

## Neue Entwicklungen zum Beihilfenbegriff (Teil 2)

Von Christian Koenig/Julia Paul\*

Fortsetzung von BRZ 3/2010

### II. Die staatliche Zurechenbarkeit nach „Wienstrom“

Abgesehen von diesen Fällen der Inaussichtstellung staatlicher Fördermaßnahmen weist das Staatlichkeitsmerkmal und insbesondere die Problematik der staatlichen Zurechenbarkeit von Fördermitteln auch in anderen Konstellationen einige offene Fragen auf: In der Rechtssache *Wienstrom*<sup>33</sup> hatte sich der EuGH mit der beihilfenrechtlichen Beurteilung einer österreichischen Maßnahme zur Förderung von Stromerzeugung mittels Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK-Anlagen) auf Grundlage des österreichischen Ökostromgesetzes zu befassen. Erzeugerunternehmen von KWK-Strom erhielten unter bestimmten Umständen die Kosten für die Aufrechterhaltung des Betriebs ihrer Anlagen erstattet. Die Finanzierung dieser Maßnahme erfolgte durch einen einheitlichen Zuschlag auf alle an die Endverbraucher gelieferten Strommengen, welchen die Netzbetreiber zusammen mit dem jeweiligen Netznutzungsentgelt erhoben. Die Einziehung des Zuschlags erfolgte seitens einer mehrheitlich staatlich kontrollierten Ökostromabwicklungsstelle, welche die jeweiligen Beträge an die Energie-Control GmbH, eine ebenfalls staatlich kontrollierte Regulierungsbehörde, weiterleitete. Diese schließlich teilte die eingezogenen Preiszuschläge auf Grundlage des Ökostromgesetzes auf die Erzeuger von Energie aus KWK-Anlagen auf. Die Kommission registrierte die

Maßnahme als nicht angemeldete Beihilfe<sup>34</sup>. Da nach der konkreten Ausgestaltung der Maßnahme der Staat per Gesetz die Kontrolle über die fraglichen Fördermittel ausübe und der Mittelfluss außerdem von öffentlichen bzw. staatlich kontrollierten Stellen gelenkt werde, handele es sich um eine allein vom Staat durchsetzbare fiskalische Maßnahme<sup>35</sup>. Der EuGH bestätigte die Auffassung der Kommission. Durch die besondere Ausgestaltung des Finanzierungsmechanismus in Form eines gesetzlich verordneten Zuschlags, der zudem durch eine staatlich kontrollierte Gesellschaft verwaltet wird, werde zeitlich vor dem Eintritt der Begünstigung der KWK-Unternehmen aus einer nicht-staatlichen Maßnahme eine dem Staat zurechenbare Fördermittelgewährung<sup>36</sup>.

### III. Beihilfentatbestände im Rahmen parafiskalischer Finanzierungsregelungen

*Wienstrom* kann damit als konsequente Fortführung der Rechtspraxis des EuGH in Bezug auf parafiskalische Abgaben gewertet werden<sup>37</sup>. Grundlegend ist dabei die Annahme, dass eine Maßnahme allein aufgrund der *konkreten Ausgestaltung ihrer Finanzierungsweise* den Beihilfentatbestand nach Art 107 Abs 1 AEUV erfüllen kann<sup>38</sup>. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist,

\* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Die Zweitautorin war dort wissenschaftliche Referentin und ist inzwischen als Rechtsanwältin bei der KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft in München tätig.  
33 EuGH, Urteil v 18.12.2008, Rs C-384/07, *Wienstrom*, Slg 2008 Seite I-10393.

34 KomE v 4.7.2006, Rs C-221/06, *Wienstrom*, Rn 26–38.

35 KomE v 4.7.2006, Rs C-221/06, *Wienstrom*, Rn 33–36.

36 EuGH, Urteil v 18.12.2008, Rs C-384/07, *Wienstrom*, Slg 2008 Seite I-10393.

37 EuGH, Urteil v 21.3.2003, verb Rs C-261/01 und C-262/01, *van Calster ua*, Slg 2003, I-12249; EuGH, Rs C-345/02, *Pearle*, Slg 2004, I-7139; EuGH, Urteil v 13.1.2005, Rs C-174/02, *Streek-gewest Westelijk Noord-Brabant*, Slg 2005, I-85; EuGH, Urteil v 23.3.2006, Rs C-237/04, *Enirisorse*, Slg 2006, I-2843; EuGH, Urteil v 15.6.2006, Rs C-393/04 und C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, Slg 2006, I-5293.

