

## ABHANDLUNGEN

## EG-beihilfenrechtliche Entbündelung in der Infrastrukturförderung

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) und René Pfromm, Bonn\*

Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts im Bereich der Infrastrukturförderung wächst. Während bisher vor allem Wettbewerbsverzerrungen durch Infrastrukturmaßnahmen, die ein bestimmtes Unternehmen begünstigen, im Mittelpunkt der Diskussion standen, treten nunmehr neue Problemfelder hinzu. So drohen Wettbewerbsverzerrungen auch hinsichtlich der Erstellung und des Betriebs von Infrastruktureinrichtungen sowie im Hinblick auf den anschließenden Wettbewerb der Infrastrukturanbieter. Angesichts einer zunehmenden Anzahl von Infrastrukturprojekten, die von der öffentlichen Hand im Rahmen der sog. Public Private Partnership in Kooperation mit der Privatwirtschaft erfüllt werden, stellt sich die Frage nach der EG-beihilfenrechtlichen Bewertung von Zuschüssen, die privaten Investoren durch die öffentliche Hand gewährt werden. Dabei macht die zunehmende EG-beihilfenrechtliche Kontrolltätigkeit der Kommission bei Infrastrukturmaßnahmen eine Prüfung der Notifizierungsbedürftigkeit von beabsichtigten Infrastrukturzuschüssen und eine Risikoanalyse bereits in einem frühen Planungsstadium erforderlich. Denn nur so können erhebliche Verzögerungsrisiken und die Gefahr beträchtlicher Rückforderungen vermieden werden. Der folgende Beitrag stellt dar, wie durch eine EG-beihilfenrechtliche Entbündelung öffentlicher Zuschusspakete und durch den Einsatz integraler Wertgutachten eine beihilfenrechtliche Risikoabschätzung erreicht und ein Pränotifizierungsgespräch mit der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission zielführend strukturiert werden kann.

## I. Einführung

Die häufige Nichtberücksichtigung des EG-Beihilfenrechts bei der Förderung von Infrastrukturprojekten ist angesichts der Risiken im Falle einer EG-Beihilfenrechtswidrigkeit erstaunlich. Da die Kommission auch im Infrastrukturbereich keinesfalls vor einer Wahrnehmung ihres Kontrollauftrages zurückzuschrecken scheint,<sup>1</sup> empfiehlt sich eine frühzeitige EG-beihilfenrechtliche Bewertung der Infrastrukturprojekte und hierfür geplanter öffentlicher Zuschüsse. Eine solche Bewertung muss die Beurteilung darüber einschließen, ob – wegen des Vorliegens einer Beihilfe – eine Notifizierung gegenüber der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EG erforderlich ist.<sup>2</sup> Denn wird ein Notifizierungsverfahren trotz Vorliegens einer Beihilfe nicht durchgeführt, eröffnet dies den mitgliedstaatlichen Gerichten und der Kommission die Möglichkeit, Beihilfen durch einstweilige Anordnungen zurückzufordern.<sup>3</sup> In diesem Kontext ist im Folgenden zunächst auf die Förderphilosophie der Kommission im Infrastrukturbereich sowie den Anwendungsbereich integraler Wertgutachten und der EG-beihilfenrechtlichen Entbündelung einzugehen (II.). In einem weiteren Teil ist anhand einiger typischer Förderkomponenten, wie sie häufig im Rahmen von Infrastrukturzuschüssen gewährt werden, sodann eine teilbetragorientierte EG-beihilfenrechtliche Bewertung darzustellen (III.).

## II. Förderphilosophie der Kommission im Infrastrukturbereich

Im Mittelpunkt der Kommissionspraxis zur öffentlichen Infrastrukturförderung standen lange Zeit Infrastrukturprojekte in rein öffentlicher Trägerschaft. Soweit diese allen Marktteilnehmern zugute kommen, verneint die Kommission das Vorliegen des EG-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmals der Bestimmtheit. Dies gilt etwa für den Bau und Betrieb von öffentlichen

Straßen, städtischen Kläranlagen, Mülldeponien und Schulen, die auch oder sogar ausschließlich von Verbrauchern genutzt werden.<sup>4</sup> Zu einer anderen beihilfenrechtlichen Bewertung ge-

- \* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn; der Zweitautor ist dort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. WWW-Zitate beruhen auf dem Stand vom 10. 7. 2003.
- 1 S. zur Infrastrukturüberprüfung in jüngerer Zeit exemplarisch: *Kommission*, Entscheidung N 860/01 v. 27. 2. 2002 – Skigebiet Mutterer Alm; *dies.*, Entscheidung NN 2/2002 v. 3. 4. 2002 – ZDF Medienpark; s. ferner *dies.*, Aufforderungen zur Abgabe einer Stellungnahme vom 20. 6. 2001 – Freizeitpark „Terra Mítica“, ABIEG 2001 C 300/2; *dies.*, Entscheidung v. 25. 7. 2001, ABIEG 2001 C 280/2 – Industriepark Wörth; sowie *dies.*, Mitteilung v. 27. 2. 2002, ABIEG 2002 C 172/2 – Beihilferegelung zu Gunsten von Seilbahnen. Die Entscheidungen sind abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie.htm).
- 2 Eine Pflicht zur Notifizierung besteht ausschließlich bei tatsächlichen Beihilfen, nicht jedoch bei Zweifeln über den Beihilfencharakter, *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 [297]. Der Investor hat sich indes über die ordnungsgemäße Durchführung eines erforderlichen Beihilfenverfahrens zu vergewissern und trägt insofern das Risiko, vgl. EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 [1617] – Alcan; s. hierzu auch unten unter III. 3). Zu den rechtsdogmatischen Bedenken hinsichtlich der Ferring-Rechtsprechung und den Ansätzen von GA Jacobs in der Rs. GEMA S.A. und von GA Léger in der Rs. Altmark Trans s. *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 [293 ff.].
- 3 S. zur Rückforderung *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 216 ff. sowie unten unter III. 3).
- 4 Zwar dient die Bereitstellung dieser Einrichtungen dazu, Rahmenbedingungen für die allgemeine Attraktivität eines Gebiets als Wirtschaftsstandort zu schaffen und es kann die Nutzung einer effizienten Infrastruktur den dort vorhandenen Industrieunternehmen einen Vorteil verschaffen, der sich positiv auf ihre Marktstellung auszuwirken vermag. Ein solcher Vorteil kann indes den Beihilfenbestand nicht erfüllen, da er prinzipiell jedem Unternehmen zugute kommt, das sich für eine Ansiedlung in der betreffenden Region oder Gemeinde entscheidet. So bereits *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881 [882].

