

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 21/2003

10. November · 14. Jahrgang 2003 · Seite 641 – 672

Schriftleitung: Rechtsanwältin Dr. Monika Tacke, Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Gibt es eine EG-beihilfenrechtliche Kommissionsphilosophie der Infrastrukturförderung?

Es gibt sie! Kompetent werfen *Westerhof* und *Santamato* (EuZW 2003, 645 – in diesem Heft) Licht in die noch dunklen mitgliedstaatlichen, regionalen und kommunalen Peripherien der Infrastrukturförderung. Dieser Gastkommentar fasst nicht etwa die Förderphilosophie der Kommission zusammen, er beschränkt sich vielmehr auf das von einem Beobachter aus der Peripherie subjektiv aufgenommene Blitzbild:

Kommen Infrastrukturen in öffentlicher Trägerschaft allen Marktteilnehmern diskriminierungsfrei zugute, verneint die Kommission das Vorliegen des EG-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmals der Bestimmtheit. Dann darf aber die Infrastrukturmaßnahme auch nicht faktisch auf die Begünstigung einzelner Unternehmen hinauslaufen, etwa indem sie den speziellen Bedürfnissen eines oder bestimmter Marktteilnehmer Rechnung trägt. Wird die Allgemeinheit für die Dauer einer spezifischen Nutzung von der Infrastrukturnutzung ausgeschlossen (benutzerspezifische Infrastruktur), muss das nutzende Unternehmen für die Benutzung der öffentlich geförderten Infrastruktur den Marktpreis – etwa in Form eines Miet- oder Pachtzinses – zahlen, damit für das benutzende Unternehmen der selektive Vorteil entfällt. Im Hinblick auf multifunktional und polyvalent nutzbare Sport- bzw. Veranstaltungsanlagen verneint die Kommission bisher eine unternehmensbezogene Begünstigung, soweit die Infrastruktur von einer Vielzahl von Unternehmen (etwa für Konzerte) oder Endkunden (etwa für den Breitensport) genutzt werden kann und die Benutzungsmodalitäten nicht ihrerseits Beihilfenelemente enthalten. Dagegen erfordert das Modell der Erstellung und des Betriebs einer Infrastruktur im Rahmen einer Public Private Partnership eine differenzierte Betrachtung. Hierbei ist – zusätzlich zu den bereits genannten Kriterien – dafür zu sorgen, dass sämtliche an der Erstellung und am Betrieb der Infrastruktur beteiligten Unternehmen keine Begünstigungen in Form von marktunüblichen Renditen abschöpfen können (Verbot übermäßiger Abschöpfung). Regelmäßig sind vier für die Infrastrukturförderung relevante Marktebenen zu überprüfen: die Nutzer- (Veranstalter und Endkunden), die Eigentümer-, die Betreiber- sowie die Gesellschafterebene. Ausgehend von einer Betrachtung der Nutzer- und der Betreiberebene verlangte die Kommission im Fall des Niedersachsenstadions in Hannover, dass „der Zuschuss von der Annahme von Betriebsanforderungen abhängig gemacht [wird], die die Natur des Stadions als verschiedenen Nutzern und Aktivitäten offen stehende Einrichtung wahrhaft“, und dass zum anderen „nachgewiesen werden [soll], dass die finanzielle öffentliche Unterstützung das für die Durchführung des Projekts notwendige Minimum darstellt“. Letztgenannte Vorgabe soll gewährleisten, „dass der Betreiber des Stadions keinen höheren Betrag erhält als eine normale Markterrendite für seine Tätigkeit“. Um eine solche Begünstigung bestimmter Unternehmen durch Überkompensation zu verhindern,

muss sichergestellt werden, dass die öffentliche Förderung vollständig und diskriminierungsfrei – unter Abschöpfung höchstens marktüblicher Renditen für die Infrastrukturersteller und Infrastrukturbetreiber – an die Endnutzer weitergeleitet wird. Bildlich lässt sich dieser Kommissionsansatz als vertikales „Förderrohr“ darstellen: Die Förderung der öffentlichen Hand wird in dieses „Förderrohr“ eingespeist und durch verschiedene Infrastrukturalistungsebenen geleitet. Solche Leistungsebenen sind etwa die Infrastrukturerstellung, der Infrastrukturbetrieb sowie Dienstleistungs- bzw. Veranstaltungsangebote. Bis zum Infrastrukturendnutzer (Endkunden) muss die Abschöpfung marktunüblicher Renditen auf allen Leistungsebenen verhindert werden. Die Abschöpfung marktunüblicher Renditen kann am besten durch den Einsatz von offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren auf sämtlichen Leistungsebenen vermieden werden. So scheiden Unternehmensbegünstigungen in der Regel dann aus, wenn die Vereinbarung über die Infrastrukturleistungen im Anschluss an ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren getroffen wird, das einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit der Leistungserbringung eröffnet. Denn durch ein solches qualifiziertes Ausschreibungsverfahren können mittels Schaffung eines Investorenwettbewerbs die Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses auf allen Infrastrukturebenen (Erstellerebene, Betreiberebene, Veranstaltungsanbietererebene) gewährleistet und – dank etablierter Referenzmärkte – eine nicht marktgerechte Begünstigung der Unternehmen grundsätzlich verhindert werden. Scheidet indes ein solches Ausschreibungsverfahren aus objektiven Gründen aus, z. B. auf Grund bestehender Eigentumsrechte des Investors an dem Grundstück, auf dem das Vorhaben realisiert werden muss, so kommt *subsidiär* auch ein unabhängiges Sachverständigengutachten über die Höhe der erforderlichen Förderung zum Ausschluss einer Überkompensation in Betracht. Soll die Vermeidung von Überkompensationen durch ein Wertgutachten als Ausschreibungssurrogat dargelegt werden, so bedarf es einer substantiierten Überprüfung, dass das Verbot übermäßiger Abschöpfung auf sämtlichen Leistungsebenen und für sämtliche Transaktionen eingehalten wird (integrales Wertgutachten). Ein solches integrales Wertgutachten muss in einem ersten Schritt umfassend prüfen, ob in den Austauschverhältnissen der einzelnen Infrastrukturalistungsebenen ein jeweils angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis besteht und in einem zweiten Schritt sodann eine Evaluierung des Gesamtinvestitionsprojekts vornehmen, aus der stichhaltig hervorgeht, dass die Fördereffekte an die Endnutzer diskriminierungsfrei weitergereicht werden und zwar ohne Abschöpfung marktunüblicher Renditen durch die auf den einzelnen Infrastrukturalistungsebenen beteiligten Unternehmen.

Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M. (LSE), Bonn