38 Siehe dazu *Mamut/Paterno*, EStAL 2009, 343, 344. Siehe ferner EuGH, Urteil v 14.4.2005, verb Rs C-128/03 und 129/03, *AEM*

hat der Gerichtshof kürzlich in *Société Régie Networks* präzisiert<sup>39</sup>: Ausgangspunkt war eine Klage der französischen Gesellschaft *Régie Networks* auf Erstattung des Betrags, den diese als parafiskalische Abgabe auf die im französischen Hörfunk und Fernsehen ausgestrahlte Werbung entrichtet hatte. Die Abgabe diene einer gesetzlich festgeschriebenen Finanzierung von staatlichen Zahlungen an solche Hörfunkdienste in Frankreich, deren gewerbliche Einnahmen aus Sendungen mit Werbe- oder Sponsoringcharakter 20% ihres Gesamtumsatzes unterschritten. Schuldner der Abgabe waren die Vermarktungsgesellschaften der betroffenen Werbesendungen. Die Kommission hatte das vorangegangene Notifizierungsverfahren mit der Entscheidung abgeschlossen, gegen die Maßnahme keine Einwände zu erheben. Empfänger der Beihilfe seien einzig kleine Radiosender mit lokaler Zuhörerschaft, so dass der innergemeinschaftliche Handel nicht in einem Maß beeinträchtigt werde, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufe. Zudem sei die Maßnahme gemäß Art 107 Abs 3 lit c) AEUV mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, da sie mit der Förderung des lokalen Rundfunks wichtige Ziele des Allgemeininteresses verfolge. Dabei unterfele die *Art der Finanzierung der Beihilfe* in Form von parafiskalischen Abgaben nicht dem Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts und sei daher im Rahmen der Überprüfung einer Fördermaßnahme durch die Kommission nicht zu berücksichtigen. In der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH führte die Kommission ergänzend aus, dass eine Abgabe, mit der eine Beihilfemaßnahme finanziert werde, von einem Mitgliedstaat nur angemeldet und von der Kommission geprüft werden müsse, wenn aufgrund einer ersten Prüfung, die von dem betreffenden Mitgliedstaat vorgenommen werden müsse, ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Abgabepflichtigen und den Empfängern der fraglichen Beihilfen bestehe. Fehle ein solches Wettbewerbsverhältnis (was vorliegend der Fall gewesen sei), bestehe kein Gemeinschaftsinteresse daran, dass ein Mitgliedstaat eine Abgabe, mit der eine Beihilfe finanziert werde, anmelde und die Kommission diese prüfe.

Diese Argumentationsführung der Kommission ist unter keinen erkennbaren Gesichtspunkten nachvollziehbar. Kernaussage ihrer Forderung nach einem bestehen-

den Wettbewerbsverhältnis zwischen den Begünstigten einer staatlichen Maßnahme und den diese Maßnahme finanzierenden Unternehmen als Voraussetzung eines Notifizierungserfordernisses ist die Überlegung, dass bei Fehlen einer solchen Wettbewerbsbeziehung *ratione materiae* bereits kein Wettbewerbsverfälschungspotenzial im Sinne von Art 107 Abs 1 AEUV bestehen könne. Damit verkennt die Kommission eines der wesentlichen strukturellen Merkmale des Beihilfentatbestands: So bezieht sich Art 107 Abs 1 AEUV gerade nicht lediglich auf eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen dem Begünstigten und seinen unmittelbaren Konkurrenten auf der gleichen Marktstufe. Betroffen können vielmehr alle denkbaren Wettbewerbsbeziehungen des Begünstigten zu anderen Unternehmen, dh auch zu solchen auf benachbarten – vor- und nachgelagerten – Märkten sein<sup>40</sup>. Andernfalls wäre bereits die ausdrückliche Einbeziehung von „Produktionszweigen“ in den Geltungsbereich des Beihilfenverbots nicht zu erklären. Gemäß Art 107 Abs 1 AEUV sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar *Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen*. Erfasst werden damit Maßnahmen, die einer gesamten Branche zugute kommen und sich deshalb in der Regel auf mehrere Marktstufen erstrecken<sup>41</sup>. Fallen indes auch solche, nicht zwangsläufig nur horizontal wirkenden Beihilfen als potenziell wettbewerbsgefährdende Maßnahmen unter das Beihilfenverbot, kann die Beschränkung der Kommission auf Wettbewerbsbeziehungen zwischen einzelnen Marktteilnehmern auf nur einer Marktebene nicht richtig sein.