langt die Kommission jedoch, wenn die diskriminierungsfreie Nutzungsmöglichkeit aller Marktteilnehmer nicht tatsächlich gewährleistet wird. Dies ist zum einen der Fall, wenn eine an sich allgemeine Infrastrukturmaßnahme faktisch auf die Begünstigung eines einzelnen Unternehmens hinausläuft, da sie nur von einem Unternehmen genutzt werden kann oder den speziellen Bedürfnissen (nur) eines Unternehmens Rechnung trägt.<sup>5</sup> Zum anderen gilt dies aber auch dann, wenn die Allgemeinheit für die Dauer einer spezifischen Nutzung von der Infrastrukturnutzung ausgeschlossen werden kann.<sup>6</sup> Liegt eine solche benutzerspezifische Infrastruktur vor, 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.<sup>7</sup> Im Hinblick auf multifunktionale Sport- beziehungsweise Veranstaltungsanlagen verneint die Kommission jedoch eine unternehmensbezogene Infrastrukturkonzeption, soweit diese von einer Vielzahl von Unternehmen (etwa für Konzerte) oder Privaten (etwa für den Breitensport) genutzt werden kann<sup>8</sup> und die Entgelte für die Benutzung der Veranstaltungsinfrastruktur nicht ihrerseits Beihilfenelemente enthalten.<sup>9</sup> Das Kernkonzept der Kommission im Bereich der Infrastrukturförderung beruht somit auf zwei Pfeilern: Zum einen geht es von einer rein öffentlichen Finanzierung und Errichtung der Infrastruktur aus. Zum anderen verlangt es zum Ausschluss beihilfenrechtlicher Bedenken die diskriminierungsfreie Bereitstellung der Infrastruktur als allgemeine Infrastruktur bzw. eine diskriminierungsfreie Bereitstellung als benutzerspezifische Infrastruktur zu angemessenen Entgelten.

Infrastrukturaufgaben werden jedoch zunehmend in Kooperation mit der Privatwirtschaft erfüllt.<sup>10</sup> Das alternative Modell der Erstellung und des Betriebs einer Infrastruktur im Rahmen einer Public Private Partnership ganz oder teilweise durch private Unternehmen<sup>11</sup> erfordert 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 privaten Unternehmen keine Begünstigungen in Form von marktunüblichen Renditen abschöpfen können (Verbot übermäßiger Abschöpfung). Die sich hieraus ergebende Komplexität zeigt sich besonders im Fall *InfraLeuna*<sup>12</sup>, in dem ein privates Unternehmen an der Errichtung einer Infrastruktur beteiligt war und anschließend – bei grundsätzlich diskriminierungsfreier Zurverfügungstellung der Anlage – als Nutzer der Infrastruktur in Erscheinung trat.<sup>13</sup> Über eine Begünstigung durch unternehmensspezifisch erbrachte Infrastrukturleistungen hinaus, kam dabei insbesondere eine direkte Begünstigung des Unternehmens und seiner Gesellschafter durch die staatliche Mittelzufuhr in Betracht. Um auch die finanziellen Vorteile berücksichtigen zu können, die sowohl das infrastrukturkonzipierende Unternehmen als auch dessen private Anteilseigner erlangen könnten, prüfte die Kommission drei Ebenen: die Nutzerebene, die Eigentümer- und Betreiberebene sowie die Gesellschafterebene.<sup>14</sup> Eine solche Berücksichtigung verschiedener Ebenen wird auch im Fall des Fußballstadions Hannover deutlich. So verlangte die Kommission, dass „der Zuschuss von der Annahme von Betriebsanforderungen abhängig gemacht [wird], die die Natur des Stadions als verschiedenen Nutzern und Aktivitäten offen stehende Einrichtung wahr“ und dass zum anderen „nachgewiesen werden [soll], dass die finanzielle öffentliche Unterstützung das für die Durchführung des Projekts notwendige Minimum darstellt“.<sup>15</sup> Diese zweite Vorgabe soll gewährleisten, „dass der Betreiber des Stadions keinen höheren Betrag erhält als eine normale Marktrendite für seine Tätigkeit“.<sup>16</sup>

Um eine solche Begünstigung bestimmter Unternehmen durch Überkompensation zu verhindern, muss sichergestellt werden, dass die öffentlichen Fördermittel vollständig und diskriminierungsfrei – unter Abschöpfung höchstens marktüb-

licher Renditen für die Infrastrukturersteller und Infrastrukturbetreiber – an die Endnutzer weitergeleitet werden. Bildlich lässt sich dieser Kommissionsansatz als vertikales „Förderrohr“ darstellen: Die Förderung der öffentlichen Hand wird in dieses „Förderrohr“ eingespeist und durch verschiedene Infrastrukturstufe geleitet. Solche Leistungsebenen sind etwa die Infrastrukturerstellung, der Infrastrukturbetrieb sowie Dienstleistungs- bzw. Veranstaltungsangebote. Bis zum Infrastrukturendnutzer (Endkunde) 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 verhindert 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 Leis-

- 5 So etwa im Fall *Kimberly Clark Industries*, in dem zur alleinigen Ansiedlung des Unternehmens eigens ein Industriegebiet nach den besonderen Bedürfnissen des Papierherstellers in unmittelbarer Nähe eines Flusses erschlossen wurde, um auf diese Weise dessen notwendige Versorgung mit großen Mengen qualitativ guten Nutzwassers und die entsprechende Ableitung des (zuvor geklärten) Abwassers zu ermöglichen; vgl. Mitteilung der *Kommission*, ABIEG 1994 C 170/8 – *Kimberly Clark Industries*. Ein ähnlicher Sachverhalt lag der Entscheidung *Lenzing Lyocell* zu Grunde, in der sich das österreichische Bundesland Burgenland verpflichtete, einen Bahnanschluss zu errichten, der tatsächlich nur von *Lenzing* genutzt werden konnte, vgl. *Kommission*, Entscheidung v. 19. 7. 2000, ABIEG 2001 L 38/33 (RdNr. 18) – *Lenzing Lyocell*.
- 6 Solche *benutzerspezifischen Infrastrukturen* sind etwa Fußballstadion. S. zur Sportstättenförderung unter EG-beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten auch *Koenig/Kühling*, SpuRt 2002, 53 ff.
- 7 Ungeklärt ist dabei jedoch die Bestimmung des Marktpreises sowie die Anforderungen an die Multifunktionalität/Polyvalenz der Infrastrukturmaßnahme. Zur Frage des kostendeckenden Zugangs zur Infrastruktur s. *Koenig/Scholz*, EuZW 2003, 133 [135].
- 8 Zum offenen und diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur s. *Koenig/Scholz*, EuZW 2003, 133 [134].
- 9 Im Fall des Fußballstadions Hannover hat die Kommission verlangt, dass die öffentliche Förderung keine Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt haben dürfe und dass das Stadion multifunktional nutzbar sein müsse, vgl. das unveröffentlichte Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zu Händen Frau Dr. Knorre, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS; vgl. ferner das weitgehend identische Schriftstück „Letter to the UK REP on the building of a new national stadium at Wembley“ (unveröffentlicht).
- 10 Zu dem wirtschaftlichen Hintergrund der Privatisierungswelle und der Tendenz zu Public Private Partnership in der Erstellung und bei dem Betrieb von Infrastrukturen s. *Koenig/Kühling*, aaO (Anm. 4), S. 885 f.
- 11 Zu den verschiedenen PPP-Konstruktionsmöglichkeiten s. *Kommission*, Guidelines for Successful Public Private Partnerships, 2003, S. 16 ff., abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp/ppp\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp/ppp_en.pdf).
- 12 *Kommission*, Entscheidung v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 L 260/ 1 (3) – *InfraLeuna*.
- 13 *InfraLeuna* betrieb die Umstrukturierung und die Standortentwicklung am Chemiestandort Leuna in Sachsen-Anhalt für einen begrenzten Zeitraum. Die Investoren planten und organisierten in quasi genossenschaftlicher Beteiligung an der *InfraLeuna* den Aufbau der Infrastruktur vor Ort überwiegend selbst und hatten dafür in erheblichem Umfang Zuwendungen erhalten. Sie befanden sich damit in einer Doppelstellung als Endabnehmer und Anbieter (ausschließliche Gesellschafter der *InfraLeuna*) der Infrastrukturleistungen (z. B. Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, aber auch Schienennetze etc.).
- 14 Vgl. zu diesem Prüfungsraaster für öffentliche Infrastrukturfördermaßnahmen *Koenig/Scholz*, EuZW 2003, 133 ff. S. auch bereits die Bewertung bei *Koenig/Kühling*, aaO (Anm. 4), S. 886 ff.
- 15 *Kommission*, Unveröffentlichtes Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium aaO (Anm. 9).
- 16 *Kommission*, Unveröffentlichtes Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium aaO (Anm. 9).

