KMU** erfüllt, können mit Blick auf die Marktüblichkeit des Entgelts sog. **Safe-Harbour-Prämien** angewandt werden, die Ziff. 3.3 der Mitteilung zu entnehmen sind. In dieser Vorschrift sind in einer Tabelle jeweils in Abhängigkeit von der Bonität des Unternehmens **Mindestprämien** angegeben, die für eine Garantie zu entrichten sind, damit diese keine Beihilfe darstellt. Von besonderer Bedeutung ist insoweit Fußnote 12 der Mitteilung, die sich auf die Angaben zum **Rating** der Unternehmen in der Tabelle bezieht. Darin wird ausgeführt, dass sich die Tabelle auf Ratingstufen von **Standard & Poor's**, **Fitch** und **Moody's** bezieht, auf die sich der Bankensektor bei der Zuordnung seines eigenen Ratingsystems am häufigsten stützt. Dazu wird erläutert, dass Ratings aber nicht von diesen speziellen Rating-Agenturen eingeholt zu werden brauchen. **Nationale Ratingsysteme** und von Banken zur Feststellung von Ausfallquoten verwendete Ratingsysteme könnten ebenfalls akzeptiert werden, sofern sie die **Ausfallwahrscheinlichkeit über ein Jahr** angeben, da die **Rating-Agenturen** diesen Wert zur Einstufung von Unternehmen verwenden. Andere Systeme sollten eine ähnliche Bewertung unter Zugrundelegung dieses Schlüssels gewährleisten.²⁰⁸

Praxistipp: Die Regelungen von Mindestprämien für KMU stellen für die Förderung von KMU eine entscheidende Erleichterung für die Praxis dar. Denn die Mindestangaben von Prämien ersparen den Beteiligten die konkrete Bestimmung eines **marktüblichen Entgelts**. Für die Bestimmung der jeweils einschlägigen Mindestprämie bedarf es jedoch grundsätzlich eines Ratings der speziellen Rating-Agenturen Standard & Poor's, Fitch und Moody's. Die Kommission erlaubt jedoch für den Fall, dass solche Ratings nicht vorliegen (was bei KMU nicht gerade unwahrscheinlich ist), dass auf nationale Ratingsysteme und Feststellungen von Banken zur Ausfallwahrscheinlichkeit zurückgegriffen werden kann, sofern sie die Ausfallwahrscheinlichkeit über ein Jahr angeben.

²⁰⁸ ABl. EU 2008 C 155/15, Fn. 12.



Fallbeispiel: Als anschauliches Beispiel für ein solches Ratingsystem einer Bank ist das eigene Ratingsystem der Investitionsbank des Landes Brandenburg geeignet, das diese für Empfänger von Regionalbeihilfen in Form von GA/EFRE-Nachrangdarlehen angewendet hat. Die Kommission hat das eigene Ratingsystem der Bank akzeptiert, weil dessen Kategorien auf der Grundlage der 1-Jahres-Ausfallwahrscheinlichkeit den Standard-Ratingkategorien internationaler Rating-Agenturen zugeordnet werden konnten.²⁰⁹

- 147 Wenn eine Garantie nicht KMU betrifft, für die ggf. auf die o. g. Mindestprämien in Ziff. 3.3 der Mitteilung zurückgegriffen werden kann, ist die Höhe eines marktüblichen Entgeltes zu bestimmen. Nur damit kann eine Beihilfe ausgeschlossen werden. Nur, wenn die an den staatlichen Garanten gezahlte Prämie der Höhe nach diesem marktüblichen Entgelt entspricht, gibt es kein Beihilfeelement.
- 148 Insofern ist jedoch eine pauschale Festsetzung der **Avalprovision** nicht ausreichend. Die Kommission akzeptiert eine **Garantieprämie**, die auf einen einheitlichen Prozentsatz unter Berufung auf einen allgemeinen Branchenstandard festgesetzt wird, ausdrücklich nicht als marktüblich (Ziff. 3.2. d) Abs. 4 Bürgschaftsmitteilung).
- 149 Die Ermittlung der **Marktüblichkeit** des Entgelts gemäß Ziff. 3.2 d) der Bürgschaftsmitteilung erfolgt in Abhängigkeit vom Betrag und der Dauer der Garantie, der vom Kreditnehmer erbrachten Sicherheit, der finanziellen Situation des Kreditnehmers, des Wirtschaftssektors und anderer wirtschaftlicher Bedingungen.²¹⁰ Die Einzelheiten hierzu enthält Ziff. 3.2 lit. d) der Bürgschaftsmitteilung. Dies wirft in der Praxis regelmäßig Probleme auf. Oft wird externer Sachverstand herangezogen.
- 150 Die Bürgschaftsmitteilung führt in Ziff. 3.2. d) Abs. 1 S. 2 dazu aus, dass das Entgelt dann als marktüblich anzusehen ist, wenn es „*mindestens der entsprechenden, als Vergleichsmaßstab dienenden Garantieprämie auf den Finanzmärkten entspricht*“. Wenn also zu einer bestimmten Kredittransaktion keine **empirischen Marktinformationen** (z. B. durch beteiligte private Garantiegeber im Sinne einer **Pari-passu-Transaktion**, siehe dazu oben Rn. 109) vorliegen, können marktübliche Bedingungen durch einen Vergleich mit vergleichbaren Markttransaktionen (d.h. **Benchmarking**) festgestellt werden.

²⁰⁹ KOM, Entscheidung v. 10.12.2008, N 55/2008, Rn. 24. – *Deutschland: GA/EFRE-Nachrangdarlehen (Brandenburg)*.

²¹⁰ BMWi, Handbuch über staatliche Beihilfen, Praxistipp S. 32, abrufbar unter:
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6 1



151 Lässt sich im Falle von Garantien keine entsprechende Preisbenchmark auf den Finanzmärkten finden, so sollten nach Ziff. 3.2 d) Abs. 2 der Mitteilung die gesamten Finanzierungskosten des mit der Garantie gesicherten Kredits, einschließlich der **Kreditzinsen** und der **Garantieprämie**, mit dem **marktüblichen Entgelt** für einen vergleichbaren, nicht mit einer Garantie gesicherten Kredit verglichen und die Differenz gebildet werden. Die Garantie ist nicht beihilfefrei, wenn sich aus diesem Vergleich ergibt, dass es eine Differenz zwischen dem marktüblichen Zinssatz, der für das betreffende Unternehmen ohne die Garantie gegolten hätte, und dem im Wege der staatlichen Garantie tatsächlich angewandten Zinssatz zzgl. der Garantieprämie gibt.

Praxistipp: Diese Regelung der Bürgschaftsmitteilung ist ausgesprochen praxisrelevant. Denn sie erspart dem Anwender im Ergebnis die Bestimmung eines marktüblichen Bürgschaftsentgelts im Einzelnen. Es genügt der Vergleich der gesamten **Finanzierungskosten für einen Kredit mit Garantie** mit den **Finanzierungskosten dieses Kredits ohne Garantie** (unter Berücksichtigung des dann marktüblichen Zinssatzes). Unterscheiden sich beide nicht, liegt keine Beihilfe vor. Bei der dafür erforderlichen Bestimmung der Finanzierungskosten eines Kredits ohne Garantie kann der Anwender wie folgt vorgehen:

- Die Finanzierungskosten können unter Heranziehung des **marktüblichen Zinssatzes** für ein entsprechendes Darlehen ohne Garantie berechnet werden. Dafür kann oben auf die Ausführungen zum „**Private (Market) Creditor Test**“ verwiesen werden (s. o. Rn. 123 ff.). Die Kommission erlaubt insoweit auch in der Bürgschaftsmitteilung ganz ausdrücklich, dass als Ersatzgröße für **marktübliche Zinssätze** auf die von der Kommission festgelegten **Referenzzinssätze** zurückgegriffen werden kann (Ziff. 4.2 der Bürgschaftsmitteilung).²¹¹ Die Kommission lässt dabei für die Einordnung des Kreditnehmers in eine bestimmte Risikoklasse nach der Bürgschaftsmitteilung und im Rahmen der Heranziehung der Referenzzinssatzmitteilung ausdrücklich neben Ratings international anerkannter **Rating-Agenturen** auch **interne Ratings der kreditgebenden Bank** zu, wie es bereits oben in Rn. 145 dargestellt worden ist.²¹²
- Alternativ können die gesamten **Finanzierungskosten** des einschlägigen Unternehmens über **Benchmarking-Methoden** bestimmt werden. Die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff führt hierzu aus, dass im Falle von **Kredit** und **Garantien** Informationen über die Finanzierungskosten des Unternehmens beispielsweise aus anderen von dem betreffenden Unternehmen (kürzlich) aufgenommenen Krediten, aus der

²¹¹ Vgl. zur Berechnung des Referenzzinssatzes die Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze, ABl. EU 2008 C 14, 6.

²¹² Ziff. 3.2 lit d) der Bürgschaftsmitteilung und Referenzzinssatzmitteilung ABl. EG 2008 C 19/6, S. 9.



Rendite der von dem Unternehmen ausgegebenen Anleihen oder aus dem **Credit Default Swap (CDS-Spread)** des Unternehmens gewonnen werden können. Vergleichbare Transaktionen können auch ähnliche Kredit-/Garantietransaktionen, Anleihen oder die CDS-Spreads einer Auswahl von **Vergleichsunternehmen** sein. Diese **Benchmarking-Methoden** können darüber hinaus durch auf der **Kapitalrendite** beruhende **Bewertungsmethoden** wie z. B. durch die sog. **risikobereinigte Kapitalrendite (Risk Adjusted Return on Capital – RAROC)** ergänzt werden.²¹³

(2) Garantieregelungen

152 Die Voraussetzungen für **Garantieregelungen** bzw. die Bewertung von **Garantieregelungen für KMU** sind in Ziff. 3.4 und 3.5 der Mitteilung geregelt. Darauf wird an dieser Stelle verwiesen, da im kommunalen Bereich eher Einzelmaßnahmen als Regelungen relevant sein dürften.

Praxistipp: Die Mindestprämien für Einzelmaßnahmen für KMU gemäß Ziff. 3.3 der Mitteilung können auch für Garantieregelungen verwendet werden. Auch dafür gelten naturgemäß gleichermaßen die im Praxistipp in Rn. 145 genannten Möglichkeiten, auch auf nationale Ratings bzw. von Banken verwendete Ratingsysteme zurückgreifen zu können. Für andere Garantieregelungen gelten bzgl. der Höhe der Entgelte gesonderte Bestimmungen (vgl. Ziff. 3.4 der Bürgschaftsmittteilung), auf die an dieser Stelle nicht im Einzelnen eingegangen werden kann. Hervorzuheben ist dazu, dass es die Kommission auch bzgl. Garantieregelungen akzeptiert, wenn Schätzungen über Ausfallwahrscheinlichkeiten bzw. Verlustquoten bei Ausfall herangezogen werden, die auf Ratings von Banken beruhen. Auf dieser Grundlage hat die Kommission niederländische Garantieregelungen für Schiffsfinanzierungen als beihilfefreie Garantieregelung gemäß Ziff. 3.4 der Bürgschaftsmittteilung anerkannt.²¹⁴

(3) Exkurs zur Bestimmung des Beihilfelements

153 Nicht zum **Private Guarantor Test** gehört die konkrete Bestimmung der Höhe des **Beihilfelements**. Denn diese ist erst notwendig, wenn zuvor festgestellt worden ist, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer beihilfefreien Garantie gerade nicht vorliegen. Zwar enthält auch die Bürgschaftsmittteilung in Kapitel 4. Regelungen zur Bestimmung des Beihilfelements der Höhe nach. Wichtig ist in diesem Zusammenhang indes, dass solche Beihilfelemente auch De-minimis-Regelungen unterfallen oder freigestellt sein können.

²¹³ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 111.

²¹⁴ KOM, Beschluss v. 27.10.2010, N 639/200. Rn. 27 ff. – *The Netherlands: Dutch shipbuilding finance*.



Sowohl die einschlägigen Vorschriften der De-minimis-Verordnungen als auch der Freistellungsverordnungen enthalten insoweit **spezielle Regelungen**, wie ein **Beihilfeelement** berechnet werden muss bzw. kann, damit es als De-minimis-Beihilfe bzw. als freigestellte Beihilfe angesehen werden kann (vgl. Art. 4 Abs. 6 der **De-minimis-VO** und der **De-minimis-VO für die Landwirtschaft**²¹⁵ und Art. 5 Abs. 2 lit. c) sowohl der AGVO als auch der **Gruppenfreistellungsverordnung für die Landwirtschaft (GVO)**).²¹⁶ Dies vereinfacht die Darstellung der Berechnung des Beihilfeelements von Garantien im Rahmen dieser Handreichung erheblich. Denn für Anwender der kommunalen bzw. der Landesebene dürfte für Garantien die Frage im Vordergrund stehen, ob solche als De-minimis-Beihilfe gewährt werden können bzw. ggf. freigestellt sind. Dazu genügt es, die in den einschlägigen Vorschriften zugelassenen **Methoden für die Bestimmung des Beihilfeelements** anzuwenden. Auf weiterführende Ausführungen zu den Regelungen über die Bestimmung des Beihilfeelements in der Bürgerschaftsmitteilung wird daher an dieser Stelle verzichtet. Stattdessen wird auf die Erläuterung von Garantien im Kapitel II.7. zu De-minimis-Beihilfen verwiesen (vgl. unten Rn. 235).

Praxistipp: Die in der De-minimis-VO erlaubten Methoden zur Bestimmung des Beihilfeelements können teilweise auch zur Freistellung von Garantien bzw. Garantieregelungen genutzt werden. Das gilt namentlich für die von der Kommission veröffentlichte Safe-Harbour-Prämie und von der Kommission genehmigte Berechnungsmethoden der Mitgliedstaaten. Dies regelt Art. 5 Abs. 2 lit. c) ii) sowohl der AGVO als auch der **Gruppenfreistellungsverordnung für die Landwirtschaft (GVO)**.²¹⁷ Allerdings gibt es für De-minimis-Beihilfen zusätzliche Vereinfachungen. Im Kapitel zu De-minimis-Beihilfen in dieser Handreichung (unten in Rn 228 ff.) werden sämtliche für De-minimis **und** Freistellung zulässigen Methoden zur Bestimmung des Beihilfeelements von Garantien dargestellt. Auch bzgl. einer möglichen Freistellung kann daher an dieser Stelle auf die Ausführungen zu den insoweit übertragbaren Regelungen der De-minimis-VO verwiesen werden.

²¹⁵ ABI. EU 2013 L 352/9.

²¹⁶ ABI. EU 2014 L 193/1.

²¹⁷ ABI. EU 2014 L 193/1.



c) Mittelbare Begünstigung

154 Ein Vorteil kann (auch) **mittelbar** sein, also im Ergebnis (auch) anderen Unternehmen gewährt werden als denjenigen, denen die staatlichen Mittel **unmittelbar** zufließen. Eine solche **mittelbare Begünstigung** liegt vor, wenn eine Maßnahme so ausgestaltet ist, dass ihre **sekundären Auswirkungen** bestimmbar Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen zugeleitet werden. Derartige mittelbare Vorteile sind von bloßen sekundären wirtschaftlichen Auswirkungen abzugrenzen, die zwangsläufig mit fast allen Beihilfemaßnahmen verbunden sind (z. B. Anstieg einer Produktion). Zu diesem Zweck sind die absehbaren Wirkungen einer Maßnahme ex ante (im Vorhinein) zu betrachten. Ein mittelbarer Vorteil liegt vor, wenn die Maßnahme so ausgestaltet ist, dass ihre sekundären Auswirkungen Vorteile für bestimmbar Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen beinhalten. Dies ist aus der Sicht der Kommission z. B. der Fall, wenn die unmittelbare Beihilfe de facto oder de jure davon abhängig gemacht wird, dass nur Waren oder Dienstleistungen bestimmter Unternehmen (z. B. Unternehmen, die in einem bestimmten Gebiet niedergelassen sind) erworben werden.²¹⁸

aa) Nur mittelbare Beihilfe

155 Auch wenn eine staatliche Leistung als solche keine Beihilfe für ihren Empfänger darstellt, z. B. weil der unmittelbare Empfänger mangels **wirtschaftlicher Tätigkeit** kein **Unternehmen** ist, kann eine Beihilfe in Form eines **mittelbaren Vorteils** für andere Unternehmen vorliegen, die auf einer nachgeordneten Ebene tätig sind. So hat die Kommission z. B. in dem o. g. Fall der Finanzierung des **Baus der Abwasserinfrastruktur** auch eine mittelbare Beihilfe zugunsten der **Betreiber dieser Infrastrukturen** geprüft. Wenn der Träger einer Infrastruktur gefördert wird, aber Betreiber durch **eine öffentliche Ausschreibung** ausgewählt werden, ist die Spruchpraxis der Kommission bisher uneinheitlich. Nur teilweise wurde davon ausgegangen, dass die Ausschreibung eine mittelbare Begünstigung und damit eine mittelbare Beihilfe ausschließt.²¹⁹ Zwischenzeitlich hat die Kommission in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff klargestellt, dass und unter

²¹⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 116.

²¹⁹ KOM, Entscheidung v. 09.07.2003, N 644e/2002, S. 4, ABl. EU 2003 C 197/12 – *Deutschland: Ausbau der kommunalen wirtschaftsnahen Infrastruktur*.



welchen Voraussetzungen die Durchführung einer Ausschreibung den Ausschluss eines Vorteils gewährleistet.²²⁰

Fallbeispiel: Ein Vorteil kann z. B. auch durch eine Wertabschöpfungsklausel beim unmittelbar Begünstigten ausgeschlossen werden. Dies nimmt die Kommission etwa mit Blick auf Zuschüsse für Träger zur **Errichtung von Gewerbezentren** an. Soweit mittelbar Vorteile an die in den Gewerbezentren angesiedelten Betriebe weitergegeben werden, die die Gewerbezentren nutzen, wies die Kommission darauf hin, dass diese auf der Grundlage der AGVO oder De-minimis-VO gewährt werden könnten (zu diesem Fall bereits oben Rn. 107).²²¹

bb) Unmittelbare und mittelbare Beihilfen

156 Es können auch sowohl der unmittelbare Empfänger staatlicher Mittel als auch Unternehmen, an die Mittel weitergeleitet worden sind, als Empfänger einer (ggf. mittelbaren) Beihilfe angesehen werden. Die Kommission prüft in ihren Entscheidungen deshalb regelmäßig unmittelbare und mittelbare Vorteile gleichermaßen, wenn Letztere möglich erscheinen. Aus diesem Grund unterscheidet die Kommission in Entscheidungen regelmäßig zwischen verschiedenen möglichen unmittelbar bzw. mittelbar Begünstigten. Etwa im Fall einer Infrastrukturförderung prüft sie klassisch die Eigentümer der Infrastruktur als unmittelbar Begünstigte, aber auch Betreiber/Konzessionär und die Endnutzer als mittelbar Begünstigte.²²²

Fallbeispiel: Im Fall von Forschung im Auftrag von Unternehmen (**Auftragsforschung**) hat die Kommission geprüft, ob dies zu einer mittelbaren Begünstigung (und damit auch einer Beihilfe) zugunsten der Unternehmen führt, für die geforscht wird. Dies ist ausgeschlossen, wenn die Forschungseinrichtung ihre Dienstleistung zum Marktpreis erbringt bzw. – wenn es einen solchen nicht gibt – regulatorisch sichergestellt ist, dass der Preis der Dienstleistung

²²⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 223; siehe dazu und zu den Anforderungen an die Ausschreibung auch oben Rn. 109.

²²¹ KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36347 (2013/N), *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – Gewerbezentren* (nicht veröffentlicht).

²²² So etwa KOM, Beschluss v. 15.12.2009, C 39/2009 (ex N 385/2009), Rn. 62, ff, 81 ff. und 103 f. – *Latvian Republic: Public Financing of port infrastructure in Ventspils Port*; KOM, Beschluss v. 09.11.2011, SA.31722, Rn. 69 – *Hungary: Supporting the Hungarian sports sector via tax benefit scheme*.



sowohl sämtliche Kosten der Forschungseinrichtung deckt als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält.²²³

- 157 Für die Anbindung von Gewerbebetrieben mit einem überregionalen Schienennetz schließt die Kommission für Deutschland eine Beihilfe an **Eisenbahnunternehmen** aus, wenn im Einklang mit Erwägungsgrund 25 der Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen²²⁴ sichergestellt ist, dass alle potenziellen Nutzer **gleichberechtigten und diskriminierungsfreien Zugang** zu der Infrastruktur haben und ein **mit dem Unionsrecht vereinbares Entgelt** erhoben wird (wobei auf die Richtlinie 2001/14/EG²²⁵ Bezug genommen wird). Soweit ein solches mit dem Unionsrecht vereinbares Entgelt erhoben wird, schließt die Kommission deshalb auch grundsätzlich einen mittelbaren Vorteil auf der Ebene der mit dem Verkehrsnetz zu verbindenden Gewerbebetriebe aus.²²⁶
- 158 In den Leitlinien der Kommission für **Risikofinanzierungsbeihilfen** hat sich die Kommission ausdrücklich damit befasst, ob und inwiefern durch sog. Finanzintermediäre mittelbar Beihilfen gewährt werden bzw. ob und inwiefern diese auch selbst Empfänger von Beihilfen sein können. Ein **Finanzintermediär** ist ein „*zischengeschaltetes Instrument, mit dem Beihilfen an Investoren/Unternehmen, in die investiert wird, weitergeleitet werden*“.²²⁷ Maßnahmen, die direkte **Weiterleitungen** zugunsten von Finanzintermediären oder die Koinvestition eines Finanzintermediärs umfassen, können eine Beihilfe sowohl an den Finanzintermediär als auch an Investoren und **Zielunternehmen**, für die die Unterstützung bestimmt ist, darstellen. Ob und inwiefern auf beiden Ebenen ein Vorteil vorliegt, ist anhand des oben dargestellten Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten zu prüfen. In den Leitlinien wird dies in Rn. 37 im Einzelnen ausgeführt.²²⁸

²²³ KOM, Entscheidung v. 18.03.2008, N 616/2007, Rn. 83 f. – *Deutschland: FuEul-Beihilferegelung „Spitzencluster-Wettbewerb“*.

²²⁴ ABl. EU 2008 C 184/13.

²²⁵ Richtlinie über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. EU 2001 L 75/29.

²²⁶ KOM, Schreiben v. 15.05.2014, SA.36348, *Deutschland: GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – b) Anbindung von Gewerbebetrieben oder Gewerbegebieten an das überregionale Verkehrsnetz* (nicht veröffentlicht).

²²⁷ Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl. EU 2014 C 19/4, Rn. 37.

²²⁸ Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl. EU 2014 C 19/4, Rn. 29 ff.



Fallbeispiel: Die Kommission hat für eine **Zweckgesellschaft** („*special purpose vehicles*“ – **SPV**), die von verschiedenen öffentlichen Anteilseignern gegründet wurde, um die Liegenschaft eines Flughafens zu verwalten und Finanzierungsmittel bereitzustellen, ganz entsprechend entschieden. Zunächst wurde das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens untersucht und ausgeführt, dass die Zweckgesellschaft selbst keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ausübe. Denn ihr einziger Zweck bestehe darin, die Mittel zweier Behörden für die Finanzierung der Entwicklung des Flughafens zusammenzuführen und an den Flughafenbetreiber weiterzureichen.²²⁹ Vorsorglich wurde anschließend (trotzdem) das Vorliegen eines Vorteils zugunsten der Zweckgesellschaft geprüft. Dieser wurde ebenfalls abgelehnt. Die Kommission nahm an, dass umsichtige marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsteilnehmer, die von mittel- bis langfristigen **Rentabilitätszielen** geleitet werden, ebenfalls eine solche Zweckgesellschaft zur gemeinsamen Finanzierung des Flughafen gegründet hätten. Dies sah die Kommission im Vergleich zu der Möglichkeit der öffentlichen Hand, die Finanzierungsmaßnahmen unmittelbar selbst durchzuführen, als „vernünftig“ an.²³⁰ Eine mittelbare Beihilfe an den Flughafenbetreiber durch Maßnahmen der Zweckgesellschaft als „Zielunternehmen“ wurde wiederum für einen großen Teil dieser Maßnahmen mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu **marktüblichen Bedingungen** erfolgten (unter anderem unter Bezugnahmen auf die o. g. **Referenzzinssatzmitteilung** (siehe dazu oben Rn. 125 ff.).²³¹

d) Unternehmen in Schwierigkeiten

159 Ob bzw. unter welchen Bedingungen ein gut informierter und umsichtiger privater Kapitalgeber mit einer jedenfalls langfristigen Renditeerwartung die entsprechende Investition tätigen würde, hängt maßgeblich vom Zustand des Zielunternehmens ab. Für Maßnahmen zugunsten eines **Unternehmens in Schwierigkeiten** ist deshalb zu prüfen, ob ein privater Kapitalgeber überhaupt und wenn ja, zu welchen Bedingungen, entsprechend gehandelt hätte. Daraus ergibt sich folgendes Bild:

²²⁹ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2015 L 269/1, Rn. 215 ff. – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH.*

²³⁰ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2015 L 269/1, Rn. 222 ff. – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH.*

²³¹ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2015 L 269/1, Rn. 158 ff. – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH.*



aa) Begriff und Voraussetzungen

160 Gemäß Art. 1 Abs. 4 lit. c) gilt die AGVO ausdrücklich nicht für **Unternehmen in Schwierigkeiten** (ausgenommen zur Bewältigung bestimmter Naturkatastrophen). Deshalb enthält Art. 2 Rn. 18 hierzu eine detaillierte Begriffsbestimmung. Diese ist regelmäßig zu prüfen, wenn die AGVO Anwendung finden soll. Denn auf Unternehmen in Schwierigkeiten darf sie nicht angewendet werden. Auf diese Legaldefinition kann in der Sache jedoch auch vom „Rechtsanwender“ außerhalb des Anwendungsbereichs der AGVO zurückgegriffen werden. Danach kommt es – differenziert nach Gesellschaftsarten – auf die Höhe der **Verluste**, den **buchwertbasierten Verschuldungsgrad**, das anhand des EBITDA berechnete **Zinsdeckungsverhältnis**, das Vorliegen eines **Insolvenzverfahrens** oder darauf an, ob das Unternehmen bereits eine **Rettingsbeihilfe** erhalten und noch nicht zurückgezahlt hat bzw. im Fall einer **Umstrukturierungsbeihilfe** noch einem **Umstrukturierungsplan** unterliegt. Zu den Einzelheiten wird auf die Norm verwiesen.

161 Auch die sog. Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten („**Rettings- und Umstrukturierungsleitlinien**“) enthalten eine Legaldefinition. Diese wird naturgemäß im Rahmen eines beihilferechtlichen Prüfverfahrens regelmäßig von der Kommission geprüft. Im Nachgang der Finanzkrise wurden die bis dahin geltenden Leitlinien von 2004²³² im Zuge der Initiative zur Modernisierung des EU-Beihilferechts überarbeitet und die Vorgaben für die Prüfung von Unternehmen in Schwierigkeiten teilweise weiter ausgestaltet und zwischen verschiedenen Unternehmen differenziert. Nach Rn. 20 dieser Leitlinien gilt ein Unternehmen als in Schwierigkeiten, wenn es auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeit gezwungen sein wird, wenn der Staat nicht eingreift. Gegenüber der Vorgängerregelung beschränkt sich die Kommission in ihren neuen Leitlinien auf sog. „harte Kriterien“ zur Bestimmung, ob sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten befindet. Hierdurch soll größere Rechtssicherheit geschaffen werden für die folgenreiche Einstufung, dass sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten befindet. Bei den Kriterien kommt es darauf an, ob ein Unternehmen Gegenstand **eines Insolvenzverfahrens** ist oder die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen **Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** auf Antrag seiner Gläubiger erfüllt sind bzw. auf den Verzehr von Kapital durch Verluste sowie das Vorliegen anderer typischer Symptome.²³³ Nach der Rechtsprechung wird **negatives**

²³² Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien, ABl. EU 2004 C 244/2, Rn. 1.

²³³ Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien, ABl. EU 2014 C 249/1, Rn. 19 ff.



Eigenkapital unabhängig von den Bestimmungen der Leitlinien als „erheblicher Indikator“ dafür angesehen, dass sich ein Unternehmen in einer schwierigen finanziellen Lage befindet.²³⁴

162 Die neuen Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien gelten nur für nichtfinanzielle Unternehmen in Schwierigkeiten. Sie finden auf Kreditinstitute keine unmittelbare Anwendung mehr. Für diese gilt die sog. Bankenmitteilung,²³⁵ die aber keine eigenständige Definition für Kreditinstitute in Schwierigkeiten enthält. Zudem sind die Regelungen in der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie 2014/59/EU (BRRD) zu beachten, die in Deutschland durch das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) vom 10.12.2014 umgesetzt worden ist.²³⁶ In der BRRD und dem SAG werden Kriterien genannt, bei deren Vorliegen von einer Ausfall- bzw. Bestandsgefährdung des Kreditinstituts auszugehen ist. Im Rahmen dieser Handreichung für die Verwaltungspraxis wird davon abgesehen, auf diese Regelungen bzw. insgesamt die beihilferechtliche Beurteilung von Finanzierungsmaßnahmen bzw. Kapitalmaßnahmen öffentlicher Eigentümer im Bankensektor während bzw. der Finanzkrise einzugehen.

bb) Erfüllung des Beihilfetatbestands als Regelfall?

163 Der Kommission kommt bei der Beurteilung, ob ein **Unternehmens in Schwierigkeiten** vorliegt, ein weites **Ermessen** zu. Dabei handelt es sich um die Berücksichtigung und Würdigung **komplexer wirtschaftlicher Tatsachen und Gegebenheiten**, die im Rahmen des **Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten** nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sind, wie es oben dargestellt worden ist.²³⁷

164 Liegt ein **Unternehmen in Schwierigkeiten** vor, stellt sich die Frage, ob eine beihilfefreie Maßnahme überhaupt möglich ist, also ob ein privater Investor in ein solches Unternehmen investieren würde. Die **Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien**²³⁸ erwecken insoweit den Eindruck, dass sie im Fall eines Unternehmens in Schwierigkeiten immer anzuwenden

²³⁴ EuG, Rs. T-102/07 und T-120/7, EU:T:2010:62, Rn. 106 – *Freistaat Sachsen/Kommission*.

²³⁵ ABl. EU 2013 C 216/1.

²³⁶ Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) 2014/59/EU vom 15. 05. 2014, ABl. EU 2014 L 173/190; in Deutschland durch das sog. BRRD-Umsetzungsgesetz vom 10.12. 2014 umgesetzt, BGBl. 2014, Teil I Nr. 59 v. 18.12.2014, S. 2091.

²³⁷ EuG, Rs. T-102/7 und T-120/07, EU:T:2010:62, Rn. 98 – *Freistaat Sachsen/Kommission*.

²³⁸ ABl. EU 2014 C 249/1, Rn. 19 ff.



seien. Dies würde im Umkehrschluss bedeuten, dass immer von einer Beihilfe auszugehen wäre. Denn die Leitlinien enthalten die Maßstäbe für die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, die tatbestandlich eine Beihilfe voraussetzen (siehe dazu unten Kapitel III).

165 Dies entspricht grundsätzlich der derzeitigen Kommissionspraxis. Sie geht derzeit regelmäßig davon aus, dass eine Kapitalzuführung an ein **Unternehmen in Schwierigkeiten** eine Beihilfe darstellt und sie ihre Prüfung daher auf die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Beihilfe konzentriert. Dies betrifft insbesondere die Beurteilung der Kommission in den Bankenfällen, die sie während der Finanzkrise entschieden hat. In diesen Fällen ordnete die Kommission die krisenindizierten staatlichen Interventionen in der Regel als Beihilfen ein, über deren Vereinbarkeit als **Umstrukturierungs- bzw. Rettungsbeihilfe** zu entscheiden war.²³⁹

166 Dies ist jedoch beihilferechtlich keineswegs zwingend. Der **PIT** ist vielmehr von Kommission und Rechtsprechung ursprünglich gerade für Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von **Unternehmen in Schwierigkeiten** entwickelt und in der Vergangenheit daher allein auf Maßnahmen zugunsten unrentabler Unternehmen angewandt worden. Deshalb hat sich in der Rechtsprechung ursprünglich die umgekehrte Diskussion entwickelt, ob der PIT auch auf Unternehmen angewendet werden kann, die rentabel sind. Die Unionsgerichte haben dazu festgestellt, dass es für die Feststellung, ob eine Begünstigung vorliegt, nicht ausschlaggebend ist, ob das Unternehmen rentabel ist oder nicht. Denn zum einen ist in vielen der behandelten Fälle von der **Rentabilität** des Unternehmens ausgegangen worden, zum anderen stünde eine solche „*Weiterentwicklung*“ der Anwendung des PIT auch auf rentable Unternehmen – wenn es sich überhaupt um eine solche handelt – im Einklang mit den beihilferechtlichen Vertragsbestimmungen.²⁴⁰

167 Aus dem Umstand, dass der PIT gerade und vor allem für **Unternehmen in Schwierigkeiten** entwickelt und angewendet worden ist, folgt unmittelbar, dass es auch möglich sein muss, diesen ergebnisoffen bei Maßnahmen zugunsten eines Unternehmens in Schwierigkeiten zu bestehen.²⁴¹ Daraus folgt, dass der Staat auch zugunsten eines Unternehmens in Schwierigkeiten **Finanzierungsmaßnahmen** ergreifen können muss, die keine Beihilfe

²³⁹ Vgl. hierzu die Zusammenstellung und Beschreibung der Entscheidungen in *Laprévote/Paron*, EStAL 2015, 1 ff.

²⁴⁰ EuG, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99, EU:T:2003:57, Rn. 210 m.w.N. u. Rn. 213 – *WestLB und NRW/Kommission*

²⁴¹ Dafür spricht auch EuG, verb. Rs. T-29/10 u. T-33/10, EU:T:2012:98, Rn. 99 u. 143 bestätigt durch EuGH, Rs. C-224/12 P, EU:C:2014:213, Rn.37 – *Niederlande u.a./Kommission*.



darstellen, wenn ein privatwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter dies ggf. ebenfalls tun würde. Insoweit wird von der Kommission auch ausdrücklich anerkannt, dass ein privater Wirtschaftsbeteiligter nicht in allen Fällen und ohne Ansehung der Umstände verlangen würde, dass über ein **Unternehmen in Schwierigkeiten** unmittelbar das **Insolvenzverfahren** eröffnet wird. Es ist vielmehr vorstellbar, dass ein privater Gläubiger z. B. ein Interesse daran hat, die Tätigkeit eines Schuldnerunternehmens für eine bestimmte Zeit aufrechtzuerhalten, wenn sich zeigt, dass die Kosten einer unmittelbaren **Liquidation** (sog. **kontrafaktisches Szenario**) höher als die Kosten einer Kapitalgewährung sind.²⁴² Jeder Gläubiger muss den Gewinn, der sich aus einer zügigen **Liquidation** des Unternehmens ergeben könnte, mit dem Gewinn vergleichen, der sich aus einem vorübergehenden Verzicht auf die Einziehung seiner Forderungen und die Fortsetzung der Tätigkeiten seines Schuldners ergeben könnte.²⁴³

- 168 Dies ist insbesondere in den Fällen zu prüfen, in denen der Staat sich schon früher (z. B. als Anteilseigner, Kreditgeber oder Bürge) bei einem Unternehmen engagiert hat, und dieses Engagement nicht selbst das Ergebnis früherer Beihilfen oder einer nicht marktkonformen Maßnahme ist. Ein solches auf marktkonformen Maßnahmen beruhendes früheres Engagement wird von der Kommission im Rahmen des sog. **kontrafaktischen Szenarios** für die Zwecke des **marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten** berücksichtigt (sog. **Eigentümereffekt**). Im Fall einer Beteiligungs- oder Kreditmaßnahme zugunsten eines **öffentlichen Unternehmens in Schwierigkeiten** ist also ganz entsprechend die erwartete Rendite dieser Investition mit der erwarteten **Rendite** (bzw. ggf. der Höhe der **Verluste**) bei der **kontrafaktischen Fallkonstellation**, d. h. der Abwicklung des Unternehmens, zu vergleichen.²⁴⁴ Dies lässt den Schluss zu, dass auch für Unternehmen in Schwierigkeiten nicht ohne Weiteres zwingend von einer Beihilfe ausgegangen werden muss, sondern die Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich Handelnden zum Ergebnis haben kann, dass eine Begünstigung nicht vorliegt.

Merkposten: Soll einem **Unternehmen in Schwierigkeiten** z. B. **Kapital zugeführt**, ein zinsgünstiges **Darlehen** gewährt oder für dieses eine **Bürgschaft** ohne bzw. für ein vergleichsweise niedriges Entgelt übernommen werden, ist beihilferechtlich regelmäßig Vorsicht geboten. Die Frage, ob in einem solchen Fall eine Beihilfe vorliegt, kann nur auf der Grundlage einer schwierigen Einzelfallprüfung beantwortet werden, für die der Sachverstand

²⁴² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 107.

²⁴³ GA Maduro, SchlA v. 01.04.2004, Rs. C-276/02, EU:C:2004:211, Rn. 39 – *Spanien/Kommission*.

²⁴⁴ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 107.



eines Wirtschaftsprüfers hinzugezogen werden sollte. Auch wenn eine solche sorgfältige Prüfung zu dem gut begründeten Ergebnis kommt, dass und warum auch ein privater Wirtschaftsbeteiligter entsprechend gehandelt hätte, bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit für den Fall einer Überprüfung durch die Kommission bestehen. Denn die Kommission muss davon überzeugt werden bzw. hat mit Blick auf das Ergebnis einen **gerichtlich eingeschränkt nachprüfaren Ermessensspielraum** (siehe dazu oben Rn. 302). Eine Ausnahme gilt nur im Rahmen des DAWI-Freistellungsbeschlusses und teilweise im Rahmen der De-Minimis-Verordnung, soweit diese Vorschriften es erlauben, dass Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten gewährt werden (vgl. dazu i.E. die Praxistipps in Rn. 238 und 347).

cc) Anforderungen an den Ausschluss eines Beihilfelements

169 Im Fall eines Darlehens, einer Garantie o. Ä. ist darüber hinaus mit Blick auf die Anforderungen an den Ausschluss eines Beihilfelements zu unterscheiden. Für Darlehen stellen sich diese wie folgt dar:

- Im Fall eines **Unternehmens in finanziellen Schwierigkeiten**, für das nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine Geschäftsbank ein Darlehen gewährt hätte, „*kann*“ nach der Spruchpraxis der Kommission sogar der gesamte **Darlehensbetrag** als Beihilfe angesehen werden.²⁴⁵
- Die Alternative besteht in der Annahme, dass ein privater Gläubiger ein Darlehen zu einem aufgrund des Risikos erhöhten Zinssatz gewähren würde. Es wäre also von einem vergleichsweise hohen „Risikozuschlag“ auf den Basiszins auszugehen, wie es die o. g. **Referenzzinssatzmitteilung** (siehe dazu oben Rn. 125) vorsieht. Darin wird für die Berechnung des Beihilfelements von Zinszuschussregelungen sogar ausdrücklich eine „Marge“ von bis zu 1.000 Basispunkten (das sind 10 Prozentpunkte) auf den einschlägigen **Basiszinssatz** für den Fall vorgesehen, dass einem Unternehmen mit schlechtem Rating/in finanziellen Schwierigkeiten ein Kredit gewährt wird.²⁴⁶ Liegt der Zins eines von der öffentlichen Hand gewährten Darlehens unter einem so berechneten

²⁴⁵ KOM, Beschluss v. 26.01.2012, SA.19880 und 32576, ABl. EU 2012 C 279/1, Rn. 96 – *Deutschland: Flughafen Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH*; KOM, Entscheidung v. 24.01.2007, C38/205, ABl. EU 2007 L 183/27, Rn. 83 – *Deutschland: Biria-Gruppe I*.

²⁴⁶ Dies geschieht ausdrücklich „vorbehaltlich“ der Anwendung der besonderen Bestimmungen der Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, vgl. Referenzzinssatzmitteilung ABl. EU 2008 L 14/6, S. 8, Fn. 1 zur Tabelle.



Zins (inkl. **Risikoaufschlag**), würde in solchen Fällen (nur) in der **Zinsdifferenz** (und nicht im gesamten Darlehensbetrag) das Beihilfeelement liegen.²⁴⁷

170 Für **Bürgschaften/Garantien** nimmt die **Bürgschaftsmitteilung** (siehe dazu oben Rn. 137 ff.) eine vergleichbare Abstufung vor. Darin stellt die Kommission fest, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Garant, wenn überhaupt, zum Zeitpunkt der Übernahme der Garantie aufgrund des Ausfallrisikos eine hohe Prämie in Rechnung stellen würde. Sollte das Ausfallrisiko besonders hoch sein, gibt es möglicherweise keine solche marktübliche Prämie, und „in Ausnahmefällen“ kann das Beihilfeelement genauso hoch sein wie die Garantiesumme.²⁴⁸

171 Es stellt sich damit als in der Praxis durchaus unsicheres Terrain dar, ob etwa einem öffentlichen Unternehmen mit finanziellen Schwierigkeiten (noch) beihilfefrei ein Kredit zu einem erhöhten Zinssatz oder eine Garantie zu einer erhöhten Prämie gewährt werden kann oder nicht bzw. wie hoch das Beihilfeelement sein kann.

dd) Schlussfolgerung

172 Für die Praxis dürfte davon auszugehen sein, dass es für Maßnahmen zugunsten von **Unternehmen in Schwierigkeiten** regelmäßig schwer zu begründen ist, dass sie keine Beihilfe darstellen bzw. kein Beihilfeelement enthalten (z. B. bei Darlehen, siehe oben Rn. 169). Denn der überzeugende Nachweis, dass sich ein hypothetischer privater Kapitalgeber in vergleichbarer Lage ebenfalls für diese Maßnahme und ggf. gegen ein **Insolvenzverfahren** entschieden hätte, dürfte regelmäßig schwerfallen.²⁴⁹

173 Einfacher ist dies nur, wenn sich tatsächlich ein realer privater Kapitalgeber an einer Maßnahme zu gleichen Bedingungen und in einer vergleichbaren Situation wie die öffentliche Hand beteiligt. Dann kann empirisch mittels einer sog. **Pari-passu-Transaktion** (siehe dazu oben Rn 109) nachgewiesen werden, dass sich ein privater Kapitalgeber entsprechend verhält, so dass es keiner hypothetischen Erwägungen bedarf.

²⁴⁷ Vgl. dazu EuG, Rs. T-102/07 und T-120/07, EU:T:2010:62, Rn. 103 ff. und 211 ff. – *Freistaat Sachsen/Kommission*, in der das EuG die Entscheidung der Kommission, dass Unternehmen in Schwierigkeiten vorliegen würden, zunächst bestätigt hat, die Entscheidung dann aber aufgrund eines Begründungsmangels bzgl. der Höhe der zur Bemessung des Beihilfelements herangezogenen Risikoprämie aufgehoben wurde.

²⁴⁸ ABl. EU 2008 C 155/10, Ziffer 4.1 lit a), 2. Abs.

²⁴⁹ Gelungen ist dies im Fall KOM, Beschluss v. 15.06.2011, N 322/2010 – *Deutschland: Einzelbeihilfe für Wasserwerke*, in der eine Beihilfe mangels Vorteil abgelehnt wurde.



Fallbeispiel: Das Verhalten real vorhandener privater Wirtschaftsbeteiligter kann zur Begründung der **Marktkonformität** einer **Finanzierungsmaßnahme** nur herangezogen werden, wenn diese sich an der entsprechenden Maßnahme im Sinne einer **Pari-passu-Transaktion** beteiligen (siehe oben Rn. 110). Gerade mit Blick auf **Unternehmen in Schwierigkeiten** können **andere** Maßnahmen Privater auch das Gegenteil bewirken. Die Kommission hat etwa im Fall eines **Nachlasses** von 50 % der Kreditforderung durch **Geschäftsbanken** unter der Bedingung, dass die Restforderung sofort beglichen wird, darauf geschlossen, dass es sich bei dem betroffenen Unternehmen um ein **Unternehmen in Schwierigkeiten** handelte. Sie sah darin ein Indiz für das fehlende Vertrauen der Banken in die Fähigkeit des Unternehmens, die Darlehen ganz zu tilgen. Vom EuG wurde ausdrücklich bestätigt, dass darin kein **Beurteilungsfehler** der Kommission lag.²⁵⁰ Damit waren die gleichzeitigen Finanzierungsmaßnahmen des Staates (hier eine **stille Einlage** und zwei **Bürgschaften**) an den vergleichsweise strengeren Maßstäben für Unternehmen in Schwierigkeiten zu messen. Hätte die öffentliche Hand, wie die privaten Geschäftsbanken auch, einen Nachlass auf bestehende Darlehen der öffentlichen Hand gegeben (wenn es solche gegeben hätte), hätte mit den Grundsätzen für Pari-passu-Transaktionen argumentiert werden können, dass darin keine Beihilfe liegt, weil Private ganz real ebenso gehandelt haben. Demgegenüber bewirkt die mit dem Verhalten des privaten Wirtschaftsbeteiligten begründete Einstufung des Unternehmens als eines in Schwierigkeiten, dass anders gelagerte Finanzierungsmaßnahmen des Staates nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen als beihilfefrei angesehen werden können.

174 Die Prüfung, ob im Fall einer Maßnahme zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten eine Beihilfe vorliegt, ist strikt von der Frage zu trennen, ob eine solche Maßnahme, wenn sie eine Beihilfe darstellen würde, im Rahmen einer Notifizierung für vereinbar erklärt oder sogar freigestellt sein kann. Dies ist **nicht** Gegenstand dieses Kapitels der Handreichung, das sich mit dem Beihilfetatbestand befasst.

Weiterführender Praxistipp: Staatliche Finanzierungsmaßnahmen für **Unternehmen in Schwierigkeiten**, deren Beihilfeeigenschaft nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, können jedenfalls nach dem sog. **DAWI-Freistellungbeschluss** (siehe dazu unten Rn. 346 ff.) freigestellt werden. Denn im Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Vorschriften über DAWI vom 29.04.2013 wird ausdrücklich ausgeführt, dass dieser für Unternehmen in

²⁵⁰ Vgl. dazu EuG, verb. Rs. T-102/07 und T-120/07, EU:T:2010:62, Rn. 173 – *Freistaat Sachsen/Kommission*.



Schwierigkeiten gleichermaßen gilt, weil er keine gegenteilige Bestimmung enthält.²⁵¹ Auch die o. g. De-minimis-VO gilt jedenfalls teilweise auch für **Unternehmen in Schwierigkeiten**. Nur für Darlehen und Bürgschaften ist ausdrücklich geregelt, dass Unternehmen, die die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllen, keine De-minimis-Beihilfen erhalten können (dazu näher unten in Rn. 234 und 237). Wenn in der Praxis eine solche Freistellung einer Maßnahme etwa nach dem **DAWI-Freistellungsbeschluss** möglich sein sollte, ist dies mit Blick auf ein **Unternehmen in Schwierigkeiten** immer eine vergleichsweise rechtssichere Lösung.

Andernfalls sind Beihilfen und Beihilferegulungen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten bei der Kommission anzumelden. Denn wie bereits ausgeführt, sind Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten vom Anwendungsbereich der **AGVO** ausgenommen. Im Notifizierungsverfahren prüft die Kommission deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Dies beurteilt sie regelmäßig anhand der neuen sog. „**Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten**“ aus dem Jahr 2014,²⁵² die ausdrücklich nicht für Banken gelten. Auf dieser Grundlage bzw. auf der Grundlage der Vorgängervorschriften hat die Kommission z. B. in der Vergangenheit landesrechtliche Beihilferegulungen zugunsten von **KMU** in Schwierigkeiten genehmigt.²⁵³

3. Finanzierung aus staatlichen Mitteln

175 Das Erfordernis der Finanzierung aus staatlichen Mitteln besteht aus zwei gesonderten Voraussetzungen. Diese müssen kumulativ erfüllt sein, auch wenn sie in der Praxis oftmals zusammen betrachtet werden. Die Staatlichkeit der Mittel wird bejaht, wenn

- der Vorteil der Maßnahme direkt oder indirekt aus **staatlichen Mitteln** gewährt wird und
- die Maßnahme dem Staat zurechenbar ist.

176

²⁵¹ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf DAWI und insbesondere auch Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, Ziffer 3.4.1.5, Antwort auf Frage 108, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf.

²⁵² ABl. EU 2014 C 249/1.

²⁵³ KOM, Beschluss v. 06.11.2013, SA.36929, passim – *Deutschland: Anmeldung einer Beihilferegulung zur Gewährung von Rettungs- und Umstrukturierungsgarantien durch das Land Hessen*.



Das Kriterium der **Zurechenbarkeit** ist immer dann zu prüfen, wenn ein staatliches Handeln nicht offensichtlich ist. Dies ist der Fall, wenn der Vorteil nicht über eine staatliche Behörde, sondern über zwischengeschaltete (öffentliche oder private) Stellen oder durch öffentliche Unternehmen gewährt wird. Dann muss geprüft werden, ob der Staat über seine Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahme beteiligt war.²⁵⁴

a) **Staatliche Mittel**

177 Für die **Staatlichkeit der Mittel** im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist auf alle staatlichen Ebenen abzustellen. Entscheidend ist, ob es sich um dem öffentlichen Sektor zuzurechnende oder rein private Mittel handelt. Dabei werden alle Beihilfen des Bundes, der Länder und der Kommunen erfasst sowie solche, die durch vom Staat errichtete, beauftragte oder beherrschte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden. Auch Fördermittel aus EU-Fonds wie dem **Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER)** und dem **Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE)**²⁵⁵ gelten als staatliche Mittel, wenn sie mit Ermessensspielraum seitens des Mitgliedstaates gewährt werden.²⁵⁶

178 Das Beihilfeverbot gilt für staatliche Mittel „gleich welcher Art“, so dass „*alle vom öffentlichen Sektor ausgehenden Subventionen, die den freien Wettbewerb zu verfälschen drohen, unter die genannten Vorschriften fallen*“.²⁵⁷ Die Unterscheidung in Art. 107 Abs. 1 AEUV zwischen „staatlichen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“ dient nach der Rechtsprechung des EuGH dazu, in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.²⁵⁸

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-482/99, EU:C:2002:294, Rn. 52 – *Stardust Marine*.

²⁵⁵ VO (EG) 1698/2005, ABl. EU 2005 L 277/1; VO (EG) 1080/2006, ABl. EU 2006 L 210/1; VO (EG) 1083/2006, ABl. EU L 210/25.

²⁵⁶ Mitteilung der Kommission „Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“ (im Folgenden Breitbandleitlinien), ABl. EU 2013 C 25/1.

²⁵⁷ EuG, Rs. T-358/94, EU:T:1996:194, Rn. 56 – *Air France/Kommission*.

²⁵⁸ Ständige Rspr., vgl. nur EuGH, verb. Rs. C-72/91 u. C-73/91, EU:C:1993:97, Rn. 19 – *Sloman Neptun*; Rs. 290/83, EU:C:1985:37, Rn. 14 – *CNCA*; verb. Rs. 67/85, 68/85 u. 70/85, EU:C:1988:38, Rn. 35 – *van der Kooy*.



179 Die Gewährung eines Vorteils aus staatlichen Mitteln erfordert folglich

- einen Transfer staatlicher Mittel,
- der mit einer Belastung des Staatshaushaltes verbunden sein muss, wobei die Belastung des Haushalts einer vom Staat betrauten Einrichtung oder eines vom Staat kontrollierten Unternehmens ausreicht.²⁵⁹

180 Die Belastung des öffentlichen Haushaltes kann sowohl durch eine **positive Mittelübertragung** als auch durch einen **Einnahmeverzicht** des Staates erfolgen.²⁶⁰ Daher ist das Vorliegen staatlicher Mittel im Rahmen von Steuerregelungen, die z. B. bestimmte Unternehmen oder Branchen von der Entrichtung einer Steuer oder Abgabe befreien, regelmäßig zu bejahen. Eine direkte Belastung ist z. B. auch gegeben, wenn ein Garantiennehmer keine **marktübliche Provision** oder kein Entgelt an den staatlichen **Garantiegeber** zahlt. In diesem Fall verzichtet der Staat auf eine ihm sonst zustehende Einnahme in Form eines (höheren) **Garantieentgelts**. Ein solcher „*Verzicht auf Einnahmen*“ kommt einer unmittelbaren Zuführung staatlicher Mittel, wie z. B. durch einen Zuschuss, gleich.²⁶¹

181 In Bezug auf **Garantien** oder Zusagen des Staates reicht für die Bejahung der Staatlichkeit der Mittel die konkrete und verbindliche Zusage aus, staatliche Mittel zu einem späteren Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen. Insoweit lässt die Rechtsprechung eine nur **potenzielle Belastung für den Staatshaushalt** bereits ausreichen.²⁶² So gehen Unionsgerichte und Kommission davon aus, dass eine staatliche Maßnahme, die geeignet ist, die Unternehmen, auf die sie angewandt wird, in eine günstigere Lage als andere zu versetzen und gleichzeitig ein hinreichend konkretes Risiko für den Eintritt einer künftigen zusätzlichen Belastung für den Staat zu schaffen, zu Lasten der staatlichen Mittel gehen kann.²⁶³

182 Aber auch Mittel, die zu keinem Zeitpunkt zum Vermögen des Staates gehören, können nach der Spruchpraxis der Kommission und der Rechtsprechung unter folgenden Voraussetzungen staatliche Mittel darstellen.

²⁵⁹ EuGH, Rs. C-200/97, EU:C:1998:579, Rn. 35 m.w.N. – *Ecotrade*.

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-83/98 P, EU:C:2000:248 Rn. 48-51 – *Frankreich/Ladbroke Racing Ltd und Kommission*.

²⁶¹ Bürgschaftsmitteilung 2008, Ziffer 2.1, Abs. 3.

²⁶² EuGH, verb. Rs. C-399/10 P u. 401/10 P, EU:C:2013:175, Rn. 137 ff. – *France Télécom*.

²⁶³ EuGH, verb. Rs. C-399/10 P u. 401/10 P, EU:C:2013:175, Rn. 106 u. 107 m.w.N. – *France Télécom*.



Merkposten: Private Einrichtungen sollen Vorteile aus „staatlichen Mitteln“ gewährleisten können, sofern diese Mittel **unter staatlicher Kontrolle** und damit **zur Verfügung der zuständigen nationalen Behörden** stehen.²⁶⁴ Abzugrenzen ist dies von dem Fall, in dem Unternehmen zum Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel verpflichtet werden.²⁶⁵ Zu prüfen ist, ob ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen dem Vorteil einerseits und der Verringerung eines Postens des Staatshaushalts andererseits besteht.

Fallbeispiel: Diese Abgrenzung ist in der Praxis schwierig und höchst umstritten. Im Fall des deutschen Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien der Jahre 2012 und 2014 (EEG) hatte die Europäische Kommission die von privaten **Übertragungsnetzbetreibern** vereinnahmten Mittel aus der EEG-Umlage als Mittel unter staatlicher Kontrolle angesehen. Entsprechend stufte sie sowohl die EEG-Förderung, die aus dieser Umlage finanziert wird, als auch die Reduktion der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen als Beihilfen ein.²⁶⁶ Während noch das EuG die bzgl. des EEG 2012 hiergegen von der Bundesrepublik Deutschland erhobene Klage abgewiesen hatte,²⁶⁷ war das Rechtsmittel der Bundesrepublik beim EuGH erfolgreich. Der EuGH stellte fest, dass die EEG-Umlage – anders als von der Kommission und EuG angenommen – keine Abgabe und ihre Begrenzung damit auch nicht automatisch einen Verzicht auf staatliche Mittel darstellten. Weiter führte er aus, dass Kommission und EuG weder dargetan hätten, dass der Staat eine Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder hatte, noch auch nur, dass er eine staatliche Kontrolle über die mit der Verwaltung dieser Gelder betrauten Übertragungsnetzbetreiber ausübte. Insbesondere spreche der Umstand, dass die Gelder aus der EEG-Umlage nach den Bestimmungen des EEG 2012 allein zur Finanzierung der Förder- und Ausgleichsregelung verwendet werden, eher dafür, dass der Staat nicht über diese Gelder verfügen konnte, d. h. keine andere Verwendung beschließen konnte. Zudem ließen die vom EuG herangezogenen Gesichtspunkte zwar den Schluss zu, dass die öffentlichen Stellen den ordnungsgemäßen Vollzug des EEG 2012 kontrollieren, nicht aber den Schluss, dass die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder selbst unter staatlicher Kontrolle stehen.

²⁶⁴ EuGH, Rs. C-262/12, EU:C:2013:851; Rn. 21 – *Vent de Colère* ! m.w.N.

²⁶⁵ EuGH, Rs. C-379/98, EU:C:2001:160, Rn. 59 ff – *PreussenElektra*.

²⁶⁶ KOM, Beschluss v. 25.11.2014, SA.33995, ABl. EU 2015 L 250/122, Rn. 98 ff. – *Deutschland: Förderung erneuerbaren Stroms und energieintensiver Unternehmen*; KOM, Beschluss v. 24.07.2014, SA.38632, Rn. 175 ff. *Deutschland: EEG 2014*.

²⁶⁷ EuG, Urteil v. 10.05.2016, Rs. T-47/15, EU:T:2016:281 – *Deutschland/Kommission*.



Aus diesen Gründen kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die im EEG 2012 vorgesehenen Vorteile, mangels Einsatzes staatlicher Mittel, keine staatlichen Beihilfen darstellten.²⁶⁸

²⁶⁸ EuGH, Rs. C-405/16 P, EU:C:2019:268, Rn. 52 ff. – *Deutschland/Kommission*.



b) Zurechenbarkeit zum Staat

183 Wenn eine **öffentliche Verwaltung** handelt, z. B. eine Subvention gewährt, ist dies ohne Weiteres dem Staat zuzurechnen. Dies gilt auch für Maßnahmen des **Gesetzgebers**, wie z. B. Beihilferegulungen (Gesetze, die die Gewährung von Beihilfen regeln).

184 Wenn ein Vorteil über bzw. durch ein öffentliches Unternehmen gewährt wird, muss die **Zurechenbarkeit** für die Maßnahme gesondert geprüft werden. Als öffentliches Unternehmen gilt gemäß Art. 2 lit. b) Abs. 1 der **Transparenzrichtlinie**²⁶⁹ *„jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“* Nach Abs. 2 der Vorschrift wird dies vermutet, *„wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar*

- *die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder*
- *über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder*
- *mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann“.*

185 Eine Maßnahme ist dem Staat jedoch nicht allein deshalb zuzurechnen, weil sie von einem öffentlichen Unternehmen ergriffen wurde. Denn auch ein öffentliches Unternehmen kann je nach dem Maß an Selbständigkeit, das ihm der Staat belässt, mehr oder weniger unabhängig handeln. Deshalb ist zu prüfen, ob staatliche Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahmen beteiligt waren, wobei die Zurechenbarkeit an den Staat aus einem **Komplex von Indizien** abgeleitet werden kann. Indikatoren für die Zurechenbarkeit an den Staat sind:²⁷⁰

- Eingliederung des öffentlichen Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung
- Erfüllung von Anforderungen der öffentlichen Hand durch die Maßnahme
- Beachtung von Richtlinien staatlicher Stellen
- Art der Tätigkeit des Unternehmens und dessen Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen im Wettbewerb mit privaten Wirtschaftsteilnehmern
- Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung.

²⁶⁹ ABl. EU 2006 L 318/17.

²⁷⁰ EuGH, Rs. C-482/99, EU:C:2002:294, Rn. 55 f. – *Stardust Marine*.



186 Gewähren öffentliche Unternehmen/Einheiten einem anderen Unternehmen Darlehen, wird als Indiz für die **Zurechenbarkeit** einer Beihilfemaßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat darauf abgestellt, ob die öffentlichen Behörden an den Beschlüssen zur Darlehensgewährung beteiligt waren, d. h. hierauf bestimmenden Einfluss hatten, also die Gewährung der Darlehen „*de facto auf Anweisung der öffentlichen Behörden*“ erfolgt und ihnen deshalb zuzurechnen sind.²⁷¹

187 Die Kommission hat indes auch schon Entscheidungen getroffen, in denen sie die o. g. Kriterien im Fall eines öffentlichen Unternehmens nicht als erfüllt ansah und deshalb eine Beihilfe abgelehnt hat.²⁷²

Praxistipp: Öffentliche Unternehmen nehmen eine „Zwitterstellung“ ein. Sie können einerseits taugliche **Beihilfegeber** sein, wenn die Indikatoren einer Zurechenbarkeit an den Staat erfüllt sind. Andererseits können sie aufgrund ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und des Vorliegens einer Unternehmenseigenschaft auch selbst **Beihilfebegünstigte** sein. Sie können also sogar mit Blick auf dieselben (weitergeleiteten) Mittel **Beihilfeempfänger** und **Beihilfegeber** sein. Dies trifft nach der Auffassung der Kommission z.B. auf die Sparkassenverbände als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu, die regelmäßig (auch) als taugliche Beihilfegeber angesehen werden.²⁷³ Wenn eine öffentliche Einheit (z.B. mangels Unternehmenseigenschaft aufgrund nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit) kein Beihilfeempfänger ist, kann gleichwohl eine mittelbare Beihilfe auf der Ebene eines „anderen“ Unternehmens vorliegen (siehe dazu Rn. 156 ff.). Dies sollte gedanklich immer mitgeprüft werden.

188 Wie oben dargestellt, prüft die Kommission den Beihilfevorwurf auch gegenüber Maßnahmen **privater Unternehmen** ausnahmsweise dann, wenn sie davon ausgeht, dass es sich aufgrund einer staatlichen Kontrolle über diese Mittel gleichwohl um staatliche Mittel handelt (siehe oben Rn. 182). Auch in diesen Fällen ist das Kriterium der Zurechenbarkeit gesondert zu prüfen und muss erfüllt sein. Die Kommission begründet die Zurechenbarkeit zum Staat in diesen Fällen mit dem eingangs dargestellten Argument, dass diese Maßnahmen durch Gesetz oder Durchführungsvorschriften verlangt werden oder ein **Genehmigungserfordernis** besteht.

²⁷¹ In diesem Sinne KOM, Beschluss v. 26.01.2012, SA.19880, ABl. EU 2012 C 279/1, Rn. 75 – *Flughafen Niederrhein*.

²⁷² KOM, Beschluss v. 28.10.2009, C 11/04, ABl. EU 2011 L 45/1, Rn. 192 – *Griechenland: Olympic Airways*.

²⁷³ KOM, Entscheidung v. 30.04.2008, NN 25/2008, Rn. 29, 31 – *Deutschland: WestLB Risikoabschirmung*.



Fallbeispiele: Für das EEG 2012 hat die Kommission z.B. festgestellt, dass das Aufkommen aus der von den privaten Übertragungsnetzbetreibern „erhobenen“ EEG-Umlage staatliche Mittel sind, da die EEG-Umlage auf **Gesetz** und **Durchführungsvorschriften** beruhte (anders EuGH, siehe Rn. 182). Dementsprechend stuft sie die aus dem Umlageaufkommen gewährte Einspeisevergütung und die Begrenzung der Umlage für energieintensive Unternehmen als staatliche Beihilfen ein. Daneben führte sie an, dass die Begrenzung der Umlage für energieintensive Unternehmen erst festgelegt wurde, nachdem das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, eine staatliche Stelle, festgestellt habe, dass die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt waren.²⁷⁴

Auch in anderen Fällen hat die Kommission die Zurechenbarkeit von Maßnahmen öffentlicher Unternehmen jedenfalls zusätzlich aus der **Genehmigungspflicht** der betrachteten Maßnahme abgeleitet. Dazu hat sie z. B. ausgeführt, dass die **Entgeltordnung** des Flughafens Berlin-Schönefeld GmbH de jure schon deshalb dem Staat zuzurechnen sei, weil diese gemäß § 43 LuftVZO (Luftverkehr-Zulassungs-Ordnung) vom Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg genehmigt werden musste.²⁷⁵

4. Selektivität

189 Das Vorliegen einer Beihilfe setzt die Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ voraus. Das Merkmal der **Selektivität** dient der Abgrenzung zu unterschiedslos wirkenden „allgemeinen Maßnahmen“ eines Mitgliedstaates, die effektiv allen Unternehmen in gleicher Weise zugutekommen.²⁷⁶ Hierdurch werden allgemeine Fördermaßnahmen der Wirtschaftspolitik zugunsten der Gesamtheit der Unternehmen vom Anwendungsbereich des Verbotstatbestandes ausgenommen.

190 Eine selektive Begünstigung ist hingegen immer dann gegeben, wenn die Maßnahme entweder ein individuelles Unternehmen oder eine regional oder sektoral definierte Gruppe

²⁷⁴ Vgl. für das EEG 2012 KOM, Beschluss v. 25.11.2014, SA.33995, ABl. EU 2015 L 250/122, Rn. 95 – *Deutschland: Förderung erneuerbaren Stroms und energieintensiver Unternehmen.*

²⁷⁵ Zur Zurechenbarkeit aufgrund von Vorteilen durch günstige Flughafenentgelte, die Flughafenbetreiber von Fluglinien verlangen, aufgrund von deren Genehmigungspflicht vgl. KOM, Entscheidung v. 10.07.2007, Beihilfe C 27/07, ABl. 2007 C 257/16, Rn. 59 – *Deutschland: Flughafen Berlin Schönefeld.*

²⁷⁶ EuGH, Rs. C-256/97, EU:C:1999:332, Rn. 27 – *DM Transport.*



von Unternehmen betrifft.²⁷⁷ Im Rahmen individueller, an einen bestimmten Adressaten gerichteter Ad-hoc-Maßnahmen ist die Selektivität unproblematisch zu bejahen.

191 Etwas anderes gilt, wenn es sich bei der Maßnahme um eine gesetzliche Regelung handelt. In diesem Fall liegt eine selektive Begünstigung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur dann vor, wenn die Gesetzesvorschrift bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen Unternehmen und Produktionszweigen begünstigt, die sich im Hinblick auf das mit der jeweiligen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.²⁷⁸ Die Selektivitätsprüfung erfolgt dann dreistufig: In einem ersten Schritt ist das **Bezugssystem** zu ermitteln, innerhalb dessen der Vergleich durchzuführen ist. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die zu untersuchende Maßnahme eine Abweichung von diesem System darstellt und so zu einer **Ungleichbehandlung** von Unternehmen führt. Hierbei ist zu beachten, dass die Feststellung einer Ungleichbehandlung davon abhängt, ob der Bezugsrahmen eng oder weit gefasst wurde. Stehen Bezugssystem und Ungleichbehandlung fest, so ist im dritten Schritt zu prüfen, ob die abweichende Maßnahme durch die Natur oder den inneren Aufbau des Bezugssystems **gerechtfertigt** ist.²⁷⁹

Merkposten: Der Bezugsrahmen kann je nach Einzelfall verschieden weit ausfallen. Wird er weit gefasst (z.B. alle Wirtschaftsteilnehmer), sind mehr Ungleichbehandlungen festzustellen, als wenn er enger gefasst wird (z.B. alle Hersteller von Elektromobil-Fahrzeugen).

Fallbeispiele: Die Kommission verneint regelmäßig die **Selektivität** für Regelungen über die **steuerliche Spendenabsetzbarkeit** mit Blick auf wohltätige Zwecke für die direkt Begünstigten, die spendenden Unternehmen. Dies hat die Kommission für Regelungen für Spenden für die **Sportförderung**,²⁸⁰ **Filmförderung**²⁸¹ oder **Förderung darstellender Kunst**²⁸² in Ungarn entschieden. Dabei wurde ausdrücklich festgestellt, dass auch der Umstand keine Selektivität begründen kann, dass regelmäßig nur profitable Unternehmen

²⁷⁷ Vgl. EuGH, verb. Rs. 6/69 u. 11/69, EU:C:1969:68 – *Kommission/Frankreich*; Rs. 203/82, EU:C:1983:218 – *Kommission/Italien*; Rs. 57/86, EU:C:1988:284 – *Kommission/Griechenland*.

²⁷⁸ EuGH, Rs. C-403/10 P, EU:C:2011:533, Rn. 36 – *Mediaset/Kommission*; Rs. C-143/99, EU:C:2001:598, Rn. 41 – *Adria-Wien Pipeline*.

²⁷⁹ EuGH, verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, EU:C:2011:550, Rn. 49 ff. – *Paint Graphos u.a.*

²⁸⁰ KOM, Beschluss v. 09.11.2011, SA.31722, Rn. 67 – *Hungary: Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme*.

²⁸¹ KOM, Entscheidung v. 16.07.2008; N 202/2008, Rn. 121-123 – *Hungary: Hungarian film support scheme*.

²⁸² KOM, Entscheidung v. 28.10.2009, N 464/2009, Rn. 18 – *Hungary: aid to performing arts organisations*.



solche Spenden tätigen. Entscheidend ist, dass solche Regelungen grundsätzlich von allen Unternehmen gleichermaßen genutzt werden können, die Regelung also bzgl. Größe, Sektor oder anderer Parameter keine Einschränkungen enthält.²⁸³ In den zuletzt genannten Fällen wurde jedoch jeweils ein **mittelbarer Vorteil** zugunsten der geförderten **Sport- und Kultureinrichtungen** aus staatlichen Mitteln angenommen. Der **Einnahmeverzicht** des Staates mit Blick auf die Spendentätigkeit begründet auch diesbezüglich die Staatlichkeit der Mittel. Die mittelbaren Vorteile wurden jeweils als Beihilfe angesehen, da die übrigen Tatbestandsmerkmale für eine Beihilfe ebenfalls bejaht wurden: wurden:

- Die **mittelbar Begünstigten** wurden als in einem Markt tätige **Unternehmen** qualifiziert und
- eine grenzüberschreitende **Handelsbeeinträchtigung** wurde jeweils als möglich angesehen.²⁸⁴

Allerdings hat die Kommission die entsprechenden Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.

192 Die Kommission unterscheidet u. a. zwischen geographischer und materieller Selektivität. **Geographische bzw. regionale Selektivität** liegt vor, wenn Unternehmen begünstigt werden, die in einem bestimmten Gebiet ansässig oder tätig sind, wobei das Bezugssystem nicht zwangsläufig das gesamte Staatsgebiet eines Mitgliedstaats umfassen muss. Zwar darf kein Vergleich mit der Situation in einem anderen Mitgliedstaat gezogen werden. Umgekehrt sind von einer regionalen oder lokalen Körperschaft getroffene Entscheidungen zugunsten von Unternehmen, die nur in einem Teil des Staatsgebiets tätig sind, nicht zwingend als selektiv anzusehen, wenn sie in Ausübung von ausreichend autonomen Befugnissen erlassen wurden und einheitlich für das gesamte regionale beziehungsweise kommunale Gebiet gelten. Das jeweilige Gebiet der mit entsprechenden autonomen Regelungsbefugnissen ausgestatteten regionalen oder kommunalen Körperschaft stellt in diesem Fall nämlich selbst den Bezugsrahmen dar, und es wird innerhalb dieses geographischen Bezugsrahmens kein

²⁸³ KOM, Entscheidung v. 16.07.2008; N 202/2008, Rn. 116 – *Hungary: Hungarian film support scheme*; Entscheidung v. 28.10.2009, N 464/2009, Rn. 18 – *Hungary: aid to performing arts organisations*.

²⁸⁴ KOM, Beschluss v. 09.11.2011, SA.31722, Rn. 70 ff. – *Hungary: Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme*; Entscheidung v. 28.10.2009, N 464/2009, Rn. 11 ff. – *Hungary: aid to performing arts organisations*.