Es ist somit nicht allein auf horizontale, sondern vielmehr auf sämtliche Wettbewerbsbeziehungen des Begünstigten abzustellen. Folglich müssen auch Fördermaßnahmen, die nicht (nur) von Konkurrenten auf der gleichen Marktstufe, sondern (auch) von Unternehmen auf benachbarten Märkten finanziert werden, als potenziell wettbewerbschädigend eingestuft werden und ebenfalls der *per-se*-Notifizierungspflicht nach Art 108 Abs 3 Satz 1 AEUV unterfallen. Im Verfahren *Régie Networks* hätte die Kommission daher die Beihilfenrechtsrelevanz der fraglichen Fördermaßnahme nicht bereits aufgrund fehlenden Wettbewerbs zwischen den Begünstigten und den die Maßnahme finanzierenden Unternehmen ausschließen dürfen. Auch wenn die begünstigten Hörfunkdienste auf horizontaler Ebene in keiner

*SpA und AEM Torino SpA*, Slg 2005, I-2861, Rn 45-47; EuGH, Urteil v 22.12.2008, Rs C-333/07, *Société Régie Networks* (noch nicht in amt l Slg veröffentlicht); EuG, Urteile v 4.3.2009, Rs T-424/05 und T-445/05, *Italien/Kommission* und *Finenco*, (noch nicht in amt l Slg veröffentlicht).

<sup>39</sup> EuGH, Urteil v 22.12.2008, Rs C-333/07, *Société Régie Networks*, Slg 2008, I-10807. Siehe dazu ausführlich *Kekelekis/Rusu*, EStAL 2009, 568 ff. Siehe ferner *Luja*, EStAL 2010, 161 ff. Zur beihilfenrechtlichen Einordnung von Beihilfen in Form von Steuerbegünstigungen vgl *Haasbeek*, EStAL 2010, 143 ff.

<sup>40</sup> Siehe dazu ausführlich *Koenig/Kühling*, Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs, EuZW 99, 517 ff; *dies*, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065 ff.

<sup>41</sup> Vgl *Ehrlicke* in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 4. Auf 2007, Art 87 Rn 86.

Wettbewerbsbeziehung zu den finanzierenden Werbevermarktern standen, kann hier ein Wettbewerbsverhältnis auf benachbarten vor- und nachgelagerten Märkten nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden.

Die Beschränkung der Forderung auf ein bestehendes Wettbewerbsverhältnis allein zwischen dem Begünstigten und den Maßnahmenfinanzierenden greift folglich zu kurz. Mangels Konnexität zwischen den Tatbestandsmerkmalen „Staatlichkeit“ und „Verfälschung des Wettbewerbs“ stellt sich die Frage einer Wettbewerbsverfälschung in Folge von Beihilfen unabhängig von der Herkunft der die Beihilfe finanzierenden staatlichen Mittel. Mit dem Staatlichkeitskriterium soll allein verhindert werden, dass der Staat das Beihilfenverbot durch Delegation der Beihilfengewährung auf andere Stellen zu umgehen versucht. Für die Feststellung des Wettbewerbsverfälschungspotenzials der fraglichen Maßnahme ist die Herkunft der Mittel indes nicht entscheidend. So stellt auch der Wortlaut des Art 107 Abs 1 AEUV hinsichtlich des Staatlichkeitsmerkmals allein auf die staatliche Herkunft einer Beihilfe ab. Das Bestehen einer Wettbewerbsbeziehung zwischen Beihilfenfinanzierer und Begünstigtem ist hierfür weder nach dem Vertragswortlaut noch nach der Entscheidungspraxis der Gerichte erforderlich.