tungserbringung eröffnet.<sup>17</sup> Denn durch ein solches qualifiziertes Ausschreibungsverfahren kann mittels Schaffung eines Investorenwettbewerbs die Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses auf allen Infrastrukturebenen (Erstellerebene, Betreiberebene, Veranstaltungsanbierebene) gewährleistet und – dank etablierter Referenzmärkte – eine nicht marktgerechte Begünstigung des Unternehmens grundsätzlich verhindert werden. Diese Auffassung hat die Kommission wiederholt bekräftigt, wenngleich begriffliche Unschärfen und Inkohärenzen in der Kommissionspraxis zu einer inhaltlichen Unklarheit über die Anforderungen führten.<sup>18</sup> Als geeignetes Instrument zum Ausschluss des Beihilfenatbestands wurde die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens auch vom EuGH – allerdings bisher im Zusammenhang mit Verkäufen beihilfenbegünstigter Unternehmen – prinzipiell anerkannt.<sup>19</sup> Scheidet indes ein solches Ausschreibungsverfahren aus objektiven Gründen aus – z. B. aufgrund bestehender exklusiver Eigentumsrechte des Investors an dem Grundstück, auf dem das Vorhaben realisiert werden muss – oder ist es an solchen gescheitert, kommen auch alternative Konstruktionen zum Ausschluss des EG-Beihilfenrechtstatbestands in Betracht. So zeigt sich in einigen Entscheidungen etwa die Tendenz, öffentliche Förderungen an Infrastrukturersteller und Infrastrukturbetreiber als beihilfenrechtlich unbedenklich einzustufen, soweit die Zuwendungsempfänger bestimmten Restriktionen, namentlich dem low profit-Prinzip, unterliegen.<sup>20</sup> In ihrem Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium räumt die Kommission noch eine weitere Alternative zu einem Ausschreibungsverfahren ein: „Ist ein Wettbewerbsprozess jedoch nicht möglich (wenn es beispielsweise nur wenige ernst zu nehmende oder nur einen einzigen Anbieter gibt), ist es wichtig, dass ein unabhängiges Sachverständigengutachten über die Höhe der erforderlichen Finanzierung/Unterstützung vorliegt.“<sup>21</sup> Damit wird deutlich, dass die Kommission die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens zum Ausschluss von Überkompensationen bevorzugt, allerdings wiederholt auch andere Konstruktionen zulässt.

Soll die Einhaltung des Verbots übermäßiger Abschöpfung durch ein Wertgutachten als Ausschreibungssurrogat dargelegt werden, muss dieses besonderen EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen genügen.<sup>22</sup> So reicht die bloße Darlegung der erforderlichen Unterstützungshöhe nicht aus, sondern es bedarf einer substantiierten Darlegung, dass das Verbot übermäßiger Abschöpfung auf sämtlichen Leistungsebenen und für sämtliche Transaktionen eingehalten wird (integrales Wertgutachten). Ein solches integrales Wertgutachten muss zum einen umfassend prüfen, ob in den einzelnen Austauschverhältnissen ein jeweils angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis besteht und in einem zweiten Schritt sodann eine Evaluierung des Gesamtinvestitionsprojekts vornehmen, aus der stichhaltig hervorgeht, dass das diskriminierungsfreie Weiterreichen der Fördermittel ohne Abschöpfung marktunüblicher Renditen an die Endnutzer erfolgt, mithin auf sämtlichen Leistungsebenen maximal marktübliche Renditen gewährt werden. Voraussetzung für die Erstellung eines integralen Wertgutachtens ist die EG-beihilfenrechtliche Entbündelung. Unter einer EG-beihilfenrechtlichen Entbündelung ist dabei ein zweidimensionaler Prüfungsansatz zu verstehen. In einem ersten Schritt sind zunächst in vertikaler Hinsicht die Begünstigungseffekte eines Förderbetrags auf den oben beschriebenen verschiedenen Leistungsebenen (Infrastrukturersteller, Infrastrukturbetreiber, Inhaltenanbieter) herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt ist der Förderbetrag in horizontaler Hinsicht auf den jeweiligen Leistungsebenen zu entbündeln. Dabei sind die einzelnen Förderkomponenten eines öffentlichen Zuschusses entweder kompensationsfähigen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnissen oder rein einseitigen – „verlorenen“ – Zuschüssen zuzuordnen oder sie sind zwar prinzipiell einem Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis zuzuordnen,

stellen in der konkreten Höhe aber eine Überkompensation dar. In dem integralen Wertgutachten wird sodann zunächst die Infrastrukturerstellerebene (Baugesellschaft) bewertet. Hierbei sind insbesondere die Zuschüsse öffentlicher Stellen, etwaige unter dem Marktpreis liegende Grundstückskaufpreise beziehungsweise Erbpachtzinsen, etwaige Haftungszusagen, Bürgschaften und Heimfallrechte, Zins- und Tilgungsvereinbarungen öffentlicher Banken sowie etwaige Mietverträge mit einer Infrastrukturbetreibergesellschaft zu untersuchen. Diese sind den Gegenleistungen des Zuschussempfängers gegenüberzustellen, wie etwa der Planung und Steuerung, der Projektrealisierung, dem Know-how, der Übernahme von Realisierungs- und Finanzierungsrisiken sowie etwaigen Erbpachtzahlungen. Ob die Gegenleistung kompensationsfähig ist, hängt davon ab, welche Kosten als kompensationsfähig angesehen werden.<sup>23</sup> Zudem ist die Frage zu stellen, ob in den in Bezug auf den Infrastrukturersteller vorgesehenen Leistungsverhältnissen Beihilfenelemente enthalten sind, die gegebenenfalls an deren Gesellschafter weitergereicht werden.<sup>24</sup> Sodann ist eine gleichermaßen umfangreiche Prüfung der Infrastrukturbetreiberebene (Betriebsgesellschaft) vorzunehmen. Hier sind Drittmietverträge, Haftungszusagen, Mietzahlungen des Infrastrukturbetreibers, Betriebs- und Instand-

17 Zur Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren s. *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 sowie zur Verfahrensvielfalt und zur Wahl des richtigen Ausschreibungsverfahrens *Koenig/Kühling*, NZBau 2003, 126.