Unternehmen gegenüber einem anderen allein aufgrund seiner geographischen Lage bevorzugt.²⁸⁵

193 **Materielle Selektivität** bedeutet, dass die Maßnahme nur für bestimmte Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen oder bestimmte Wirtschaftszweige in einem bestimmten Mitgliedstaat gilt. Diese Selektivität kann sowohl **de jure** als auch **de facto** begründet sein. Ergibt sich die Selektivität unmittelbar aufgrund rechtlicher Kriterien für die Gewährung einer Maßnahme, die förmlich nur bestimmten Unternehmen vorbehalten ist, so handelt es sich um eine **De-jure-Selektivität**.²⁸⁶ Eine **De-facto-Selektivität** liegt vor, wenn die Auswirkungen der Ausgestaltung einer Maßnahme eine bestimmte Gruppe von Unternehmen tatsächlich erheblich begünstigen, obwohl die förmlichen Kriterien für die Anwendung der Maßnahme allgemein und objektiv formuliert sind.²⁸⁷

194 Das Merkmal der Selektivität bietet im Bereich **steuerrechtlicher Maßnahmen** den Schwerpunkt der Prüfung. Die maßgeblichen Prüfungskriterien hat die Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung²⁸⁸ dargelegt. Danach muss bei fiskalischen Maßnahmen zunächst der Normalfall, d. h. die allgemeine Regelung, definiert werden. In einem zweiten Schritt muss bestimmt werden, ob die zu prüfende Regelung zugunsten bestimmter Steuerpflichtiger von dieser allgemeinen Regel abweicht. Nach der Rechtsprechung ist ein Vorteil (materiell) selektiv, wenn „*die Maßnahme vom allgemeinen System insoweit abweicht, als sie Unterscheidungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern*

²⁸⁵ EuGH, verb. Rs. C-428/06 bis C-434/06, EU:C:2008:488, Rn. 47, 51 – *Unión General de Trabajadores de la Rioja u.a.*

²⁸⁶ Z.B. Maßnahmen, die nur Unternehmen mit einer bestimmten Größe, einer bestimmten Rechtsform oder eines bestimmten Wirtschaftszweiges betreffen.

²⁸⁷ Als Beispiel kann die Steuerreform von Gibraltar genannt werden, die Offshore-Unternehmen durch die Kombination verschiedener Steuern de facto begünstigte, vgl. EuGH, verb. Rs. C-106/09 P u. C-107/09 P, EU:C:2011:215 – *Gibraltar u.a./Kommission u.a.*; s. auch EuG, verb. Rs. T-92/00 u. T-103/00, EU:T:2002:61, Rn. 39 – *Ramondín u.a./Kommission*.

²⁸⁸ ABl. EG 1998 C 384/3, Rn. 16; inzwischen wurde die Mitteilung über Beihilfen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung ersetzt durch die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, vgl. dort Rn. 229. Die Bekanntmachung übernimmt jedoch die wesentlichen Grundsätze der früheren Mitteilung über Beihilfen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, vgl. Rn. 128 ff. der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff.



*„einführt, die sich im Hinblick auf das mit der Steuerregelung dieses Mitgliedstaats verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden“.*²⁸⁹

195 Ist eine Ungleichbehandlung zwischen Kategorien von Unternehmen oder zwischen Wirtschaftszweigen zu bejahen, so können diese Maßnahmen nach der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte dennoch durch die **Natur** oder den **inneren Aufbau des Steuersystems**, zu dem sie gehören, gerechtfertigt sein.²⁹⁰ Die staatliche Steuer- und Abgabehoheit der Mitgliedstaaten bleibt also unberührt, soweit sich eine Ausnahmeregelung als **systemimmanent** rechtfertigen lässt.²⁹¹ Als nicht selektiv hat die Rechtsprechung z. B. die Erleichterung finanzieller Lasten im Zusammenhang mit **Sozialversicherungssystemen**²⁹² und bestimmte steuerliche Beihilfen²⁹³ eingestuft.

196 Die Rechtfertigung solcher Regelungen durch die Logik und den inneren Aufbau eines Systems gilt, wie oben in Rn. 191 dargestellt, auch für abstrakt-generelle Regelungen außerhalb des Steuerrechts.

Fallbeispiele: Die Unionsgerichte scheinen zunehmend von einem restriktiven Verständnis des Selektivitätsmerkmals auszugehen. Dies zeigt sich in der jüngsten Rechtsprechung. Im Urteil zu den **London-Taxis** („**black cabs**“) stellte der EuGH fest, dass die Busspurregelung in London, wonach allein den black cabs, nicht hingegen den Funkmietwagen (minicabs), die Benutzung der Busspuren gestattet ist, keine Ungleichbehandlung darstellt. Dies wurde damit begründet, dass sich die London-Taxis aufgrund ihres rechtlichen Status in einer tatsächlich und rechtlich anderen Situation befänden.²⁹⁴ Durch die Festlegung des **Bezugsrahmens** auf u. a. solche Taxis, die (wie die black cabs) auf offener Straße zur Anmietung angeboten werden können und einer Beförderungspflicht unterliegen²⁹⁵ (was bei den minicabs nicht der Fall ist), konnte der EuGH folglich schon die Abweichung vom System der Busspurregelung und somit eine Diskriminierung in Bezug auf die Funkmietwagen verneinen.

²⁸⁹ EuGH, Rs. C-78-80/08, EU:C:2011:550, Rn. 49 – *Ministerio delle Finanze*.

²⁹⁰ EuG, Rs. T-55/99, EU:T:2000:223, Rn. 52 m.w.N. – *CETM*.

²⁹¹ Für nähere Ausführungen zur Selektivitätsprüfung bei Steuerregelungen vgl. *Holtmann*, EWS 2015, S. 140 ff und EWS 2016, S. 61 ff.

²⁹² EuGH, Rs. 173/73, EU:C:1974:71, Rn. 33/35 – *Italien/Kommission*; Rs. C-75/97, EU:C:1999:311, Rn. 33 – *Maribel I*.

²⁹³ KOM, Mitteilung v. 10.12.1998, ABl. EG 1998 C 384, 3.

²⁹⁴ EuGH, Rs. C-518/13, EU:C:2015:9, Rn. 59 ff. – *Eventech*.

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-518/13, EU:C:2015:9, Rn. 60 – *Eventech*.



Eine ähnlich enge Bestimmung des Referenzsystems nahm das EuG in Bezug auf **Entgeltordnungen des Flughafens Lübeck** vor. Es stellte fest, dass für die Selektivitätsprüfung einer Gebührenordnung allein auf die Unternehmen (Luftverkehrsgesellschaften) abzustellen sei, die den konkreten Flughafen benutzten bzw. nutzen wollten und dass daher ein Vergleich mit Entgeltordnungen anderer Flughäfen unzulässig sei.²⁹⁶ Würden bei der Bestimmung des **Vergleichsmaßstabs** auch noch die gegenwärtigen und potenziellen Kunden anderer Unternehmen des Sektors, die ähnliche Güter oder Dienstleistungen zur Verfügung stellen (also Flughafengesellschaften, die andere Flughäfen betreiben) einbezogen, so würde der Beihilfebegriff nach Ansicht des EuG übermäßig ausgeweitet.²⁹⁷ Dagegen zieht die Kommission regelmäßig alle Flughäfen als Vergleichsmaßstab heran, die sich um die Ansiedlung von Airlines bemühen. Entsprechend stuft sie einzelne **Flughafenentgeltordnungen** stets als selektiv ein, da eine günstige Gebührenordnung immer nur bei Benutzung eines Flughafens und nicht bei Benutzung anderer Flughäfen zur Anwendung kommt.²⁹⁸ Die Kommission hat gegen die Entscheidung des EuG beim EuGH Rechtsmittel eingelegt.²⁹⁹ Mit Urteil vom 21.12.2016 hat der EuGH das Rechtsmittel der Kommission insbesondere mit dem Argument als unbegründet zurückgewiesen, dass die Entgeltordnung am Flughafen Lübeck für alle Fluggesellschaften, die diesen Flughafen nutzen möchten, diskriminierungsfreie Konditionen bietet. Ein Vergleich mit Konditionen eines anderen Flughafens sei auch dann nicht geboten, wenn dieser Flughafen, wie hier der Flughafen Hamburg, mit dem Flughafen Lübeck in Konkurrenz um die Flughafenutzer steht und die niedrigeren Entgelte am Flughafen Lübeck nur den diesen Flughafen nutzenden Fluggesellschaften zugute kommt. Sofern es, wie im Flughafensektor der Fall, keine im Mitgliedstaat einheitliche Entgeltordnung gibt, von der die Entgeltordnung eines einzelnen Flughafens abweicht, sei, so der EuGH, Bezugsrahmen für die Bewertung der Selektivität einer Entgeltordnung allein diese selbst und ihr diskriminierungsfreier oder diskriminierender Charakter. Das Urteil des EuGH ist von immenser Tragweite für eine Vielzahl kommunaler Einrichtungen. Wären EuG bzw. EuGH der Auffassung der Kommission gefolgt, wäre bei einer Vielzahl kommunaler Einrichtungen die Selektivität trotz diskriminierungsfreier Nutzungsbedingungen zu bejahen gewesen.

²⁹⁶ EuG, Rs. T-461/12, EU:T:2014:758, Rn. 53 – *Hansestadt Lübeck/Kommission*.

²⁹⁷ EuG, Rs. T-461/12, EU:T:2014:758, Rn. 53 – *Hansestadt Lübeck/Kommission*.

²⁹⁸ KOM, Beschluss v. 22.02.2012, SA.27585, Rn. 251 – *Deutschland: Flughafen Lübeck*; Entscheidung v. 21.03.2012, SA.29404, Rn. 112 – *Deutschland: Flughafen Dortmund*.

²⁹⁹ Das Rechtsmittelverfahren ist seit dem 09.01.2015 beim EuGH als Rs. C-524/14 P anhängig.



5. Wettbewerbsverfälschung

- 197 Der Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV verlangt, dass durch die Begünstigung eines Unternehmens aufgrund des Einsatzes staatlicher Mittel der Wettbewerb verfälscht wird oder eine **Wettbewerbsverfälschung** droht. Die Anforderungen an das Vorliegen einer **Wettbewerbsverfälschung** sind grundsätzlich gering. Da eine potenzielle Wettbewerbsverfälschung ausreicht, muss die Kommission nur die Geeignetheit der Maßnahmen zur Wettbewerbsverzerrung nachweisen. Auf die tatsächlichen Auswirkungen eines Beihilfevorhabens kommt es nicht an.³⁰⁰ Nach der Rechtsprechung wird der Wettbewerb bereits dann verfälscht, wenn eine Maßnahme die Belastungen des begünstigten Unternehmens vermindert und damit seine Stellung gegenüber anderen Unternehmen stärkt, die mit ihm in Wettbewerb stehen.³⁰¹
- 198 Aufgrund dieser Weite des Tatbestandmerkmals erfährt der Beihilfetatbestand hierdurch kaum eine Eingrenzung. Es kann vielmehr schon fast von einem „Automatismus“ der Feststellung der Wettbewerbsverfälschung gesprochen werden. In der Entscheidungspraxis spielt dieses Merkmal dementsprechend meist – wie das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung bislang auch³⁰² – nur eine untergeordnete Rolle. Trotz der geringen Anforderungen an die Verfälschung als solche ist jedoch Voraussetzung, dass der betroffene Sektor zunächst durch einen gewissen Grad an Wettbewerb geprägt ist. Maßnahmen für Unternehmen, die auf **nicht liberalisierten Märkten** tätig sind, unterfallen mangels Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht dem Regelungsbereich des Beihilferechts.³⁰³
- 199 Staatliche **Monopolunternehmen** in solchen Sektoren können indes ggf. auch in anderen Branchen oder geographischen Gebieten wirtschaftlich tätig und insofern taugliche Beihilfeempfänger sein. Auch in solchen Fällen ist im Fall staatlicher Zuschüsse bzw.

³⁰⁰ EuGH, Rs. C-298/00 P, EU:C:2004:240, Rn. 44 – *Italien/Kommission*; Rs. C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P, EU:C:2011:368, Rn. 134 – *Comitiato „Venezia vuole vivere“*.

³⁰¹ EuGH, Rs. C-730/79, EU:C:1980:209, Rn. 11 – *Philip Morris/Kommission*.

³⁰² Beachte aber die neueste, etwas restriktivere Tendenz in der Kommissionspraxis, dargestellt unter 6.

³⁰³ Vgl. z.B. zur Liberalisierung des Postsektors, der damit dem Beihilferecht zugänglich geworden ist. Rosenfeld, in: MünchKommBeihVgR, Kap. F., Rn. 89 m.w.N.



Finanzierung durch entsprechend **getrennte Buchführung** nachzuweisen, dass eine **Quersubventionierung** der Tätigkeiten auf anderen Märkten nicht erfolgt.³⁰⁴

200 Es ist indes davon auszugehen, dass dieses Tatbestandsmerkmal gerade auch im kommunalen Bereich zunehmend an Bedeutung gewinnen wird. Denn die Kommission hat in der Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, dazu ausgeführt, dass ein beihilferechtlich relevanter Wettbewerb für die Errichtung **öffentlicher Infrastrukturen** wie **Straßen, Tunnel, Brücken, inländische Wasserwege, Eisenbahnnetze, -brücken, -tunnel** sowie auch **kommunale Wasserver- und Abwasserentsorgungsnetze** u. U. verneint werden kann.³⁰⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob für deren Nutzung bzw. Betrieb **Entgelte** zu entrichten sind. Die Kommission begründet dies damit, dass bestimmte Infrastrukturen weder mit Infrastrukturen derselben Art noch mit Infrastrukturen anderer Art, die in erheblichem Maße **substituierbare Dienstleistungen** anbieten, noch direkt mit solchen Dienstleistungen unmittelbar im Wettbewerb stehen. Sie schließt einen solchen Wettbewerb in der Regel bezüglich **flächendeckender Netze** aus, sofern diese ein **natürliches Monopol** darstellen, d.h. sofern ein Nachbau des Netzes unrentabel wäre. Für den Ausschluss einer Wettbewerbsverfälschung beim Bau von Infrastrukturen formuliert die Kommission konkret die folgenden Bedingungen:

- Die Infrastruktur ist typischerweise keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt.
- Privatfinanzierung ist im einschlägigen Sektor und Mitgliedstaat allenfalls in unbedeutendem Umfang vorhanden.
- Die Infrastruktur ist nicht dazu bestimmt, einem bestimmten Unternehmen des Sektors zu dienen, sondern wird von der Allgemeinheit genutzt.³⁰⁶

201 Die Förderung der Errichtung solcher Infrastrukturen kann indes u.U. zu Quersubventionierungen anderer Wirtschaftstätigkeiten des Infrastruktureigentümers führen und ist durch eine entsprechende getrennte Buchführung zu verhindern. Sie kann auch zu **mittelbaren Beihilfen** etwa zugunsten der Betreiber führen. Letzteres ist der Fall, wenn sie für das Recht zur kommerziellen Nutzung der Infrastruktur weniger bezahlen, als sie bei einer vergleichbaren Infrastruktur zu normalen Marktbedingungen zahlen würden. „Normale Marktbedingungen“ können indes durch eine Ausschreibung sichergestellt werden. Ein

³⁰⁴ Am Beispiel von Abfallbewirtschaftungsunternehmen vgl. KOM, Infrastructure Analytical Grid for Waste Management Infrastructures, Version 2016 – 2017, Rn. 12, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_waste_en.pdf.

³⁰⁵ Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 219 ff.

³⁰⁶ Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 211.



beihilferelevanter mittelbarer Vorteil eines Betreibers durch die staatliche Förderung einer Infrastruktur kann also durch eine **öffentliche Ausschreibung** und Vergabe der Konzession für den Betrieb zu einem positiven Preis an den Meistbietenden ausgeschlossen werden (zu den Anforderungen an die Ausschreibung siehe oben den Praxistipp in Rn. 110).³⁰⁷

6. Handelsbeeinträchtigung

202 Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt schließlich voraus, dass eine Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Dieses Tatbestandsmerkmal (auch **Zwischenstaatlichkeitsklausel** genannt) dient dazu, Sachverhalte ohne **grenzüberschreitende Wirkung** bzw. **grenzüberschreitenden Bezug** vom Geltungsbereich des Beihilferechts auszunehmen. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte und die bisherige und derzeitige Kommissionspraxis zu diesem Tatbestandsmerkmal sowie die Äußerungen der Kommission in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1 werden im Folgenden gesondert dargestellt. Diese Differenzierung ist geboten, weil daran das zunehmende Bestreben der Kommission deutlich wird, dieses Tatbestandsmerkmal trotz der von der Rechtsprechung vorgegebenen Weite dazu zu nutzen, Maßnahmen mit rein lokalen bzw. regionalen Auswirkungen aus der Beihilfekontrolle zu entlassen.

a) Rechtsprechung

203 Nach ständiger Rechtsprechung genügt es bisher für die Bejahung dieses Merkmals, dass die Maßnahme „*geeignet*“ ist, eine entsprechende Beeinträchtigung herbeizuführen, der Nachweis „*tatsächlicher Auswirkungen*“ einer Maßnahme auf den zwischenstaatlichen Handel ist „*nicht*“ erforderlich.³⁰⁸ Als Grund hierfür wird die hohe wirtschaftliche Integration in der EU angeführt.³⁰⁹ Der zwischenstaatliche Handel wird nach der Rechtsprechung schon dann beeinträchtigt, wenn ein Begünstigter nur auf lokaler oder regionaler Ebene wirkt, die ihm zuteilwerdende Förderung aber den Zutritt anderer – auch nur „*potenzieller*“ – Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten ausschließt oder zumindest erschwert.³¹⁰ Die

³⁰⁷ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 223.

³⁰⁸ Vgl. u.a. EuGH, Rs. C-494/06 P, EU:C:2009:272, Rn. 50 – *WAM*; Rs. C-148/04, EU:C:2005:774, Rn. 54 – *Unicredito Italiano*; EuG, Rs. T-214/95, EU:T:1998:77, Rn. 67 – *Het Vlaams Gewest/Kommission*; Rs. C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P, EU:C:2011:368, Rn. 134 – *Comitiato „Venezia vuole vivere“*.

³⁰⁹ EuG, Rs. T-189/03, EU:T:2009:193, Rn. 68 – *ASM*.

³¹⁰ EuG, verb. Rs. T-298, 312, 313, 315, 600 - 607/97 u. T-1, 3, 6, 23/98, EU:T:2000:151, Rn. 91 – *Mauro Alzetta u.a./Kommission*.



Geeignetheit zur Handelsbeeinträchtigung hängt nach der Rechtsprechung ausdrücklich nicht vom **örtlichen oder regionalen Charakter der Dienste** oder von **der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebietes** ab.³¹¹ Weder die verhältnismäßig **geringe Höhe einer Beihilfe** noch die verhältnismäßig **geringe Größe des begünstigten Unternehmens** schließen die Möglichkeit von Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten **von vornherein** aus.³¹² Es kommt nach der Rechtsprechung des EuGH darauf an, ob sich durch eine Maßnahme die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, in den einschlägigen Markt einzudringen, verringern.³¹³

b) Bisherige Spruchpraxis der Kommission

204 Die bisherige Spruchpraxis der Kommission prüft für die Frage der Handelsbeschränkung zunächst, ob ein Angebot nur einen lokalen Einzugsbereich hat. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob und inwiefern eine Einrichtung eine **überregionale Anziehungskraft** etwa für **Kunden** oder auch **Touristen** haben kann. Dafür kann die **Grenznähe** einer Einrichtung oder Maßnahme relevant sein. Es sind möglicherweise verschiedene Märkte zu untersuchen, in denen die geförderten Unternehmen tätig sind. Für diese ist auch zu prüfen, ob **Investitionen aus dem Ausland** bzw. **Niederlassungen von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten** behindert werden könnten.

aa) **Lokal begrenzter Einzugsbereich für Nutzer**

205 Für die Frage, ob eine Maßnahme nur begrenzte **lokale Auswirkungen** hat, ist in erster Linie die Größe des konkreten **Einzugsbereichs** einer geförderten Einrichtung oder Maßnahme zu betrachten.

Fallbeispiele: Standardbeispiel hierfür ist der Fall des **Freizeitbades Dorsten**, für das (trotz modernen Ausbaus mit Freizeiteinrichtungen wie Sauna und Restaurantbetrieb) ein Einzugsbereich nicht über 50 km festgestellt und damit das Nichtvorliegen einer potenziellen grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung begründet worden ist.³¹⁴ Auch für **Kinos** in ländlichen Regionen oder Programmkinos in Städten („art house“) hält die Kommission eine

³¹¹ EuGH, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415, Rn. 82 – *Altmark Trans*.

³¹² EuGH, Rs. C-518/13, EU:C:2015:9, Rn. 87 – *Eventech/The parking Adjudicator*.

³¹³ EuGH, Rs. C-518/13, EU:C:2014:2239, Rn. 70. – *Eventech/The parking Adjudicator*.

³¹⁴ KOM, Entscheidung v. 12.01.2001, N 258/00, S. 5 – *Deutschland: Freizeitbad Dorsten*.



Handelsbeeinträchtigung für unwahrscheinlich.³¹⁵ Mit der Begründung eines überschaubaren Einzugsbereichs wurde auch die Förderung von mobilen **Bibliotheksbussen** zur Versorgung von 35 kleinen Siedlungen sowie die Unterstützung der Programme ländlicher Jugendclubs nicht als Beihilfe angesehen.³¹⁶ In diese Fallgruppe gehört grundsätzlich auch die **Förderung lokaler touristischer Infrastrukturen**. Die Kommission lehnt die Zwischenstaatlichkeit z. B. für **Picknickplätze für Bootsfahrer, Freizeiteinrichtungen für schlechtes Wetter** oder **kleine lokale Museen**, etwa für lokale Geschichte,³¹⁷ grundsätzlich ab.

bb) Überregionale (touristische) Anziehungskraft

206 Ganz entscheidend für die Frage eines nur lokalen Einzugsbereichs ist, dass die finanzierten Einrichtungen oder Maßnahmen die betroffene Region nicht **überregional attraktiver** machen.³¹⁸ Internationale Besucher dürfen allenfalls in marginalem Ausmaß angezogen werden.³¹⁹ Für **lokale touristische Infrastrukturen** bzw. die **Förderung von Kulturmaßnahmen** (wie etwa **Museen**) oder **Schwimmbäder** und **Sport- und Freizeiteinrichtungen** ist also insbesondere zu prüfen, ob eine Maßnahme **grenzüberschreitende Anziehungskraft für Touristen** entfaltet.³²⁰ Die Kommission stellt dabei etwa darauf ab, ob eine Einrichtung oder Maßnahme **einzigartig** in einer Region oder einem Mitgliedstaat ist und daher eine überregionale Bedeutung und mitunter auch

³¹⁵ KOM, Analytical grids on state aid to Infrastructure 2016 – 2017, Infrastructure Analytical Grid for culture, heritage and natural conservation, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_culture_en.pdf.

³¹⁶ KOM, Entscheidung v. 30.01.2008, N 357/2997, Rn. 36 – *Hungary: Appropriations of the Ministry of Education and culture and the National Cultural Fund*.

³¹⁷ KOM, Entscheidung v. 18.02.2004, N 630/2003, S. 3 – *Italia: Musei di interesse locale – Regione autonoma della Sardegna*; KOM, Entscheidung v. 21.01.2003, Beihilfe NN 136a/2002, S. 3 – *France: Mesures concernant l'Ecomusée d'Alsace*.

³¹⁸ KOM, Schreiben v. 24.4.2014, SA.37755, *Deutschland : GRW – kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – f) Tourismus* (nicht veröffentlicht).

³¹⁹ Vgl. z.B. KOM, KOM, Analytical grids on state aid to Infrastructure 2016 – 2017, Infrastructure Analytical Grid for culture, heritage and natural conservation, Rn. 15, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_culture_en.pdf. Zur Klarstellung der Beihilfenrelevanz von Finanzierungsmaßnahmen für (öffentliche) Tourismusorganisationen hat die Kommission den Mitgliedstaaten im Mai 2017 den Entwurf eines gesonderten Arbeitspapiers zur Abstimmung übermittelt. Dieses vertrauliche Dokument ist bislang nicht veröffentlicht worden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Abstimmungsprozess zwischen Kommission und Mitgliedstaaten noch nicht abgeschlossen ist.

³²⁰ KOM, Entscheidung v. 27.06.2007, N 257/2007, Rn. 22-24 – *Spain: subsidies for theatre productions in the Basque country*.



grenzüberschreitende Relevanz zukommt³²¹ oder es sich umgekehrt bei den entsprechenden Märkten **üblicherweise um lokale Märkte**³²² handelt. Als Indiz kann insoweit gelten, ob eine Einrichtung über die Region hinaus, in der sie gelegen ist, beworben wird.³²³

Fallbeispiele: Abgrenzungsschwierigkeiten dürften damit z. B. in Fällen größerer **Schwimmbad- und Wellnesseinrichtungen** auftreten. Für solche hat die Kommission in zahlreichen Entscheidungen die Zwischenstaatlichkeit bejaht.³²⁴ Das Entsprechende gilt für die Abgrenzung von nur lokal genutzten **Sport- und Freizeiteinrichtungen** zu überregional bzw. international relevanten Einrichtungen. Die Kommission hat hier z. B. bzgl. einer **Eishalle** entschieden, dass Freizeiteisläufer grundsätzlich nahe gelegene Arenen aufsuchen und damit die **überwiegende Nutzung lokalen Charakter** habe. Da die **Eishalle** aber auch für **internationale Wettbewerbe** genutzt wurde, wurde die Möglichkeit zwischenstaatlicher Handelsbeeinträchtigung jedoch im Ergebnis trotzdem bejaht. Der Markt für die **Organisation von Sportereignissen** oder anderen Veranstaltungen sei für **Anbieter der Veranstaltungsorte** und Veranstaltern aus verschiedenen Mitgliedstaaten offen, einige seien in verschiedenen Mitgliedstaaten tätig oder gehörten zu internationalen **Unternehmensgruppen**.³²⁵ Für das vergleichsweise kleine **Stadion** in Chemnitz, dessen Fußballverein seinerzeit in der **dritten Liga** spielte, hat die Kommission ganz entsprechend differenziert entschieden.³²⁶ Wenn ein Stadion vor allem für den **Profisport** in ersten **Ligen** zur Verfügung steht, geht die Kommission dagegen ohne Weiteres von einer **grenzüberschreitenden Wirkung** aus.³²⁷ Als Hintergrund ist ersichtlich, dass sowohl Spielertransfers als auch jegliche andere Vermarktung von Produkten und Dienstleistungen regelmäßig auf internationaler Ebene stattfinden.

³²¹ KOM, Entscheidung v. 12.01.2001, N 258/00, S. 5 – *Deutschland: Freizeitbad Dorsten*.

³²² KOM, Beschluss v. 13.12.2013, SA.37373 (2013/N), Rn. 52 – *The Netherlands: Contribution to the renovation of ice arena Thialf in Heerenveen*.

³²³ KOM, Entscheidung v. 12.01.2001, N 258/00, S. 5 – *Deutschland: Freizeitbad Dorsten*.

³²⁴ KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 40 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*.

³²⁵ KOM, Beschluss v. 13.12.2013, SA.37373 (2013/N), Rn. 52 f. – *The Netherlands: Contribution to the renovation of ice arena Thialf in Heerenveen*.

³²⁶ KOM, Beschluss v. 02.10.2013, SA.36105, Rn. 14 f. – *Deutschland: Fußballstadion Chemnitz*.

³²⁷ KOM, Beschluss v. 20.11.2013, SA.37109, Rn. 26 – *Belgium: Football stadiums in Flanders*.



Das Entsprechende gilt für große **Multifunktionsarenen**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Arena auch für **große und mittlere internationale Veranstaltungen** genutzt werden kann³²⁸ (was bei solchen Arenen regelmäßig der Fall sein dürfte). Der Markt für die vielfältige Nutzung einer solchen Arena soll also regelmäßig über den betreffenden Mitgliedstaat hinausgehen.³²⁹

Auch für die Förderung von **Museen von Weltrang** mit Ausstellungen von **internationaler Bedeutung** wird regelmäßig ein **grenzüberschreitender Bezug** angenommen.³³⁰ Im Fall des **Fußballmuseums Dortmund** sprach die Kommission insoweit zwar an, ob ein Museum dieser Größe in einer Großstadt mit den o. g. Museen von Weltrang vergleichbar ist, ließ die Frage grenzüberschreitender Wirkung jedoch im Ergebnis ausdrücklich offen, da sie die Vereinbarkeit bejahte.³³¹ Da nur die Kommission selbst exklusiv über die Vereinbarkeit einer Maßnahme entscheiden kann, setzt ein solches Ergebnis indes die Anmeldung der Maßnahme bei der Kommission voraus.

Im Ergebnis dürften nur Zuwendungen für große und renommierte Kultureinrichtungen und -veranstaltungen, für die intensiv außerhalb ihres regionalen Einzugsgebiets geworben wird, geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.³³² Das gilt auch für international ausgerichtete **Kulturfestivals** (wie z.B. das **Budapest Spring Festival**)³³³ und **Filmstudios**. Für Letztere bringt dies die hohe Mobilität von Film- und Fernsehproduktionen mit sich.³³⁴

Dagegen wird für die **Restaurierung kultureller oder historischer Wahrzeichen** angenommen, dass diese den Handel im Binnenmarkt grundsätzlich nicht beeinträchtigen

³²⁸ KOM, Beschluss v. 02.05.2013, SA.33618 (12/C), Rn. 45 f. – *Schweden: Uppsala Arena*.

³²⁹ KOM, SA.33618 (12/C), Rn. 46 – *Schweden: Uppsala Arena* unter Bezugnahme auf EuG, Rs. T-90/09, EU:T:2012:30, Rn. 45 – *Mojo Concerts BV/Kommission*.

³³⁰ KOM, Entscheidung v. 10.10.2007, NN 50/2007, Rn.22 – *Österreich: Übernahme staatlicher Haftung für österreichische Bundesmuseen*.

³³¹ KOM, Beschluss v. 21.09.2010, N 158/2010, Rn. 19 ff. – *Deutschland: Fußballmuseum Dortmund*.

³³² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 197 lit. b; KOM, Infrastructure Analytical Grid for culture, heritage and natural conservation, Version 2016 - 2017, Rn. 15, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_culture_en.pdf.

³³³ KOM, Entscheidung v. 30.01.2008N 357/2997, Rn. 36 – *Hungary: Appropriations of the Ministry of Education and culture and the national Cultural Fund*.

³³⁴ KOM, Infrastructure Analytical Grid for culture, heritage and natural conservation, Version 2016 - 2017, Rn. 16, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_culture_en.pdf.



können.³³⁵ Das gilt auch dann, wenn diese Restaurierung zwar die **touristische Attraktivität** einer Region steigert, insgesamt aber nur mit einem vergleichsweise kleinen Anteil internationalen Publikums gerechnet wird. Dies wurde in einem Fall aus Tschechien u. a. anhand von vergleichsweise geringen **Übernachtungszahlen** ausländischer Touristen aus benachbarten Mitgliedstaaten und geringem **Tagestourismus** aus Gründen der Erholung und Unterhaltung belegt. Tschechien hat hierzu im Verfahren Statistiken vorgelegt, die etwa für österreichische Touristen einen Anteil von 1 % bzw. 2 % an den Übernachtungszahlen verschiedener Regionen in Tschechien ausweisen bzw. für Tagestouristen belegen, dass diese überwiegend nach Tschechien kommen, um zu arbeiten, Verwandte zu besuchen oder einzukaufen, jedoch nur zum geringsten Teil von 11 % zur Erholung und Unterhaltung.³³⁶ Für kleine **Jachthäfen** stellt die Kommission für die Beurteilung dieses Gesichtspunktes z.B. etwa auf die Anzahl der **Anlegeplätze** ausländischer Touristen ab. Sie erkennt dabei an, dass der zwischenstaatliche Handel bei einem Prozentsatz von bis zu 14 % (noch) nicht beeinträchtigt werden kann, wenn der Hafen selbst nur 0,15 % des niederländischen und 0,016 % des Liegeplatzmarktes der Gemeinschaft ausmacht. Die Kommission unterscheidet dabei zwischen **Festliegeplätzen**, die mit Blick auf die Attraktivität eines Hafens für Ausländer als entscheidend angesehen werden, und **Tagesliegeplätzen**.³³⁷

207 In **Touristenregionen** kommt es ganz entsprechend darauf an, ob über bereits bestehende Anreize hinaus ein zusätzlicher Anreiz entsteht.³³⁸

Fallbeispiele: Die Kommission hat für ein vergleichsweise kleines archäologisches **Museum** auf Kreta in einer ländlichen Region einen **grenzüberschreitenden Bezug** abgelehnt,³³⁹ dagegen sah sie ein **Weinmuseum** in einer Weinregion als **Werbemaßnahme** und die öffentliche Förderung als Beihilfe an.³⁴⁰ Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die

³³⁵ KOM, Entscheidung v.09.04.2002, N 560/2001 – *United Kingdom: National heritage for Brighton West Pier Trust*; Entscheidung v. 20.07.2005, NN 55/2005 – *Poland: Heritage conservation*.

³³⁶ KOM, Beschluss v. 02.07.2013, SA.35909 (2012/N), Rn. 34 f., 45 – *Czech Republic: Infrastructure for Tourism (NUTS II region Southeast)*.

³³⁷ KOM, Entscheidung v. 29.10.2003, C10/2003, Rn. 51 f. – *Niederlande: Maßnahmen zugunsten von Jachthäfen ohne Erwerbscharakter*.

³³⁸ KOM, Beschluss v. 06.11.2013, SA.36581 (2013/NN), Rn. 48 ff. – *Greece: Construction of Archeological Museum Messara Crète*.

³³⁹ KOM, Beschluss v. 06.11.2013, SA.36581 (2013/NN), Rn. 46 ff. – *Greece: Construction of Archeological Museum Messara Crète*.

³⁴⁰ KOM, Entscheidung v. 11.12.2003, N 100/2003 – *Italia (Sicilia): Aiuti al settore vitivinicolo. Istituzione delle strade e delle rotte del vino*.



Kommission auch diesen Fall aufgrund ihrer inzwischen restriktiveren Entscheidungspraxis zur Annahme einer (potenziellen) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels heute anders beurteilen würde.

208 Auch die Sprache, in der ein Angebot erbracht wird, kann sich auf den Einzugsbereich und damit die beihilferechtliche Beurteilung auswirken.

Fallbeispiele: Für Kulturmaßnahmen wird z.B. grundsätzlich zwischen „**sprachgebundenen**“ **Kunstformen** (wie etwa Theaterveranstaltungen in regionalen Sprachen wie baskisch, aber auch spanisch³⁴¹) und sog. „**barrierefreien**“ **Kunstformen** (wie z. B. Musik, Tanz,³⁴² oder Zirkus³⁴³) unterschieden. Die Förderung (nur) sprachgebundener Kunstformen wird regelmäßig nicht als Beihilfe angesehen, da diese im Unterschied zu barrierefreien Kunstformen keine Wirkung über die Region hinaus haben, in der die Sprache gesprochen wird. Bezüglich der Kunstform **Theater** hält die Kommission dies indes nicht in allen Entscheidungen durch, teilweise nimmt sie diesbezüglich eine potenzielle Handelsbeeinträchtigung an und lässt diese ausreichen, um den Beihilfetatbestand zu erfüllen.³⁴⁴

cc) Einbeziehung verschiedener Märkte

209 Es ist jedoch immer zu beachten, dass ggf. verschiedene Märkte in die Betrachtung einbezogen sind. Grundsätzlich sind alle Märkte zu betrachten, auf denen die geförderten Unternehmen tätig sind. Dabei wird zudem die gesamte **Unternehmensgruppe** betrachtet, deren Maßnahmen oder Einrichtungen auf einem Markt gefördert werden. Wenn solche Unternehmensgruppen also auf **anderen Märkten** ggf. auch **in anderen Mitgliedstaaten** tätig sind, kann eine Handelsbeeinträchtigung nicht ausgeschlossen werden.

³⁴¹ KOM, Entscheidung v. 27.06.2007, N 257/2007, Rn. 25 – *Spain: subsidies for theatre productions in the Basque country*; Entscheidung vom 30.06.2008, N 407/2007, Rn. 31 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*.

³⁴² KOM, Entscheidung v. 27.06.2007, N 257/2007, Rn. 25 – *Spain: subsidies for theatre productions in the Basque country*.

³⁴³ KOM, Entscheidung v. 30.04.2008, N 704/2007, Rn. 31 – *Spain: Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*.

³⁴⁴ KOM, Beschluss v. 04.04.2011, SA.32119 (2011/N), Rn. 13 – *Spain: State aid to activities in the theatre and circus sector*.



Fallbeispiel: Entsprechend hat die Kommission im Fall der Unterstützung des Deutschen Alpenvereins (DAV) für die Errichtung von **Kletterhallen** entschieden. Es wurde ausgeführt, dass es sich dabei nicht um einen örtlichen Sportverein oder eine örtliche Sportanlage, sondern um eine Gruppe handele, deren Filialen in ganz Deutschland bzw. in **anderen Mitgliedstaaten** (insbesondere in Österreich und Italien) Kletterhallen betreibe und die zudem auch anderweitig gewerblich (wie im **Hotel- und Gaststättenbetrieb in Berghütten**) tätig sei.³⁴⁵

210 Aus dem vorangegangenen Fallbeispiel ergibt sich, dass nicht nur **räumlich**, sondern auch **sachlich** andere Märkte betroffen sein können, auf denen das betreffende Unternehmen tätig ist. Diese sind also ebenfalls in die Beurteilung einzubeziehen.

Fallbeispiel: Die Kommission führt in ihrer Entscheidung zur Förderung des **Lokalfernsehens** in der „**Communauté française**“ in Wallonien (Belgien) aus, dass die lokalen Fernsehprogramme in Wallonien hauptsächlich Sendungen von lokalem Interesse produzieren und senden sollen. Deshalb erscheine das Potential, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sehr beschränkt.³⁴⁶ Trotzdem bejaht die Kommission die Möglichkeit einer Handelsbeeinträchtigung im Ergebnis, weil sie den **Werbemarkt** in ihre Betrachtung einbezieht. Für diesen Markt nimmt sie in dem seinerzeit betrachteten Fall an, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen lokalen und international ausgerichteten Fernsehsendern um entsprechende Werbeeinnahmen stattfinden kann. Denn lokale Fernsehsender ziehen Zuschauer von den anderen Anbietern ab, deren Werbeeinnahmen damit sinken können.³⁴⁷

³⁴⁵ KOM, Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 (2012/NN), Rn. 62 – *Deutschland: Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins*; bestätigt durch EuG, Rs. T-162/13, EU:T:2016:341 – *Magic Mountain u.a./Kommission*. Auch das auf nationaler Ebene befasste OVG Berlin-Brandenburg bestätigte die Beihilfeneigenschaft einzelner dem Deutschen Alpenverein gewährten Vorteile nach Zurückverweisung durch das BVerwG (BVerwGE 156, 199 = EuZW 2017, 355), vgl. Urteil v. 18.12.2017, OVG 6 B 3.17, EuZW 2018, 323 – *Deutscher Alpenverein*.

³⁴⁶ KOM, Entscheidung v. 13.02.2002, N 548/201, S. 4 – *Belgique, Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française*.

³⁴⁷ KOM, Entscheidung v. 13.02.2002, N 548/201, S. 5 – *Belgique, Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française*.



dd) Grenznähe

- 211 Die **Grenznähe** einer geförderten Maßnahme oder Einrichtung kann als zusätzliches Kriterium einen grenzüberschreitenden Bezug stützen.³⁴⁸ Doch trotz Grenznähe können die **Topographie** und andere Besonderheiten, wie z. B. Insellage, gegen eine grenzüberschreitende Wirkung einer Maßnahme sprechen.

Fallbeispiele: Die Kommission sieht z. B. die Förderung einer Infrastruktur für **Gastankstellen** in der Region Bozen nicht als Beihilfe an. Es wird berücksichtigt, dass die (einzig vorhandene) Grenze zu Österreich nur über **Pässe und Tunnel** zu passieren ist, das Tanken an Öffnungszeiten gebunden ist und ein Gastank regelmäßig nur 300 km Reichweite hat. Deshalb sieht es die Kommission als unwahrscheinlich an, dass Kunden aus Österreich nur zum Tanken nach Italien fahren, weil Gas aufgrund der Subventionierung dort günstiger angeboten werden kann. Eine Handelsbeeinträchtigung wird abgelehnt.³⁴⁹ Das Gleiche gilt grundsätzlich auch für **Insellagen**.³⁵⁰

- 212 Doch auch im Fall topographischer Besonderheiten ist immer an sämtliche möglicherweise betroffenen Märkte zu denken. Wenn also z.B. Unternehmen oder Unternehmensgruppen, die in einer topographisch abgeschlossenen Region gefördert werden, auf anderen Märkten ggf. auch in anderen Mitgliedstaaten tätig sind, kann eine Handelsbeeinträchtigung auch in diesen Fällen nicht ausgeschlossen werden.

Fallbeispiel: Dies gilt z.B. für die Unterstützung für den Schiffstransport von Gütern oder die Ermäßigung der Luftverkehrssteuer für den Flugverkehr zu **Inseln** oder anderen **peripheren** oder sonst benachteiligten **Regionen**. Werden damit Unternehmen unterstützt, die ggf. auch Fahrten oder Flüge zu anderen Zielorten anbieten, stehen sie im Wettbewerb zu Unternehmen, die nicht notwendigerweise auch zu den Anbietern der subventionierten Verbindungen gehörten. Die Kommission nimmt in diesen Fällen an, dass Steuerermäßigungen und andere

³⁴⁸ KOM, Beschluss v. 22.08.2012, SA.34675 (2012/N), Rn. 62 – *Czech Republic: Cultural grant system of the city of Ostrava*; Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 40 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*.

³⁴⁹ KOM, Entscheidung v. 18.08.2008, N 275/08, Rn. 25, 30 – *Italy: Refuelling infrastructure for natural gas-powered vehicles (Bolzano)*.

³⁵⁰ KOM, Beschluss v. 07.11.2012, SA.34466 /2012/N) – *Cyprus: State aid to the Centre for Visual Arts and Resarch*; Beschluss v. 06.11.2013, SA.36581 (2013/NN) – *Greece: Construction of archeological museum Messara Crète*.



Förderung auf diese Weise Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den **Luftverkehrs-** bzw. **Fährunternehmen** haben.³⁵¹

ee) Hindernis für Investitionen oder die Niederlassung ausländischer Unternehmen

213 Mit Blick auf die **Zwischenstaatlichkeitsklausel** ist jedoch nicht nur auf den **örtlichen Bezug** der Kunden und Nutzer einer geförderten Einrichtung oder Maßnahme abzustellen, sondern auch darauf, ob die Begünstigung ein Hindernis für **grenzüberschreitende Investitionen** oder die **Niederlassung von Unternehmen mit Sitz im Ausland** zur Erbringung vergleichbarer Dienstleistungen in der entsprechenden Region beinhaltet. Die Begünstigung darf damit auch mit Blick auf **konkurrierende Unternehmen** keine Handelshindernisse etablieren. Dafür lässt die Kommission in ihrer bisherigen Spruchpraxis in vielen Fällen genügen, dass grenzüberschreitende Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten in die jeweilige Region jedenfalls potenziell möglich erscheinen bzw. jedenfalls nicht ausgeschlossen werden können.³⁵² Sie formuliert dazu z.B. im Kultursektor, dass Begünstigte insbesondere bei der Verbreitung von **Theater** und **Zirkusvorstellungen** für die allgemeine Öffentlichkeit jedenfalls **potenziell** Subjekte des zwischenstaatlichen Handels seien.³⁵³

c) Entscheidungen der Kommission aus April 2015

214 Die Kommission hat in sieben in der Öffentlichkeit viel beachteten Entscheidungen vom 29.04.2015 das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung bei Vorhaben mit rein lokalen Auswirkungen und damit die Erfüllung des Beihilfetatbestands verneint.³⁵⁴ Die Bedeutung, die diesem Entscheidungspaket für die künftige Auslegung des

³⁵¹ KOM, Entscheidung v. 19.12.2012, SA.32020 (2011/N), Rn. 39 – *Deutschland: Ermäßigung der Luftverkehrssteuer für Inselflugverkehre mit bestimmten Nordseeinseln*; KOM, Entscheidung v. 16.05.2006, N 169/20076, Rn. 28 – *United Kingdom: Aid of a social Character Air Service in the Highlands and Islands of Scotland*; KOM, Beschluss v. 10.03.2009, N 389/2008, Rn. 23 – *Spain: Compensation Scheme for sea and air transport of good not listed in Annex I of the EC Treaty produced in or imported into the Canary Islands*.

³⁵² KOM, Beschluss v. 22.08.2012, SA.34675 (2012/N), Rn. 59 ff. – *Czech Republic: Cultural grant system of the city of Ostrava*.

³⁵³ KOM, Beschluss v. 04.04.2011, SA.32119 (2011/N), Rn. 13 – *Spain: State aid to activities in the theatre and circus sectors*.

³⁵⁴ Kommission, Beschlüsse v. 29.04.2015, SA.37432, *Tschechische Republik: Öffentliche Krankenhäuser Hradec Králové*; SA.37904, *Deutschland: Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim*; SA.33149, *Deutschland: Städtische Projektgesellschaft Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden*; SA.38035, *Deutschland:*



Merkmals der grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung aus Sicht der Kommission zukommen soll, hob sie mit einer entsprechenden Pressemitteilung vom selben Tag deutlich hervor.³⁵⁵ In fünf weiteren Fällen hat sie diese Praxis mit einem Entscheidungspaket vom 21.09.2016 bestätigt.³⁵⁶ Die Kommission weist in diesen Entscheidungen ausdrücklich darauf hin, dass es für die **Beeinträchtigung des unionsinternen Handels** nicht ausreicht, wenn Auswirkungen hierauf nur hypothetisch bestehen oder lediglich vermutet werden.³⁵⁷ Sie hat in diesen Entscheidungen im Ergebnis darauf abgestellt, ob

- die vom Begünstigten angebotene Dienstleistung nur in einem bestimmten Bereich innerhalb eines Mitgliedstaates zur Verfügung steht und keine bzw. eine zu vernachlässigende Anzahl³⁵⁸ von Kunden aus anderen Mitgliedstaaten angezogen werden und
- mit einem hinreichendem Grad an Wahrscheinlichkeit absehbar ist, dass die Maßnahme allenfalls eine marginale Wirkung auf die Bedingungen für **grenzüberschreitende Investitionen** oder **grenzüberschreitende Niederlassung** hat.³⁵⁹

215 Als Prüfungsmaßstab für das (Nicht-)Vorliegen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hat sie also wie zuvor sowohl die Ebene der Endnutzer einer Maßnahme bzw. Einrichtung als auch die Wettbewerbssituation auf dem Markt herangezogen.

aa) Einzugsbereich mit Blick auf die Nutzer und Kunden

216 Die neuen Entscheidungen stützen sich u. a. darauf, dass das Angebot von **Grundversorgungs- bzw. Standardleistungen** auf die **örtliche Bevölkerung** abzielt und damit die lokale Begrenzung der Einzugsbereiche bewirken kann. Dies stellt die Kommission

Landgrafen-Klinik, SA.39403 Niederlande: Investitionsbeihilfe Hafen Lauwerswoog; SA. 37963, Großbritannien: Glenmore Lodge und SA.38208, Großbritannien: Golfclubs im Eigentum der Mitglieder.

³⁵⁵ Kommission, Pressemitteilung IP/15/4889 vom 29.04.2015.

³⁵⁶ Kommission, Beschlüsse v. 21.09.2016, SA.44942, *Spanien: Lokale Medien in baskischer Sprache; SA.43983, Deutschland: BLSV Sportcamp Bayern; SA.44692, Deutschland: Hafen Wyk auf Föhr; SA.38920, Portugal: Santa Casa da Misericórdia de Tomar; SA.45512, Spanien: Valencianisch in der Presse.*

³⁵⁷ Vgl. nur Kommission, Beschluss v. 29.04.2015, SA.33149, Rn. 18 – *Deutschland: Städtische Projektgesellschaft Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden.*

³⁵⁸ Kommission, Beschluss v. 29.04.2015, SA.37432, Rn. 21 – *Tschechische Republik: Öffentliche Krankenhäuser Hradec Králové.*

³⁵⁹ KOM, SA.37904 (2014/NN), Rn. 17 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim.*



z. B. ausdrücklich für **Standardgesundheitsleistungen** und für **Standardarztleistungen** sowie **rehabilitative Grundversorgung** fest.³⁶⁰

217 Die Kommission stellt dazu auch fest, dass die Auswahl des Dienstleisters durch die Kunden in diesem Bereich weitgehend von der **gesprochenen Sprache** und den Merkmalen des **Gesundheits- und Erstattungssystems** abhängt, so dass die Behandlung innerhalb desselben Mitgliedstaates für Patienten verwaltungstechnisch einfacher sein dürfte. Diese Merkmale machen den grenzüberschreitenden Wettbewerb für Standardgesundheitsleistungen und Standardarztleistungen, die auch vor Ort leicht zugänglich sind, ausgesprochen unwahrscheinlich. Die Kommission bezieht im Fall des Ärztehauses in Durmersheim ausdrücklich in diese Prüfung mit ein, dass Durmersheim nahe der **französischen Grenze** liegt. Dem misst sie im Ergebnis aus den genannten Gründen keine Bedeutung bei. Entsprechend geht die Kommission im Fall des Ärztehauses in Durmersheim nicht von einer Beeinträchtigung des unionsinternen Handels aus.³⁶¹

Fallbeispiel: In Anlehnung an die neuere Entscheidungspraxis der Kommission zur Finanzierung von **Krankenhäusern** und **Gesundheitsdienstleistern** hat das OLG Stuttgart nach Rückverweisung durch den BGH³⁶² entschieden, dass die Finanzierungsmaßnahmen des Landkreises Calw (Baden-Württemberg) für die **Kreiskliniken Calw** gGmbH keine staatlichen Beihilfen beinhalten. Das Angebot der Kreiskliniken halte sich überwiegend im Rahmen von Standardleistungen. Es sei nicht ersichtlich, dass dieses Angebot irgendeine grenzüberschreitende Nachfrage erzeugen könne. Dies belege auch die vorgelegte Einzugsgebietsstatistik. Dem stehe nicht entgegen, dass der Internetauftritt in verschiedenen Sprachen gehalten sei. Es sei glaubhaft, dass er nur auf fremdsprachige, im Inland lebende Patienten abziele, da er zwar in Englisch, Russisch und Türkisch gehalten sei, nicht aber in Französisch, was angesichts der relativ nahen französischen Grenze nahe gelegen hätte, wenn das Ziel gewesen wäre, auch Patienten aus dem Ausland zu akquirieren. Den Einwand des Klägers, die Finanzierung durch den Kreis behindere Investitionen ausländischer Dienstleister, weist das OLG mit dem Hinweis zurück, anderen Krankenhausträgern, die sich zur Erbringung der Krankenhausleistungen für besser geeignet hielten als die

³⁶⁰ KOM, SA.37904 (2014/NN), Rn. 16 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim.*

³⁶¹ KOM, Beschluss v. 29.04.2015, SA.37904 (2014/NN), Rn. 17 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim.*

³⁶² BGH, Urteil v. 24.03.2016 – I ZR 263/14, juris – *Kreiskliniken Calw.*



Kreiskrankenhäuser, sei es unbenommen, auf ihre Aufnahme in den Krankenhausplan hinzuwirken.³⁶³

bb) Investitionen und Niederlassung von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten

218 In den neuen Entscheidungen stellt die Kommission ausdrücklich darauf ab, dass Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht nur bloß hypothetischer Natur sein oder vermutet werden können. Es muss festgestellt werden, **warum** die Maßnahme den **Wettbewerb** verfälscht oder zu verfälschen droht und **warum** sie geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Darüber hinaus ist auf der Grundlage der vorhersehbaren Wirkungen der Maßnahme zu erläutern, **in welcher Form** der Wettbewerb durch die Beihilfe beeinträchtigt wird oder werden könnte.³⁶⁴ Die Kommission verlangt ausdrücklich, dass mit einem **hinreichenden Grad an Wahrscheinlichkeit** absehbar ist, dass die Maßnahme **mehr als nur eine marginale Wirkung** auf die Bedingungen für **grenzüberschreitende Investitionen** oder die **grenzüberschreitende Niederlassung** hat.³⁶⁵

219 Im Fall des Ärztehauses Durmersheim beruft sie sich insoweit u.a. darauf, bereits früher den Standpunkt vertreten zu haben, dass **Standardgesundheits- und Arztleistungen**, die in der Regel für ein relativ kleines geographisches Gebiet erbracht werden, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen, da der Wettbewerb zwischen solchen Dienstleistungen nur auf lokaler Ebene erfolgt.³⁶⁶ Die Kommission grenzt diesen Fall ausdrücklich von **hochspezialisierten medizinischen Angeboten** ab, die zu einer internationalen Reputation eines Krankenhauses führen können.³⁶⁷ Sie stellt außerdem fest, dass der mutmaßliche Beihilfeempfänger (das Ärztehaus) nicht auf anderen Märkten als den Märkten für lokale allgemeine Gesundheitsleistungen tätig sei. Deshalb könne die

³⁶³ OLG Stuttgart, Urteil v. 23.03.2017 – 2 U 11/14, Rn. 80 - 88, juris – *Kreiskliniken Calw*.

³⁶⁴ KOM, SA.37904 (2014/NN), Rn. 14 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim* unter Bezugnahme auf EuG, verb. Rs. T-447/93 bis 449/93, EU:T:1995:130, Rn. 60 – *AITEC u.a./Kommission*.

³⁶⁵ KOM, SA.37904 (2014/NN), Rn. 17 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim*.

³⁶⁶ KOM, SA.37904 (2014/NN), Rn. 17 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim* unter Bezugnahme auf Beschlüsse SA.34576 – *Portugal: Jean Piaget North-East Continuing Care Unit* und N 543/2001 – *Irland: Capital allowances for hospitals*.

³⁶⁷ KOM, Beschluss v. 29.04.2015, SA.37432 (2015/NN), Rn. 19 – *Tschechische Republik – Öffentliche Krankenhäuser Hradec Králové*.



mutmaßliche Beihilfe nicht indirekt die Stellung eines grenzüberschreitend tätigen Unternehmens stärken.³⁶⁸

220 In ihrer Entscheidung über eine Investitionsbeihilfe der Stadt Dahn für ein örtliches Pflegeheim sah die Kommission angesichts der Präsenz eines von einem ausländischen Unternehmen betriebenen Pflegeheims zwar Anhaltspunkte für mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel. Letztendlich ließ sie diese Frage jedoch offen, da sie die Investitionsförderung ungeachtet einer etwaigen Beihilfenqualität als jedenfalls mit dem Binnenmarkt vereinbar einstufte.³⁶⁹ Konkrete Anhaltspunkte für ein Hindernis für den zwischenstaatlichen Handel dürften indes gegeben sein, wenn sich ein **Unternehmen aus dem Ausland** bei der Kommission über staatliche Maßnahmen zugunsten anderer Unternehmen beschwert oder in einer Beschwerde ausdrücklich erwähnt wird, dass es in der einschlägigen Branche Investoren aus dem Ausland gibt.

Fallbeispiel: Die Kommission hat mit dieser Begründung auch schon früher die Zwischenstaatlichkeit bejaht. Sie hat z.B. in ihrer Entscheidung im Jahr 2012, in der sie Zuwendungen der Länder und Kommunen für die Errichtung von Kletteranlagen durch den **Deutschen Alpenverein** als Beihilfe angesehen hat, u.a. darauf abgestellt, dass ein niederländisches Unternehmen Kletterhallen in Deutschland betreibe. Deshalb sei es vorstellbar, dass ein **Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat** in eine Kletterhalle in Berlin oder andernorts in Deutschland investieren würde.³⁷⁰ Dieser Sichtweise schloss sich auch das auf nationaler Ebene befasste OVG Berlin-Brandenburg nach Zurückverweisung durch das BVerwG³⁷¹ an und bestätigte die Beihilfeneigenschaft einer vergünstigten Grundstücksüberlassung durch das Land Berlin an den Deutschen Alpenverein.³⁷²

221 Umgekehrt hat die Kommission in einem anderen Fall darauf hingewiesen, dass gerade die Präsenz anderer Unternehmen desselben Sektors ein Beleg dafür sei, dass die betreffende

³⁶⁸ KOM, Beschluss v. 29.04.2015, SA.37904 (2014/NN), Rn. 18 – *Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim*.

³⁶⁹ KOM, Entscheidung v. 02.06.2017, SA.34655 (2017/NN), Rn. 30 – *Deutschland: Investitionsbeihilfe für Pflegeheim und angegliederte Einrichtungen in der Stadt Dahn (Rheinland-Pfalz)*.

³⁷⁰ KOM, Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 (2012/NN), Rn. 57 – *Deutschland: Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins*; bestätigt durch EuG, Rs. T-162/13, EU:T:2016:341 – *Magic Mountain u.a./Kommission*.

³⁷¹ BVerwGE 156, 199 = EuZW 2017, 355.

³⁷² OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 18.12.2017, OVG 6 B 3.17, EuZW 2018, 323, Rn. 53 – *Deutscher Alpenverein*, nach Zurückverweisung durch das BVerwG (BVerwGE 156, 199 = EuZW 2017, 355).



Förderung eines Unternehmens den Markteintritt anderer Unternehmen offensichtlich nicht erschwere.³⁷³

222 Die Kommission hat die Entscheidungen aus April 2015 in ihrer Pressemeldung ausdrücklich als „Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermaßnahmen“ bezeichnet.³⁷⁴ Damit können diese Entscheidungen als bewusste Trendwende der Kommission bzgl. des Tatbestandsmerkmals der **Zwischenstaatlichkeit** verstanden werden. Bestätigt wird dies durch ein weiteres Entscheidungspaket zu rein lokalen Vorhaben, das die Kommission am 21.09.2016 angenommen hat.³⁷⁵ Das lässt darauf schließen, dass die Kommission diesem Tatbestandsmerkmal zukünftig mehr Bedeutung zukommen lassen wird, um den **Anwendungsbereich des Beihilferechts** zu beschränken.

cc) Die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1

223 Das Tatbestandsmerkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung setzt wie die Wettbewerbsbeeinträchtigung voraus, dass überhaupt Wettbewerb vorhanden ist. Wenn es bzgl. des Baus kommunaler (Netz-)Infrastrukturen, wie oben dargestellt, nach den Maßstäben der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1 an einem solchen fehlt,³⁷⁶ ist auch eine Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen. Insoweit ist auch an dieser Stelle ausdrücklich auf Rn. 211 f. sowie die Ausführungen zur **Eisenbahninfrastruktur, Straßen-, Tunnel-, und Binnenwasserstraßeninfrastruktur** sowie **Wasserver- und Abwasserentsorgungsnetzen** in Rn. 219-221 der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1 zu verweisen. Dort werden die Maßstäbe dafür formuliert, wann die Kommission in diesen Fällen nicht von Wettbewerb und damit nicht von einer Handelsbeeinträchtigung ausgeht. (siehe dazu im Einzelnen oben Rn. 200).

224 Darüber hinaus greift die Bekanntmachung die Maßstäbe aus der Spruchpraxis aus April 2015 für die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auf. Sie charakterisiert diese Fälle wie folgt:

³⁷³ Kommission, Beschluss v. 29.04.2015, SA.38035 – Rn. 15, *Deutschland: Landgrafen-Klinik*.

³⁷⁴ Kommission, Pressemitteilung IP/15/4889 vom 29.04.2015.

³⁷⁵ Kommission, Beschlüsse v. 21.09.2016, SA.44942, *Spanien: Lokale Medien in baskischer Sprache*; SA.43983, *Deutschland: BLSV Sportcamp Bayern*; SA.44692, *Deutschland: Hafen Wyk auf Föhr*; SA.38920, *Portugal: Santa Casa da Misericordia de Tomar*; SA.45512, *Spanien: Valencianisch in der Presse*.

³⁷⁶ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 211.



„Ein einschlägiges Merkmal dieser Fälle war ein überwiegend **lokales Einzugsgebiet** und das Vorliegen von **Belegen** dafür, dass **nicht** davon auszugehen war, dass **mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitenden Investitionen** zu erwarten waren. So dürfte beispielsweise der Bau von **lokalen Freizeitanlagen, Gesundheitseinrichtungen, kleinen Flughäfen** oder **Häfen**, die in erster Linie **lokalen Nutzern** dienen und nur **marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen** haben, **kaum Auswirkungen auf den Handel** haben. Der **Nachweis** dafür, dass keine Auswirkungen auf den Handel zu erwarten sind, könnte durch **Daten** erbracht werden, die zeigen, dass die Infrastruktur **kaum außerhalb des betreffenden Mitgliedstaats ansässige Nutzer hat** oder das **grenzüberschreitende Investitionen auf dem betreffenden Markt sehr gering** sind oder **wahrscheinlich nicht beeinträchtigt** würden.“³⁷⁷

Praxistipp: Für die Praxis erscheint insbesondere der Hinweis auf Daten bzw. Belege hilfreich, dass eine Einrichtung kaum außerhalb eines Mitgliedstaates ansässige Nutzer hat bzw. dass grenzüberschreitende Investitionen auf dem betreffenden Markt gering sind oder nicht beeinträchtigt werden. Z.B. in dem bereits oben genannten Fall aus Tschechien wurden u.a. die vergleichsweise geringen **Übernachtungszahlen** ausländischer Touristen aus benachbarten Mitgliedstaaten und der geringe **Tagestourismus** herangezogen.³⁷⁸ Für kleine **Jachthäfen** stellt die Kommission etwa auf die Anzahl der **Anlegeplätze** ausländischer Touristen ab.³⁷⁹ (weitere Einzelheiten zu diesen Fallbeispielen siehe oben Rn. 206). An anderer Stelle wird in der Bekanntmachung ausgeführt, dass die Wahrscheinlichkeit von Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten bei einem sehr geringen Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit des geförderten Unternehmens entsprechend geringer sein kann. Dies könne etwa an einem sehr geringen **Umsatz** abzulesen sein. Auch dies scheinen also Angaben zu sein, mit denen ggf. belegt werden kann, dass kaum bzw. nur **marginale Auswirkungen** auf den Handel in Rede stehen können.³⁸⁰

225 Solche **Daten** oder **Belege** erscheinen indes nicht zwingend erforderlich. Die Kommission stützt sich teilweise auch in allgemeiner Weise auf **vorhersehbare Auswirkungen** einer

³⁷⁷ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 210.

³⁷⁸ KOM, Beschluss v. 02.07.2013, SA.35909 (2012/N), Rn. 34 f., 45 – *Czech Republic: Infrastructure for Tourism (NUTS II region Southeast)*.

³⁷⁹ KOM, Entscheidung v. 29.10.2003, C10/2003, Rn. 51f. – *Niederlande: Maßnahmen zugunsten von Jachthäfen ohne Erwerbscharakter*.

³⁸⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 192.



Maßnahme. Daraus schließt sie darauf, ob es **unwahrscheinlich** ist, dass eine Einrichtung oder Maßnahme **Kunden aus anderen Mitgliedstaaten** gewinnen würde bzw. ob die Maßnahme nicht mehr als nur **marginale Auswirkungen** auf **grenzüberschreitende Investitionen** oder die **grenzüberschreitende Niederlassung von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten** haben würde. Sie stellt dazu aber ausdrücklich fest, dass sich **keine allgemeinen Kategorien** von Maßnahmen festlegen lassen, die die Voraussetzungen in der Regel erfüllen. Dies ist jeweils anhand der **Umstände des Einzelfalls** zu entscheiden.³⁸¹

Praxistipp: Die Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1 enthält indes eine ganze Liste von Beispielsfällen (mit Nachweisen), für die die Kommission nach der Auswertung der voraussehbaren Auswirkungen der Maßnahmen davon ausgeht, dass die staatlichen Förderungen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinflussen. Diese Liste umfasst nicht nur die o.g. Fälle aus April 2015 und September 2016, sondern viele der o.g. früheren Entscheidungen.³⁸²

- **Sport- und Freizeiteinrichtungen** mit überwiegend **lokalem Einzugsgebiet**, die kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein dürften;³⁸³
- **Kulturelle Veranstaltungen** und **kulturelle Einrichtungen mit wirtschaftlichen Tätigkeiten**, die jedoch kaum Nutzer oder Besucher dazu veranlassen dürften, diese Angebote anstatt ähnlicher Angebote in anderen Mitgliedstaaten zu nutzen;³⁸⁴ nach Auffassung der Kommission dürften nur Zuwendungen für große und renommierte Kultureinrichtungen und -veranstaltungen, für die intensiv außerhalb ihres regionalen Einzugsgebiets in dem betreffenden Mitgliedstaat geworben wird, geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinflussen. Bei nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten zur Förderung der Kultur oder zur Erhaltung des kulturellen Erbes muss nicht geprüft werden, ob etwaige staatliche Zuwendungen Auswirkungen auf den Handel haben könnten (siehe dazu oben Rn. 73 ff.).

³⁸¹ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 196 f.

³⁸² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 197.

³⁸³ KOM, Beschluss v. 21.12.2000, N 258/2000 – Deutschland: Freizeitbad Dorsten, Beschluss v. 29.10.2003, C 10/2003 – Niederlande: *Jachthäfen ohne Erwerbscharakter*; Beschluss v. 29.04.2015, SA.37963 – Vereinigtes Königreich: *Mutmaßliche Beihilfe für Glenmore Lodge*; Beschluss v. 29.04.2015, SA.38208 – Vereinigtes Königreich: *Golfclubs im Eigentum der Mitglieder*.

³⁸⁴ Siehe z. B. KOM, Beschluss v. 18.02.2004, N 630/2003 – Italien: *Unterstützung für örtliche Museen in Sardinien*; Beschluss v. 7.11.2012, SA.34466 – Zypern: *Zentrum für visuelle Kunst und Forschung*; Beschluss v. 06.11.2013, SA.36581 – Griechenland: *Bau des archäologischen Museums, Messara, Kreta*; Beschluss v. 02.07.2013, SA.35909 (2012/N) – Tschechische Republik: *Tourismusinfrastruktur in der NUTS-II-Region Südosten* und Beschluss v. 20.11.2012, SA.34891 (2012/N) – Polen: *Staatliche Unterstützung für Związek Gmin Fortecznych Twierdzy Przemysł*.



- **Krankenhäuser** und andere **Gesundheitseinrichtungen**, die die üblichen medizinischen Leistungen für die **örtliche Bevölkerung** erbringen und kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein dürften;³⁸⁵
- **Nachrichtenmedien** und/oder **kulturelle Erzeugnisse**, die aus sprachlichen und räumlichen Gründen ein **örtlich begrenztes Publikum** haben;³⁸⁶
- **Tagungszentren**, bei denen es aufgrund des Standorts und angesichts der potenziellen Auswirkungen der Beihilfe auf die Preise unwahrscheinlich ist, dass Nutzer von Tagungszentren in anderen Mitgliedstaaten abgeworben werden;³⁸⁷
- **Informations- und Netzwerkplattformen** zur direkten Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Bewältigung sozialer Konflikte in einem vorab festgelegten, sehr kleinen lokalen Gebiet;³⁸⁸
- **kleine Flughäfen**³⁸⁹ oder **Häfen**,³⁹⁰ die überwiegend lokale Nutzer bedienen, so dass der Wettbewerb um die angebotenen Dienstleistungen auf die lokale Ebene begrenzt ist und allenfalls marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen zu erwarten sind;
- die Finanzierung bestimmter **Seilbahnen** (und insbesondere von **Skiliften**) in Gebieten mit **wenigen Einrichtungen** und **geringen Kapazitäten** zur Aufnahme von Touristen. Die Kommission hat klargestellt, dass für die Unterscheidung zwischen Anlagen, die auch auswärtige Nutzer anziehen können (weshalb hier in der Regel von Auswirkungen auf den Handel auszugehen ist), und Anlagen in Gebieten mit wenigen Einrichtungen und geringen Kapazitäten zur Aufnahme von Touristen (weshalb die öffentliche Förderung möglicherweise keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hat) in der

³⁸⁵ Siehe z. B. KOM, Beschluss v. 27.02.2002, N 543/2001 – *Irland: Staatliche Abschreibung für Krankenhäuser*; Beschluss v. 07.11.2012, SA.34576 – *Portugal: Station für langfristige Betreuung Jean Piaget/Nord-Osten*; Beschluss v. 29.04.2015, SA.37432 – *Tschechische Republik: Finanzierung öffentlicher Krankenhäuser in der Region Hradec Králové*; Beschluss v. , SA.37904 – *Deutschland: Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim* und Beschluss v. 29.04.2015, SA.38035 – *Deutschland: Landgraf-Klinik*.

³⁸⁶ Siehe z. B. KOM, Beschluss v. 27.06.2007, N 257/2007 – *Spanien: Zuwendungen für Theaterproduktionen im Baskenland*; Beschluss v. 14.12.2004, N 458/2004 – *Spanien: Editorial Andaluza Holding*; Beschluss v. 07.11.2012, SA.33243 – *Portugal: Jornal de Madeira*; Beschluss v. 21.01.2003, N 486/2002 – *Schweden: Errichtung eines Konferenzzentrums in Visby*.

³⁸⁷ Siehe z. B. KOM, Beschluss v. 21.01.2013, N 486/2002 – *Schweden: Errichtung eines Konferenzzentrums in Visby*.

³⁸⁸ Siehe KOM, Beschluss v. 29.04.2015, SA.33149 – *Deutschland: Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden“*.

³⁸⁹ Siehe z. B. KOM, Beschluss v. 07.05.2014, SA.38441 – *Vereinigtes Königreich: Flugverbindung Scilly-Inseln*.

³⁹⁰ Siehe z. B. KOM, Beschluss v. 29.04.2015, SA.39403 – *Niederlande: Investition in den Hafen Lauwersoog* und Beschluss v. 24.11.2015, SA.42219 – *Deutschland: Umbau der Schuhmacherbrücke im Hafen Maasholm*.



Regel die folgenden Faktoren herangezogen werden:³⁹¹ a) Standort der Anlage (wobei eine rein innerstädtische Verbindung gegen und eine Verbindung mehrerer Ortschaften ein Indiz für eine Handelsbeeinträchtigung sein könnte) b) Betriebszeiten (wobei auf die Bedürfnisse der örtlichen Bevölkerung abgestimmte Betriebszeiten gegen und auf die Urlaubssaison beschränkte Betriebszeiten für eine Handelsbeeinträchtigung sprechen), c) vorwiegend lokale Nutzer — (Verhältnis zwischen der Anzahl der Tages- und Wochenpässe), d) Verhältnis zwischen Anzahl und Kapazität der Anlagen und der Anzahl der ortsansässigen Nutzer (wobei eine Dimensionierung entsprechend den Bedürfnissen der örtlichen Bevölkerung gegen eine Handelsbeeinträchtigung spricht), e) andere touristische Einrichtungen in dem Gebiet (eine vergleichsweise hohe Anzahl anderer touristischer Einrichtungen legt die Nutzung der Infrastruktur durch auswärtige Gäste und damit potenziell zwischenstaatliche Auswirkungen nahe). Ähnliche Faktoren könnten mit den erforderlichen Anpassungen auch für andere Arten von Anlagen relevant sein.