Abgesehen davon ist die Entscheidung der Kommission schließlich auch deshalb nicht haltbar, da allein der Kommission das Beurteilungsmonopol hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens von Wettbewerb und etwaigen Verfälschungen desselben zukommt und sie sich dieser Verpflichtung nicht – wie in *Régie Networks* geschehen – durch die schlichte Begründung einer Prüfungsobliegenheit der Mitgliedstaaten entziehen kann. So hielten die Einschätzungen der Kommission der Überprüfung durch den EuGH zu Recht nicht stand. Allerdings ging der Gerichtshof in der Sache nicht ausführlich auf die Problematik der Wettbewerbsverhältnisse ein, sondern beschränkte seine Kritik im Wesentlichen auf die Ausführungen der Kommission zum fehlenden Notifizierungserfordernis. Hierzu stellt er fest, dass zwar die Bestimmung der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Schuldern einer Abgabe und den Empfängern der Beihilfen, zu deren Finanzierung diese Abgabe dient, für die beihilfenrechtliche Prüfung einer Maßnahme grundsätzlich von Relevanz sei<sup>42</sup>. Diese beschränke sich indes auf die Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV bzw auf die Untersuchung der Bereichsausnahmen nach Abs 3<sup>43</sup>. Das Vorliegen von Wettbewerb stelle aber, so der Gerichtshof, eindeutig kein Kriterium für die Reich-

weite der Notifizierungspflicht eines Mitgliedstaats dar. Außerdem, so der Gerichtshof, habe die Kommission verkannt, dass bereits die Finanzierungsweise einer Beihilfe zur Unvereinbarkeit der gesamten Beihilfenregelung mit dem Gemeinsamen Markt führen könne. Verstöße nämlich die Finanzierungsweise gegen außerbeihilfenrechtliche Vertragsbestimmungen (hier: gegen die Waren- und Dienstleistungsfreiheit, da die Abgabe auch von nicht-französischen Werbevermarktern erhoben wurde) und bliebe dies im Rahmen der beihilfenrechtlichen Überprüfung unberücksichtigt, sei die abschließende Entscheidung der Kommission zwangsläufig fehlerhaft. Daraus folgt eine wesentliche Feststellung des EuGH: Eine Beihilfe darf nicht getrennt von den Auswirkungen ihrer Finanzierungsweise untersucht werden, soweit letztere integraler Bestandteil der Beihilfenmaßnahme ist. Die Finanzierungsweise einer Maßnahme ist daher im Rahmen ihrer Notifizierung seitens des betroffenen Mitgliedstaats anzugeben, damit die Kommission ihre Prüfung auf der Grundlage umfassender Informationen durchführen kann. Andernfalls wäre nicht auszuschließen, dass die Kommission eine Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt, die sie bei Kenntnis ihrer Finanzierungsweise wegen Unvereinbarkeit mit nicht-beihilfenrechtlichen Vertragsbestimmungen nicht für vereinbar erklärt hätte.

Damit eine Abgabe als *Bestandteil einer Beihilfemaßnahme* angesehen werden kann, muss zwischen der betreffenden Abgabe und der betreffenden Beihilfe ein zwingender Verwendungszusammenhang in dem Sinne bestehen, dass gemäß der einschlägigen nationalen Regelung das Abgabenaufkommen ausschließlich für die Finanzierung der Beihilfe verwendet wird und sich der Umfang der Abgabe unmittelbar auf den Umfang der Beihilfengewährung auswirkt und deshalb die Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unmittelbar beeinflusst<sup>44</sup>. Hierfür bedarf es konkreter Anhaltspunkte in der der Beihilfenmaßnahme zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung des betroffenen Mitgliedstaats. In *Régie Networks* genügte dem EuGH der Umstand, dass gemäß des einschlägigen französischen Dekrets das Nettoaufkommen der Abgabe auf die Vermarktung von Werbezeiten einem Hörfunk-Unterstützungsfonds zufloss, aus welchem die Beihilfen vom Beirat des Fonds an die ausgewählten Empfängerunternehmen vergeben wurden und dieser insbesondere nicht befugt war, die verfügbaren Mittel zu anderen Zwecken als für diese Beihilfen zu verwenden. Die Frage, ob der Umfang einer parafiskalischen Abgabe den

42 Rz 93 und 97 des Urteils.

43 Vgl *Kekeleki/Rusu*, EStAL 2009, 568 ff.

44 EuGH, Urteil v 22.12.2008, Rs C-333/07, *Société Régie Networks*, Slg 2008, I-10807, Rn 99. Zuvor bereits EuGH, Urteil v 15.6.2006, Rs C-393/04 und C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, Slg 2006, I 5293, Rn 46.