18 Vgl. hierzu vertiefend und m. w. N. *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 [290 ff.].

19 EuGH, Rs. C-390/98, Slg. 2001, I-6147 (RdNr. 77) – Banks. In diese Richtung deutet auch die Ferring-Rechtsprechung des EuGH zur Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten, in der sich der EuGH auf kein bestimmtes Verfahren zum Ausschluss von Überkompensationen festgelegt hat. Hieraus lässt sich folgern, dass auch andere Verfahren in Betracht kommen; EuGH, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067 – Ferring.

20 So etwa im Fall *InfraLeuna aaO* (Anm. 12) und in *Kommission*, Entscheidung N 256/2002 v. 17. 7. 2002 – Network Rail, abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie.htm).

21 *Kommission*, Unveröffentlichtes Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium aaO (Anm. 9).

22 Zur Ausgestaltung des Wertgutachtens kann auf Grundsätze der Grundstücksmittelteilung der Kommission zurückgegriffen werden, vgl. insofern *Kommission*, Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABIEG 1997 C 209/3 [3]. Deren Vorgaben sind jedoch an den Anforderungen des integralen Wertgutachtens auszurichten und ggf. zu modifizieren.

23 So hat der EuGH in seinem Urteil in der Rs. Ferring auf die die „tatsächlich [...] für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten“ abgestellt, EuGH, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067 (RdNr. 27) – Ferring. Es können jedoch nicht die (subjektiven) tatsächlichen Kosten, sondern, wie bei sonstigen Austauschgeschäften mit der öffentlichen Hand mit Privaten üblich, nur die marktüblichen, d. h. (objektiven) effizienten Kosten geltend gemacht werden. S. hierzu auch *Nettesheim*, EWS 2002, 253 [262 f.]; *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 [293]. Da der EuGH in der gleichen Entscheidung jedoch auch auf „die sich aus der gemeinschaftlichen Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten“ (RdNr. 33) abstellt, ist keinesfalls klar, ob sich der EuGH seines Abhebens auf den Tatsächlichkeitsmaßstab bewusst war oder doch einen objektiven, effizienzorientierten Kostenansatz bevorzugt.

24 Um eine eventuelle Begünstigung des Infrastrukturerstellers und dessen Gesellschafter auszuschließen, könnte die Gründung einer Objektgesellschaft auf der Basis des low profit-Prinzips erwogen werden. So hat die Kommission im Fall *InfraLeuna* maßgeblich auf die Vereinbarung eines solchen low profit-Prinzips abgestellt, um die Begünstigung der Gesellschaft einschließlich der an ihr beteiligten Gesellschafter auszuschließen, vgl. *Kommission*, Entscheidung v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 L 260/1 (3 f.) – *InfraLeuna*. S. zur öffentlichen Infrastrukturförderung durch Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilfenrechtlichen Kontrollraster der Kommission auch *Koenig/Scholz*, EuZW 2003, 133.

haltungskosten sowie -risiken zu untersuchen.<sup>25</sup> Eine gleichermaßen umfängliche Prüfung ist auch auf den weiteren Leistungsebenen (kaufmännische Nutzer, Inhaltenanbieter) vorzunehmen. Am Ende des „Förderrohrs“ steht schließlich der Endnutzer. Sofern das integrale Wertgutachten zu dem Ergebnis gelangt, dass die beteiligten Förderbetragsempfänger auf keiner Ebene marktunübliche Renditen durch das Gesamtinvestitionsmodell erzielen können, ist der Ausschluss einer EG-beihilfenrechtlichen Begünstigung möglich. Zur Klarstellung sei betont: Rechtssicherheit gewährt ausschließlich die nach Durchführung eines formellen Notifizierungsverfahrens gemäß Art. 88 Abs. 3 EG getroffene und bestandskräftig gewordene<sup>26</sup> formelle Feststellung des Nichtvorliegens einer Beihilfe gemäß Art. 4 Abs. 2 VerfahrensVO.<sup>27</sup> Das wirtschaftliche Risiko einer Beihilfenrückforderung liegt dabei nach der Alcan-Rechtsprechung des EuGH ausschließlich beim Investor, der sich über die ordnungsgemäße Durchführung des Beihilfenverfahrens zu vergewissern hat.<sup>28</sup> Soll die Notwendigkeit eines Notifizierungsverfahrens geklärt werden, kann jedoch ein informelles Pränotifizierungsgespräch mit der zuständigen Einheit (Unit) der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission durchgeführt werden. Ziel dieser Gespräche ist eine Klärung der für den jeweiligen Sachverhalt relevanten Tatsachen und eine Entscheidung über das Erfordernis eines formellen Notifizierungsverfahrens.<sup>29</sup> Ein solches Pränotifizierungsgespräch lässt sich durch eine EG-beihilfenrechtliche Entbündelung sowohl in vertikaler Hinsicht (Infrastrukturleistungsebenen) als auch in horizontaler Hinsicht (Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse auf den jeweiligen Leistungsebenen) strukturiert vorbereiten.

### III. EG-beihilfenrechtliche Bewertung entbundelter Förderbeiträge

Anhand einiger typischer Förderkomponenten, wie sie häufig im Rahmen von Infrastrukturzuschüssen gewährt werden (Zuschuss zur Erstellung von Stellplätzen, Städtebauzuschuss, Baukostenzuschuss), soll im Folgenden eine teilbetragsorientierte EG-beihilfenrechtliche Bewertung aufgezeigt werden. Dabei sind nach Art. 87 Abs. 1 EG „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 Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Das Beihilfenmerkmal der Begünstigung gemäß Art. 87 Abs. 1 EG ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>30</sup> und allgemeiner Auffassung<sup>31</sup> weit auszulegen. Unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung ist eine staatliche Maßnahme dann als Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG anzusehen, wenn das Unternehmen einen einseitigen Vorteil ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung (Kompensation) erlangt. Für die Kompensationsfähigkeit der vom Investor erbrachten Leistung ist maßgeblich, ob diese Leistung dem rechtlichen Pflichtenkreis des Investors oder dem rechtlichen Pflichtenkreis der Planungskörperschaft zuzurechnen ist.