Diese Beispiele könnten zukünftig vor allem für **Krankenhäuser** auf kommunaler und regionaler Ebene in öffentlicher Trägerschaft genutzt werden. Dies gilt jedenfalls für Krankenhäuser, die **Grundversorgungs- bzw. Standardleistungen** anbieten und auch sonst keine Besonderheiten (wie z.B. einen international anerkannten Spezialisten) aufweisen. Für solche Häuser spricht viel dafür, dass z.B. ein jährlicher Verlustausgleich jedenfalls nach der neuen Spruchpraxis der Kommission keine Beihilfe darstellt. Damit bedürfte es in solchen Fällen keiner schriftlichen Betrauung mit einer DAWI, wie es etwa die Freistellung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss verlangen würde³⁹² (siehe dazu unten Rn. 304 ff.), wengleich Letzteres vor dem Hintergrund der (noch) nicht durch die Unionsgerichte bestätigten Entscheidungspraxis der Kommission der rechtssicherere, wenn auch aufwendigere Weg sein dürfte.

dd) Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung

226 Derzeit sind die Spruchpraxis der Kommission aus April 2015 und September 2016 sowie die einschlägigen Ausführungen der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1 allerdings noch mit Rechtsunsicherheit behaftet. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung mit diesen Fällen zu befassen haben wird. Das EuG hat insoweit bisher nur bestätigt, dass vorhandene oder auch frühere grenzüberschreitende einschlägige Investitionen von Unternehmen mit Sitz im Ausland belegen, dass ein Risiko für eine grenzüberschreitende

³⁹¹ KOM, Beschluss v. 27.02.2002, N 376/01 – *Italien: Beihilferegelung zugunsten von Seilbahnen*.

³⁹² Zur Betrauung vgl. den Fall der Kreiskliniken Calw, BGH, Urteil v. 24.03.2016 – I ZR 263/14, juris – *Kreiskliniken Calw*.



Handelsbeeinträchtigung besteht.³⁹³ Ob und inwiefern das Fehlen solcher Investitionen umgekehrt belegt, dass Auswirkungen auf den Handel nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, wurde soweit ersichtlich bisher nicht entschieden.

Exkurs zur Rechtsprechung: Da die Generalanwälte beim EuGH regelmäßig (über die Website „Curia“ – http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ – abrufbare) Entscheidungsvorschläge für den Gerichtshof erarbeiten, die „**Schlussanträge**“ genannt werden, liegt es nahe, dass der Vorschlag für eine Änderung oder Präzisierung der Rechtsprechung des EuGH davon ausgehen kann. Bzgl. des Tatbestandsmerkmals „Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ sind Ansätze dafür in den Schlussanträgen des Generalanwalts Nils Wahl in dem Verfahren *London-Taxis (black-cabs)* vorhanden. Es geht darin um die beihilferechtliche Beurteilung einer staatlichen Maßnahme zugunsten der örtlich auf London begrenzten „**black cabs**“, die Funkmietwagen nicht zugutekommt. In seinen Schlussanträgen hierzu macht der Generalanwalt den Gerichtshof darauf aufmerksam, dass **örtliche Taxidienstleistungen** ein Beispiel für Fälle seien, in denen ein grenzüberschreitendes Potential **nicht** ersichtlich sei. Er weist den Gerichtshof darauf hin, dass offenbar keine Schwelle zu niedrig sei, um das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu erfüllen, wenn der Gerichtshof in diesem Fall entscheiden würde, dass die Maßnahme „*in der Tat*“ geeignet sei, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.³⁹⁴ Der Gerichtshof hält daraufhin zwar ausdrücklich daran fest, dass die Geeignetheit zur Handelsbeeinträchtigung nicht vom **örtlichen oder regionalen Charakter** der (in diesem Fall) erbrachten **Verkehrsdienste** oder von der Größe des betreffenden **Tätigkeitsgebietes** abhängt. Er stellt eine **Handelsbeeinträchtigung** aber **nicht positiv** fest, sondern führt aus, dass „*nicht ausgeschlossen*“ werden könne, dass sich durch die einschlägigen Maßnahmen die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen verringern, in diesen Markt einzudringen. Die Prüfung, ob dies tatsächlich der Fall ist, überlässt der EuGH ausdrücklich dem **vorlegenden Gericht**.³⁹⁵ Diese Rechtsprechung könnte also – auch dem vorlegenden Gericht – ggf. den Spielraum bieten, fehlende bereits bestehende grenzüberschreitende Investitionen vor Ort als Grund dafür zu nennen, eine Handelsbeeinträchtigung im Ergebnis ausschließen zu können.

³⁹³ EuG, Rs. T-253/12, EU:T:2015:811, Rn. 126 – *Hammar Nordic Plugg AB*.

³⁹⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl, Rs. C-518/13, EU:C:2014:2239, Rn. 83 und 85 – *Eventech/The parking Adjudicator*.

³⁹⁵ EuGH, Rs. C-518/13, EU:C:2014:2239, Rn. 69 f. – *Eventech/The parking Adjudicator*.



In seinem Urteil in der Rechtssache *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, das sich im Schwerpunkt mit der Unternehmenseigenschaft von möglicherweise auch wirtschaftlich tätigen Bildungseinrichtungen befasst, hat der EuGH auch bemerkenswerte Aussagen zum Ausschluss des Tatbestandsmerkmals einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung getroffen. Unter Bezugnahme auf die **De-minimis-Verordnung** hat der Gerichtshof dort festgestellt, dass Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 200.000 Euro innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen und den Wettbewerb nicht verfälschen, so dass solche Maßnahmen vom Begriff der staatlichen Beihilfe ausgenommen sind. Diese Feststellung ist insofern bemerkenswert, als die Ausnahme entsprechend geringer Zuwendungen vom Beihilfetatbestand nach dem klaren Wortlaut der **De-minimis-Verordnung** nicht nur die Einhaltung dieses Schwellenwerts, sondern auch der übrigen dort ausdrücklich geregelten Anforderungen voraussetzt. Vor diesem Hintergrund sollte die Aussage des Gerichtshofs in jenem Verfahren nicht überbewertet, sondern in der Praxis auf eine Einhaltung sämtlicher Voraussetzungen der **De-minimis-Verordnung** geachtet werden. Allerdings bietet das Urteil eine gute Argumentationsgrundlage für die Beihilfefreiheit von in der Vergangenheit gewährten Beihilfen, die zwar einen Betrag in Höhe von 200.000 Euro nicht überschreiten, die aber die formalen Voraussetzungen der **De-minimis-Verordnung** nicht erfüllen.

227 Diese Rechtsunsicherheit muss sich dann nicht auswirken, wenn Maßnahmen vorsorglich über die AGVO freigestellt werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bedeutung des Beihilfetatbestands z.B. mit Blick auf **Kulturmaßnahmen** (wie etwa die Förderung von **Museen**) in der Praxis abnehmen wird. Denn mit Art. 53 AGVO ist ein spezifischer Freistellungstatbestand dafür geschaffen worden (siehe dazu unten Rn. 271 ff.). Für den kommunalen Bereich sind darüber hinaus insbesondere die Freistellungstatbestände in Art. 16 AGVO für regionale **Stadtentwicklungsbeihilfen** (siehe dazu unten Rn. 285 ff.), Art. 55 für **Sportinfrastrukturen** und **multifunktionale Freizeitinfrastrukturen** (siehe dazu unten Rn. 276 ff.) sowie Art. 56 für Investitionsbeihilfen für **lokale Infrastrukturen** (siehe dazu unten Rn. 280 ff.) relevant. Damit kann in Fällen, in denen der Beihilfetatbestand nicht mit Sicherheit verneint werden kann, grundsätzlich auch vorsorglich eine Freistellung erfolgen.

Praxistipp zur vorsorglichen Anwendung der AGVO: Für eine vorsorgliche Freistellung ist allerdings zu bedenken, dass dies mitunter als „Zugeständnis“ (miss-)verstanden werden könnte, dass es sich bei den einschlägigen Maßnahmen tatsächlich um tatbestandliche Beihilfen handelt. Zwingend ist dies indessen nicht, zumal sich der Maßnahmenträger oder andere öffentliche Stellen bei vergleichbaren Folgemaßnahmen, die sie als beihilfefreie Förderung und damit außerhalb der AGVO durchführen möchten, darauf hinweisen könnten,



dass die Ausrichtung der früheren Maßnahmen an den Vorgaben der AGVO vorsorglich vor dem Hintergrund der noch unklaren Entwicklung der Rechtsprechung erfolgte.

7. De-minimis-Beihilfen

- 228 Wird einem Unternehmen innerhalb eines bestimmten Zeitraums vom Staat nur ein geringer Betrag zugewendet, wird diese Zuwendung als Maßnahme angesehen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt und daher nicht dem Anmeldeverfahren unterliegt. Aufgrund des geringen Höchstbetrages, mit dem ein Unternehmen unterstützt werden kann, wird davon ausgegangen, dass solche Maßnahmen keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben.³⁹⁶ Unabhängig davon, dass solche Maßnahmen mithin tatbestandlich schon keine Beihilfen darstellen, werden sie (insoweit missverständlich) als **De-minimis-Beihilfen** bezeichnet. Nicht Gegenstand dieses Abschnitts der Handreichung ist die sog. DAWI-De-minimis-Verordnung,³⁹⁷ denn diese wird gesondert in Kapitel V. 1. bzgl. der spezifischen Fallgruppe „DAWI“ erörtert.
- 229 Ein „einziges Unternehmen“ kann staatliche Förderungen bis zu einem gewissen Schwellenwert auf der Grundlage der **De-minimis-Verordnung** (De-minimis-VO)³⁹⁸ erhalten. Sofern die Förderung unter der **Bagatellgrenze** von 200.000 Euro innerhalb von drei Kalenderjahren liegt, ist sie beihilferechtlich irrelevant und von der Anmeldepflicht ausgenommen (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 De-minimis-VO). Bei Zuwendungsempfängern, die sowohl wirtschaftlich als auch nichtwirtschaftlich tätig sind, sind für die Einhaltung der Bagatellgrenze nur diejenigen Zuwendungen zu berücksichtigen, die den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Empfängers zugutekommen.³⁹⁹

Praxistipp: Der Begriff ein „einziges Unternehmen“ bezieht gemäß Art. 2 Abs. 2 **De-minimis-VO** alle Unternehmen mit ein, an denen ein anderes Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte oder Gesellschaftsanteile hält, oder auf die ein anderes Unternehmen z.B.

³⁹⁶ Vgl. Erwägungsgründe 1 u. 3 der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 u. Erwägungsgründe 1 u. 4 der Verordnung (EU) Nr. 360/2012.

³⁹⁷ ABl. EU 2012 L 114/8.

³⁹⁸ Verordnung (EU) 1407/2013, ABl. EU 2013 L 352/1.

³⁹⁹ EuGH, Rs. C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 83 – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe*.



aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder anderer Umstände einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Das können auch Kommunen oder kommunale Unternehmen sein. Daher bedarf es bei der Prüfung der Einhaltung des De-minimis-Schwellenwertes einer konzernweiten Betrachtung, die also ggf. verschiedene kommunale Unternehmen erfassen kann.

Eine Kommune oder auch eine kommunale Holding, die die Beteiligungen an dem betrachteten bzw. geförderten Unternehmen hält, muss indes nicht zwingend in die Konzernbetrachtung einbezogen werden. Dies ist nur dann erforderlich, wenn die Kommune bzw. die Holding ihrerseits als Unternehmen anzusehen sind. Dabei führt jedoch der bloße Besitz von Beteiligungen, auch von Kontrollbeteiligungen, nicht ohne weiteres dazu, dass ein Unternehmen im Sinn des funktionalen Unternehmensbegriffs vorliegt.⁴⁰⁰ Denn eine wirtschaftliche Tätigkeit (und damit ein Unternehmen) liegt nicht schon dann vor, wenn ein Anteilseigner o.ä. sich auf die Ausübung der Rechte beschränkt, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, und mit der ggf. der Bezug von Dividenden einhergeht, die bloß die Früchte des Eigentums an einem Gut sind. Anders wird dies von der Rechtsprechung aber dann gesehen, wenn eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft hält, diese Kontrolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft ausübt. Dann wird sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt angesehen und deshalb ihrerseits als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne qualifiziert. Der EuGH begründet dies damit, dass andernfalls die bloße Teilung eines Unternehmens in zwei getrennte Gebilde, von denen das erste die frühere wirtschaftliche Tätigkeit unmittelbar fortführt und das zweite das erste durch die Einflussnahme auf dessen Verwaltung kontrolliert, genügen würde, um den gemeinschaftlichen Vorschriften über staatliche Beihilfen jede praktische Wirksamkeit zu nehmen. Dies würde dem zweiten Gebilde erlauben, Subventionen oder andere Vergünstigungen des Staates oder aus staatlichen Mitteln zu beziehen und sie ganz oder teilweise zugunsten des ersten Gebildes auch im Interesse der aus den beiden Gebilden bestehenden wirtschaftlichen Einheit zu verwenden.⁴⁰¹

Anders als der Begriff des „**verbundenen Unternehmens**“ in der Empfehlung der Kommission zur **Definition von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU-Definition)** in Anhang I der AGVO sind Verbindungen zwischen Unternehmen über natürliche Personen

⁴⁰⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 262/1, Rn. 16.

⁴⁰¹ EuGH, Rs. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 111 ff. – Cassa di Risparmio di Firenze u.a.



für den Begriff ein „einziges Unternehmen“ gemäß Art. 2 Abs. 2 De-minimis-VO unbeachtlich (vgl. dazu auch Erwägungsgrund 4 der De-minimis-VO). Das BMWi gibt den Hinweis, zur Bestimmung des im Einzelfall maßgeblichen „einzigsten Unternehmens“ auf die genannten Dokumente zurückzugreifen. Dort wird der Begriff des **verbundenen Unternehmens** auch vom den im Rahmen der De-minimis-VO nicht zu berücksichtigenden **Partnerunternehmen** abgegrenzt, die dagegen für die KMU-Definition relevant sind.⁴⁰² Sämtliche Links zu den genannten Dokumenten sind abrufbar unter <http://www.foerderinfo.bund.de/de/KMU-Definition-der-Europaeischen-Kommission-972.php>. Die Abgrenzung zu Elementen der KMU-Definition könnte sich indes ggf. zukünftig ändern oder sogar teilweise erübrigen. Denn die KMU-Definition wird derzeit überarbeitet und u.a. in der Stellungnahme des Verbands kommunaler Unternehmen (VKU) im Rahmen der einschlägigen öffentlichen Konsultation dafür geworben, die KMU-Definition an den Begriff des „Einzigsten Unternehmens“ der De-Minimis-VO anzunähern (Download unter https://ec.europa.eu/info/files/review-sme-definition-position-papers_de).

230 Die De-minimis-Verordnung gilt für fast alle Wirtschaftszweige mit Ausnahme der in Art. 1 Abs. 1 aufgelisteten Bereiche. So findet sie u.a. keine Anwendung in den folgenden Wirtschaftszweigen:

- Fischerei oder **Aquakultur**;
- Primärerzeugung, Verarbeitung und Vermarktung **landwirtschaftlicher Erzeugnisse** (in letzterem Fall nur in bestimmten, näher aufgeführten Fällen)⁴⁰³;
- **exportbezogene Tätigkeiten**, die auf Mitgliedstaaten oder Drittländer ausgerichtet sind.

231 Auch dürfen De-minimis-Beihilfen nicht für den Erwerb von **Fahrzeugen für den Straßengüterverkehr** verwendet werden. Im Übrigen gelten im Bereich des **gewerblichen Straßengüterverkehrs** strengere Regelungen, wie z.B. eine Höchstgrenze von **100.000 Euro in drei Kalenderjahren** (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 4 Abs. 3 b De-minimis-VO).

232 Die De-minimis-VO gilt gemäß Art. 4 Abs. 1 De-minimis-VO ausdrücklich nur für Beihilfen, deren Wert im Voraus genau berechnet werden kann („**transparente Beihilfen**“). Dies ist bei **Barzuschüssen** bzw. **Zinszuschüssen** unproblematisch der Fall, da der Betrag der Beihilfe sich unmittelbar aus der Höhe des Zuschusses ergibt (vgl. Art. 3 Abs. 6 i.V.m. Art. 4 Abs. 2

⁴⁰² BMWi, Handbuch über staatliche Beihilfen, Praxistipp S. 37, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

⁴⁰³ Vgl. hierzu die De-minimis-VO für die Landwirtschaft, ABl. EU 2013 L 352/9.



De-minimis-VO). Wird ein Zuschuss in mehreren Tranchen ausgezahlt, so muss die Beihilfe dabei auf den Zeitpunkt ihrer Gewährung abgezinst werden. Dies hat auf Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden **Abzinsungssatzes** zu erfolgen.

Praxistipp: Diesbezüglich ist auf die **Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze (Referenzzinssatzmitteilung)** ⁴⁰⁴ zurückzugreifen. Die aktuellen Basiszinssätze, die für die Anwendung dieser Mitteilung zugrunde zu legen sind, werden von der Kommission für alle Mitgliedstaaten auf ihrer Website fortlaufend veröffentlicht:
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

233 Bei Beihilfen, die nicht in Form von Zuschüssen gewährt werden, entspricht der Beihilfebetrags ihrem **Bruttosubventionsäquivalent** (vgl. Art. 4 Abs. 1 De-minimis-VO). Für die Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents (also des Beihilfeelements einer Maßnahme) gelten nach der De-minimis-VO je nach Form der staatlichen Leistung (**Darlehen, Kapitalzuführungen, Garantien**) verschiedene Vorschriften (vgl. Art. 2 Abs. 3 bis 6 De minimis-VO).

Praxistipp: Die De-minimis-VO ist insbesondere für staatlich gewährte **zinsvergünstigte Darlehen** bzw. wegen staatlicher **Garantien** zinsvergünstigter Darlehen Dritter besonders relevant. Denn das Bruttosubventionsäquivalent ist in diesen Fällen regelmäßig im Vergleich zu Direktzuschüssen wesentlich niedriger, so dass die De-minimis-VO genutzt werden kann. Deshalb ist die im Folgenden dargestellte Ermittlung des **Beihilfeelements** für staatliche Darlehen, Garantien u.ä. für die Nutzung der De-minimis-VO in hohem Maß praxisrelevant.

234 Für De-minimis-Beihilfen in Form von **Darlehen** geht die Kommission unter den folgenden Voraussetzungen davon aus, dass eine transparente Beihilfe vorliegt, für die die De-minimis-VO gilt, weil das Bruttosubventionsäquivalent den Höchstbetrag von 200.000 Euro nicht überschreitet (vgl. Art. 4 Abs. 3 De-minimis-VO):

- Das Unternehmen darf sich weder in einem **Insolvenzverfahren** befinden noch die Voraussetzungen für die Eröffnung eines solchen Verfahrens erfüllen: Im Fall eines **großen Unternehmens** muss sich der Beihilfegünstigte in einer Situation befinden, die einer Bewertung mit einem **Rating** von mindestens B- entspricht **und**
- das Darlehen ist zu mindestens 50 % des Darlehensbetrags durch **Sicherheiten** unterlegt, und die Darlehenssumme beläuft sich auf höchstens **1 Mio. Euro** (bzw. **500.000 Euro** bei

⁴⁰⁴ ABI. EU 2008 C 14/6.



Straßenverkehrsunternehmen) bei einer **Laufzeit von 5 Jahren** oder auf höchstens **500.000 Euro** (bzw. **250.000 Euro** bei **Straßenverkehrsunternehmen**) bei einer **Laufzeit von zehn Jahren**; bei Darlehen mit einem **geringeren** Darlehensbetrag und/oder einer **kürzeren** Laufzeit als fünf bzw. zehn Jahre wird das Bruttosubventionsäquivalent als entsprechender Anteil des einschlägigen De-minimis-Höchstbetrages (in der Regel also von 200.000 Euro), d.h. quotal, berechnet, **oder**

- das **Bruttosubventionsäquivalent** muss auf Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden **Referenzzinssatzes** berechnet worden sein.

235 Aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 lit. a) a.E. („und“) bzw. von Art. 4 Abs. 3 lit. b) a.E. („oder“) folgt, dass die erste Voraussetzung (Art. 4 Abs. 3 lit. a)) immer erfüllt sein muss, während „nur“ eine der beiden nachfolgenden Voraussetzungen (Art. 4 Abs. 3 lit. b) oder lit. c)) **alternativ** vorliegen muss.

Praxistipp: Für die beiden Alternativen ist das Bruttosubventionsäquivalent also wie folgt auf verschiedene Weise bestimmbar:

- Für die Alternative in Art. 4 Abs. 3 lit. b) De-minimis-VO gilt, dass Beihilfen mit einer größeren Darlehenssumme als 1 Mio. Euro und/oder einer längeren Laufzeit von zehn Jahren nicht als transparente Beihilfen gelten und folglich nicht nach dieser Vorschrift unter die De-minimis-Verordnung fallen können. Im Übrigen kann das Bruttosubventionsäquivalent nach dieser Alternative gleichsam in pauschalierter Form ohne Berücksichtigung von Zinssätzen bestimmt werden. Dafür kann z.B. das folgende **Rechenbeispiel** für eine Darlehenssumme von 500.000 Euro gebildet werden: 500.000 Euro sind $\frac{1}{2}$ von der maximalen Darlehenssumme in Höhe von 1 Mio. Euro bei einer Laufzeit von fünf Jahren. Bei Zugrundelegung derselben Laufzeit wird der Anteil von $\frac{1}{2}$ auf die De-minimis-Höchstgrenze von 200.000 Euro umgelegt: $\frac{1}{2}$ von 200.000 Euro sind 100.000 Euro. Das **Bruttosubventionsäquivalent** beträgt also 100.000 Euro. In dem genannten Fall wären damit noch 100.000 Euro „frei“ für weitere De-minimis-Beihilfen an dasselbe Unternehmen.
- Für die Alternative in Art. 4 Abs. 3 lit. c) De-minimis-VO gilt, dass das **Bruttosubventionsäquivalent** in Höhe eines etwaigen **Zinsvorteils** gegenüber dem zum Bewilligungszeitpunkt geltenden **Referenzzinssatz** konkret berechnet werden kann. Für die Bestimmung dieses Referenzzinssatzes ist auf die oben im Praxistipp in Rn. 125 genannte **Referenzzinssatzmitteilung** der Kommission bzw. auf die Veröffentlichung der dafür heranzuziehenden einschlägigen **Basiszinssätze** auf ihrer Website zu verweisen (siehe oben Rn. 125 f.).

236 Im Fall von **Kapitalzuführungen** ist das Transparenzkriterium dann eingehalten, wenn der Gesamtbetrag der öffentlichen Mittel den Höchstbetrag von 200.000 Euro in drei Jahren nicht übersteigt (Art. 4 Abs. 4 De-minimis-VO). Bei Beihilfen in Form von **Risikofinanzierungen**



darf das dem Unternehmen bereitgestellte Kapital den De-minimis-Schwellenwert nicht übersteigen (Art. 4 Abs. 5 De-minimis-VO).

237 Für Beihilfen in Form von Garantien, d.h. **Bürgschaften**, regelt Art. 4 Abs. 6 De-minimis-VO die Anwendbarkeit der VO. Hiernach sind Bürgschaften unter folgenden Voraussetzungen von der De-minimis-Verordnung gedeckt:

- Das Unternehmen darf sich weder in einem **Insolvenzverfahren** befinden noch die Voraussetzungen für die Eröffnung eines solchen Verfahrens erfüllen: Im Fall eines **großen Unternehmens** muss sich der Beihilfebegünstigte in einer Situation befinden, die einer Bewertung mit einem **Rating** von mindestens B- entspricht **und**
- **die Bürgschaft sichert einen Anteil von max. 80 % des Darlehens** und einen **Betrag von höchstens 1,5 Mio. Euro (bzw. 750.000 Euro bei Straßenverkehrsunternehmen)** bei einer **Laufzeit von fünf Jahren** oder von höchstens **750.000 Euro (bzw. 375.000 Euro bei Straßenverkehrsunternehmen)** bei einer **Laufzeit von zehn Jahren**; bei Garantien mit einem geringeren Betrag und/oder einer kürzeren Laufzeit als fünf bzw. zehn Jahre wird das **Bruttosubventionsäquivalent** als entsprechender Anteil des einschlägigen De-minimis-Höchstbetrages berechnet **oder**
- das **Bruttosubventionsäquivalent** wird auf der Grundlage von in einer Mitteilung der Kommission festgelegten Safe-Harbour-Prämien berechnet **oder**
- vor der Durchführung der Garantie wird die **Methode für die Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents** unter den in Art. 4 Abs. 6 lit. d) De-minimis-VO genannten Voraussetzungen bei der Kommission **angemeldet** und aufgrund ihrer **Vereinbarkeit** mit der **Bürgschaftsmitteilung** ⁴⁰⁵ (die die Kommission „Garantiemitteilung“ nennt) oder einer Nachfolgemitteilung **akzeptiert**, und die akzeptierte Methode bezieht sich ausdrücklich auf die Art der Bürgschaft und die zugrundeliegende Transaktion.

238 Wie im Fall des Darlehens ist die erste der genannten Voraussetzungen kumulativ („und“) mit den weiteren zu erfüllen. Danach ist eine De-minimis-Garantie an ein Unternehmen, das sich in **Insolvenz** befindet oder dem ein **Insolvenzverfahren** droht, ausgeschlossen.

Praxistipp: Nur für Darlehen und Bürgschaften ist, wie dargestellt, ausdrücklich geregelt, dass Unternehmen, die die Voraussetzungen für die Eröffnung eines **Insolvenzverfahrens** erfüllen, keine De-minimis-Beihilfen erhalten können. In den Erwägungsgründen 17 und 18 wird dazu jeweils ausgeführt, dass die De-minimis-VO für solche Unternehmen „*in Anbetracht der Schwierigkeiten bei der Festlegung des Bruttosubventionsäquivalents von*

⁴⁰⁵ ABI. EU 2008 C 155/10.



Beihilfen an Unternehmen, die möglicherweise nicht in der Lage sein werden, das Darlehen zurückzuzahlen,“ nicht gelten soll. Für andere Maßnahmen, wie etwa Barzuschüsse oder Kapitalzuführungen, ist dies nicht vorgesehen. Es spricht damit viel für den Umkehrschluss, dass die De-minimis-VO auch für **Unternehmen in Schwierigkeiten** gilt, soweit sie keine gegenteiligen Bestimmungen enthält.

- 239 Dagegen sind die übrigen oben in Rn. 237 genannten Voraussetzungen alternativ („oder“). In der Praxis am einfachsten und entsprechend am wichtigsten dürfte die an zweiter Stelle genannte Voraussetzung (geregelt in Art. 4 Abs. 6 lit. b) De-minimis-VO) sein, nach der das Bruttosubventionsäquivalent wie im Fall der Darlehen gleichsam pauschaliert bestimmt werden kann.

Dafür kann das folgende **Rechenbeispiel** für eine Bürgschaft für ein Darlehen von 1 Mio. Euro die Vorgehensweise verdeutlichen: 1 Mio. Euro sind $\frac{2}{3}$ des Darlehenshöchstbetrages von 1,5 Mio. Euro bei einer Laufzeit von 5 Jahren. Bei Zugrundelegung derselben Laufzeit wird der Anteil von $\frac{2}{3}$ auf den De-minimis-Schwellenwert umgelegt: $\frac{2}{3}$ von 200.000 Euro sind ca. 134.000 Euro. Das Bruttosubventionsäquivalent beträgt also 134.000 Euro. Unter diesen Voraussetzungen verbleiben noch 66.000 Euro für mögliche weitere De-minimis-Beihilfen.

- 240 Das Bruttosubventionsäquivalent kann aber auch auf der Grundlage der von der Kommission in einer Mitteilung festgelegten **Safe-Harbour-Prämien** berechnet werden (vgl. die o.g. dritte Voraussetzung, die in Art. 4 Abs. 6 lit. c) De-minimis-VO geregelt ist). Dafür kommt insbesondere für **KMU** die Safe-Harbour-Regelung in Ziff. 3.3 der **Bürgschaftsmitteilung** in Betracht. In dieser Vorschrift sind in einer Tabelle jeweils in Abhängigkeit von der Bonität des Unternehmens **Mindestprämien** angegeben, die für eine Garantie zu entrichten sind, damit diese keine Beihilfe darstellt.

Praxistipp: In der Praxis von Bedeutung ist insoweit Fußnote 12 zu Ziff. 3.3. der Mitteilung, die sich auf die Angaben zum **Rating** der Unternehmen in der Tabelle der Mindestprämien in Ziff. 3.3 der Mitteilung bezieht. Darin wird ausgeführt, dass sich die Tabelle auf Ratingstufen von **Standard & Poor's, Fitch** und **Moody's** bezieht, auf die sich der Bankensektor bei der Zuordnung seines eigenen Ratingsystems am häufigsten stützt. Dazu wird erläutert, dass Ratings aber nicht von diesen speziellen Rating-Agenturen eingeholt zu werden bräuchten. **Nationale Ratingsysteme** und von Banken zur Feststellung von Ausfallquoten verwendete Ratingsysteme könnten ebenfalls akzeptiert werden, sofern sie die **Ausfallwahrscheinlichkeit über ein Jahr** angeben, da die **Rating-Agenturen** diesen Wert



zur Einstufung von Unternehmen verwenden. Andere Systeme sollten eine ähnliche Bewertung unter Zugrundelegung dieses Schlüssels gewährleisten⁴⁰⁶ (siehe dazu schon oben Rn. 139 ff. zur Bürgschaftsmitteilung).

Kann auf diese Weise das Rating der betroffenen Unternehmen bestimmt werden, ergibt sich das **Beihilfeelement** gemäß Ziff. 4.3 der Bürgschaftsmitteilung aus der **Differenz** zwischen der **in Rechnung gestellten Prämie** und dem für das Unternehmen einschlägigen **Mindestsatz**. Wenn sich die Garantie über mehr als ein Jahr erstreckt, werden die jährlichen Differenzbeträge wiederum mit Hilfe des einschlägigen Referenzsatzes abgezinst (zur **Referenzzinssatzmitteilung** und den von der Kommission dafür veröffentlichten **Basiszinssätzen** vgl. dazu den Praxistipp oben in Rn. 125 f.). Liegt der so berechnete Gesamtbetrag unter dem einschlägigen De-minimis-Höchstbetrag (in der Regel 200.000 Euro), handelt es sich um eine De-minimis-Beihilfe, die nicht angemeldet werden muss.

241 Alternativ zu den beiden vorangegangenen Möglichkeiten ist die Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents auf Grundlage einer Methode des Mitgliedstaats möglich. Voraussetzung dafür ist, dass diese Methode vor Durchführung der Bürgschaft bei der Kommission angemeldet und aufgrund ihrer Vereinbarkeit mit der **Bürgschaftsmitteilung** (die die Kommission „Garantiemitteilung“ nennt) genehmigt wurde und sich die akzeptierte Methode ausdrücklich auf die Art der Bürgschaft und die zugrundeliegende Transaktion bezieht (vgl. die oben an vierter Stelle genannte Voraussetzung, die in Art. 4 Abs. 6 lit. d) De-minimis-VO geregelt ist).

Fallbeispiele: Der Mitgliedstaat kann also eine (ggf. vereinfachte) Methode zur Berechnung des **Beihilfelements** im Hinblick auf die Gewährung von De-minimis-Beihilfen bei der Kommission gesondert anmelden. Die Kommission prüft eine solche Regelung am Maßstab der Bürgschaftsmitteilung. Sie stellt fest, ob die allgemeinen Erwägungen über die Bestimmung des Beihilfelements in Ziff. 4.1 bzw. ob die Regelung mit den Erwägungen über die Bestimmung des Beihilfelements bei Garantieregelungen in Ziff. 4.4 der Bürgschaftsmitteilung (bzw. im Fall einer Regelung für **KMU** in Ziff. 4.5) vereinbar ist. Auf diese Weise hat Deutschland die Methode zur Berechnung des Beihilfelements von Garantien im Agrarsektor genehmigen lassen.⁴⁰⁷ Auch die Methode zur Berechnung des **Beihilfelements** von staatlichen Rückbürgschaften und Rückgarantien für die

⁴⁰⁶ ABl. EU 2008 C 155/15, Fn. 12.

⁴⁰⁷ KOM, Beschluss v.28.04.2015, SA.38901 (2015/N), Rn. 36 ff. – *Bund: Methode zur Berechnung des Beihilfelements von Garantien im Agrarsektor.*



Bürgschaftsbanken wurde auf diese Weise auch mit Blick auf De-minimis-Beihilfen genehmigt.⁴⁰⁸

Praxistipp mit Blick auf die Parallelen zur Freistellung von Garantien: Die in der De-minimis-VO erlaubten Methoden zur Bestimmung des Beihilfeelements können teilweise auch zur Freistellung von den Beihilfetatbestand erfüllenden Garantien bzw. Garantieregelungen von der Anmeldepflicht genutzt werden. Das gilt namentlich für die von der Kommission veröffentlichte Safe-Harbour-Prämie und von der Kommission genehmigte Berechnungsmethoden der Mitgliedstaaten. Dies regelt Art. 5 Abs. 2 lit. c) ii) sowohl der AGVO als auch der **Gruppenfreistellungsverordnung für die Landwirtschaft (GVO)**.⁴⁰⁹ Insofern erübrigen sich gesonderte Ausführungen zu den Voraussetzungen für eine **Freistellung von Garantien** in dieser Handreichung. Für die zuletzt genannte Voraussetzung einer Genehmigung einer mitgliedstaatlichen Berechnungsmethode für die Beihilfeelemente einer Garantie wird entsprechend häufig auch in der Genehmigungspraxis „zweigleisig“ gefahren. Die **Anträge** der Mitgliedstaaten beziehen sich insoweit regelmäßig auf die Genehmigung der Methode zur Feststellung des Beihilfeelements von Garantien sowohl für die Anwendung der **De-minimis-Vorschriften** als auch der Freistellung solcher Beihilfen nach den einschlägigen **Freistellungsvorschriften**.

Fallbeispiele: Ganz entsprechend beziehen sich die **Genehmigungen** mitgliedstaatlicher Berechnungsmethoden von Beihilfeelementen durch die Kommission regelmäßig ebenfalls auf deren Anwendung im Rahmen sowohl der **De-minimis-** als auch der **Freistellungsvorschriften**.⁴¹⁰ Damit können Beihilfeelemente von Garantien auf die genehmigte Weise berechnet und anschließend festgestellt werden, ob sie als De-minimis-Beihilfen anzusehen oder freigestellt sind (je nach Höhe des berechneten Beihilfeelements mit Blick auf die jeweils einschlägigen Schwellenwerte).

242 Die Bestimmung des für den Schwellenwert von 200.000 Euro zugrunde zu legenden 3-Jahres-Zeitraums erfolgt dadurch, dass bei jeder Neubewilligung die Gesamtsumme der im laufenden **Steuerjahr** und den vorangegangenen zwei Steuerjahren gewährten De-minimis-

⁴⁰⁸ KOM, Entscheidung v. 15.09.2009, N 365/2009, Rn. 6, 56 ff. – *Deutschland: Methode zur Berechnung des Beihilfeelements von staatlichen Bürgschaftsbanken und Rückgarantien für die Bürgschaftsbanken.*

⁴⁰⁹ ABl. EU 2014 L 193/1.

⁴¹⁰ KOM, Beschluss v. 28.04.2015, SA.38901 (2015/N), Rn. 36 ff. und Tenor des Beschlusses in Ziff. 4, S. 11. – *Bund: Methode zur Berechnung des Beihilfeelements von Garantien im Agrarsektor* und KOM, Entscheidung v. 15.09.2009, N 365/2009, Rn. 6, 56 ff. – *Deutschland: Methode zur Berechnung des Beihilfeelements von staatlichen Bürgschaftsbanken und Rückgarantien für die Bürgschaftsbanken.*



Beihilfen heranzuziehen sind (Erwägungsgrund 10 De-minimis-Verordnung). Diesbezüglich müssen die **Kumulierungsvorschriften** in Art. 5 beachtet werden. Hiernach können De-minimis-Beihilfen mit sonstigen Beihilfen kumuliert werden, sofern die De-minimis-Beihilfen nicht in Bezug auf bestimmte beihilfefähige Kosten gewährt werden. Wird die De-minimis-Beihilfe hingegen für dieselben beihilfefähigen Kosten wie eine andere, Nicht-De-minimis-Beihilfe gewährt, ist die Kumulierung nur zulässig, wenn dies nicht dazu führt, dass ein etwaig für die Nicht-De-minimis-Beihilfe einschlägiger Anmeldeschwellenwert (z.B. nach der AGVO oder dem DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission) und/oder die maximale Beihilfeintensität der Nicht-De-minimis-Beihilfe überschritten wird (vgl. Art. 5 Abs. 2 De-minimis-VO). Eine Kombination von De-minimis-Beihilfen mit nach der AGVO gewährten Beihilfen ist also möglich, solange die Anmeldeschwelle und die einschlägige maximale Beihilfeintensität nicht überschritten werden (vgl. Erwägungsgrund 25 AGVO).

243 Da De-minimis-Beihilfen nicht notifiziert werden, obliegt es den Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 3, die Einhaltung des Höchstbetrages im Zeitraum von drei Kalenderjahren zu beachten und zu überwachen. Vor Gewährung einer De-minimis-Beihilfe hat der Mitgliedstaat dem Unternehmen schriftlich die voraussichtliche Höhe der Beihilfe mitzuteilen, unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass es sich hierbei um eine De-minimis-Beihilfe handelt. Hierzu muss auf die De-minimis-Verordnung unter Verweis auf die betreffende Fundstelle im Amtsblatt hingewiesen werden (Art. 6 Abs. 1 De-minimis-VO). In Deutschland erfolgt die Überwachung nach Art. 6 Abs. 3 De-minimis-Verordnung⁴¹¹ dadurch, dass die Behörde dem Unternehmen schriftlich die voraussichtliche Höhe der Beihilfe mitteilt und diese erst gewährt, nachdem sie vom betreffenden Unternehmen eine Erklärung über jegliche in den beiden vorangegangenen Steuerjahren und im laufenden Steuerjahr gewährten De-minimis-Beihilfen erhalten hat.

Exkurs zur Rechtsprechung: In seinem Urteil in der Rechtssache *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, das sich im Schwerpunkt mit der Unternehmenseigenschaft von möglicherweise auch wirtschaftlich tätigen Bildungseinrichtungen befasst, hat der EuGH auch bemerkenswerte Aussagen zum Ausschluss des Tatbestandsmerkmals einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung getroffen. Unter Bezugnahme auf die **De-minimis-Verordnung** hat der Gerichtshof dort festgestellt, dass Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 200.000 Euro innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen und den Wettbewerb nicht verfälschen, so

⁴¹¹ Alternativ können die Mitgliedstaaten ein Zentralregister für De-minimis-Beihilfen einführen (Art. 6 Abs. 3).



dass solche Maßnahmen vom Begriff der staatlichen Beihilfe ausgenommen sind.⁴¹² Diese Feststellung ist insofern bemerkenswert, als sie ausschließlich auf die Einhaltung des De-minimis-Schwellenwerts abstellt. Demgegenüber setzt die Ausnahme entsprechend geringer Zuwendungen vom Beihilfetatbestand nach dem klaren Wortlaut der **De-minimis-Verordnung** neben der Beachtung des Schwellenwerts auch die Einhaltung der übrigen Voraussetzungen der Verordnung voraus. Vor diesem Hintergrund sollte die Aussage des Gerichtshofs in jenem Verfahren nicht überbewertet, sondern in der Praxis auf eine Einhaltung sämtlicher Voraussetzungen der **De-minimis-Verordnung** geachtet werden. Allerdings bietet das Urteil eine gute Grundlage dafür, im Falle von Wettbewerberbeschwerden gegen in der Vergangenheit gewährte Beihilfen, die zwar einen Betrag in Höhe von 200.000 Euro nicht überschreiten, aber die formalen Voraussetzungen der **De-minimis-Verordnung** nicht erfüllen, gleichwohl im Sinne einer Beihilfefreiheit zu argumentieren.

IV. Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen

- 244 Wenn das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe zu bejahen ist oder nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, bedarf es der Prüfung, ob die jeweilige staatliche Maßnahme entgegen dem grundsätzlichen **Verbot staatlicher Beihilfen** (Art. 107 Abs. 1 AEUV) ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Die Prüfung der **Vereinbarkeit** einer Beihilfe setzt zwar grundsätzlich eine **Notifizierung**, also eine Anmeldung bei der Kommission, voraus. Das Gleiche gilt für **Beihilferegelungen**, also **abstrakt-generelle Vorschriften**, die die Voraussetzungen für die Gewährung von Beihilfen nach nationalem Recht regeln, also z.B. **nationale Förderprogramme**, Vorschriften über **Steuervergünstigungen** etc. Auch diese müssen grundsätzlich vom Mitgliedstaat angemeldet werden. Einzelbeihilfen, die aufgrund einer angemeldeten und genehmigten Beihilferegelung gewährt werden, bedürfen bis zu bestimmten **Schwellenwerten** (auf die zu einem späteren Zeitpunkt zurückzukommen sein wird) dann keiner gesonderten Anmeldung mehr.
- 245 Eine Notifizierungspflicht besteht jedoch dann nicht, wenn Maßnahmen ausdrücklich davon ausgenommen sind. Die wichtigste dieser ausdrücklich geregelten Ausnahmen in der Form einer Freistellung von der Notifizierungspflicht ist die **Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung** (AGVO)⁴¹³. Eine weitere wichtige Freistellungsvorschrift

⁴¹² EuGH, Rs. C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 82 – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe*.

⁴¹³ Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.



ist der sog. DAWI-Freistellungsbeschluss. Dieser ist nicht Gegenstand dieses Kapitels, sondern wird im Kapitel „VI. Spezifische Fallgruppen“ erörtert, da er die Freistellungsvoraussetzungen für DAWI gesondert regelt.

1. Ohne Notifizierungserfordernis (AGVO)

246 Die AGVO erklärt unter bestimmten Voraussetzungen abschließend aufgeführte Fallgruppen von Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar, ohne dass es der Durchführung eines Notifizierungsverfahrens bedarf (sog. Freistellung von der Notifizierungspflicht). Das bedeutet zwar nicht die vollständige Entlastung, aber die Reduktion von bürokratischen Verpflichtungen.

Praxistipp: Das BMWi gibt hierzu auf S. 100 ff. seines Handbuchs anschauliche technische und inhaltliche Hinweise zum Ausfüllen eines AGVO-Anzeigeformulars in SANI (dem elektronischen Notifizierungssystem der Kommission). Daneben enthält das Handbuch u.a. folgende begleitende Hinweise bezüglich des Verfahrens:⁴¹⁴

- Stellen Sie sicher, dass die Beihilfe mit allen relevanten Abschnitten der Verordnung vereinbar ist und ausreichend Aufzeichnungen geführt werden.
- Sie müssen der Europäischen Kommission die Beihilfe via **SANI** (dem elektronischen Notifizierungssystem der Kommission) anzeigen. Hierfür müssen Sie sich vorher für SANI registrieren, d.h. einen SANI-Zugang über ECAS („European Commission Authentication Service“) freischalten lassen. Einen SANI-Zugang können Kommunen nur über das EU-Referat des MWVLW erhalten. Eine eigenständige Freischaltung über ECAS ohne Einbeziehung des EU-Referats ist technisch nicht möglich.
- Das EU-Referat des MWVLW, BMWi-EA6 und die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU (kurz: Stäv) müssen Ihre Anzeige unterzeichnen bzw. validieren, deshalb stellen Sie bitte sicher, dass Sie ausreichend Zeit hierfür einplanen.
- Sie müssen auch während der gesamten Laufzeit einer Beihilfe die Konformität sicherstellen. Bitte beachten Sie, dass manchmal kleine Änderungen einer Maßnahme oder des Umfangs einen großen Unterschied hinsichtlich der Einhaltung aller AGVO-Anforderungen haben können und dass alle Änderungen oder Konformitätsthemen bei künftigen Prüfungen aufgegriffen werden können.
- Auch die Regelungen für staatliche Beihilfen können sich ändern, z.B. bei einer erneuten Überarbeitung der AGVO. Sie müssen daher auch Verfahren einrichten, um in einem

⁴¹⁴ BMWi, Handbuch über staatliche Beihilfen, S. 40 f. und 100 ff., abrufbar unter:
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6.



solchen Fall sicherzustellen, dass Ihre Maßnahme überprüft und ggf. angepasst und neu angezeigt wird.

247 Am 1. Juli 2014 ist eine „neue“ AGVO in Kraft getreten. Die Fallgruppen sind dem Geltungsbereich in Art. 1 Abs. 1 lit. a) bis l) AGVO zu entnehmen:

- **Regionalbeihilfen;**
- Beihilfen für **KMU** in Form von Investitionsbeihilfen, Betriebsbeihilfen und Beihilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen;
- **Umweltschutzbeihilfen;**
- Beihilfen in **Forschung und Entwicklung und Innovation;**
- **Ausbildungsbeihilfen;**
- **Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen** für benachteiligte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit Behinderungen;
- Beihilfen zur **Bewältigung von Naturkatastrophen;**
- **Sozialbeihilfen** für die Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete;
- Beihilfen für **Breitbandinfrastrukturen;**
- Beihilfen für **Kultur** und die **Erhaltung des kulturellen Erbes;**
- Beihilfen für **Sportinfrastrukturen** und **multikulturelle Freizeitinfrastrukturen;**
- Beihilfen für **lokale Infrastrukturen.**

248 Die „neue“ AGVO hat die Freistellungsmöglichkeiten gegenüber der zuvor geltenden Fassung grundsätzlich erweitert, indem neue Fallgruppen eingeführt worden sind. Durch eine erneute Änderungsverordnung wurden im Juni 2017 zudem erstmals Freistellungstatbestände für bestimmte Beihilfemaßnahmen für **Regionalflughäfen** sowie für **See- und Binnenhäfen** in den Anwendungsbereich der AGVO aufgenommen.⁴¹⁵

Praxistipp: Die neuen Freistellungstatbestände der AGVO gelten gemäß der Übergangsvorschrift in Art. 58 AGVO auch für Einzelbeihilfen, die vor deren Inkrafttreten gewährt worden sind. Sie werden auch von der Kommission auf „Altfälle“ angewandt.⁴¹⁶ Entsprechend kann die neue AGVO ggf. auch in Fällen herangezogen werden, in denen es um bereits erfolgte Zuwendungen geht.

⁴¹⁵ ABl. EU 2017 L 156/1; Kommission, Pressemitteilung IP/17/1341 vom 17.05.2017.

⁴¹⁶ Vgl. hierzu den Fall KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 50 ff. – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*, in der Maßnahmen aus dem Jahr 2011 aber gemäß Art. 55 AGVO i.V.m. der Übergangsbestimmung in Art. 58 AGVO als vereinbar angesehen wurden, so dass das Vorverfahren mit der Entscheidung abgeschlossen worden ist, keine Einwände zu erheben.



249 Von besonderem kommunalen Interesse sind die Freistellungstatbestände bzgl. **Kultur-, Sport-, Freizeit- und lokalem Bereich.**

Praxistipp: Gerade bei Maßnahmen, die den **Kultur-, Sport-, Freizeit- und lokalen Bereich** insgesamt betreffen, kann es durchaus bereits zweifelhaft sein, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt (siehe dazu insbesondere die Ausführungen zu den Tatbestandsmerkmalen „**Unternehmen**“ und „**Handelsbeeinträchtigung**“ in Rn 54 ff. und Rn 202 ff.). Mithilfe der genannten neuen Tatbestände der AGVO kann ggf. auch in solchen Zweifelsfällen, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt, eine Freistellung erfolgen. Manche Zuwendungsgeber schrecken vor dieser Möglichkeit zurück, da sie mit diesem Vorgehen – unbegründeterweise – das „Zugeständnis“ verbinden, dass es sich bei den einschlägigen Maßnahmen tatsächlich um Beihilfen handelt. Zwingend ist dies indes nicht, zumal sich der Maßnahmenträger oder andere öffentliche Stellen bei vergleichbaren Folgemaßnahmen, die sie als beihilfefreie Förderung und damit außerhalb der AGVO durchführen möchten, darauf hinweisen könnten, dass die Ausrichtung der früheren Maßnahmen an den Vorgaben der AGVO vorsorglich vor dem Hintergrund der noch unklaren Entwicklung der Rechtsprechung erfolgte. Mit ihren stark formalisierten Vereinbarkeitskriterien bietet die AGVO einen vergleichsweise **berechenbaren Rechtsrahmen**, so dass ihre Anwendung gegenüber einer im Einzelfall ggf. mit Rechtsunsicherheiten behafteten Annahme der Beihilfefreiheit vorzugswürdig sein kann.

250 Mit Blick auf die AGVO ist zwischen **Beihilferegelungen** und **Einzelbeihilfen** zu unterscheiden. Die Tatbestände der AGVO erfassen grundsätzlich beides. Wie oben dargestellt, sind unter Beihilferegelungen abstrakt-generelle Regelungen – insbesondere **Förderrichtlinien** und steuer- oder abgabenrechtliche Privilegien beinhaltende Vorschriften – der nationalen, der Landes- und der kommunalen Ebene zu verstehen.⁴¹⁷ Eine Einzelbeihilfe, die die Kriterien einer Beihilferegelung erfüllt, ist nicht notifizierungspflichtig, wenn die Beihilferegelung ihrerseits nach Maßgabe der AGVO ohne Notifizierungserfordernis mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

251 Die Vereinbarkeit bzw. Freistellung einer **Beihilferegelung** oder einer **Einzelbeihilfe** nach Maßgabe der AGVO richtet sich nach allgemeinen, für alle Fallgruppen gleichermaßen

⁴¹⁷ Vgl. auch die Definition in Art. 1 lit. d) der sog. Beihilfenverfahrensverordnung (VO (EU) 2015/1589, BVVO): Danach bezeichnet der Begriff Beihilferegelung „eine Regelung, wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können, beziehungsweise eine Regelung, wonach einem oder mehreren Unternehmen nicht an ein bestimmtes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können“.



geltenden Voraussetzungen einerseits und nach fallgruppenbezogenen Kriterien andererseits. Von den fallgruppenbezogenen Voraussetzungen sind die Anmeldeschwellen in Art. 4 der AGVO geregelt.

Praxistipp: In der Fallbearbeitung ist damit die Lektüre des Art. 4 AGVO vorab zwingend, um festzustellen, ob die Anmeldeschwelle in dem jeweils relevanten Fall ggf. überschritten wird. Die Anlage zu dieser Handreichung enthält einen tabellarischen Überblick über die Anmeldeschwellen für die in diesem Kapitel erörterten Fallgruppen gemäß **Art. 16, 46, 53, 55 und 56 AGVO**.

252 Die Art. 1 Abs. 2 bis 4 AGVO enthalten ausdrückliche Regelungen zu den Bereichen und Fällen, für die die Verordnung **nicht** gilt. Dabei gehört jedoch Art. 1 Abs. 2 lit. a) AGVO in der Sache in die Kategorie der „Anmeldeschwellen“. Denn darin wird für **Beihilferegulungen** die Schwelle einer **jährlichen Mittelausstattung von 150 Mio. Euro** festgesetzt, bis zu der ohne Weiteres eine Freistellung erfolgen kann.

Praxistipp: Art. 1 Abs. 2 lit a) AGVO, der die Anwendbarkeit der AGVO auf Beihilferegulungen regelt, ist nicht gut zu verstehen. Als „Merkposten“ kann hierzu dienen, dass Beihilferegulungen mit einer jährlichen Mittelausstattung von bis zu 150 Mio. Euro, ohne weiteres freigestellt sein können, wenn die Freistellungs Voraussetzungen der AGVO im Übrigen vorliegen. Für Förderprogramme etc., deren Mittelausstattung darüber hinausgeht, wurde mit Art. 1 Abs. 2 lit. a) AGVO (mit der neuen AGVO) die Pflicht eingeführt, einen sog. **Evaluierungsplan** bei der Kommission vorzulegen. Anhand dieses Evaluierungsplans entscheidet die Kommission, ob es bei der Freistellung bleibt, oder ob eine Anmeldung vorzunehmen ist. Auf die mit der Vorlage und Genehmigung von Evaluierungsplänen für hochdotierte Beihilferegulungen verbundenen Besonderheiten des Verfahrens wird im Rahmen dieser Handreichung nicht gesondert eingegangen, da es sich dabei um eine sehr spezifische Fallkonstellation handelt, die gerade im kommunalen Bereich eher weniger relevant ist.

253 Die AGVO regelt – „vor die Klammer gezogen“ – für alle freigestellten Maßnahmen vorab allgemeine Freistellungs Voraussetzungen:

- kein **Unternehmen in Schwierigkeiten** (Art. 1 Abs. 4 lit. c) AGVO) (zu Besonderheiten hierzu in Zeiten der „Corona-Pandemie“, siehe Anlage „EU-Beihilferecht in Zeiten der COVID-19-Pandemie“),
- die **Transparenz** der Beihilfe (Art. 5 AGVO),
- den **Anreizeffekt** der Beihilfe (Art. 6 AGVO),



- **Veröffentlichungs- und Berichtspflichten** (Art. 9 und Art. 11) und
- keine unzulässige **Kumulierung** von Beihilfen (Art. 8).

a) **Allgemeine Freistellungsvoraussetzungen**

254 Da die **allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen** gleichermaßen für alle Freistellungen zu prüfen sind, werden sie im Folgenden vorab dargestellt:

aa) **Kein Unternehmen in Schwierigkeiten**

255 Die AGVO findet gemäß Art. 1 Abs. 4 lit. c) grundsätzlich **keine Anwendung auf Unternehmen in Schwierigkeiten**.⁴¹⁸ Ob ein Unternehmen als „Unternehmen in Schwierigkeiten“ anzusehen ist, ist anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls gemäß der in Art. 2 Abs. 18 AGVO detailliert aufgeführten Kriterien zu ermitteln. Maßgeblich sind demnach neben der Kapitalausstattung auch die Gesellschaftsform, die Größe und die Dauer des Bestehens des Unternehmens (siehe dazu oben Rn. 159 ff.).

bb) **Transparenz**

256 Gemäß Art. 5 gilt die AGVO nur für sog. **transparente Beihilfen**. Beihilfen sind dann transparent, wenn sich der Brutto-Betrag der in ihr enthaltenen Begünstigung (sog. Bruttosubventionsäquivalent)⁴¹⁹ im Voraus ohne Durchführung einer Risikobewertung genau berechnen lässt (vgl. zur entsprechenden Anforderung an De-minimis-Beihilfen oben Rn. 232 ff.). Völlig unproblematisch ist dies bei Beihilfen, die in Form eines **nicht rückzahlbaren Zuschusses** gewährt werden. In allen übrigen Fällen bedarf es zur Sicherstellung der Transparenz der Beihilfe folgender Vorkehrungen (Art. 5 Abs. 2 AGVO):

- **Kredite/Darlehen:** Das Bruttosubventionsäquivalent in Form eines Zinsvorteils muss auf der Grundlage des zum Gewährungszeitpunkt geltenden Referenzzinssatzes⁴²⁰ berechnet worden sein (siehe dazu bereits oben Rn. 126). Wenn es sich also z.B. um zinslose Darlehen handelt, entspricht das Beihilfeelement dem vollen anwendbaren

⁴¹⁸ Etwas anderes gilt nur für Beihilferegulungen zur Bewältigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen.

⁴¹⁹ Gemäß der Definition in Art. 2 Abs. 22 AGVO handelt es sich bei dem Bruttosubventionsäquivalent um die „Höhe der Beihilfe, wenn diese als Zuschuss für den Empfänger gewährt worden wäre, vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben“.

⁴²⁰ Vgl. zur Berechnung des Referenzzinssatzes oben Rn. 125 ff. sowie die Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze, ABl. EU 2008 C 14, 6.



Referenzzinssatz. Das Beihilfeelement ist zu berechnen, indem der Zinsvorteil auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung abgezinst wird.⁴²¹

- **Garantien:** Das **Bruttosubventionsäquivalent** muss vor der Übernahme der Garantie auf der Grundlage einer von der Kommission festgelegten oder bei der Kommission angemeldeten und von ihr genehmigten Methode berechnet worden sein. Üblicherweise erfolgt die Berechnung auf der Grundlage von Abschnitt 4 der sog. **Bürgschaftsmitteilung**.⁴²² Danach entspricht das Bruttosubventionsäquivalent grundsätzlich der Differenz zwischen dem **marktüblichen Entgelt** für die Garantie und dem tatsächlich gezahlten Entgelt (dazu im Einzelnen die Ausführungen oben zur Bürgschaftsmitteilung in Rn. 137 ff. und zu De-minimis-Beihilfen in Rn. 232 ff.). Auch in diesem Fall erfolgt die Berechnung naturgemäß durch Abzinsung der berechneten Beträge auf den Zeitpunkt der Gewährung der Bürgschaft. Auf Garantien für **KMU** kann auch die vereinfachte Berechnungsmethode gemäß Abschnitt 3.3. der Bürgschaftsmitteilung angewandt werden.
- **Steuervergünstigungen:** Die jeweilige Regelung muss eine in absoluten Zahlen ausgedrückte Obergrenze der Vergünstigung vorsehen.
- **Rückzahlbare Vorschüsse:** Der nominale Gesamtbetrag des Vorschusses darf die für die jeweilige Fallgruppe der AGVO vorgesehene Anmeldeschwelle nicht übersteigen, oder das Bruttosubventionsäquivalent muss vor der Gewährung des Vorschusses auf der Grundlage einer von der Kommission gesondert genehmigten Methode berechnet worden sein.

cc) Anreizeffekt

257 Die AGVO gilt gemäß Art. 6 ferner nur für solche Beihilfen, die einen **Anreizeffekt** haben, mit Ausnahme der in Art. 6 Abs. 5 AGVO abschließend aufgezählten Fallgruppen.⁴²³ Dadurch sollen **Mitnahmeeffekte** für solche Projekte ausgeschlossen werden, die der Beihilfeempfänger in jedem Fall, d.h. auch ohne die staatliche Förderung, durchführen würde. Für den Nachweis des Anreizeffekts ist es grundsätzlich ausreichend, dass der Beihilfeempfänger vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben bzw. die zu fördernde Tätigkeit einen schriftlichen **Förderantrag** beim Beihilfegeber gestellt hat (Art. 6 Abs. 2 AGVO).

⁴²¹ KOM, Entscheidung v.10.12.2008, N 55/2008, Rn. 29. – *Deutschland: GA/EFRE-Nachrangdarlehen (Brandenburg)*.

⁴²² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 des EG-Vertrags [nunmehr Art. 107 und Art. 108 AEUV] auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. EU 2008 C 155/10.

⁴²³ Von der Ausnahmeregelung in Art. 6 Abs. 5 AGVO sind u.a. folgende Fallgruppen umfasst: Regionale Betriebsbeihilfen, Beihilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen, Lohnkostenzuschüsse für die Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer oder von Arbeitnehmern mit Behinderungen, Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes.



Wenn es sich bei dem Beihilfeempfänger um ein Großunternehmen⁴²⁴ handelt und die Beihilfe nicht auf der Grundlage einer Beihilferegelung, sondern als sog. **Ad-hoc-Beihilfe** gewährt wird, muss der Beihilfegeber sich vor der Gewährung der Beihilfe vergewissert haben, dass die Beihilfe zu einer signifikanten Erweiterung des Gegenstands, zu einer signifikanten Zunahme der Gesamtausgaben des Empfängers oder zu einem signifikant beschleunigten Abschluss des Vorhabens oder der Tätigkeit führen wird (Art. 6 Abs. 3 lit. b) AGVO).

Praxistipp: Die Kommission hat in einem Fall entschieden, dass es für das Vorliegen des Anzeizeffekts unschädlich ist, wenn der Beihilfeempfänger zwar keinen förmlichen Förderantrag gestellt hat, er mit den Projektarbeiten aber erst nach Empfang des **Zuwendungsbescheids** begonnen hat. Denn dieser stelle eine stärkere Anspruchsberechtigung dar als ein Förderantrag.⁴²⁵

dd) Veröffentlichungs- und Berichtspflichten

258 Nach Maßgabe der AGVO mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen sind zwar von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung freigestellt. Gleichwohl ist der Mitgliedstaat zur **nachträglichen Berichterstattung** gegenüber der **Kommission** über die Gewährung der Beihilfe verpflichtet. Zur Vereinfachung dieses Vorgangs sieht Art. 11 AGVO vor, dass der Mitgliedstaat der Kommission innerhalb von 20 Arbeitstagen nach der Gewährung eine Kurzbeschreibung der Beihilfe anhand der in Anhang II zur AGVO abgedruckten Formblätter über das elektronische Anmeldesystem der Kommission (State Aid Notification Interactive, „SANI“) zukommen lassen muss.

259 In der Praxis läuft die nachträgliche Berichterstattung im Regelfall folgendermaßen ab:

⁴²⁴ Die Einstufung eines Unternehmens als Großunternehmen, kleines oder mittleres Unternehmen erfolgt anhand der Definition in Anhang I zur AGVO. Dort wird ein kleines Unternehmen als ein Unternehmen definiert, das weniger als 50 Personen beschäftigt und dessen Umsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. Euro nicht übersteigt. Als mittleres Unternehmen wird ein Unternehmen definiert, das weniger als 250 Personen beschäftigt und das entweder eine Jahresbilanz von höchstens 50 Mio. Euro erzielt oder dessen Jahresbilanz sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft. Alle übrigen Unternehmen sind Großunternehmen. Bei der Berechnung dieser Werte sind nicht nur die entsprechenden Werte des unmittelbaren Beihilfeempfängers sondern auch diejenigen seiner Partnerunternehmen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 und diejenigen der mit ihm verbundenen Unternehmen i.S.v. Art. 3 Abs. 3 Anhang I zur AGVO zu berücksichtigen.

⁴²⁵ Vgl. hierzu den Fall KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 52 – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG.*



- Der jeweilige (kommunale) Beihilfegeber übermittelt dem **Beihilfereferat des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau (MWVLW)** einen Entwurf der vorausgefüllten Formblätter.
- Das Beihilfereferat des MWVLW trägt die Angaben nach einer kursorischen Schlüssigkeitsprüfung in das „SANI“ ein. Auf Wunsch des jeweiligen Beihilfegebers können einzelne Aspekte sowie allgemeine Auslegungsfragen vorab mit dem Beihilfereferat besprochen werden.
- Nach Eintragung der Angaben durch das Beihilfereferat des MWVLW führt das Beihilfereferat des jeweils zuständigen Bundesministeriums (im Regelfall das BMWi, für einzelne Fachgebiete das BMVI oder das BMF) eine zumindest kursorische Prüfung der Einträge durch und gibt anschließend die Weiterleitung des „SANI“-Eintrags an die Kommission frei.

Praxistipp: Vor der Gewährung einer (vermeintlich) von der AGVO erfassten Beihilfe sollte der jeweilige Beihilfegeber in jedem Fall rechtzeitig Kontakt mit dem Referat Beihilferecht des MWVLW aufnehmen, um etwaige beihilferechtliche Probleme rechtzeitig zu klären und die Einhaltung der 20-Tagesfrist für die nachträgliche Berichterstattung an die Kommission sicherzustellen.

260 Insbesondere in größeren Kommunen und auf Landesebene ist denkbar, dass sich die Umstände und Ziele einzelner Fördertatbestände regelmäßig wiederholen. Für Einzelbeihilfen kann die Berichterstattung gegenüber der Kommission in diesen Fällen durch die Annahme einer an den Freistellungskriterien der AGVO ausgerichteten **Beihilferegelung** vermieden werden. Dann muss der Kommission nur einmalig Bericht über diese Beihilferegelung erstattet werden. Einer gesonderten Berichterstattung an die Kommission über jede auf der Grundlage der Beihilferegelung gewährte **Einzelbeihilfe** bedarf es dann nicht. Seit dem 01.07.2016 gilt diese administrative Vereinfachung im Ergebnis nur noch für Einzelbeihilfen i.H.v. maximal 500.000 Euro. Denn gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Abs. 6 AGVO sind die Mitgliedstaaten ab dem 01.07.2016 verpflichtet, auf einer nationalen oder regionalen Website Informationen über solche auf der Grundlage einer Beihilferegelung gewährte Einzelbeihilfen zu veröffentlichen, deren Bruttosubventionsäquivalent 500.000 Euro übersteigt.⁴²⁶ Die Kommission hat die sog. TAM-Datenbank eingerichtet und diese den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt, damit die Behörden der Mitgliedstaaten dort die Beihilfen von über 500.000 Euro eintragen können. Damit betrachtet die Kommission die Vorgabe zur

⁴²⁶ Die Links zu den entsprechenden nationalen/regionalen Einträgen sind über folgende Website der Kommission abrufbar: <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public/search/home>.



Einrichtung einer nationalen Webseite als erfüllt. Kommunale Beihilfengeber aus Rheinland-Pfalz können einen Zugang zu TAM nur über das Beihilfereferat des MWVLW erhalten.

ee) Kumulierung

261 Art. 8 AGVO regelt, dass sowohl für die Anmeldeschwellen der AGVO – den für die jeweilige Fallgruppe ohne Anmeldung zulässigen absoluten Höchstbetrag an Beihilfen – als auch für die Einhaltung der Beihilfeshöchstintensitäten – dem maximal zulässigen Anteil an Beihilfen im Verhältnis zu den beihilfefähigen Gesamtkosten des geförderten Vorhabens – die dem geförderten Unternehmen dafür insgesamt gewährten staatlichen Beihilfen berücksichtigt werden (sog. **Kumulierung**). Unionsmittel, die von den Organen, Einrichtungen, gemeinsamen Unternehmen oder sonstigen Stellen der Union zentral verwaltet werden und nicht direkt oder indirekt der Kontrolle der Mitgliedstaaten unterstehen, sind keine staatlichen Beihilfen (siehe oben Rn. 177). Sie sind damit für die Frage der Kumulierung nicht zu berücksichtigen.

262 Art. 8 Abs. 3 AGVO enthält die Kumulierungsvorschriften im Einzelnen. Danach können nach der AGVO freigestellte Beihilfen, bei denen sich die beihilfefähigen Kosten bestimmen lassen, kumuliert werden mit:

- anderen staatlichen Beihilfen, sofern diese Maßnahmen unterschiedliche bestimmbare beihilfefähige Kosten betreffen;
- anderen staatlichen Beihilfen für dieselben, sich teilweise oder vollständig überschneidenden beihilfefähigen Kosten, jedoch nur, wenn durch diese Kumulierung die höchste nach dieser Verordnung für diese Beihilfen geltende Beihilfeintensität beziehungsweise der höchste nach AGVO für diese Beihilfen geltende Beihilfebetrug nicht überschritten wird.

263 Nach Art. 21, 22 oder 23 AGVO freigestellte Beihilfen, bei denen sich die beihilfefähigen Kosten nicht bestimmen lassen, können mit anderen staatlichen Beihilfen, bei denen sich die beihilfefähigen Kosten bestimmen lassen, kumuliert werden. Beihilfen, bei denen sich die beihilfefähigen Kosten nicht bestimmen lassen, können mit anderen staatlichen Beihilfen, bei denen sich die beihilfefähigen Kosten auch nicht bestimmen lassen, kumuliert werden, und zwar bis zu der für den jeweiligen Sachverhalt einschlägigen Obergrenze für die Gesamtfinanzierung, die im Einzelfall in dieser oder einer anderen Gruppenfreistellungsverordnung oder in einem Beschluss der Kommission festgelegt ist (Art. 8 Abs. 4 AGVO).



264 Die in den Art. 33 und 34 AGVO vorgesehenen Beihilfen zugunsten von Arbeitnehmern mit Behinderungen können mit anderen nach der AGVO freigestellten Beihilfen für dieselben beihilfefähigen Kosten über die höchste nach dieser Verordnung geltende Obergrenze hinaus kumuliert werden, solange diese Kumulierung nicht zu einer Beihilfeintensität führt, die 100 % der einschlägigen, während der Beschäftigung der betreffenden Arbeitnehmer anfallenden Kosten übersteigt.

265 Freigestellte staatliche Beihilfen dürfen (nur) dann nicht mit De-minimis-Beihilfen kumuliert werden, wenn durch diese Kumulierung die in den fallgruppenbezogenen Freistellungsvoraussetzungen (Kapitel III der AGVO) festgelegten Beihilfeintensitäten oder Beihilfehöchstbeträge der AGVO überschritten werden. Soweit De-minimis-Beihilfen nicht für dieselben beihilfefähigen Kosten gewährt werden wie die nach der AGVO gewährten Beihilfen, dürfen beide Maßnahmen frei miteinander kumuliert werden.

b) Fallgruppenbezogene Freistellungsvoraussetzungen

266 Mit Ausnahme der Anmeldeschwellen (siehe dazu oben Rn. 251) sind die **spezifischen Freistellungsvoraussetzungen** für die eingangs des Kapitels genannten Fallgruppen in eigenen Tatbeständen der AGVO geregelt. Diese enthalten regelmäßig die einschlägigen Regelungen zur Bestimmung der sog. **beihilfefähigen Kosten**. Im Fall einer Investitionsbeihilfe sind dies regelmäßig die gesamten oder anteiligen Investitionskosten. Die sog. **Beihilfehöchstintensität** bezieht sich wiederum auf die beihilfefähigen Kosten. Bei dem Begriff der **Beihilfeintensität** handelt es sich gemäß der Definition in Art. 2 Abs. 26 AGVO um die „in Prozent der beihilfefähigen Kosten ausgedrückte Höhe der Beihilfe vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben“. Die **Beihilfehöchstintensitäten** sind also entscheidend für die im Ergebnis maximal zulässige Höhe einer Beihilfe zu beachten, wenn die Voraussetzungen für deren Gewährung im Übrigen erfüllt sind.

Praxistipps: Auslegungsfragen bzgl. der AGVO insgesamt, also sowohl allgemeine als auch fallgruppenspezifische Voraussetzungen, lassen sich in vielen Fällen bereits durch einen Blick in die **Legaldefinitionen** in Art. 2 AGVO klären. Zu Sinn und Zweck bzw. Regelungsmotivationen geben die einleitend in der AGVO aufgeführten **Erwägungsgründe** Aufschluss.

Wenn danach bzgl. einer geplanten Zuwendung **konkrete Auslegungsfragen**, z.B. zu Tatbeständen in der AGVO, „übrig bleiben“, sollte geprüft werden, ob diese ggf. schon geklärt sind. Dies könnte im Rahmen sog. FAQs erfolgt sein, die die DG Wettbewerb auf



ihrer Webseite veröffentlicht hat (Stand: März 2016):
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf.⁴²⁷

267 Die **fallgruppenspezifischen Voraussetzungen** der AGVO werden in dieser Handreichung nur insoweit im Einzelnen erörtert, als sie im Rahmen der folgenden Darstellung einzelner kommunal besonders relevanter Fallgruppen der AGVO bzw. unten in Kapitel V. zu weiteren spezifischen kommunal besonders relevanten Fallgruppen, die regelungsübergreifend dargestellt werden, relevant sind.

Praxistipp: Im Anhang zu dieser Handreichung werden die Anmeldeschwellenwerte, die beihilfefähigen Kosten und die Beihilfeintensitäten (getrennt für kleine, mittlere und große Unternehmen) jeweils fallgruppenspezifisch für die im Folgenden aufgeführten Fallgruppen der AGVO tabellarisch übersichtlich dargestellt.

aa) Investitionsbeihilfen für energieeffiziente Fernwärme und Fernkälte (Art. 46 AGVO)

268 **Investitionsbeihilfen** für die Installation **energieeffizienter Fernwärme- und Fernkältesysteme** sind unter den Voraussetzungen von Art. 46 AGVO von der Notifizierung freigestellt, wobei zwischen Beihilfen für Erzeugungsanlagen und solchen für das Verteilnetz unterschiedliche Anforderungen gelten.