Umfang einer gewährten Beihilfe unmittelbar beeinflusst, ist nach den Ausführungen des Gerichtshofs jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Höhe der Beihilfe der Höhe der verfügbaren Einnahmen aus der Abgabenerhebung vollumfänglich entspricht und das Nettoaufkommen aus der Abgabe ausschließlich und vollständig für die Finanzierung der Beihilfen bestimmt ist und verwendet wird.

Eine nachfolgend veröffentlichte Aufforderung zur Stellungnahme gemäß Art 108 Abs 2 AEUV im Rahmen der Prüfung einer ebenfalls mittels eines parafiskalischen Abgabensystems finanzierten Einzelbeihilfe zugunsten von *France Télévisions* nutzte die Kommission zur Einschränkung der in ihrer *Régie Networks* Entscheidung aufgestellten Grundsätze. Die dortigen Vorgaben zur Feststellung der Konnexität zwischen einer parafiskalische Abgabe und einer Beihilfenmaßnahme fänden nur Anwendung auf *Beihilfenregelungen*, nicht aber auf *Einzelmaßnahmen*<sup>45</sup>.

Nachvollziehen lässt sich diese Einschränkung nicht. Gerade Einzelmaßnahmen beinhalten ein grundsätzlich höheres Wettbewerbsverfälschungspotenzial als Beihilfenregelungen. Letztere sind in der Regel für eine Vielzahl von Fördermaßnahmen angelegt und werden anhand objektiver Kriterien nach entsprechender Antragstellung des geförderten Unternehmens durchgeführt, so dass sie *ceteris paribus* weniger verzerrend als solche Maßnahmen wirken, die zugeschnitten auf die konkreten Bedürfnisse des Empfängerunternehmens als Einzelbeihilfe gewährt werden und damit die Marktstellung von Wettbewerbern gezielter und unmittelbarer beeinflussen<sup>46</sup>. Zudem wirken sich Beihilfenregelungen (zB ein horizontal niedriger Steuersatz für Unternehmensgewinne aus F&E-Tätigkeit) aufgrund ihrer geringeren Selektivität weniger stark auf den gemeinschaftsweiten Handel aus und verursachen letztlich in der Regel auch geringere Transaktionskosten in den betroffenen Mitgliedstaaten, was seitens der Kommission als grundsätzlich positiv bewertet wird<sup>47</sup>.

Abgesehen von der wichtigen Klarstellung des EuGH in Bezug auf die Bedeutung der Finanzierungsweise einer staatlichen Maßnahme für die Begründung ihrer Beihilfenrechtsrelevanz, ist das Urteil des Gerichtshofs insbesondere auch deshalb interessant, als hier die vorgelagerte Frage, ob die parafiskalische Abgabe überhaupt den Tatbestand des Art 107 Abs 1 AEUV erfüllt, gar nicht problematisiert wurde. Dies überrascht insofern, als die Bejahung des Staatlichkeitsmerkmals und der Selektivität im Zusammenhang mit parafiskalischen (und allgemein steuerlichen) Maßnahmen der Mitgliedstaaten in jüngerer Zeit wesentlicher Gegenstand der einschlägigen Entscheidungspraxis von Kommission und Europäischen Gerichten war<sup>48</sup>. Im Hinblick auf den neuen wirkungsbezogenen Ansatz der Kommission, der sich seit der Verpflichtung zu einem *more economic approach* auf das gesamte EU-Beihilfenrecht bezieht, beurteilen Kommission und Europäische Gerichte steuerliche und steuerähnliche Maßnahmen nunmehr allein anhand ihrer Effekte auf den innergemeinschaftlichen Handel und Wettbewerb. Die mitgliedstaatlichen Ziele der jeweiligen Maßnahme finden keine Berücksichtigung<sup>49</sup>. Damit wird insbesondere die zunächst im Grundsatzurteil *Pearle*<sup>50</sup> angeklungene Tendenz zu einem restriktiveren Verständnis des Staatlichkeitsmerkmals wieder aufgehoben. In *Pearle* stufte der EuGH einen durch eine staatlich kontrollierte Gesellschaft erhobenen Kostenbeitrag, welcher zur Finanzierung von Werbemaßnahmen an bestimmte Optikerunternehmen weitergegeben wurde, nicht als direkten oder indirekten staatlichen Mitteltransfer ein, da die Finanzierung der Werbemaßnahme ausschließlich über die eingezogenen Beiträge erfolgte und diese vollumfänglich und von vornherein zweckgebunden allein für diese Maßnahme erhoben wurden. Mit der Rechtssache *EARL Salvat* aus dem Jahr 2007 wurde dieses enge Verständnis der staatlichen Herkunft durch das EuG wieder relativiert. Hier ging es um die Förderung von französischen Weinproduzenten