#### 1. Zuschüsse für die Errichtung von Stellplätzen

Bei öffentlichen Zuschüssen für die Errichtung von Stellplätzen<sup>32</sup> lassen sich EG-beihilfenrechtliche Bedenken dann ausräumen, wenn der öffentliche Zuschuss für eine kompensationsfähige Gegenleistung gezahlt wird. Zwar steht im Rahmen eines Bauvorhabens die Erstellung der bauordnungsrechtlich erforderlichen Anzahl von Stellplätzen grundsätzlich im Pflichtenkreis des Vorhabenträgers. Errichtet dieser im Rahmen des Vorhabens jedoch mehr Stellplätze als bauordnungsrechtlich notwendig, so stellt dies eine Übererfüllung der gesetzlichen Pflicht des Vorhabenträgers dar. Besteht folglich keine gesetzliche Pflicht zur Errich-

tung der bezuschussten Stellplätze, so stellen diese eine kompensationsfähige Gegenleistung dar. Zwar ist die Begünstigungswirkung einer Maßnahme grundsätzlich vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen zu beurteilen, sodass der Zuschuss gleichwohl eine Überkompensation beinhalten könnte. Sind die Kosten des Vorhabenträgers jedoch höher als der öffentliche Zuschussbetrag, scheidet eine Überkompensation aus. Orientierung bietet hierbei derjenige Betrag, der zur finanziellen Ablösung notwendiger Stellplätze von dem Bauherren erhoben wird.<sup>33</sup> Sofern die öffentliche Zuschusshöhe unterhalb der tatsächlich entstehenden Herstellungskosten liegt, stellt die Bezuschussung der Errichtung von Stellplätzen, die über die bauordnungsrechtlich erforderliche Stellplatzanzahl hinaus geschaffen werden, im Ergebnis einen bloßen Teilausgleich dar, sodass eine Überkompensation ausscheidet. EG-beihilfenrechtliche Bedenken bestünden hinsichtlich einer solchen Förderkomponente folglich nicht.

#### 2. Städtebauzuschuss

Ein weiterer häufig verwendeter Fördertypus sind öffentliche Städtebauzuschüsse. Auch hierbei stellt sich die Frage, ob der Zuschuss einen Ersatz für die Erfüllung eigentlich der Gemeinde obliegender Aufgaben darstellt. Auch dabei ist zu differenzieren, ob die Maßnahme dem rechtlichen Pflichtenkreis des Investors oder dem Pflichtenkreis der Planungskörperschaft zuzurechnen ist. In Betracht kommt insofern das Vorliegen von Ordnungsmaßnahmen im Sinne des § 147 BauGB oder von Baumaßnahmen im Sinne von § 148 BauGB. Diese Unterscheidung erlangt ihre Bedeutung bei der Pflichten- und Kostenzurechnung: Die Kosten der Ordnungsmaßnahmen, die Aufgabe der Gemeinde sind, sind von dieser, die Kosten der Baumaßnahmen, die im Pflichtenkreis der Eigentümer stehen, sind von den Eigentümern beziehungsweise Bauherren zu tragen.<sup>34</sup> Während zu den Bau-

25 Auf diese Risiken gehen auch die kürzlich veröffentlichten „Guidelines for Successful Public-Private Partnerships“ ein, die als typische Risikogruppen im Rahmen von PPP-Modellen vor allem die Rentabilität des Vorhabens, die Wahl des privaten PPP-Partners, die Entwicklung der Baukosten sowie regulatorische, vertragliche, politische und umweltrechtliche bzw. archäologische Risiken benennen. Vgl. zur Risikotypologie: *Kommission*, Guidelines aaO (Anm. 11), S. 9, 50 ff. Dabei erkennt aber auch die Kommission, dass PPP-Projekte mit dem EG-Beihilfenrecht kompatibel sein müssen und keine Begünstigung darstellen dürfen. So betonen die PPP-Leitlinien, dass die öffentlichen Fördermittel bei PPP-Projekten auf ein Minimum zu reduzieren seien und verhindert werden müsse, dass die beteiligten privaten Unternehmen unangemessen hohe Renditen abschöpfen.

26 Die Bestandskraft einer Kommissionsentscheidung tritt ein, wenn sie nicht mehr mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 EG angegriffen werden kann, wobei eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 5 EG binnen zwei Monaten von der Bekanntgabe erhoben werden muss.

27 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 88 des EG-Vertrags, ABIEG 1999 L 83/1.

28 EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997 I-1591 (1617) – Alcan. Bereits in seinem Urteil in der Rechtssache SFEI hat der EuGH festgestellt, dass ein nationales Gericht im Falle formell rechtswidriger Beihilfen nicht nur die Aussetzung weiterer Zahlungen anordnen könne, sondern auch die endgültige und vorbehaltlose Rückforderung der ausgezahlten Mittel bestimmen dürfe; EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547 [(RdNr. 66 ff.) – Syndicat Français de l'Express International (SFEI) u. a./La Poste u. a. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 4. 4. 2003, V ZR 314/02, EuZW 2003 (im Erscheinen), die Nichtigkeit nach § 134 BGB eines beihilfengewährenden privatrechtlichen Vertrags als Folge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 EG ausgesprochen. S. hierzu auch unten unter III. 3.

29 Vgl. hierzu *Koenig/Kühling/Ritter* aaO (Anm. 3), S. 194 f.

30 Vgl. schon EuGH, Rs. 30/59, Slg. 1961, S. 1 [43] – Steenkolenmijnen.

31 Siehe nur *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EG/EU-Kommentar, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EG, RdNr. 7; *Evans*, State Aid, 1997, S. 27 ff.

32 S. zum Stellplatzrecht der Landesbauordnungen insbesondere *Jäde*, WiVerw 2000, 209.

33 Vgl. etwa die Regelungen in Art. 53 BayBO; § 37 Abs. 5 BauO BW; § 52 Abs. 6 – 8 BbgBO.

34 *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 146 RdNr. 1.

maßnahmen gemäß § 148 Abs. 2 BauGB die Modernisierung und Instandsetzung (Nr. 1), die Neubebauung und die Ersatzbebauung (Nr. 2), die Errichtung und Änderung von Gemeinbedarfs- und Folgeeinrichtungen (Nr. 3) sowie die Verlagerung oder Änderung von Betrieben (Nr. 4) gehört, betrifft die Aufzählung des § 147 BauGB die Bodenordnung einschließlich des Erwerbs von Grundstücken (Nr. 1); den Umzug von Bewohnern und Betrieben (Nr. 2); die Freilegung von Grundstücken (Nr. 3); die Herstellung und Änderung von Erschließungsanlagen (Nr. 4); sowie sonstige Maßnahmen, die notwendig sind, damit die Baumaßnahmen durchgeführt werden können (Nr. 5).

