
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Stellungnahme der deutschen IHK-Organisation zum Entwurf der EU-Kommission für eine Mitteilung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV vom 17.1.2014 (HT.3639 – Notion of aid)

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) vertritt als Dachorganisation der 80 Industrie- und Handelskammern (IHKs) mehr als 3,6 Mio. Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Regionen und Größenklassen und damit das Gesamtinteresse der deutschen gewerblichen Wirtschaft. Der DIHK ist im Register der Interessenvertreter der Europäischen Kommission registriert (Nummer 22400601191-42).

Inhaltsverzeichnis

I.	Executive Summary.....	1
II.	Zusammenfassung	2
III.	Allgemeine Anmerkungen.....	3
IV.	Wirtschaftliche Tätigkeit – Infrastruktur	5
V.	Wirtschaftliche Tätigkeit – Verbundene Unternehmen	10
VI.	Staatliche Mittel – durch Umlagen zulasten Privater finanzierte Förderung.....	12
VII.	Vorteil – Market economy investor-Tests bei früheren Beihilfen.....	14

I. Executive Summary

The intention of the draft notice appears more than questionable. The European Commission does not possess discretion to alter the notion of state aid. Moreover, in its current draft the Commission misconstrues existing case law of the European Court of Justice in relation to core aspects of State aid law, expanding the notion of aid possibly with a view to extend its own competence in state aid control. DIHK suggests to revise the notice in an objective and independent manner purely on the basis of the existing case law. The notion of aid has to be defined as clear and precise as possible and should not be extended beyond the jurisprudence of the ECJ. Conversely, the application of the new interpretation of the Commission would prove hostile to the goals of innovation and growth as expressed in the strategy Europe 2020.

The main problems DIHK identified are:

- The Commission applies a hitherto unknown approach to State aid in the field of economic infrastructure. A clarification of the criteria is absolutely necessary. A block exemption under the current reform of the General Block Exemption Regulation would be the quickest and most effective solution in order to provide legal certainty.
- The Commission should revise the section on state resources against the standards of the existing case law. Most importantly, private funds which are transferred on the basis of private contractual relations do not constitute state resources, even if the underlying reasons can be found in national public regulation. A national authority which monitors the compliance with legal obligations without having own discretion exerts no permanent state control over the transferred funds; such funds are not “available” to them.
- The Commission’s understanding of an economic unit is questionable. The new interpretation should apply only to new cases under the new de minimis regulation and not to old cases. The Commission should clarify this.
- The suggested application of the market economy investor test should also be possible in a case where prior measure had to be regarded as State aid; the notice has to be changed accordingly.

II. Zusammenfassung

Die Intention der Mitteilung erscheint äußerst fragwürdig. Die EU-Kommission verfügt über keinen eigenen Beurteilungsspielraum zur Abwandlung des Beihilfenbegriffs. Außerdem geht die Kommission in ihrem jetzigen Entwurf über die Wiedergabe der bestehenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich zentraler Punkte weit hinaus und dehnt den Beihilfenbegriff und damit ihre eigene Prüfungskompetenz weit aus. Der DIHK empfiehlt, die Mitteilung noch einmal vollständig und objektiv und unabhängig am Maßstab der geltenden Rechtsprechung zu überprüfen und entsprechend zu überarbeiten. Der Beihilfebegriff ist so klar und präzise wie möglich zu formulieren und gleichzeitig nicht weiter zu fassen als er auf der Basis der bestehenden Rechtsprechung tatsächlich ist. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass die Anwendung der neuen Interpretationen der Kommission sich als innovations- und wachstumshemmend erweist. Damit widerspräche die Mitteilung auch den selbstgesetzten Zielen der Wachstumsstrategie Europa 2020.

Die wichtigsten Kritikpunkte des DIHK sind:

- Der neue beihilferechtliche Ansatz der EU-Kommission im Bereich Förderung wirtschaftsnaher Infrastruktur überzeugt nicht. Eine Präzisierung der Kriterien erscheint unbedingt notwendig. Eine Gruppenfreistellung bereits im Rahmen der jetzigen AGVO-

Reform wäre darüber hinaus die schnellste und effektivste Lösung, um Rechtssicherheit zu schaffen.

- Die Kommission sollte den Abschnitt zu staatlichen Mitteln am Maßstab der Rechtsprechung überarbeiten. Insbesondere stellen Mittel Privater, deren Transfer auf der Basis privater vertraglicher Beziehungen erfolgt, keine staatlichen Mittel dar selbst wenn sie aufgrund staatlicher Regulierung initiiert wurden. Eine Behörde, die ohne eigene Gestaltungsmacht lediglich die Einhaltung einzelner gesetzlicher Pflichten überwacht, übt keine ständige staatlicher Kontrolle über die transferierten Mittel aus, die ihr damit auch nicht „zur Verfügung“ stehen.
- Das Verständnis der Kommission über verbundene Unternehmen (sog. wirtschaftliche Einheit) erscheint fragwürdig. Diese Interpretation kann nur für neue Fälle unter der neuen De-minimis-Verordnung gelten und nicht auf Altfälle Anwendung finden. Hier sollte die Kommission für entsprechende Klarstellung sorgen.
- Die vorgeschlagene Anwendung des Tests des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist auch bei einer bereits erfolgten früheren Maßnahme, die als Beihilfe anzusehen ist, hinsichtlich der späteren Maßnahme möglich und die Mitteilung entsprechend zu ändern.

III. Allgemeine Anmerkungen

Am 17.1.2014 hat die EU-Kommission einen Entwurf für eine neue Mitteilung zum Beihilfenbegriff vorgelegt. Die Mitteilung soll als – rechtlich unverbindlicher – Praxis-Leitfaden für Behörden, Gerichte, Unternehmen und andere interessierte Stellen dienen. Intention ist es, einen Überblick über das geltende Recht unter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) und des Gerichts zu schaffen.

Das Instrument der Mitteilung ist im Beihilferecht ein verbreitetes Instrument der Kommission, um die unbestimmten Vertragsbestimmungen zu präzisieren und damit in der Praxis einfacher handhabbar und die Anwendung des Beihilferechts vorhersehbar zu machen. Eine Mitteilung gibt Auskunft über die Genehmigungspraxis der Kommission, zeigt also auf, wie die Kommission bestehende Gestaltungsspielräume nutzt, und führt trotz der Unverbindlichkeit hinsichtlich einer abschließenden gerichtlichen Kontrolle zu einer gewissen Selbstbindung der Kommission jedenfalls in Bezug auf die gleichmäßige Anwendung des Beihilferechts.