45 Kommission, Aufforderung zur Stellungnahme gemäß Art 108 Abs 2 AEUV v 2.10.2009, Beihilfe C-27/09, ABl 2009 Nr C 237/9, Rn 108 – *France Télévisions* (nur in französischer Sprache): „*A titre liminaire, la Commission rappelle que la jurisprudence Régie Networks que citent les autorités françaises portait sur un régime d'aides financé par une taxe parafiscale qui frappait des prestataires de services en France sis à l'étranger qui ne pouvaient pas bénéficier d'aides financées par le régime. Une telle situation est différente du cas d'espèce puisqu'il ne s'agit pas d'un régime d'aides mais d'une aide individuelle.*“

46 Heidhues/Niitsche, in: Schmidtchen/Albert/Voigt, *The more economic approach to European Competition Law*, 2007, 321 (331 ff). Friederisick/Röller/Verouden, *European State Aid Control: an economic framework*, 2006, S 44, im Internet abrufbar unter [http://www.esmt.org/fm/312/European\\_State\\_Aid\\_Control.pdf](http://www.esmt.org/fm/312/European_State_Aid_Control.pdf).

47 Siehe dazu Heidhues/Niitsche, in: Schmidtchen/Albert/Voigt, *The more economic approach to European Competition Law*, 2007, 321 (331).

48 Siehe va EuGH, Urteil v 14.4.2005, verb Rs C-128/03 und 129/03, *AEM SpA und AEM Torino SpA*, Slg 2005, I-2861, Rn 45–47; EuG, Urteile v 4.3.2009, Rs T-424/05 und T-445/05, *Italien/Kommission und Fineco*, (noch nicht in amt l Slg veröffentlicht). Zur Problematik ausführlich *Mamuti/Paterno*, EStAL 2009, 343, 344.

49 *Arhold*, EStAL 2008, 441, 446.

50 EuGH, Rs C-345/02, *Pearle*, Slg 2004, I-7139. Mit diesem Urteil wurde das Konzept der staatlichen Zurechenbarkeit von parafiskalischen Abgaben wesentlich fortentwickelt. Die drei hierfür in *Preussen Elektra* festgeschriebenen Voraussetzungen [*Festsetzung des Förderbeitrags vom Staat (1), Übertragung der Einnahmen auf eine vom Staat bestimmte Stelle (2) und Verwendung der Einnahmen zur Verschaffung eines Vorteils für bestimmte Unternehmen (3)*] wurden um ein viertes Kriterium ergänzt: Zur Bejahung der staatlichen Zurechenbarkeit eines parafiskalischen Finanzierungssystems muss über die Einnahmen auf Grundlage einer staatlicher Vorschrift verfügt werden, was gleichzeitig ausschließt, dass die betroffenen Unternehmen selbst über die Verwendung der Einnahmen entscheiden (Rz 36 bis 41 des Urteils).