269 Investitionsbeihilfen für **Erzeugungsanlagen** fallen unter die allgemeine Vorschrift für „Investitionsbeihilfen für den Umweltschutz“ und dürfen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. s) AGVO eine Anmeldeschwelle von 15 Mio. Euro pro Unternehmen und Vorhaben nicht überschreiten. **Beihilfefähig** sind gemäß Art. 46 Abs. 2 AGVO die im Vergleich zu einer konventionellen Erzeugungsanlage zusätzlich erforderlichen Kosten für den Bau, die Erweiterung und die Modernisierung von einer oder mehrerer Erzeugungseinheiten. Beihilfen für Großunternehmen dürfen eine **Beihilfeintensität** gemäß Art. 46 Abs. 3 AGVO von 45 %

⁴²⁷ BMWi, Handbuch über staatliche Beihilfen, Praxistipp S. 39, abrufbar unter:
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6



nicht überschreiten. Für mittlere Unternehmen beträgt die maximal zulässige Beihilfeintensität 55 % und für kleine Unternehmen 65 %.⁴²⁸

270 Investitionsbeihilfen für das **Verteilnetz** dürfen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. w) AGVO eine Anmeldeschwelle von 20 Mio. Euro pro Unternehmen und Vorhaben nicht überschreiten. Die beihilfefähigen Kosten für das Verteilnetz sind die Investitionskosten. Der maximal zulässige Beihilfebetrug ist begrenzt auf die Differenz zwischen den beihilfefähigen Investitionskosten und dem Betriebsgewinn⁴²⁹ der Investition während des Investitionszeitraums⁴³⁰. Dies ist nichts anderes, als die sog. „**Finanzierungslücke**“ („**funding gap**“), die nach Abzug von Nettogewinnen über die Lebensdauer einer Investition hinweg „übrig bleibt“, und die bei Investitionsbeihilfen regelmäßig als **beihilfefähige Kosten** angesehen wird. Die Beratungspraxis zeigt, dass die Berechnung dieses Differenzbetrags Schwierigkeiten bereiten kann. Denn anders als für Stromnetze werden für Fernwärmenetze keine Netzentgelte gezahlt, anhand derer **Betriebsgewinne** ermittelt und unmittelbar den Netzen zugeordnet werden könnten. Die **Investitionskosten** für Fernwärmenetze haben keinen unmittelbaren ökonomischen Wert, sie bewirken keine direkten Einnahmen. Damit könnten als „Betriebsgewinne“ des Betriebs der Netze nur (ggf. teilweise) Einnahmen aus dem Verkauf der Wärme berücksichtigt werden. Der Entscheidungspraxis der Kommission lässt sich dazu entnehmen, dass solche Berechnungen teilweise bereits vorgenommen worden sind, aber nicht, wie dabei im Einzelnen vorgegangen worden ist.⁴³¹

Praxistipp: Die Vorschriften der AGVO über Investitionsbeihilfen für Fernwärme und -kälte dürften für deutsche Projekte künftig voraussichtlich nur noch von geringer Relevanz sein. Denn die Bundesregierung hat ihren am 23.09.2015 angenommenen Entwurf für eine

⁴²⁸ Vgl. zur Definition von Groß-, mittleren und kleinen Unternehmen Anhang I zur AGVO.

⁴²⁹ Betriebsgewinn aus der Investition ist gemäß Art. 2 Abs. 39 AGVO die Differenz zwischen den abgezinsten Einnahmen und den abgezinsten Betriebskosten während des Investitionszeitraums (gemeint ist die im Einzelfall zu bestimmende „Lebensdauer“ der Investition, vgl. Begriff „lifetime of the investment“ in der englischen Sprachfassung der AGVO), wenn die Differenz positiv ausfällt. Zu den Betriebskosten zählen u.a. Personal-, Material-, Fremdleistungs-, Kommunikations-, Energie-, Wartungs-, Miet- und Verwaltungskosten. Nicht erfasst sind Abschreibungs- und Finanzierungskosten, wenn diese bereits durch die Investitionsbeihilfe gedeckt werden.

⁴³⁰ Der Begriff Investitionszeitraum in Art. 2 Abs. 39 AGVO meint die im Einzelfall zu bestimmende „Lebensdauer“ der Investition (vgl. Begriff „lifetime of the investment“ in der englischen Sprachfassung der AGVO).

⁴³¹ KOM, Beschluss v. 09.03.2011, N 494/2010, Rn. 49 – *Italy: Aid scheme for district heating production installations and networks in Veneto*; Beschluss v. 26.01.2011, N 630/2009, Rn. 11 – *France: Projet T3 Est Parisien - Réalisation d'une canalisation structurante et développement du réseau de chauffage urbain*.



Novellierung des **Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes** (KWKG 2016) aus Gründen der Rechtssicherheit als Beihilferegelung bei der Kommission notifiziert. Am 24.10.2016 hat die Kommission entschieden, keine Einwände gegen den Fördermechanismus des Gesetzentwurfs zu erheben. „Nur“ bzgl. bestimmter Ermäßigungen der KWK-Umlage leitete sie ein förmliches Prüfverfahren ein.⁴³² Folglich begeben Maßnahmen zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung, die den Anforderungen des Gesetzes genügen, keinerlei beihilferechtlichen Bedenken. Einer gesonderten Notifizierung dieser Vorhaben bei der Kommission bedarf es dann nicht mehr. Sollte im Einzelfall eine andere Förderung als die nach dem KWKG 2016 in Erwägung gezogen werden, sind vor allem die **Kumulierungsvorschriften** zu beachten. Gemäß Art. 8 Abs. 1 AGVO dürfen sämtliche einem geförderten Unternehmen gewährte Mittel die o.g. Beihilfeintensität nicht überschreiten.

bb) Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes (Art. 53 AGVO)

271 Art. 53 Abs. 1 AGVO nimmt ausdrücklich auf die sog. „Kulturklausel“ in Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV für Beihilfen für Kultur und die Erhaltung kulturellen Erbes Bezug. Art. 53 Abs. 2 AGVO enthält für solche Beihilfen eine abschließende Aufzählung, die vom Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst und deshalb freigestellt sind. Dies sind u.a.:

- folgende **Kultureinrichtungen**: Museen, Archive, Bibliotheken, Kunst- und Kulturzentren oder -stätten, Theater, Opernhäuser, Konzerthäuser, sonstige Einrichtungen für Live-Aufführungen, Einrichtungen zur Erhaltung und zum Schutz des Filmerbes und ähnliche Infrastrukturen, Organisationen und Einrichtungen im Bereich Kunst und Kultur;
- materielles Kulturerbe (z.B. archäologische Stätten, Denkmäler, historische Stätten und Gebäude) und Naturerbe, das mit Kulturerbe zusammenhängt oder förmlich als Kultur- oder Naturerbe anerkannt ist;
- **immaterielles Kulturerbe** einschließlich Brauchtum und Handwerk;
- künstlerische und kulturelle Veranstaltungen und Aufführungen, Festivals, Ausstellungen und ähnliche kulturelle Aktivitäten;
- **Tätigkeiten** im Bereich der kulturellen und künstlerischen Bildung;
- Verfassung, Bearbeitung, Produktion, Vertrieb, Digitalisierung und Veröffentlichung von Musik- oder Literaturwerken einschließlich Übersetzungen.

272 Sowohl **Investitions-** als auch **Betriebsbeihilfen** sind nach Art. 53 AGVO freistellungsfähig. Für sie gelten jeweils die folgenden spezifischen Freistellungsvoraussetzungen, wobei es des

⁴³² KOM, Beschluss v. 24.10.2016, SA.42393 – *Deutschland: Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz*.



Nachweises eines Anreizeffektes entgegen dem allgemeinen Grundsatz der AGVO im Bereich der Kulturförderung nicht bedarf (vgl. Art. 6 Abs. 5 AGVO).

273 **Investitionsbeihilfen** sind jetzt nach der sog. „kleinen AGVO-Reform“ von 2017⁴³³ bis zu einem Betrag von nunmehr 150 Mio. Euro pro Projekt freistellungsfähig, wobei die **beihilfefähigen Kosten** die Kosten für Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte umfassen. Diese sind im Einzelnen in Art. 53 Abs. 4 AGVO aufgeführt. Die Beihilfefähigkeit von Kosten für den Bau, die Modernisierung, den Erwerb, die Erhaltung oder die Verbesserung kultureller Infrastruktur setzt voraus, dass jährlich mindestens 80 % der verfügbaren Nutzungszeiten oder Räumlichkeiten für kulturelle Zwecke genutzt wird. Der maximal zulässige Beihilfebetrag ist begrenzt auf die Differenz zwischen den beihilfefähigen Investitionskosten und dem Betriebsgewinn⁴³⁴ der Investition, wobei der Betreiber der Infrastruktur einen angemessenen Gewinn⁴³⁵ einbehalten darf. Damit begrenzt die sog. „**Finanzierungslücke**“ („**funding gap**“) grundsätzlich die Höhe der Beihilfe. Beträgt die Beihilfe nicht mehr als (neuerdings)⁴³⁶ 2 Mio. Euro, bedarf es jedoch keiner tatsächlichen Berechnung der Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn. In diesem Fall sind pauschal 80 % der beihilfefähigen Investitionskosten von der Notifizierung freigestellt. Dies ist eine große Erleichterung für die Praxis.

274 **Betriebsbeihilfen** sind bis zu einem Betrag von jetzt 75 Mio. Euro pro Unternehmen und Jahr freistellungsfähig, wobei die in Art. 53 Abs. 5 im Einzelnen aufgeführten Betriebskosten beihilfefähig sind (z.B. Kosten für Veranstaltungen, Miete, Personal, Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen). Dabei ist zu beachten, dass z.B. nach Art. 53 Abs. 5 lit. d) AGVO nur die Kosten erstattungsfähig sind, die unmittelbar mit dem Kulturprojekt bzw. Kulturaktivität zusammenhängen. Vor Inkrafttreten dieses Freistellungstatbestands hat die Kommission z.B. im Fall des Fußballmuseums Dortmund die Vereinbarkeit der Förderung

⁴³³ Durch die Änderungsverordnung vom 14.06.2017 (ABl. EU 2017 L 156/1) hat die Kommission u.a. die Freistellungsvoraussetzungen für Beihilfen im Kulturbereich erleichtert. Sie hat die Anmeldeschwellen für Investitionsbeihilfen im Kulturbereich von 100 Mio. Euro auf 150 Mio. Euro pro Projekt und für Betriebsbeihilfen von 50 Mio. Euro pro Unternehmen p. a. auf 75 Mio. Euro angehoben.

⁴³⁴ Vgl. Definition des Betriebsgewinns in Art. 2 Abs. 39 AGVO.

⁴³⁵ Dieser wird gemäß Art. 2 Abs. 142 AGVO anhand des im betreffenden Wirtschaftszweig üblichen Gewinns bestimmt. Dabei gilt eine Kapitalrendite, die den relevanten Swap-Satz zuzüglich eines Aufschlags von 100 Basispunkten nicht überschreitet, in jedem Fall als angemessen (sog. „Safe harbour“).

⁴³⁶ Art. 53 Abs. 8 AGVO begrenzte diese Vereinfachungsregelung ursprünglich auf 1 Mio. Euro. Durch die Änderungsverordnung vom 14.06.2017 (ABl. EU 2017 L 156/1) hat die Kommission diesen Betrag auf 2 Mio. Euro verdoppelt.



mit Blick auf den Zweck des Museums, das kulturelle Erbe zu erhalten und den Zugang zu diesem zu verbessern, im Rahmen einer Notifizierung bejaht.⁴³⁷ In diesem Fall war indes ausdrücklich die **Kostentrennung und –transparenz** zwischen dem **Museum** einerseits und **Museumsrestaurant und -shop** andererseits zu gewährleisten, damit eine **Quersubventionierung** ausgeschlossen werden konnte. Es wurde daneben ausgeführt, dass im Falle der Verpachtung des Restaurants/des Shops an einen externen Betreiber eine marktübliche Pacht erhoben werden muss.⁴³⁸ Damit ist die einschlägige Kostentrennung zwischen den gemäß dem Tatbestand förderbaren Aktivitäten und anderen Aktivitäten des Unternehmens ersichtlich ebenfalls im Rahmen der Freistellungsvorschriften zu beachten.⁴³⁹ Etwas anderes gilt nach der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe für wirtschaftliche **Nebentätigkeiten**, die mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit einer Einrichtung oder Infrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich sind und in ihrem Umfang begrenzt bleiben (siehe dazu oben Rn. 98).

275 Der maximal zulässige Beihilfebetrug ist begrenzt auf den Betrag, der zur Deckung der Betriebsverluste und eines angemessenen Gewinns⁴⁴⁰ erforderlich ist. Auch bei Betriebsbeihilfen von nicht mehr als (vormals 1 jetzt) 2 Mio. Euro bedarf es keiner tatsächlichen Berechnung des Beihilfehöchstbetrags. In diesem Fall sind pauschal 80 % der beihilfefähigen Betriebskosten von der Notifizierung freigestellt.

Praxistipp: Mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der Zwischenstaatlichkeit wurde oben dargestellt, dass die Förderung von Kulturmaßnahmen auf regionaler und lokaler Ebene durchaus aus dem Beihilfetatbestand herausfallen kann. Der neue Freistellungstatbestand in Art. 53 AGVO erleichtert an dieser Stelle die Praxis, weil damit in Zweifelsfällen eine Freistellung vorgenommen werden kann. So wurde etwa für die institutionelle Förderung des Rammelsberger Bergbaumuseums vorgegangen.⁴⁴¹

⁴³⁷ KOM, Beschluss v. 21.09.2010, N 158/2010, Rn. 19 ff.– *Deutschland: Fußballmuseum Dortmund*.

⁴³⁸ KOM, Beschluss v. 21.09.2010, N 158/2010, Rn. 31 ff. – *Deutschland: Fußballmuseum Dortmund*.

⁴³⁹ Zur parallelen Diskussion der Kostentrennung zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit bei der Prüfung des Beihilfetatbestands vgl. Rn 96 und bzgl. DAWI vgl. unten Rn 359).

⁴⁴⁰ Vgl. Definition in Art. 2 Abs. 142 AGVO.

⁴⁴¹ Freistellung der Maßnahme SA.40961 veröffentlicht am 17.02.2015, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/256953/256953_1625880_16_1.pdf.



cc) Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen (Art. 55 AGVO)

276 Art. 55 AGVO stellt klare Kriterien für die Sport- und Freizeitinfrastrukturen auf, die in den Genuss einer freistellungsfähigen Förderung kommen können:

- Freistellungsfähig sind nur Beihilfen für **Sportinfrastruktur**, die nicht ausschließlich von einem einzigen Profisportnutzer⁴⁴² in Anspruch genommen wird. Auf die Nutzung durch andere Profi- oder Amateursportnutzer müssen jährlich mindestens 20 % der verfügbaren Nutzungszeiten entfallen.
- Der Begriff der **Multifunktionalen Freizeitinfrastruktur** umfasst Freizeiteinrichtungen mit multifunktionalem Charakter, die insbesondere Kultur- und Freizeitdienstleistungen anbieten, z.B. **Schwimmbäder mit Thermal- und Wellnessbereich**.⁴⁴³ Beihilfen für Hotels und Freizeitparks fallen explizit nicht darunter.
- Die geförderte Infrastruktur muss mehreren Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen offenstehen, wobei solchen Unternehmen u.U. ein begünstigter Zugang gewährt werden darf, die mindestens 30 % der Investitionskosten getragen haben.

277 Während Art. 55 AGVO in Bezug auf multifunktionale Freizeitinfrastrukturen nur **Investitionsbeihilfen** von der Notifizierung freistellt, sind für Sportinfrastrukturen sowohl Investitions- als auch **Betriebsbeihilfen** freistellungsfähig. Im Einzelnen gelten jeweils die folgenden Freistellungsvoraussetzungen.

278 **Investitionsbeihilfen** für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen sind gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. z) bb) AGVO bis zu einem Betrag von nunmehr⁴⁴⁴ 30 Mio. Euro pro Vorhaben freistellungsfähig, wenn die Gesamtkosten der Investition nicht mehr als 100 Mio. Euro betragen. Beihilfefähig sind die Kosten für Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte. Der maximal zulässige Beihilfebetrag ist begrenzt auf die

⁴⁴² Gemäß der Definition in Art. 2 Abs. 143 AGVO umfasst der Begriff Profisport die Ausübung von Sport als entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung, bei der der Ausgleich höher ist als die Teilnahmekosten und einen erheblichen Teil des Einkommens des Sportlers/der Sportlerin ausmacht.

⁴⁴³ Vgl. hierzu KOM, Beschluss v. 23.07.2014, SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP), Rn. 56 lit. b) – *Deutschland: Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG.*

⁴⁴⁴ Durch die Änderungsverordnung vom 14.06.2017 (ABl. EU 2017 L 156/1) hat die Kommission u.a. die Freistellungsvoraussetzungen für Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen erleichtert. Sie hat die Anmeldeschwelle für Investitionsbeihilfen von 15 Mio. Euro auf 30 Mio. Euro verdoppelt. Die Freistellungsfähigkeit ist nicht mehr auf Projekte mit Gesamtkosten von 50 Mio. Euro, sondern von 100 Mio. Euro begrenzt.



Differenz zwischen den beihilfefähigen Investitionskosten und dem Betriebsgewinn⁴⁴⁵ der Investition (sog. „**Finanzierungslücke**“ oder „**funding gap**“). Beträgt die Beihilfe nicht mehr als 2 Mio. Euro, bedarf es keiner tatsächlichen Berechnung der Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn. In diesem Fall sind pauschal 80 % der beihilfefähigen Investitionskosten von der Notifizierung freigestellt.

- 279 **Betriebsbeihilfen** für Sportinfrastrukturen sind ebenfalls gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. z) bb) AGVO bis zu einem Betrag von 2 Mio. Euro pro Unternehmen und Jahr freistellungsfähig, wobei die in Art. 55 Abs. 5 im Einzelnen aufgeführten Betriebskosten beihilfefähig sind (z.B. Kosten für Personal, Fremdleistungs-, Kommunikations-, Energie-, Wartungs-, Miet- und Verwaltungskosten; nicht aber Abschreibungs- und Finanzierungskosten, wenn diese bereits von einer **Investitionsbeihilfe** gedeckt sind). Der maximal zulässige Beihilfebetrag darf die Betriebsverluste im jeweiligen Förderzeitraum nicht überschreiten. Bei Betriebsbeihilfen von (neuerdings)⁴⁴⁶ nicht mehr als 2 Mio. Euro bedarf es keiner tatsächlichen Berechnung des Beihilfenhöchstbetrags. In diesem Fall sind pauschal 80 % der beihilfefähigen Betriebskosten von der Notifizierung freigestellt.

Praxistipp: Eine Investitionsbeihilfe i.H.v. 20 Mio. Euro für eine Sportinfrastruktur oder für eine multifunktionale Freizeitinfrastruktur wäre trotz Unterschreitung der 30 Mio. Euro-Schwelle nicht freigestellt, wenn die Gesamtkosten der Investition 110 Mio. Euro betragen und somit oberhalb der 100 Mio. Euro-Schwelle für die Gesamtinvestitionskosten liegen. Beide oben genannten **Anmeldeschwellen** (Volumen der Beihilfen insgesamt max. 30 Mio. Euro, Gesamtinvestitionskosten für das Vorhaben max. 100 Mio. Euro) müssen kumulativ eingehalten sein.

Während die Anmeldeschwelle für **Betriebsbeihilfen** einen Betrag pro Infrastruktur/Unternehmen pro Jahr betrifft, legt die Anmeldeschwelle für **Investitionsbeihilfen** einen umfassenden Gesamthöchstbetrag für alle für ein Investitionsvorhaben gewährte Beihilfen fest. Daraus folgt, dass die Anmeldeschwelle i.H.v. 30 Mio. Euro nur einmal pro Vorhaben ausgeschöpft werden darf. Wenn die Investition für ein Vorhaben also nicht nur von einem, sondern z.B. von zwei Unternehmen getätigt wird,

⁴⁴⁵ Vgl. Definition des Betriebsgewinns in Art. 2 Abs. 39 AGVO.

⁴⁴⁶ Art. 55 Abs. 12 AGVO begrenzte diese Vereinfachungsregelung ursprünglich auf 1 Mio. Euro. Durch die Änderungsverordnung vom 14.06.2017 (ABl. EU 2017 L 156/1) hat die Kommission diesen Betrag auf 2 Mio. Euro verdoppelt. Dank des auf diese Weise erfolgten Gleichklangs mit dem zulässigen Höchstbetrag für Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen kann für Beihilfen dieser Art nun (fakultativ bei Bedarf) stets auf die vereinfachte Berechnungsmethode nach Art. 55 Abs. 12 AGVO zurückgegriffen werden.



dürfen die den beiden Unternehmen gewährten Investitionsbeihilfen insgesamt und über den gesamten Zeitraum des Investitionsvorhabens einen Betrag i.H.v. 30 Mio. Euro nicht überschreiten. Zulässig wäre es daher, beiden Unternehmen jeweils eine Investitionsbeihilfe i.H.v. 15 Mio. Euro oder dem Unternehmen A eine Beihilfe i.H.v. 12 Mio. Euro und dem Unternehmen B eine Beihilfe i.H.v. 18 Mio. Euro zu gewähren. Es darf aber nicht beiden Unternehmen jeweils eine Investitionsbeihilfe i.H.v. 30 Mio. Euro gewährt werden.

Rechenbeispiel: Beispielsfall ist eine Investition i.H.v. 65 Mio. Euro für einen Stadionneubau. Dafür ist von einer Lebensdauer von 30 Jahren auszugehen. Wenn der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Beihilfegewährung vorliegende Geschäftsplan des künftigen Stadionbetreibers über diese 30 Jahre insgesamt einen Betriebsgewinn i.H.v. 25 Mio. Euro prognostiziert, beträgt die sog. „**Finanzierungslücke**“ 40 Mio. Euro. Doch auch in diesem Fall darf die Investitionsbeihilfe max. 30 Mio. Euro betragen, um in den Genuss der Freistellung nach Art. 55 AGVO zu kommen. Eine Abdeckung des gesamten Differenzbetrags i.H.v. 40 Mio. Euro (der gesamten „Finanzierungslücke“) müsste bei der Kommission notifiziert werden.

Im umgekehrten Fall, in dem die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem prognostizierten Betriebsgewinn („**Finanzierungslücke**“) weniger als 30 Mio. Euro beträgt, ist nur der tatsächliche Differenzbetrag beihilfefähig, obwohl die AGVO grundsätzlich Investitionsbeihilfen von bis zu 30 Mio. Euro für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen zulässt. Denn bei dem Betrag von 30 Mio. Euro handelt es sich um einen Höchststrahmen (der die Anmeldeschwelle darstellt), der aber nur in Höhe der tatsächlichen Finanzierungslücke ausgeschöpft werden darf.

dd) Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen (Art. 56 AGVO)

280 Unter den Voraussetzungen von Art. 56 AGVO sind **Investitionsbeihilfen** für den Bau oder die Modernisierung solcher lokaler Infrastrukturen von der Notifizierung freigestellt, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten. **Betriebsbeihilfen** für lokale Infrastrukturen sind **nicht freigestellt**. Angesichts des vergleichsweise kurzen Zeitraums seit Inkrafttreten der neuen AGVO am 01.07.2014 fehlt es an einer belastbaren Entscheidungspraxis der Kommission dazu, welche Projekte unter den Begriff der „lokalen Infrastrukturen“ subsumiert werden können.



- 281 Nach dem Verständnis der Kommission handelt es sich bei Art. 56 AGVO um einen nicht abschließenden, subsidiären Auffangtatbestand. Dieser soll für die lokale Ebene bedeutsame Projekte erfassen, die nicht unter eine der sonstigen Fallgruppen der AGVO fallen. Dementsprechend stellt Erwägungsgrund 76 der AGVO klar, dass folgende Arten von Infrastrukturen nicht vom Begriff der „**lokalen Infrastruktur**“ umfasst sind: Forschungsinfrastrukturen, Innovationscluster, energieeffiziente Fernwärme und Fernkälte, Energieinfrastrukturen, Recycling und Wiederverwendung von Abfall, Breitbandinfrastrukturen, Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes, Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen, Flughäfen und Häfen.
- 282 Ausgenommen sind zudem gemäß Art. 56 Abs. 7 AGVO Beihilfen für **gewidmete Infrastruktur**. Eine solche liegt gemäß Art. 2 Abs. 33 AGVO vor, wenn die Infrastruktur für im Voraus ermittelte Unternehmen errichtet wird und auf deren Bedarf zugeschnitten ist. Damit ist der Begriff der „**Widmung**“ in der AGVO strikt von dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Widmung aus dem deutschen Verwaltungsrecht zu trennen.
- 283 Voraussetzung für eine Freistellung nach Art. 56 AGVO ist gemäß Abs. 3 ferner, dass die Infrastruktur interessierten Nutzern zu **offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen** zur Verfügung gestellt wird und der für die Nutzung oder den Verkauf der Infrastruktur in Rechnung gestellte Preis dem Marktpreis entspricht. Nach dem Sinn und Zweck von Art. 56 AGVO setzt der Marktpreis aber nicht zwingend eine vollständige Deckung der Investitionskosten („Vollkostenansatz“) voraus. Denn andernfalls bedürfte es gar keiner staatlichen Förderung des jeweiligen Infrastrukturvorhabens mit der Folge, dass Art. 56 AGVO jegliche praktische Relevanz entzogen wäre. Die Kommission weist in ihrer Antwort 250 der FAQs⁴⁴⁷ zur AGVO ausdrücklich darauf hin, dass der Marktpreis durch eine Ausschreibung, einen Vergleich mit Preisen für die Nutzung vergleichbarer Infrastrukturen (Benchmarking) oder durch Bestimmung der sog. „inkrementellen Kosten“, also der Mehrkosten, die durch den einzelnen Nutzer verursacht werden, ermittelt werden kann. Der inkrementelle Kostenansatz, den die Kommission hier neben anderen Methoden zur Bestimmung des Marktpreises akzeptiert, führt naturgemäß in der Regel zu einem geringeren Preis als nach dem Vollkostenansatz.

Für den Fall, dass Eigentümer und Betreiber der Infrastruktur nicht identisch sind, muss die Vergabe der Konzession oder des Auftrages für den Betrieb der Infrastruktur zudem gemäß

⁴⁴⁷ Abrufbar über folgenden Link:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf.



Art. 56 Absatz 4 AGVO zu „offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen unter Einhaltung der geltenden Vergabevorschriften erfolgen.“

284 **Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen** sind bis zu einem Betrag von 10 Mio. Euro pro Vorhaben freistellungsfähig, wenn die Gesamtkosten der Investition nicht mehr als 20 Mio. Euro betragen. Beihilfefähig sind die Kosten für Investitionen in **materielle und immaterielle Vermögenswerte**. Der maximal zulässige Beihilfebetrag ist gemäß Art. 56 Absatz 6 AGVO begrenzt auf die Differenz zwischen den beihilfefähigen Investitionskosten und dem Betriebsgewinn⁴⁴⁸ der Investition (sog. „**Finanzierungslücke**“).

ee) Regionale Stadtentwicklungsbeihilfen (Art. 16 AGVO)

285 **Regionale Stadtentwicklungsbeihilfen** sind unter den Voraussetzungen von Art. 16 AGVO freistellungsfähig, wenn

- sie über Stadtentwicklungsfonds⁴⁴⁹ in Fördergebieten (vgl. dazu nachfolgenden Praxishinweis) durchgeführt werden,
- sie aus den Europäischen Struktur- und Investitionsfonds kofinanziert werden und
- sie der Umsetzung einer vorhandenen „integrierten Strategie für nachhaltige Stadtentwicklung“ dienen.

Praxishinweis: Fördergebiete in Rheinland-Pfalz sind die folgenden, in der von der Kommission genehmigten Fördergebietskarte für Deutschland in der Förderperiode 2014 – 2020 ausgewiesenen Gebiete:

- **Folgende Stadtteile von Kaiserslautern:** Innenstadt, Nord/Kaiserberg, Grübentälchen, Kaiserslautern-West, Erzhütten, Einsiedlerhof, Morlauten, Erlenbach, Siegelbach, Erfenbach.
- **Folgende Gemeinden des Landkreises Kaiserslautern:** Verbandsgemeinde Weilerbach (davon: Ortsgemeinden Weilerbach, Rodenbach), Verbandsgemeinde Otterbach (davon: Ortsgemeinde Otterbach), Verbandsgemeinde Otterberg (davon: Stadt Otterberg),

⁴⁴⁸ Vgl. Definition des Betriebsgewinns in Art. 2 Abs. 39 AGVO.

⁴⁴⁹ Gemäß der Definition in Art. 2 Abs. 57 AGVO ist ein Stadtentwicklungsfonds ein spezialisierter Investitionsfonds, der für Investitionen in Stadtentwicklungsprojekte im Rahmen einer Stadtentwicklungsbeihilfemaßnahme eingerichtet wurde und von einem Stadtentwicklungsfondsmanager verwaltet wird. Bei letzterem muss es sich gemäß Art. 2 Abs. 58 AGVO um eine professionelle Verwaltungsgesellschaft mit Rechtspersönlichkeit handeln, die Investitionen in beihilfefähige Stadtentwicklungsprojekte auswählt und tätigt.



Verbandsgemeinde Enkenbach-Alsenborn (davon: Ortsgemeinden Enkenbach-Alsenborn, Mehlingen, Sembach, Neuhemsbach).

- **Donnersbergkreis:** Verbandsgemeinde Kirchheimbolanden (davon: Ortsgemeinden Bolanden, Dannenfels, Kirchheimbolanden), Verbandsgemeinde Rockenhausen (davon: Ortsgemeinden Gundersweiler, Imsweiler, Rupperstecken, Würzweiler, Rockenhausen (Stadt), Verbandsgemeinde Winnweiler (davon: Ortsgemeinden Falkenstein, Höringen, Imsbach, Lohnsfeld, Münchweiler, Schweisweiler, Wartenberg-Rohrbach, Winnweiler).
- **Kreisfreie Stadt Pirmasens**
- **Kreisfreie Stadt Zweibrücken**
- **Südwestpfalz:** Verbandsgemeinde Rodalben (davon nur Ortsgemeinde Rodalben), Verbandsgemeinde Pirmasens-Land (davon: Ortsgemeinden Lemberg, Ruppertsweiler), Verbandsgemeinde Thaleisweiler-Fröschen (davon: Thaleisweiler-Fröschen, Höheisweiler, Höhfröschen, Nünschweiler, Petersberg), Verbandsgemeinde Zweibrücken-Land (davon: Contwig, Dellfeld).

286 Eine Freistellung regionaler Stadtentwicklungsbeihilfen kommt nur zur Förderung solcher **Stadtentwicklungsprojekte** in Betracht, deren Gesamtinvestitionsvolumen einen Betrag i.H.v. 20 Mio. Euro nicht überschreitet. Beihilfefähig sind die Gesamtkosten des jeweiligen Stadtentwicklungsprojekts, soweit sie nach der Verordnung 1303/2013 (sog. „ESI-Fonds-Verordnung“)⁴⁵⁰ förderfähig sind.

287 Wichtig ist, dass Art. 16 Abs. 6 AGVO einen **Eigenbeitrag** privater Investoren vorsieht: Danach müssen mindestens 30 % der Gesamtfinanzierung des Projekts durch **private Investoren** abgedeckt werden. Art. 16 Abs. 8 und 9 AGVO stellen darüber hinaus spezielle Anforderungen u.a. an die **Auswahl der Stadtentwicklungsfondsmanager** und der Privatinvestoren sowie an die **Verwaltung der Stadtentwicklungsfonds** auf. So müssen der Fondsmanager und die unabhängigen privaten Investoren im Rahmen einer **offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibung** ausgewählt werden. Der Stadtentwicklungsfonds muss nach wirtschaftlichen Grundsätzen verwaltet werden und gewinnorientierte Finanzierungsentscheidungen gewährleisten. Dies soll durch eine Reihe von in Art. 16 Abs. 9 AGVO enthaltenen Kriterien sichergestellt werden, zu denen u.a. eine leistungsbezogene Vergütung oder eine teilweise Übernahme des **Investitionsrisikos** durch den **Fondsmanager** zählen.

⁴⁵⁰ ABl. EU 2013 L 347/320.



2. Mit Notifizierungserfordernis: Prüfung der Vereinbarkeit

288 Wenn eine Vereinbarkeit nach Maßgabe der AGVO oder des DAWI-Freistellungsbeschlusses ausscheidet, bedarf es der Überprüfung der Vereinbarkeit im Rahmen eines **Notifizierungsverfahrens**. Prüfung und Entscheidung über die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Binnenmarkt sind exklusiv der Kommission vorbehalten. Zu den formalen Voraussetzungen des Notifizierungsverfahrens, wie etwa zu Fundstellen für Antragsformulare etc., wird unten auf Kapitel VI. 1. verwiesen. Gegenstand dieses Kapitels ist der materielle Prüfungsmaßstab.

289 Art. 107 Abs. 1 AEUV enthält ein grundsätzliches Verbot mit Befreiungsvorbehalt von staatlichen Beihilfen. Liegt eine Beihilfe vor, so gilt die Beihilfe als verboten, es sei denn, sie wird von der Kommission als vereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt. Wichtige **Erlaubnistatbestände** sind in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV niedergelegt.

290 Bei den in Art. 107 Abs. 2 AEUV vorgesehenen sog. Legalausnahmen ist bei Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen automatisch von einer Vereinbarkeit auszugehen, ohne dass der Kommission ein Ermessen zusteht. Diese Maßnahmen müssen zwar bei der Kommission förmlich angemeldet werden. Sie hat aber lediglich das Vorliegen der Voraussetzungen zu prüfen.⁴⁵¹ Hierbei handelt es sich um folgende drei Kategorien von Beihilfen:

- **Beihilfen sozialer Art** an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;⁴⁵²
- Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch **Naturkatastrophen** oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;⁴⁵³

⁴⁵¹ EuGH, Rs. C-730/79, EU:C:1980:209, Slg. 1980, 2671, Rn. 17 – *Philip Morris/Kommission*.

⁴⁵² Von der Rechtsprechung anerkannt wurden z.B. die Befreiung von Postgebühren für Sehbehinderte und Bibliotheken (KOM, Entsch. v. 18.12.2008, N 546/2006), Kompensationszahlungen an Busunternehmen, die sozial bedürftigen Personen geringere Preise berechnen (KOM, Entsch. v. 13.01.2009, N 332/2008, ABl. EU 2009 C 46, 7) und Überbrückungskredite für in Zahlungsschwierigkeiten befindliche Hypothekenschuldner in der Finanzkrise (KOM, Entsch. v. 13.07.2009, N 358/2009, ABl. EU 2009 C 174, 4).

⁴⁵³ Beispiele sind Beihilfen bei Erdbeben, Lawinen, Überschwemmungen, Krieg, inneren Unruhen, Streiks, nuklearen Unfällen und Tier- und Pflanzenseuchen (BSE-Krise: KOM, Entsch. v. 15.03.1996, N 299/1996, N 290/1996, N 178/1996, NN 178/1996 u. N 289/1996; KOM, Entsch. v. 21.01.1998, N 795/1996). Ausführlich hierzu: Säcker, in MüKo Bd. 3, Art. 107, Rn. 487 ff.; Die Relevanz dieser Vorschrift hat mit der Aufnahme des Freistellungstatbestandes von „Beihilfen für die Beseitigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen“ in Art. 50 AGVO an Praxisrelevanz eingebüßt.



- Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die **Teilung Deutschlands** betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.⁴⁵⁴

291 Die Voraussetzungen sind restriktiv auszulegen.⁴⁵⁵ Die ermessensfreien Legalausnahmen kommen in der Praxis selten zur Anwendung.

292 Regelmäßig werden als Rechtsgrundlage der Vereinbarkeitsprüfung die Erlaubnistatbestände des **Art. 107 Abs. 3 AEUV** herangezogen. Danach können Beihilfen vereinbar sein, die mit Blick auf diese Vorschriften einem **Ziel von gemeinsamem Interesse** dienen:

- **Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung** von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, sowie der in Art. 349 AEUV genannten Gebiete unter Berücksichtigung ihrer strukturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lage;
- **Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse** oder zur **Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates**⁴⁵⁶;
- **Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete**, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- **Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes**, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft; sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission bestimmt.

293 Der Erlaubnistatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV (**Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete**) ist in der Entscheidungspraxis der Kommission eine sehr häufig angewandte Rechtsgrundlage für

⁴⁵⁴ Zum (engen) Anwendungsbereich dieser Legalausnahme vgl. Erklärung Nr. 29 Vertrag von Lissabon sowie Bär-Bouyssière, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 107 AEUV, Rn. 64. Erfasst ist grundsätzlich nur das unmittelbare Gebiet des ehemaligen innerdeutschen Grenzverlaufs. Hieraus folgte schon für die Vergangenheit, dass sich aus dieser Legalausnahme keine Anwendungsmöglichkeiten für Förderfälle in Rheinland-Pfalz ergaben. Zudem steht die Abschaffung dieser als Übergangsvorschrift konzipierten Legalausnahme nach derzeitigem Stand in Kürze bevor.

⁴⁵⁵ EuGH, Rs. C-346/03 u. C-529/03, EU:C:2006:130, Slg. 2006, I-1875 Rn. 79 – *Atzeni ua.*

⁴⁵⁶ Diese Ausnahme ist nur bei einer beträchtlichen Störung des gesamten Wirtschaftslebens eines Mitgliedstaates anwendbar; so konnten z.B. negative Auswirkungen der deutschen Wiedervereinigung auf die deutsche Wirtschaft nicht auf Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV gestützt werden, vgl. KOM, Mitteilung über die Genehmigung einer Beihilfe an Opel/Eisenach, ABl. EG 1993 C 43, 14 (18). Die Vorschrift hat erst im Zuge der Finanzkrise 2008/2009 praktische Bedeutung erlangt.



Genehmigungsentscheidungen. Darunter werden z.B. auch Beihilfen zur Förderung von Umwelt- und Energiezielen subsumiert. Dazu wird u.a. auf die Mitteilung „Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“⁴⁵⁷ verwiesen. Denn darin wurden mehrere Kernziele festgelegt, die auch Klima- und Energieziele umfassen.⁴⁵⁸ Die Ziele der Verbesserung des Umweltschutzes bzw. der Ressourcen- und Energieeffizienz sind mithin als Ziele von gemeinsamem Interesse anzusehen.⁴⁵⁹

294 Im kommunalen Bereich hat Art. 107 Abs. 3 lit c) AGVO z.B. auch für die **Sportförderung** Relevanz, soweit diese im Einzelfall als Beihilfe zu werten ist und soweit die AGVO darauf keine Anwendung finden sollte. Denn auch die Förderung des Amateur- und Breitensports und der Zugang zu den entsprechenden Angeboten stellt ein Ziel von gemeinsamem Interesse dar.⁴⁶⁰ Auf Beihilfen zur **Förderung der Kultur** und der **Erhaltung des kulturellen Erbes** kann dagegen naturgemäß Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV Anwendung finden, wenn die Maßnahme eine Beihilfe darstellt und der Freistellungstatbestand in Art. 53 AGVO nicht einschlägig sein sollte.⁴⁶¹

a) Vereinbarkeitsprüfung anhand der primärrechtlichen Maßstäbe

295 Die Vereinbarkeitsentscheidung wird von einer umfassenden **Abwägung** abhängig gemacht. Die Kommission erklärt eine staatliche Beihilfe hiernach als mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie **erforderlich** und **verhältnismäßig** ist, um ein bestehendes Marktversagen bzgl. eines **Ziels von gemeinsamem Interesse** zu beseitigen, und die positiven Auswirkungen im Hinblick auf dieses Ziel von gemeinsamem Interesse die negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel überwiegen.⁴⁶²

⁴⁵⁷ KOM(2010) 2020 vom 03.03.2010 (nicht im Amtsblatt veröffentlicht), abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20%20DE%20SG-2010-80021-06-00-DE-TRA-00.pdf>.

⁴⁵⁸ Vgl. Rn. 1 ff. der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien, ABL. EU 2014 C 200/1.

⁴⁵⁹ Vgl. Rn. 5 und Rn. 139 der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien, ABL. EU 2014 C 200/1.

⁴⁶⁰ Vgl. KOM Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 (2012/NN), Rn. 28 ff. – *Deutschland - Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins* (bestätigt durch EuG, Rs. T-162/13, EU:T:2016:341 – *Magic Mountain u.a./Kommission*). Auch das auf nationaler Ebene befasste OVG Berlin-Brandenburg bestätigte die Beihilfeneigenschaft einzelner dem Deutschen Alpenverein gewährten Vorteile nach Zurückverweisung durch das BVerwG (BVerwGE 156, 199 = EuZW 2017, 355), vgl. Urteil v. 18.12.2017, OVG 6 B 3.17, EuZW 2018, 323 – *Deutscher Alpenverein*.

⁴⁶¹ KOM, Beschluss v. 21.09.2010, N 158/2010, Rn. 19 ff. – *Deutschland: Fußballmuseum Dortmund*.

⁴⁶² Vgl. z.B. FuEuI-Unionsrahmen, ABL. EU 2014 C 198/1, Rn. 35/36.



Praxistipp: Für die primärrechtliche Prüfung wendet die Kommission mit leichten Abwandlungen in der Formulierung regelmäßig das folgende „Schema“ an.⁴⁶³

1. *Dient die Beihilfemaßnahme einem genau bestimmten Ziel von gemeinsamem Interesse (d.h. dient sie dazu, ein Marktversagen zu beheben oder ein anderes Ziel von gemeinsamem Interesse zu verfolgen)?*⁴⁶⁴

2. *Ist die Beihilfemaßnahme so konzipiert, dass damit das Ziel von gemeinsamem Interesse auch erreicht werden kann?*⁴⁶⁵ Insbesondere:

a) *Ist die Beihilfemaßnahme ein angemessenes Instrument oder gibt es andere, besser geeignete Instrumente?*

b) *Ist damit ein Anreizeffekt verbunden, d.h. ändert sich durch die Beihilfe das Verhalten von Unternehmen?*

c) *Ist die Beihilfemaßnahme verhältnismäßig, d.h. könnte dieselbe Verhaltensänderung auch mit weniger Beihilfe bewirkt werden?*

3. *Verfälscht die Beihilfemaßnahme den Wettbewerb und beeinträchtigt sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nur in begrenztem Umfang, so dass die Gesamtbilanz positiv ist?*

b) Der Gesichtspunkt des Marktversagens

296 Der Gesichtspunkt des Marktversagens wird, wie im vorangegangenen Praxistipp dargestellt, regelmäßig als erste Voraussetzung für die Vereinbarkeit einer Beihilfe geprüft. Allerdings hat das EuG in einem jüngeren Urteil darauf hingewiesen, dass das Vorliegen eines Marktversagens zwar einen maßgeblichen Gesichtspunkt für die Vereinbarkeit einer Beihilfe

⁴⁶³ Vgl. KOM Beschluss v. 05.12.2012, SA.33952 (2012/NN) – *Deutschland - Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins* (bestätigt durch EuG, Rs. T-162/13, EU:T:2016:341 – *Magic Mountain u.a./Kommission*) oder Beschluss v. 18.12.2013, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) – *Deutschland, Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen*, Rn. 214 ff. m.w.N. oder vom 05.06.2013, SA.34363(2013/N) - *Österreich*, Rn. 19.

⁴⁶⁴ Dazu auch EuG, Rs. T-162/06, EU:T:2009:2, Rn. 65 f. u. 74 f. – *Kronoply/Kommission*.

⁴⁶⁵ Dazu auch EuG, Rs. T-187/99, EU:T:2001:149, Rn. 74 – *Agrana Zucker und Stärke/Kommission*; Rs. T-126/99, EU:T:2002:116, Rn. 41 ff. – *Graphischer Maschinenbau/Kommission*; EuGH, Rs. C-390/06, EU:C:2008:224, Rn. 68 f. – *Nuova Agricast*.



mit dem Binnenmarkt darstellen und einen staatlichen Eingriff rechtfertigen könne. Der Nachweis eines Marktversagens sei aber keine unentbehrliche Vereinbarkeitsvoraussetzung. Der Staat könne eine Beihilfemaßnahme auch ungeachtet eines Marktversagens mit der Verfolgung eines Ziels des Allgemeininteresses rechtfertigen.⁴⁶⁶ Da die Feststellung des Marktversagens in der Praxis teilweise Schwierigkeiten bereitet, wird er an dieser Stelle herausgegriffen.

- 297 Die Kommission geht davon aus, dass Wettbewerbsmärkte in der Regel effiziente Ergebnisse im Hinblick auf Preise, Produktion und Ressourcennutzung hervorbringen. Ist dies nicht der Fall, kann ein sog. **Marktversagen** vorliegen. Der Begriff „*Marktversagen*“ beschreibt damit gemäß der Formulierung der Kommission „*Situationen, in denen der Markt allein kaum effiziente Ergebnisse hervorbringen dürfte*“. Staatliche Maßnahmen können unter bestimmten Umständen ein solches Versagen des Marktes korrigieren und „*insofern zu einem **Ziel von gemeinsamem Interesse** beitragen, als der Markt aus eigener Kraft kein effizientes Ergebnis hervorbringen kann. Bevor die Wirksamkeit des Beitrags der Beihilfe zu dem gemeinsamen Ziel geprüft werden kann, muss das zugrunde liegende Problem erkannt und genau abgegrenzt werden. Staatliche Beihilfen sollten nur dann gewährt werden, wenn sie eine wesentliche Verbesserung herbeiführen, die der Markt allein nicht bewirken kann.*“⁴⁶⁷

Praxistipp: Ein Marktversagen wird für die Vereinbarkeitsprüfung bejaht, wenn die reale Entwicklung von einer idealtypischen Entwicklung abweicht, die zur Verwirklichung eines **Ziels von gemeinsamem Interesse** führen würde. Das Vorliegen eines **Marktversagens** ist Voraussetzung für die Vereinbarkeit einer Beihilfe und damit im Rahmen einer **Notifizierung** zu erörtern. Dagegen ist die Frage des Marktversagens im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen von **Freistellungstatbeständen** der AGVO nicht gesondert zu prüfen. Die Kommission hat vielmehr vorab in den Erwägungsgründen der AGVO für die jeweilige Beihilfegruppe das Marktversagen erörtert und bejaht und deren Freistellung darauf gestützt. Die Argumente, die in diesen Erwägungsgründen für ein Marktversagen angeführt werden, können indes teilweise auch für andere, nicht freigestellte Beihilfen im Rahmen einer Notifizierung nutzbar gemacht werden.⁴⁶⁸ Dies gilt z.B. für nicht freigestellte **Umweltbeihilfen**. Dazu wird in den Erwägungsgründen der AGVO ausgeführt, dass es zu Marktversagen kommt, wenn für Unternehmen unter normalen Marktbedingungen kein

⁴⁶⁶ EuG, Rs. T-162/13, EU:T:2016:341, Rn. 77 ff. – *Magic Mountain u.a./Kommission*.

⁴⁶⁷ Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien, ABL. EU 2014 C 200/1, Rn. 34, Fn. 38.

⁴⁶⁸ Zu diesen Argumenten vgl. Erwägungsgründe 38 ff. der AGVO, ABL. EU 2014 L 187/1.



Anreiz besteht, die von ihnen verursachte Umweltbelastung zu verringern, weil ihnen dadurch möglicherweise höhere Kosten entstehen, sie aber keinen zusätzlichen Nutzen haben. Wenn Unternehmen nicht verpflichtet sind, **Umweltkosten** zu internalisieren, muss die Gesellschaft als Ganzes für diese Kosten aufkommen. Diesem Marktversagen kann teilweise mit der Einführung verbindlicher Umweltnormen Rechnung getragen werden. Es kann aber auch im Falle gesetzlicher Umweltstandards bei einem Marktversagen insoweit bleiben, als es an einem Anreiz (z.B. durch zusätzliche Investitionen) fehlt, ein über den gesetzlichen Standard hinausgehendes Umweltschutzniveau zu erreichen. Dieser Anreiz kann mit Beihilfen geschaffen werden.⁴⁶⁹

c) **Leitlinien als materieller Prüfungsmaßstab**

298 Materieller Maßstab für die Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV im Einzelnen sind für die Kommission entweder unmittelbar Art. 107 Abs. 3 AEUV oder (regelmäßig) die **Beihilfeleitlinien**, mit denen die Kommission sich selbst bei der Ausübung des ihr durch das Primärrecht eingeräumten Ermessens bindet. Die Kommission hat **horizontale** und **sektorenspezifische Leitlinien** angenommen.

Praxistipp: Eine Zusammenstellung jeweils der horizontalen und sektorspezifischen Bestimmungen in deutscher Sprache kann unter dem Link

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/index_de.html

abgerufen werden. Allerdings sind die darin aufgeführten Texte teilweise veraltet und ohne Auflistung bzw. ohne Übersicht unübersichtlich „aneinandergereiht“. Eine weit bessere Übersicht bietet der folgende Link:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html.

Darüber können die Sektoren (z.B. Landwirtschaft, Fischerei, Breitband, Post, Transport u.s.w.) und die dafür bestehenden Regelungen gesondert aufgefunden werden. Das Entsprechende gilt für horizontale Regelungen. Darunter sind z.B. die Regelungen für Regional-, Ausbildungs-, Risikokapital-, Rettungs- oder Umweltbeihilfen zu verstehen. Eine Zusammenstellung der wichtigsten Bestimmungen im Überblick enthält auch das Handbuch des BMWi über staatliche Beihilfen, abrufbar unter:

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6

⁴⁶⁹ Erwägungsgründe 55 f. der AGVO, ABl. EU 2014 L 187/1.



299 Den Leitlinien sind die im jeweiligen Fall relevanten konkreten materiellen Prüfungsmaßstäbe für die Vereinbarkeit zu entnehmen. Inhaltlich folgen sie naturgemäß grundsätzlich dem o.g. „Schema“ der primärrechtlichen Vereinbarkeitsprüfung. In den jeweiligen Leitlinien wird es mit Blick auf den jeweiligen Anwendungsbereich der Leitlinien erläutert und präzisiert. Leitlinien sind sog. „soft law“ der Kommission, die – an deutschen Maßstäben gemessen – Verwaltungsvorschriften ähneln. Sie führen zur Selbstbindung der Kommission mit Blick auf den Gleichheitssatz.

300 Im Rahmen dieser Handreichung würde es zu weit führen, auf sämtliche Leitlinien im Einzelnen einzugehen. Dazu wird auf die jeweiligen einschlägigen Leitlinien verwiesen, soweit nicht einzelne Beihilfegruppen im anschließenden Kapitel „spezifische Fallgruppen“ erörtert werden.

d) Vereinbarkeit mit Unionsrecht im Übrigen

301 Die **Vereinbarkeitsprüfung** erschöpft sich nicht zwingend in der Prüfung des einschlägigen Vereinbarkeitstatbestandes in 107 Abs. 3 AEUV. Denn Beihilfemaßnahmen und -regelungen können naturgemäß nur dann mit dem Binnenmarkt vereinbar sein, wenn sie auch im Übrigen mit dem Primärrecht im Einklang stehen. Insoweit enthält z.B. Rn. 29 der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien einen entsprechenden deklaratorischen Vorbehalt (mit einschlägigen Rechtsprechungsnachweisen). Darin steht die Vereinbarkeit von Beihilfemaßnahmen einschließlich deren Finanzierungsmethode mit den Art. 30 und 110 AEUV (**Verbot von Zöllen** und das **Diskriminierungs- und Protektionsverbot durch inländische Abgaben**) im Fokus. Auch die **Grundfreiheiten**, insbesondere die **Warenverkehrsfreiheit** gemäß Art. 34 AEUV, sind grundsätzlich zu beachten. Dazu gibt es eine differenzierte Rechtsprechung.⁴⁷⁰ An dieser Stelle der Handreichung soll deshalb der Hinweis darauf genügen, dass sich die Prüfung der Vereinbarkeit nicht auf die klassische und oben dargestellte Verhältnismäßigkeitsprüfung beschränkt, sondern darüber hinaus das gesamte Unionsrecht einzubeziehen ist. Im Einzelfall kann dies relevant werden.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Vgl. z.B. EuGH, Urteil v. 20.03.1990, C-21/88, EU:C:1990:121, Rn. 19 – *Du Pont de Nemours Italiana* oder Urteil v. 22.03.1977, C-74/67, EU:C:1977:51, Rn. 10 – *Ianelli*.

⁴⁷¹ Vgl. z.B. zu Art. 30/110 AEUV EuGH, Urteil v. 17.07.2008, C-206/06, EU:C:008:413, Rn. 75 – *Essent Netwerk Noord u.a.*



e) Ermessen und gerichtliche Kontrolle

302 Bei der **Prüfung der Vereinbarkeit** einer Maßnahme **mit dem Binnenmarkt** steht der Kommission ein weites **Ermessen** zu. Dieses unterliegt nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Unionsgerichte.⁴⁷² Denn die Ausübung des Ermessens setzt **komplexe, wirtschaftliche und soziale Wertungen** voraus, die nach ständiger Rechtsprechung nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sind. Sie beschränkt sich auf die Beachtung der Verfahrens- und Begründungsvoraussetzungen sowie auf die inhaltliche Richtigkeit der festgestellten Tatsachen, offensichtliche Fehler bei der **Bewertung von Tatsachen, Rechtsfehler** und **Ermessensmissbrauch**. Die Unionsgerichte dürfen bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ausübung dieser Befugnis die Beurteilung durch die Kommission nicht durch ihre eigene Beurteilung ersetzen (siehe ganz entsprechend für die Prüfung des Kriteriums des wirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung Rn. 111).⁴⁷³

V. Spezifische Fallgruppen (regelungsübergreifende Darstellung)

303 Im Folgenden werden drei Beihilfen herausgegriffen, für die über die bereits oben dargestellten Fallgruppen der AGVO hinaus von einer besonderen Relevanz für den kommunalen Bereich ausgegangen wird: Die sog. **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) und Breitbandausbau**. Dabei handelt es sich um Fallgruppen, für die unter bestimmten Voraussetzungen bereits das Vorliegen einer Beihilfe verneint werden kann bzw. sowohl eine Freistellung als auch eine Notifizierung in Betracht kommen. Dafür können jeweils unterschiedliche Regelungen (z.B. **Mitteilungen, Leitlinien, Beschlüsse, Verordnungen der Kommission**) anzuwenden sein. Aus diesem Grund werden die folgenden spezifischen Fallgruppen „**regelungsübergreifend**“ dargestellt. Das bedeutet, dass auf den verschiedenen Ebenen der beihilferechtlichen Prüfung für die jeweilige Fallgruppe auf die Voraussetzungen der jeweils einschlägigen Regelung für die entsprechende Fallgruppe eingegangen wird.

⁴⁷² EuGH, Rs. C-667/13, EU:C:2015:151, Rn. 66 m.w.N. – *Banco Privado Portugues*.

⁴⁷³ EuGH, Rs. 310/85, EU:C:1987:96, Rn. 18 – *Deufil / Kommission*; Rs. C-372/97, EU:C:2004:234, Rn. 83 – *Italien / Kommission*; Rs. C-169/95, EU:C:1997:10, Rn. 34 – *Spanien / Kommission*.



1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

304 Mit Blick auf Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge ist damit in jedem Einzelfall insbesondere vorab zu entscheiden, ob diese bereits nicht-wirtschaftlich und auf diese Weise dem Beihilferecht entzogen sein können (siehe dazu oben Rn. 55 ff.). Für die Finanzierung von Leistungen und Tätigkeiten mit kommunalem und damit örtlichem Bezug kann es jedoch auch an dem Tatbestandsmerkmal der grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung fehlen. Dazu ist auf kommunaler Ebene insbesondere zu beachten, dass der Betrieb kommunaler Ver- und Versorgungsnetze zwar als wirtschaftliche Tätigkeit, die Förderung von deren Errichtung aber mangels grenzüberschreitender Handelsbeeinträchtigung von der Kommission nicht als Beihilfe angesehen wird (siehe dazu oben Rn. 223).

305 Nur für die nach der Prüfung des Beihilfetatbestands insgesamt (noch) „übrigen“ Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, die den Beihilfetatbestand grundsätzlich erfüllen könnten, ist zu prüfen, ob von sog. **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** auszugehen ist. In diesem Bereich der DAWI stellen sich in der kommunalen Praxis regelmäßig viele Fragen, weil hierfür beihilferechtliche Sonderregelungen gelten. Deshalb geht diese Handreichung zunächst darauf ein, welche Leistungen als DAWI angesehen werden können (siehe unten a)) und gibt anschließend einen Überblick über die verschiedenen DAWI-Vorschriften der Kommission (siehe unten b)) und deren Einordnung in die dahinter stehende Systematik der *Altmark Trans-Rspr.* des EuGH⁴⁷⁴ (siehe unten c)). Anschließend wird das Kapitel über die Form eines **Betrauungsakts** nach nationalem Recht „vor die Klammer gezogen“ (siehe unten d)), da die damit zusammenhängenden beihilfe-, vergabe- und steuerrechtlichen Fragen unabhängig davon relevant sind, welche DAWI-Regelung im Einzelnen auf eine Maßnahme Anwendung findet. Da in der Praxis regelmäßig das Interesse besteht, Ausgleichszahlungen ohne Einbindung der Kommission, d.h. ohne ein (ggf. langwieriges) Notifizierungsverfahren, gewähren zu können,⁴⁷⁵ stehen schließlich die mögliche Förderung unter dem **DAWI-Freistellungsbeschluss** (siehe unten e)) und der **DAWI-De-minimis-Verordnung** (siehe unten f)) im Fokus.

Praxistipp: Die für DAWI relevanten Vorschriften sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html.

⁴⁷⁴ EuGH, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415, – *Altmark Trans*.

⁴⁷⁵ Zum Ablauf des Notifizierungsverfahrens s.u. VI.1., Rn. 414 ff.



a) **Definition einer Dienstleistung als DAWI**

- 306 Eine Sonderstellung im europäischen Beihilferecht genießen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV Ausgleichsleistungen des Staates an Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut worden sind. Die Kommission betrachtet grundsätzlich solche Aufgaben als DAWI, die der Durchsetzung eines Gemeinwohlinteresses dienen, die zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden.⁴⁷⁶ Allgemein umfasst die Betrauung mit einer besonderen Dienstleistungsaufgabe gemäß Artikel 106 Abs. 2 AEUV die Erbringung von Dienstleistungen, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte.⁴⁷⁷ Darunter dürften regelmäßig Leistungen der Daseinsvorsorge fallen, deren Erbringung strukturell defizitär ist.
- 307 DAWI sind damit zunächst von **nicht-wirtschaftlichen Leistungen** abzugrenzen, die im Rahmen einer staatlichen Aufgabe von der öffentlichen Hand oder u.U. auch Privatunternehmen erbracht werden. Der Ausgleich der Kosten für solche Leistungen unterliegt nicht dem Beihilferecht, da es an einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** und damit an der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Unternehmen“ fehlt (zu dem im kommunalen Bereich wichtigen sog. „**funktionalen Unternehmensbegriff**“ siehe oben Rn. 50). Für solche Leistungen müssen also **nicht** die Regelungen über DAWI herangezogen werden. Die DAWI-spezifischen Regelungen werden also erst relevant, wenn eine wirtschaftliche Leistung vorliegt, deren Erbringung aber im **Interesse der Allgemeinheit** liegt. Dann ist zu prüfen, ob diese als DAWI qualifiziert werden kann, so dass ihre beihilferechtliche Zulässigkeit Sonderregeln folgt.

Praxistipp: Wie oben im Zusammenhang des Unternehmensbegriffs dargestellt, findet Art. 107 AEUV insbesondere dann keine Anwendung, wenn der Staat **hoheitlich** handelt oder er Aufgaben etwa im Rahmen seines **sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen Auftrags** wahrnimmt (siehe dazu oben Rn. 52 ff.). Da es sich bei DAWI regelmäßig um Aufgaben der Daseinsvorsorge handelt, in deren Erbringung staatliche Stellen bzw. öffentliche Unternehmen involviert sind, ist diese Abgrenzung zu Anfang der Prüfung sorgfältig vorzunehmen. Denn auf dieser Grundlage ist festzustellen, ob eine Maßnahme ggf. schon keine **wirtschaftliche Leistung** und damit auch keine DAWI darstellt, und das Beihilferecht ggf. keine Anwendung findet.

⁴⁷⁶ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 50.

⁴⁷⁷ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 47.



- 308 Da es keine einschlägigen EU-Vorschriften dazu gibt, wann eine Dienstleistung eine DAWI darstellt, haben die Mitgliedstaaten bei der Festlegung dieser Dienstleistung und der Gewährung von Ausgleichsleistungen für den Dienstleistungserbringer einen weiten Ermessensspielraum. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich hierbei auf die Kontrolle, ob dem Mitgliedstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als DAWI kein offensichtlicher Fehler unterlaufen ist, und die Prüfung, ob die Ausgleichsleistungen staatliche Beihilfen umfassen.⁴⁷⁸
- 309 Die Prüfung eines **offensichtlichen Beurteilungsfehlers** bezieht sich dabei vor allem auf die Frage, ob eine Dienstleistung ohne eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung durch eine **DAWI** vom Markt erbracht werden kann. Die Kommission ist insoweit ausdrücklich der Auffassung, dass es nicht zweckmäßig wäre, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen an eine Dienstleistung zu knüpfen, die von Unternehmen, die im Einklang mit den **Marktregeln** handeln, zu **normalen Marktbedingungen** zufriedenstellend erbracht werden oder erbracht werden können. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn sich die normalen Marktbedingungen z.B. im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zur Dienstleistung mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken.⁴⁷⁹
- 310 Damit eine Dienstleistung als **DAWI** qualifiziert werden kann, muss an ihr darüber hinaus ein **allgemeines wirtschaftliches Interesse** bestehen, das gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale aufweist.⁴⁸⁰ An einem **allgemeinen** wirtschaftlichen Interesse fehlt es z.B. dann, wenn die Kostentragung für die betreffende Leistung nicht im Interesse der Allgemeinheit, sondern nur bestimmter Wirtschaftsbeteiligter ist, die die Kosten nach dem **Verursacherprinzip** zu tragen haben.⁴⁸¹

Fallbeispiel: Auch die de jure auf „offensichtliche Beurteilungsfehler“ beschränkte Kontrollbefugnis der Kommission kann dazu führen, dass die Kommission eine Leistung nicht als DAWI anerkennt, die vom Mitgliedstaat als solche definiert worden ist. Ein solcher

⁴⁷⁸ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 46.

⁴⁷⁹ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 48.

⁴⁸⁰ EuGH, Rs. C-179/90, EU:C:1991:464, Rn. 27 - *Merci convenzionali porto die Genova*; Rs. C-242/95, EU:C:1997:376, Rn. 53 – *GT-Link*.

⁴⁸¹ EuG, Rs. T-309/12, EU:T:2014:676, Rn. 60 ff. – *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission*.



Fall ist die **Tierkörperbeseitigung** durch einen kommunalen **Zweckverband**.⁴⁸² Die Kommission hat es als offensichtlichen Beurteilungsfehler angesehen, die Vorhaltung von **Seuchenreservekapazitäten** als DAWI zu qualifizieren.⁴⁸³ Diese Entscheidung wurde vom EuG bestätigt.⁴⁸⁴ Das EuG hat aber gleichzeitig auf den subsidiären Charakter dieser Qualifizierung hingewiesen. Auch im Fall einer DAWI hätte es die **Altmark-Trans-Kriterien** (insbesondere das vierte) nicht als erfüllt angesehen und damit auch insoweit einen **beihilferechtswidrigen Vorteil** für den Zweckverband bejaht.⁴⁸⁵ Der EuGH hat letzteres bestätigt, so dass es auf die Frage, ob der Kommission mit Blick auf die Nichtanerkennung der Vorhaltung einer Seuchenreservekapazität als DAWI ein Beurteilungsfehler unterlaufen ist, nicht mehr ankam.⁴⁸⁶ Die Entscheidung des EuG ist insoweit vom EuGH nicht überprüft, sondern nur im Ergebnis bestätigt worden.

311 Das BMWi rät ausdrücklich zu einem kritischen und zurückhaltendem Umgang mit DAWI bzw. stellt fest, dass eine vorherige informelle Abstimmung mit der Kommission bei geplanten DAWI-Maßnahmen sinnvoll sein kann.⁴⁸⁷

Praxistipp: Die Mitgliedstaaten müssen alle zwei Jahre gegenüber der Kommission über DAWI berichten (zu der Berichtspflicht gem. DAWI-Beschluss siehe unten Rn. 361 f.). Die Berichte Deutschlands können hilfreich dafür sein, sich einen Überblick zu verschaffen, welche Maßnahmen in Deutschland bisher als DAWI definiert worden sind und wie die Finanzierung vorgenommen wird. Beispielhaft wird hier auf den für Deutschland für die Berichtsjahre 2014/2015 eingereichten und öffentlich zugänglichen Bericht vom 23.06.2016 verwiesen, der unter folgendem Link abrufbar ist:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2015_2016/germany_de.pdf

⁴⁸² KOM, Beschluss v. 25.04.2012, C 19/2010, ABl. EU 2012 L 236/1, Rn. 142 – *Deutschland: Zweckverband Tierkörperbeseitigung*.

⁴⁸³ KOM, Beschluss v. 25.04.2012, Beihilfe C 19/2010, ABl. EU 2012 L 236/1, Rn. 179 ff. – *Deutschland: Zweckverband Tierkörperbeseitigung*.

⁴⁸⁴ EuG, Rs. T-309/12, EU:T:2014:676, Rn. 65 – *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission*.

⁴⁸⁵ EuG, Rs. T-309/12, EU:T:2014:676, Rn. 67, 135 – *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission*.

⁴⁸⁶ EuGH, Rs. C-446/14 P, EU:C:2016:97, Rn. 44 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

⁴⁸⁷ BMWi, Handbuch über staatliche Beihilfen, S. 75., abrufbar unter:
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6.



Dieser Bericht enthält im Einzelnen Erläuterungen zu **Krankenhäusern, Sozialen Dienstleistungen (Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, Zugang und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, sozialer Wohnungsbau sowie Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen)** und **Flug- und Seeverkehrshäfen**. Es wurden Betrauungsmaßnahmen in folgenden Bereichen genannt: **Wirtschaftsförderung, Technologieförderung, Tourismusförderung, Kultureinrichtungen, Schwimmbäder, Bildung, Zoos, Naturschutz und Landschaftspflege, Begegnungszentren, Parkraumbewirtschaftung, Energieberatung und Energiemanagement, Bodenbevorratung für öffentliche und agrarstrukturelle Zwecke, Beschäftigungsförderung, Rettungsdienste, Breitbandausbau, Maßnahmen im Bereich der Energie- und Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Abfallwirtschaft sowie Städtebau.**

Diesem Bericht kann jedoch nicht entnommen werden, wie die Kommission auf die Freistellung reagiert hat. Allerdings kann die Kommission gerade solche Berichte dazu nutzen, um anhand von Stichproben zu prüfen, ob die genannten Finanzierungsmaßnahmen im Einklang mit den einschlägigen DAWI-Regelungen stehen, und Prüfungsverfahren einzuleiten. So führte die Kommission etwa eine Nachprüfung dazu durch, ob von deutschen Behörden auf der Grundlage des DAWI-Freistellungsbeschlusses gewährte Maßnahmen im Bereich der Wirtschaftsförderung und der Tourismusförderung den Anforderungen der Kommission insbesondere hinsichtlich des DAWI-Charakters der Tätigkeit genügen und äußerte diesbezüglich allgemeine Zweifel. Deshalb können die in Berichten beschriebenen DAWI-Maßnahmen bzw. Vorgehensweisen nicht ohne weiteres übernommen werden. Sollten auf kommunaler, Landes- und Bundesebene Betrauungsakte bzgl. Leistungen in Erwägung gezogen werden, die den in diesem Bericht genannten vergleichbar sind, könnte auf Landes- und Bundesebene mit den zuständigen Beihilferreferaten in den zuständigen Ministerien Kontakt aufgenommen werden (zu den Kontaktadressen siehe unten Rn. 415 f.). Dort könnten ggf. vorhandene Reaktionen der Kommission abgefragt bzw. inhaltlich abgestimmt werden, ob etwas dagegen spricht, in vergleichbarer Weise vorzugehen.

b) Die Vorschriften der Kommission für DAWI und ihre Systematik

312 Kann eine Dienstleistung als DAWI qualifiziert werden, sind die umfassenden sekundärrechtlichen Vorgaben und Regelungen in Form von sog. „soft law“ einschlägig, die die Kommission zu DAWI getroffen hat. Diese Vorschriften wurden zunächst im sog. **Monti-**



Paket gebündelt, welches von 2005 bis 2011 in Kraft war.⁴⁸⁸ Nach einem breit angelegten Reformprozess finden sich die Rechtsgrundlagen für die Freistellung und Genehmigung von DAWI seit dem 31.01.2012 im sog. **Almunia-Paket**. Das Legislativpaket besteht aus folgenden Rechtsakten:

- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI vom 20.12.2011⁴⁸⁹, sog. **DAWI-Mitteilung**;
- De-minimis-Verordnung Nr. 360/2012 der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 25.04.2012⁴⁹⁰, sog. **DAWI-De-minimis-Verordnung**;
- Beschluss der Kommission über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind vom 20.11.2011⁴⁹¹, sog. **DAWI-Freistellungsbeschluss**;
- Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen vom 20.12.2011⁴⁹², sog. **DAWI-Rahmen**.

313 Die DAWI-Mitteilung formuliert auf Grundlage der einschlägigen Unionsrechtsprechung die **Schlüsselkonzepte**, die der Anwendung der Beihilfavorschriften auf Ausgleichsleistungen für DAWI zugrunde liegen. Dort finden sich für Kommunen hilfreiche Erläuterungen zu den Begriffen „Unternehmen“ bzw. „wirtschaftliche Tätigkeit“ sowie weitere Ausführungen zu den Tatbestandsmerkmalen „staatliche Mittel“ und „Auswirkungen auf den Handel“. Die **DAWI-Mitteilung** gehört damit nicht in den Bereich der Vereinbarkeitsprüfung. Sie dient vielmehr als Auslegungshilfe für den **Beihilfetatbestand**. Darin wird ausgeführt, ob bzw. welche Leistungen, die im Rahmen eines öffentlichen Auftrags bzw. im Rahmen der Daseinsvorsorge erbracht werden, überhaupt Beihilfen darstellen können. Deshalb wurde die **DAWI-Mitteilung** in dieser Handreichung oben im Rahmen der Darstellung des Beihilfetatbestandes und insbesondere mit Blick auf den **funktionalen Unternehmensbegriff** umfassend herangezogen (siehe oben z.B. Rn. 55). Auch das Tatbestandsmerkmal der

⁴⁸⁸ Das Monti-Paket bestand aus der Freistellungsentscheidung (ABl. EU 2005 L 312/67), dem Gemeinschaftsrahmen (ABl. EU 2005 C 297/4) und der Richtlinie 2005/81/EG zur Änderung der Transparenzrichtlinie (ABl. 2005 L 312/47).

⁴⁸⁹ ABl. EU 2012 C 8/4.

⁴⁹⁰ ABl. EU 2012 L 114/8.

⁴⁹¹ ABl. EU 2012 L 7/3.

⁴⁹² ABl. EU 2008 C 8/15.



„**Begünstigung**“ wird darin erörtert und die oben bereits dargestellten sog. *Altmark-Kriterien* der EuGH-Rechtsprechung erläutert⁴⁹³. Die Erfüllung dieser Kriterien führt dazu, dass schon tatbestandlich mangels „**Begünstigung**“ keine Beihilfe vorliegt. Dann wird angenommen, dass die Leistungen der öffentlichen Hand nur dazu dienen, die Nachteile auszugleichen, die durch die Erbringung der DAWI entstehen. Damit fehlt es an einem **beihilferelevanten Vorteil** (siehe dazu oben Rn. 103).