Nach dem Bau- und Planungsrecht des BauGB obliegt die Verwirklichung der baulichen und sonstigen Nutzung grundsätzlich dem Eigentümer, während sich für die Gemeinde im Wesentlichen Handlungsermächtigungen ergeben, die sich nur in bestimmten Fällen zu Handlungspflichten verdichten.<sup>35</sup> Das Sanierungsrecht geht demgegenüber von der Durchführungsverantwortung der Gemeinde aus. Diese dualistische Aufgabenteilung zwischen Eigentümern bzw. Bauherren einerseits und der Gemeinde andererseits führt dazu, dass die Errichtung öffentlich genutzter baulicher Anlagen – einschließlich kommunaler Einrichtungen – eine Baumaßnahme im Sinne von § 148 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB darstellt, während diejenigen Maßnahmen, die notwendig sind, damit die Baumaßnahme überhaupt durchgeführt werden kann (Beseitigung baulicher Anlagen, Bodenordnung, Erschließung), als Ordnungsmaßnahmen der Gemeinde obliegen.<sup>36</sup> Gemäß § 146 Abs. 3 Satz 1 BauGB kann die Gemeinde die Durchführung der Ordnungsmaßnahmen aufgrund eines Vertrags ganz oder teilweise dem Eigentümer übertragen (sog. sogenannter Ordnungsmaßnahmenvertrag). Möglich ist indes auch die Übertragung an einen Erbbauberechtigten. Denn gemäß § 200 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind die für das Eigentum an Grundstücken bestehenden Vorschriften entsprechend auch auf „grundstücksgleiche Rechte“ anzuwenden, soweit eine andere Regelung nicht besteht. Zwar ist der Begriff des grundstücksgleichen Rechts in keinem Gesetz geregelt, gleichwohl ist er im Liegenschaftsrecht seit jeher gebräuchlich.<sup>37</sup> Zu den grundstücksgleichen Rechten werden Rechte gezählt, die nach ihrer Intensität der Verfügungs- und Nutzungsmacht dem Eigentum ähnlich sind und deshalb nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen im Grundbuch oder einem ihm entsprechenden Verzeichnis eingetragen werden.<sup>38</sup> Zu diesen Rechten gehört insbesondere das Erbbaurecht.<sup>39</sup> Dies entspricht auch dem Telos der Übertragung, die auf eine zügige und zweckmäßige Durchführung der Ordnungsmaßnahmen durch den privaten Vorhabenträger mit geringerem Aufwand als bei einer Durchführung durch die Gemeinde abstellt.<sup>40</sup>

Da die Durchführung von Ordnungsmaßnahmen nach § 147 Satz 1 BauGB Aufgabe der Gemeinde ist, muss sie auch die Kosten hierfür tragen. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde die Durchführung nach § 146 Abs. 3 Satz 1 BauGB dem Eigentümer (bzw. dem Erbbauberechtigten) überlässt.<sup>41</sup> Sind die einem Städtebauzuschuss zu Grunde gelegten Ordnungsmaßnahmen im Sinne des § 147 Satz 1 BauGB gegenleistungsfähig und ist die Pflicht zur Durchführung dieser eigentlich der Gemeinde obliegenden Aufgabe auf den Vorhabenträger übertragen worden, scheidet eine Begünstigung des Vorhabenträgers durch den Städtebauzuschuss aus, wenn der Abruf der Zuschussmittel aufgrund jeweils nachweisbarer Kosten für die Durchführung von Ordnungsmaßnahmen und ohne Überkompensation erfolgt. Demgegenüber ist die Durchführung sanierungsbedingter Baumaßnahmen zwar vorrangig Aufgabe der Eigentümer. Die Gemeinde hat jedoch die Baumaßnahme dann durchzuführen, wenn sie selbst Grundstückseigentümerin ist oder wenn die zügige und zweckmäßige Durchführung der Baumaßnahmen durch die privaten Eigentümer nicht gewährleistet ist.<sup>42</sup> Besteht eine Pflicht der Gemeinde zur Erfüllung bestimmter Baumaßnahmen, so

sind auch diese gegenleistungsfähig, soweit den durchführenden Privaten nicht seinerseits eine diesbezügliche Pflicht zur Durchführung dieser Baumaßnahme trifft. Liegt im Hinblick auf einen öffentlichen Zuschuss zu Baumaßnahmen keine Überkompensation vor, scheidet eine Begünstigung des Bezuschussten aus. Insofern besteht zu Recht zwischen den Bundesländern und dem Bund Einigkeit darüber, dass die Städtebauförderrichtlinien der Länder<sup>43</sup> nicht notifizierungsbedürftig im Sinne von Art. 88 Abs. 3 EG sind, soweit sie die Bezuschussung von Maßnahmen regeln, die im rechtlichen Pflichtenkreis der Gemeinde stehen und damit gegenleistungsfähig sind.

### 3. Baukostenzuschuss

Problematischer ist demgegenüber die Beurteilung bloßer Baukostenzuschüsse. Eine Begünstigung des Vorhabenträgers im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG ist zu bejahen, wenn der Förderungsempfänger durch den öffentlichen Zuschuss einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, ohne dafür eine marktübliche Gegenleistung erbracht zu haben.<sup>44</sup> An einer solchen kompensationsfähigen Gegenleistung fehlt es, wenn eine solche gar nicht vorliegt oder wenn eine erbrachte Gegenleistung nicht dem Wert der öffentlichen Leistung entspricht.<sup>45</sup> Der dazu erforderlichen Wertermittlung dient insbesondere das bereits erwähnte EG-beihilfenrechtliche Ausschreibungsverfahren bzw. die Erstellung eines integralen Wertgutachtens durch einen unabhängigen Sachverständigen.<sup>46</sup> Wird die Begünstigung eines bestimmten Unternehmens bejaht, ist sodann als weiteres Tatbestandsmerkmal zu prüfen, ob die Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Eine solche Wettbewerbsverfälschung ist gegeben, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise entstehendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert.<sup>47</sup> Erforderlich ist dabei, dass das Unternehmen einen Vorteil erhält, den es unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhalten hätte und dadurch der Wettbewerb

35 *Fislake*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 146 RdNr. 3.

36 *Krautzberger*, aaO (Anm. 34), § 148 RdNr. 5. Der Begriff der Durchführung von Ordnungsmaßnahmen und Baumaßnahmen umfasst gemäß § 146 Abs. 1 BauGB die Maßnahmen innerhalb eines förmlich festgelegten Sanierungsgebiets. Sanierungsgebiet ist das in der Sanierungssatzung im Sinne von § 142 Abs. 1 BauGB bezeichnete Areal (*Fislake*, aaO [Anm. 35], § 147 RdNr. 5).

37 *Fislake*, aaO (Anm. 35), § 200 RdNr. 20.

38 BGHZ 24, 241 [244]; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 200 RdNr. 7; *Fislake*, aaO (Anm. 35), § 200 RdNr. 20; *Schrödter*, in: *Schrödter*, BauGB, § 200 RdNr. 6.

39 OLG Hamburg, NJW 1974, 801.

40 *Köhler*, in: *Schrödter*, BauGB, § 146 RdNr. 7.

41 *Köhler*, aaO (Anm. 40), § 146 RdNr. 7.

42 *Köhler*, aaO (Anm. 40), § 164 a RdNr. 20.

43 Vgl. insofern etwa die Verwaltungsvorschrift des Wirtschaftsministeriums des Bundeslandes Baden-Württemberg über die Förderung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen (Städtebauförderungsrichtlinie) v. 3. 2. 1997, geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 29. 11. 2000, abrufbar unter <http://www.wm.baden-wuerttemberg.de/dat/dwn/StBauFR.pdf>; die Richtlinien des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren zur Förderung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen (Städtebauförderungsrichtlinien) v. 23. 3. 1994, abrufbar unter <http://www.staedtebauforderung.bayern.de/recht/dokument/stbauf.htm>; sowie die Förderrichtlinie '99 zur Stadterneuerung des brandenburgischen Ministeriums für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr, Runderlass des MSWV v. 12. 2. 1999, ABl. Bbg. 16/1999, S. 310, abrufbar unter <http://www.brandenburg.de/land/mswv/pdf/stadterneu99.pdf>.