Bislang wurde dieses Instrument in Bezug auf Bereiche genutzt, in denen die Kommission über einen gewissen eigenen Gestaltungsspielraum verfügt, insbesondere zur Festlegung von Kriterien für Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt. Eine Mitteilung zum Beihilfebegriff gab es nicht. Der Begriff der staatlichen Beihilfe ist – wie die Kommission selbst betont – aber ein objektiver Rechtsbegriff, der direkt im AEUV definiert wird. Über seine rechtsverbindliche Auslegung entscheidet gemäß Art. 19 EUV der EuGH. Die EU-Kommission

verfügt – auch wenn sie für die Beihilfenkontrolle zuständig ist – über keinen eigenen Beurteilungsspielraum zur Auslegung des Beihilfenbegriffs. Entsprechend erläutert die Mitteilung nicht, wie die Kommission ihre Gestaltungsspielräume nutzen möchte, sondern sie ist eine Zusammenfassung der Rechtsprechung aus Sicht der Kommission. Die Mitteilung gibt allein darüber Auskunft, welchen Beihilfenbegriff die EU-Kommission bei der Beihilfenaufsicht zu Grunde legt. Als Leitfaden definiert sie die Fälle, in denen die EU-Kommission eine vorherige Anmeldung staatlicher Beihilfen für notwendig hält. Rechtlich maßgeblich bleibt aber allein die Rechtsprechung des EuGH. Auch die mitgliedstaatlichen Einrichtungen sind bei der Gewährung staatlicher Förderung nicht an die Mitteilung, sondern allein an den AEUV in der Auslegung durch die Rechtsprechung des EuGH gebunden. Die Kommissionsmitteilung wird – sollte sie angenommen werden – damit rechtlich keine den bestehenden Mitteilungen vergleichbare Relevanz haben wie etwa die Regionalleitlinien oder die Leitlinien für Umweltbeihilfen.

Gleichwohl wird der Mitteilung in der Praxis eine bedeutende Rolle zukommen. Sie wird für viele Rechtsanwender das erste Nachschlagewerk sein, auf das sie bei beihilferechtlichen Abgrenzungsfragen, der Ausgestaltung von nationalen Förderprogrammen und der Beantragung von Beihilfen zurückgreifen. Da die Kommission die Instanz ist, die über Zulässigkeit staatlicher Beihilfen entscheidet, werden viele Rechtsanwender ihrer Auslegung zudem entscheidendes Gewicht beimessen, selbst wenn die Auslegung der Kommission im konkreten Fall nicht von der Rechtsprechung gedeckt sein sollte. Dies umso mehr, als man ein Gerichtsverfahren wegen der damit verbundenen Verzögerung grundsätzlich vermeiden möchte. Darüber hinaus wird für viele, die die Details der unionsrechtlichen Handlungsformen und Instrumente nicht genau kennen, die Mitteilung gar als verbindlicher Rechtsakt erscheinen. Die Mitteilung wird damit eine sehr viel größere Bedeutung haben als die bisher existierenden Handbücher der Kommission wie das *Vademecum*.

Aus diesem Grund ist es äußerst wichtig, dass – wenn eine Mitteilung über den Begriff der staatlichen Beihilfe überhaupt beschlossen wird – diese die bestehende Rechtslage auf der Basis der Rechtsprechung korrekt wiedergibt. Ohne dies – angesichts der kurzen Konsultationsfrist – für die gesamte Mitteilung im Einzelnen prüfen zu können, erscheint dies jedenfalls nicht überall der Fall zu sein. Die Kommission geht in ihrem jetzigen Entwurf über die Wiedergabe der bestehenden Rechtsprechung jedenfalls hinsichtlich zentraler Punkte weit hinaus und dehnt den Beihilfenbegriff und damit ihre eigene Prüfungscompetenz weit aus. Außerdem hat die Kommission beim Verfassen der Mitteilung nur auf eine Auswahl an EuGH-Urteilen zurückgegriffen. Diese Urteile interpretiert sie stark im Sinne ihrer eigenen Rechtsauffassung und Entscheidungspraxis. Sie positioniert sich so in einigen sehr streitigen Punkten einseitig für ein weites Verständnis des Beihilfenbegriffs und interpretiert die Rechtsprechung weiter als die Mitgliedstaaten und viele im Beihilferecht spezialisierte Rechtsanwälte. Beispiele hierfür sind die Frage, ob auch eine auf gesetzlicher Grundlage durch Umlagen finanzierte Förderung bestimmter Energiequellen eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe darstellt, und die Frage, ob auch der Bau von Infrastruktur eine Beihilfe darstellt, wenn diese wirtschaftlich

genutzt wird. Angesichts der vorstehend skizzierten Bedeutung der Mitteilung ist diese Vorgehensweise sehr besorgniserregend.

Der DIHK kann in seiner Stellungnahme nicht auf alle problematischen Punkte im Einzelnen eingehen und muss sich auf einige rechtliche Kritikpunkte konzentrieren. In ihrer derzeitigen Fassung erscheint die Mitteilung jedoch als Ganzes äußerst fragwürdig. Soll eine Mitteilung tatsächlich angenommen werden, muss sie jedenfalls noch einmal vollständig und objektiv und unabhängig am Maßstab der geltenden Rechtsprechung überprüft und entsprechend überarbeitet werden. Der Beihilfebegriff ist dann so klar und präzise wie möglich zu formulieren und gleichzeitig nicht weiter zu fassen als er auf der Basis der bestehenden Rechtsprechung tatsächlich ist.

IV. Wirtschaftliche Tätigkeit – Infrastruktur (Abschnitt 2.6, Nr. 34 ff.)

Der DIHK betrachtet den neuen beihilferechtlichen Ansatz der EU-Kommission im Bereich der bisher beihilferechtlich unbedenklichen Förderung wirtschaftsnaher Infrastruktur sehr kritisch. Auch diesbezüglich mangelt es der Mitteilung an definitorischer Klarheit, welche Arten wirtschaftlicher Nutzung von Infrastruktur als beihilferechtsrelevant anzusehen sind und unter welchen Bedingungen künftig staatliche Infrastrukturförderung noch ohne Anmeldung bei der Kommission möglich sein wird.