314 Auch die **DAWI-De-minimis-VO**⁴⁹⁴ ist im Beihilfetatbestand zu verorten. Sie sieht vor, dass Beihilfen von max. 500.000 Euro in drei Steuerjahren von der Anmeldepflicht befreit sind. Sie regelt damit die Voraussetzungen dafür, dass eine Maßnahme in Form von Ausgleichsleistungen für DAWI das Maß einhält, das nicht zu einer Handelsbeeinträchtigung bzw. Wettbewerbsverfälschung führt bzw. eine solche auch nicht droht.⁴⁹⁵

315 Die beiden verbleibenden genannten Vorschriften bzgl. DAWI (der DAWI-Freistellungsbeschluss und der DAWI-Rahmen) kommen im Rahmen der **Vereinbarkeitsprüfung** zur Anwendung. Der **DAWI-Freistellungsbeschluss** legt die Kriterien fest, die erfüllt werden müssen, damit Ausgleichszahlungen ohne Anmeldungserfordernis als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Liegen die Voraussetzungen dieser Norm vor, ist die einschlägige Maßnahme also freigestellt, bedarf es keines Notifizierungsverfahrens in Brüssel. Der DAWI-Freistellungsbeschluss ist in rechtssystematischer Hinsicht daher mit der AGVO vergleichbar.

316 Liegen diese Voraussetzungen dagegen nicht vor, muss notifiziert werden. In diesem Fall kommt der sog. **DAWI-Rahmen** zur Anwendung. Daraus ergeben sich die Voraussetzungen, unter denen notifizierungspflichtige Ausgleichszahlungen von der Kommission genehmigt werden können. Beide Vorschriften nehmen folgerichtig ausdrücklich auf Art. 106 Abs. 2 AEUV als Rechtsgrundlage für die beihilferechtliche Würdigung staatlicher Beihilfen für DAWI Bezug.⁴⁹⁶

⁴⁹³ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 42 ff.

⁴⁹⁴ ABl. EU 2012 L 114/8.

⁴⁹⁵ DAWI-De-minimis-VO, ABl. EU 2012 L 114/8, Erwägungsgrund 3.

⁴⁹⁶ DAWI-Freistellungsbeschluss, ABl. EU 2012 L 7/3, Erwägungsgrund 7 ff.



c) **Die Systematik der DAWI-Vorschriften mit Blick auf die Altmark Trans-Kriterien**

317 Die sog. **Altmark Trans-Kriterien** der EuGH-Rechtsprechung, die auch in der **DAWI-Mitteilung** im Einzelnen wiedergegeben sind,⁴⁹⁷ sind prima facie – wie oben dargestellt – nur für die Beurteilung relevant, ob tatbestandlich eine Beihilfe gegeben ist. Dazu wird oben auf Rn. 103 verwiesen. Liegen die Kriterien kumulativ nicht vollständig vor, ist von einer Beihilfe auszugehen, wenn sich nicht aus der DAWI-Mitteilung etwas anderes ergibt. Dann bedarf es der Prüfung der Vereinbarkeit nach Maßgabe des DAWI-Freistellungsbeschlusses oder des DAWI-Rahmens. Die **Altmark Trans-Kriterien** sind jedoch auch für diese Prüfung auf der Ebene der Vereinbarkeit von entscheidender Bedeutung. Denn sie sind in abgestufter bzw. einschlägig ergänzter Form gleichermaßen Gegenstand o.g. Regelungen des DAWI-Pakets. Sie sind damit für das Verständnis von DAWI und der Systematik der oben dargestellten DAWI-Regelungen unerlässlich. Daher werden die Kriterien im Folgenden wiederholt:⁴⁹⁸

- Das Unternehmen, welches die staatlichen Zahlungen erhält, muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, wobei Art, Dauer und Umfang der Tätigkeit bereits im **Betraungsakt** bestimmt sein müssen.
- Die **Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen** müssen bereits im Vorhinein objektiv und transparent aufgestellt werden.
- Der Ausgleich darf nicht zu einer **Überkompensation** führen, nur ein angemessener Gewinn ist zulässig.
- Die Höhe des zu gewährenden Ausgleichs ist – wenn möglich – im Rahmen eines **Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge** zu bestimmen, andernfalls ist der Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die für die Erfüllung der Verpflichtungen bei einem **durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das angemessen mit den für die Erbringung der Leistung erforderlichen Betriebsmitteln ausgestattet ist**,⁴⁹⁹ entstehen würden.

318 Die **Altmark Trans-Kriterien** haben wie folgt in die Regelungen des DAWI-Pakets Eingang gefunden:

- Der **Betraungsakt** des **ersten Altmark Trans-Kriteriums** ist das einzige für sämtliche DAWI-Regelungen relevante Kriterium, also auch die **DAWI-De-minimis-VO**. Der

⁴⁹⁷ DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 42 ff.

⁴⁹⁸ EuGH, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415, Rn. 89-93 – *Altmark Trans*.

⁴⁹⁹ Vgl. zum Begriff des angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten, durchschnittlichen und gut geführten Unternehmens auch Tz. 70 ff. der DAWI-Mitteilung (ABl. EU 2012 C 8/4).



Betrauungsakt ist für die Einordnung als DAWI als solche unverzichtbar. Sämtliche oben genannte Sonderregelungen für DAWI verlangen einen Betrauungsakt.

- Das **zweite** und das **dritte *Altmark Trans-Kriterium*** haben sowohl Eingang in den **DAWI-Freistellungsbeschluss** als auch in den **DAWI-Rahmen** gefunden. Für die Freistellung bedarf es der konkreten Darlegung, dass und warum die vorgesehene **Ausgleichsleistung** nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der DAWI verursachten **Nettokosten** zu decken. Auch die Kontrolle einer **Überkompensation** insoweit muss gewährleistet sein.⁵⁰⁰ Im DAWI-Rahmen wird darüber hinaus bzgl. der Höhe der Ausgleichsleistungen noch differenzierter und unter Darlegung der Kalkulationsmethode ausgeführt, wie die **Nettokosten** zu ermitteln und eine Überkompensation zu vermeiden sind.⁵⁰¹ Dies zeigt, dass die inhaltlichen Anforderungen an gemäß dem DAWI-Freistellungsbeschluss freigestellte Maßnahmen vergleichsweise geringer sind, was durch die gegenüber dem DAWI-Rahmen geringere maximal zulässige Höhe der Ausgleichszahlungen nach dem Freistellungsbeschluss und der damit verbundenen geringeren Beeinträchtigung des Binnenmarktes gerechtfertigt wird. Eine Notifizierung bei der Kommission bedarf dagegen eines beträchtlichen Begründungsaufwands, der sich am DAWI-Rahmen zu orientieren hat, damit eine Genehmigung durch die Kommission erfolgen kann.
- Das sog. **vierte *Altmark Trans-Kriterium*** hat in **keine** der o.g. DAWI-Sonderregelungen Eingang gefunden (eine Ausnahme gilt nur für den öffentlichen Nahverkehr, für den die genannten DAWI-Vorschriften nicht anzuwenden sind, sondern spezielle Vorschriften gelten, siehe dazu unten Rn. 372 ff.). Denn wenn dieses Kriterium (zusätzlich zu den o.g. ersten bis dritten ***Altmark Trans-Kriterien***) erfüllt wäre, läge schon tatbestandliche keine Beihilfe vor. Damit wären die genannten DAWI-Vorschriften, die (mit Ausnahme von DAWI-Mitteilung und DAWI-De-minimis-VO) die Vereinbarkeit regeln, nicht mehr von Belang. Abschnitt 2.6. des DAWI-Rahmens „Einhaltung der EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen“ ist ein Rechtsgrundverweis auf die vergaberechtlichen Vorschriften. Dementsprechend besteht eine Ausschreibungspflicht im Anwendungsbereich des DAWI-Rahmens (und der übrigen DAWI-Vorschriften) nur, soweit sich eine solche aus dem Vergaberecht selbst ergibt. Demgegenüber begründet Abschnitt 2.6. des DAWI-Rahmens keine eigenständige, unabhängig von den vergaberechtlichen Vorschriften bestehende Ausschreibungspflicht. Selbst wenn das Vergaberecht im Einzelfall einschlägig sein sollte, weil die Betrauung mit der Erteilung eines öffentlichen Auftrags i.S.d. vergaberechtlichen Vorschriften einhergeht, gelten die dort vorgesehenen Möglichkeiten einer ausschreibungsfreien **Inhouse-Vergabe** .

⁵⁰⁰ DAWI-Freistellungsbeschluss, ABl. EU L 7/3, Art. 5 und 6.

⁵⁰¹ DAWI-Rahmen, ABl. EU 2012 C 8/15, Rn. 21 ff.



d) Form eines Betrauungsakts nach nationalem Recht

319 Sämtlichen rechtlichen Maßstäben, anhand derer die Kommission die Beihilferechtskonformität von Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI prüft, ist eines gemeinsam. Es bedarf immer einer **Betrauung** des betroffenen Unternehmens mit der Erbringung der DAWI. Die Betrauung muss spätestens gleichzeitig mit der Gewährung der Ausgleichsleistung vorliegen. Eine Heilung rechtswidriger Beihilfen durch eine nachträgliche Betrauung ist nicht vorgesehen. Wie oben bereits erläutert, gilt das Betrauungserfordernis sowohl für die **Altmark-Trans Kriterien** (vgl. oben Rn. 103) und die **DAWI-De-minimis-Verordnung**, bei deren Erfüllung bereits das Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe ausgeschlossen ist, als auch für die **Vereinbarkeitsprüfung** nach Maßgabe des **DAWI-Freistellungsbeschlusses** oder des **DAWI-Rahmens**. Wie bereits dargestellt, wird der DAWI-Rahmen als solcher in dieser Handreichung zwar nicht gesondert erörtert. Dieses Kapitel bzgl. der möglichen Formen eines Betrauungsakts nach nationalem Recht ist jedoch gleichermaßen auch für DAWI-Ausgleichleistungen relevant, die nach dem DAWI-Rahmen zu beurteilen und damit zu notifizieren sind. Die folgenden Ausführungen sind damit nicht nur im Fall einer Freistellung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss, sondern auch im Falle einer Notifizierungspflicht bei der Kommission zu beachten.

320 Die Betrauung setzt einen Akt voraus, der grundsätzlich folgende Angaben enthalten muss:⁵⁰²

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;
- Unternehmen und ggf. das betreffende Gebiet;
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;
- Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen.

321 Die spezifischen DAWI-Regelungen enthalten zu diesen Anforderungen Erläuterungen als auch – für De-minimis-Beihilfen – Erleichterungen. Darauf wird im Einzelnen in den jeweiligen folgenden Kapiteln zum DAWI-Freistellungsbeschluss und der DAWI-De-

⁵⁰² Jeweils fast gleichlautend: DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 52; DAWI-Rahmen, ABl. EU 2012 C 8/15, Rn. 16, Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss, ABl. EU 2012 L 7/3, „Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“, im Folgenden „DAWI-Leitfaden“, Antwort zu Frage 47, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf.



minimis-VO eingegangen (siehe unten Kapitel V. 1. e) und f)). Im folgenden Abschnitt werden diese Anforderungen insoweit erörtert, als sie im Zusammenhang mit der Wahl der Form des Betrauungsakts nach nationalem Recht und den damit in Verbindung stehenden beihilfe-, vergabe- und steuerrechtlichen Fragen von Bedeutung sind.

aa) Keine europarechtliche Festlegung der Form eines Betrauungsakts

322 Die **Form der Betrauung** wird von der Kommission nicht vorgegeben. Sie kann entsprechend der politischen Struktur und der administrativen Organisation des Mitgliedstaats frei gewählt werden. Das Beihilferecht kennt „keinen Standard-Betrauungsakt“. ⁵⁰³ Maßgeblich ist, dass der **Betrauungsakt** nach nationalem Recht eine Verpflichtung für den ausgewählten Dienstleister zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung begründet. Auf die ausdrückliche Bezeichnung als Betrauungsakt kommt es nicht an. ⁵⁰⁴ Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit bietet es sich gleichwohl an, den Umstand der Betrauung im Förderbescheid oder dem alternativ gewählten Rechtsakt ausdrücklich zu benennen.

323 Nach deutschem Recht kann eine Betrauung in unterschiedlicher Gestalt erfolgen, z.B. durch

- **Zuwendungsbescheid,**
- **vertragliche Vereinbarung** oder
- durch **Gemeinderatsbeschluss** und **gesellschaftsrechtliche Weisung** (sog. **gesellschaftsrechtliche Lösung**).

324 Welche dieser Handlungsformen vorzugswürdig ist, kann nicht einheitlich für alle Fälle beantwortet werden. Vielmehr sind beihilfe-, vergabe- und steuerrechtliche Grundsätze zu beachten, die sich je nach den Umständen des Einzelfalls unterschiedlich auswirken können. Als weitere Gesichtspunkte für die Wahl der sinnvollsten Handlungsform können Zweckmäßigkeitserwägungen wie etwa die Größe und Organisationsstruktur der betrauenden Einrichtung, Umfang etwaiger gesellschaftsrechtlicher Verbindungen zu dem zu betrauenden Unternehmen sowie der Gegenstand der DAWI eine Rolle spielen.

bb) Beihilferecht

325 Wie bereits dargelegt, kommt es in beihilferechtlicher Hinsicht entscheidend darauf an, dass der **Betrauungsakt** eine rechtlich bindende Verpflichtung des ausgewählten Dienstleisters

⁵⁰³ DAWI-Leitfaden, Antwort zu Frage 47.

⁵⁰⁴ DAWI-Leitfaden, Antwort zu Frage 47.



gegenüber der betrauenden Behörde zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung begründet. Eine solche Verpflichtung kann beihilferechtlich unproblematisch durch einen **Zuwendungsbescheid** oder den Abschluss einer **vertraglichen Vereinbarung** über die Erbringung der DAWI (z.B. Geschäftsbesorgungsvertrag) begründet werden. Denn dies sind die Fälle, in denen die betrauende Behörde unmittelbar mit „Außenwirkung“ rechtlich verbindlich handelt.

- 326 Für eine Betrauung durch **Zuwendungsbescheid** können sich durch bestehende nationale Regelungen aus beihilferechtlicher Sicht Erleichterungen ergeben. Dies gilt insbesondere für die o.g. beihilferechtliche Anforderung, dass der Betrauungsakt die **Parameter für die Berechnung**, Überwachung und Änderung der **Ausgleichsleistungen** enthalten muss. Diesbezüglich können sowohl auf Bundesebene als auch auf Landesebene ggf. bereits vorhandene allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungsbescheide genutzt werden. Dies ist davon abhängig, ob eine Bundesbehörde handelt bzw. bei Landes- oder kommunalen Behörden, in welchem Bundesland die Betrauung erfolgt. Auf Bundesebene sind dies **Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)**, Anlage 2 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO, und **Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I)**, Anlage 1 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO. Auch den Verwaltungsvorschriften zu den Landeshaushaltsordnungen sämtlicher Länder sind entsprechende Nebenbestimmungen (**ANBest-P** und **ANBest-I**) beigelegt.

Praxistipp (für Rheinland-Pfalz): Bei der Betrauung durch **Zuwendungsbescheid** ergeben sich auch in Rheinland-Pfalz durch Regelungen auf Landesebene Erleichterungen. Dafür ist zwischen der Zuwendung als **Projektförderung** oder als **institutionelle Förderung** im Wege einer **Fehlbedarfsfinanzierung** zu unterscheiden. In Abhängigkeit davon werden die Allgemeinen Nebenbestimmungen des Landes Rheinland-Pfalz zur Projektförderung (**ANBest-P**)⁵⁰⁵ oder zur institutionellen Förderung (**ANBest-I**)⁵⁰⁶ regelmäßig zum Bestandteil eines Zuwendungsbescheides, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, und sind diesem beizufügen. Diese allgemeinen Nebenbestimmungen sehen vor, dass der Entscheidung über die Zuwendung im Falle der Projektförderung ein **Finanzierungsplan** und im Falle der institutionellen Förderung ein **Wirtschaftsplan** des Zuwendungsempfängers

⁵⁰⁵ Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – Teil I/Anlage 3 (ANBest-P) zu § 44 VV-LHO, MinBl. 2012, 410.

⁵⁰⁶ Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung – Teil I/Anlage 2 (ANBest-I) zu § 44 VV-LHO, MinBl. 2012, 410.



zugrunde zu legen ist. Aus dem Finanzierungs- bzw. Wirtschaftsplan ergeben sich die **Parameter** für die Berechnung der Ausgleichsleistung, so dass diese im Zuwendungsbescheid nicht noch einmal aufgeführt werden müssen. Vielmehr genügt eine ausdrückliche Bezugnahme und Beifügung des Finanzierungs- bzw. Wirtschaftsplans als Anlage zum Zuwendungsbescheid. Die Verknüpfung von Betrauungsakt und Finanzierungs- bzw. Wirtschaftsplan hat in der Praxis zur Folge, dass sich die Dauer des Betrauungszeitraums mit dem Planungszeitraum des Finanzierungs- bzw. Wirtschaftsplans deckt. In der Regel beläuft sich der Zeithorizont eines Wirtschaftsplans auf das kommende Jahr. Für eine Förderung im Wege der institutionellen Fehlbedarfsfinanzierung bedeutet dies, dass sich der Betrauungszeitraum in diesen Fällen auf das Wirtschaftsjahr erstreckt, auf das sich der Wirtschaftsplan bezieht.

Bei der Betrauung durch einen **Zuwendungsbescheid** bedarf es auch mit Blick auf die Kontrolle der Überkompensation keiner gesonderten Ausführungen. Hier folgt die Pflicht zur Rückforderung unmittelbar aus den gesetzlichen Vorschriften über Verwaltungsakte i.V.m. den dem Zuwendungsbescheid beizufügenden Allgemeinen Nebenbestimmungen **ANBest-P** oder **ANBest-I** des Landes Rheinland-Pfalz. Erzielt das mit der DAWI betraute Unternehmen höhere Einnahmen als in dem dem Zuwendungsbescheid beigefügten **Wirtschaftsplan** angenommen, ist dies eine auflösende Bedingung i.S.v. § 1 Abs. 1 LVwVfG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG mit der Folge, dass die Überzahlung gemäß § 1 Abs. 1 LVwVfG i.V.m. § 49 a Abs. 1 S. 1 Var. 3 VwVfG i.V.m. Ziff. 9.2.3 der **ANBest-P** bzw. **ANBest-I** zurückzufordern ist. Werden die zugewendeten Mittel sachfremd verwendet, folgt die Pflicht zur Rückforderung aus § 1 Abs. 1 LVwVfG i.V.m. § 49 a Abs. 1 Var. 2, § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG.

327 Zu einer gewissen Verunsicherung hinsichtlich der Anforderungen an die Betrauung eines nicht in die Verwaltungsstrukturen eingebundenen Dienstleisters durch **Zuwendungsbescheid** hat ein Beschluss des Oberlandesgerichts München geführt.⁵⁰⁷ Nach dieser im Schwerpunkt vergaberechtlichen Entscheidung ist ein Zuwendungsbescheid, der den Zuwendungsempfänger zugleich zur Erbringung einer DAWI verpflichtet, nicht als ausschließlich begünstigender sondern als teilweise belastender Verwaltungsakt anzusehen. Aus diesem Grunde bedürfe ein entsprechender Verwaltungsakt einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁵⁰⁸ Soweit ersichtlich hat sich diese Entscheidung auf die

⁵⁰⁷ Vgl. Käppel/Scheider/Tschirmer, EWS 2015, S. 320.

⁵⁰⁸ OLG München, Beschluss vom 22.06.2011 – Verg 6/11, Gründe II. 1. b).



Betrauungspraxis per Zuwendungsbescheid in Deutschland nicht ausgewirkt. Denn nach wohl zutreffendem Verständnis macht die Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur DAWI-Erbringung den Zuwendungsbescheid in der Regel nicht (beziehungsweise jedenfalls nicht zwingend) zu einem (teilweise) belastenden Verwaltungsakt. Vielmehr entspricht es gängiger Praxis, dass begünstigende Zuwendungsbescheide die Erfüllung des eigentlichen Zuwendungszwecks durch Nebenbestimmungen (z.B. Zweckbindungen, Zweckbindungsfristen, Auflagen) sicherstellen. Dabei handelt es sich um Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid, die den grundsätzlich begünstigenden Charakter des Verwaltungsakts unberührt lassen und daher keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Vieles spricht dafür, dass auch die in einem Zuwendungsbescheid mitenthaltene Betrauung als Nebenbestimmung zum eigentlich begünstigenden Verwaltungsakt anzusehen ist, so dass die Rechtmäßigkeit der Betrauung keine (jedenfalls keine über die Regelung des § 36 VwVfG hinausgehende) gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraussetzt. Dementsprechend genügt im deutschen Zuwendungsrecht die Verankerung der Förderung in einem Haushaltstitel. Anders als im Bereich der Eingriffsverwaltung findet der Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungsverwaltung regelmäßig keine Anwendung.

- 328 Für eine Gemeinde, die selbst als Gesellschafterin an einem (kommunalen) Unternehmen beteiligt ist, kommt neben der Betrauung durch Zuwendungsbescheid oder durch vertragliche Vereinbarung eine Betrauung auch im Rahmen der sog. **gesellschaftsrechtlichen Lösung** in Betracht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der **Gesellschaftsvertrag** für sich genommen aus beihilferechtlicher Sicht für eine ordnungsgemäße Betrauung in aller Regel nicht ausreichend ist. Denn ein Gesellschaftsvertrag ermächtigt die Geschäftsführung im Regelfall nur zur Vornahme bestimmter Handlungen, ohne eine entsprechende Handlungsverpflichtung mit Außenwirkung auszulösen. Zudem dürften die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags den o.g. beihilferechtlichen Anforderungen an die Konkretisierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und die Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistung (vgl. dazu oben Rn. 326) in den wenigsten Fällen genügen.⁵⁰⁹ Dies gilt insbesondere auf den in der Praxis häufig vorkommenden Fall, dass eine Gemeinde einem bereits bestehenden (öffentlichen) Unternehmen nachträglich die Erbringung einer bestimmten DAWI zusätzlich zum bisherigen Geschäftsfeld übertragen möchte. Denn in diesem Fall enthält der Gesellschaftsvertrag naturgemäß keine Bestimmungen über den Gegenstand der DAWI und die Berechnung der Ausgleichsleistung.

⁵⁰⁹ Vgl. hierzu Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 90.



329 Daher bedarf es für eine ordnungsgemäße Betrauung im Rahmen der **gesellschaftsrechtlichen Lösung** grundsätzlich zunächst eines Beschlusses des zuständigen Kollegialorgans, z.B. eines **Gemeinderatsbeschlusses**, der eine hinreichende Konkretisierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, des Ausgleichsmechanismus inkl. Parameter für den Ausgleich und der Maßnahmen zur Überkompensationskontrolle enthält.

Praxistipp: Erfolgt die Betrauung in Gestalt der **gesellschaftsrechtlichen Lösung**, bedarf es z.B. zur Überkompensationskontrolle der Aufnahme einer ausdrücklichen Rückforderungsklausel in den Gemeinderatsbeschluss. Darin ist zu regeln, dass und in welcher Höhe die Gemeinde eine Rückforderung gegenüber dem Dienstleister geltend zu machen hat, wenn dieser eine höhere Zuwendung erhalten hat, als ihm nach dem Ausgleichsmechanismus zusteht (vgl. hierzu den Formulierungsvorschlag spezifisch mit Blick auf eine Freistellung gemäß Art. 6 Abs. 2 des DAWI-Freistellungsbeschlusses unten in Rn. 360).

330 Der Ratsbeschluss verpflichtet in der Regel den Bürgermeister oder andere Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung, eine **Weisung** durch die **Gesellschafterversammlung** an die Geschäftsführung zur Erbringung der entsprechenden DAWI herbeizuführen. Eine solche Weisung durch die **Gesellschafterversammlung** einschließlich der Vertreter der Gemeinde ohne vorherigen Ratsbeschluss genügt für eine Betrauung nicht. Zwar bindet die **Weisung** der Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung im Innenverhältnis der Gesellschaft und ihren Organen. Sie begründet aber keine Verpflichtung der Gesellschaft im Außenverhältnis gegenüber der Gemeinde zur DAWI-Erbringung. Zur Herstellung einer Verpflichtung im Außenverhältnis bedarf es zusätzlich des o.g. Beschlusses des Gemeinderates. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Verpflichtung der Geschäftsführung zur Durchführung der DAWI nicht „nur“ auf einer internen Weisung beruht. Zwar entfaltet auch ein Ratsbeschluss zunächst nur interne Wirkung (in diesem Fall innerhalb der Gemeinde). Er erlangt aber dadurch Außenwirkung, dass die zuständigen Vertreter der Gemeinde den Willen des Gemeinderates gegenüber den übrigen Gesellschaftern bzw. der Geschäftsführung nach außen vollziehen. Diese weit verbreitete Praxis der Betrauung ist von der Kommission bislang in keinem Fall hinterfragt worden.

Praxistipp: Für die Betrauung eines **Regie- oder Eigenbetriebs** hingegen genügt ein hinreichend konkreter **Gemeinderatsbeschluss**. Regie- und Eigenbetriebe sind Teil der Gemeindeverwaltung ohne eigene Rechtspersönlichkeit. In diesem Fall bedarf es daher keines Betrauungsakts mit rechtlicher Außenwirkung. Dem steht nach überzeugender Auffassung auch nicht entgegen, dass Eigenbetriebe nach § 10 der Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung



Rheinland-Pfalz (EigAnVO) finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten sind und mit dem Werkausschuss und der Werkleitung über eigene Organe verfügen. So beschließt gemäß § 2 EigAnVO der Gemeinderat über grds. alle Angelegenheiten des Eigenbetriebs, die nach § 32 Abs. 2 GemO seiner Beschlussfassung vorbehalten sind. Der Bürgermeister wiederum ist Vorgesetzter der Werkleitung und gemäß § 6 Abs. 2 EigAnVO mit hinreichender Weisungsbefugnis dieser gegenüber ausgestattet.

cc) Umsatzsteuerrecht

331 **Umsatzsteuer** fällt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG auf Umsätze aus Leistungen an, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt ausführt (sog. umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch). Da ein Betrauungsakt beihilferechtlich zwingend auch die Konkretisierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung enthalten und die Parameter für den Ausgleich nennen muss, könnte bereits daraus auf ein gewisses „Leistungsverhältnis“ geschlossen werden. Deshalb stellt sich in der Praxis regelmäßig die Frage der Umsatzsteuerbarkeit von Ausgleichsleistungen. Für die Wahl der im jeweiligen Einzelfall vorteilhaftesten Form der Betrauung sollte deshalb auch das Umsatzsteuerrecht berücksichtigt werden.

332 Ob eine Lieferung oder sonstige Leistung als gegen Entgelt ausgeführt und deshalb als steuerbarer Umsatz nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG 1993 zu erfassen ist, richtet sich danach, ob ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der erbrachten Leistung und einer empfangenen Gegenleistung besteht. Der Leistungsempfänger muss identifizierbar sein; er muss einen Vorteil erhalten, der einen Kostenfaktor in seiner Tätigkeit bilden könnte und damit zu einem Verbrauch im Sinne des gemeinsamen Mehrwertsteuerrechts führt. In Fällen, in denen ein anderer Unternehmer die Erfüllung der Aufgaben einer juristischen Person des öffentlichen Rechts übernimmt und im Zusammenhang damit Geldzahlungen erhält, bestimmt sich die Frage, ob die Leistung des Unternehmers derart mit der Zahlung (Zuschuss) verknüpft ist, dass sie sich auf die Erlangung einer Gegenleistung (Zahlung) richtet, in erster Linie nach den Vereinbarungen des Leistenden mit dem Zahlenden.⁵¹⁰ Nach der Rechtsprechung des BFH liegt ein solcher umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch bei Leistungen, zu deren Ausführung sich die Vertragsparteien in einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet haben, grundsätzlich vor.⁵¹¹ Daher sprechen umsatzsteuerrechtliche Gründe gegen die Betrauung in der Rechtsform einer **vertraglichen Vereinbarung**. Etwas anderes kann

⁵¹⁰ BFH, Urteil vom 9.11.2006, V R 9/04, Rn. 42 f. m.w.N.

⁵¹¹ BFH, Urteil vom 09.11.2006, V R 9/04, Rn. 43. m.w.N.



allenfalls für öffentlich-rechtliche Verträge gelten, durch die juristische Personen des öffentlichen Rechts zur Erbringung von DAWI verpflichtet werden. Gemäß § 2b UStG sind juristische Personen des öffentlichen Rechts keine Unternehmen und unterliegen nicht der Umsatzbesteuerung, soweit sie Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben. Als entsprechende Tätigkeiten „im Rahmen der öffentlichen Gewalt“ kommen nur solche in Betracht, bei denen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung tätig werden. Eine solche Sonderregelung kann sich gemäß einem zu der Vorschrift ergangenen Schreiben des Bundesfinanzministeriums auch aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben.⁵¹²

- 333 Dagegen wird bei Betrauungen in Gestalt eines **Zuwendungsbescheids** oder der **gesellschaftsrechtlichen Lösung** regelmäßig anhand der Umstände des Einzelfalls ermittelt, ob ein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch vorliegt, d.h. ob die betrauende Behörde als Leistungsempfängerin anzusehen ist. Letzteres wurde in der Rechtsprechung auf nationaler Ebene etwa mit der Begründung bejaht, dass die betreffende Leistung nicht unmittelbar durch Dritte – insbesondere die Endnutzer der Dienstleistung – in Anspruch genommen und daher nicht von ihnen, sondern von der betrauenden Behörde „verbraucht“ wurde.⁵¹³ Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass viel dafür spricht, dass die Umsatzsteuerbarkeit des staatlichen Ausgleichs im Falle eines Verbrauchs der zu erbringenden Leistung unmittelbar durch die Endnutzer verneint werden kann.

Praxistipp: Rechtssicherheit bzgl. der Umsatzsteuerbarkeit von Ausgleichsleistungen kann durch eine verbindliche Auskunft (§ 89 Abs. 2 Abgabenordnung) der zuständigen Steuerbehörde erlangt werden. Diese muss **vor** der Betrauung eingeholt werden. Die Steuerbehörde wird dabei im Einzelnen prüfen, ob es sich bei der Ausgleichsleistung um einen „**echten Zuschuss**“ i.S.d. **Umsatzsteuer-Anwendungserlasses** (UStAE)⁵¹⁴ des Bundesfinanzministeriums handelt, der nicht als Entgelt i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG anzusehen und daher nicht umsatzsteuerbar ist. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung

⁵¹² BMF, Schreiben v. 16.12.2016 – III C 2 – S 7107/16/10001, DOK 2016/1126266, vgl. dort Abschnitt 3.

⁵¹³ Vgl. den Umkehrschluss aus FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.8.2011, 4 K 51/10, Rn. 22.

⁵¹⁴ Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 01.10.2010, BStBl I S. 846, zuletzt geändert durch Schreiben des BMF vom 07.12.2015, abrufbar unter:
http://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Steuern/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer_Anwendungserlass/umsatzsteuer_anwendungserlass.html.



einer Zuwendung als Zuschuss an. Ausschlaggebend ist allein, ob die Zuwendung für eine im konkreten Individualinteresse des Zuwendungsgebers liegende Leistung (dann Entgelt) oder eine im Allgemeininteresse erbrachte Leistung (dann Zuschuss) erfolgt. Die Frage, ob ein „echter Zuschuss“ und damit kein Entgelt vorliegt, richtet sich nach den Kriterien in Ziffer 10.2 Abs. 7 UStAE. Danach sind Zahlungen, die im überwiegenden öffentlichen Interesse oder aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen gewährt werden, echte Zuschüsse. Das Gleiche gilt für Kapitalzuführungen von Gesellschaftern, durch die die Gesellschaft allgemein in die Lage versetzt werden soll, überhaupt tätig zu werden oder die ihr nach dem Gesellschaftszweck obliegenden Aufgaben zu erfüllen. Der UStAE stellt klar, dass u.a. auf der Grundlage der **ANBest-P** und der **ANBest-I** gewährte Zuwendungen als nicht der Umsatzsteuer unterliegende „**echte Zuschüsse**“ zu beurteilen sind (zu ANBest-P und ANBest-I siehe oben Rn 353).

Dem Vernehmen nach hat die Finanzverwaltung in einigen Bundesländern in verschiedenen Sektoren verbindliche Auskünfte gemäß § 89 Abs. 2 AO erteilt und kommunale Zuwendungen als umsatzsteuerfreie „echte Zuschüsse“ qualifiziert, für die die Betrauung in der Rechtsform des Zuwendungsbescheids erfolgt ist. Einige Kommunen in NRW, die das sog. **NRW-Modell**⁵¹⁵ umgesetzt haben, sollen ebenfalls entsprechende Bestätigungen erhalten haben. Dazu enthält Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 97 ff., einschlägige Formulierungsbeispiele, z.B. der Stadt Essen.

dd) Vergaberecht

334 Die Form des Betrauungsakts kann sich u.U. auch vergaberechtlich auswirken. Ein **öffentlicher Auftrag** ist nach der Definition in § 99 Abs. 1 GWB ein entgeltlicher Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers mit einem Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Der Auftraggeber muss sich eine Leistung beschaffen und für das Erbringen der Leistung ein Entgelt zahlen. Beides muss in einem **synallagmatischen Verhältnis** stehen. Dagegen liegt eine **Zuwendung** und kein öffentlicher Auftrag vor, wenn es funktional an einem Vertrag mit

⁵¹⁵ Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Leitfaden NRW zur EG-beihilferechtskonformen Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, abrufbar unter : <http://docplayer.org/12697424-Leitfaden-eg-beihilfenrechtskonforme-finanzierung-von-kommunalen-leistungen-der-daseinsvorsorge.html>.



synallagmatischen Leistungspflichten bzw. an einem **unmittelbaren Leistungsaustausch** fehlt.⁵¹⁶

335 Diese Abgrenzungskriterien erinnern auffallend an diejenigen, die zur Beurteilung heranzuziehen sind, ob ein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch vorliegt. Deshalb wird davon auszugehen sein, dass es im Fall einer Betrauung durch vertragliche Vereinbarung jedenfalls prima facie nahelegt, von einem **öffentlichen Auftrag** im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB auszugehen. Dies hätte zur Folge, dass bei der Auswahl des Dienstleisters die Vorgaben des Vergaberechts einzuhalten sind, das ab einem bestimmten Auftragswert eine **öffentliche Ausschreibung** oder zumindest die Einhaltung der Voraussetzungen für eine **Inhouse-Vergabe** vorsieht. Die Betrauung durch **vertragliche Vereinbarung** birgt damit im Vergleich zum **Zuwendungsbescheid** nicht nur umsatzsteuerrechtlich, sondern auch **vergaberechtlich** vergleichsweise **höhere Risiken**.

336 Eine Betrauung im Rahmen einer **vertraglichen Vereinbarung** schadet daher jedenfalls dann in vergaberechtlicher Hinsicht nicht, wenn eine Behörde ohnehin nach Maßgabe der *Altmark Trans*-Rspr. **das vierte Altmark Trans-Kriterium (1. Alt.)** einhalten und den Dienstleister mittels einer Ausschreibung auswählen möchte. Dann könnte die Ausschreibung zum Ausschluss des Beihilfetatbestands führen, wenn auch alle übrigen *Altmark Trans*-Kriterien ebenfalls eingehalten sind (vgl. oben Rn. 103).

337 Wie oben ausgeführt, scheidet die Beihilfenfreiheit einer DAWI-Ausgleichsleistung nach Maßgabe der *Altmark Trans*-Rspr. in der Praxis jedoch regelmäßig am vierten *Altmark-Trans-Kriterium*, wenn die Behörde den Dienstleistungserbringer nicht mittels einer Ausschreibung auswählen möchte (vgl. oben Rn. 104). Für diese praxisrelevanten Fälle sieht das Beihilferecht im **DAWI-Freistellungsbeschluss**, im **DAWI-Rahmen** und in der **DAWI-De-minimis-Verordnung** verschiedene Möglichkeiten vor, wie die Beihilfenrechtskonformität der Ausgleichsleistung auch ohne Einhaltung des **vierten Altmark Trans-Kriteriums** – also ohne **Ausschreibung** – sichergestellt werden kann. Dieser Flexibilität des Beihilferechts begibt sich die betrauende Behörde mitunter, wenn sie sich bei der Betrauung des Instruments eines gemäß dem Vergaberecht ausschreibungspflichtigen Vertrags bedient. Demgegenüber unterliegt die Gewährung einer Ausgleichsleistung durch einen hoheitlichen **Zuwendungsbescheid** nicht dem Vergaberecht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dieser auch der Sache nach einen „echten Zuschuss“ regelt.

⁵¹⁶ Vgl. die Definition in Nr. 1.1 VV-BHO zu § 23 sowie in der Anlage zu Nr. 1.2.4 VV-BHO zu § 23; VK Bund 03.08.2006 – VK 1 - 49/06, Juris, Rn. 70.



Praxistipp: Die **Bezeichnung** eines behördlichen Rechtsakts als „Zuwendungsbescheid“ ist jedoch nicht ausschlaggebend für die Einordnung als Zuwendungsbescheid oder als vertragliche Vereinbarung. Allein der Umstand, dass ein so benannter „Zuwendungsbescheid“ erlassen wird, reicht also nicht bereits aus, um das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags zu verneinen. Allein entscheidend ist, ob **funktional ein auf Gegenseitigkeit gerichtetes Rechtsverhältnis** durch **Willenserklärungen** der Beteiligten zustande kommt. Maßgeblich ist also, ob es sich nach dem Empfängerhorizont um einen einseitig-hoheitlichen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 VwVfG oder um einen gleichberechtigten, gegenseitigen Vertrag handelt.⁵¹⁷

Die Abgrenzung ist anhand des Einzelfalls vorzunehmen, wobei eine Vielzahl von Indizien berücksichtigt werden müssen. Einzelheiten ergeben sich aus **Verwaltungsvorschriften zu der Bundeshaushaltsordnung** sowie den **Landeshaushaltsordnungen**.⁵¹⁸ Diese Abgrenzungsmerkmale gelten unabhängig davon, ob die Verwaltungsvorschriften anwendbar sind oder nicht, weil sie in zutreffender Weise die Auslegung des Begriffs "öffentlicher Auftrag" vornehmen. Gegen einen öffentlichen Auftrag spricht es, wenn einzelne oder alle der nachfolgenden Indizien erfüllt sind: Dem Zuwendungsgeber steht kein klagbarer Anspruch auf Erfüllung zu. Der Zuwendungsgeber hat kein unmittelbar eigenes Interesse an der Beschaffung der Leistung (keine unmittelbare Bedarfsdeckung). Es liegt keine Vollfinanzierung durch den Zuwendungsgeber vor. Der Zuwendungsempfänger hat ein eigenes, von der Zuwendung unabhängiges Interesse an der Leistungserbringung, d.h. er hat nicht nur oder vorrangig das Interesse, durch die Leistungserbringung ein Entgelt zu erzielen. Dem Zuwendungsempfänger wird keine detaillierte Vorgabe gemacht, wie die Leistung erbracht werden soll, es wird nur eine Zweckbestimmung getroffen, die dem Zuwendungsempfänger bei der Durchführung der Leistung einen Spielraum belässt.⁵¹⁹

ee) Ertragsteuer

338 Die Rechtsform der **Betraung** kann sich auch darauf auswirken, ob die Ausgleichsleistung eine Belastung mit der **Ertragsteuer** auslöst. Die ertragsteuerlichen Folgen sind nicht zu unterschätzen, da diese auf verschiedenen Ebenen eintreten können: auf der Ebene des

⁵¹⁷ Vgl. hierzu Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 90.

⁵¹⁸ Vgl. die Definition in Nr. 1.1 VV-BHO zu § 23 sowie die Kriterien in der Anlage zu Nr. 1.2.4 VV-BHO zu § 23.

⁵¹⁹ Vgl. die Definition in Nr. 1.1 VV-BHO zu § 23 sowie die Kriterien in der Anlage zu Nr. 1.2.4 VV-BHO zu § 23; VK Bund 03.08.2006 – VK 1 - 49/06, Juris, Rn. 70.



Dienstleisters, auf der Ebene von mit ihm in einem **steuerlichen Querverbund** i.S.v. § 4 Abs. 6 KStG verflochtenen Unternehmen und auf der Ebene eines kommunalen (Beteiligungs-) Unternehmens, das die kommunalen Gesellschaftsanteile an dem Dienstleister hält.

339 Die Ausgangsfrage ist, ob die Ausgleichsleistung der betrauenden Behörde als ertragsteuerbares Einkommen des Dienstleisters i.S.v. § 8 KStG anzusehen ist. Dies hängt zunächst von der Rechtsform der Betrauung ab. Nur wenn die **Betrauung** im Rahmen der sog. **gesellschaftsrechtlichen Lösung** erfolgt, wird die Ausgleichszahlung als **einkommensneutrale** Einlage in das Gesellschaftskapital behandelt. Die Ausgleichsleistung wirkt sich dann auf keiner der oben genannten Ebenen ertragsteuerlich aus. Dies spricht erneut für die gesellschaftsrechtliche Lösung.

340 Im Fall der Betrauung durch eine **vertragliche Vereinbarung** oder durch einen **Zuwendungsbescheid** hingegen besteht je nach Art der Dienstleistung die Gefahr, dass die dafür gewährte Ausgleichszahlung zum ertragsteuerbaren Einkommen des Dienstleisters i.S.v. § 8 KStG zu zählen ist. Denn unabhängig von einem Gesellschafterverhältnis gewährte Zuwendungen können nicht als Einlage in das Gesellschaftskapital gewürdigt werden. Vielmehr handelt es sich bei Zuwendungen dieser Art um sonstige betriebliche Erträge, die in der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) des Dienstleisters ausgewiesen werden müssen. Daraus folgt, dass die Ausgleichsleistung in diesen Fällen das ertragsteuerbare Einkommen des Dienstleisters erhöht. Zwar werden dadurch operative Verluste neutralisiert. Die dadurch in Höhe der Ausgleichsleistung eintretende Neutralisierung des operativen Verlustes des Dienstleisters wird jedoch steuerrechtlich als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) behandelt. Diese vGA des Dienstleisters an seine Gesellschafter führt, anders als man durch die Neutralisierung der operativen Verluste in der GuV annehmen könnte, im gesetzlichen Regelfall nicht zu einer Minderung des ertragsteuerbaren Einkommens des Dienstleisters. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG stellt klar, dass verdeckte Gewinnausschüttungen das zu versteuernde Einkommen der Gesellschaft nicht mindern. Aus diesem gesetzlichen Grundsatz folgt, dass die Ausgleichsleistung trotz verdeckter Ausschüttung an die Gesellschafter auch auf der Ertragseite des Dienstleisters bestehen bleibt. Insoweit ist also grundsätzlich der Dienstleister selbst körperschaftsteuer- und seine Gesellschafter – sofern sie ihrerseits ertragsteuerpflichtig sind (z.B. kommunale [Beteiligungs-]Unternehmen) – kapitalertragsteuerpflichtig.

341 Von diesem Grundsatz gibt es gesetzliche Ausnahmen. Um die dargestellte und in doppelter Hinsicht nachteilige Konsequenz für den Kern der örtlichen Daseinsvorsorge auszuschließen, hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 7 KStG eine solche Ausnahme für die dort aufgeführten



„**begünstigten Dauerverlustgeschäfte**“ geregelt. Ein begünstigtes Dauerverlustgeschäft liegt gemäß § 8 Abs. 7 S. 2 KStG vor, soweit gewerbliche Betriebe von juristischen Personen des öffentlichen Rechts i.S.v. § 4 KStG oder öffentlich beherrschte Kapitalgesellschaften aus verkehrs-, umwelt-, sozial-, kultur-, bildungs- oder gesundheitspolitischen Gründen eine wirtschaftliche Betätigung ohne kostendeckendes Entgelt unterhalten. Aus der Privilegierung in § 8 Abs. 7 KStG folgt, dass die steuerlich als vGA an die Gesellschafter des Dienstleisters gewertete Ausgleichsleistung entgegen § 8 Abs. 3 S. 2 KStG nicht dem ertragsteuerbaren Einkommen des Dienstleisters zugerechnet wird und auch die Gesellschafter des Dienstleisters keine Kapitalertragsteuer auf die ihnen zufließende vGA zu entrichten haben.⁵²⁰

Praxistipp: Nach einer exemplarischen Erläuterung des BMF⁵²¹ sind u.a. die folgenden wirtschaftlichen Dienstleistungen vom Begriff des „begünstigten Dauerverlustgeschäfts“ umfasst.

- **Verkehrsbereich** (ÖPNV, Flughafenbetriebe, Parkraumbewirtschaftung, Hafen- und Fährbetriebe),
- **Umweltbereich** (Gewerbemüllentsorgung, soweit nicht ohnehin hoheitlich),
- **Sozialbereich** (Kindergärten, Kindertageseinrichtungen, Einrichtungen der Jugend- und Erwachsenenhilfe, Senioreneinrichtungen),
- **Kulturbereich** (Bibliotheken, Zoologische Gärten, **Museen**, kulturelle Ausstellungen, Kinos, Opern, Theater, Bühnen, Orchester),
- **Bildungsbereich** (Schulen und Kurstätigkeit von Kammern [soweit nicht ohnehin hoheitlich], Volkshochschulen)
- **Gesundheitsbereich** (Krankenhäuser, Bäder, Kuranlagen, Sportanlagen).

Nicht zu den begünstigten Dauerverlustgeschäften gehören das **Messe- und Marktwesen, Stadthallen, Wirtschaftsförderung, Technologiezentren, Fremdenverkehrsförderung und Beherbergungsbetriebe.**

342 Für den **kommunalen Querverbund** hat der Gesetzgeber in § 15 S. 1 Nr. 4 KStG eine spezielle Vorschrift für die Behandlung von Ausgleichsleistungen für begünstigte Dauerverlustgeschäfte vorgesehen. § 15 KStG regelt die Ermittlung des steuerbaren Einkommens von Organschaften. Steuerrechtlich korrespondiert der **kommunale Querverbund** mit der Bündelung der beteiligten Unternehmen zu einer Besteuerungseinheit (**Organschaft**). Dabei

⁵²⁰ Bott, in: Ernst & Young, Kommentar zum KStG, Rn. 1420 und 1525 zu § 8.

⁵²¹ BMF, Schreiben vom 12.11.2009, IV C 7 – S 2706/08/10004, BStBl I 2009, 1303, Tz. 40 ff.



werden die rechtlich selbständigen Tochterunternehmen (**Organgesellschaften**) rein steuerrechtlich in die Muttergesellschaft (**Organträger**) mit der Folge integriert, dass alle steuerlichen Vorgänge auf der Ebene der Organgesellschaften dem Organträger als einheitlichem Steuerschuldner zugerechnet werden. § 15 S. 1 Nr. 4 KStG – so das herrschende Verständnis von der Vorschrift – führt dazu, dass Ausgleichsleistungen an eine Organgesellschaft für die Durchführung begünstigter Dauerverlustgeschäfte steuerlich nicht als vGA an den Organträger gewertet werden.⁵²² Nach dem Wortlaut der Vorschrift gilt dies unabhängig davon, ob die Ausgleichsleistung innerhalb des Querverbands oder durch einen Dritten (z.B. die selbst nicht am Querverbund beteiligte Gemeinde) geleistet wird. Auf diese Weise wird auch für den Querverbund sichergestellt, dass sich Ausgleichsleistungen für begünstigte Dauerverlustgeschäfte nicht steuererhöhend auf das für die Besteuerung der Organschaft maßgebliche Einkommen des Organträgers auswirken. Auch das steuerbare Einkommen des Organträgers wird durch Ausgleichsleistungen für DAWI im Falle begünstigter Dauerverlustgeschäfte nicht berührt.

- 343 Bei nicht-begünstigten Dauerverlustgeschäften hingegen bleibt es bei dem Grundsatz, dass im Falle einer Ausgleichsleistung an die Organgesellschaft eine ertragsteuerbare vGA an den Organträger stattfindet.⁵²³ Daraus folgt, dass der Organträger bei Ausgleichsleistungen für begünstigte Dauerverlustgeschäfte steuerlich besser gestellt ist als bei einem Verlustausgleich für nicht-begünstigte Dauerverlustgeschäfte seiner Organgesellschaften. Begünstigte Dauerverlustgeschäfte können gemäß § 8 Abs. 7 KStG aber nur von Betrieben gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts i.S.v. § 4 KStG oder von öffentlich beherrschten Kapitalgesellschaften durchgeführt werden. Daraus folgt, dass sich der Verlustausgleich nur auf solche Organträger steuermindernd auswirken kann, zu deren Organschaft öffentliche Unternehmen zählen, die begünstigte Dauerverlustgeschäfte ausüben. Organschaften, die ausschließlich aus nicht-öffentlichen und/oder aus nicht-begünstigten Dauerverlustgeschäfte ausführenden öffentlichen Unternehmen bestehen, können nicht in den Genuss dieses Steuervorteils kommen.

Praxistipp: Da § 15 S. 1 Nr. 4 S. 1 KStG nach wohl herrschender Auffassung, wie dargestellt, dazu führt, dass im Fall einer Ausgleichsleistung an eine Organgesellschaft für ein

⁵²² So das wohl herrschende Verständnis, vgl. Dötsch/Krämer, in: Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Kommentar zum KStG und EStG, 78. EL 2013, Rn. 95 zu § 15 KStG; vgl. FG Niedersachsen, Urteil vom 23.06.2015 – 6 K 253/14; Juris, Rn. 62 ff..

⁵²³ Vgl. Dötsch/Krämer, in: Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Kommentar zum KStG und EStG, 78. EL 2013, Rn. 95 zu § 15 KStG.



begünstigtes Dauerverlustgeschäft keine vGA an den Organträger stattfindet, wird in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung vor allem mit Blick auf den steuerlichen Querverbund diskutiert, ob § 8 Abs. 7 KStG einen selektiven Vorteil und damit eine steuerliche Beihilfe beinhaltet. Wenn Finanzgerichte eine Beihilfe angenommen haben, haben sie diese jedoch als bestehende Beihilfe qualifiziert.⁵²⁴ Eine solche bestehende Beihilfe bewirkt keine Notifizierungspflicht und führt damit auch nicht zu einem Verstoß gegen Beihilferecht (zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen bestehender Beihilfen siehe unten Abschnitt VI.3.). Zu der Frage, ob eine steuerliche Beihilfe vorliegt oder nicht bzw. ob eine solche eine bestehende Beihilfe darstellen könnte, liegt soweit ersichtlich weder Spruchpraxis der Kommission oder der europäischen Gerichte noch nationale höchstrichterliche Rechtsprechung vor.⁵²⁵

344 Von der Steuerbegünstigung von Dauerverlustgeschäften unberührt bleiben für den steuerlichen Querverbund allerdings die steuerlichen Folgen der handelsrechtlichen Ausweisung der Ausgleichsleistung als sonstiger betrieblicher Ertrag in der GuV der Organgesellschaft. Im Falle der Betrauung durch **vertragliche Vereinbarung** oder durch einen **Zuwendungsbescheid** würde die Ausgleichsleistung den Verlust handelsrechtlich mindern (vgl. oben Rn. 340). Dies könnte den mit der Bildung eines **kommunalen Querverbands** verfolgten

⁵²⁴ FG Köln, Urteil vom 09.3.2010, 13 K 3181/05, Rn. 105, 108 ff.; darauf Bezug nehmen auch FG Sachsen, Urteile vom 09.12.2010 – 1 K 184/07, Juris, Rn. 47 und vom 15.12.2010 – 4 K 635/08, Juris, Rn. 20.

⁵²⁵ Der BFH sah die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des FG Sachsen vom 15.12.2010 (vgl. vorstehende Fn.) mit Blick auf die Frage, ob Verluste, die einerseits mit „*der gewinnträchtigen wirtschaftlichen Tätigkeit der Kläger verrechnet werden*“ konnten und andererseits „*gemäß § 8 Abs. 7 KStG 2009 nicht als vGA anzusetzen*“ seien, gegen Beihilferecht verstoßen, als „*unsubstantiiert*“ an, vgl. BFH, Beschluss vom 25.01.2012 – I B 17/11, Juris, Rn. 5. In dem Nichtzulassungsverfahren gegen das Urteil des gleichen Gerichts vom 09.12.2010 wurde die auch auf das Beihilfenrecht gerichtete Revision zwar zugelassen, aber zurückgenommen, vgl. BFH, erledigtes Verfahren – I R 58/11, Juris, so dass ebenfalls keine Entscheidung erfolgte. Das Gleiche gilt für die Einstellung des Revisionsverfahrens gegen das o.g. Urteil des FG Köln vom 09.03.2010 (vgl. oben Fn. 509), nach Rücknahme, vgl. FG Sachsen, Urteil vom 09.12.2010 – 1 K 184/07, Juris, Rn. 47. Auch das Urteil des BFH vom 09.11.2016 (Az. I R 56/15) über die Revision gegen das Urteil des FG Niedersachsen vom 23.06.2015 (Az. 6 K 253/14) führte zu keiner Klärung. Die Revision wurde nur mit Blick auf die Frage zugelassen, ob § 8 Abs. 7 KStG auch auf eine mittelbare Ausübung der dort aufgeführten begünstigten Tätigkeiten Anwendung findet. Da der BFH dies ablehnte, konnte er „die umstrittene Rechtsfrage offenlassen, ob die gesetzliche Regelung der dauerdefizitären Tätigkeiten mit den unionsrechtlichen Beihilfavorschriften zu vereinbaren ist“ (vgl. Pressemitteilung des BFH Nr. 12 vom 22.02.2017). Auch wenn der BFH im Rahmen einer künftigen Entscheidung eine Bewertung vornehmen sollte, ob mit der Anwendung des § 8 Abs. 7 KStG trotz Verlustverrechnung eine Beihilfe vorliegt oder nicht, würde dies nicht zwingend zu einer umfassenden und auch für die Kommission bindenden Klärung führen. Dies wäre nur der Fall, wenn auch der EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahren darüber entschieden hätte.



Zweck der Steuerersparnis gefährden. Denn die schwarze Zahlen schreibenden Unternehmen des Querverbands haben ein Interesse daran, dass ihnen in ausreichendem Umfang operative Verluste anderer Unternehmen des Querverbands zur Verrechnung mit ihren Gewinnen zur Verfügung stehen. Für die steuerliche Nutzbarkeit des Querverbands ist daher diejenige Rechtsform der Betrauung vorteilhaft, die den operativen Verlust des Dienstleisters nicht neutralisiert und der Verlust somit steuerlich in die Querverbundverrechnung eingestellt werden kann. Wie oben dargelegt (vgl. Rn. 339), kann die Ausweisung von Ausgleichsleistungen als sonstiger betrieblicher Ertrag in der GuV des Dienstleisters dadurch verhindert werden, dass die Zuwendung im Rahmen der sog. **gesellschaftsrechtlichen Lösung** als **einkommensneutrale Einlage in das Gesellschaftskapital** geleistet wird. Bei DAWI erbringenden Unternehmen, die in einen kommunalen Querverbund integriert sind, ist daher eine Betrauung im Rahmen der **gesellschaftsrechtlichen Lösung** empfehlenswert.⁵²⁶

Praxistipp: Die beihilferechtliche Bewertung des steuerlichen Querverbands wird in der Kommentarliteratur teilweise als „nach wie vor ungeklärt“ angesehen.⁵²⁷ Zum einen scheint eine steuerliche Beihilfe (aufgrund des Sonderstatuts der Verlustverrechnung unter Einbeziehung von dauerdefizitären Tätigkeiten) zumindest nicht auszuschließen zu sein (siehe dazu den vorangegangenen **Praxistipp**). Zum anderen können beihilferechtlich Risiken aus den in kommunalen Querverbänden üblichen **Ergebnisabführungsverträgen** folgen. Der praktische Regelfall des kommunalen steuerlichen Querverbands ist das sog. **Holding-Modell**.⁵²⁸ In diesem Modell schließt die Holding-Gesellschaft (beherrschendes Unternehmen) i.d.R. mit mehreren anderen Unternehmen (beherrschte Unternehmen) jeweils einen **Beherrschungsvertrag** ab. Im Rahmen des Beherrschungsvertrags unterwirft sich das jeweilige beherrschte Unternehmen dem Weisungsrecht des beherrschenden Unternehmens. Gleichzeitig schließen das beherrschende und das beherrschte Unternehmen einen **Ergebnisabführungsvertrag** ab. Darin verpflichtet sich das beherrschte Unternehmen also zur Abführung seines Gewinns an das beherrschende Unternehmen. Im Gegenzug ist das beherrschende Unternehmen verpflichtet, **sämtliche** Verluste des beherrschten Unternehmens auszugleichen. **Verlustausgleichszahlungen** aufgrund eines **Ergebnisabführungsvertrags** sind häufig als beihilferelevant und im Regelfall als Ausgleichszahlungen für die Erbringung von DAWI-Leistungen anzusehen. Sie müssen beihilferechtskonform ausgestaltet werden und

⁵²⁶ So auch Tepfer, KommunalPraxis spezial 2/2014, 79 (81).

⁵²⁷ Boeing/Rusche, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL 2015, Rn. 14 - 16 zu Art. 93 AEUV.

⁵²⁸ Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 78.



sollten daher auf der Grundlage eines beihilferechtskonformen Betrauungsakts erfolgen bzw. den jeweils anzuwendenden DAWI-Regelungen entsprechen (zu den Anforderungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses und der DAWI-De-minimis-VO im Einzelnen siehe unten die beiden folgenden Kapitel). Insbesondere wenn sich eine Verpflichtung zum Verlustausgleich uneingeschränkt auf alle Verluste eines Unternehmens bezieht und dieses Unternehmen nicht nur DAWI-Leistungen erbringt, liegt es nahe, dass daraus eine beihilferechtswidrige Überkompensation resultieren kann.

ff) Ergebnis

345 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass es kein einheitliches „Patentrezept“ für die richtige Wahl der Rechtsform der Betrauung gibt. Vielmehr sind die aus den Umständen des konkreten Einzelfalls folgenden beihilfe-, vergabe- und steuerrechtlichen Auswirkungen zu berücksichtigen. Festzuhalten ist aber die Tendenz, dass sich die Betrauung im Rahmen einer **vertraglichen Vereinbarung** vergabe- und umsatzsteuerrechtlich im Vergleich zum **Zuwendungsbescheid** und der sog. **gesellschaftsrechtlichen Lösung** eher nachteilig für die betrauende Gemeinde auswirken kann. In den Fällen, in denen die Gemeinde die Betrauung eines Unternehmens beabsichtigt, an dem sie Gesellschaftsanteile hält, sollte anhand der Umstände des Einzelfalls geprüft werden, ob eine Betrauung durch **Zuwendungsbescheid** oder im Rahmen der sog. **gesellschaftsrechtlichen Lösung** den Interessen der Gemeinde am ehesten entspricht. Diese beiden Optionen können sich insbesondere ertragsteuerlich unterschiedlich auswirken. Wenn der Dienstleister in einen **steuerlichen Querverbund** eingebunden ist, empfiehlt sich im Regelfall die Betrauung im Wege der gesellschaftsrechtlichen Lösung.⁵²⁹ Denn dadurch wird sichergestellt, dass der operative Verlust des Dienstleisters für eine steuerliche Verrechnung mit den Gewinnen rentabel operierender Bereiche des Querverbunds erhalten bleibt.

e) DAWI-Freistellungsbeschluss

346 Nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss können Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, staatliche Ausgleichsleistungen von bis zu **15 Mio. Euro** pro Jahr gewährt werden.⁵³⁰ Von dieser Höchstgrenze sind Ausgleichsleistungen für Krankenhäuser

⁵²⁹ Tepfer, KommunalPraxis spezial 2/2014, 79 (81).

⁵³⁰ Der Schwellenwert für Ausgleichsleistungen wurde von 30 Mio. Euro im Vorgängerregelwerk dem sogenannten Monti-Paket auf 15 Mio. Euro im Almunia-Paket abgesenkt. Dieser Betrag kann als jährlicher Durchschnitt während des Betrauungszeitraums gewährt werden.



und für mit sozialen Dienstleistungen betraute Unternehmen (Kinderbetreuung, soweit sie als wirtschaftliche Tätigkeit betrieben wird (siehe oben Rn. 22 und 59 ff), Zugang zum und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, sozialer Wohnungsbau) befreit. Auf die Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur findet der DAWI-Freistellungsbeschluss grundsätzlich keine Anwendung.⁵³¹ Der Betrauungszeitraum darf gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss für alle Unternehmen grundsätzlich **nicht mehr als zehn Jahre** betragen. Eine erneute Betrauung desselben Unternehmens ist nach Ablauf der zehn Jahre möglich. Ausnahmsweise kann gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss eine Betrauung von vornherein auch länger als zehn Jahre erfolgen, jedoch nur insoweit als zur Erbringung der DAWI eine erhebliche Investition des Dienstleistungserbringers erforderlich ist, die nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss.

347 Bei Ausgleichsleistungen, die die im DAWI-Freistellungsbeschluss festgelegten Voraussetzungen erfüllen, handelt es sich um staatliche Beihilfen, die von der Kommission **ohne Einzelfallprüfung als mit dem Binnenmarkt vereinbar** angesehen werden und demzufolge von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit sind (Art. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss).

Praxistipp: Im DAWI-Leitfaden der Kommission wird zum DAWI-Freistellungsbeschluss ausdrücklich angeführt, dass dieser für **Unternehmen in Schwierigkeiten** gilt, weil er keine gegenteiligen Bestimmungen enthält.⁵³²

348 Nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss sind primär öffentliche Zuwendungen freistellungsfähig, die als Ausgleich für die Betriebskosten (zum unter Umständen ebenfalls freistellungsfähigen Ausgleich für investive Kosten siehe unten) für die Erbringung einer DAWI gewährt werden (vgl. Art. 5 Abs. 3). Dafür müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

⁵³¹ Vgl. aber die spezifischen Vorschriften zur Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses auf bestimmte personenbezogene Verkehrsdienstleistungen im Schiffs- oder Flugverkehr zur Anbindung von Inseln oder für kleine Flug- oder Seeverkehrshäfen in Art. 2 Abs. 1 lit. d und lit. e).

⁵³² Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf DAWI und insbesondere auch Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (im Folgenden: „DAWI-Leitfaden“), Ziffer 3.4.1.5, Antwort auf Frage 108 abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf.



aa) Betrauungsakt

349 Wie bereits ausgeführt, ist es auch für die Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses erforderlich, dass das betroffene Unternehmen mit der Erbringung der DAWI in rechtlich verbindlicher Form **betraut** wird.

Praxistipp: Für eine bereits erfolgte Finanzierung bestimmter Dienstleistungen in der Vergangenheit kann eine Betrauung nicht nachträglich erfolgen. Ein Betrauungsakt kann aber für die entsprechenden Leistungen mit Wirkung für die Zukunft erfolgen und damit die Grundlage für die Freistellung von der Notifizierung und Genehmigungspflicht zukünftiger Ausgleichsleistungen schaffen.

350 Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss enthält die oben in Rn. 320 bereits genannten Anforderungen an den Inhalt eines Betrauungsaktes, die der Übersichtlichkeit halber an dieser Stelle wiederholt werden:

- **Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;**
- **Unternehmen** und ggf. das betreffende **Gebiet;**
- **Art** etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter **ausschließlicher oder besonderer Rechte;**
- **Beschreibung des Ausgleichsmechanismus** und **Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;**
- Maßnahmen zur **Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen.**

351 Daneben muss für eine Freistellung bereits im Betrauungsakt auf den DAWI-Freistellungsbeschluss verwiesen werden.

Praxistipp: Im Internet sind zwischenzeitlich zahlreiche Beispiele für Betrauungsakte abrufbar. Solche Beispiele können zum Einen als Formulierungshilfe herangezogen werden.⁵³³ Zum anderen können solche Beispiele vor allem für Leser, die bisher noch keinen Betrauungsakt vor Augen hatten, auch dazu dienen, die folgenden Ausführungen über die Anforderungen an einen Betrauungsakt im Einzelnen besser nach- bzw. mitvollziehen zu können. Oben in Rn. 345 wurde dargestellt, dass Betrauungsakte in der Praxis vor allem als **Zuwendungsbescheide** ausgestaltet werden bzw. die Betrauung im Rahmen der sog. **gesellschaftsrechtlichen Lösung** auf der Grundlage eines **Rats- oder Kreistagsbeschlusses**

⁵³³ Diese Hinweise erfolgen ohne Gewähr und ohne Prüfung der über die Links abrufbaren Betrauungsakte im Einzelnen daraufhin, ob sie den einschlägigen Anforderungen an einen Betrauungsakt genügen einschließlich der Frage, ob es sich bei den zu erbringenden Aufgaben tatsächlich um eine DAWI handelt.



erfolgt. Darüber hinaus ist die konkrete Formulierung eines Betrauungsaktes abhängig von der Art der Dienstleistung, der Finanzierungsstruktur und den Parametern für die Finanzierung. Deshalb werden im folgenden mehrere Links zu verschiedenen Beispielen aufgeführt. Wir weisen explizit darauf hin, dass die aufgeführten Beispiele einzig und allein der Veranschaulichung der formal-technischen Umsetzung einer Betrauung dienen und ihre Auflistung keineswegs mit der Feststellung verbunden ist, dass/ob es sich bei den jeweils betroffenen Dienstleistungen tatsächlich um DAWI handelt:

1. Beispiele für Zuwendungsbescheide:

- https://www.landkreis-karlsruhe.de/media/custom/1863_1536_1.PDF?1390562560
- <https://ratsinfo.goettingen.de/bi/vo020.asp?VOLFDNR=8114>
- https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/infopaket-kleine-kommunen-musterbetrauungsakt-fuer-dienstleistungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6

2. Beispiele für Betrauungsakte in Verbindung mit einem Rats- bzw. Kreistagsbeschluss:

- https://www.kreis-calw.de/media/custom/2442_1971_1.PDF?1444381116
- <http://www2.quedlinburg.de/bi/pdf/00052327.pdf>
- http://www.main-tauber-kreis.de/media/custom/2177_1111_1.PDF?1387448581
- https://secure.kreis-borken.de/BI/vo0050.asp?_kvonr=5027&voselect=3405

Weitere anschauliche Beispiele sowohl für Zuwendungsbescheide als auch Ratsbeschlüsse enthält Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 98 ff.

352 Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss bestätigt ausdrücklich, dass keine verbindliche europarechtliche **Formvorschrift für den Betrauungsakt** besteht, sondern die Form von den Mitgliedstaaten bestimmt werden kann.⁵³⁴ Erforderlich sei lediglich die Erteilung eines (wohl nicht zwangsläufig im vergaberechtlichen Sinne) öffentlichen Auftrags im Wege eines oder mehrerer verbindlicher Verwaltungs- oder Rechtshandlungen.⁵³⁵ Aus der o.g. Auflistung geht hervor, dass in jedem Betrauungsakt **Gegenstand und Dauer** der **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen** ausdrücklich zu bezeichnen sind. Für eine Freistellung ist die Dauer der Betrauung gemäß Art. 2 Abs. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss auf **zehn Jahre** zu begrenzen. Eine längere Betrauung ist nur möglich, wenn eine erhebliche Investition seitens des Dienstleistungserbringers erforderlich ist, die nach allgemein anerkannten

⁵³⁴ Hierauf wird in Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss ausdrücklich hingewiesen.

⁵³⁵ DAWI-Leitfaden, Antwort zu Frage 47.



Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss (Art. 2 Abs. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss).

Praxistipp: Ein **Betrauungsakt** muss nicht zwingend jede einzelne Tätigkeit benennen, die mit der Erbringung der jeweiligen DAWI verbunden ist. Eine allgemein gehaltene Definition der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe kann grundsätzlich ausreichend sein, solange der Umfang der Aufgabe dadurch klar festgelegt ist. Daher kann im Betrauungsakt auch eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung der Tätigkeiten („insbesondere“) vorgenommen werden. Denn dies ist gerade dem weiten Ermessensspielraum der staatlichen Stelle geschuldet und der Unmöglichkeit, jede zulässige Tätigkeit des Unternehmens vorab endgültig zu erfassen. Eine nicht abschließende Darstellung und Qualifikation der DAWI findet sich regelmäßig in entsprechenden Vorlagen von Betrauungsakten.⁵³⁶ Allerdings geht die Kommission davon aus, dass eine möglichst präzise Beschreibung der übertragenen DAWI dazu beiträgt, Beschwerden von Wettbewerbern gegen vermeintlich unangemessen hohe Ausgleichszahlungen zu vermeiden.⁵³⁷

bb) Ausgleich

353 Der **Ausgleichsmechanismus** ist im Betrauungsakt vorab festzulegen. Im Betrauungsakt sind allein die **Parameter** anzugeben, nach denen der Ausgleich erfolgen soll. Dies ist notwendig, aber auch ausreichend, da der DAWI-Freistellungsbeschluss lediglich verlangt, dass im Betrauungsakt die **Grundlagen für die zukünftige Berechnung** des Ausgleichs enthalten sind, nicht aber, dass im Voraus eine genaue Berechnung vorgelegt wird.⁵³⁸

Praxistipp: An das Erfordernis der Beschreibung der **Parameter** für die Berechnung der **Ausgleichsleistung** im Betrauungsakt stellt die Kommission keine allzu hohen Anforderungen. Insbesondere verlangt sie nicht, dass der Betrauungsakt bereits eine genaue betragsmäßige Berechnung der für bestimmte Tätigkeiten im Rahmen des Projekts zu zahlenden Ausgleichsleistungen enthält (z.B. Angabe eines Preises für eine bestimmte Versorgungstätigkeit). Allerdings muss der Betrauungsakt die Grundlagen für die künftige Berechnung des Ausgleichs benennen. Es würde den Anforderungen der Kommission daher genügen, wenn der Betrauungsakt Parameter aufführt, mit deren Hilfe später die genaue Höhe

⁵³⁶ Vgl. hierzu Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 103.

⁵³⁷ DAWI-Leitfaden, Antworten zu Fragen 55, 56.

⁵³⁸ DAWI-Leitfaden, Antwort zu Frage 116.



der Ausgleichsleistung berechnet werden kann (z.B. Anzahl der in einem Jahr betreuten Personen, Kosten des verwendeten Materials, Vergütung des eingesetzten Personals).⁵³⁹ Dies kann z.B. durch die Bezugnahme auf Wirtschafts- und Finanzierungsplan geschehen, wie es oben in Rn. 326 dargestellt ist.

Von besonderer Relevanz für die Betrauung von **Krankenhäusern** – aber auch darüber hinaus – ist das Urteil des BGH zu Finanzierungsmaßnahmen des Landkreises Calw (Baden-Württemberg) für die **Kreiskliniken Calw**. In jenem Urteil hat der BGH entschieden, dass es für eine den Anforderungen der Kommission genügende Festlegung der Parameter nicht ausreicht, wenn der Betrauungsakt lediglich bestimmt, dass sich die Höhe der Ausgleichzahlung aus dem Haushaltsplan der finanzierenden Körperschaft ergibt und sie nicht über das hinausgehen darf, was zur Abdeckung der durch der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten erforderlich ist. Vielmehr müsse der Betrauungsakt Angaben dazu enthalten, wie die Einnahmen und Ausgaben der DAWI-Erbringung ermittelt werden. Insoweit bemängelte der BGH, dass der betreffende Betrauungsakt keine Bezugnahme auf den Jahreswirtschaftsplan der Kreiskliniken Calw enthielt.⁵⁴⁰

354 Hierzu enthält Art. 5 Abs. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss die spezifischen Erläuterungen für die Freistellung. Danach darf die Höhe der Ausgleichsleistungen unter Berücksichtigung eines **angemessenen Gewinns** nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken. **Nettokosten** sind die Differenz zwischen den zu berücksichtigenden Kosten und den Einnahmen (sog. **Kostenallokationsmethode**).⁵⁴¹ Sie können aber auch als Differenz zwischen den **Nettokosten** des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung berechnet werden (sog. **Net-avoided-cost-Methode**).⁵⁴² Die zuletzt genannte Methode findet z.B. im **sozialen Wohnungsbau** Anwendung.

⁵³⁹ DAWI-Leitfaden, Antwort zu Frage 116.

⁵⁴⁰ BGH, Urteil v. 24.03.2016 – I ZR 263/14, juris, Rn. 81 – *Kreiskliniken Calw*.