44 Zu den Tatbestandsmerkmalen „Begünstigung“, „bestimmter Unternehmen“, „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“ s. ausführlich *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065 [1066].

45 EuG, Rs. T-14/96, Slg. 1999, II-139 (163) RdNr. 71 ff. – BAI; *Hancher/Ottvanger/Slot*, E.C. State Aids, 1999, RdNr. 2-007.

46 S. hierzu bereits oben unter II.

47 EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671 (2688 f.) – Philip Morris.



verändert wird.<sup>48</sup> Wird auch die Wettbewerbsbeeinträchtigung bejaht, ist schließlich das Tatbestandsmerkmal der innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung zu prüfen. Dieses grenzüberschreitende Element kann nur ausnahmsweise verneint werden, etwa bei Zuschüssen an lediglich auf einem lokalen Markt agierende Kleinbetriebe oder bei nur geringfügigen Beihilfen.<sup>49</sup> So hat die Kommission in ihrer Entscheidung *Freizeitbad Dorsten* eine Handelsbeeinträchtigung verneint, da die zu Grunde liegende Infrastrukturmaßnahme nur dem örtlichen Markt sowie etwaigen Nachbargemeinden diene und die Nachfrage für die Inanspruchnahme der Dienstleistung keinen grenzüberschreitenden Charakter hatte, das heißt nicht im Ausland entstand.<sup>50</sup> Diese Erwägung greift jedoch nur für Infrastrukturmaßnahmen, die einen lediglich regional begrenzten Einzugskreis betreffen.<sup>51</sup>

Können Beihilfenelemente bei dem geplanten Infrastrukturförderzuschuss nicht ausgeschlossen werden, ist zu prüfen, ob die Beihilfe genehmigungsfähig ist. Dabei unterliegt die mitgliedstaatliche Beihilfengewährung – mit Ausnahme des Anwendungsbereichs der Gruppenfreistellungsverordnungen<sup>52</sup> – einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt.<sup>53</sup> Staatliche Beihilfen sind gemäß Art. 87 Abs. 1 EG grundsätzlich verboten, es sei denn, es greift eine Legalausnahme für schadensbeseitigende und nachteilsausgleichende Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 2 EG,<sup>54</sup> eine Ausnahmeklausel im Sinne des Art. 87 Abs. 3 EG<sup>55</sup> oder die Service Public-Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG.<sup>56</sup> Im Vordergrund der Kommissionsprüfung nach Art. 87 Abs. 3 EG steht eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den positiven Wirkungen einer Beihilfe und der zu befürchtenden Wettbewerbsverfälschung, die nach Maßgabe von wirtschaftlichen und sozialen Wertungen auszuüben ist. Dabei hat die Kommission die Abwägungsvorgänge für viele Bereiche in Form von Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen typisiert, in denen zumeist die zulässigen Förderkategorien und Beihilfenintensitäten detailliert geregelt sind.<sup>57</sup> Bleiben Zweifel hinsichtlich des Beihilfencharakters einer staatlichen Zuwendung, kann diese in der Praxis mit der zuständigen Einheit (Unit) in der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission in einem informellen Pränotifizierungsgespräch erörtert werden. Dabei kann das Pränotifizierungsgespräch ergeben, dass gar keine Beihilfe vorliegt oder dass der geplante Zuschuss zwar Beihilfenelemente enthält, diese aber genehmigungsfähig sind. Anderenfalls kann die Kommission bereits in diesem frühen Stadium aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen die beabsichtigte Maßnahme beihilfenrechtskonform sein könnte bzw. inwieweit sie zu Gunsten der Genehmigungsfähigkeit umgestaltet werden müsste.<sup>58</sup> Rechtssicherheit gewährt jedoch einzig die im Anschluss an ein förmliches Notifizierungsverfahren getroffene bestandskräftige, das heißt mit einer Nichtigkeitsklage nicht mehr angreifbare,<sup>59</sup> Positiventscheidung der Kommission. Wird von einer Notifizierung abgesehen, eröffnet dies den mitgliedstaatlichen Gerichten die Möglichkeit, die Rückforderung der Beihilfe im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes anzuordnen.<sup>60</sup> Dabei hat die Möglichkeit der Rückforderungsanordnung durch deutsche Gerichte durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 4. 4. 2003<sup>61</sup> zusätzlichen Auftrieb erhalten. Zwar betrifft dieses nicht den Fall einer einstweiligen Rückforderungsanordnung. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Wertung des BGH auf etwaige Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ausstrahlt und auf der Abwägungsebene zur Begründung einer einstweiligen Rückforderung herangezogen werden kann. Auch die Kommission kann die Anordnung einer einstweiligen Rückforderung treffen, wenn ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegt. Im Gegensatz zu nationalen Gerichten ist die Kommission bei solchen Anordnungen jedoch an die qualifizierten Voraussetzungen nach Art. 11 Abs. 2 VerfahrensVO gebunden.<sup>62</sup>

Im Rahmen der EG-beihilfenrechtlichen Frühbewertung ist ferner die Dauer eines Notifizierungsverfahrens zu beachten, die

von erheblichem Einfluss auf die Planung und Durchführung eines Infrastrukturprojekts sein kann. Die Kommission führt im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens zunächst eine vorläufige Prüfung durch. In dieser Verfahrensphase wird der Beihilfen-

48 Das Merkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt indes eine nur geringe Hürde dar. Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal vertiefend *Koenig/Kühling*, aaO (Anm. 44), S. 1065.

49 Der sog. *de minimis*-Schwellenwert für geringfügige Beihilfen liegt bei € 100 000,- in drei Jahren, vgl. hierzu *Kommission*, Mitteilung über „de minimis“-Beihilfen v. 6. 3. 1996, ABIEG 1996 C 68/9; sowie *Koenig/Kühling*, aaO (Anm. 44), S. 1070.

50 *Kommission*, Beihilfenentscheidung N 258/00 v. 12. 1. 2001, S. 5 – Freizeitbad Dorsten, abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/n258-00.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf). Ebenso die fast beiläufige Feststellung im Fall der *InfraLeuna*, vgl. *Kommission*, Entscheidung v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 L 260/1 (7-Ziff. 9) – *InfraLeuna*.

51 Daher insbesondere nicht bei großen Sportarenen, in denen international relevante Sport- und sonstige Eventveranstaltungen stattfinden, vgl. etwa *Koenig/Kühling*, aaO (Anm. 6), S. 58.

52 Auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates v. 7. 5. 1998 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABIEG 1998 L 142/1, kann die Kommission Gruppenfreistellungsverordnungen für horizontale Beihilfen annehmen und in diesen bestimmte Beihilfengruppen als mit dem EG-Vertrag vereinbar erklären, soweit bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Beihilfen unterliegen dann nicht mehr der vorherigen Anmeldung und Genehmigung der Kommission; die ex ante-Überwachung wird durch eine ex post-Kontrolle ersetzt. Bisher wurden vier Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen: *Kommission*, Verordnung (EG) Nr. 68/2001 v. 12. 1. 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG auf Ausbildungsbeihilfen, ABIEG 2001 L 10/20; *dies.*, Verordnung (EG) Nr. 69/2001 v. 12. 1. 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG auf „de minimis“-Beihilfen, ABIEG 2001 L 10/30; *dies.*, Verordnung (EG) Nr. 70/2001 v. 12. 1. 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABIEG 2001 L 10/33; *dies.*, Verordnung (EG) Nr. 2204/2002 v. 12. 12. 2002 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf Beschäftigungsbeihilfen, ABIEG 2002 L 337/3.