Im Mitteilungsentwurf der Kommission wird der wirtschaftliche Betrieb von Infrastruktur sowie der Bau jeder Art von Infrastruktur, die wirtschaftlich genutzt werden soll, als eine wirtschaftliche Tätigkeit angesehen. Bei einer staatlichen Finanzierung sollen entsprechend die Beihilfavorschriften Anwendung finden. Die Kommission beruft sich dabei v.a. auf die Rechtsprechung des EuG und des EuGH in den Rechtssachen *Aéroports de Paris*¹ und *Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig/Halle*². Auch wenn sich diese Fälle auf eine spezifische Branche bezögen, seien die von den Gerichten entwickelten Grundsätze allgemeiner Natur und somit auf jede Infrastruktur anwendbar, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit betrieben werde.

Vom Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften im Prinzip ausgenommen sei dagegen die öffentliche Finanzierung von Infrastruktur, die nicht kommerziell genutzt werden soll. Dies betreffe z.B. allgemeine Infrastruktur wie öffentliche Straßen, Brücken oder Kanäle, die ohne Gegenleistung zur öffentlichen Verwendung bereitgestellt werde. Dasselbe gelte für

¹ EuGH, Urt. v. 24.10.2002, Rs. C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Kommission*, Slg. 2002, I-9297, Rn. 75 ff.; EuG, Urt. v. 12.12.2000, Rs. T-128/98, *Aéroports de Paris/Kommission*, Slg. 2000, II-3929, Rn. 112 ff.

² EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-288/11, *Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig/Halle*, Rn. 35 ff.; EuG, Urt. v. 24.3.2011, Rs. T-443/08 und T-455/08, *Freistaat Sachsen u.a./Kommission*, Slg. 2011, II-1311, Rn. 87 ff.

Infrastruktur für Tätigkeiten, die der Staat in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse wahrnimmt (z.B. Flugsicherungs-, Polizei- und Zollinfrastruktur).

Vor den Urteilen der europäischen Gerichte in der Sache Aéroports de Paris war man allgemein davon ausgegangen, dass der Bau und der Betrieb von Infrastruktur eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme und ihre staatliche Finanzierung keine Beihilfe ist. Selbst die Kommission gesteht dies zu (vgl. Nr. 34 des Mitteilungsentwurfs) und verweist dabei auf ihre Flughafenleitlinien von 1994, in denen sie dies ausdrücklich formulierte: „Der Bau oder Ausbau von Infrastrukturanlagen (z.B. Flughäfen, Autobahnen und Brücken) ist eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme, die von der Kommission nicht gemäß den Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen kontrolliert werden kann. Entscheidungen über die infrastrukturelle Entwicklung fallen insofern nicht in den Anwendungsbereich dieser Mitteilung, als sie der Erfüllung von Planungserfordernissen oder der Durchführung nationaler umwelt- und verkehrspolitischer Entscheidungen dienen.“

Die Kommission geht jedoch davon aus, dass diese Auslegung mit den Urteilen von EuG und EuGH in Aéroports de Paris nicht mehr tragfähig war. Allerdings haben diese Urteile aus den Jahren 2000 und 2002 keineswegs die Klarheit geschaffen, die die Kommission in ihrer jetzigen Mitteilung behauptet. Denn das Urteil Aéroports de Paris betraf lediglich Tätigkeiten des Betriebs und der Nutzung eines Flughafens. Diese seien wirtschaftlicher Art, da es um das Zurverfügungstellen von Flughafenanlagen an Fluggesellschaften und verschiedene Dienstleister gegen Zahlung einer Abgabe gehe. Der Bau der Infrastruktur wurde dagegen nicht angesprochen. Auch im Fall Ryanair ging es nur um die Verwaltung von Flughafeninfrastruktur³. Ebenso ging es in Fällen anderer Arten von Infrastruktur nur um deren Betrieb, nicht ihren Bau⁴. Selbst das EuG gesteht zu, dass Aéroports de Paris sich nicht auf die Errichtung der Infrastruktur bezieht⁵. Jedenfalls hinsichtlich des Baus von Flughafeninfrastruktur wurde daher auch nach dem Urteil in Aéroports de Paris noch mehrheitlich angenommen, dass dies keine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle⁶.

Erst die Urteile des EuG und des EuGH zum Flughafen Halle/Leipzig könnten die Ansicht stützen, dass bereits der Bau anschließend wirtschaftlich genutzter Infrastruktur eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen kann und staatliche Förderung entsprechend als Beihilfe

³ EuG, Urt. v. 17.12.2008, Rs. T-196/04, Ryanair, Slg. 2008, II-3643, Rn. 88.

⁴ Betrieb von öffentlichen Fernmeldeanlagen: EuGH, Urt. v. 20.3.1985, Rs. 41/83, Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, Rn. 12-18; Schienenbeförderungsleistungen wie die Stellung der Lokomotiven und der Zugang zum Schienennetz: EuG, Urt. v. 21.10.1997, Rs. T-229/94, Deutsche Bahn, Slg. 1997, II-1689.

⁵ EuG, Urt. v. 12.12.2000, Rs. T-128/98, Aéroports de Paris, Slg. 2000, II-3929, Rn. 119.

⁶ Z.B. Christian Koenig/Michael Scholz, Öffentliche Infrastrukturförderung durch Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilfenrechtlichen Kontrollraster der EG-Kommission, EuZW 2003, 133.

anzusehen ist. Dies wird durch die Gerichte damit begründet, dass die öffentliche Finanzierung des Ausbaus einer Start- und Landebahn nicht von deren späterer Nutzung zu trennen sei und der wirtschaftliche Charakter der späteren Nutzung der errichteten Infrastruktur zwangsläufig den Charakter der Ausbautätigkeit bestimme. Fehlende Rentabilität und entsprechend die fehlende Ausübung der Tätigkeit durch Private (allein) seien ebenso irrelevant wie soziale oder regionalpolitische Überlegungen. Diese spielten allenfalls in der Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt eine Rolle, machten sie aber nicht zu einer rein wirtschaftspolitischen Maßnahme. Zudem stünden auch Regionallughäfen unter Umständen im europaweiten Wettbewerb.