⁵⁴¹ Zur Erläuterung dieser Methode im Einzelnen vgl. DAWI-Unionsrahmen, ABl. EU 2012 C 8/15, Rn. 28 ff.

⁵⁴² Zur Erläuterung dieser Methode im Einzelnen vgl. DAWI-Unionsrahmen, ABl. EU 2012 C 8/15, Rn. 25.



Praxistipp: Da in beiden Fällen zur Berechnung der **Nettokosten** auf die individuelle Kostenstruktur eines Unternehmens abgestellt werden kann, sind selbst durch ineffiziente Unternehmensführung entstandene Kosten ausgleichsfähig.⁵⁴³ Der DAWI-Freistellungsbeschluss verlangt keine Beurteilung der Effizienz des Unternehmens.⁵⁴⁴ Die ermittelten Nettokosten müssen der Spruchpraxis der Kommission entsprechend nicht den Kosten eines gut geführten Unternehmens entsprechen. Denn nur das **vierte Altmark Trans-Kriterium** (siehe dazu oben Rn. 103, 318), das im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung gerade keine Anwendung findet, stellt auf ein **angemessen mit Sachmitteln ausgestattet, durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen** ab.⁵⁴⁵

355 Berücksichtigungsfähige Kosten sind grundsätzlich sämtliche Ausgaben, die auf die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bezogen sind (Art. 5 Abs. 3 DAWI-Freistellungsbeschluss). Diese Kosten sind auf der Grundlage von allgemeinen anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen zu bestimmen. Erbringt ein Unternehmen neben DAWI auch andere (wirtschaftliche) Tätigkeiten, so dürfen in diesem Fall nur die der DAWI **zurechenbaren Kosten** berücksichtigt werden (Art. 5 Abs. 3 lit. b) DAWI-Freistellungsbeschluss). Das sind die Kosten, die unmittelbar durch die Erbringung der DAWI anfallen, sowie ein angemessener Teil der Fixkosten für die DAWI und sonstige Tätigkeiten (Art. 5 Abs. 3 lit. c) DAWI-Freistellungsbeschluss). Berücksichtigungspflichtige Einnahmen sind alle Einnahmen, die mit der DAWI erzielt wurden, unabhängig davon, ob diese Einnahmen als staatliche Beihilfen zu qualifizieren sind (Art. 5 Abs. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss). Insoweit gilt es zu beachten, dass **auch Steuervorteile als Einnahme** zu berücksichtigen sind. Das gilt auch für Transferzahlungen im Rahmen von **Gewinnabführungs- und Verlustübernahmeverträgen**. Auch diese sind als Einnahmen zu berücksichtigen.

356 Im Rahmen der Kostenallokationsmethode ist der **angemessene Gewinn** gesondert zu bestimmen. Als angemessener Gewinn gilt gemäß Art. 5 Abs. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss die *„Kapitalrendite, die ein durchschnittliches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende*

⁵⁴³ Siehe hierzu *Storr*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Teil 1, Rn. 2483 m.w.N.

⁵⁴⁴ DAWI-Leitfaden, Antwort zu Frage 118.

⁵⁴⁵ KOM, Beschluss v. 22.01.2014, SA.34155, ABl. EU 2014 C 120/1, Rn. 29 – *Deutschland: Landesgesetz des Landes Rheinland-Pfalz über den Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Ausbildungsverkehr*; vgl. zum Begriff des angemessen mit Sachmitteln ausgestattet, durchschnittlichen und gut geführten Unternehmens auch Tz. 70 ff. der DAWI-Mitteilung (ABl. EU 2012 C 8/4).



Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die gesamte Dauer der Betrauung erbringt“. Der Begriff Kapitalrendite bezeichnet den **internen Ertragsatz (Internal Rate of Return, IRR)**, der mit dem vom Unternehmen investierten Kapital während des Betrauungszeitraums erzielt wird. Die Höhe des dabei zu berücksichtigenden Risikos hängt vom Wirtschaftszweig, der Art der Dienstleistung und den Merkmalen der Ausgleichsleistung ab.

Praxistipp: Leider findet sich weder im DAWI-Freistellungsbeschluss noch im Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Vorschriften über DAWI vom 29.04.2013⁵⁴⁶ ein Rechenbeispiel zur Bestimmung des **angemessenen Gewinns**. Im Leitfaden wird insoweit auf Art. 5 Abs. 7 DAWI-Freistellungsbeschluss hingewiesen. Darin ist festgelegt, dass eine Kapitalrendite, die den relevanten SWAP-Satz zzgl. eines Aufschlags von 100 Basispunkten nicht übersteigt, immer als angemessen gilt (sog. **Safe-Harbour-Bestimmung**). Mit relevantem SWAP-Satz ist der SWAP-Satz gemeint, dessen Fälligkeit und Währung der Dauer und der Währung des Betrauungsaktes entsprechen. Der relevante SWAP-Satz wird regelmäßig von der Kommission auf ihrer Homepage veröffentlicht.⁵⁴⁷ Der Zuschlag von 100 Basispunkten wird immer dann vorgenommen, wenn von einem geringen bzw. normalen Risiko auszugehen ist (z.B. weil die Nettokosten für die DAWI nachträglich vollständig erstattet werden). In diesem Fall bildet der relevante SWAP-Satz zuzüglich des Aufschlags die **Obergrenze** für einen angemessenen Gewinn. Derzeit beträgt er für die hier einschlägige Währung und eine Laufzeit von zehn Jahren 0,85 zuzüglich 100 Basispunkte.⁵⁴⁸

357 Gemäß Art. 5 Abs. 8 DAWI-Freistellungsbeschluss kann der Mitgliedstaat bei der Ermittlung des **angemessenen Gewinns** auch auf andere Indikatoren wie die durchschnittliche **Eigenkapitalrendite**, die **Gesamtkapitalrendite** oder die **Umsatzrendite** zurückgreifen. Der Begriff „Rendite“ bezeichnet dann den Gewinn vor Zinsen und Steuern in dem jeweiligen Jahr. Dabei sind auf Verlangen Nachweise dafür vorzulegen, dass der Gewinn nicht höher ist als der, den ein durchschnittliches Unternehmen bei der Entscheidung darüber, ob es die Dienstleistung erbringt, zugrunde legen würde. Dies kann ausdrücklich durch Verweise auf Einnahmen geschehen, die bei „*ähnlichen Verträgen unter Wettbewerbsbedingungen*“ erzielt

⁵⁴⁶ DAWI-Leitfaden, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf.

⁵⁴⁷ Der derzeitige relevante SWAP-Satz ist unter
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/swap_rates_en.html abrufbar.

⁵⁴⁸ Der derzeitige relevante SWAP-Satz ist unter
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/swap_rates_en.html abrufbar.



werden. So wurde der **angemessene Gewinn** bezogen auf die Deutsche Post seinerzeit durch ein **Benchmarking** ermittelt, welches von der Kommission auf seine Stichhaltigkeit überprüft wurde.⁵⁴⁹ Im DAWI-Leitfaden wird darüber hinaus ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es nicht zulässig ist, zu den **Nettokosten** z.B. 20 % **Gemeinkosten** hinzuzurechnen und diese als angemessenen Gewinn anzusehen. Als Grund wird angegeben, dass die **Gewinnberechnung** dann nicht im Zusammenhang mit dem eingegangenen **Risiko** steht.⁵⁵⁰

cc) Kontrolle von Überkompensation

358 Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss enthält die für die Freistellung einzuhaltenden Regelungen zur **Kontrolle von Überkompensationen**. Danach muss der jeweilige Mitgliedsstaat überwachen, dass keine Überkompensation stattfindet (Art. 6 Abs. 1 S. 3 DAWI-Freistellungsbeschluss). Dabei geht der DAWI-Freistellungsbeschluss davon aus, dass die Ausgleichszahlungen dem Dienstleistungserbringer jeweils jährlich im Voraus – etwa auf der Grundlage eines Wirtschaftsplans – für die DAWI-Erbringung während eines Wirtschaftsjahres gewährt werden. Um eine Überkompensation auszuschließen, sollte der Dienstleistungserbringer in dem Betrauungsakt daher verpflichtet werden, der betrauenden Behörde am Ende eines Wirtschaftsjahres anhand von Verwendungsbelegen nachzuweisen, dass die Ausgleichsleistung nicht zu einer Überkompensation geführt hat. Mindestens aber ist der Mitgliedstaat verpflichtet, alle drei Jahre und am Ende des Betrauungszeitraums eine entsprechende Überkompensationskontrolle durchzuführen (Art. 6 Abs. 1 S. 3 DAWI-Freistellungsbeschluss).

359 Besondere Anforderungen stellt die Kommission an die Überkompensationskontrolle in den besonders praxisrelevanten Fällen, in denen das betraute Unternehmen auch Tätigkeiten erbringt, bei denen es sich nicht um die betreffende DAWI handelt, sondern um eigenwirtschaftliche Tätigkeiten und/oder weitere DAWI. In einem solchen Fall müssen die Kosten und Einnahmen der unterschiedlichen Bereiche, insbesondere jeder einzelnen DAWI, eindeutig voneinander getrennt werden können. Dies erfordert grundsätzlich eine sog. **Trennungsrechnung**, d.h. eine getrennte Buchführung nach der **Transparenzrichtlinie**.⁵⁵¹ Hierdurch soll einerseits sichergestellt werden, dass staatliche Ausgleichsleistungen für DAWI nicht zu einer Quersubventionierung der anderen Geschäftsbereiche des Unternehmens

⁵⁴⁹ KOM, Beschluss v. 25.01.2012, C 36/2007 – *Deutsche Post*, Rn. 133 ff. und 394 ff.

⁵⁵⁰ DAWI-Leitfaden, Antworten auf die Fragen 134 und 136.

⁵⁵¹ Transparenzrichtlinie, ABl. EU 2006 L 318/17.



führen, die keine DAWI beinhalten. Andererseits gewährleistet diese Trennungsrechnung, dass für die Beihilfe für DAWI auf der Ebene der Vereinbarkeit festgestellt werden kann, dass die Beihilfe nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf das erforderliche Maß beschränkt ist, um die DAWI zu finanzieren, also nicht über den Bedarf dafür hinausgeht (vgl. zur vergleichbaren Kostentrennung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten oben Rn. 96).

360 Hat ein Unternehmen eine höhere Zuwendung erhalten, als ihm nach dem Ausgleichsmechanismus zusteht, hat der Mitgliedstaat das betreffende Unternehmen zur Rückzahlung der Überkompensation aufzufordern. Für die Zukunft sind die Parameter neu festzulegen. Übersteigt die Überkompensation den durchschnittlichen jährlichen Ausgleich nicht um mehr als 10 %, kann sie gemäß Art. 6 Abs. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss mit dem für den nächsten Zeitraum fälligen Ausgleich verrechnet werden. Besonders hoch ist das Rückforderungsrisiko bei solchen Unternehmen, die keine **Trennungsrechnung** führen, obwohl sie neben der betreffenden DAWI eigenwirtschaftliche Tätigkeiten und/oder weitere DAWI erbringen. Der EuGH hat entschieden, dass die Überkompensation in einem solchen Fall mangels Trennungsrechnung nicht zuverlässig ermittelt werden kann.⁵⁵² Daraus folgt, dass in einem solchen Fall im Zweifel die gesamte Ausgleichsleistung zurückzufordern ist.

Praxistipp: Erfolgt die Betrauung in Gestalt der **gesellschaftsrechtlichen Lösung** (siehe dazu oben Rn. 328 f.), bedarf es der Aufnahme einer ausdrücklichen Rückforderungsklausel in den Gemeinderatsbeschluss. In Anlehnung an die Formulierung in Art. 6 Abs. 2 des DAWI-Freistellungsbeschlusses könnte diese etwa wie folgt lauten: „*Hat das Unternehmen A eine höhere Zuwendung erhalten, als ihm nach dem Ausgleichsmechanismus zusteht, muss die Gemeinde B die Überzahlung vom Unternehmen A zurückfordern. Übersteigt die **Überkompensation** den sich nach dem Ausgleichsmechanismus berechneten Ausgleichsbetrag nicht um mehr als 10 %, kann sie mit dem für den nächsten Jahreszeitraum fälligen Ausgleich verrechnet werden. Für die Zukunft sind die Parameter neu festzulegen.*“

dd) Transparenz sowie Berichts- und Informationspflichten

361 Der Mitgliedstaat hat nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss zudem bestimmte **Berichts- und Informationspflichten**. Für die erfolgten Betrauungen hat der Mitgliedstaat während des Betrauungszeitraums und für mindestens zehn Jahre nach Ablauf alle Informationen verfügbar zu halten, die notwendig sind, um zu bestimmen, ob die gewährten

⁵⁵² EuGH, Rs. C-504/07, EU:C:2009:290, Rn. 26/27 – *Antrop*



Ausgleichsleistungen mit diesem Beschluss vereinbar sind. Auf Ersuchen der Kommission hat der Mitgliedstaat diese Informationen zu übermitteln (Art. 8 DAWI-Freistellungsbeschluss). Unabhängig von konkreten Betrauungen hat der Mitgliedstaat der Kommission alle zwei Jahre einen Bericht über die Umsetzung und Anwendung dieses Beschlusses unter Beifügung einer detaillierten Übersicht zu den im Beschluss genannten verschiedenen Kategorien von DAWI zu übermitteln (Art. 9 DAWI-Freistellungsbeschluss).

Praxistipp: Für Deutschland wird beispielhaft auf den für die Jahre 2014/2015 eingereichten Bericht vom 23.06.2016 verwiesen, der abrufbar ist unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2015_2016/germany_de.pdf

362 Eine besondere **Transparenzbestimmung** gilt in Bezug auf umfangreiche soziale Dienstleistungserbringer, die nach dem Beschluss unabhängig von Obergrenzen Ausgleichszahlungen erhalten können. Werden einem Unternehmen für ein und dieselbe DAWI Ausgleichsleistungen in Höhe von **mehr als 15 Mio. Euro** gewährt, so muss der Mitgliedstaat den Betrauungsakt und den jährlichen Beihilfebetrag für das betreffende Unternehmen im Internet veröffentlichen (Art. 7 DAWI-Freistellungsbeschluss).

f) **DAWI-De-minimis-Verordnung**

363 Erbringt ein Unternehmen (zumindest auch) DAWI, können De-minimis-Beihilfen bis zu einem Höchstbetrag von **500.000 Euro** in drei Steuerjahren über die spezifische DAWI-De-minimis-VO ohne Notifizierung gewährt werden. Dies regelt die DAWI-De-minimis-VO.⁵⁵³ Da diese Maßnahmen mangels Wettbewerbsbeschränkung bzw. Handelsbeeinträchtigung nicht als Beihilfen angesehen werden, sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, solche Beihilfen vorab bei der Kommission anzumelden.⁵⁵⁴ Der Schwellenwert liegt deutlich höher als der Schwellenwert der allgemeinen De-minimis-Verordnung i.H.v. grundsätzlich 200.000 Euro in drei Steuerjahren (siehe dazu oben Rn. 228 ff.).

Praxistipp: Eine Förderung auf Grundlage der DAWI-De-minimis-Verordnung kommt – anders als nach der allgemeinen De-minimis-Verordnung⁵⁵⁵ und dem DAWI-

⁵⁵³ ABl. EU 2012 L 114/8.

⁵⁵⁴ DAWI-Leitfaden, Antwort auf Frage 16.

⁵⁵⁵ Nach der De-minimis-Verordnung können transparente Beihilfen wie Barzuschüsse auch an Unternehmen in Schwierigkeiten gewährt werden, mit Ausnahme von Darlehen und Garantien, bei denen dies ausdrücklich ausgeschlossen wird, vgl. Art. 4 Abs. 3 a) u. Art. 4 Abs. 6 a) De-minimis-Verordnung.



Freistellungsbeschluss (siehe oben Rn. 238 und 347) – gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. h) DAWI-De-minimis-VO für **Unternehmen in Schwierigkeiten** nicht in Betracht.

aa) Betrauungsakt

364 Für eine DAWI-De-minimis-Beihilfe müssen die Anforderungen an das Vorliegen einer DAWI erfüllt sein. Es „*sollte*“ dafür eine schriftliche Betrauung erfolgen. Dabei muss der Betrauungsakt „*nicht unbedingt*“ alle Details enthalten, die im DAWI-Freistellungsbeschluss aufgeführt sind (Erwägungsgrund 6 der DAWI-De-minimis-VO).⁵⁵⁶ Die Kommission erläutert dazu, dass die Anforderungen an die Betrauung und den Betrauungsakt „*weniger strikt*“ seien, ohne dies weiter zu konkretisieren.⁵⁵⁷

Praxistipp: Die DAWI-De-minimis-VO erfordert keine Überprüfung der durch die Erbringung der Dienstleistung entstehenden Kosten, und dementsprechend ist keine Überkompensationsprüfung nötig.⁵⁵⁸ Daraus folgt, dass auch der Betrauungsakt jedenfalls dazu keine Ausführungen enthalten muss.

bb) Einhaltung des Schwellenwertes: Bruttosubventionsäquivalent und Garantieregelungen

365 Für die Einhaltung des Schwellenwertes ist entsprechend der DAWI-De-minimis-Verordnung der Gesamtbetrag aller dem Unternehmen innerhalb von drei Steuerjahren gewährten DAWI-De-minimis-Beihilfen maßgeblich. Der Betrag von 500.000 Euro bezieht sich auf den Fall eines **Barzuschusses**.

366 Wird die Beihilfe in anderer Form gewährt, so entspricht der Beihilfebetrag dem Bruttosubventionsäquivalent der Beihilfe (zur Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents für Darlehen und Garantien nach der allgemeinen De-minimis-Verordnung siehe oben Rn. 235, zur Referenzzinssatzmitteilung siehe oben Rn. 125 ff.). Dafür enthält die DAWI-De-minimis-VO einige Sondervorschriften. Für **Darlehen** wird in Art. 2 Abs. 4 lit a) DAWI-De-minimis-VO ausgeführt, dass die Berechnung des **Bruttosubventionsäquivalents** auf der Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden **Referenzzinssatzes** erfolgt (also nach

⁵⁵⁶ Im DAWI-Leitfaden wird dazu in der Antwort zu Frage 76 erläutert, dass die schriftliche Betrauung „*aus Gründen der Rechtssicherheit*“ erfolgen sollte.

⁵⁵⁷ DAWI-Leitfaden, Antwort auf Frage 77.

⁵⁵⁸ DAWI-Leitfaden, Antwort auf Frage 77.



der im Praxistipp in Rn. 235 unter dem 2. Bulletpoint in Verbindung mit Rn. 125 f. dargestellten Methode). Bei Beihilfen in Form von **Kapitalzuführungen** muss der Gesamtbetrag der zugeführten öffentlichen Mittel unter dem De-minimis-Höchstbetrag liegen (Art. 2 Abs. 4 lit. b) DAWI-De-minimis-VO). **Risikokapitalmaßnahmen** gelten nur dann als transparente De-minimis-Beihilfen, wenn die betreffende Risikokapitalregelung für jedes Zielunternehmen Kapitalzuführungen nur bis zum De-minimis-Höchstbetrag vorsieht (Art. 2 Abs. 4 Lit. c) DAWI-De-minimis-VO). Werden **Einzelbürgschaften** aufgrund von **Beihilfenregelungen** (Garantieregelungen) vergeben, gelten die folgenden Voraussetzungen (Art. 2 Abs. 4 lit. d) DAWI-De-minimis-VO):

- Das begünstigte Unternehmen darf sich nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden.
- Die Garantie darf höchstens 80 % des zugrundeliegenden Darlehens betragen.
- Der verbürgte Teil des Darlehens darf 3,75 Mio. Euro je Unternehmen nicht übersteigen.

367 Alternativ kann entsprechend der Regelung in der allgemeinen De-minimis-Verordnung (siehe dazu oben Rn. 241) das Bruttosubventionsäquivalent auf Grundlage einer von der Kommission genehmigten Methode erfolgen, wenn diese den zu entscheidenden Fall betrifft (Art. 2 Abs. 4 d) i) u. ii) DAWI-De-minimis-VO).

cc) **Kumulierung**

368 Für eine **Kumulierung** von DAWI-De-minimis-Beihilfen mit sonstigen Beihilfen gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Die Kumulierung mit anderen Beihilfen für dieselben beihilfefähigen Kosten nach anderen De-minimis-Verordnungen sind nur so lange nach der DAWI-De-minimis-VO mit dem Binnenmarkt vereinbar, als der **kumulierte Gesamtbetrag den Höchstbetrag von 500.000 Euro** nicht überschreitet (Art. 2 Abs. 7 DAWI-De-minimis-VO).

369 Die DAWI-De-minimis-VO kann auch nicht teilweise in Anspruch genommen werden, wenn der Gesamtbetrag der DAWI-De-minimis-Beihilfen den Höchstbetrag von 500.000 Euro übersteigt. Die DAWI-De-minimis-Verordnung kann also auch nicht für den Teil in Anspruch genommen werden, der diesen Höchstbetrag nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 5 DAWI-De-minimis-VO).

370 Wenn eine Kumulierung zu einem höheren Betrag führt, ist zu prüfen, ob die kumulierte Beihilfe insgesamt, z.B. nach den Vorschriften einer Gruppenfreistellungsverordnung (regelmäßig der o.g. AGVO) oder einem Freistellungsbeschluss der Kommission freigestellt sein könnte. Dann richtet sich der höchstens zulässige Betrag für eine kumulierte Beihilfe



nach diesen Vorschriften bzw. Beschlüssen (Art. 2 Abs. 6 DAWI-De-minimis-VO). Eine De-minimis-Beihilfe darf also nicht dazu führen, dass die in der AGVO oder ggf. in einem einschlägigen Beschluss der Kommission vorgegebene Höchstgrenze für eine Beihilfe überschritten wird, auch wenn der Schwellenwert von 500.000 Euro gesondert für die DAWI-De-minimis-Beihilfe eingehalten wird.

Praxistipp: Eine wichtige und unbedingt zu beachtende Sonderregelung enthält Art. 2 Abs. 8 DAWI-De-minimis-VO. Danach ist eine **Kumulierung** von DAWI-De-minimis-Beihilfen mit anderen **Ausgleichsleistungen für DAWI** für dieselbe DAWI nicht möglich, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem Ausgleich um eine staatliche Beihilfe handelt oder nicht (Art. 2 Abs. 8 DAWI-De-minimis-VO). Das gilt also sowohl für nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss freigestellte Ausgleichsleistungen als auch für andere DAWI-De-minimis-Beihilfen. Keine Relevanz dürfte diese Vorschrift dagegen für Ausgleichsleistungen für Kosten einer öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge haben, die mangels eines wirtschaftlichen Charakters (schon) nicht unter den funktionalen Unternehmensbegriff fällt und damit keine Beihilfen vorliegen (siehe dazu oben Rn. 49 ff.). Das folgt daraus, dass sie für „*Ausgleichsleistungen für dieselbe Dienstleistung*“ gilt. Ist eine Dienstleistung nicht-wirtschaftlicher Art, finden auf den finanziellen Ausgleich weder die DAWI-De-minimis-VO noch andere Vorschriften für DAWI Anwendung, so dass sich die Frage der Kumulierung von vornherein nicht stellt.

dd) Überwachung

371 Auch im Rahmen der DAWI-De-minimis-VO darf eine Beihilfe erst gewährt werden, wenn das begünstigte Unternehmen dem Mitgliedstaat in schriftlicher oder elektronischer Form eine Erklärung übermittelt hat, in der es alle anderen ihm in den beiden vorangegangenen Steuerjahren sowie im laufenden Steuerjahr gewährten De-minimis-Beihilfen angibt (Art. 3 Abs. 1 DAWI-De-minimis-VO). Daneben regelt Art. 3 DAWI-De-minimis-VO weitere Pflichten der Mitgliedstaaten, z.B. die Pflicht zur Aufzeichnung und Aufbewahrung der Informationen über zehn Steuerjahre, die für den Nachweis benötigt werden, dass die Voraussetzung der DAWI-De-minimis-VO erfüllt sind.

2. Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV)

372 Von besonderer beihilferechtlicher Relevanz für die kommunale Ebene ist die Finanzierung des **öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV)**.



a) Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

373 In aller Regel überträgt die zuständige Behörde die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste einem Unternehmen. Zu diesem Zweck treffen die Behörde und der ÖPNV-Betrieb Vereinbarungen darüber, welche gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in welchem geografischen Geltungsbereich zu erfüllen sind und – bestenfalls – auf welche Weise die dem Unternehmen zu gewährende Ausgleichsleistung berechnet wird.

374 Im Bereich des ÖPNV ist grundsätzlich denkbar, dass die Vereinbarungen und das Verfahren zur Auswahl des Betreibers die vom EuGH in seiner *Altmark Trans*-Rspr. entwickelten vier Kriterien erfüllen und bereits tatbestandlich keine Beihilfe vorliegen könnte (zu den einzelnen Kriterien vgl. Rn. 103). In diesem Fall bedürfte es keiner weitergehenden Prüfung der Vereinbarkeit der ÖPNV-Finanzierung mit dem Binnenmarkt. Doch die Kriterien liegen in der Praxis selten kumulativ vor. Nach den ersten drei sog. *Altmark-Kriterien* muss – vereinfacht ausgedrückt – ein Betrauungsakt vorliegen (dazu siehe oben Rn. 319 ff.), die Parameter zur Berechnung des finanziellen Ausgleichs vor Beginn des jeweiligen Geschäftsjahres objektiv und transparent aufgestellt worden sein (siehe dazu oben Rn. 326 und 353) und der Ausgleich darf unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns keine Überkompensation darstellen (siehe Rn. 326 und 358). Problematisch ist meist das sog. vierte *Altmark*-Kriterium. Denn es verlangt entweder ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge für die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut wird, oder die Bestimmung des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung hätte (wobei die erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen sind (i.E. zum sog. vierten *Altmark*-Kriterium vgl. oben Rn. 103 und 318). Da die Erfüllung der zuletzt genannten Voraussetzungen des vierten *Altmark*-Kriteriums in der Praxis faktisch kaum nachgewiesen werden kann und Aufgaben des ÖPNV, insbesondere die des Straßenpersonennahverkehrs, regelmäßig durch die örtlichen kommunalen Verkehrsbetriebe und ohne öffentliche Ausschreibung (etwa im Rahmen einer **Inhouse-Vergabe**) wahrgenommen werden, hat die *Altmark Trans*-Rspr. auch im Bereich des ÖPNV praktisch nur sehr geringe Bedeutung.

375 Deshalb werden Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Bereich des ÖPNV regelmäßig als Beihilfe anzusehen sein, die unter den



spezifischen Voraussetzungen der Verordnung 1370/2007 (VO 1370/2007)⁵⁵⁹ mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt sein kann.⁵⁶⁰

Praxistipp: Im Jahr 2014 hat die Kommission **Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Verkehrsdienste auf Schiene und Straße**⁵⁶¹ veröffentlicht, die dem (kommunalen) Rechtsanwender die praktische Anwendung der einzelnen Vorschriften der VO 1370/2007 deutlich erleichtern. Es bietet sich an, beide Dokumente – die Verordnung und die dazu erlassenen Auslegungsleitlinien – stets „parallel“ zu lesen. Dadurch klärt sich manche Verständnisfrage von selbst.

376 Bei der VO 1370/2007 handelt es sich um einen grundsätzlich abschließenden Regelungsrahmen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Bereich des ÖPNV. Das bedeutet, dass die Kommission Ausgleichszahlungen, die die Kriterien der VO 1370/2007 nicht erfüllen und damit nicht freigestellt sind, grundsätzlich auch nach einer Anmeldung nicht als staatliche Beihilfen genehmigen (also nicht für vereinbar erklären) darf.

Praxistipp: In einem solchen Fall eröffnet Art. 3 Abs. 3 VO 1370/2007 dem Mitgliedstaat für bestimmte Maßnahmen die Möglichkeit, diese explizit vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen und gesondert anzumelden. Dies gilt für **Höchsttarife für Schüler, Studenten, Auszubildende und Personen mit eingeschränkter Mobilität**. Solche Maßnahmen sind also bei der Kommission anzumelden, die deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt prüft. Die Beihilfe darf erst gewährt werden, wenn die Kommission nach Maßgabe primärrechtlicher Vorschriften (insbesondere Art. 93 AEUV) die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festgestellt hat.⁵⁶² So ist z.B. Rheinland-Pfalz mit Blick auf das Landesgesetz über den Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Ausbildungsverkehr vorgegangen.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. EU 2007 L 315/1.

⁵⁶⁰ Der DAWI-Freistellungsbeschluss ist auf den ÖPNV nicht anwendbar, vgl. DAWI-Freistellungsbeschluss, ABl. EU 2012 L 7/3, dort Erwägungsgrund 23.

⁵⁶¹ ABl. EU 2014 C 92/1.

⁵⁶² Zum Prüfungsmaßstab i.E. vgl. KOM, Beschluss v. 22.01.2014, SA.34155, ABl. EU 2014 C 120/1, Rn. 37 ff. – *Deutschland: Landesgesetz des Landes Rheinland-Pfalz über den Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Ausbildungsverkehr*.

⁵⁶³ KOM, Beschluss v. 22.01.2014, SA.34155, ABl. EU 2014 C 120/1, Rn. 35 f. – *Deutschland: Landesgesetz des Landes Rheinland-Pfalz über den Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Ausbildungsverkehr*.



377 Die Vereinbarkeitskriterien der VO 1370/2007 lesen sich wie eine Konkretisierung der *Altmark Trans*-Rspr. spezifisch für den ÖPNV. Bzgl. der ersten drei oben genannten *Altmark*-Kriterien sind die Vorschriften vergleichsweise übersichtlich und mit dem DAWI-Freistellungsbeschluss vergleichbar. Anders als im o.g. DAWI-Freistellungsbeschluss und auch im DAWI-Rahmen wird das **vierte *Altmark Trans*-Kriterium** indes nicht vollständig außen vor gelassen (siehe dazu oben Rn. 318, letzter Bulletpoint). Es werden gesonderte Anforderungen an die Auswahl der Anbieter formuliert, die aber hinter den Anforderungen des vierten *Altmark Trans*-Kriteriums zurückbleiben (da andernfalls ja bereits keine Beihilfe vorläge). Danach setzt die Vereinbarkeit von Ausgleichsleistungen für ÖPNV-Betreiber Folgendes voraus:

- Gemäß Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 lit. a muss der Betreiber durch **öffentlichen Dienstleistungsauftrag** mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen⁵⁶⁴ im Bereich des ÖPNV **betraut** worden sein. Dabei müssen die **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen** und der **geografische Geltungsbereich** klar definiert werden. Der Rechtsnatur nach muss es sich bei dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag um einen oder mehrere **rechtsverbindliche Akte** handeln (vgl. Definition in Art. 2 lit. i). Die nähere Ausgestaltung richtet sich nach nationalem Recht. In Betracht kommen etwa **Gesetze, Satzungen, Zuwendungsbescheide** oder **Verträge**.
- Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b muss der Dienstleistungsauftrag im Voraus in objektiver und transparenter Weise die **Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistung** aufstellen.
- Eine **Überkompensation** ist gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b UAbs. 2 zu vermeiden. Danach ist der Ausgleich auf den Betrag zu beschränken, der erforderlich ist, um die **finanziellen Nettoauswirkungen** auf die Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zurückzuführen sind, wobei die vom Betreiber erzielten und einbehaltenen Einnahmen und ein angemessener Gewinn berücksichtigt werden.
- Hinsichtlich der **Auswahl des ÖPNV-Betreibers** ist die VO 1370/2007 weitaus differenzierter und großzügiger als das **vierte *Altmark*-Kriterium**, das in der Praxis (faktisch) nur durch die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens erfüllt werden kann (vgl. oben Rn. 103 f.). Die Anforderungen der VO 1370/2007 an die Vergabe öffentlicher ÖPNV-Dienstleistungsaufträge sind in Art. 5 geregelt. Danach ist für die verschiedenen **Transportmittel** zu differenzieren:

⁵⁶⁴ Nach der Definition in Art. 2 lit. c VO 1370/2007 ist eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne der Verordnung eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte.



- Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Vergabe-Richtlinien für den **ÖPNV mit Bussen und Straßenbahnen** richtet sich ausschließlich nach dem allgemeinen Vergaberecht (einschließlich der dort vorgesehenen Möglichkeiten der **Inhouse-Vergabe**) und nicht nach spezifischen Bestimmungen der VO 1370/2007.⁵⁶⁵
- Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen für den **ÖPNV auf der Schiene und mit U-Bahnen** sowie Dienstleistungskonzessionen für sämtliche ÖPNV-Dienste muss anhand der spezifischen Vorschriften in Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 erfolgen. Diese lassen unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls eine **Inhouse-Vergabe** und sogar eine Direktvergabe an Drittunternehmen zu.

Praxistipp: Der Verweis auf die Vorgaben des Vergaberechts ist nach der Übergangsvorschrift in Art. 8 VO 1370/2007 erst ab dem 03.12.2019 zwingend. Bis dahin müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, um die Einhaltung des Vergaberechts schrittweise sicherzustellen. Dies bedeutet, dass Ausgleichsleistungen für den ÖPNV-Betreiber bis dahin im Einzelfall auch dann mit dem Binnenmarkt vereinbar sein können, wenn die Vorgaben der Vergabe-Richtlinien nicht vollständig eingehalten wurden.

378 In den Fällen der Direktvergabe bedarf es zur **Vermeidung einer Überkompensation** des ÖPNV-Betreibers gemäß Art. 6 Abs. 1 der VO 1370/2007 der Einhaltung der Anforderungen im Anhang dieser VO. Gemäß Ziffer 2 des Anhangs darf die Ausgleichsleistung den Betrag nicht überschreiten, der dem finanziellen Nettoeffekt der Summe aller (positiven oder negativen) Auswirkungen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes entspricht. Dabei ist folgendes **Berechnungsmodell** zugrunde zu legen:

- Zunächst hat die zuständige Behörde die Kosten zu bestimmen, die in Verbindung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder einem Paket gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entstehen, die von einer oder mehreren zuständigen Behörden auferlegt wurden und die in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag enthalten sind.
- Davon hat die zuständige Behörde alle positiven finanziellen Auswirkungen in Abzug zu bringen, die innerhalb des Netzes entstehen, das im Rahmen der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betrieben wird.
- Ebenfalls abzuziehen sind Einnahmen aus Tarifentgelten oder andere Einnahmen, die in Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erzielt werden.

⁵⁶⁵ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU 2014 L 94/65, Erwägungsgrund 27; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.01.2014 – 11 Verg 15/13, Rn. 41 ff.



- Der dann verbleibende Betrag zzgl. eines **angemessenen Gewinns**⁵⁶⁶ (vgl. dazu die Ausführungen zum DAWI-Freistellungsbeschluss oben in Rn. 354 ff.) ergibt den **finanziellen Nettoeffekt**.

379 Darüber hinaus verpflichtet Ziffer 5 des Anhangs den Betreiber der öffentlichen Dienstleistung zu einer **getrennten Rechnungslegung**, falls dieser neben den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auch andere, eigenwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.

Praxistipp: Damit die zuständige Behörde die Einhaltung dieser Vorgaben kontrollieren kann, sollte der Dienstleistungsauftrag vorsehen, dass der ÖPNV-Betreiber ihr bis zu einem bestimmten Datum des Folgejahres (z.B. 31.05.) eine **Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers** vorlegt, dass die Voraussetzungen des Anhangs der VO 1370/2007 eingehalten sind sowie zu der Frage, ob eine Überkompensation vorliegt.

380 Grundsätzlich muss die Betrauung eines ÖPNV-Betreibers mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf die in Art. 4 Abs. 3 festgelegte Höchstfrist beschränkt sein. Diese beträgt für Busverkehrsdienstleister 10 Jahre und für (überwiegend) schienengebundene Verkehrsdienstleister 15 Jahre. Unter den Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 4 kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden, wenn z.B. die Amortisierung der Investitionen des Betreibers dies erfordert.

b) Investitionsbeihilfen für den ÖPNV unabhängig von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

381 Wenn unabhängig von einem Betrauungsverhältnis eine Investitionsbeihilfe für den ÖPNV beabsichtigt ist oder zweifelhaft ist, ob eine Investition von den in einem Betrauungsakt aufgeführten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und Berechnungsparametern gedeckt ist, bedarf es zur Sicherstellung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt eines Rückgriffs auf andere Vorschriften.

382 Für Beihilfen für Investitionen in die Errichtung oder Modernisierung von **Infrastruktur** kommt eine Vereinbarkeit ohne Notifizierungspflicht nach Maßgabe der Vorschriften der AGVO⁵⁶⁷ für lokale Infrastrukturvorhaben (Art. 56 AGVO) in Betracht. Diesbezüglich wird auf die entsprechenden Ausführungen in Abschnitt VI.1.b)dd) verwiesen. Sind die

⁵⁶⁶ Vgl. Definition in Rn. 356.

⁵⁶⁷ Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.



einschlägigen Vorschriften der AGVO nicht erfüllt, bedarf es einer Genehmigung der Beihilfe durch die Kommission im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens.

383 Für eine Förderung von Investitionen in **Fahrzeuge** kommen verschiedene beihilferechtliche Anknüpfungspunkte in Betracht. Allerdings gestattet grundsätzlich keine der einschlägigen Vorschriften eine Vollfinanzierung der jeweiligen Investitionskosten durch staatliche Beihilfen. Vielmehr muss sich die staatliche Förderung im Rahmen der jeweils vorgesehenen Beihilfeshöchstintensitäten halten. Unternehmen, die schienengebundene Personenbeförderungsdienste im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr durchführen, können nach Maßgabe der Gemeinschaftlichen Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen (Eisenbahn-Leitlinien)⁵⁶⁸ nach der Durchführung eines Notifizierungsverfahrens Beihilfen zur Anschaffung und Erneuerung von Schienenfahrzeugen gewährt werden.⁵⁶⁹ Die **Eisenbahnleitlinien** sehen u.a. Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs⁵⁷⁰ (Tz. 33 lit. a) i.V.m. Kapitel 6) und Beihilfen mit regionaler Zielsetzung⁵⁷¹ (Tz. 33 lit. f) i.V.m. Tz. 34 bis 40) vor. Ökologisch motivierte Investitionsbeihilfen für den Erwerb emissionsarmer Fahrzeuge oder die entsprechende Umrüstung von Altfahrzeugen können unter den Voraussetzungen von Art. 36, 37 AGVO⁵⁷² ohne Anmeldung bei der Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar sein oder von der Kommission auf der Grundlage der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen (**Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien**)⁵⁷³ im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens genehmigt werden (Rn. 53 bis 55 der Umwelt- und Energieleitlinien). Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass die Fahrzeuge etwaig bestehende EU-Umweltschutznormen erfüllen, sie den Umweltschutz

⁵⁶⁸ Eisenbahnleitlinien, ABl. EU 2008 C 184/13.

⁵⁶⁹ Vgl. Tz. 15 der Eisenbahn-Leitlinien: Danach gilt Kapitel 3 der Leitlinien über Beihilfen zur Anschaffung und Erneuerung von Fahrzeugen auch für den Schienenpersonennahverkehr.

⁵⁷⁰ Rn. 98 der Leitlinien enthält eine Auflistung solcher Beihilfen, die der Koordinierung des Verkehrs dienen, u.a.: Beihilfen für die Verlagerung von Verkehr von der Straße auf die Schiene, zur Verbesserung der Sicherheit oder zur Verringerung von Lärmemissionen.

⁵⁷¹ Die Leitlinien der Kommission für Regionalbeihilfen 2014 – 2020 (ABl. EU 2013 C 209/1) gelten gemäß der dortigen Tz. 10 grundsätzlich nicht für den Verkehrssektor. Die Tatsache, dass die Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen gleichwohl Beihilfen mit regionaler Zielsetzung für die Anschaffung und Erneuerung von Schienenfahrzeugen zulassen, stellt eine sektorspezifische Ausnahme von diesem Grundsatz dar.

⁵⁷² Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.

⁵⁷³ Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinie, ABl. EU 2014 C 200/1.



trotz des Nichtbestehens einschlägiger EU-Umweltschutznormen verbessern oder sie künftige EU-Umweltschutznormen bereits längere Zeit vor deren Inkrafttreten erfüllen.⁵⁷⁴

3. Breitbandausbau

384 In bevölkerungsreichen Städten und Ballungsräumen ist der Bau und Betrieb leistungsfähiger Internetverbindungen ein attraktives Geschäftsfeld für Unternehmen der Telekommunikationswirtschaft. Daher gelingt der Auf- und Ausbau von Breitbandinfrastrukturen dort in aller Regel ohne staatliche Förderung. Anders ist die Situation hingegen in bevölkerungsärmeren oder topographisch schwierigen Regionen. Dort treffen besonders hohe Investitionskosten auf eine vergleichsweise geringe Zahl von Endnutzern. Angesichts der daraus folgenden **Wirtschaftlichkeitslücke** findet eine flächendeckende Versorgung in diesen Gebieten ohne staatliche Unterstützung im Regelfall nicht statt (sog. **Marktversagen**). Um einen Standortnachteil zu vermeiden, engagieren sich die örtlichen Kommunen oftmals selbst bei der Errichtung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur. Angesichts angespannter kommunaler Budgets greifen sie und/oder ihre privaten Partner dabei im Regelfall auch auf Förderprogramme des Landes und des Bundes zurück. Die folgenden Ausführungen geben einen groben Überblick über den beihilferechtlichen Rahmen, der bei staatlichen Fördermaßnahmen für den (Aus-)Bau von Breitbandinfrastrukturen zu beachten ist.

Praxistipp: Fördermaßnahmen des Bundes und des Landes werden in aller Regel auf der Grundlage von bestehenden **Beihilferegelungen** gewährt, deren Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht bereits geprüft wurde beziehungsweise die verschiedene Alternativen für die Gewährung von mit dem Binnenmarkt vereinbaren Beihilfen aufzeigen. Die Voraussetzungen der im Einzelfall ausgewählten Alternative sind dann ggf. von der jeweiligen Kommune als

⁵⁷⁴ Je nach der Einstufung des Beihilfeempfängers als kleines, mittleres oder großes Unternehmen und der konkreten Ausgestaltung der Fördermaßnahme liegt die Beihilfeintensität für Investitionen zur **frühzeitigen Anpassung an EU-Normen** nach der AGVO (Art. 37 Abs. 4) und den Umwelt- und Energieleitlinien (vgl. dort Anhang 1) zwischen 5 % und 20 % der beihilfefähigen Investitionskosten. Nach der AGVO von der Notifizierung freigestellt sind nur Beihilfen i.H.v. maximal 15 Mio. Euro (Art. 4 Abs. Abs. 1 lit. s)). Die Höchstintensität für Beihilfen für die **Übelerfüllung von Unionsnormen oder die Verbesserung des Umweltschutzes trotz des Nichtbestehens einschlägiger EU-Umweltschutznormen** liegt im Rahmen der AGVO je nach Unternehmensgröße und Ausgestaltung des Vorhabens zwischen 40 % und 60 % (Art. 36 Abs. 6 und 7 AGVO) und in den Umwelt- und Energieleitlinien zwischen 40 % und 70 % (vgl. dort Anhang 1). Nach der AGVO von der Notifizierung freigestellt sind auch hier nur Beihilfen i.H.v. maximal 15 Mio. Euro (Art. 4 Abs. Abs. 1 lit. s)).



Fördergeber zu prüfen und zu beachten. Ansprechpartner in Rheinland-Pfalz ist hierfür grundsätzlich das Breitband-Kompetenzzentrum im Ministerium des Innern und für Sport:

<http://breitband.rlp.de/foerderung/>.

Eine Liste der von der Kommission genehmigten Regelungen ist unter

http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf

abrufbar.

Dazu gehört u.a. die „Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung“, die die Kommission am 15.06.2015 genehmigt hat, sowie die auf ihrer Grundlage erlassene Richtlinie des BMVI „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 22.10.2015, abrufbar unter:

https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitales/foerderrichtlinie-breitbandausbau.pdf?__blob=publicationFile

Soweit sich die staatliche Förderung nach Höhe, Beihilfeintensität und Gegenstand im Rahmen einer bestehenden Beihilferegulation bewegt, ist die Förderung unproblematisch. Wenn mehrere Fördermaßnahmen – z.B. der kommunalen Ebene mit Förderungen aus Bundes- und/oder Landesprogrammen – miteinander kombiniert werden sollen, sind die Regelungen über die Grenzen der **Kumulierung von Beihilfen** zu beachten, die Beihilferegulationen regelmäßig enthalten. Soll die Förderung unabhängig von einer bestehenden Beihilferegulation gewährt werden, bedarf es dagegen einer einzelfallbezogenen beihilferechtlichen Prüfung.

Einer neuen beihilferechtlichen Überprüfung bedürfen dagegen (etwa auf Landesebene in Rheinland-Pfalz) die **Verlängerung einer bestehenden Beihilferegulation**, deren wesentliche **Änderung** und **neue Beihilferegulationen**, die Grundlage einer zukünftigen Förderung sein sollen.

a) Grundsätze

385 Als Beihilfen kommen neben Förderprogrammen des Bundes direkte Landeszuschüsse zur Abdeckung des wirtschaftlichen Fehlbetrags, vergünstigte Landeskredite oder -darlehen zur Investitions-Anreizförderung, Landesbürgschaften oder sonstige Garantien zur Risikoabsicherung etwaiger privater Geldgeber (z.B. Banken) in Frage.

Praxistipp: Die Kommission hat in ihrem internen Arbeitspapier, das sie als „Analyseraster“ für **Breitbandinfrastrukturen** bezeichnet, die Fallpraxis der Kommission aufbereitet und die



verschiedenen anzuwendenden Regelungen abgearbeitet. Dieses Dokument ist (nur) in englischer Sprache verfügbar und abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_broadband_en.pdf. Das Arbeitspapier enthält zwar die üblichen Disclaimer, liefert aber dennoch wertvolle Hinweise.

386 Auch bzgl. der Förderung für Breitband, die nicht in ein bestehendes Programm fällt bzw. über eine bestehende Beihilferegelung „abgewickelt“ werden kann, ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt:

- Keine Beihilfe liegt vor, solange es sich um eine Kommunikationsstruktur (nur) für öffentliche Einrichtungen handelt, die keine kommerziellen Tätigkeiten ausüben⁵⁷⁵ (und Service Provider zu Marktbedingungen tätig werden, so dass auch diesen gegenüber eine Beihilfe ausscheidet, vgl. zu diesem Fall den Praxistipp oben in Rn. 89).
- Beihilfefrei ist eine Maßnahme auch dann, wenn sich eine Kommune, das Land oder der Bund zu marktüblichen Bedingungen an einem Breitbandprojekt beteiligt, die auch für einen privaten Investor annehmbar gewesen wären. Dann liegt keine Begünstigung und somit bereits tatbestandlich keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor (sog. **Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten**, vgl. oben Rn. 108 ff.).
- Ggf. liegt eine De-minimis-Beihilfe vor, die sich nach der **De-minimis-VO** richtet (siehe oben Rn. 228 ff.).

Praxistipp: Eine Beihilfe liegt auf tatbestandlicher Ebene also u.a. dann nicht vor, wenn der Beitrag des Staates zu „normalen Marktbedingungen“ bereitgestellt wird, also **Kapitalbeteiligungen** oder **Kapitalzuführungen** eines öffentlichen Investors jedenfalls langfristig mehr als nur unzureichende **Gewinnaussichten** bieten.⁵⁷⁶ Wenn dieses Ziel durch eine wettbewerbliche **Ausschreibung** nicht erreicht werden kann, kann die Ausschreibung nach dem Wortlaut der Breitbandleitlinien aus dem Jahr 2013 eine Begünstigung des Investors nicht ausschließen. Ein solches **Auswahlverfahren** führt nach dem Wortlaut der Breitbandleitlinien also nicht zwangsläufig zum Ausschluss des Beihilfetatbestands. Dies ist für Ausschreibungen zur Auswahl der Netzinvestoren für den Auf- und Ausbau von Breitbandinfrastruktur in wirtschaftlich nicht attraktiven Regionen zu beachten. Insbesondere in solchen Fällen ist zu prüfen, ob die Ausschreibung lediglich dazu dient, den Investor zu ermitteln, der für den geringsten Beihilfebetrag zur Durchführung des Projekts bereit ist. In

⁵⁷⁵ KOM, Entscheidung v. 30.05.2007, N 46/2007, Rn. 17 – UK: *Welsh Public Sector Network Scheme*.

⁵⁷⁶ Mitteilung der Kommission „Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“ (im Folgenden „Breitbandleitlinien“), ABl. EU 2013 C 25/1, dort Rn. 12 und 16.



diesem Fall wird durch die Ausschreibung lediglich sichergestellt, dass die Beihilfe auf das für das jeweilige Vorhaben erforderliche Minimum beschränkt und somit der Höhe nach angemessen ist.⁵⁷⁷ In diesem Fall ist sie nur für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Beihilfe im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung relevant.

387 In den übrigen Fällen richtet sich die beihilferechtliche Prüfung nach folgenden Maßstäben:

- ggf. Beurteilung anhand der *Altmark Trans*-Rpr. bzw. des sog. „DAWI-Pakets“
- Vereinbarkeit gemäß **Art. 52 AGVO**⁵⁷⁸ ohne Notifizierung,
- Vereinbarkeitsprüfung in einem Notifizierungsverfahren anhand der **Breitbandleitlinien**⁵⁷⁹ der Kommission.

388 Allen vorstehenden Prüfungsmaßstäben ist gemeinsam, dass sich der Staat nur dort finanziell am Auf- und Ausbau einer Breitbandinfrastruktur beteiligen darf, wo eine rein private Realisierung an einer ersichtlichen **Wirtschaftlichkeitslücke** scheitert. Bei der Beurteilung, ob ein solches **Marktversagen** vorliegt und unter welchen Voraussetzungen staatliche Fördermaßnahmen zulässig sind, unterscheidet die Kommission zwischen verschiedenen Gebietskategorien. Diese bezeichnet die Kommission je nach dem gegenwärtigen Stand der Anbindung des Gebiets an ein Breitbandnetz als „weiße, graue oder schwarze Flecken“. Dabei differenziert sie zwischen einem Marktversagen bei der flächendeckenden Versorgung mit Breitbandgrundversorgungsnetzen und mit Zugangsnetzen der nächsten Generation („Next Generation Access“, im Folgenden NGA).

389 Bezüglich der Breitbandgrundversorgung werden die weißen, grauen und schwarzen Flecken wie folgt definiert:⁵⁸⁰

- „**Weißer Flecken**“: Gebiete, in denen keine Breitbandinfrastruktur vorhanden ist und voraussichtlich auch in den nächsten drei Jahren nicht aufgebaut wird. In diesen Gebieten geht die Kommission ohne Weiteres von einem **Marktversagen** aus.
- „**Grauer Flecken**“: Gebiete, in denen nur ein Netzbetreiber vertreten ist und in den nächsten drei Jahren kein weiteres Netz aufgebaut wird. In diesen Gebieten nimmt die Kommission ein **Marktversagen** nur nach Durchführung einer eingehenderen Analyse an. Dabei berücksichtigt sie insbesondere das Preisniveau des alleinigen Netzbetreibers,

⁵⁷⁷ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 12.

⁵⁷⁸ Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.

⁵⁷⁹ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1.

⁵⁸⁰ Abschnitt 3.2 der Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1.



Beschränkungen des Netzzugangs sowie regulatorische Möglichkeiten zur Sicherstellung marktüblicher Bedingungen.

- „**Schwarze Flecken**“: Gebiete, in denen es mindestens zwei verschiedene Breitbandgrundversorgungsnetze unterschiedlicher Betreiber gibt oder in den nächsten drei Jahren geben wird und Breitbanddienste dort zu Wettbewerbsbedingungen angeboten werden. In diesen Gebieten liegt in aller Regel **kein Marktversagen** vor.

390 In entsprechender Weise definiert die Kommission weiße, graue und schwarze **NGA-Flecken** wie folgt:⁵⁸¹

- „**Weißer NGA-Flecken**“: Gebiete, in denen keine NGA-Netze vorhanden sind und voraussichtlich auch in den nächsten drei Jahren nicht aufgebaut werden. In diesen Gebieten geht die Kommission ohne Weiteres von einem **Marktversagen** in Bezug auf die Errichtung von NGA-Infrastruktur aus.
- „**Grauer NGA-Flecken**“: Gebiete, in denen nur ein NGA-Netzbetreiber vertreten ist und in den nächsten drei Jahren kein weiteres NGA-Netz aufgebaut wird. In diesen Gebieten nimmt die Kommission ein **Marktversagen** in Bezug auf die Errichtung von NGA-Infrastruktur nur nach Durchführung einer eingehenderen Analyse an.
- „**Schwarzer NGA-Flecken**“: Gebiete, in denen es mindestens zwei verschiedene NGA-Netze unterschiedlicher Betreiber gibt oder in den nächsten drei Jahren geben wird und Breitbanddienste dort zu Wettbewerbsbedingungen angeboten werden. In diesen Gebieten liegt in aller Regel **kein Marktversagen** in Bezug auf die Errichtung von NGA-Infrastruktur vor.

391 Von der Durchführung des jeweiligen Projekts in einem weißen, grauen oder schwarzen Gebiet hängt maßgeblich ab, ob die staatliche Förderung ggf. schon tatbestandlich keine Beihilfe darstellt oder unter welchen Voraussetzungen die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

b) Altmark Trans-Rspr. und das sog. „DAWI-Paket“

392 Es stellt sich zunächst die Frage, ob finanzielle Leistungen der öffentlichen Hand an einen Privatinvestor für die Errichtung von Breitbandinfrastruktur nach Maßgabe der *Altmark Trans-Rspr.* bereits tatbestandlich als beihilfefrei eingestuft werden können (zu den allgemeinen Kriterien vgl. oben Rn. 103 f.). Dazu ist zunächst zu prüfen, ob und inwiefern auch Breitbandausbau als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (**DAWI**) angesehen werden kann.

⁵⁸¹ Abschnitt 3.3 der Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1.



393 Nach der Auffassung der Kommission dürfen Mitgliedstaaten Dienstleistungen dann nicht mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verknüpfen, wenn diese von Unternehmen, die im Einklang mit den **Marktregeln** handeln, zu **normalen Marktbedingungen**, die sich – z.B. im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zu Dienstleistungen – mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, bereits zufriedenstellend erbracht werden oder erbracht werden können. In Bezug auf die Frage, ob solche Dienstleistungen vom Markt erbracht werden oder als **DAWI** eingestuft werden können, beschränkt sich die Kommission grundsätzlich darauf, zu prüfen, ob dem betreffenden Mitgliedstaat diesbezüglich ein **offensichtlicher Beurteilungsfehler** unterlaufen ist.⁵⁸² (siehe dazu schon oben Rn. 309 ff.).

394 Für die Breitbandversorgung hat sie die Maßstäbe dafür in Abschnitt 2.3 der Breitbandleitlinien „unter Berücksichtigung sektoraler Besonderheiten“ erläutert.⁵⁸³ Danach *„betrachtet die Kommission die Errichtung einer parallelen, konkurrierenden, öffentlich geförderten Breitbandinfrastruktur in Gebieten, in denen private Investoren bereits in eine Breitbandinfrastruktur investiert haben [...] und bereits wettbewerbsbasierte Breitbanddienste mit einer angemessenen Breitbandabdeckung anbieten, nicht als DAWI [...]“. Kann hingegen nachgewiesen werden, dass private Investoren nicht in der Lage sind, in naher Zukunft eine angemessene Breitbandabdeckung für alle Bürger oder Nutzer bereitzustellen, und somit ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung nach wie vor nicht über einen Breitbandanschluss verfügen würde, so können einem mit der Erbringung einer DAWI beauftragten Unternehmen Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen gewährt werden (...).“⁵⁸⁴*

395 Diese breitbandspezifische DAWI-Definition der Kommission trifft in jedem Fall auf die Errichtung und den Betrieb von Breitbandgrundinfrastruktur in „**weißen Flecken**“ bzw. von NGA-Infrastruktur in „**weißen NGA-Flecken**“⁵⁸⁵ zu. Zu der Frage, ob unter bestimmten Voraussetzungen auch die Errichtung und der Betrieb von Breitbandgrundinfrastruktur in

⁵⁸² DAWI-Mitteilung, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 48.

⁵⁸³ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 18.

⁵⁸⁴ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 20.

⁵⁸⁵ In einem Fall hat die Kommission anerkannt, dass die Errichtung eines NGA-Netzes in einem bereits mit einer traditionellen Breitbandgrundversorgung ausgestatteten Gebiet als DAWI angesehen werden kann, wenn das traditionelle Breitbandnetz die von den Nutzern gewünschten Übertragungskapazitäten nicht bereitstellen kann, vgl. KOM, Entscheidung v. 30.09.2009, N 331/2008, ABl. EU 2010 C 256/1 – *Frankreich: Département des Hauts-de-Seine*.



„**grauen Flecken**“ bzw. von NGA-Infrastruktur in „**grauen NGA-Flecken**“ als **gemeinwirtschaftliche Verpflichtung** ausgestaltet werden kann, gibt es soweit ersichtlich keine Entscheidungspraxis der Kommission. Nach dem Zitat aus Abschnitt 2.3 der Breitbandleitlinien (vgl. vorstehende Randnummer) scheidet eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung aus, wenn private Investoren bereits „*wettbewerbsbasierte*“ Breitbanddienste in dem betreffenden Gebiet anbieten. Aus der Tatsache, dass es in einem Gebiet einen privaten (NGA-) Infrastrukturbetreiber gibt („grauer (NGA-)Fleck“), folgt aber nicht zwangsläufig, dass dieser das Netz dort auf wettbewerbsbasierter Grundlage betreibt. Es scheint vielmehr nicht ausgeschlossen, dass das Vorhandensein eines einzigen (NGA-)Netzes dem Betreiber eine monopolartige Marktmacht verschafft, die einem **marktkonformen bzw. wettbewerbsbasierten Angebot** für die Endkunden im Einzelfall entgegenstehen könnte.⁵⁸⁶

Praxistipp: Es ist daher vorstellbar, dass die Kommission unter bestimmten Umständen auch gegen die Einstufung einer zusätzlichen Infrastruktur in „**grauen (NGA-)Flecken**“ als **DAWI** keine Einwände erheben würde. Dies sollte im konkreten Fall mit der Kommission im Vorfeld abgestimmt werden.

396 Die Einstufung als **DAWI** setzt ferner voraus, dass die betreffende Infrastruktur einen Universalzugang für alle privaten und gewerblichen Endnutzer in dem Gebiet ermöglicht. Die DAWI darf zudem nur die Errichtung bzw. den Betrieb einer **passiven** ⁵⁸⁷ , **technologieneutralen** ⁵⁸⁸ und somit für alle interessierten Dienstleister **offenen Infrastruktur** umfassen.⁵⁸⁹

397 Damit erscheint eine tatbestandsfreie Förderung von Breitbandausbau anhand der Maßstäbe für *Altmark Trans* nicht ausgeschlossen, soweit neben den dargestellten Anforderungen an das Vorliegen einer DAWI auch die übrigen Kriterien erfüllt sind. Es bedürfte also insbesondere eines **Betraungsakts** und regelmäßig der Auswahl des

⁵⁸⁶ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 67.

⁵⁸⁷ Gemäß dem Glossar in Anhang II der Breitbandleitlinien umfasst das passive Netz in der Regel Bauinfrastruktur, Leerrohre, unbeschaltete Glasfaserleitungen und Straßenverteilerkästen.

⁵⁸⁸ Ein Netz sollte technologieneutral sein und es den Interessierten dadurch ermöglichen, über eine beliebige verfügbare Technologie Zugang zu erhalten und Dienstleistungen für Endkunden anzubieten. Gemäß dem Glossar in Anhang II der Breitbandleitlinien umfasst das neutrale Netz Netze, die alle Arten von Netzwerktopologien unterstützen können.

⁵⁸⁹ Zu der Definition einer DAWI im Breitband-Bereich im Einzelnen vgl. Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 20 ff.



Zuwendungsempfängers in einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren (vgl. dazu oben Rn. 103 f.).

Praxistipp: Eine wettbewerbliche **Ausschreibung** zur Auswahl des Netzbetreibers könnte also vor allem dazu führen, dass auch das sog. **vierte Altmark-Kriterium** erfüllt wäre. Auf diese Weise könnte der Beihilfetatbestand bei Einhaltung der übrigen **Altmark Trans-Kriterien** tatbestandlich verneint werden. Es spricht viel dafür, dass dies in Regionen, die als „weiße Flecken“ oder „graue Flecken“ angesehen werden, den einzigen Weg darstellt, um dem Beihilfetatbestand zu entgehen. Denn dies sind regelmäßig Regionen, in denen der Auf- und Ausbau eines (zusätzlichen) Netzes wirtschaftlich nicht lohnend ist. Damit liegt für diese Regionen nahe, dass eine Ausschreibung nicht dazu führen kann, dass der Beitrag des Staates zu „**normalen Marktbedingungen**“ bereitgestellt wird, also **Kapitalbeteiligungen** oder **Kapitalzuführungen** eines öffentlichen Investors jedenfalls langfristig mehr als nur unzureichende **Gewinnaussichten** bieten (das gilt jedenfalls gemäß Rn. 12 der Breitbandleitlinien, vgl. dazu den Praxistipp in Rn. 386). Die im Rahmen des vierten **Altmark Trans-Kriteriums** vorzunehmende Ausschreibung muss dagegen nicht zu einem marktkonformen Verhalten des Staates führen, um eine Begünstigung tatbestandlich ausschließen zu können (siehe dazu bereits oben Rn. 103 f.).

398 Liegen die **Altmark-Kriterien** nicht vollständig vor, kann die Beurteilung auch anhand der übrigen Vorschriften des sog. **DAWI-Pakets** erfolgen.⁵⁹⁰ Damit kommt insbesondere auch eine Freistellung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss in Betracht. In allen diesen Fällen ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Einstufung als DAWI und der in allen Fällen erforderliche **Betraungsakt** einen gewissen Aufwand verursacht (zur Fallgruppe „**DAWI**“ siehe oben Rn. 304 ff.). Darauf dürfte zurückzuführen sein, dass der DAWI-Freistellungsbeschluss in Bezug auf Breitbandprojekte in der Entscheidungspraxis der Kommission bislang eine eher untergeordnete Rolle gespielt hat. Spätestens mit der Aufnahme des spezifischen Freistellungstatbestands für den Breitbandsektor in Art. 52 AGVO (vgl. dazu den nachfolgenden Abschnitt) dürfte der DAWI-Freistellungsbeschluss im Hinblick auf Breitbandprojekte keine praktische Relevanz mehr haben. Denn nach Art. 52 AGVO sind selbst Beihilfen für große Projekte freistellungsfähig, ohne dass es eines Betrauungsakts und des Begründungsaufwands für das Vorliegen einer DAWI bedarf.

⁵⁹⁰ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 18.



c) AGVO

399 Mit Inkrafttreten der „neuen“ AGVO⁵⁹¹ am 01.07.2014 (vgl. oben Rn. 246 ff.) sind unter den Voraussetzungen von Art. 52 AGVO erstmals auch bestimmte Beihilfen für Breitbandinfrastrukturprojekte von der Anmeldepflicht bei der Kommission ausgenommen. Dies kann im Vergleich zur Beurteilung des Breitbandausbaus anhand der Maßstäbe für DAWI eine Reduktion des Aufwands bedeuten. Freistellungsfähig sind die gesamten Investitionskosten für Projekte, deren Gesamtkosten 70 Mio. Euro nicht überschreiten (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. y) AGVO).

400 Art. 52 AGVO ist nur auf Projekte in „weißen Flecken“ bzw. in „weißen NGA-Flecken“ anwendbar. Die Tatsache, dass es sich bei dem Zielgebiet tatsächlich um einen „weißen Fleck“ handelt, also kein Privatinvestor in den nächsten drei Jahren eine entsprechende Infrastruktur ohne staatliche Hilfe bereitstellen wird, muss im Rahmen einer öffentlichen (Internet-) Konsultation vorab überprüft werden. Zudem muss die Beihilfe auf der Grundlage eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien **wettbewerblichen Auswahlverfahrens** unter Wahrung des Grundsatzes der Technologieneutralität gewährt werden. Der Beihilfeempfänger muss interessierten Dienstleistern auf der Vorleistungsebene einen umfassenden Zugang zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen ermöglichen. Bei NGA-Projekten bedarf es zudem einer physischen Entbündelung zwischen dem Netz und dem Teilnehmeranschluss, d.h. der sog. „letzten Meile“ bis zum Kunden.

401 Hinsichtlich der Transparenzanforderungen der AGVO und der darin vorgesehenen Veröffentlichungs- und Berichtspflichten und den übrigen allgemeinen Freistellungs Voraussetzungen wird auf die gesonderten Ausführungen oben in Abschnitt III.1.a (Rn. 254 ff.) verwiesen.

d) Breitbandleitlinien

402 Kommt weder eine Beihilfefreiheit nach Maßgabe der *Altmark Trans*-Rspr. noch eine Freistellung gemäß Art. 52 AGVO in Betracht, bedarf es einer Anmeldung der Beihilfe bei der Kommission, damit diese die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt prüfen kann. Im Rahmen des **Notifizierungsverfahrens** prüft die Kommission, ob die folgenden in den Breitbandleitlinien⁵⁹² aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind:

⁵⁹¹ Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.

⁵⁹² Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1.



- **Beitrag** der Beihilfe zur Erreichung von **Zielen von gemeinsamem Interesse**,
- Bestehen eines **Marktversagens**,
- **Eignung** des Instruments der staatlichen Beihilfe,
- **Anreizeffekt** der Beihilfe,
- **Beschränkung** der Beihilfe auf das **erforderliche Minimum**,
- Begrenzte **negative Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb**,
- **Transparenz**.

403 Im Folgenden werden diese Vereinbarkeitsvoraussetzungen erläutert.

aa) Beitrag zur Erreichung von Zielen von gemeinsamem Interesse

404 Dieser Prüfungspunkt bereitet in der Regel die geringsten Schwierigkeiten. In ihrer Digitalen Agenda für Europa ⁵⁹³ hat die Kommission den **sozioökonomischen Nutzen von Breitbanddiensten**, insbesondere für die Wettbewerbsfähigkeit, den sozialen Zusammenhalt und die Schaffung von Beschäftigung, ausdrücklich anerkannt.

bb) Bestehen eines Marktversagens

405 Bei der Beurteilung, ob ein solches **Marktversagen** vorliegt, unterscheidet die Kommission danach, ob es sich bei dem Zielgebiet um einen weißen, grauen oder schwarzen (NGA-) Flecken handelt (vgl. dazu oben Rn. 390). Während die Kommission in **weißen Flecken** ohne Weiteres von einem Marktversagen ausgeht, bedarf es zur Feststellung eines solchen in **grauen Flecken** einer eingehenderen Analyse. In **schwarzen Flecken** kann in aller Regel kein Marktversagen angenommen werden.⁵⁹⁴

cc) Eignung des Instruments der staatlichen Beihilfe

406 Unter diesem Prüfungspunkt prüft die Kommission, ob eine flächendeckende Breitbandversorgung nicht ebenso gut durch andere Instrumente sichergestellt werden könnte. Beispielhaft nennt sie in Rn. 44 der Beihilfe-Leitlinien **regulatorische Maßnahmen, nachfrageseitige Maßnahmen (z. B. Gutscheine für Endnutzer) oder Frequenz(um)verteilungen**.

⁵⁹³ Mitteilung der Kommission „Eine Digitale Agenda für Europa“ vom 19.05.2010, KOM (2010)245 endg., nicht in ABl. EU veröffentlicht.

⁵⁹⁴ Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1, Rn. 77.



dd) Anreizeffekt der Beihilfe

407 Die Beihilfe ist nur dann mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie einen **Anreizeffekt** hat, also eine **Verhaltensänderung beim Beihilfeempfänger** auslöst und keine **Mitnahmeeffekte** für ein ohnehin beabsichtigtes Projekt bewirkt. Daher sind gemäß Rn. 45 der Breitbandleitlinien Beihilfen ausgeschlossen, wenn ein Betreiber bereits durch bestimmte Verpflichtungen zur Abdeckung des betreffenden Gebiets gebunden ist.

ee) Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum

408 Die Beihilfe muss zudem der Höhe nach auf das zur Realisierung des Projekts **erforderliche Minimum** beschränkt sein. Die Kommission nimmt dies regelmäßig an, wenn der Investor im Rahmen einer wettbewerblichen Ausschreibung ermittelt wird, wobei derjenige Bieter, der bei vergleichbaren Qualitätsbedingungen den niedrigsten Beihilfebetrug beantragt, den Zuschlag erhält.⁵⁹⁵

ff) Begrenzte negative Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb

409 Abschnitt 3.4 der Breitbandleitlinien sieht die Vorkehrungen vor, durch die die negativen **Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb** zu begrenzen sind. Dazu gehören insbesondere die Beachtung des **Grundsatzes der Technologieneutralität** und der **offene Zugang auf Vorleistungsebene**. Angesichts der unterschiedlichen technischen Lösungen zur Breitbandversorgung sollte bei einer Ausschreibung zur Auswahl des Privatinvestors keine der in Frage kommenden Technologien bevorzugt behandelt werden. Darüber hinaus muss der Beihilfeempfänger sich verpflichten, Drittbetreibern zu fairen und **nichtdiskriminierenden Bedingungen** Zugang zu der geförderten Infrastruktur auf Vorleistungsebene⁵⁹⁶ zu ermöglichen und somit in Wettbewerb zu ihm zu treten.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Für den Breitbandsektor verweist die Kommission in Rn. 46 der Breitband- Leitlinien (unter der Überschrift „*Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum*“) auf den Abschnitt 3.4 „*Ausgestaltung der Maßnahmen und Notwendigkeit etwaiger Wettbewerbsverfälschungen*“. Darin wird ausgeführt, wie das Auswahlverfahren im Einzelnen auszugestalten bzw. das wirtschaftlich günstigste Angebot auszuwählen ist, vgl. Rn. 78 lit. c) und d) der Breitbandleitlinien, ABl. EU 2013 C 25/1. Für den Fall, dass die Voraussetzungen des gesamten Abschnitts 3.4. nicht erfüllt sind, droht die Kommission eine „*eingehende Prüfung*“ an, die dazu führen könne, dass die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird, vgl. Rn. 78 der Breitbandleitlinien.

⁵⁹⁶ Das Glossar in Anhang II der Breitbandleitlinien enthält eine detaillierte Auflistung der sog. Vorleistungsprodukte.



gg) **Transparenz**

410 Ab dem 01.07.2016 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den vollständigen Wortlaut der Beihilfemaßnahme, die Namen der Bewilligungsbehörde und des Beihilfeempfängers sowie Angaben zur Art und Höhe der Beihilfe auf einer nationalen oder regionalen Beihilfen-Website zu veröffentlichen, um die **Transparenz** zu gewährleisten. Bei Einzelbeihilfen von weniger als 500.000 Euro kann von der Veröffentlichung dieser Informationen abgesehen werden.⁵⁹⁸

VI. **Beihilfeverfahren**

411 Der Vertrag selbst sieht in Art. 108 AEUV nur rudimentäre Verfahrensvorschriften vor. Die ersten beiden Absätze widmen sich der Überprüfung bestehender Beihilfen durch die Kommission, obwohl diese repressive Überwachung in der Praxis der Kommission eine untergeordnete Rolle spielt.⁵⁹⁹ Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV regelt die Anmeldepflicht für neue Beihilfen. Zentral für das europäische Beihilferecht ist die in Art. 108 Abs. 3 AEUV kodifizierte **Anmeldepflicht** und das **Durchführungsverbot**: Beihilfen, für die allein eine einzelfallbezogene Vereinbarkeitsprüfung in Betracht kommt, müssen vor ihrer Durchführung bei der Kommission angemeldet werden; bis zur Freigabe durch die Kommission unterliegen sie einem Durchführungsverbot („*standstill obligation*“). Eine Verletzung dieses Prinzips macht die Beihilfe auf europarechtlicher Ebene **formell rechtswidrig**. Dafür spielt die Frage, ob eine Beihilfe in materieller Hinsicht von der Kommission als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könnte, keine Rolle. Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ist unmittelbar anwendbar, so dass sich Konkurrenten des Beihilfeempfängers vor nationalen Gerichten direkt auf die Verletzung des Durchführungsverbot berufen können.⁶⁰⁰

412 Die Einzelheiten des Prüfverfahrens sind in der sog. Beihilfeverfahrensverordnung 2015/1589 (**BVVO**)⁶⁰¹ und der **Durchführungsverordnung** 794/2004 zur BVVO⁶⁰² geregelt. Grundlage

⁵⁹⁷ Für den Fall, dass die Voraussetzungen des Abschnitts 3.4. nicht erfüllt sind, geht die Kommission von der Erforderlichkeit einer „eingehende Prüfung“ aus, die dazu führen könne, dass die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird, vgl. Rn. 78 der Breitbandleitlinien (ABl. EU 2013 C 25/1).