53 *S. Koenig/Kühling*, aaO (Anm. 44), S. 1065.

54 Art. 87 Abs. 2 EG umfasst insbesondere Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach Herkunft der Waren gewährt werden (lit. a) und Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind (lit. b).

55 Art. 87 Abs. 3 EG umfasst insbesondere Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht (lit. a); Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete (lit. c); sowie Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes (lit. d). Gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. e) EG kann der Rat sonstige Ausnahmen bestimmen.

56 Art. 86 Abs. 2 EG betrifft Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

57 S. zum Umfang der einzelnen Ausnahmeklauseln und zu den Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen *Koenig/Kühling/Ritter* aaO (Anm. 3), S. 92 ff.

58 *Koenig/Kühling/Ritter* aaO (Anm. 3), S. 194 f.

59 S. oben Anm. 26.

60 EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547 (3597) RdNr. 68 – SFEI; m. Anm. *Abbamonte*, ECLR 1997, 87; *Sinnaeve*, EuZW 1996, 569.

61 BGH, aaO (Anm. 28). S. hierzu auch die Anmerkung von *Pechstein*, EuZW 2003 (im Erscheinen). Das Urteil betrifft die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG im Falle einer Beihilfengewährung durch privatrechtlichen Vertrag. Der BGH geht in dieser Entscheidung von der Gesamtnichtigkeit gemäß § 134 BGB des beihilfengewährenden privatrechtlichen Vertrags aus. Soweit das Beihilfenäquivalent in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag enthalten ist, greift die Fehlerfolge des § 59 Abs. 1 VwVfG mit der Nichtigkeitsfolge nach § 59 VwVfG i. V. m. § 134 BGB. Kritisch zum Urteil: *Koenig*, EuZW (im Erscheinen) mit dem Hinweis, dass bei vielen öffentlich geförderten Projekten gerade das Festhalten des Investors (Beihilfenempfänger) an den von ihm vertraglich geschuldeten Leistungspflichten bei gleichzeitiger Rückführung des Beihilfenäquivalents aufgrund einer Teilnichtigkeit der Verträge eine bessere Sanktionswirkung besitze als die völlige Entlassung aus den Leistungspflichten aufgrund Gesamtnichtigkeit.

62 Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter* aaO (Anm. 3), S. 215 f.

charakter und die mögliche Genehmigungsfähigkeit der Beihilfe beurteilt. Diese Untersuchung muss gemäß Art. 4 Abs. 5 VerfahrensVO nach zwei Monaten abgeschlossen sein (so genannte „Lorenz-Frist“<sup>63</sup>), da sonst die Genehmigungsfiktion des Art. 4 Abs. 6 VerfahrensVO greift. Die Frist kann sich aber bei einer unvollständigen Anmeldung erheblich verlängern. Werden von der Kommission ergänzende Auskünfte angefordert, wird die Frist jedesmal von neuem in Gang gesetzt, was in der Praxis oftmals zu einer beträchtlichen Verfahrensverzögerung führt. Auf das vorläufige Verfahren folgt, wenn letzte Zweifel hinsichtlich des Beihilfencharakters beziehungsweise der Vereinbarkeit mit dem Vertrag nicht ausgeräumt werden können, ein förmliches Prüfverfahren, das grundsätzlich erst nach 18 Monaten beendet sein muss. Schließlich muss berücksichtigt werden, dass es sich bei dem Notifizierungsverfahren um ein Verfahren zwischen dem Mitgliedstaat und der Kommission handelt, unabhängig davon, ob die Beihilfe auf der Zuwendung einer lokalen oder regionalen Gebietskörperschaft beruht.<sup>64</sup> Dies hat zur Folge, dass während des Verfahrens mit weiteren Verfahrensverzögerungen durch die verlängerten Kommunikationswege gerechnet werden muss.

#### IV. Fazit

Bei der Planung und Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen darf das EG-Beihilfenrecht nicht außer Acht gelassen werden. Dies gilt insbesondere bei der Erstellung und dem Betrieb von Infrastrukturen ganz oder teilweise durch private Unternehmen, wie dies im Rahmen von Public Private Partnerships regelmäßig der Fall ist. Hierbei muss sichergestellt werden, dass die an der Erstellung und am Betrieb der Infrastruktur beteiligten privaten Unternehmen keine Begünstigungen in Form von marktunüblichen Renditen abschöpfen können (Verbot übermäßiger Abschöpfung). Die Abschöpfung marktunüblicher Renditen kann am besten durch den Einsatz von Ausschreibungsmechanismen auf den zu differenzierenden Infrastruktur-

leistungsebenen verhindert werden. Scheidet indes ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren aus objektiven Gründen aus oder ist es an solchen gescheitert, kommt auch eine gutachterliche Bewertung in Form eines integralen Wertgutachtens durch einen unabhängigen Sachverständigen bzw. Wirtschaftsprüfer in Betracht. Dieses muss als Ausschreibungssurrogat für sämtliche vorgesehenen Transaktionen die Einhaltung des Verbots der übermäßigen Abschöpfung substantiiert belegen. Die unabhängige Expertise muss dabei zum einen umfassend darlegen, dass in den einzelnen Leistungsverhältnissen ein jeweils angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis besteht. Zum anderen ist in einem zweiten Schritt eine Evaluierung des Gesamtinvestitionsprojekts vorzunehmen, aus der stichhaltig hervorgeht, dass das diskriminierungsfreie Weiterreichen der Fördermittel ohne Abschöpfung marktunüblicher Renditen an die Endnutzer erfolgt. Voraussetzung für die Erstellung eines integralen Wertgutachtens ist die EG-beihilfenrechtliche Entbündelung. Dabei sind in einem ersten Schritt zunächst in vertikaler Hinsicht die Begünstigungseffekte eines Förderbetrags auf den verschiedenen Leistungsebenen (Infrastrukturhersteller, Infrastrukturbetreiber, Inhabere der Anlagen) herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt ist der Förderbetrag in horizontaler Hinsicht auf den jeweiligen Leistungsebenen zu entbündeln und Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnissen, Überkompensationsverhältnissen oder rein einseitigen – „verlorenen“ – Zuschüssen zuzuordnen. Diese vertikal und horizontal ausdifferenzierte EG-beihilfenrechtliche Entbündelung vermag insbesondere ein so genanntes informelles Pränotifizierungsgespräch mit der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission zielführend zu strukturieren.

<sup>63</sup> Die bisherige Praxis stützt sich auf das Urteil in der Rechtssache *Lorenz*, EuGH, Rs. 120/73, Slg. 1973, S. 1471 (1482) RdNr. 4 – Lorenz, welches sich an die Fristen in Art. 230, 232 EG anlehnt.

<sup>64</sup> Näher *Klingbeil*, Das Beihilfeverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag, 1998, S. 61 ff., 104 ff., 134 ff.