Diese sehr dürftige Begründung wird der Realität des Baus und Ausbaus wirtschaftsnaher Infrastruktur nicht gerecht. Infrastruktur erfordert regelmäßig umfangreiche finanzielle Mittel. Gerade Verkehrsinfrastruktur und insbesondere auch der Bau und Ausbau von Flughafeninfrastruktur ist deshalb oftmals wirtschaftlich nicht rentabel und nur durch intensive finanzielle Unterstützung des Staates möglich. Die Kosten der Verkehrsinfrastruktur werden zudem in der Regel nicht auf die Benutzer umgelegt; in diesen Fällen handelt es sich keinesfalls um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Im speziellen Fall des Betriebs von Flughäfen werden zwar Flughafenentgelte gezahlt, also Dienstleistungen gegen Entgelt erbracht. Die Kosten des Infrastruktur(aus)baus sind aber typischerweise derart hoch, dass sie allein aus den Flughafenentgelten nicht erwirtschaftet werden können. Eine rein private Finanzierung neuer Flughafeninfrastrukturen findet in der Praxis nicht statt, zumindest nicht bei kleineren und mittleren Flughäfen. Dementsprechend gibt es insoweit auch keinen Markt. Die Errichtung von Flughafeninfrastruktur kann damit mangels Aussicht auf Rentabilität nicht den Charakter einer wirtschaftlichen Tätigkeit haben. Stattdessen werden Flughäfen in der EU ausnahmslos mit staatlichen Mitteln (aus)gebaut. Mit dem Bau bzw. Ausbau von Flughäfen werden zudem regionalpolitische Ziele verfolgt. Insbesondere soll damit die Entwicklung wirtschaftsschwacher Regionen vorangetrieben werden. Dies ist eine typische staatliche Aufgabe, die nicht von Privatinvestoren betrieben wird, eine wirtschaftspolitische Maßnahme, die damit nicht nach beihilferechtlichen Maßstäben beurteilt werden kann. Außerdem scheinen die Auswirkungen auf den innerstaatlichen Handelsverkehr und Wettbewerb begrenzt.

Überdies war und ist die von der Kommission ohne jede Diskussion vorausgesetzte Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf andere Infrastrukturen als solche für Flughäfen bei Weitem nicht geklärt. Aus der bisherigen beihilferechtlichen Praxis heraus wird nicht ersichtlich, weshalb ausgehend von den branchenbezogenen Urteilen des EuG und des EuGH zu den Flughäfen Aéroports de Paris und Leipzig/Halle nun ganz generell und ohne weitere Begründung auch in anderen Bereichen künftig eine wirtschaftliche Nutzung von Infrastruktur unterstellt werden soll, wenn der Staat notwendige Infrastrukturinvestitionen fördert. Eine nachvollziehbare Argumentation, weshalb die Förderpolitik im Luftverkehrssektor zur allgemeinen Interpretationsgrundlage bei der Bewertung staatlicher Infrastrukturförderung werden soll, fehlt.

Für die Praxis birgt diese Rechtsprechung erhebliche Probleme. In Zukunft würde damit die staatliche Finanzierung einer großen Zahl öffentlicher Infrastruktureinrichtungen dem Beihilferecht unterfallen und eine Notifizierung im Einzelfall erforderlich werden. Angesichts der Masse an Fällen – es geht nach Aussage auch der Bundesregierung um zehntausende von Projekten – wird dies nicht nur die nationalen Behörden, sondern auch die Kommission vor Probleme stellen. Zudem gibt es keine allgemeingültigen Regelungen für die Prüfung der Vereinbarkeit der „Infrastrukturbeihilfen“ mit dem Binnenmarkt. Im Ergebnis führt dies also nicht nur zu einer Verzögerung laufender Prüfverfahren, sondern auch zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Kommunen und Regionen. Ein Beispiel ist die Förderung wirtschaftsnaher Infrastruktur im Rahmen der „Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW) in Deutschland, die schon fast ein Jahr auf ihre Genehmigung durch die Kommission wartet.

Die vorstehend geschilderte Interpretation der Kommission erweist sich somit als innovations- und wachstumshemmend. Damit widerspricht sie auch den selbstgesetzten Zielen der Wachstumsstrategie Europa 2020⁷.

Durch die Einordnung wirtschaftsnaher Infrastruktur als Beihilfe werden sich dringend notwendige, auch kleinvolumige öffentliche Investitionen über Jahre verzögern. Dies wird sich nachteilig auf die Unternehmen vor Ort, das Wachstum und die europäische Wirtschaft als Ganzes auswirken. Die Kommission selbst⁸ und auch die OECD⁹ fordert Deutschland zu mehr Investitionen in die Infrastruktur, insbesondere im Verkehrsbereich auf. Die Mitgliedstaaten brauchen deshalb hinreichenden nationalen Handlungsspielraum für den Abbau innerstaatlicher Disparitäten und für die Unterstützung des Wirtschaftswachstums in strukturschwachen Regionen. Gerade in der Regionalpolitik ist die Infrastrukturförderung im öffentlichen Interesse, weil sich häufig kein privater Anbieter für die Errichtung von Infrastrukturen findet. Die öffentliche Infrastrukturförderung setzt in vielen Fällen direkt beim Marktversagen und der Unterversorgung in strukturschwachen Regionen an. Gute Infrastruktur kann zum Impulsgeber für die wirtschaftliche Entwicklung der gesamten Region werden, die Ansiedlung neuer Unternehmen befördern und ist damit auch von großer Bedeutung für den regionalen Arbeitsmarkt. Dies gilt z.B. für die Schaffung und Erschließung von Gewerbeflächen, Technologie- und Gründerzentren (insbesondere zur Förderung von Hochschulausgründungen) sowie von Bildungseinrichtungen, einschließlich der beruflichen Ausbildung, Fortbildung und Umschulung. Viele dieser Projekte sind ohne staatliche Förderung kaum noch zu verwirklichen. Aber auch die Schaffung von Verkehrsverbindungen

⁷ Mitteilung der Kommission, Europa 2020. Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum v. 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endg., S. 18 f, 26, 30.

⁸ Europa 2020, S. 18 f, 26, 30.

⁹ OECD-Bericht Deutschland. Den Vorsprung sichern: Inklusives Wachstum durch Wettbewerbsfähigkeit, Februar 2014, S. 11, 27, 35.

zur Anbindung an das überregionale Verkehrsnetz oder die Beseitigung bzw. Reinigung von Abwasser und Abfall sind als allgemeine wirtschaftspolitische oder regionalpolitische Maßnahmen anzusehen. Sofern sie nicht auf bestimmte Unternehmen ausgerichtet sind und diskriminierungsfreier Zugang sichergestellt ist, sind Infrastrukturmaßnahmen auch nicht selektiv und haben auch keine wettbewerbsverzerrenden Wirkungen im Binnenmarkt.

Alle diese regionalen Fördermaßnahmen sollten nach klar definierten Kriterien so zügig und unbürokratisch wie möglich gewährt werden können. Wenn die Kommission eine Mitteilung verfasst, sollte diese daher eine Klarstellung enthalten, welche dieser Maßnahmen keinesfalls als Beihilfe anzusehen sind, weil es an der wirtschaftlichen Tätigkeit, am Vorteil oder an der Selektivität fehlt, um insofern eine gewisse Rechtssicherheit zugunsten der Beihilfegeber und -empfänger zu schaffen.