⁵⁹⁸ Mitteilung der Kommission zur Änderung der Breitbandleitlinien, ABl. EU 2014 C 198/30.

⁵⁹⁹ Werner, in: MünchKommBeihVgR, Art. 108 AEUV, Rn. 13 f.

⁶⁰⁰ EuGH, Rs. 77/72, EU:C:1973:65, Rn. 6 – *Capolongo*; Rs. 78/76, EU:C:1977:52, Rn. 10 – *Steinike & Weinlig*.

⁶⁰¹ ABl. EU 2015 L 248/9.



hierfür ist Art. 109 AEUV, wonach der Rat zur Durchführung der Beihilfekontrolle zweckdienliche Durchführungsverordnungen erlassen kann. Die Verfahrensregeln im Beihilferecht fanden sich bis vor kurzem noch in der Verordnung (EG) 659/1999. Da jene Verordnung jedoch mehrfach und erheblich geändert worden ist⁶⁰³, wurde sie aufgehoben und zum 14.10.2015 durch die Verordnung (EU) 2015/1589 ersetzt.⁶⁰⁴ Die Durchführungsverordnung 794/2004 bleibt dagegen in Kraft. Sie enthält die für die Anmeldung einschlägigen Formulare bzw. Fragebögen. Zusätzlich gibt der neue Verhaltenskodex der Kommission für die Durchführung von Beihilfeverfahren aus dem Jahr 2018 den Mitgliedstaaten, Beihilfeempfängern und anderen Beteiligten weitere Orientierungshilfen hinsichtlich des praktischen Ablaufs von Beihilfeverfahren an die Hand.⁶⁰⁵

Praxistipp: Alle relevanten Verfahrensvorschriften sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/rules.html. Der aktuelle Verhaltenskodex ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/best_practise/de.pdf.

413 Die BVVO unterscheidet die nachfolgenden Konstellationen, für die sie jeweils unterschiedliche Verfahren vorsieht:

- Angemeldete Beihilfen (sog. Neubeihilfen)
- Rechtswidrige, d.h. nicht angemeldete Beihilfen
- Bestehende Beihilfen (sog. Altbeihilfen)

Praxistipp: Die Anmeldepflicht besteht nicht für Maßnahmen, die hiervon freigestellt sind, z.B. auf Grundlage der AGVO oder dem DAWI-Freistellungsbeschluss.

1. Notifizierungsverfahren (sog. präventives Verfahren)

414 Das Verfahren im Fall angemeldeter Beihilfen, sog. **präventives Verfahren**, ist in Art. 2 bis Art. 11 BVVO niedergelegt und sollte den Regelfall darstellen (in der Praxis dürfte der Schwerpunkt der Beihilfekontrolle der Kommission hingegen auf dem Verfahren bzgl. nicht angemeldeter und damit rechtswidriger Beihilfen liegen, s.u. 2.) Danach erfolgt die

⁶⁰² ABl. EU 2004 L 140/1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 372/2014 vom 09. 04. 2014, ABl. EU 2014 L 109/14.

⁶⁰³ Vgl. allein die letzte Änderung durch die VO (EU) 734/2013 vom 22.07. 2013, ABl. EU 2013 L 204/15.

⁶⁰⁴ Eine Entsprechungstabelle zur alten VO 659/1999 findet sich im Anhang II der neuen BVVO.

⁶⁰⁵ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 4.



Anmeldung von Beihilfen in der Regel mit dem Antrag, sie mit dem Binnenmarkt für vereinbar zu erklären, also zu genehmigen. Aus Gründen der Rechtssicherheit können jedoch auch Maßnahmen als „Nicht-Beihilfe“ angemeldet werden (sog. **Non-Aid-Notifizierung**). Dies erscheint in besonders komplexen und rechtlich oder tatsächlich schwierigen Fällen ratsam. Das Anmeldeformular, welches der Verordnung (EG) 794/2004 als Anhang I Teil I beigefügt ist, sieht dementsprechend auch eine explizite Anmeldung als Nicht-Beihilfe („eine aus Gründen der Rechtssicherheit angemeldete Maßnahme, die keine Beihilfe darstellt“) vor.

- 415 Die Notifizierung kann nur durch den Mitgliedstaat erfolgen, nicht durch den Beihilfempfänger oder unterstaatliche Ebenen (Land, Kommune, etc.). Denn nur die Kommission und der Mitgliedstaat sind Parteien des Verfahrens. Deshalb läuft jegliche Kommunikation mit der Kommission in Beihilfverfahren über die Bundesregierung.

Praxistipp: Für EU-Beihilfefälle ist grundsätzlich das **Beihilfereferat** des **BMWi** zuständig. Das **BMEL** ist zuständig für die Agrar- und Fischereibeihilfen und das **BMVI** für Verkehrsbeihilfen (z.B. für Regionalflughäfen). Die Organigramme der Ministerien sind im Netz abrufbar, so dass die für Beihilfen zuständigen Referate ermittelt werden können.

- 416 Unterstaatliche Stellen, die Beihilfen gewährt haben, haben wie auch der Beihilfempfänger nur den Status einer „Informationsquelle“ für die Kommission, Verfahrensbeteiligte sind sie nicht. Deshalb werden Informationen und Unterlagen dieser Stellen in einem Beihilfverfahren ggf. von der kommunalen Ebene über die in der Landesregierung für Beihilferecht zuständigen Ansprechpartner über die auf Bundesebene verantwortlichen Ansprechpartner an die Kommission weitergereicht und umgekehrt. Dabei sind mögliche Fristen der Kommission bzw. der beteiligten Behörden auf der Ebene des Mitgliedstaates einzuhalten. Wenn es sich um Beihilfen auf Landes- oder Kommunalebene handelt, ist innerstaatlich der Dienstweg einzuhalten. Die übrigen Betroffenen, wie der Beihilfempfänger, haben nur den Status einer „Informationsquelle“ für die Kommission.

Praxistipp: Ansprechpartner auf Landesebene in Rheinland-Pfalz, an den sich kommunale Behörden im Falle einer Notifizierung (oder auch im Fall eines Beihilfverdachts bzw. zu allgemeinen Fragen des Beihilferechts) wenden können, ist das EU-Referat des MWVLW. Für andere Bundesländer lassen sich die Ansprechpartner z.B. in den Beihilfereferaten der Landeswirtschaftsministerien ebenfalls leicht über die im Internet abrufbaren Organigramme ermitteln.

- 417 Nach Art. 2 Abs. 2 BVVO muss die Anmeldung „alle sachdienlichen Auskünfte“ enthalten, damit die Kommission eine Entscheidung treffen kann, d.h. zumindest Vorhaben, Zielsetzung



und Begünstigte nennen. Für die Anmeldung ist das **Anmeldeformular** zu verwenden, das der VO 794/2004 als Anhang I Teil I beigelegt ist. Die Übermittlung der Anmeldung erfolgt elektronisch durch den ständigen Vertreter des jeweiligen Mitgliedstaates i.S.d. Art. 3 Abs. 1 VO 794/2004. Wer die zuständige Behörde für das Einreichen der Anträge ist, richtet sich nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten.⁶⁰⁶ In Deutschland liegt die Federführung bei den o.g. Ministerien bzw. deren Beihilfereferaten.

- 418 Das Verfahren bei angemeldeten Beihilfen – auch im Falle einer sog. Non-Aid-Notifizierung – richtet sich nach Art. 2 ff. BVVO. Die Prüfung der Kommission gliedert sich grundsätzlich in zwei Abschnitte: ein **vorläufiges Prüfverfahren** gemäß Art. 4 BVVO (1. Phase) und ein **förmliches Prüfverfahren** gemäß Art. 6 BVVO (2. Phase). Vor Einleitung des Verfahrens gibt es zusätzlich die Möglichkeit einer Voranmeldung bzw. einer einvernehmlichen Planung.

Praxistipp: Insbesondere in größeren Kommunen und auf Landesebene ist denkbar, dass sich die Umstände und Ziele verschiedener Fördertatbestände regelmäßig wiederholen und eine abstrakt-generelle Beihilferegelung erlassen werden könnte, die diese erfasst. Damit kann der Verwaltungsaufwand durch die gleichsam „gebündelte“ Notifizierung einer auf eine Vielzahl von Fällen anwendbaren Beihilferegelung reduziert werden. Es sollten mithin immer auch die Möglichkeit und die Vorteile einer Notifizierung von Beihilferegelungen im Blick behalten werden.

a) **Voranmeldung und einvernehmliche Planung**

- 419 Im Vorfeld der Anmeldung besteht die Möglichkeit **informeller Vorabkontakte** zwischen dem betreffenden Mitgliedstaat und der Kommission. Diese sog. **Voranmeldung** kann auf Antrag des Mitgliedstaates erfolgen und soll dazu dienen, aufgrund informeller Erörterungen mit der Kommission die ggf. problematischen Aspekte einer geplanten Beihilfemaßnahme herauszufinden und Lösungen zu erarbeiten. Hierdurch können Informationsbedürfnisse und Bedenken der Kommission hinsichtlich des geplanten Projekts bereits in einem frühen Stadium erkannt und in der Anmeldung berücksichtigt werden. Die Klärung findet insoweit vor bzw. außerhalb einer förmlichen Anmeldung mit der Kommission statt. Dies geschieht durch Übermittlung eines Anmeldeentwurfes, der alle Angaben enthalten muss, die für die Prüfung des Beihilfevorhabens notwendig sind. Diese Vorabkontakte sind strikt vertraulich, jedoch auch **unverbindlich**. Sie greifen der Bearbeitung und Prüfung der Beihilfesache nach Übermittlung der förmlichen Anmeldung nicht vor.

⁶⁰⁶ Werner, in: MünchKommBeihVgR, Art. 108 AEUV, Rn. 34.



Praxistipp: Das Handbuch über staatliche Beihilfen des BMWi enthält auf S. 80 f. eine kurze und anschauliche Darstellung, wann eine Voranmeldung in Betracht kommt und wie dafür konkret vorzugehen ist. Darauf wird verwiesen:

[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf? blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?blob=publicationFile&v=6)

Weitere Informationen zur Vorabanmeldung finden sich im Verhaltenskodex der Kommission für die Durchführung von Beihilfeverfahren aus dem Jahr 2018⁶⁰⁷, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/best_practise/de.pdf.

420 In bestimmten Fällen, die als besonders neu, komplex oder sensibel anzusehen sind oder deren Prüfung absolut dringlich ist, bietet die Kommission dem anmeldenden Mitgliedstaat eine Form strukturierter Zusammenarbeit an, die auf eine Verständigung über den voraussichtlichen Ablauf und die voraussichtliche Dauer des Prüfverfahrens abzielt. Eine solche **einvernehmliche Planung** kommt in Betracht, wenn die Kommission am Ende der Voranmeldephase nicht in der Lage ist, eine eindeutige erste Einschätzung abzugeben, oder wenn der Mitgliedstaat dies zu Beginn des förmlichen Prüfverfahrens beantragt. Der Mitgliedstaat muss sich mit der Kommission auf bestimmte Punkte einigen, wie z.B. auf die prioritäre Behandlung der betreffenden Beihilfesache und darauf, ob der Mitgliedstaat/Beihilfeempfänger die Informationen übermittelt oder die Kommission diese ausschließlich beschafft. Durch die einvernehmliche Planung soll die Dauer der Beihilfeprüfung transparenter und berechenbarer werden.⁶⁰⁸

b) Vorläufiges Prüfverfahren

421 Das vorläufige Prüfverfahren beginnt mit der Übermittlung der Anmeldung. Diese wird von der Kommission unmittelbar nach deren Eingang geprüft. Die nichtvertraulichen Zusammenfassungen der Anmeldungen werden von der Kommission auf ihrer Website veröffentlicht. Die Kommission muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten ab dem Tag nach Eingang der **vollständigen Anmeldung** entscheiden, ob sie das Hauptprüfungsverfahren eröffnet (Art. 4 Abs. 5 und 6 BVVO).

422 Nach Art. 5 BVVO kann die Kommission weitere Informationen zur Anmeldung in einem **Auskunftsersuchen** anfordern, wovon sie regelmäßig Gebrauch macht. Dies kann die Verfahren in die Länge ziehen (siehe zu Fristen und zur Dauer des Notifizierungsverfahrens

⁶⁰⁷ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final.

⁶⁰⁸ Siehe hierzu Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Ziff. 24 – 28.



1.d)). In der Regel wird regelmäßig (mindestens) ein umfassendes Auskunftersuchen übermittelt, was normalerweise vier Wochen nach der Anmeldung erfolgt (vgl. Rn. 29 Verhaltenskodex der Kommission). Bei Anmeldungen im Anschluss an Vorabkontakte ist in der Regel kein Auskunftersuchen erforderlich. Erst wenn der Kommission alle sachdienlichen Auskünfte vorliegen, gilt die Anmeldung als vollständig, mit der Folge des Beginns der Zweimonatsfrist, innerhalb derer die Kommission über den Ausgang des Vorverfahrens entscheiden muss (vgl. Art. 4 Abs. 5 S. 3 BVVO). Die Frist beginnt also mit Übermittlung der Antwort auf Auskunftersuchen jeweils neu.⁶⁰⁹ Werden die angeforderten Auskünfte nicht innerhalb der festgesetzten Frist und nach Übersendung eines Erinnerungsschreibens vorgelegt, so gilt die Anmeldung als zurückgezogen (Art. 5 Abs. 3 BVVO, Rn. 31 Verhaltenskodex⁶¹⁰).

423 Entscheidet die Kommission trotz vollständiger Anmeldung einer Beihilfe nicht innerhalb der vorgesehenen Frist, so gilt die Beihilfe gemäß Art. 4 Abs. 6 S. 1 BVVO als genehmigt⁶¹¹. Allerdings muss der Mitgliedstaat nach Verstreichen der Frist die Kommission benachrichtigen, dass sie die Durchführung der Maßnahme beabsichtigt; die Kommission hat hierauf

15 Arbeitstage Zeit, doch noch eine Entscheidung zu erlassen.

424 Das Verfahren der vorläufigen Prüfung ist mit einer Entscheidung der Kommission, die Beschluss genannt wird, zu beenden. Die Kommission kann das Verfahren mit diesem Beschluss entweder beenden oder das förmliche Prüfverfahren eröffnen. Wenn sie das Vorverfahren beendet, ist dies ein „*Beschluss, keine Einwände zu erheben*“, vgl. Art. 4 Abs. 3 BVVO. Diesen Beschluss fasst sie, wenn sie nach dem Vorverfahren feststellt, dass die Maßnahme keine Beihilfe darstellt (Art. 4 Abs. 2 BVVO), oder dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, Art. 4 Abs. 3 BVVO). Hat die Kommission bei ihrer vorläufigen Prüfung Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Beihilfe bzw. trifft sie bei dessen Beurteilung auf „ernste Schwierigkeiten“⁶¹², so beschließt sie, das Hauptprüfverfahren zu eröffnen („*Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens*“, Art. 4 Abs. 4 BVVO).⁶¹³ Dabei verfügt die Kommission über kein Ermessen. Begegnet sie ernsthaften

⁶⁰⁹ Werner, in: MünchKommBeihVgR, Art. 108, Rn. 37.

⁶¹⁰ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final

⁶¹¹ EuGH, Rs. 120/73, EU:C:1973:152, Rn. 4 – *Lorenz*.

⁶¹² EuGH, Rs. C-84/82, Slg. 1984, 1415, Rn. 13 – *Deutschland/Kommission*.

⁶¹³ Diese Beschlüsse sind (ggf. als Zusammenfassung) in Teil C des Amtsblattes zu veröffentlichen, Art. 32 Abs. 1 u. 2 BVVO.



Schwierigkeiten, so ist sie zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens verpflichtet.⁶¹⁴ Die Entscheidung der Kommission, ein Prüfverfahren zu eröffnen (oder auch nicht), ist wegen der objektiven Beurteilung des Vorliegens ernsthafter Schwierigkeiten gerichtlich voll überprüfbar.⁶¹⁵ Dieser sog. **Eröffnungsbeschluss** enthält eine Zusammenfassung der wesentlichen Sach- und Rechtsfragen, eine vorläufige Würdigung des Beihilfecharakters und Ausführungen über die Bedenken der Kommission hinsichtlich der Vereinbarkeit. Ihm kommt insoweit eine bindende Wirkung für nationale Gerichte zu.⁶¹⁶

Praxistipp: Art. 32 BVVO enthält die Regelungen über die **Veröffentlichung der Beschlüsse**. Gemäß Art. 32 Abs. 1 BVVO sind von Beschlüssen zum Abschluss des Vorverfahrens keine Einwände zu erheben, nur (meist **tabellarische**) **Zusammenfassungen** und der Hinweis zu veröffentlichen, dass eine Kopie des Beschlusses in seiner/ihrer verbindlichen Sprachfassung erhältlich ist. Dieser Hinweis besagt regelmäßig, dass die Beschlüsse über die Website der Kommission abgerufen werden können. Die Suchmaske wird über „*search for state aid cases*“ auf der Website http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ aufgerufen. Da diese Beschlüsse damit nicht im Wortlaut im Amtsblatt veröffentlicht werden, sondern nur über eine **Recherche** im Netz aufzufinden sind, sind sie naturgemäß weniger bekannt. Da mangels Veröffentlichung im Amtsblatt auch keine **Übersetzung in die Amtssprachen** stattfindet, existiert im besten Fall eine englische oder französische Version der Beschlüsse, in anderen Fällen aber durchaus nur Beschlüsse in der einschlägigen Landessprache, etwa dänisch oder italienisch. Dabei enthalten gerade diese Beschlüsse teilweise **grundlegende Ausführungen zum Beihilfetatbestand**, da Einwände oft dann abgelehnt werden, wenn keine Beihilfe vorliegt. Deshalb kann sich gerade mit Blick auf den Beihilfetatbestand eine Recherche über die Website der Kommission lohnen. Diese wird allerdings dadurch erschwert, dass eine **einfache Suche** nur über die Fall-Nr. („*Case Number*“) oder Begriffe aus der Fallbezeichnung oder mit dem Unternehmensnamen möglich ist. Eine Schlagwortsuche bzgl. des Textes der Entscheidung existiert leider nicht. Eine **erweiterte Suche** ist nur über andere Kriterien, wie z.B. die Art des Verfahrens, den Mitgliedstaat, den Sektor, die Art der Beihilfe, die entscheidende Generaldirektion der Kommission oder die Rechtsgrundlage der Entscheidung, möglich.

⁶¹⁴ EuG, Rs. T-73/98, EU:T:2001:94, Rn. 45 – *Prayon Rupel*.

⁶¹⁵ EuG, Rs. T-73/98, EU:T:2001:94, Rn. 47 m.w.N. – *Prayon Rupel*.

⁶¹⁶ EuGH, Rs. C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 42 ff. – *Deutsche Lufthansa*; kritisch hierzu *Traupel/Jennert*, in: EWS 2014, S. 1 (3 f.).



Eröffnungsbeschlüsse werden dagegen gemäß Art. 32 Abs. 2 BVVO im vollen Wortlaut im Amtsblatt in der **verbindlichen Sprachfassung** veröffentlicht. Dies kann zwar auch eine andere Sprache als deutsch, englisch oder französisch sein, es wird aber jedenfalls auch eine Zusammenfassung in der Sprache des jeweiligen Amtsblattes abgedruckt. Die Veröffentlichung erfolgt, sobald eine **nichtvertrauliche Fassung** erstellt worden ist. Ist die nichtvertrauliche Fassung noch nicht erstellt, ist dort der Hinweis zu finden, dass eine Veröffentlichung deshalb noch nicht erfolgt ist.

c) Förmliches Prüfverfahren

425 Das förmliche Prüfverfahren beginnt mit dem Eröffnungsbeschluss (Art. 6 Abs. 1 BVVO). Mit dem Eröffnungsbeschluss, der an den anmeldenden Mitgliedstaat adressiert und im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wird, fordert die Kommission den Mitgliedstaat und andere Beteiligte zu einer Stellungnahme (in der Regel innerhalb eines Monats) auf. Beteiligte sind gemäß Art. 1 lit. h) BVVO die (anderen) Mitgliedstaaten sowie „*Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können*“. Die Beteiligteigenschaft bejaht die Kommission insbesondere bei Beihilfeempfängern, Wettbewerbern und Berufsverbänden. Eine individuelle Benachrichtigung der Beteiligten über die Verfahrenseröffnung erfolgt nicht.⁶¹⁷

Praxistipp: Das Recht zur Stellungnahme ist das einzige Verfahrensrecht der Beteiligten. Das gilt auch für die staatlichen Untergliederungen, z.B. regionale Gebietskörperschaften/Kommunen/öffentliche Unternehmen, die die Beihilfe gewährt haben. Ein weitergehendes Recht auf Einbeziehung in das Verfahren oder auf Akteneinsicht kommt ihnen aus dem Primärrecht oder der BVVO nicht zu. Auch ein Akteneinsichtsrecht der Beteiligten aufgrund der Transparenzverordnung (Verordnung (EG) 1049/2001) besteht nach der Rechtsprechung nur in engen Grenzen und darf nicht über ihre Rechte in der BVVO hinausgehen.⁶¹⁸ Das förmliche Prüfverfahren ist also im Wesentlichen ein Verfahren (nur) zwischen der Europäischen Kommission und dem betroffenen Mitgliedstaat, das von den im Mitgliedstaat zuständigen Stellen (regelmäßig in den Ministerien der Mitgliedstaaten) geführt wird. Die Kommission kann auch nach Eröffnung des förmlichen Verfahrens gemäß Art. 5

⁶¹⁷ EuGH, Rs. 323/82, EU:C:1984:345, Rn. 17 – *Intermills/Kommission*.

⁶¹⁸ EuGH, Rs. C-139/07 P, EU:C:2010:376, Rn. 58 ff. – *Technische Glaswerke Ilmenau/Kommission*.



BVVO Auskunftersuchen an den anmeldenden Mitgliedstaat richten. In der Praxis kommt dies sogar häufig vor, während im Verhaltenskodex der Kommission niedergelegt ist, dass nur „in sehr komplexen Fällen“ ein zusätzliches Auskunftersuchen erforderlich wird.⁶¹⁹ Solche Auskunftersuchen werden in sog. „Mitteilungen“ von den zuständigen nationalen Behörden beantwortet. Die Mitwirkung der **eigentlich Betroffenen** an diesen Mitteilungen ist aber häufig unerlässlich, weil den formal für das Beihilfeverfahren zuständigen Stellen in den Ministerien des Mitgliedstaates die nötigen Sachverhaltskenntnisse fehlen, etwa wenn die Beihilfen auf regionaler oder kommunaler Ebene gewährt worden sind. In der Regel erstellt der Mitgliedstaat die „Mitteilungen“ im förmlichen Prüfverfahren daher in enger Zusammenarbeit mit den für die Maßnahmen im einzelnen verantwortlichen staatlichen Stellen. Es entspricht auch der Praxis der Kommission, während des förmlichen Prüfverfahrens Treffen und Telefonkonferenzen mit Vertretern des Mitgliedstaates – in Absprache mit den zuständigen Behörden teilweise auch unter Einbeziehung des Beihilfeempfängers und der beihilfegewährenden Stelle – durchzuführen. Zusätzlich kann auch die Kommission unter den in Art. 7 BVVO geregelten Voraussetzungen Auskunftersuchen an andere Auskunftsgeber richten, u.a. auch unmittelbar an den Beihilfeempfänger (wenn der betreffende Mitgliedstaat sein Einverständnis erklärt, vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b) BVVO).

426 Ist die Kommission der Ansicht, alle notwendigen Informationen erhalten zu haben, erlässt sie eine abschließende Entscheidung. Antwortet der Mitgliedstaat nicht innerhalb der im Auskunftersuchen gesetzten – in der Regel einmonatigen – Frist und lässt auch die letzte Frist des Erinnerungsschreibens verstreichen, trifft die Kommission ihre Entscheidung auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen. Das förmliche Prüfverfahren wird durch die in Art. 9 BVVO vorgesehenen Beschlüsse abgeschlossen, mit denen die Kommission Folgendes feststellen kann:

- Dass es sich bei der angemeldeten Maßnahme nicht um eine Beihilfe handelt (sog. **Non-Aid-Beschluss**), Art. 9 Abs. 2 BVVO,
- dass die Beihilfe uneingeschränkt mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (sog. **Positivbeschluss**), Art. 9 Abs. 3 BVVO,
- dass die Beihilfe unter bestimmten Bedingungen und Auflagen mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (sog. **mit Bedingungen und Auflagen verbundener Positivbeschluss**), Art. 9 Abs. 4 BVVO, oder

⁶¹⁹ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 56.



- dass die Beihilfe nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (sog. **Negativbeschluss**), Art. 9 Abs. 5 BVVO.

427 Im Fall eines **Non-Aid-** bzw. **Positivbeschlusses** darf die Zuwendung ohne Weiteres gewährt werden, da sie nicht als Beihilfe angesehen wird. Die Bedingungen und Auflagen, mit denen ein Positivbeschluss verbunden werden darf, sind vielfältig. Einige der Auflagen sind in Mitteilungen der Kommission geregelt.⁶²⁰ **Bedingungen** und **Auflagen** sind damit nur in Beschlüssen möglich, die das Hauptprüfungsverfahren abschließen. Dagegen darf ein „*Beschluss, keine Einwände zu erheben*“, der das Vorverfahren abschließt (Art. 4 Abs. 3 BVVO), keine Auflagen oder Bedingungen enthalten.

Praxistipp: Positivbeschlüsse können auch aufgrund von sog. „**Zusagen**“ des Mitgliedstaates ergehen, die Gegenstand vorheriger Verhandlungen mit der Kommission sind. In diesen Fällen sind also Auflagen entbehrlich, denn die Zusagen erfüllen den Zweck, eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar zu machen. Zu solchen Zusagen kann es kommen, wenn die Kommission in Verhandlungen deutlich macht, dass sie die Genehmigung einer Beihilfe im Gegenzug zu solchen Zusagen erteilen wird. Mit Blick auf solche (eigene) Zusagen ist allerdings ohne Weiteres nachvollziehbar, dass diese vom Mitgliedstaat im Regelfall gerichtlich anschließend nicht angefochten werden (können). Sollte ein Mitgliedstaat Zweifel daran hegen, ob eine von der Kommission als Zusage vorgeschlagene Maßnahme tatsächlich erforderlich ist, um eine Beihilfe vereinbar zu machen, kann es also sinnvoll sein, es auf eine bedingte Positiventscheidung „ankommen zu lassen“. Damit würde die Möglichkeit offen gehalten, die Bedingung ggf. gerichtlich angreifen und überprüfen lassen zu können. Vorsicht ist auch mit Blick auf „Vereinbarungen“ zwischen den Beteiligten geboten, auf die die Kommission Bedingungen stützen könnte. Soweit eine Bedingung solchen Vereinbarungen entspricht, sind hinsichtlich der Begründung der **Erforderlichkeit** (im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung) nach der Rechtsprechung „*geringere Anforderungen*“ zu stellen.⁶²¹

428 **Adressat** des verfahrensabschließenden Beschlusses ist der anmeldende Mitgliedstaat, der neben der Kommission alleinige Partei des Beihilfeverfahrens ist. Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Beschlüsse in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnen. Der Beschluss entfaltet dabei auch Rechtswirkung gegenüber anderen staatlichen

⁶²⁰ Vgl. z.B. Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien, ABl. EU 2014 C 249/1, Rn. 95.

⁶²¹ EuG, Rs. T-457/09, EU:T:2014:683, Rn. 336 – *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband/Kommission*.



Einrichtungen. Damit sind die beihilfegewährenden Stellen unmittelbar aus dem Beschluss verpflichtet, diesen umzusetzen.⁶²² Der Beschluss muss als wesentliches Formerfordernis eine **Begründung** enthalten⁶²³ und gemäß Art. 32 Abs. 3 BVVO durch **Veröffentlichung im Amtsblatt** bekannt gegeben werden. Da Beschlüsse i.d.R. vertrauliche Informationen beinhalten, wird eine nichtvertrauliche Fassung des Beschlusses, z.B. unter Schwärzung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, veröffentlicht.

Praxistipp: Auch das förmliche Verfahren abschließende Beschlüsse können über die Fall-Nr. („*Case Number*“) der Kommission über die Suchmaske der Kommission „*search for state aid cases*“ auf der Website http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ aufgerufen werden. Sie sind dort sowohl in der (nichtvertraulichen) Originalfassung (und -sprache) als „Letter to the Member State“ und über den Link zur **Veröffentlichung im Amtsblatt** u.a. in der deutschen **Übersetzung** verfügbar. Denn da verfahrensabschließende Beschlüsse im förmlichen Prüfverfahren im vollen Wortlaut im Amtsblatt zu veröffentlichen sind, werden diese zwingend in alle einschlägigen **Amtssprachen übersetzt**. Deshalb liegen verfahrensabschließende Entscheidungen (im Unterschied zu den das Vorverfahren abschließenden Entscheidungen, siehe Praxistipp oben in Rn. 424) immer auch in deutscher Sprache vor.

d) Fristen und Dauer des Notifizierungsverfahrens

429 Eine **Frist für die Anmeldung** gibt es nicht. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV weist jedoch auf die Notwendigkeit der „rechtzeitigen“ Anmeldung hin, denn bis zu einer verfahrensabschließenden Entscheidung der Kommission gilt das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV.⁶²⁴ Eine nachträgliche Anmeldung von bereits durchgeführten Beihilfen ist nicht möglich. Es gilt dann das **Verfahren für rechtswidrige Beihilfen** (s.u. 2.).

430 Das Beihilfeverfahren kennt kein striktes **Fristregime**. Die Prüfung in der 1. Phase soll innerhalb von zwei Monaten nach der vollständigen Anmeldung mit einer Entscheidung abgeschlossen werden. Dies wird in der Praxis selten erreicht. Denn die zweimonatige Frist beginnt erst, wenn der Kommission alle sachdienlichen Auskünfte vorliegen und die Anmeldung damit als vollständig gilt (vgl. Art. 4 Abs. 5 BVVO). Zur Ermittlung des

⁶²² Vgl. EuGH, Rs. 249/85, EU:C:1987:245 – *Albako/BALM*.

⁶²³ EuGH, verb. Rs. 296/82 u. 318/82, EU:C:1985:113, Rn. 19 ff. – *Niederlande u.a./Kommission*; Rs. C-301/96, EU:C:2003:509, Rn. 87 ff. – *Deutschland/Kommission*.

⁶²⁴ Werner, in: MünchKommBeihVgR, Art. 108 AEUV, Rn. 30.



Sachverhalts wird regelmäßig (mindestens) ein (teilweise sehr umfassendes) Auskunftersuchen übermittelt, was erfahrungsgemäß vier Wochen nach der Anmeldung erfolgt (vgl. Rn. 29 Verhaltenskodex der Kommission). Bei Anmeldungen im Anschluss an Vorabkontakte ist dagegen in der Regel kein Auskunftersuchen erforderlich. Die Frist kann im Übrigen mit Zustimmung des Mitgliedstaates auch verlängert werden (Art. 4 Abs. 5 S. 3 BVVO). In der Praxis ist daher – auch im Fall der Anmeldung einer Nicht-Beihilfe – grundsätzlich mit einer **mehrmonatigen Prüfphase** zu rechnen.

431 Die Entscheidung über den Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens soll gemäß Art. 9 Abs. 6 BVVO innerhalb von 18 Monaten nach Eröffnung der 2. Phase ergehen (**Bemühensklausel**). Die Kommission ist darum bemüht, die abschließende Entscheidung spätestens sechs Monate nach Übermittlung der letzten Informationen durch den Mitgliedstaat bzw. nach dem ergebnislosen Ablauf der letzten Frist zu erlassen (Rn. 65 Verhaltenskodex). Die genaue Dauer des Prüfverfahrens hängt jedoch von der Komplexität des Falles ab, sowie von der Vorbereitung und Herangehensweise auf Seiten des Mitgliedstaates.

432 Für den Fall einer erfolgreichen Nutzung der **Vorabanmeldung** sieht sich die Kommission in der Lage, Entscheidungen im **Vorprüfverfahren** innerhalb von zwei Monaten nach der Anmeldung zu erlassen (vgl. Rn. 10 Verhaltenskodex der Kommission). Sie weist jedoch darauf hin, dass diese Frist nicht eingehalten werden kann, wenn sie aufgrund unvollständiger Anmeldungen mehrfach um Auskünfte ersuchen muss, oder wenn Beteiligte begründete Bedenken geltend machen.

e) Gestrafftes Prüfverfahren

433 Bei bestimmten Kategorien von Beihilfemaßnahmen kommt eine Beschleunigung des Notifizierungsverfahrens in Betracht. Bei diesen vorgesehenen Kategorien wendete die Kommission bisher ein **vereinfachtes Verfahren** an, für das sie eine entsprechende Mitteilung veröffentlicht hat.⁶²⁵

434 Da ein erheblicher Teil der Beihilfemaßnahmen, die bisher unter die Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahrens fielen, seit der Neufassung der AGVO im Jahr 2014 von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung ausgenommen ist, fand dieses Verfahren seitdem nur noch in begrenztem Umfang Anwendung. Deshalb wurde die Mitteilung über ein vereinfachtes

⁶²⁵ Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren, ABl. EU 2009 C 136/3 mit Berichtigung des Titels, ABl. EU C 157/20.



Verfahren in den neuen Verhaltenskodex der Kommission für die Durchführung von Beihilfeverfahren aus dem Jahr 2018 aufgenommen.⁶²⁶ Darin erfolgt unter der Überschrift „6. *Gestraftes Verfahren in unkomplizierten Fällen*“ eine neue Regelung.

435 Beantragt ein Mitgliedstaat das gestraffte Verfahren, entscheiden die Kommissionsdienststellen, ob die Sache dafür geeignet ist. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die in Rede stehende Maßnahme mit anderen Maßnahmen hinreichend vergleichbar ist,

- die in den **zehn Jahren** vor dem Tag der Anmeldung
- mit **mindestens drei Kommissionsbeschlüssen** genehmigt worden sind.

436 Dies gilt indes naturgemäß dann nicht, wenn die Kommission die früheren Beschlüsse auf der Grundlage der jüngsten Rechtsprechung neu bewerten muss. Denn dann bedarf es einer eingehenden Prüfung. Die Dienststellen der Kommission können die Anwendung des gestrafften Verfahrens auch dann ablehnen, wenn die Beihilfemaßnahme einem Unternehmen zugutekommen könnte, das eine staatliche Beihilfe, die die Kommission als rechtswidrig und mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt hat, zurückzahlen muss.⁶²⁷

437 Für die Teilnahme am gestrafften Verfahren ist die Aufnahme des **Vorabkontaktes** zwingend. Dazu sollte ein **Anmeldungsentwurf** übermittelt werden, der alle relevanten Angaben enthält, vor allem auch Verweise auf die o.g. früheren Beschlüsse über vergleichbare Maßnahmen und den Entwurf einer Zusammenfassung der Anmeldung zur Veröffentlichung auf der Website der GD Wettbewerb (gem. dem Anhang des Verhaltenskodexes).⁶²⁸

438 Die Anmeldung erfolgt auf Grundlage des **Standardformulars** (Anhang I der Durchführungsverordnung⁶²⁹). Nach der Anmeldung veröffentlicht die Kommission auf ihrer Website deren Zusammenfassung (vgl. den Anhang des Verhaltenskodexes) und geben dabei an, dass die Beihilfemaßnahme möglicherweise für die Anwendung des gestrafften Verfahrens in Frage kommt. Anschließend können Beteiligte innerhalb von zehn Arbeitstagen eine Stellungnahme übermitteln und sich insbesondere zu Umständen äußern, die eine

⁶²⁶ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 4, Fn. 7.

⁶²⁷ Zum ganzen Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 38-40.

⁶²⁸ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 41.

⁶²⁹ Verordnung 794/2004 zu Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. EG 2004 L 140/1.



eingehendere Prüfung erforderlich machen könnten. Macht ein Beteiligter Bedenken geltend, die auf den ersten Blick stichhaltig erscheinen, wenden die Kommissionsdienststellen das „normale“ **Notifizierungsverfahren** an und unterrichten den Mitgliedstaat und die Beteiligten entsprechend.⁶³⁰

439 Bei Anwendung des gestrafften Verfahrens erläßt die Kommission in der Regel einen **Kurzbeschluss**. Sie ist bestrebt, diesen innerhalb von 25 Arbeitstagen nach der Anmeldung zu übermitteln. Der Kurzbeschluss enthält die zum Zeitpunkt der Anmeldung veröffentlichte Zusammenfassung, eine kurze Würdigung der Maßnahme nach Art. 107 Abs. 1 AEUV und ggf. den Hinweis, das der Kurzbeschluss mit der bisherigen Beschlusspraxis der Kommission im Einklang steht. Die nichtvertrauliche Fassung des Beschlusses wird auf der Website der GD Wettbewerb veröffentlicht.⁶³¹

2. Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen (sog. repressives Verfahren)

440 Werden Beihilfen nicht angemeldet, obwohl eine Freistellung von der Notifizierungspflicht nicht in Betracht kommt (z.B. aufgrund der AGVO, siehe oben III.1.), handelt es sich um **(formell) rechtswidrige** Beihilfen.⁶³² Das Prüfverfahren für diese nicht angemeldeten Beihilfen, sog. **repressives Verfahren**, richtet sich nach den Art. 12 bis 16 BVVO.

a) Einleitung und Ablauf des Prüfverfahrens

441 Da eine nachträgliche Anmeldung bereits gewährter Beihilfen nicht möglich ist, werden diese Fälle von der Kommission nur untersucht, wenn sie diese von Amts wegen (*ex officio*) aufgreift oder durch eine Beschwerde hierauf aufmerksam wird (Art. 12 Abs. 1 BVVO). Eine Prüfung von Amts wegen setzt voraus, dass die Kommission von dem Vorgang Kenntnis erlangt, wie z.B. durch die Berichterstattung in den Medien, Anhörungen im Landtag, Auskünften von Personen etc.

442 Die Anforderungen an die **Zulässigkeit von Beschwerden** wurden im Rahmen der jüngsten Neufassung der BVVO deutlich angehoben. Nunmehr müssen die Beschwerden von „Beteiligten“ eingelegt werden, also von Wettbewerbern, Beihilfeempfängern oder anderen Unternehmen/Personen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe

⁶³⁰ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 44.

⁶³¹ Verhaltenskodex der Kommission, C(2018) 4412 final, Rn. 46.

⁶³² Vgl. die Definition in Art. 1 lit. f) BVVO.



beeinträchtigt sein können (Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 lit. h) BVVO). Dies gebietet der insbesondere auf kommunaler und regionaler Ebene durchaus gängigen Praxis Einhaltung, dass in der Vergangenheit allein aus politischen Motiven Beschwerden erhoben und so Prüfverfahren eingeleitet worden sind. Voraussetzung für eine wirksame Beschwerde ist das vollständige Ausfüllen des obligatorischen **Beschwerdeformulars** (Anhang IV der VO (EU) Nr. 372/2014) und der Nachweis des Beschwerdeführers, dass seine Interessen durch die Gewährung der Beihilfen beeinträchtigt sein können. Erhält die Kommission eine Beschwerde, so hat sie diese unverzüglich zu prüfen, vgl. Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 BVVO. Sieht die Kommission keinen Handlungsbedarf, so unterrichtet sie den Beschwerdeführer formlos hiervon, vgl. Art. 24 Abs. 2 UAbs. 2 BVVO. In diesem Fall erhält der Beschwerdeführer erneut Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb höchstens eines Monats. Erst dann kann die Kommission das vorläufige Prüfverfahren mit einer Entscheidung nach Art. 4 BVVO abschließen.⁶³³ Äußert sich der Beschwerdeführer nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist, gilt die Beschwerde als zurückgezogen.

443 Das vorläufige und förmliche Prüfverfahren bei rechtswidrigen Beihilfen gleicht in der Abfolge grundsätzlich dem des Notifizierungsverfahrens. Auch hier hat die Kommission zunächst ein **vorläufiges Prüfverfahren** durchzuführen und muss diesbezüglich sorgfältig und unvoreingenommen vorgehen.⁶³⁴ Sie verlangt in der Regel zunächst vom betroffenen Mitgliedstaat die erforderlichen Auskünfte (Art. 12 Abs. 2 BVVO) und prüft auf dieser Grundlage die Beihilfegewährung. Kommt der Mitgliedstaat dem **Auskunftsersuchen** nicht nach, so ist die Kommission befugt, das Verfahren abzuschließen und auf Grundlage der vorhandenen Informationen die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festzustellen.⁶³⁵ Das vorläufige Prüfverfahren endet mit einem Beschluss nach Art. 4 BVVO (siehe oben Rn. 125). Im Fall der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens ist dieses ebenfalls durch einen Beschluss nach Art. 9 BVVO abzuschließen, vgl. Art. 15 BVVO.

444 Im repressiven Verfahren kann die Kommission zusätzlich **Sicherungsmaßnahmen** erlassen. So kann sie dem Mitgliedstaat zur **Verfahrenssicherung** aufgeben, die (formell) rechtswidrigen Beihilfen bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission auszusetzen oder die Beihilfe einstweilig zurückzufordern, siehe dazu Art. 13 Abs. 1. u. 2

⁶³³ EuGH, Rs. C-521/06, EU:C:2008:422, Rn. 38 ff. – *Athinaiki Techniki*.

⁶³⁴ EuG, Rs. T-95/96, EU:T:1998:206, Rn. 72 – *Gestevisión Telecinco*; EuGH, Rs. C-367/95 P, EU:C:1998:154, Rn. 62 – *Sytraval und Brink's France*.

⁶³⁵ EuGH, Rs. C-301/87, EU:C:1990:67, Rn. 22 – *Frankreich/Kommission*; Rs. C-303/88, EU:C:1991:136, Rn. 47 – *Italien/Kommission*.



BVVO. Diese Entscheidungen stehen im Ermessen der Kommission. Für die **einstweilige Rückforderungsanordnung** formuliert Art. 13 Abs. 2 BVVO ausdrücklich strenge Voraussetzungen (kein Zweifel am Beihilfecharakter der Maßnahme, Eilbedürftigkeit und ernsthafte Befürchtung eines erheblichen und nicht wiedergutzumachenden Schadens für einen Konkurrenten). In der Praxis wurde von der **Aussetzungsanordnung** kaum jemals⁶³⁶ und von der einstweiligen Rückforderungsanordnung – soweit bekannt – noch nie Gebrauch gemacht.⁶³⁷ Die neue BVVO sieht nunmehr auch die Möglichkeit vor, die Rückerstattung der Beihilfe mit der Zahlung einer Rettungsbeihilfe an das betreffende Unternehmen zu verbinden (Art. 15 Abs. 2 UAbs. 3 BVVO).⁶³⁸

445 Ein wesentlicher Unterschied des repressiven zum präventiven Verfahren ist, dass die für letzteres vorgesehenen Fristen (Zweimonatsfrist des Art. 4 Abs. 5 nach vollständiger Anmeldung, 18-Monatsfrist nach Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens des Art. 9 Abs. 6 BVVO) nach Art. 15 Abs. 2 BVVO nicht gelten. Es gelten allerdings auch im repressiven Verfahren die **Grundsätze guter Verwaltungspraxis**, so dass das Hauptprüfungsverfahren nicht von unbegrenzter Dauer sein kann.⁶³⁹ Angaben bzgl. einer Mindest- bzw. Maximaldauer des Prüfverfahrens bestehen jedoch nicht.

446 Im Falle einer **Vereinbarkeitsentscheidung**⁶⁴⁰ wird die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht geteilt.⁶⁴¹ Die Beihilfe als solche wird aber nicht zurückgefordert. In einem solchen Fall ist allein der Zinsvorteil für die Dauer der Rechtswidrigkeit, d.h. von Gewährung der Beihilfe bis zum Erlass der Vereinbarkeitsentscheidung, zurückzufordern.⁶⁴² Die Rückforderung dieser sog. **Rechtswidrigkeitszinsen** ist nach der Rechtsprechung zwingend, auch wenn in der Praxis davon bisher erfahrungsgemäß kaum Gebrauch gemacht wird.

⁶³⁶ EuGH, Rs. C-301/87, EU:C:1990:67, Rn. 18 ff. – *Frankreich/Kommission* sowie KOM, Entscheidung v. 20.10.2005, C 37/2005 (ex NN 11/2004), – *Griechenland: Rückforderungsfond für Steuerbefreiung*, vgl. die Zusammenfassung im ABl. EU 2006 C 20/16.

⁶³⁷ So auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 2.

⁶³⁸ Dies ist nur möglich, wenn die Kommission den Mitgliedstaat hierzu vorab ermächtigt.

⁶³⁹ Köster, in: MünchKommBeihVgR, Art. 14 VerfVO, Rn. 6.

⁶⁴⁰ Positivbeschluss nach Art. 15 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 BVVO.

⁶⁴¹ EuGH, Rs. C-354/90, EU:C:1991:440, Rn. 16 – *FNCE u.a./Frankreich*.

⁶⁴² EuGH, Rs. C-199/06, EU:C:2008:79, Rn. 55 – *CELF*.



b) Das Rückforderungsverfahren

447 Für den Fall, dass die Kommission die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt feststellt (sog. Negativbeschluss) hat sie zugleich die Rückforderung der gewährten Beihilfen anzuordnen.⁶⁴³ Hierzu erlässt sie einen **Rückforderungsbeschluss**⁶⁴⁴ nach Art. 16 BVVO, mit dem sie den betreffenden Mitgliedstaat dazu auffordert, die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Die **Rückforderung**⁶⁴⁵ ist keine Sanktion, sondern „logische Folge“ eines Negativbeschlusses.⁶⁴⁶ Zweck der Rückforderung ist, dass der Beihilfeempfänger den Vorteil wieder verlieren soll, den er auf dem Markt gegenüber seinen Wettbewerbern besaß. Dadurch soll die mit der Beihilfegewährung verbundene Wettbewerbsverfälschung durch **Wiederherstellung des *status quo ante***⁶⁴⁷ beseitigt werden.⁶⁴⁸

448 Für unvereinbare, d.h. **materiell rechtswidrige Beihilfen**⁶⁴⁹ kann die Kommission innerhalb einer Frist von zehn Jahren ab Gewährung eine Rückforderung anordnen (vgl. Art. 17 BVVO). Die Rückforderung kann in jedem Einzelfall unterschiedlich ausfallen; so reicht unionsrechtlich etwa für die „Rückforderung“ einer Beihilfe in Form eines zu geringen Kaufpreises die nachträgliche Bezahlung der Preisdifferenz zum marktüblichen Kaufpreis einschließlich Zinsen aus.

449 Die Rückforderung wird zwar von der Kommission angeordnet, das Unionsrecht stellt hierzu aber kein eigenes Verfahren zur Verfügung. Die Umsetzung des Rückforderungsbeschlusses der Kommission richtet sich daher nach dem innerstaatlichen Recht, wobei das Unionsrecht allerdings bestimmte Vorgaben für die Rückforderung macht.⁶⁵⁰ So muss der Mitgliedstaat im Falle der Unvereinbarkeit einer bereits gewährten Beihilfe „*alle notwendigen Maßnahmen*

⁶⁴³ EuGH, Rs. 70/72, EU:C:1973:87, Rn.13 – *Kommission/Deutschland*; Rs. C-142/87, EU:C:1990:125, Rn. 66 – *Belgien/Kommission*; Rs. C-301/87, EU:C:1990:67, Rn. 22 – *Frankreich/Kommission*.

⁶⁴⁴ Auch als Unvereinbarkeits- und Rückforderungsentscheidung bekannt.

⁶⁴⁵ Auch als Unvereinbarkeits- und Rückforderungsentscheidung bekannt.

⁶⁴⁶ EuGH, Rs. C-169/95, EU:C:1997:10, Rn. 47 – *Spanien/Kommission*; Rs. C-75/97, EU:C:1999:311, Rn. 64 f. – *Belgien/Kommission*; Rs. C-404/97, EU:C:2000:345, Rn. 38 – *Kommission/Portugal*. Die Rückforderung der Beihilfe ist unabhängig von der Frage, ob die Beihilfe öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich gewährt worden ist.

⁶⁴⁷ Auch als Unvereinbarkeits- und Rückforderungsentscheidung bekannt.

⁶⁴⁸ Rückforderungsbekanntmachung, ABl. EU 2007 C 272, 4 Rn. 36 mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 74 ff. – *Deutschland/Kommission*.

⁶⁴⁹ Auch als Unvereinbarkeits- und Rückforderungsentscheidung bekannt.

⁶⁵⁰ EuGH, Rs. C-209/00, EU:C:2002:747, Rn. 32 – *Kommission/Deutschland*.



[ergreifen], um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern“ (Art. 16 Abs. 1 S. 1 BVVO). Diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten umfasst, dass die nationalen Behörden die Rückforderung **unverzüglich** nach den innerstaatlich vorgesehenen Verfahren umsetzen, um die **sofortige und tatsächliche Vollstreckung** des Beschlusses der Kommission zu ermöglichen (Art. 16 Abs. 3 BVVO).⁶⁵¹ Die Anwendung des **nationalen Verfahrensrechts** darf nicht dazu führen, die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs durch Verhinderung der sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung zu erschweren (vgl. 25. Erwägungsgrund BVVO). Kommen die nationalen Behörden einer **effektiven Rückforderung** nicht nach, so ahndet die Kommission einen solchen Verstoß regelmäßig mit der Einleitung eines **Vertragsverletzungsverfahrens**.⁶⁵²

450 Nach der Rechtsprechung ist das tatsächlich begünstigte Unternehmen zur Rückerstattung verpflichtet, d.h. der Empfänger der Beihilfe bzw. derjenige, der den tatsächlichen Nutzen aus diesen Maßnahmen zieht, sog. **Nutznießer**.⁶⁵³ Abweichend davon können auch Dritte zur Rückzahlung verpflichtet sein, wenn der beihilferechtliche Vorteil zwischenzeitlich aufgrund einer Umstrukturierung oder Veräußerung des Unternehmens auf sie übergegangen ist.⁶⁵⁴ Wird das beihilfegünstigte Unternehmen liquidiert und werden seine Tätigkeiten durch eine neugegründete Gesellschaft fortgeführt, so muss sichergestellt werden, dass dem Nachfolgeunternehmen nicht der mit den Beihilfen verbundene Wettbewerbsvorteil verbleibt. Dies setzt die Verwertung aller Aktiva des ursprünglichen Unternehmens zu Marktbedingungen voraus.⁶⁵⁵ Andernfalls kommt auch das neue Unternehmen als **Rückforderungsschuldner** in Betracht.⁶⁵⁶

⁶⁵¹ Rückforderungsbekanntmachung, ABl. EU 2007 C 272/4, Rn. 21 ff. unter Hinweis auf EuGH, Rs. C-232/05, EU:C:2006:651 – *Scott* und Rs. C-415/03, EU:C:2005:287 – *Olympic Airways*.

⁶⁵² Vgl. EuGH, Rs. C-527/12, EU:C:2014:2193 – *Biria* mit Anmerkung Karpenstein/Corzilius, EuZW 2014, 827; in diesem Verfahren hat der EuGH festgestellt, dass Deutschland seiner Verpflichtung zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen von der Biria-Gruppe nicht rechtzeitig nachgekommen war.

⁶⁵³ EuGH, Rs. C-303/88, EU:C:1991:136, Rn. 57 – *Italien/Kommission*; Rs. C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 75 – *Deutschland/Kommission – SMI*.

⁶⁵⁴ EuGH, Rs. C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 81 – *Deutschland ./ Kommission – SMI*; Rs. C-390/98, EU:C:2001:456, Rn. 78 – *Banks*; verb. Rs. C-328/99 und C 399/00, EU:C:2003:252, Rn. 83 – *Italien und SIM 2 Multimedia / Kommission*.

⁶⁵⁵ EuGH, Rs. C-610/10, EU:C:2012:781, Rn. 104 ff. – *Kommission/Spanien*.

⁶⁵⁶ Zur Frage der Rückforderungspflicht im Fall insolvenzunfähiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften, deren Tätigkeit durch ein Nachfolgeunternehmen fortgeführt wird, vgl. *Ghazarian/Koenig*, BRZ 2014, S. 131 ff.



- 451 Die Kommission ist nicht dazu verpflichtet, in ihrem Rückforderungsbeschluss die einzelnen Begünstigten der Beihilfe und den genauen Beihilfebetrag zu benennen, sie muss allein die **Bestimmbarkeit** gewährleisten. Der Mitgliedstaat muss als Adressat der Entscheidung auf Grundlage der dort enthaltenen Angaben allein in die Lage versetzt werden, die Begünstigten und den Betrag ohne übermäßige Schwierigkeiten zu bestimmen.⁶⁵⁷
- 452 Liegt der Beihilfe eine öffentlich-rechtliche Gewährung zugrunde, erfolgt die Umsetzung der Rückforderungsentscheidung der Kommission typischerweise durch den Erlass eines **Rückforderungsbescheides** auf nationaler Ebene. Die Verpflichtung zur sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung des Kommissionsbeschlusses aus Art. 16 Abs. 3 S. 1 BVVO kann es im deutschen Recht erforderlich machen, dass die sofortige Vollziehung des Rückforderungsbescheides i.S.d. § 80 Abs. 4 VwGO angeordnet wird.⁶⁵⁸ Die Anerkennung der **aufschiebenden Wirkung** nach französischem Verwaltungsprozessrecht im Falle einer Klage des Beihilfeempfängers gegen einen staatlichen Rückforderungsbescheid hat der EuGH als Verstoß gegen Art. 16 Abs. 3 BVVO angesehen.⁶⁵⁹
- 453 Ist die Grundlage der Beihilfe ein **vertrags- oder gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis**, ist fraglich, wie eine Rückforderung den Vorgaben des Art. 16 Abs. 3 BVVO genügen kann. Das OVG Berlin-Brandenburg hat in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden, dass auch in einer derartigen Fallkonstellation eine Rückforderung durch **Verwaltungsakt** zulässig ist,⁶⁶⁰ was in der Praxis Nachahmung gefunden hat. Die deutsche Rechtspraxis scheint bei unionsrechtswidrigen Zuwendungen, die aufgrund zivil- oder verwaltungsrechtlichen Vertrags gewährt wurden, hingegen überwiegend daran festzuhalten, dass die Rückerstattung als „Kehrseite“ der Gewährung nicht hoheitlich, sondern nur aufgrund eines Gerichtsurteils erfolgen kann.⁶⁶¹ Auch das Unionsrecht verlangt nicht, dass die nationalen Behörden die Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe – die durch einen zivilrechtlichen Vertrag gewährt wurde – allein auf Grundlage der

⁶⁵⁷ EuGH, Rs. C-69/13, EU:C:2014:71, Rn. 21 f. – *Mediaset* mit Anmerkung *Corzilius*, EuZW 2014, 271.

⁶⁵⁸ *Rosenfeld*, Das Verfahrensrecht der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht, 168; *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 960.

⁶⁵⁹ EuGH, Urt. v. 05.10.2006, EuZW 2007, 57 mit Anmerkung *Rosenfeld*, EuZW 2007, 59.

⁶⁶⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 07.11.2005, EuZW 2006, 91 mit Anmerkung *Arhold*, EuZW 2006, 94; der Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg ist durch nicht veröffentlichten Beschluss des BVerfG vom 23.12.2005 (2 BvR 2172/05) bestätigt worden, zitiert nach *Kresse*, EuZW 2008, 394 (Fn. 47), und findet auch in der Literatur Unterstützung, vgl. *Karpenstein/Klein*, in *MünchKommBeihVgR*, Anh. zu Art. 14 VerFVO, Rn. 23 ff.; *Rosenfeld*, EuZW 2007, 59, 60 f.; *Kreuschitz*, EstAL 2006, 199.

⁶⁶¹ *Bungenberg/Motzkus*, in: *BBH*, Kap. 5 Rn. 111 mwN.



Rückforderungsentscheidung der Kommission vornehmen; vielmehr ist der Mitgliedstaat aufgrund des **Grundsatzes der Verfahrensautonomie** in der Wahl der Mittel frei, mit der er seiner Rückforderungspflicht nachkommen will.⁶⁶²

Praxistipp: Das BMWi hat am 03.02.2015 die Bekanntmachung über die Rückforderung unionsrechtswidrig gewährter staatlicher Beihilfen veröffentlicht, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/bekanntmachung-rueckforderung-unionsrechtswidrig-gewahrter-staatlicher-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

454 Kommt ein Beihilfeempfänger der Rückzahlungsanordnung nicht nach, müssen sich die Mitgliedstaaten um die **sofortige Vollstreckung der Rückzahlungsansprüche** nach nationalem Recht bemühen. Die nationalen Gerichte sind bei der Durchsetzung an den **Negativ- und Rückforderungsbeschluss** der Kommission gebunden, auch wenn diese weder die einzelnen Begünstigten der Beihilfe näher bestimmt noch die genaue Höhe der zu erstattenden Beträge festsetzt. **Keine Bindungswirkung** entfalten hingegen nachträglich ergangene Stellungnahmen der Kommission, die den genauen Rückforderungsbetrag eines bestimmten (mittelbar) Begünstigten angeben; diese haben die nationalen Gerichte allein gemäß dem **Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit** bei der Beurteilung des Rechtsstreits zu berücksichtigen.⁶⁶³ Kommt ein Mitgliedstaat der Rückforderungsverpflichtung nicht nach, so kann die Kommission gemäß Art. 108 Abs. 1 AEUV unmittelbar den EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 260 Abs. 2 AEUV anrufen.

455 Unabhängig von der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten unterliegt das nationale Rückforderungsverfahren unionsrechtlichen Anforderungen, so dass nationale Vorschriften, die die **Effektivität der Rückforderung** infrage stellen, stets unangewendet bleiben müssen. Folglich genügt ein Mitgliedstaat der Rückforderungsverpflichtung nur dann, wenn die von ihm ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, die normalen Wettbewerbsbedingungen, die durch die Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe verfälscht wurden, wiederherzustellen, und wenn diese Maßnahmen den einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen.⁶⁶⁴ Der nationalen Behörde steht daher nach nationalem Recht weder ein Ermessen hinsichtlich des

⁶⁶² EuGH, Rs. C-527/12, EU:C:2014:2193, Rn. 39 f. – *Biria* mit Anmerkung *Karpenstein/Corzilius*, EuZW 2014, 827; vgl. zur Betonung der nationalen Verfahrensautonomie durch deutsche Gerichte die BVerwG-Rechtsprechung BVerwGE, EuZW 2011, 269 mit krit. Anm. v. *Donat*, EuZW 2011, 274 und BVerwGE, EuZW 2013, 274 mit krit. Anm. *Kottmann*, EuZW 2013, 279.

⁶⁶³ EuGH, Rs. C-69/13, EU:C:2014:71, Rn. 24 f. – *Mediaset* mit Anmerkung *Corzilius*, EuZW 2014, 271.

⁶⁶⁴ EuGH, Rs. C-209/00, EU:C:2002:747, Rn. 35 – *Kommission/Deutschland*; Rs. C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 85 – *Deutschland/Kommission – SMI*.



„Ob“ der Rückforderung zu, noch darf die Anwendung nationaler Vorschriften die unionsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung praktisch unmöglich machen.⁶⁶⁵

Praxistipp: Die Rückforderung einer Beihilfe kann daher nur unterbleiben, wenn **zwingende Gründe des Unionsrechts** dem entgegenstehen. Dies kommt nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht. So verlangt die Kommission die Rückforderung der Beihilfe nicht, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstoßen würde (Art. 16 Abs. 1 S. 2 BVVO). Ein Mitgliedstaat kann sich dabei nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner Rechtsordnung berufen, um seiner Rückforderungspflicht zu entgehen.⁶⁶⁶ Das gilt insbesondere für den Grundsatz des Vertrauensschutzes auf nationaler Ebene. **Vertrauensschutz** kann nur durch **Unionsorgane** begründet werden, woran die Unionsgerichte hohe Anforderungen stellen. So muss die **Kommission** durch ein konkretes Verhalten ein berechtigtes Vertrauen darauf begründet haben, dass die Beihilfe nicht zurückgefordert wird.⁶⁶⁷ Selbst Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts können eine Rückforderung nicht verhindern.⁶⁶⁸

456 Eine anerkannte Ausnahme von der Rückforderungspflicht ist die **absolute Unmöglichkeit**. Hierunter fällt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH allerdings nur eine tatsächliche, nicht auch eine **rechtliche Unmöglichkeit**.⁶⁶⁹ Rechtliche, politische oder praktische Schwierigkeiten bei der Vollstreckung des Rückforderungsbeschlusses reichen folglich nicht aus, um sich auf diese Ausnahme berufen zu können. Dies gilt ebenso im Fall eines übermäßigen Verwaltungsaufwands bei der Bestimmung des Rückforderungsbetrages und/oder Rückforderungsschuldners.⁶⁷⁰

457 Auch eine **wirtschaftliche Unmöglichkeit**, wie die **Insolvenz des Beihilfeempfängers**, begrenzt die Rückforderung grundsätzlich nicht. Ist der Beihilfeempfänger nicht in der Lage, die Beihilfe zurückzuzahlen, so hat der Mitgliedstaat die Rückforderung grundsätzlich auch

⁶⁶⁵ EuGH, verb. Rs. C-205 - 215/82, EU:C:1983:233, Rn. 22 – *Deutsche Milchkontor*; Rs. C-24/95, EU:C:1997:163, Rn. 24 ff. – *Alcan II*.

⁶⁶⁶ EuGH, Rs. C-404/97, EU:C:2000:345, Rn. 39 – *Kommission/Portugal*; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. C-404/97, EU:C:1999:530, Rn. 49 – *Kommission/Portugal*.

⁶⁶⁷ EuG, T-72/99, EU:T:2000:170, Rn. 53 – *Meyer*; verb. Rs. T-132/96 u. T-143/96, EU:T:1999:326, Rn. 300 – *Freistaat Sachsen u.a./Kommission*.

⁶⁶⁸ EuGH, Rs. C-183/91, EU:C:1993:233, Rn. 18 ff. – *Kommission/Griechenland*.

⁶⁶⁹ EuGH, Rs. C-404/97, EU:C:2000:345, Rn. 51 ff. – *Kommission/Portugal*.

⁶⁷⁰ EuGH, Rs. C-441/06, EU:C:2007:616, Rn. 36 ff. – *France Télécom*; Rs. C-280/95, EU:C:1998:28, Rn. 18, 23 – *Kommission/Italien*.



dann durchzuführen, wenn dies zur **Liquidation des Unternehmens** führt.⁶⁷¹ Im letzteren Fall genügt der Mitgliedstaat seiner Rückforderungspflicht, wenn er seine Forderung nach Rückerstattung in die Forderungstabelle einträgt.⁶⁷² Führt dies nicht dazu, dass die Beihilfen vollständig zurückerlangt werden können, so muss die **Liquidation** des Unternehmens zur endgültigen Einstellung seiner Tätigkeit führen.⁶⁷³

3. Verfahren bei bestehenden Beihilfen

458 Für sog. **bestehende Beihilfen** ist kein Notifizierungsverfahren notwendig, sondern die Kommission kann nur das insoweit spezielle Verfahren bei bestehenden Beihilfen durchführen. Dieses **Verfahren bei bestehenden Beihilfen** ist in Art. 17 bis Art. 19 BVVO geregelt und bezieht sich als Umsetzung von Art. 108 Abs. 1 AEUV allein auf bestehende **Beihilferegulungen**, nicht auf Einzelbeihilfen.⁶⁷⁴

459 **Bestehende Beihilfen** sind nach Art. 1 lit. b) BVVO insbesondere solche,

- die bei der Kommission angemeldet und von ihr genehmigt wurden;
- die als genehmigt gelten, weil die Kommission nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Anmeldung das Hauptprüfungsverfahren eröffnet hat (Art. 4 Abs. 6 BVVO);
- bei denen die Befugnisse der Kommission zur Rückforderung von Beihilfen verjährt sind (Art. 15 BVVO)⁶⁷⁵;
- die vor Inkrafttreten der EU-Verträge in dem entsprechenden Mitgliedstaat eingeführt wurden und nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind.

Praxistipp: Eine bestehende Beihilfe wird dann zu einer neuen Beihilfe, wenn die staatliche Regelung, aus der sich die Beihilfe ergibt, geändert wird.⁶⁷⁶ Aus Art. 4 Abs. 1 VO 974/2004 kann geschlossen werden, dass dies nur für Änderungen rein formaler oder verwaltungstechnischer Art nicht gilt, die keinen Einfluss auf die Würdigung der Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt haben können. Darüber

⁶⁷¹ EuGH, Rs. C-404/97, EU:C:2000:345, Rn. 52 – *Kommission/Portugal*; Rs. C-52/84, EU:C:1986:3, Rn. 14 – *Kommission/Belgien*.

⁶⁷² EuGH, Rs. C-610/10, EU:C:2012:781, Rn. 72 – *Kommission/Spanien*; Rs. C-331/09, EU:C:2011:250, Rn. 60 – *Kommission/Polen*; Rs. C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 85 – *Deutschland/Kommission-SMI*.

⁶⁷³ EuGH, Rs. C-610/10, EU:C:2012:781, Rn. 104 m.w.N. – *Kommission/Spanien*.

⁶⁷⁴ Dies ergibt sich bereits aus dem Titel „Verfahren bei bestehenden Beihilferegulungen“, s. Kapitel V BVVO.

⁶⁷⁵ EuGH, Rs. 120/73, EU:C:1973:152, Rn. 5 – *Lorenz GmbH/Deutschland*; vgl. Art. 1 lit. b) iv) BVVO.

⁶⁷⁶ EuGH, Rs. C-44/93, EU:C:1994:311, Rn. 28 – *Namur AC*; vgl. Art. 1 lit. c) BVVO.



hinausgehende Änderungen sind damit grundsätzlich notifizierungspflichtig. Es kann aber unter den Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 VO 794/2004 von der Möglichkeit des vereinfachten Verfahrens (siehe dazu oben Rn 433 ff.) Gebrauch gemacht werden.

460 In Bezug auf **bestehende Beihilferegulungen** hat die Kommission nach Art. 108 Abs. 1 S. 1 AEUV die Aufgabe, diese fortlaufend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu überprüfen. Ist sie der Auffassung, dass eine Beihilferegelung nicht mehr mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, so schlägt sie zweckdienliche Maßnahmen zu deren Anpassung oder Abschaffung vor (Art. 18 BVVO). Erklärt sich der Mitgliedstaat hiermit einverstanden, so ist er verpflichtet, die vorgeschlagenen Maßnahmen durchzuführen (Art. 19 Abs. 1 BVVO). Ist er mit diesen Maßnahmen nicht einverstanden, so leitet die Kommission das Hauptprüfungsverfahren ein (Art. 19 Abs. 2 BVVO). Hat die Kommission dem Mitgliedstaat aufgegeben, die Beihilfe innerhalb einer bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten, und kommt der Mitgliedstaat dieser Aufforderung nicht nach, so verlieren die Beihilfen ihren Status als bestehende Beihilfen, und die Kommission kann unmittelbar ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten (Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 258 AEUV).

Praxistipp: Die Einstufung als neue oder bestehende Beihilfe hat weitreichende Auswirkungen, insbesondere für den Beihilfeempfänger. In Bezug auf bestehende Einzelbeihilfen hat die Kommission keinerlei Handlungsmöglichkeit, insbesondere ist eine **Rückforderung** ausgeschlossen. Bei bestehenden Beihilferegulungen kann die Kommission zwar **zweckdienliche Maßnahmen** zu deren Veränderung, Anpassung und sogar Aufhebung verlangen und dies auch gerichtlich durchsetzen. Im Fall einer Negativentscheidung der Kommission gilt die Pflicht zur Veränderung oder Aufhebung allerdings nur *ex nunc*, also ab dem Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung.⁶⁷⁷ Also kommt auch in diesem Fall eine Rückforderung von Beihilfen, die auf der Grundlage der **Beihilferegelung** in der Vergangenheit gewährt worden sind, grundsätzlich nicht in Betracht.⁶⁷⁸ Neubeihilfen unterliegen hingegen der Anmeldepflicht sowie dem Durchführungsverbot und im Falle einer Negativentscheidung droht die Rückforderung *ex tunc*.⁶⁷⁹ Aus diesem Grund kann die Abgrenzung zwischen einer bestehenden und einer Neubeihilfe insbesondere im Falle einer

⁶⁷⁷ EuGH, Rs. C-387/92, EU:C:1994:100, Rn. 21 – *Banco Exterior de España SA/Ayuntamiento de Valencia*.

⁶⁷⁸ Dies könnte nur ganz ausnahmsweise ggf. unter den Voraussetzungen der Art. 23 Abs. 2, 11, 16 BVVO möglich sein, wenn das Hauptprüfungsverfahren eingeleitet wird und es zum Widerruf eines früheren Beschlusses kommt, weil dieser auf während des Verfahrens übermittelten unrichtige Informationen beruhte, die ein für den Beschluss ausschlaggebender Faktor waren.

⁶⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-47/91, EU:C:1994:358, Rn. 25 – *Italien/Kommission*.



Änderung einer bestehenden Beihilferegulung für den Beihilfeempfänger entscheidend sein (vgl. den vorangegangenen **Praxistipp**).

VII. Risiken und Folgen bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot des Art. 108

Abs. 3 S. 3 AEUV auf nationaler Ebene

461 Im Fall einer (formell) rechtswidrigen Beihilfe, die (noch) nicht von der Kommission für vereinbar erklärt wurde und deren zehnjährige Rückforderungsfrist noch nicht abgelaufen ist⁶⁸⁰, bestehen auch auf nationaler Ebene beträchtliche Risiken. Denn Verstöße gegen das Durchführungsverbot können durch betroffene Dritte unmittelbar vor nationalen Gerichten angegriffen werden. Dazu muss die Kommission kein repressives Verfahren eröffnet haben. Z.B. Wettbewerber, die sich benachteiligt sehen und die Gewährung von Beihilfen vermuten, können dies ohne Weiteres vor nationalen Gerichten überprüfen lassen. Grund hierfür ist, dass Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV **individuelle Rechte** der einzelnen Beteiligten begründet und **unmittelbar anwendbar** ist. Die nationalen Gerichte sind folglich verpflichtet, die Rechte des Einzelnen gegen eine mögliche Verletzung des Durchführungsverbot zu schützen.⁶⁸¹ Dies bedeutet, dass sich z.B. Wettbewerber des Beihilfegünstigten vor den innerstaatlichen Gerichten unmittelbar auf das Durchführungsverbot und dessen Einhaltung berufen können.

Praxistipp: In der Praxis werden Klagen vor nationalen Gerichten gegen die Gewährung von Zuschüssen, z.B. an öffentliche Unternehmen, etwa auf das UWG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 AEUV gestützt. Denn das beihilferechtliche Durchführungsverbot wird als **Marktverhaltensregel** i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG aufgefasst.