Darüber hinaus fehlt im Entwurf eine präzise Definition des Begriffs der Infrastruktur, ebenso wie der „wirtschaftlichen Tätigkeit“. Für letztere greift der Entwurf auf die allgemeine Definition der Rechtsprechung zurück, wonach dies jede Tätigkeit umfasst, die im Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem Markt besteht. Näher konkretisiert wird diese aber kaum. Zwar weist die Kommission zu Recht darauf hin dass es maßgeblich davon abhängt, wie diese Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert werden, sodass sich die Zuordnung von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann. Ihrer Intention klarerer Leitlinien für die Anwendung des Beihilferechts wird die Kommission damit aber gerade nicht gerecht. Einzig werden bestimmte Tätigkeiten insbesondere hoheitlicher Natur ausgeschlossen.

Ebenso ungenau und schwer auf den konkreten Fall anwendbar bleiben in der Mitteilung die Vorgaben bei einer gemischten Nutzung. Nach Ansicht der Kommission kann die wirtschaftliche Nutzung der Infrastruktur als Nebentätigkeit angesehen werden, wenn sie mit dem Betrieb der Infrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich ist oder die in untrennbarem Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit steht. Voraussetzung seien grundsätzlich die gleichen Produktionsfaktoren, z. B. Materialien, Ausrüstung, Arbeit und Anlagevermögen. Die der wirtschaftlichen Tätigkeit zugewiesene jährliche Kapazität darf 15 % der jährlichen Gesamtkapazität der Infrastruktur nicht übersteigen (Nr. 40 mit Fn. 54). Die Anwendung im konkreten Fall erscheint dabei problematisch: Wie zum Beispiel unterscheidet die Kommission künftig im Falle bemaunter Infrastruktur, ob die staatliche Finanzierung dieser Infrastruktur bei anschließender wirtschaftlicher Nutzung, da Einnahmen generierend, noch zulässig ist?

In der Praxis ist aus Sicht des DIHK ein deutlicher Anstieg der Einzelfallprüfungen in der Beihilfegewährung zu befürchten, wenn die EU-Kommission künftig exakt zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Nutzung öffentlich finanzierter Infrastruktur unterscheiden will. Regionale Fördermaßnahmen sollten jedoch nach klar definierten Kriterien so zügig und unbürokratisch wie möglich gewährt werden können. Im Rahmen der Mitteilung zum Beihilfenbegriff ist eine Präzisierung der Voraussetzungen in Bezug auf die Förderung

wirtschaftsnaher Infrastruktur und den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit aus Sicht des DIHK unbedingt notwendig.

Eine Gruppenfreistellung bereits im Rahmen der jetzigen AGVO-Reform wäre, wie in der DIHK-Stellungnahme vom 17.2. bereits gefordert, darüber hinaus die schnellste und effektivste Lösung, um auch in den Fällen, in denen eine Beihilfe nach der Rechtsprechung vorliegt, Rechtssicherheit zu schaffen.

V. Wirtschaftliche Tätigkeit – Verbundene Unternehmen (Abschnitt 2.1, Nr. 11)

Fraglich erscheint auch das Verständnis der Kommission über verbundene Unternehmen (sog. wirtschaftliche Einheit). Dieses Verständnis hat sich bereits bei der Reform der De-minimis-Verordnung gezeigt, in deren Rahmen die – jedenfalls für De-minimis-Beihilfen – gänzlich unpassende Regelung getroffen wurde, dass Unternehmen, die über Mutter- und Tochtergesellschaften verbunden sind, als ein einziges Unternehmen angesehen werden (Art. 2 Abs. 2). De-minimis-Beihilfen an Unternehmen desselben Konzerns werden entsprechend in die Berechnung des Gesamtbetrags bestehender De-minimis-Beihilfen einbezogen, auch wenn die verbundenen Unternehmen von der Beihilfe selbst nicht profitieren. Bei Beantragung einer Beihilfe müssen sämtliche De-minimis-Beihilfen auch an Schwester-Gesellschaften gemeldet werden. Dies war in der Praxis bisher nicht üblich und stellt daher eine erhebliche Begrenzung der Fördermöglichkeiten im Rahmen der De-minimis-Verordnung dar, zumal der Schwellenwert gleich bleibt. Zudem bedeutet dies einen erheblichen und vom Ziel der Beihilfekontrolle her nicht zu rechtfertigenden Verwaltungsaufwand. Der DIHK hatte sich daher gegen diese Änderung eingesetzt.

Im Mitteilungsentwurf schreibt die Kommission nun, dass zwei getrennte rechtliche Einheiten für die Zwecke der Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden *können*. Diese wirtschaftliche Einheit sei dann das relevante Unternehmen. Maßgeblich sei dafür nach der Rechtsprechung, ob Kontrollbeteiligungen und andere funktionelle, wirtschaftliche und institutionelle Verbindungen bestehen¹⁰. Positiv zu bewerten ist zwar, dass die Kommission hier ein „können“ benutzt. Denn auch wenn im Einzelfall verbundene Unternehmen beihilferechtlich als ein Unternehmen zu werten sein können, weil ein Unternehmen von einer Beihilfe, die einem verbundenen Unternehmen gewährt wird, ausnahmsweise profitiert, ist dies jedenfalls nicht der Regelfall. Eine generelle gemeinsame Beurteilung von verbundenen Unternehmen bleibt sachlich aber nicht gerechtfertigt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung. Der Fall *AceaElectrabel* kann jedenfalls nicht als Stütze der Interpretation der Kommission verstanden werden, zumal es dort

¹⁰ Unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 16.12.2010, Rs. C-480/09 P, *AceaElectrabel Produzione SpA/Kommission*, Slg. 2010, I-13355, Rn. 47-55; EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, Slg. 2006, I-289, Rn. 112.

darum ging, ob die Muttergesellschaft eines Unternehmens, das Empfänger einer sehr umfangreichen Investitionsbeihilfe ist, ebenfalls als Beihilfeempfänger anzusehen ist. Auch das Urteil Cassa di Risparmio di Firenze zu Bankstiftungen lässt sich nicht verallgemeinern.

In Bezug auf die De-minimis-Verordnung berief sich die Kommission auch auf das Urteil Niederlande/Kommission¹¹. Darin habe der Gerichtshof festgestellt, „dass Einheiten, die (de jure oder de facto) von ein und derselben Einheit kontrolliert werden, als ein einziges Unternehmen angesehen werden sollten“. Dem Urteil ist allerdings nicht die allgemeine Aussage zu entnehmen, dass De-minimis-Beihilfen an verbundene Unternehmen stets zusammen zu rechnen seien. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil das Urteil allein den spezifischen Fall der niederländischen Mineralölgesellschaften und Tankstellen betraf. Dort profitierten aufgrund der konkreten Regelung nicht nur die Tankstellen, sondern auch die Mineralölgesellschaften, die die Tankstellen kontrollierten, mittelbar von dem Vorteil aus der De-minimis-Förderung.