462 Das nationale Gericht hat also zu prüfen, ob eine Maßnahme eine Beihilfe darstellt, die hätte angemeldet werden müssen. Einzelstaatliche Gerichtsverfahren können insoweit auch die Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung oder einer bestehenden bzw. genehmigten Beihilferegulung (oder beides) zum Gegenstand haben.⁶⁸² Da die Freistellungsverordnungen in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten, können **einzelstaatliche Gerichte** ohne Weiteres prüfen, ob eine bestimmte Beihilfemaßnahme, die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Ist dies der Fall, so ist keine Einzelanmeldung erforderlich, und das

⁶⁸⁰ Nach einem Ablauf von zehn Jahren nach Beihilfegewährung darf die Kommission keine Rückzahlung mehr anordnen, Art. 17 Abs. 1 u. 2 BVVO. Solche Maßnahmen gelten als bestehende Beihilfen, die allein für die Zukunft abgeändert werden können, Art. 17 Abs. 3 BVVO.

⁶⁸¹ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 6.

⁶⁸² Durchsetzungsbekanntmachung, ABl. EU 2009 C 85/1, Rn. 16.



Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV kann nicht verletzt sein.⁶⁸³ Das Gericht muss sich dabei auf die Prüfung beschränken, ob alle Voraussetzungen der betreffenden Verordnung bzw. Beihilferegelung erfüllt sind.⁶⁸⁴ In der nationalen Rechtsprechung sind insoweit wenige Beispiele ersichtlich, z.B. die Entscheidung des BGH *Kreiskliniken Calw*⁶⁸⁵ mit Blick auf den **DAWI-Freistellungsbeschluss**.⁶⁸⁶

Praxistipp: Die DG Wettbewerb der Kommission nimmt auf ihrer Website bzw. in Bekanntmachungen im Amtsblatt bzw. andere Veröffentlichungen zur **Durchsetzung des EU-Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte** im Einzelnen Stellung. Die Adresse der Website lautet:

http://ec.europa.eu/competition/court/state_aid.html.

Über den Link „Handbook on Enforcement of EU State aid law by national courts“ sind die einzelnen Dokumente der Kommission abrufbar, die diese zur Durchsetzung des EU-Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte veröffentlicht hat:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html.

463 In der sog. Durchführungsbekanntmachung der Kommission werden die einzelstaatlichen Gerichte ausdrücklich dazu ermutigt, sich mit Fragen bzgl. des Vorliegens einer Beihilfe bzw. der **Anmeldepflicht** für eine Beihilfemaßnahme unmittelbar an die Europäische Kommission zu wenden. Stellungnahmen der Kommission können sich ausdrücklich auch darauf beziehen, ob eine bestimmte Beihilfemaßnahme eine bestimmte Voraussetzung einer **Gruppenfreistellungsverordnung** erfüllt und damit das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV keine Anwendung findet bzw. ob eine bestimmte Beihilfemaßnahme unter eine Beihilferegelung fällt, die bei der Kommission angemeldet und von ihr genehmigt wurde oder

⁶⁸³ KOM, Handbücher zum Wettbewerbsrecht, Durchsetzung des EU-Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte S. 7 f, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html.

⁶⁸⁴ Liegen die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht vor, darf sich das Gericht nicht zur Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahmen im gemeinsamen Markt äußern. Denn diese Prüfung fällt in die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission und unterliegt der Kontrolle durch die Gemeinschaftsgerichte, vgl. Durchführungsbekanntmachung, ABl. EU 2009 C85/1, Rn. 16 u. 20 mit ausführlichen Ausweisen aus der Rechtsprechung des EuGH.

⁶⁸⁵ BGH, Urteil v. 24.03.2016 – I ZR 263/14, juris – *Kreiskliniken Calw*.

⁶⁸⁶ Zur „nachträglichen“ Implementierung eines Betrauungsakts im Rahmen eines Gerichtsverfahrens, der jedenfalls zukünftige Finanzierungsmaßnahmen absichern kann, vgl. *Jennert/Manz*, KommJur 2009, 367 (371) m.w.N.



aus anderen Gründen als **bestehende Beihilfe** zu werten ist. Denn auch in diesen Fällen würde das Durchführungsverbot gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV entfallen.⁶⁸⁷ Das einzelstaatliche Gericht ist indes nicht an die Stellungnahme der Kommission gebunden.⁶⁸⁸

464 Einzelstaatliche Gerichte können auch ein **Vorabentscheidungsersuchen** an den EuGH richten. Gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. a) und lit. b) AEUV entscheidet der Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung nicht nur über die Auslegung der Verträge, sondern auch über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union, also auch das gesamte sekundäre Unionsrecht.⁶⁸⁹ Damit kann ein Gericht auch im Falle der Unsicherheit der Auslegung einer Freistellungsverordnung bzw. der Frage, ob eine bestimmte Beihilfemaßnahme nach einer Freistellungsverordnung als freigestellt angesehen werden kann, bzw. die Voraussetzung der Freistellungsverordnung erfüllt sind, beim EuGH vorlegen.⁶⁹⁰ Eine Vorabentscheidung kommt nicht in Betracht, wenn die **Auslegung des Gemeinschaftsrechts** aus der Rechtsprechung im konkreten Fall klar abgeleitet werden kann oder es keinen Raum für vernünftige Zweifel gibt. Insoweit steht es jedem einzelstaatlichen Gericht grundsätzlich frei, ein Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen.⁶⁹¹ Es ist nur zwingend, wenn es in letzter Instanz entscheidet bzw. kein Rechtsmittel möglich ist.

465 Kommt ein nationales Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Beihilfe vorliegt, kann allein wegen eines **Verstoßes** gegen das **Durchführungsverbot** eine **Untersagung** erfolgen bzw. die **Rückzahlung angeordnet** werden.⁶⁹² Auf die Frage, ob eine Beihilfe von der Kommission ggf. für vereinbar erklärt werden könnte, kommt es dabei nicht an. Es genügt ganz formal der Verstoß gegen das Durchführungsverbot. Damit wird die Gewährung der Beihilfe ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis sanktioniert.

466

⁶⁸⁷ Durchsetzungsbekanntmachung, ABl. EU 2009 C 85/1, Rn. 91 lit. b) und lit. c).

⁶⁸⁸ Durchsetzungsbekanntmachung, ABl. EU 2009 C 85/1, Rn. 93.

⁶⁸⁹ Ehrlicke, in: Streinz (Hrsg.), AEUV, Art. 267 AEUV, Rn. 19.

⁶⁹⁰ Vgl. dazu etwa das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesfinanzgerichts, Außenstelle Linz (Österreich) vom 06.11.2014 in der Rs. C-493/14, ABl. EU 2015 C46/21.

⁶⁹¹ Durchsetzungsbekanntmachung, ABl. EU 2009 C 85/1, Fn. 138 m.w.N. aus der Rechtsprechung

⁶⁹² EuGH, Rs. C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 42 ff. – *Deutsche Lufthansa*; vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-39/94, EU:C:1996:285, Rn. 68 ff. – *SFEI u. a./La Poste u. a.*; Rs. C-354/90, EU:C:1991:440, Rn. 12 – *FNCE u. a./Frankreich*.



Ein nationales Gericht kann dies grundsätzlich unabhängig davon entscheiden, ob die Kommission bereits ein Prüfverfahren eröffnet hat. Wenn jedoch bereits ein **Eröffnungsbeschluss** für ein Hauptprüfungsverfahren vorliegt, in dem naturgemäß von einer Beihilfe ausgegangen wird, verdichtet sich das Risiko für eine unmittelbare **Rückzahlungsverpflichtung**. Für diesen Fall hat der EuGH betont, dass ein mit einem Unterlassungs- und Rückforderungsantrag „*befasstes nationales Gericht verpflichtet [ist], alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen.*“⁶⁹³ Zu diesem Zweck kann das nationale Gericht beschließen, „*die Durchführung der in Rede stehenden Maßnahme auszusetzen und die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anzuordnen. Es kann auch beschließen, einstweilige Maßnahmen zu erlassen, um zum einen die Interessen der beteiligten Parteien und zum anderen die praktische Wirksamkeit der Entscheidung der europäischen Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, zu wahren.*“⁶⁹⁴ Wenn das Gericht hinsichtlich der Frage, „*ob die in Rede stehende Maßnahme eine Beihilfe darstellt, oder hinsichtlich der Gültigkeit oder Auslegung der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens Zweifel*“ hat, kann es die Europäische Kommission um Erläuterung bitten bzw. kann oder muss es gemäß Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten.⁶⁹⁵

467 In der Literatur wird aus dieser Entscheidung vielfach auf eine Bindungswirkung nationaler Gerichte an die Eröffnungsentscheidung der Kommission in Bezug auf das Vorliegen einer Beihilfe und damit die Verletzung des Durchführungsverbots geschlossen.⁶⁹⁶ Dies erscheint angesichts der Vorläufigkeit der Feststellung im Eröffnungsbeschluss, dass eine Beihilfe vorliegt, indes keineswegs zwingend. Insbesondere ist bereits entschieden worden, dass ein nationales Gericht, wenn es hinsichtlich der Frage, ob die in Rede stehende Maßnahme eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, oder hinsichtlich der Gültigkeit oder Auslegung des Beschlusses, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten, Zweifel hat, zum einen die Kommission um Erläuterungen bitten kann und zum anderen gemäß Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen kann

⁶⁹³ EuGH, Rs. C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 42 ff. – *Deutsche Lufthansa*; vgl. hierzu auch Rs. C-39/94, EU:C:1996:285, Rn. 68 ff. – *SFEI u.a./La Poste u.a.* und Rs. C-354/90, EU:C:1991:440, Rn. 12 – *FNCE u.a./Frankreich*.

⁶⁹⁴ EuGH, Rs. C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 47 – *Deutsche Lufthansa*.

⁶⁹⁵ EuGH, Rs. C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 47 – *Deutsche Lufthansa*.

⁶⁹⁶ Z.B. in aller Kürze Meyer, BB 2014, 17.



oder muss.⁶⁹⁷ Es dürfte aber trotzdem davon auszugehen sein, dass das Risiko einer Rückzahlungsanordnung durch ein nationales Gericht in einem solchen Fall jedenfalls faktisch um ein Vielfaches erhöht ist. Denn für ein nationales Gericht dürfte es nahe liegen, sich in der Sache an der vorläufigen Beurteilung der Kommission in einem Eröffnungsbeschluss, dass eine Beihilfe vorliegt, zu orientieren.

Praxistipp: Daraus folgt, dass den Legalausnahmen in Freistellungsverordnungen von der Notifizierungspflicht das Risiko inhärent ist, dass die Kommission und/oder ein nationales Gericht bzw. im Fall der Vorlage auch der EuGH die Voraussetzungen einer Freistellung nach einer Freistellungsverordnung ggf. nicht als erfüllt ansehen könnte, so dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorläge. Dieses Risiko trägt naturgemäß der Beihilfeempfänger.⁶⁹⁸

468 Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot birgt darüber hinaus im deutschen Recht **zivilrechtliche Risiken**. Denn der BGH hat entschieden, dass nicht nur der Erlass eines Negativbeschlusses (mit dem die Unvereinbarkeit der Beihilfe festgestellt wird), sondern auch der Verstoß gegen das Durchführungsverbot zur **Nichtigkeit** des der Beihilfegewährung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts führen kann.⁶⁹⁹

469 Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV um ein **Verbotsgesetz** im Sinne von § 134 BGB. Ein Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot muss daher jedenfalls zur **Nichtigkeit** der einschlägigen Vertragsklausel führen. Dies führt jedoch weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht zwingend zur **Gesamtnichtigkeit** des einschlägigen Vertrages, durch den eine Beihilfe gewährt wird.⁷⁰⁰ Vielmehr hat eine an objektiven Maßstäben orientierte Bewertung zu erfolgen, was die Parteien im Falle des Erkennens der Regelungslücke bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten. Eine Gesamtnichtigkeit kommt trotz **salvatorischer Klausel** also insbesondere dann in Betracht, wenn nicht nur eine Nebenabrede, sondern eine

⁶⁹⁷ EuG, Rs. T-251/13, EU:T:2015:142, Rn. 46 – *Gemeente Nijmegen/Kommission* unter Bezugnahme auf die o.g. Entscheidung des EuGH, Rs. C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 44 – *Deutsche Lufthansa*.

⁶⁹⁸ *Jennert/Manz*, KommJur 2009, 367 (371) m.w.N.

⁶⁹⁹ BGH Urteil v. 04.04.2003, EuZW 2003, 444; Urteil v. 24.10.2003, VIZ 2004, 77; Urteil v. 20.01.2004, NVwZ 2004, 636; zuletzt in seinem Beschluss v. 13.09.2012, RIW 2013, 164 und in seinem Urteil v. 05.12.12, EuZW 2013, 753.

⁷⁰⁰ VG Berlin, Urteil v. 19.03.2013, 26 K 6.13, juris, Rn. 26 – *Deutscher Alpenverein*. Anders aber die frühere Rechtsprechung des BGH, Urteil v. 14.12.1999, BGHZ 143, 283, 286; 13.10.2009, K&R 2010, 349, Rn. 12; Änderung der Rechtsprechung mit Urteil v. 05.12.2012, EuZW 2013, 753, Rn. 45 – *Ceps*.



wesentliche Vertragsbestimmung unwirksam ist, und durch eine **Teilnichtigkeit** der Gesamtcharakter des Vertrages verändert würde. Dies hat der BGH z.B. für die Nichtigkeit einer Kaufvertragsvereinbarung angenommen. Die durch einen zu niedrigen Kaufpreis hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung hätte sich außer durch die Rückabwicklung des Geschäfts auch durch eine Anpassung des Kaufpreises erreichen lassen. Der BGH hat dazu aber ausgeführt, dass der Erwerberin der Pipeline, die Gegenstand des Kaufvertrags war, keineswegs unter allen Umständen ein Festhalten an dem Vertrag zu einem erhöhten Kaufpreis zuzumuten gewesen sei.⁷⁰¹ Ein **Verstoß** gegen das **Durchführungsverbot** führt in diesem Fall also unmittelbar zur Nichtigkeit der betreffenden Verträge, nicht lediglich zu einer schwebenden Unwirksamkeit. Die Verträge werden daher auch nicht mit einer Positiventscheidung der Kommission (wieder) wirksam.⁷⁰²

Praxistipp: Es ist in der Praxis auch zu beobachten, dass sich staatliche Stellen das Beihilferecht bewusst zunutze machen, um sich von vertraglichen Verpflichtungen zu lösen bzw. **Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung** entgegen halten, dass gegen das **Durchführungsverbot** verstoßen worden sei und somit die Verträge (ggf. teilweise) nichtig seien.

Fallbeispiel: Ein Beispielsfall hierfür betrifft Holzlieferungsverträge der Forstverwaltung des Landes NRW mit der Klausner Gruppe aus dem Jahr 2007. Dies ist ein kurioser Fall, weil das Beihilferecht im zivilgerichtlichen Verfahren bzgl. der Wirksamkeit der Verträge zunächst keine Rolle spielte. In diesem Verfahren wurde mithin rechtskräftig festgestellt, dass die Verträge weiterhin fortbeständen. Daraufhin hat die Klausner Holz eine **Schadensersatzklage** gegen das Land NRW gerichtet, weil dieses seinen Verpflichtungen aus den Verträgen nicht nachgekommen ist. Im Rahmen der Schadensersatzklage kam das Zivilgericht (das LG Münster) zu dem Ergebnis, dass die Verträge unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot geschlossen und daher nach der Rechtsprechung des BGH nichtig sein müssten. Gleichzeitig sah sich das Gericht aber mit dem o.g. **rechtskräftigen Feststellungsurteil** konfrontiert, wonach die streitigen Verträge weiterhin fortbeständen. Unter diesen Umständen hat das Landgericht Münster beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob das

⁷⁰¹ BGH, Urteil v. 05.12.2012, EuZW 2013, 753, Rn. 46, 58 – *Ceps*.

⁷⁰² BGH, Beschluss v. 13.09.2012, RIW 2013, 166 f.



Europäische Recht, hier Art. 107 f. AEUV, im vorliegenden Fall die Außerachtlassung des rechtskräftigen Feststellungsurteils erfordere.⁷⁰³

Die Antwort des EuGH hierzu fiel eindeutig aus. Er entschied, dass es unter den Umständen des Ausgangsverfahrens nicht mit Unionsrecht vereinbar sei, wenn die national geregelte Rechtskraft ein nationales Gericht daran hindere, die einschlägigen Konsequenzen aus einem Verstoß gegen EU-Beihilferecht zu ziehen. Eine so weitreichende Behinderung der effektiven Anwendung des Unionsrechts (sog. **Effektivitätsgrundsatz, effet utile**) kann nach der Auffassung des Gerichts durch den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht angemessen gerechtfertigt werden.⁷⁰⁴ Damit führt die Sprengkraft des EU-Beihilferechts im Fall eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot im Zweifel sogar zu einer **Rechtskraftdurchbrechung**.⁷⁰⁵ Im vorliegenden Fall kann das LG Münster insoweit ggf. die Möglichkeit nutzen, das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung der Kommission im einschlägigen förmlichen Beihilfeprüfverfahren abzuwarten.⁷⁰⁶ Wenn die Kommission in diesem Verfahren zu dem Ergebnis kommen sollte, dass keine Beihilfe vorlag, wäre die Entscheidung des EuGH nicht (mehr) relevant, da ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht vorlag. Die Schadensersatzklage könnte jedenfalls an diesem Gesichtspunkt nicht scheitern. Käme die Kommission aber zu dem Ergebnis, dass eine Beihilfe vorlag, diese aber vereinbar war, würde dies an dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot bis zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung der Kommission nichts ändern. In diesem Fall müsste es also zur Rechtskraftdurchbrechung bzgl. des Feststellungsurteils kommen, und die zivilrechtliche Klage auf Schadensersatz aus Nichterfüllung der Verträge dürfte im Ergebnis keinen Erfolg haben.

470 Für Kommunen ist vor allem auch die Frage nach den Rechtsfolgen eines Beihilfeverstoßes in Mehrpersonenverhältnissen, wie im Fall einer **Bürgschaft**, von Bedeutung. Bürgschafts- bzw. Garantiefälle sind dadurch gekennzeichnet, dass verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Personen bestehen:

- Darlehensvertrag zwischen Kreditgeber (Bank) und Kreditnehmer (Unternehmen)
- Bürgschaftsvertrag zwischen Bürgen (Kommune) und Kreditgeber (Bank)

⁷⁰³ EuGH, Rs. C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 4 ff. – *Klausner Holz/Land Nordrhein-Westfalen*.

⁷⁰⁴ Zum Ganzen EuGH, Rs. C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 17 ff, insbesondere das Ergebnis in 45 f. – *Klausner Holz/Land Nordrhein-Westfalen*.

⁷⁰⁵ Vgl. Kühling, EWS 2015, „Die erste Seite“.

⁷⁰⁶ *Weiß*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-505/14, EuZW 2015, 60, 61.



- Bürgschaftsversprechen zwischen Bürgen (Kommune) und Kreditnehmer (Unternehmen)

471 In Bürgschaftsfällen geht die Kommission grundsätzlich davon aus, dass das kreditnehmende Unternehmen Beihilfeempfänger ist und nur in Ausnahmefällen auch die kreditgebende Bank durch eine staatliche Bürgschaft begünstigt wird.⁷⁰⁷ In einem solchen **Mehrpersonenverhältnis** stellt sich dann die Frage, wie sich ein beihilferechtswidriges Bürgschaftsversprechen der Kommune an das Unternehmen⁷⁰⁸ auf die Rechtsverhältnisse zwischen Kommune und Bank sowie zwischen Bank und Unternehmen auswirkt. Zwar weist die Kommission darauf hin, dass unter Umständen auch der Kreditgeber (Bank) als Beihilfegünstiger in Betracht kommt⁷⁰⁹ und dementsprechend auch der Kreditgeber ein Interesse daran haben könnte, sich zu vergewissern, dass bei der Gewährung von Garantien das Beihilferecht beachtet wird (Ziff. 2.3.2. Bürgschaftsmitteilung). Hieraus wird unionsrechtlich jedoch nicht die Schlussfolgerung gezogen, dass die Nichtigkeit des Bürgschaftsversprechens automatisch auch zur Nichtigkeit des Bürgschafts- oder Darlehensvertrages führen müsse. Vielmehr ist es der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung überlassen, ob die Rechtswidrigkeit der Beihilfen das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Kreditgeber berührt (Ziff. 2.3.2. Bürgschaftsmitteilung).

472 Die Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH ist bislang ausschließlich zu Fallkonstellationen in Zwei-Personen-Verhältnissen ergangen. Ausdrücklich offengelassen hat der BGH die Nichtigkeitsfolgen dagegen in „Dreiecksverhältnissen“ wie im Fall einer Bürgschaft.⁷¹⁰ Der EuGH hat sich zu den **Rechtsfolgen eines Beihilferechtsverstoßes im Mehrpersonenverhältnis** dahingehend geäußert, dass die nationalen Gerichte in der Wahl ihrer Mittel frei seien, solange die von ihnen bezüglich der Wirksamkeit der Rechtshandlungen ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, die Wettbewerbslage vor der Gewährung der Beihilfe wiederherzustellen. Für den Fall, dass die Nichtigkeitsklärung die Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Gewährung der Bürgschaft herbeiführen oder

⁷⁰⁷ Ziff. 2.2 u. 2.3 Bürgschaftsmitteilung, ABl. EU 2008 C 155/10.

⁷⁰⁸ Z.B. weil das Unternehmen kein angemessenes Entgelt an die Kommune zahlt oder sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, s. hierzu Ziff. 4.1. Bürgschaftsmitteilung, ABl. EU 2008 C 155/10. Für die Voraussetzungen eines marktüblichen Entgelts s. Ziff. 3.2. d) Bürgschaftsmitteilung.

⁷⁰⁹ Dies ist nach Ansicht der Kommission der Fall, wenn für einen bereits gewährten Kredit oder eine sonstige bereits eingegangene finanzielle Verpflichtung im Nachhinein eine staatliche Garantie übernommen wird, ohne dass die Konditionen des Kredits oder die finanziellen Verpflichtungen entsprechend angepasst werden, oder wenn ein garantierter Kredit dazu benutzt wird, um einen anderen, nicht garantierten Kredit an dasselbe Kreditinstitut zurückzuzahlen, vgl. Ziff. 2.3.1. Bürgschaftsmitteilung, ABl. EU 2008 C 155/10.

⁷¹⁰ BGH, Urt. v. 12.10.2006, NVwZ 2007, 974 Rn. 19.

erleichtern kann und keine weniger einschneidenden Verhaltensmaßnahmen gegeben sind, bejahte der Gerichtshof die **Befugnis** der nationalen Gerichte, zum Zwecke der Rückforderung der Beihilfe die Bürgschaft für nichtig zu erklären.⁷¹¹

473 Hieraus ist zu folgern, dass im Fall eines beihilferechtswidrigen Bürgschaftsversprechens der Bürgschaftsvertrag zumindest dann nichtig sein kann, wenn (auch) der **Kreditgeber** als Beihilfeempfänger anzusehen ist.⁷¹² Bei einem Vorteil nur des **Kreditnehmers** kann die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages hingegen verneint werden, da es in diesem Fall zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung nicht erforderlich ist, dass auch der Kreditgeber, also die Bank, leer ausgeht.⁷¹³ Für das Verhältnis zwischen Kommune und Bank sowie eine mögliche Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages kommt es somit entscheidend darauf an, ob im Einzelfall ausnahmsweise auch der Kreditgeber als Beihilfeempfänger anzusehen ist.

Praxistipp: Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV führt im Fall, dass die Beihilfe durch einen zivilrechtlichen Vertrag gewährt wird, zu einem **Auseinanderfallen der Rechtsfolgen** nach deutschem und nach europäischem Recht, wenn die Kommission eine nicht notifizierte Beihilfe materiell als vereinbar mit dem Binnenmarkt ansieht und eine Positiventscheidung erlässt. Denn aufgrund der Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH kommt im deutschen Recht schon wegen (formellen) Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV eine Rückzahlungspflicht und Rückabwicklung der Verträge in Betracht, obwohl die Kommission eine Rückforderung nur bei Vorliegen eines materiellen Verstoßes gegen das Beihilfeverbot (Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt) erlassen darf.

⁷¹¹ EuGH, Rs. C-275/10, EU:C:2011:814, Rn. 44 ff. – *Residex Capital IV*.

⁷¹² *Karpenstein/Dreessen*, BRZ 2012, 205 (207); *Quardt*, BRZ 2012, 3 (6).

⁷¹³ *Karpenstein/Dreessen*, BRZ 2012, 205 (207).



Stichwortverzeichnis

1-Jahres-Basiszinssatz 127	Allgemeine
Abfallbewirtschaftung 85	Gruppenfreistellungsverordnung 245, 174
Abfallmanagement 80	Allgemeine Nebenbestimmungen für
Abfallwirtschaft 311	Zuwendungen zur institutionellen
Abschöpfung der Nettogewinne 108	Förderung 326
absolute Unmöglichkeit 456	Allgemeine Nebenbestimmungen für
abstrakt-generelle Vorschrift 244	Zuwendungen zur Projektförderung
Abwägung 295	326
Abwasserbehandlung 85	allgemeines wirtschaftliches Interesse
Abwasserbehandlungsanlage 94	310
Abwasserentsorgung 311, 84, 31	Almunia-Paket 312
Abwasserentsorgungsnetze 223	Altmark Trans 402, 397, 392, 387, 377, 374, 374, 336, 305, 108, 106, 104, 46, 33
Abwasserinfrastruktur 155	Altmark-Kriterien 398, 397, 377, 374, 354, 336, 318, 317, 313, 110, 105
Abwasserwirtschaft 85	Altmark-Trans-Kriterien 319, 310
Abzinsungssatz 232	Amateure 87
Ad-hoc-Beihilfen 257	Amtssprache 428
Adressat 428	ANBest-I 326
Aéroport de Paris 83	ANBest-P 326
Aéroports de Paris 85, 80	Anbieter der Veranstaltungsorte 206
	Änderung einer bestehenden
	Beihilferegelung 460, 384



- Angebote auf wettbewerblicher Basis** 59
- angemessen mit Sachmitteln**
ausgestattetes, durchschnittliches, gut
geführtes Unternehmen 354, 317
- angemessener Gewinn** 378, 357, 356,
356, 354
- Anlagevermögen** 44
- Anlegeplatz** 224, 206
- Anmeldeformular** 417
- Anmeldepflicht** 463, 411
- Anmeldeschwelle** 279
- Anmeldung** 421
- Anmeldungsentwurf** 437
- Anreizeffekt** 407, 257, 253
- Anschluss- und Benutzungszwang** 80
- Anstalt des öffentlichen Rechts** 50, 35
- Aquakultur** 230
- Archive** 74
- Armee und Polizei** 53
- aufschiebende Wirkung** 452
- Aufschlüsselung von Kosten und
Erlösen** 98, 97
- Auftragsforschung** 156, 72
- Ausbildungsbeihilfe** 247, 58
- Ausbildungsmaßnahme** 60
- Ausbildungszweck** 68
- Ausfallwahrscheinlichkeit über ein Jahr**
240, 146
- Ausgleichsleistungen für DAWI** 370,
353, 318
- Ausgleichsmechanismus** 353
- Ausgrabungsstätten** 74
- Ausildungsmaßnahme** 61
- Auskunftsersuchen** 443, 422
- Ausrüstung** 44
- Ausschreibung** 114, 400, 397, 386, 335,
317, 287, 155, 136, 136, 134, 110, 105,
104, 40, 33, 30
- Ausschreibungsverfahren** 133
- Aussetzungsanordnung** 444
- Ausstellungen** 77, 74
- Ausstrahlungsrechte** 87
- Auswahl- und Zuschlagskriterien** 134
- Auswahlverfahren** 400, 397, 386, 386,
335, 287, 155, 136, 134, 105, 104
- Auswirkungen der Beihilfe auf den
Wettbewerb** 409, 402
- Avalprovision** 148, 141



Bagatellgrenze 229	Beihilfenempfänger 187
Bahn 80	Beihilfengeber 187
Bank Burgenland 136	Beihilfenkontrolle 80
barrierefreie Kunstformen 208	Beihilferechtsverstoß im Mehrpersonenverhältnis 472
Barzuschuss 365, 232	Beihilferreferat 415
Basiszinssatz 235, 169	Beihilferegelung 384, 366, 260, 251, 250, 244
Bedingungen und Auflagen 426	Bekanntmachung 134
Beeinträchtigung grenzüberschreitenden Handels 41	Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV 80
Befugnis nationaler Gerichte 472	Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs.1 AEUV 48
Begegnungszentren 311	Bekanntmachung über den Beihilfebegriff 85, 83
Begründung 428	Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe 133
begünstigtes Dauerverlustgeschäft 341	Belastung für den Staatshaushalt 181
Begünstigung 313, 38, 32, 26	Beleihung 54
Beherbergungsbetrieb 341	Bemühensklausel 431
Beherrschungsvertrag 344	Benchmarking 357, 150, 113
Beihilfeelement 241, 233	Benchmarking-Methoden 151
beihilfefähige Kosten 273, 270, 269, 266	Berechnungsmodell 378
Beihilfehöchstintensität 266	
Beihilfeintensität 269, 266	
Beihilfeleitlinien 298	
Beihilfen sozialer Art 290	



Berichts- und Informationspflicht 361	Beurteilungsfehler 173
berufsbegleitende Master-Studiengänge 64	Beurteilungsspielraum 112
Beschäftigungsförderung 311	Bewahrung der Biodiversität, Lebensräume und Arten 75
Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers 379	Bewältigung von Naturkatastrophen 247
Beschwerdeformular 442	bezahlte Parkplätze 100
Besicherung einer Forderung 127	Bibliotheken 74
bestehende Beihilfe 463, 459, 458	Bibliotheksbus 205
bestehende Beihilferegelung 460	Bieter 134
Beteiligungen der öffentlichen Hand an Unternehmen 122	Bieterverfahren 400, 397, 386, 335, 287, 155, 136, 134, 104, 40
Betraugung 397, 339, 338, 325, 322, 319, 318, 317, 305, 108, 104	Bildung 311
Betraugungsakt 398, 352	Bildungs- und Schulwesen 93
Betreiber von Infrastruktur 80	Bildungswesen 58
Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen 311	Bindungswirkung 454
Betrieb 26	Binnenwasserstraßeninfrastruktur 223
Betrieb der Infrastruktur 80	black cabs 226, 196
Betrieb und Infrastruktur 24	BMEL 415
Betriebsbeihilfe 279, 277, 274	BMVI 415
Betriebsgewinne 270	BMWi 415
	Bodenbevorratung für öffentliche und agrарstrukturelle Zwecke 311
	Bonität des Schuldners 127



Brandenburg-Methode 127	Datenbanken 71
Brauchtum und traditionelles (Kunst) Handwerk 74	DAWI 396, 393, 309, 143, 108, 33, 26
Breitband 80	DAWI-Beschluss 106
Breitbandausbau 311	DAWI-De-minimis-Verordnung 337, 319, 314, 312, 305
Breitbandinfrastruktur 385, 247, 90	DAWI-De-minimis-VO 318
Breitbandleitlinien 387	DAWI-Freistellungsbeschluss 462, 337, 319, 318, 315, 312, 305, 174
Brücken 200, 39	DAWI-Mitteilung 317, 313, 312
Bruttosubventionsäquivalent 366, 256, 237, 235, 234, 233	DAWI-Paket 398, 387
Buchführungssysteme 97	DAWI-Rahmen 337, 319, 318, 316, 312, 106
buchwertbasierter Verschuldensgrad 160	debt-to-equity-swaps 130
Bürgschaft 470, 237, 173, 170, 168, 139, 138	De-facto-Selektivität 193
Bürgschaftsmitteilung 256, 241, 240, 237, 170, 139	De-jure-Selektivität 193
Case Number 428, 424	De-minimis-Beihilfen 228
Credit Default Swaps (CDS) 125	De-minimis-Verordnung 386, 243, 229, 226, 40
Credit Default Swaps (CDS) Spread 151	De-minimis-VO für die Landwirtschaft 153
Darlehen 366, 256, 234, 233, 169, 168, 29	Denkmäler 74
Daseinsvorsorge 26	Deutscher Alpenverein 220
Daseinsvorsorgeleistungen 23	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) 305, 303, 57, 25
Datenbank 96	



Discounted-Cash-Flow(DCF)- Methode 107	Einstellung seiner Geschäftstätigkeiten 32
Diskriminierungs- und Protektionsverbot durch inländische Abgaben 301	Einstellungs-und Beschäftigungsbeihilfen 247
diskriminierungsfreier Zugang 69, 68	einstweilige Maßnahmen 466
Durchführungsverbot 469, 465, 411	einstweilige Rückforderungsanordnung 444
Durchführungsverordnung 412	Einzelbeihilfe 260, 251, 250
Durchsetzung des EU-Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte 462	Einzelbürgerschaft 366
Durchsetzungsbefugnisse 96	Einzelgarantie 140
echter Zuschuss 333	einzelstaatliche Gerichte 462
Effektivität der Rückforderung 455, 449	Einzugsbereich 205
Eigenbeitrag 287	Einzugsgebiet 225
Eigenbetrieb 50	Eisenbahnbrücken 200, 39
Eigenkapitalrendite 357	Eisenbahninfrastruktur 223
Eigentümer von Infrastruktur 80	Eisenbahnleitlinien 383
Eigentümereffekt 168	Eisenbahnnetze 200, 39
eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit 112	Eisenbahntunnel 200, 39
Einlage in das Gesellschaftskapital 344	Eisenbahnunternehmen 157
Einnahmeverluste 130	Eishalle 206
Einnahmeverzicht 191, 180, 132	empirische Marktinformation 150
	Endnutzer von Infrastruktur 80
	Energie 80



- Energieberatung** 311
- energieeffizientes Fernwärme- und Fernkältesystem** 268
- Energiemanagement** 311
- Energieversorgung** 35
- Entgelt** 157, 94, 80, 76, 67, 63, 63, 62, 57, 55, 39, 26, 23
- Entgelt mit symbolischem Charakter** 65, 63
- entgeltfrei** 55
- Entgeltordnung** 196, 188
- Entwickler von Infrastruktur** 80
- Entwicklung und Innovation** 80
- erforderliches Minimum** 408
- Erforderlichkeit** 427, 295
- Ergebnisabführungsvertrag** 344
- Erhaltung des kulturellen Erbes** 247, 73
- Erlaubnistatbestand** 289
- Erlöse** 98, 97
- Ermessen der Kommission** 302, 163
- Ermessensmissbrauch** 112
- Ermessensspielraum** 168, 112
- Eröffnungsbeschluss** 466, 424
- Errichtung von Erschließungsinfrastruktur** 94
- Errichtung von Gewerbezentren** 107
- Errichtung von Infrastruktur** 26, 24
- Erschließung** 107
- Erschließung und Revitalisierung öffentlichen Geländes** 92
- Erschließung von Grundstücken** 107
- Erstausbildungsmaßnahme** 64, 60
- Ertragsteuer** 338
- Ertragswertmethode** 107
- Erzeugungsanlagen** 269
- Europäische Fonds für die regionale Entwicklung (EFRE)** 177
- Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER)** 177
- exportbezogene Tätigkeiten** 230
- Fahrradweg** 86
- Fährunternehmen** 212
- Fahrzeuge für Straßenverkehrsgüter** 231
- Fallbeispiele** 75
- Fehlbedarfsfinanzierung** 326



Festivals 77, 74	Flughafenentgeltordnung 196
Festliegeplatz 206	Flugsicherungsinfrastruktur 82
Filmförderung 191	Fondsmanager 287
finanzieller Nettoeffekt 378	Förderantrag 257
Finanzierung öffentlicher Unternehmen 115	Förderrichtlinien 250
Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen 53	Förderung darstellender Kunst 191
Finanzierungskosten 151	Förderung lokaler touristischer Infrastrukturen 205
Finanzierungslücke 279, 110	Förderung von Kulturmaßnahmen 206
Finanzierungsmaßnahme 167, 112	formell rechtswidrig 440, 411
Finanzierungsplan 326	förmliches Prüfverfahren 418
Finanzierungsstruktur 78, 73, 64, 63	Forschung 80
Finanzierungsstruktur \t 35	Forschung und Entwicklung und Innovation 247
Finanzintermediär 158	Forschungsbeihilfe 99
Finanzmarktaufsicht 135	Forschungseinrichtungen und - infrastrukturen 71
Fitch 240, 146	Freistellung von Garantien 241
flächendeckende Netze 200, 39	Freizeitbad Dorsten 205
Flug- und Seeverkehrshäfen 311	Freizeitbereich 249
Flughafen 98, 80	Freizeiteinrichtung 206
Flughäfen 225	Freizeiteinrichtungen für schlechtes Wetter 205
Flughafen Leipzig/Halle 85, 83, 80	Freizeitinfrastruktur 89
Flughafen Lübeck 196	



- Fremdenverkehrsförderung** 341
- Frist für die Anmeldung** 429
- Fristregime** 430
- funding gap** 110
- funktionaler Unternehmensbegriff** 313,
307, 50, 21
- Fußballmuseum Dortmund** 206
- Garantie** 256, 241, 233, 181, 170, 151,
138
- Garantieentgelt** 180
- Garantiegeber** 180, 138
- Garantieprämie** 151, 148
- Garantieregelung** 152, 140
- Garantieregelung für KMU** 152
- Gastankstelle** 211
- Gebietskörperschaften** 84
- Geländeerschließung** 94
- Gemeinderatsbeschluss** 351, 329, 323
- Gemeinkosten** 357
- Gemeinnützigkeit** 69
- gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen**
395
- Genehmigungspflicht** 188, 188
- gerichtliche Kontrolle** 112
- Gesamterschließungskonzept** 94, 93
- Gesamtinfrastruktur** 45
- Gesamtkapitalrendite** 357
- Gesamtnichtigkeit** 469
- Geschäftsbank** 173
- Geschäftsszenarien** 121
- Gesellschafterversammlung** 330
- gesellschaftsrechtliche Lösung** 360, 351,
345, 344, 339, 333, 329, 328, 323
- Gesellschaftsvertrag** 328
- Gestraftes Prüfverfahren** 432
- Gesundheits- und Erstattungssystem**
217
- Gesundheitsdienste** 311
- Gesundheitsdienstleister** 217, 57
- Gesundheitseinrichtungen** 225, 224
- Gesundheitsfürsorge** 70
- Gesundheitssysteme** 57
- Gesundheitsvorsorge** 42
- getrennte Buchführung** 379, 359, 199,
97, 43
- Gewerbebetrieb** 94



Gewerbegebiet 94	grenzüberschreitender Bezug 207, 206, 206, 202
Gewerbezentrum 155, 107	grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung 26
gewidmete Infrastruktur 282	Grundfreiheiten 301
Gewinnabführungsvertrag 355	Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit 454
Gewinnabschöpfung 107	Grundsatz der Technologieneutralität 409
Gewinnaussichten 397	Grundsatz der Verfahrensautonomie 453
Gewinnberechnung 357	Grundsätze guter Verwaltungspraxis 445
gleichberechtigter und diskriminierungsfreier Zugang 157	Grundstückerschießung 92
Graue Flecken 405, 395, 390, 389	Grundstücksmitteilung 133
Grenznahe 211, 204	Grundstücksverkehrsgesetz 136
Grenzregion 42	Grundversorgung 59, 42
grenzüberschreitende Anziehungskraft 42, 42	Grundversorgung und Standardleistung 225
grenzüberschreitende Anziehungskraft für Touristen 206	Grundversorgungs- bzw. Standardleistungen 216
grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung 100, 65, 46	Gruppenfreistellungsverordnung 463
grenzüberschreitende Investitionen 225, 224, 218, 214, 213, 100	Gruppenfreistellungsverordnung für die Landwirtschaft 241, 153, 153
grenzüberschreitende Niederlassung 225, 218, 214, 100	Hafen 88, 80
grenzüberschreitende Wirkung 207, 206, 206, 202	Häfen 225, 224



Haftungsverpflichtung 139, 138

Handelsbeeinträchtigung 249, 226, 191

Haushaltsmittel 35

historische Stätten und Gebäude 74

Hochschulen 71

höchstes Gebot 136, 135

Höchstgebot 136

hoheitliche Aufgabe 80

hoheitliche Aufgaben 35

hoheitliche Befugnisse 82, 53

hoheitliche Tätigkeit 22

Holding 344

horizontale Leitlinien 298

Hotel- und Gaststättenbetrieb 209

immaterielles Kulturerbe 271

individuelle Rechte 461

Informations- und Netzwerkplattformen
225

informeller Vorabkontakt 419

Infrastruktur 382, 99, 98, 80, 45, 44

Infrastrukturbetreiber 30

Infrastruktureinrichtungen 46

Infrastrukturen 80, 40

Infrastrukturförderung 80

Inhouse-Vergabe 377, 335, 318, 33

inländische Wasserwege 200, 39

innerer Aufbau des Steuersystems 195

Innungen 68

Insel 212, 211

Insolvenz 457, 130

Insolvenzverfahren 238, 237, 234, 172,
167, 161, 160, 131, 32

institutionelle Förderung 326

Interessen der Allgemeinheit 307

Internal Rate of Return (IRR) 120

internationale Bedeutung 206

internationale Veranstaltung 206

internationale Wettbewerbe 206

**interne Ratings der kreditgebenden
Bank** 151

interner Ertragssatz 356

Investition 29

Investition in Fahrzeuge 383

Investitionen aus dem Ausland 204, 42



- Investitionsbeihilfen** 284, 280, 279, 278,
277, 273, 268
- Investitionskosten** 270
- Investitionsrisiko** 287
- Investitions-und Betriebsbeihilfen** 272
- Jachthafen** 224, 206
- Joint Ventures** 93
- Jugendarbeit** 87, 70
- juristische Personen des Privatrechts** 68
- Kammern** 68
- Kapazität der Infrastruktur** 99
- Kapitalbeteiligung** 397, 386
- Kapitalrendite** 151
- Kapitalwert** 110
- Kapitalzufuhr** 29
- Kapitalzuführung** 397, 386, 366, 236,
233, 168, 116, 113, 32
- Kaufpreis** 132, 31
- keine Beihilfe** 18
- keine offensichtlich fehlerhafte
Würdigung des Sachverhalts** 112
- Kinderbetreuung** 311
- Kindertageseinrichtung** 60, 59
- Kinos** 205, 77
- kleine Flughäfen** 224
- kleine lokale Museen** 205
- Kleine und mittlere Unternehmen
(KMU)** 256, 247, 241, 240, 229, 146
- Kletterhalle** 209, 88
- kommunale Abwasserentsorgungsnetze**
200, 39
- kommunale Eigengesellschaft** 50
- kommunale Infrastruktur** 89
- kommunale Steuer** 37
- kommunale Wasserversorgungsnetze**
200, 39
- kommunaler Querverbund** 344, 342
- kommunales Schwimmbad** 88
- Komplex von Indizien** 185
- komplexe wirtschaftliche Beurteilung**
112
- komplexe wirtschaftliche Tatsachen und
Gegebenheiten** 163
- komplexe, wirtschaftlich und soziale
Wertungen** 302
- konkurrierende Unternehmen** 213
- Konkursverfahren** 130



Konstruktion 91	Kriterien des privaten Kapitalgebers 116, 115
kontrafaktische Fallkonstellation 86	Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten 386, 163, 109, 29
kontrafaktisches Szenario 168, 167, 130, 130	Kriterium des privaten Gläubigers 124, 115
Kontrolle des Flug- und Seeverkehrs 53	Kriterium des privaten Verkäufers 115
Kontrolle von Überkompensation 358	Kultur 247, 80, 73
Konzerte 77	Kulturbereich 249
Konzerthallen 74	Kultureinrichtungen 311, 271, 191
Körperschaft des öffentlichen Rechts 35	kulturelle Einrichtungen 225
Kosten 98, 97	kulturelle Erzeugnisse 225
Kostenallokationsmethode 354	kulturelle und künstlerische Bildung 74
Kostentrennung und-transparenz 274	kulturelle Veranstaltungen 225
Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 270	Kulturfestival 206
Krankenhäuser 353, 311, 225, 225, 217, 94, 94, 57, 57	Kulturmaßnahmen 227
Kredit 256, 151	kumulativ 18
Kreditgeber 473, 140, 138	Kumulierung 384, 370, 368, 270, 261
Kreditnehmer 473, 140, 138	Kumulierungsvorschriften 242
Kreditzinsen 151	Kunden 204, 42
Kreiskliniken Calw 353, 217	künstlerische und kulturelle Zentren oder Bereiche 74
Kreistagsbeschluss 351, 329	Kunstschulen 77, 65
Kriterien des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten 115	



Kurzbeschluss 439	lokales Einzugsgebiet 224
Landeshaushaltsordnungen 337	Lokalfernsehen 210
Landessteuer 37	London-Taxis 226, 196
landwirtschaftliche Erzeugnisse 230	Luftverkehrsunternehmen 212
landwirtschaftlicher Verkehrswert 136	marginale Auswirkungen 224
langfristig wirtschaftlich vernünftig 123	Market Economy Operator Test 109
Langzeitpflege 311	Marktabstottung 51
Lärmschutzwall 94	Marktbedingungen 119
Lehre 71, 60	marktkonformes Angebot 395
Liga 206, 87	Marktkonformität 114, 111
Liquidation 457, 167	Marktposition 38
Lohnzulage 101	Marktpreis 136, 132
lokale Auswirkungen 205	Marktregeln 393, 309
lokale Freizeitanlagen 224	marktübliche Bedingungen 158, 109
lokale Infrastruktur 284, 281, 247, 227	marktübliche Gegenleistung 30, 29, 29
lokale Märkte 206	marktübliche Provision 180
lokale Nutzer 224	marktübliche Rendite 119, 29
lokale touristische Infrastruktur 206	marktübliche Renditeaussichten 32
lokaler Bereich 249	marktübliche Renditeerwartung 113
lokaler bzw. regionaler Einzugsbereich 42	marktübliche Zinssätze 151
lokaler Transport 80	marktübliches Entgelt 256, 151, 143
	marktübliches Niveau 31



- Marktüblichkeit** 149
- Marktverhaltensregel** 461
- Marktversagen** 405, 389, 389, 388, 384, 297, 297
- Marktwert** 136
- marktwirtschaftlich handelnde**
Wirtschaftsbeteiligte 386, 168
- Maßnahmen der Gewaltprävention** 87, 70
- Maßnahmen im Bereich der Energie- und Wasserversorgung** 311
- Material** 44
- materiell rechtswidrige Beihilfe** 448
- materielle und immaterielle Vermögenswerte** 284
- Mehrheitsbeteiligung** 35
- mehrmonatige Prüfphase** 430
- Mehrpersonenverhältnis** 471
- Meistbietender** 135
- Meldepflicht** 96, 53
- Merchandising** 87
- Messe- und Marktwesen** 341
- Methoden für die Bestimmung des Beihilfelements** 153
- Metro** 80
- Mietnachlässe** 31
- Militär- und Zivilluftfahrt** 98
- Mitgliedstaaten** 52
- Mitnahmeeffekt** 407, 257
- Mitteilung über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie** 123
- mittelbar Begünstigter** 191
- mittelbare Begünstigung** 154, 28
- mittelbare Beihilfen** 201, 40, 40, 30
- mittelbarer Vorteil** 191, 155
- Monopol** 38, 38
- Monopolunternehmen** 199
- Monti-Paket** 312
- Moody's** 240, 146
- multifunktionale Freizeitangebote** 80
- multifunktionale Freizeitinfrastruktur** 276, 227, 89, 87
- Multifunktionsarena** 88
- multikulturelle Freizeitinfrastruktur** 247
- Museen** 206, 74, 35
- Museum** 341, 274, 271, 227, 207



Museum von Weltrang 206	Nettokosten 357, 354, 354, 318
Museumsrestaurant und- shop 274	Netz-Infrastrukturen 40
Musikschulen 66	Next Generation Access 388
Nachlass 173	nicht liberalisierte Märkte 198
Nachrangdarlehen 127	nicht rückzahlbarer Zuschuss 256
Nachrichtenmedien 225	nichtdiskriminierende Bedingungen 409
nationale Gerichte 462	Nichtigkeit 469, 468
nationales Förderprogramm 244	nichtvertrauliche Fassung 424
nationales Ratingsystem 240, 146	nicht-wirtschaftlich 93, 91, 79, 70, 58, 55
nationales Verfahrensrecht 449	nicht-wirtschaftliche Leistungen 307
Natur- und Landschaftspflege 311	nicht-wirtschaftliche Nutzung 45
Naturerbe 75	nicht-wirtschaftliche Tätigkeit 99, 97, 43
Naturkatastrophe 290	Niederlassung 213
natürliches Monopol 200, 83, 39	Niederlassung ausländischer Unternehmen 42
Naturschutzaktivitäten 75	Niederlassungen von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten 204
Naturschutzorganisation 97	Non-aid-Notifizierung 426, 414
Naturschutzverband 97	normale Marktbedingungen 397, 393, 309
Nebentätigkeit 274, 99, 96, 44	Notifizierung 297
Negativbeschluss 454, 447, 426	Notifizierung von Beihilfen 244
negatives Eigenkapital 161	Notifizierungsverfahren 438, 402, 288
Net Present Value (NPV) 120	
Net-avoided-cost-Methode 354	



NRW-Modell 333	öffentlicher Erschließungsauftrag 94
Nutzer 42	öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) 377, 372
Nutznießler 450	öffentliches Unternehmen 32
Obergrenze 356	Opern 74
offene Infrastruktur 396	ÖPNV-Betreiber 377
offene, transparente und diskriminierungsfreie Bedingungen 283	Organgesellschaften 342
offener Zugang auf Vorleitungsebene 409	Organisation von Sportereignissen 206
offensichtlicher Beurteilungsfehler 393, 309	Organschaft 342
öffentlich 201	Organträger 342
öffentliche Archive 78	örtlich begrenztes Publikum 225
öffentliche Ausschreibung 201	örtliche Bevölkerung 225, 216
öffentliche Bibliotheken 91	örtlicher Charakter 226
öffentliche Infrastrukturen 23	Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistungen 377, 353, 353, 326, 317, 104
öffentliche Toilette 86	Pari-passu-Konstellation 173, 150, 120, 110
öffentliche Trägerschaft 22	Parkplätze 94, 46
Öffentliche Unternehmen 187, 115	Parkraumbewirtschaftung 311
öffentliche Verwaltung 183, 35	Partnerunternehmen 229
öffentliche Widmung 94, 92	Pässe 211
öffentlicher Auftrag 335, 334, 107	passive Infrastruktur 396
öffentlicher Dienstleistungsauftrag 377	periphere Region 212



Personal 44	privater Wirtschaftsbeteiligter 29
Personalkosten 101	privates Unternehmen 188
Picknickplatz 86	Privatisierung 130
Picknickplätze für Bootsfahrer 205	Privatisierung öffentlicher Unternehmen 115
Polizei und Armee 53	professionelle Nutzer 87
Polizei- und Zollinfrastruktur 82	Profisport 206, 87
Positivbeschluss 426	Projektförderung 326
positive Mittelübertragung 180	Quersubventionierung 274, 199, 100, 98, 97, 95, 44, 43, 43
präventives Verfahren 414	Rating 237, 234, 127
Primärerzeugung 230	Rating-Agentur 240, 146
Prinzip der Solidarität 57	Rating-Agenturen 151
Private (Market) Creditor Test 151, 130, 124	Ratsbeschluss 351, 329
private Einnahmen 35	reale wirtschaftliche Bedeutung 110
private Einrichtungen 182	rechtliche Unmöglichkeit 456
private Gläubiger 129	Rechtswidrigkeitszinsen 446
Private Guarantor Test 142, 138	Recyclingmaterial 85
Private Investor Test 166	Referenzwert 113
Private Investor Test (PIT) 116, 115	Referenzzinssatz 366, 235, 234, 151
private Trägerschaft 22	Referenzzinssatzmitteilung 235, 232, 169, 158, 126
Private Vendor Test 132	Regiebetrieb 50
privater Investor 287	



Regionalbeihilfen 247	Rettungsdienste 311
regionale Stadtentwicklungsbeihilfe 285	Revitalisierung 107
regionaler Charakter 226	Risikoaufschlag 169
Regionalflughäfen 248	risikobereinigte Kapitalrendite (Risk Adjusted Return on Capital – RAROC) 151
rehabilitative Grundversorgung 216	Risikofinanzierung 236
Rekommunalisierung 115	Risikofinanzierungsbeihilfe 158
Rendite 168	Risikokapitalmaßnahmen 366
Renditeaussichten 29	Risikozuschlag 127
Renovierung einer kulturellen Infrastruktur 91	Rückforderung 466, 460, 447
Renovierung historischer Monumente 91	Rückforderungsbescheid 452
Rentabilität 166	Rückforderungsbeschluss 454, 447, 426
Rentabilitätsabwägungen 118	Rückforderungsschuldner 450
Rentabilitätsziele 158	rückzahlbarer Vorschuss 256
repressives Verfahren 440	Rückzahlungsanordnung 465
Restaurants 100, 46	Rückzahlungsverpflichtung 466
Restaurierung eines historischen Gebäudes 74	Safe-Harbour-Bestimmung 356
Restaurierung kultureller oder historischer Wahrzeichen 206	Safe-Harbour-Prämien 240, 146
Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien 164, 161	salvatorische Klausel 469
Rettungsbeihilfe 160	Schätzung 127
	Schlussanträge 226
	Schlüsselkonzepte 313



Schulbildung 60	sofortige Vollstreckung 454, 449
Schulen 91	Sozialbeihilfe 247
Schulen, Kindergärten, Universitäten, öffentliche Bibliotheken 22	Soziale Dienstleistungen 311
Schwarze Flecken 405, 390, 389	soziale Sicherheit 57
Schwellenwert 244	soziale, kulturelle und bildungspolitische Staatsaufgabe 80
Schwimmbad 276, 206, 206, 89	sozialer Wohnungsbau 354, 311
Schwimmbäder 311, 35	sozialer, kultureller und bildungspolitischer Auftrag 91, 62, 58, 55, 22, 22
See- und Binnenhäfen 248	Sozialversicherungssystem 195
Seilbahnen 225	sozioökonomischer Nutzen von Breitbanddiensten 404
sektorenspezifische Leitlinien 298	special purpose vehicle (SPV) 90
sektoriell 36	spekulativer Charakter 136
sektoriell definierte Gruppen von Unternehmen 36	spezifische Freistellungsvoraussetzung 266
sekundäre Auswirkungen 154, 28	Spielertransfer 87
Selektivität 193, 192, 189	Sponsoring 87
Sensitivitätsanalyse 121	Sport 80
Seuchenreservekapazitäten 310	Sport- und Freizeiteinrichtungen 225
Shared Services 98	Sportbereich 249
Shops 100, 46	Sporteinrichtung 206, 191
Sicherheiten bei Darlehen 234	Sportförderung 294, 191
Sicherungsmaßnahmen 444	
Skiliften 225	



- Sportinfrastruktur** 276, 247, 227, 89, 87
- sportliche und bestimmte wohlfahrtsbezogene Freizeitaktivitäten** 70
- Sportvereine** 70
- Sprache** 217
- sprachgebundene Kunstformen** 208
- Staat als Anteilseigner** 135
- staatliche Anerkennung** 93
- staatliche Einflussnahme** 35
- staatliche Kontrolle** 35
- staatliche Mittel** 175
- staatlicher Bildungsauftrag** 69
- staatlicher Finanzierungsanteil** 65
- Staatlichkeit der Mittel** 177
- staatseigene Unternehmen** 115
- Stadion** 206, 87
- Stadt- und Raumentwicklung** 92
- Städtebau** 311
- Stadtentwicklungsbeihilfe** 227
- Stadtentwicklungsfonds** 287
- Stadtentwicklungsfondsmanager** 287
- Stadtentwicklungsprojekte** 286
- Stadthalle** 341
- städtische Gesellschaft** 35
- Standard & Poor's** 240, 146
- Standardarztleistungen** 219, 216
- Standardformular** 438
- Standardgesundheitsleistungen** 219, 216
- Standardmethoden** 113
- standstill obligation** 411
- State Aid Notification Interactive (SANI)** 259, 258, 246
- Status quo ante** 447
- Steuerbefreiung** 70
- Steuererleichterungen** 101
- Steuerjahr** 242
- steuerlicher Querverbund** 345, 338
- steuerrechtliche Maßnahmen** 194
- Steuervergünstigung** 256, 244
- Stiftung** 50
- Stiftungen** 68
- stille Einlage** 173
- Strandpromenade** 86
- Straßen** 200, 94, 39



Straßenbeleuchtung 94	Technologieförderung 311
Straßengüterverkehr 231	technologieneurale Infrastruktur 396
Straßeninfrastruktur 223	Technologiezentren 341
Straßenverkehrsunternehmen 237, 234	Teilnahme an Turnieren 87
strategische Interessen 29	Teilnichtigkeit 469
Stromversorgung 31	Theater 213, 208, 74
Stundungsvereinbarung 131	Thermal-und Wellnessbereich 276, 89
substituierbar 78	Ticketverkauf 87
substituierbare Dienstleistungen 200, 39	Tierkörperbeseitigung 310
Substituierbarkeit 73	Topographie 211
Subventionen 30	Tourismusförderung 311
symbolisches Betrag 55	Touristen 204, 42
symbolisches Entgelt 80, 70	Touristenregionen 207
synallagmatisches Verhältnis 334	touristische Attraktivität 206
systemimmanent 195	touristische Infrastruktur 86
Tagesliegeplatz 206	touristisches Angebot 97
Tagestourismus 224, 206	Träger öffentlicher Gewalt 130, 117
Tagungszentren 225	transparente Beihilfe 232
Tätigkeit industrieller oder kommerzieller Art 51	Transparenz 410, 256, 253
Tätigkeitsgebiet 226	Transparenzbestimmung 362
Taxidienstleistungen 226	Transparenzrichtlinie 359, 184, 97
	Transportmittel 377



Transportnetze 23	Umstrukturierungsbeihilfe 160
Trennungsrechnung 379, 359, 199, 99, 98, 97	Umstrukturierungsplan 160
Tunnel 211, 200, 39	Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien 383
Tunnelinfrastruktur 223	Umweltbeihilfen 297
Überkompensation 378, 377, 318, 317, 104	Umweltkosten 297
Übernachtungszahlen 224, 206	Umweltschutzbeihilfe 247
überregionale Anziehungskraft 204	unabhängige Forschung 71
Übersetzung 428	unabhängige Sachverständige 137
Übersetzung in die Amtssprache 424	unabhängiges Gutachten 136
Übertragungsnetzbetreiber 182	Ungleichbehandlung 191
Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung 53	Unionsorgane 455
Umsatz 224	unmittelbarer Leistungsaustausch 334
Umsatzrendite 357	Unternehmen 249, 26
Umsatzsteuer 331	Unternehmen in privater Rechtsform 35
Umsatzsteuer-Anwendungserlass 333	Unternehmen in Schwierigkeiten 347, 255, 253, 238, 174, 173, 172, 169, 168, 168, 167, 167, 166, 165, 164, 163, 160, 159, 143, 32
Umschulungsmaßnahme 60	Unternehmen mit Sitz im Ausland 213, 46, 42
Umstrukturierung öffentlicher Unternehmen 115	Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat 220
Umstrukturierungs- bzw. Rettungsbeihilfe 165	Unternehmen mit Zahlungsschwierigkeiten 131



Unternehmensdaten 53	vereinfachtes Verfahren 433
Unternehmensgruppe 209	Verfahren bei bestehenden Beihilfen 458
Unternehmensgruppen 206	Verfahren für rechtswidrige Beihilfen 429
Unterrichtsgebäude 91	Verfahrenssicherung 444
Untersagung 465	Vergaberichtlinien 110
Untrennbarkeit 96, 96, 44	Vergabeverfahren 400, 397, 386, 335, 317, 287, 155, 136, 134, 105, 104, 40, 30
Ver- oder Entsorgungsinfrastruktur 33	Vergleichsmaßstab 196
Ver- und Entsorgungsinfrastrukturen 26	Vergleichsunternehmen 151
Ver- und Entsorgungsleistungen 23	Verhaltensänderung beim Beihilfeempfänger 407
verbindliche Sprachfassung 424	Verkauf und Kauf von Vermögenswerten 133
Verbot staatlicher Beihilfen 244	Verkauf von Holz, Jagd-oder Fischereipacht 97
Verbot von Zöllen 301	Verkehrsdienste 226
Verbotsgesetz 469	Verkehrswert 132
Verbraucherinformation 79	Verlängerung von bestehenden Beihilferegulungen 384
verbundene Unternehmen 229	Verlustausgleichszahlungen 344
Verein 50	Verluste 168
Vereinbarkeit einer Beihilfe 244	Verlustübernahmevertrag 355
Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt 302	Vermietungen 67
Vereinbarkeitsentscheidung 446	
Vereinbarkeitsprüfung 315, 301	
Vereine 68	



Vermutung für die Marktüblichkeit 137	Vorlageersuchen 136
Veröffentlichung der Beschlüsse 424	vorläufiges Prüfverfahren 443, 418
Veröffentlichung im Amtsblatt 428, 428	Vorprüfverfahren 432
Veröffentlichungs- und Berichtspflichten 253	Vorteil 107, 27
Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Verkehrsdienste auf Schiene und Straße 375	Vorzugstarif 31
Verteilnetz 270	Warenverkehrsfreiheit 301
vertragliche Vereinbarung 345, 344, 340, 325, 323	Wasserentsorgung 85
vertrags oder - gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis 453	Wasserver- und Abwasserentsorgungsnetze 40
Vertragsverletzungsverfahren 449	Wasserversorgung 85, 85, 84, 31
Vertrauensschutz 455	Wasserversorgungsnetze 223
Verursacherprinzip 310	Weinmuseum 207
Verwaltungsstruktur 93	Weißer Flecken 405, 395, 390, 389
Verwaltungsvorschrift zu der Bundeshaushaltsordnung 337	Weisung 330
Volkshochschulen 66	Weiterbildungsmaßnahme 61
Vorabmeldung 432	Weiterbildungsmaßnahmen 64
Vorabentscheidungsersuchen 464	Weiterleitung 158
Vorabkontakt 437	Wellnesseinrichtung 206
Voranmeldung 419	Wellnesskomplex 88
	Werbemarkt 210
	Werbevereinbarung 87
	Wertgutachten 115



- Wettbewerb** 218, 83
- Wettbewerb auf dem Markt** 38
- Wettbewerb um den Markt** 38
- wettbewerbliches transparentes, diskriminierungs- und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren** 110
- wettbewerbsbasiertes Angebot** 395
- wettbewerbsrelevante Tätigkeit** 51
- Wettbewerbsverfälschung** 197, 197, 85, 83, 40, 38, 26
- Widmung** 282
- Willenserklärung** 337
- wirkungsbezogen** 117, 102
- Wirkungsdoktrin** 102
- Wirkungs-Doktrin** 29
- Wirtschaftlichkeitslücke** 388
- wirtschaftlich** 88, 87, 80, 74
- wirtschaftliche Nebentätigkeit** 97
- wirtschaftliche Nutzung** 45
- wirtschaftliche Solidität** 135
- wirtschaftliche Tätigkeit** 307, 97, 96, 95, 85, 62, 62, 57, 50, 43, 21
- wirtschaftliche Tätigkeiten** 225, 26
- wirtschaftliche Unmöglichkeit** 457
- wirtschaftlicher Charakter** 370, 76
- Wirtschaftlichkeitslücke** 384
- Wirtschaftsförderung** 341
- Wirtschaftsplan** 326
- Wissenschaftsförderung** 311
- Wissenstransfer** 71
- Wohlfahrtspflege** 70, 70
- Zahlungserleichterungen** 128
- Zerschlagungsszenario** 130
- Ziel von gemeinsamem Interesse** 297, 295
- Zielunternehmen** 158
- Zinsdeckungsverhältnis** 160
- Zinsdifferenz** 169
- zinsvergünstigtes Darlehen** 233
- Zinsvorteil** 235
- Zinszuschuss** 232
- Zirkus** 213
- zivilrechtliches Risiko** 468
- Zoos** 311
- Zugang und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt** 311



Zulässigkeit von Beschwerden 442

zurechenbare Kosten 355

Zurechenbarkeit 186, 184, 176

Zusage des Mitgliedstaates 427

Zuschlag 135

Zuschüsse 30

Zuwendung 351, 345, 344, 340, 335, 334,
333, 326, 325, 323, 257

zweckdienliche Maßnahme 460

Zweckgesellschaft 158

Zweckverband 310, 50

zwingende Gründe des Unionsrechts 455

zwischenstaatliche

Handelsbeeinträchtigung 85, 83

Zwischenstaatlichkeit 222, 202

Zwischenstaatlichkeitsklausel 213

Tabellarische Übersicht:

Anmeldeschwellenwerte, beihilfefähige Kosten, Beihilfeintensitäten und Beihilfehöchstbeträge der ausgewählten Fallgruppen gem. Art. 16, 46, 53, 55, 56 AGVO

Förderzweck	Beihilfefähige Kosten	Anmeldeschwellenwert	Beihilfeintensität (ausgewiesen als prozentualer Anteil der beihilfefähigen Kosten)/Beihilfehöchstbetrag		
			Groß-Unternehmen	Mittleres Unternehmen	Kleines Unternehmen ⁷¹⁴
Art. 16 AGVO, Regionale Stadtentwicklungsbeihilfen					
Beihilfen für Stadtentwicklungsprojekte, die <ul style="list-style-type: none"> über Stadtentwicklungsfonds in Fördergebieten durchgeführt werden, aus den Europäischen Struktur- und Investitionsfonds kofinanziert werden und der Umsetzung einer vorhandenen „integrierten Strategie für nachhaltige Stadtentwicklung“ dienen. 	Die Gesamtkosten des jeweiligen Stadtentwicklungsprojekts, soweit sie nach der Verordnung 1303/2013 („ESI-Fonds-VO“) förderfähig sind.	Das Gesamtinvestitionsvolumen des Projekts (nicht der Beihilfe) beträgt max. 20 Mio. Euro.	Mindestens 30 % der Gesamtfinanzierung des Projekts müssen durch private Investoren abgedeckt werden.		

⁷¹⁴ Die Einstufung eines Unternehmens als Großunternehmen, kleines oder mittleres Unternehmen erfolgt anhand der Definition in Anhang I zur AGVO. Dort wird ein kleines Unternehmen als ein Unternehmen definiert, das weniger als 50 Personen beschäftigt und dessen Umsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. Euro nicht übersteigt. Als mittleres Unternehmen wird ein Unternehmen definiert, das weniger als 250 Personen beschäftigt und das entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielt oder dessen Jahresbilanz sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft. Alle übrigen Unternehmen sind Großunternehmen. Bei der Berechnung dieser Werte sind nicht nur die entsprechenden Werte des unmittelbaren Beihilfeempfängers sondern auch diejenigen seiner Partnerunternehmen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 und diejenigen der mit ihm verbundenen Unternehmen i.S.v. Art. 3 Abs. 3 Anhang I zur AGVO zu berücksichtigen.



Förderzweck	Beihilfefähige Kosten	Anmeldeschwellenwert	Beihilfeintensität (ausgewiesen als prozentualer Anteil der beihilfefähigen Kosten)/Beihilfehöchstbetrag		
			Groß-Unternehmen	Mittleres Unternehmen	Kleines Unternehmen
Art. 46 AGVO, Investitionsbeihilfen für energieeffiziente Fernwärme und Fernkälte					
Investitionsbeihilfen für energieeffiziente Fernwärme und Fernkälte (erfasst sind Investitionen für Erzeugungsanlagen und für Verteilnetze).	Für die Erzeugungsanlage: die im Vergleich zu einer konventionellen Erzeugungsanlage zusätzlich erforderlichen Investitionskosten, für das Verteilnetz: die Investitionskosten.	Für die Erzeugungsanlage: 15 Mio. Euro pro Unternehmen und Vorhaben, für das Verteilnetz: 20 Mio. Euro pro Unternehmen und Vorhaben.	Für die Erzeugungsanlage: 45 %, für das Verteilnetz: höchstens die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn.	Für die Erzeugungsanlage: 55 %, für das Verteilnetz: höchstens die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn.	Für die Erzeugungsanlage: 65 %, für das Verteilnetz: höchstens die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn.



Förderzweck	Beihilfefähige Kosten	Anmeldeschwellenwert	Beihilfeintensität (ausgewiesen als prozentualer Anteil der beihilfefähigen Kosten)/Beihilfehöchstbetrag		
			Groß-Unternehmen	Mittleres Unternehmen	Kleines Unternehmen
Art. 53 AGVO, Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes					
Investitions- und Betriebsbeihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes (einschließlich Naturerbe, das mit Kulturerbe zusammenhängt oder förmlich als Kultur- oder Naturerbe anerkannt ist).	Bei Investitionsbeihilfe: Kosten von Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte, bei Betriebsbeihilfe: Im Einzelnen aufgeführte Betriebskosten (z.B. Kosten für Veranstaltungen, Miete, Personal, Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen).	Bei Investitionsbeihilfe: 150 Mio. Euro pro Projekt, bei Betriebsbeihilfe: 75 Mio. Euro pro Unternehmen und Jahr.	Bei Investitionsbeihilfe: Höchstens die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn, bei Betriebsbeihilfe: Höchstens der zur Deckung der Betriebsverluste und eines angemessenen Gewinns erforderliche Betrag, bei Beihilfen von nicht mehr als 2 Mio. Euro darf Beihilfebetrags abweichend 80 % der beihilfefähigen Kosten betragen!		



Förderzweck	Beihilfefähige Kosten	Anmeldeschwellenwert	Beihilfeintensität (ausgewiesen als prozentualer Anteil der beihilfefähigen Kosten)/Beihilfemaximalbetrag		
			Groß-Unternehmen	Mittleres Unternehmen	Kleines Unternehmen
Art. 55 AGVO, Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen					
<p>Investitionsbeihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen,</p> <p>Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen.</p>	<p>Bei Investitionsbeihilfen: Kosten der Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte, bei Betriebsbeihilfen: Betriebskosten für Erbringung der Dienstleistungen durch die Infrastruktur (z.B. Kosten für Personal, Material, Fremdleistungen, Kommunikation, Energie, Wartung, Miete, Verwaltung), nicht: Abschreibungs- u. Finanzierungskosten, wenn sie Gegenstand einer Investitionsbeihilfe waren.</p>	<p>Bei Investitionsbeihilfen für Sportinfrastrukturen 30 Mio. Euro oder Gesamtkosten 100 Mio. Euro pro Vorhaben, Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen 2 Mio. Euro pro Infrastruktur und Jahr.</p>	<p>Bei Investitionsbeihilfen: Nicht höher als die Differenz zwischen den beihilfefähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition,</p> <p>bei Betriebsbeihilfen nicht höher als Betriebsverluste in dem betreffenden Zeitraum,</p> <p>bei Beihilfen von nicht mehr als 2 Mio. Euro darf Beihilfebetrag abweichend 80 % der beihilfefähigen Kosten betragen!</p>		



Förderzweck	Beihilfefähige Kosten	Anmeldeschwellenwert	Beihilfeintensität (ausgewiesen als prozentualer Anteil der beihilfefähigen Kosten)/Beihilfehöchstbetrag		
			Groß-Unternehmen	Mittleres Unternehmen	Kleines Unternehmen
Art. 56 AGVO, Beihilfen für lokale Infrastrukturen					
Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen (= subsidiärer Auffangtatbestand, gilt nicht für die in Erwägungsgrund 76 aufgeführten Infrastrukturen).	Kosten der Investition in materielle und immaterielle Vermögenswerte.	10 Mio. Euro oder die Gesamtkosten über 20 Mio. Euro für dieselbe Infrastruktur.	Höchstens die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem Betriebsgewinn.		