Dies ist bei verbundenen Unternehmen in anderen Wirtschaftszweigen aber nicht die Regel. Das Bestehen eines beherrschenden Einflusses oder einer alleinigen Kontrolle bzw. das reine Verbundensein bedeutet keineswegs, dass der Vorteil einer Beihilfe auf das Mutterunternehmen durchschlägt. Denn die Förderung erfolgt vorhabenbezogen für ein konkretes Projekt, das regelmäßig nur von einem Unternehmen einer Gruppe durchgeführt wird. Durch die Prüfung der Verwendungsnachweise ist sichergestellt, dass die Förderung auch nur dafür verwendet und nicht an verbundene Unternehmen weitergereicht wurde. Gerade bei geringfügigen Förderungen ist von einem Vorteil auch der Muttergesellschaft oder von Schwestern nur unter besonderen Umständen auszugehen, wie eben im Fall der niederländischen Tankstellen und Mineralölkonzerne. Die Aussage des EuGH-Urteils ist daher wegen der dortigen besonderen Konstellation nicht auf alle Fälle des Wirtschaftslebens übertragbar. Der Unternehmensbegriff ist im Beihilferecht vielmehr funktional zu verstehen und entsprechend in Bezug die konkrete Situation des vorliegenden Falles zu prüfen.

Aus diesem Grund ist auch die Aufnahme der Regelung in die De-minimis-Verordnung, wonach verbundene Unternehmen bei der Berechnung des Gesamtbetrags der gewährten De-minimis-Beihilfen zu berücksichtigen sind, weder zwingend durch die Rechtsprechung vorgegeben noch nachvollziehbar argumentiert. Darüber hinaus ist eine solche Regelung aufgrund des damit verbundenen Verwaltungsaufwands nicht sinnvoll. Bei jeder einzelnen De-minimis-Förderung müsste nicht nur für das Antrag stellende Unternehmen selbst, sondern für alle verbundenen Unternehmen in der Unternehmensgruppe abgefragt und nachgeprüft werden, in welchem Umfang bereits De-minimis-Beihilfen gewährt wurden. Dies ist insbesondere für institutionelle Anleger und Risikokapitalgesellschaften, die an mehreren Unternehmen Mehrheitsbeteiligungen halten, nicht handhabbar. Auch die vorgeschlagene Interpretation erscheint mithin als eine wachstumshemmende Regelung, die den Aussagen

¹¹ EuGH, Urt. v. 13.6.2002, Rs. C-382/99, Niederlande/Kommission, Slg. 2002, I-5163.

der Kommission in der Strategie Europa 2020 widerspricht. Aus diesen Gründen steht der DIHK der Regelung des Art. 2 Abs. 2 De-minimis-Verordnung weiterhin äußerst skeptisch gegenüber.

Jedenfalls sollte diese Interpretation nur für neue Fälle unter der neuen De-minimis-Verordnung gelten und nicht auf Altfälle Anwendung finden, wie es das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle auf Basis der Kommissionsäußerungen handhabt. Hier sollte die Kommission für entsprechende Klarstellung sorgen, sei es im Rahmen der Mitteilung oder in anderer Weise.

VI. Staatliche Mittel – durch Umlagen zulasten Privater finanzierte Förderung (Abschnitt 3, Nr. 41 ff.)

Ein weiterer Streitpunkt ist das in seinen Konturen immer noch unklare Tatbestandsmerkmal der „staatlichen Mittel“. Der EuGH stellt bei diesem Merkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf zwei Kriterien ab, nämlich dass die Vorteile erstens unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zweitens dem Staat zuzurechnen sind.

Eine Gewährung aus staatlichen Mitteln setzt grundsätzlich eine Belastung des Staates bzw. seiner Einrichtungen voraus, auch ggfs. durch den Verzicht auf ihm zustehende Einnahmen. Daran fehlt es, wenn private Unternehmen die Belastung tragen, weil sie etwa zur Zahlung von Mindestpreisen, Beiträgen oder Abgaben verpflichtet werden. Die Aussage der Kommission, die Herkunft der Mittel sei irrelevant und eine Übertragung staatlicher Mittel könne nur in ganz speziellen Fällen ausgeschlossen werden (Nr. 59 und 60), geht daher von einer grundlegend falschen Prämisse aus. Wenn die Mittel nicht dem Staat zuzurechnen sind, kann nach der Rechtsprechung nur dann ausnahmsweise von staatlichen Mitteln ausgegangen werden, wenn die Vorteile über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden¹² und die Mittel ständig unter staatlicher Kontrolle stehen und den nationalen Behörden zur Verfügung stehen¹³.

Mit dieser Rechtsprechung hat der EuGH ohne Grund einen eigenständigen, vom sonstigen Wettbewerbsrecht abweichenden Kontrollbegriff geschaffen, der dogmatisch zweifelhaft ist und in der Praxis signifikante Schwächen aufweist¹⁴. Zwar ist der EuGH bei der Prüfung dieser

¹² EuGH, Urt. v. 13.3.2001, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58.

¹³ EuGH, Urt. v. 16.5.2000, Rs. C-83/98P, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Slg. 2000, I-3271, Rn. 50; EuGH, Urt. v. 16.5.2002, Rs. C-482/99, Frankreich/Kommission („Stardust Marine“), Slg. 2002 S. I-4397, Rn. 37.

¹⁴ Hierzu Kreuzschitz/Wernicke, in: Lenz/Borchard, EU-Verträge, 6. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 17.

Kriterien relativ zurückhaltend, wie z.B. das Urteil *Doux Élevage*¹⁵ zeigt. Der EuGH kommt hier zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die zuständige Behörde die Zuweisung der Gelder weder lenken könne noch über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung indirekt steuere. Er betont auch folgerichtig, dass allein die Branchenorganisation, nicht der Staat, über die Verwendung der Mittel entscheide, und die Mittel „ausschließlich den von ihr selbst bestimmten Zielen“ gewidmet seien. Der Fokus darf aber nicht allein auf der Form der „Kontrolle“ im Einzelfall liegen. Denn die fehlende staatliche Zurechenbarkeit ergab sich in dem zugrunde liegenden Fall bereits zwanglos aus dem Selbstverwaltungscharakter der Branchenorganisation in Verbindung mit deren autonomer Wahrnehmung des Gesamtinteresses¹⁶.

Fazit ist: Das Kriterium der Kontrolle muss stets besonders genau geprüft werden, um den Begriff der staatlichen Mittel und damit Beihilfebegriff nicht zu weit auszudehnen und nicht der Uferlosigkeit auszusetzen, die der EuGH gerade verhindern wollte. Auch die Rechtsprechung des EuGH setzt also Grenzen.

Daran haben auch die Urteile in den Rechtssachen *Essent*¹⁷, und *Vent De Colère*¹⁸ nichts geändert, zumal diesen Entscheidungen Regelungssysteme zugrunde liegen, in denen staatliche Einrichtungen tatsächlich in die Mittelverwaltung eingebunden waren. Im Fall *Essent* wurde die von den niederländischen Netznutzern bezahlte Abgabe von einem Unternehmen erhoben und verwaltet, das von staatlicher Seite mit einer wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse betraut worden war und die Abgaben nur zu einem gesetzlich festgesetzten Zweck einsetzen konnte. Bei der Förderung erneuerbarer Energien in Frankreich, die Gegenstand des Urteils *Vent de Colère* ist, werden die Gelder einem öffentlichen Fonds anvertraut, der von der *Caisse des dépôts et des consignations* verwaltet wird. Die eingezogenen Beträge werden auf einem Sonderkonto zentral zusammenfasst, bevor die *Caisse* diese an die Versorger weiterleitet. Die *Caisse* wird als staatliche Kasse bei der Verwaltung dieser Mittel als zwischengeschaltete Stelle tätig und vom französischen Staat als öffentliche Einrichtung mit der Erbringung von Verwaltungs-, Rechnungsführungs- und Buchführungsleistungen beauftragt. Dies unterscheidet das französische System vom deutschen EEG-Modell, wo finanzielle Mittel zwischen Privaten transferiert werden.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 30.5.2013, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, 582, insb. Rn. 36, mit Anmerkung Wernicke.

¹⁶ Diesen Aspekt hatte der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen deutlicher zu Grunde gelegt, als er darauf hinwies, dass es entscheidend darauf ankomme, dass die Beträge nicht für „von der Verwaltung festgelegte Maßnahmen“ verwendet werden, sondern „mit diesen Maßnahmen tatsächlich das Interesse der gesamten Branche verfolgt wird“, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Rn. 65, 69.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-206/06, *Essent Netwerk Noord BV*, Slg. 2008, I-5497.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-262/12, *Vent De Colère*.

Die jüngste Praxis der Kommission, insbesondere die Eröffnung des Beihilfeverfahrens am 18.12.2013 gegen das deutsche Gesetz zur Förderung erneuerbarer Energien (EEG, vgl. hierzu die DIHK-Stellungnahme vom 7.3.2014) und nun die Mitteilung zum Beihilfenbegriff, verdeutlichen, dass sie den Begriff der staatlichen Mittel äußerst extensiv und selbst über die bereits sehr weitgehende EuGH-Rechtsprechung hinaus interpretiert. Mittel Privater, deren Transfer auf der Basis privater vertraglicher Beziehungen erfolgt, stellen jedoch keine staatlichen Mittel dar, auch wenn ein darin integrierter Ausgleichsmechanismus als „Umlage“ bezeichnet sein sollte. Eine Ausnahme von der Pflicht zur Zahlung dieser Mittel ist entsprechend ebenso wenig als Verzicht auf staatliche Einnahmen zu werten. Eine Behörde, die ohne eigene Gestaltungsmacht lediglich die Einhaltung einzelner gesetzlicher Pflichten überwacht, übt keine ständige staatlicher Kontrolle über die transferierten Mittel aus, die ihr damit auch nicht „zur Verfügung“ stehen. Die Kommission sollte insofern ihr Vorgehen überprüfen und auch den Abschnitt in der Mitteilung zum Beihilfenbegriff am Maßstab der Rechtsprechung überarbeiten.

VII. Vorteil – Anwendbarkeit des Market economy investor-Tests bei früheren Beihilfen an das betreffende Unternehmen (Abschnitt 4.2.3.3, Nr. 109 ff.)

Wenig überzeugend sind die Ausführungen der Kommission zur Berücksichtigung eines früheren Engagements bei dem betreffenden Unternehmen. Die Kommission geht davon aus, dass die Tatsache, dass die öffentliche Stelle sich bereits früher (z.B. als Anteilseigner, Kreditgeber oder Bürge) bei einem Unternehmen engagiert hat, bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion nur berücksichtigt werden kann, wenn ein solches früheres Engagement nicht selbst das Ergebnis früherer staatlicher Beihilfen oder einer nicht marktkonformen Maßnahme ist. Dabei beruft sie sich insbesondere auf die Urteile Deutschland/Kommission¹⁹ und Bank Burgenland²⁰.

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Urteile die Interpretation der Kommission stützen können. EuGH und EuG zielten in diesen Fällen darauf ab, beim market economy investor-Test zwischen den Verpflichtungen zu unterscheiden, die der Staat als Anteilseigner einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen. Dies schließt die Prüfung anhand des Market economy investor-Tests jedoch nicht generell aus. Ein solches Verständnis entspräche auch nicht dem Beihilfenbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die wirtschaftliche Begünstigung bzw. der Vorteil ist ein Tatbestandsmerkmal zur Definition des Beihilfenbegriffs. Die Maßnahme muss zu einem wirtschaftlichen Vorteil auf Seiten des Unternehmens führen, um als Beihilfe qualifiziert zu werden. Schließt

¹⁹ EuGH, Urt. v. 28.1.2003, Rs. C-334/99, Deutschland/Kommission, Slg. 2003, I-1139, Rn. 133 bis 142.

²⁰ EuG, Urt. v. 28.1.2012, verb. Rs. T-268/08 und T-281/08, Land Burgenland und Österreich/Kommission, Slg. 2012, II-0000, Rn. 155 bis 159; im Großen und Ganzen bestätigt durch EuGH, Urt. v. 24.10.2013, Rs. C-214/12 P, C-215/12 P, C-223/12 P, Land Burgenland u. a.

man nun die Anwendbarkeit des Tests des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers generell aus, nur weil bereits einmal eine Beihilfe gewährt wurde, fällt die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals quasi weg, da ungeprüft ist, ob sich ein privater Kapitalgeber in genau der gleichen Position nicht ebenso verhalten hätte. Es wird also eine Beihilfe angenommen, wo evtl. gar keine Beihilfe ist.

Außerdem widerspricht eine solche Auslegung dieser Urteile der ausdrücklichen Rechtsprechung in anderen Fällen. So hat das EuG ausdrücklich für möglich gehalten, dass auch bei früherer Beihilfengewährung bei weiteren Maßnahmen der Market economy investor-Test angewendet wird und dazu führt, dass keine Beihilfe vorliegt. Laut dem Urteil in der Rechtsache BP Chemicals muss ausdrücklich späteres Engagement sachlich von früherem getrennt und im Hinblick auf das Kriterium des privaten Kapitalgebers als eigenständige Investition gesehen werden²¹. Damit ist jede Transaktion grundsätzlich separat auf Erfüllung des Tests des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu prüfen.

Auch das Urteil ING Groep stützt diese Interpretation. Das EuG hatte in diesem Fall die Entscheidung der Kommission teilweise für nichtig erklärt, weil die Kommission nicht nachweisen konnte, dass die – im Anschluss an eine Kapitalzuführung erfolgte – Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des Kapitals einen Vorteil bedeutete, den ein privater Kapitalgeber in der gleichen Situation nicht gewährt hätte. Dabei stellte das EuG fest, dass die Kommission sich ihrer Verpflichtung, die wirtschaftliche Vernünftigkeit der Änderung der Rückzahlungsbedingungen anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu prüfen, nicht mit der bloßen Begründung entziehen könne, die Kapitalzuführung, um deren Rückzahlung es gehe, stelle als solche bereits eine staatliche Beihilfe dar. Erst am Ende einer solchen Prüfung, die insbesondere einen Vergleich der ursprünglichen mit den geänderten Rückzahlungsbedingungen voraussetzt, sei die Kommission nämlich in der Lage, zu beurteilen, ob ein zusätzlicher Vorteil gewährt wurde²². Entsprechend ist auch, wenn zuvor eine Bürgschaft gewährt wurde, bei der Prüfung einer späteren Maßnahme zu berücksichtigen, dass bereits bei der Bürgschaftsgewährung der Worst-Case des Totalausfalles einberechnet wurde. Im Urteil ING Group wird die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers also ausdrücklich bestätigt. Aus der Rechtsprechung lässt sich gerade nicht der Grundsatz entwickeln: „einmal Beihilfe, immer Beihilfe“. Die begrenzte Auswahl an Urteilen durch die Kommission spiegelt somit nicht den Beihilfenbegriff wieder, wie er sich aus Art. 107 Abs. 1 AEUV in der Auslegung der Rechtsprechung des EuG und des EuGH ergibt.

Darüber hinaus spricht die Realität langfristiger wirtschaftlicher Beteiligungen gegen einen solchen generellen Ausschluss. Es passiert regelmäßig, dass sich im Verlauf eines Kredit- bzw. Bürgschaftsverhältnisses Konstellationen ergeben, die eine Anpassung der geltenden Kreditbedingungen erfordern. So musste z.B. in der Finanz- und Wirtschaftskrise in

²¹ EuG, Urte. v. 15.9.1998, Rs. T-11/95, BP Chemicals Limited/Kommission, Slg. 1998, II-3235, Rn. 170.

²² EuG, Urte. v. 2.3.2012, verb. Rs. T-29/10 und T-33/10, Niederlande und ING Groep NV/Kommission, Rn. 99 ff.

zahlreichen Fällen die Kredittilgung ausgesetzt oder gestreckt werden. Ebenso kann zur Umsetzung eines Restrukturierungskonzeptes eine Anpassung der Finanzierung zur Reduzierung der Kapitaldienstbelastung notwendig sein. Sofern bei Bürgschaftsempfängern nach Gewährung der Beihilfe wirtschaftliche Probleme auftreten, kann es zur Schadensminimierung erforderlich sein, weiteren Maßnahmen zuzustimmen. Gerade wenn es sich um Unternehmen handelt, die über ein tragfähiges Geschäftsmodell verfügen und eine positive Fortführungsprognose aufzeigt, würde auch ein privater Investor oder Gläubiger angesichts des früheren Engagements entsprechend handeln, um einen Verlust zu minimieren.

Überdies darf der Staat als Unternehmer nicht diskriminiert werden. Ein privater Investor, Verkäufer, Kredit- oder Bürgschaftsgeber müsste und würde all jene Verbindlichkeiten bei der erneuten Eigenkapitalzufuhr, bei der Vergabe von neuen Krediten oder beim Verkauf eines Unternehmens berücksichtigen, die ihm rechtlich bindend auferlegt sind und die nach dem Verkauf ihm gegenüber weiterwirken. Dies gilt auch für solche Verbindlichkeiten, die er zu einem früheren Zeitpunkt nach nicht marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten eingegangen ist. Es wäre unrealistisch anzunehmen, er würde diese Verpflichtung in anderem Zusammenhang nicht mehr berücksichtigen oder nicht versuchen, ihre Wirkungen abzuschwächen. Nimmt man den Market economy investor-Test ernst, weil eine möglichst realistische Annäherung an das Vergleichsverhalten eines Privaten in der Situation erfolgen soll, dann darf es nicht darauf ankommen, ob früheres Engagement eine Beihilfe war, sondern einzig darauf, ob in der gegenwärtigen Situation die Voraussetzungen des Tests erfüllt sind.

Eine Ausweitung des Beihilfebegriffs an dieser Stelle würde zudem die beteiligten staatlichen Stellen und Unternehmen vor große Schwierigkeiten stellen. Denn dann wäre in jedem Einzelfall eine Anmeldung der Beihilfe bei der Kommission und ein Abwarten der Zwei-monatsfrist bzw. des Beihilfegenehmigungsverfahrens erforderlich. In der Praxis steht die Entscheidung über die betreffenden Maßnahmen unter einem massiven Zeitdruck. Letztlich wäre es nötig, einen Insolvenzantrag zu stellen, da ein zeitliches Zuwarten in den wenigsten Fällen möglich ist. Außerdem würde dies zu einem sehr starken Anstieg der Notifizierungen auf Basis der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien führen, der auch die Kommission vor ein logistisches Problem stellen würde.

Die Anwendung des Tests des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist damit auch bei einer bereits erfolgten früheren Maßnahme, die als Beihilfe anzusehen ist, hinsichtlich der späteren Maßnahme möglich. Die Mitteilung ist entsprechend zu ändern.

Ansprechpartner:

Patricia Sarah Stöbener, LL.M. (King's College London)

Tel.: +49 30 20308 – 2715, Email: Stoebener.Patricia@dihk.de