mittels Prämien und Werbekampagnen, deren Finanzierung teilweise auf seitens des zuständigen Branchenverbands erhobenen und verwalteten Beiträgen fußte. Da dem französischen Staat im CIVDN bedeutende Kontroll- und Entscheidungsfunktionen zukamen, bejahte das Gericht die staatliche Herkunft der Fördermaßnahme und befand, dass es für das Staatlichkeitsmerkmal des Art 107 Abs 1 AEUV nicht darauf ankäme, ob eine Beihilfe unmittelbar vom Staat gewährt oder ob sie über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung ausgegeben werde. Entscheidend sei vielmehr „die Rolle der staatlichen Stellen im Rahmen der Finanzierung einer Maßnahme“ und insbesondere ihre Möglichkeiten, „durch die Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf [die finanzierende Einrichtung] die Verwendung der Mittel dieser Einrichtung zu steuern, um gegebenenfalls besondere Vorteile zugunsten bestimmter Unternehmen zu finanzieren“ (Rn 155 des Urteils). Zusammenfassend kommt es für die Bejahung der staatlichen Herkunft von Fördermitteln maßgeblich auf den Autonomiegrad der die Maßnahme unmittelbar durchführenden Stelle an. Wird diese im Rahmen der Verwaltung von Geldern in ihrer Einzugs- bzw Ausgabebetätigkeit staatlicherseits derart beeinflusst und kontrolliert, dass darin eine staatliche Beherrschung liegt, sind Maßnahmen dieser Stelle trotz eines verbleibenden Grads an Autonomie als staatlich im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen. Welcher Beherrschungsgrad hierbei ausschlaggebend ist, geht aus *EARL Salvat* nicht hervor. In Anlehnung an die Rechtspraxis bei der Vergabe von Mitteln durch öffentliche Unternehmen kann ein beherrschender Einfluss jedenfalls dann vermutet werden, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des betreffenden Unternehmen hält oder über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs- und Leistungs- oder Aufsichtsorgane bestellen kann<sup>51</sup>. Diesbezüglich ist allerdings seit den Entscheidungen in *Stardust Marine*, *Pearle* und *Wienstrom* eine Einzelfallbetrachtung angezeigt<sup>52</sup>. Auch wenn der Staat in der Lage ist, ein öffentliches Unternehmen zu kontrollieren und einen beherrschenden Einfluss auf dessen Tätigkeiten auszuüben, kann nicht ohne Weiteres vermutet werden, dass diese Kontrolle in einem konkreten Fall tatsächlich ausgeübt wird. Ausschlaggebend sind dabei vielmehr eine Reihe von Indizien, insbesondere die Eingliederung des Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art

seiner Tätigkeiten und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern, der Rechtsstatus des Unternehmens, die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung und jedes andere Indiz, das im konkreten Fall auf eine Beteiligung der Behörden oder auf die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Beteiligung am Erlass einer Maßnahme hinweist, wobei auch deren Umfang, ihr Inhalt oder ihre Bedingungen zu berücksichtigen sind<sup>53</sup>.

Die Einstufung von mittels parafiskalischer Regelungen finanzierten Fördermaßnahmen als staatliche Beihilfen stellte somit eine der wesentlichen Herausforderungen sowohl in *Pearle* als auch in *EARL Salvat* dar. Die Ausgangslage in *Régie Networks* war jedenfalls hinsichtlich des parafiskalischen Finanzierungsmechanismus ähnlich gelagert. Hier verzichteten allerdings sowohl die Kommission als auch nachfolgend der EuGH gänzlich auf eine entsprechende Auseinandersetzung mit der Problematik der staatlichen Herkunft der Fördermaßnahme. Ein Grund hierfür könnte in Bezug auf die Entscheidung der Kommission darin liegen, dass diese die Maßnahme zugunsten des regionalen Hörfunks aufgrund der lediglich lokalen Auswirkungen als scheinbar relativ eindeutig mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ansah und der Gerichtshof sich auf die Rügen des klagenden Abgabenschuldners hinsichtlich der fehlerhaften und unzureichenden Begründung der Kommissionsentscheidung beschränkte. Denkbar ist aber auch, dass sowohl die Kommission als auch die Gerichte die Problematik seit *EARL Salvat* inzwischen als hinreichend ausdifferenziert betrachten.

Ob parafiskalische Finanzierungssysteme nunmehr stets als staatliche Maßnahmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen und welche Einschränkungen hierbei erforderlich sind, wird sich daher erst aus der künftigen Rechtspraxis ergeben. Eine genaue Beobachtung ist angesichts dieses hochsensiblen Bereichs der Europäischen Beihilfenkontrolle angezeigt.

#### IV. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung: Das Urteil „Holland Malt“

Wie bereits im Verfahren *Régie Networks* angeklungen, stehen neben dem Staatlichkeitsmerkmal insbesondere die Tatbestandsvoraussetzungen der „Wettbewerbsverfälschung“ und „Handelsbeeinträchtigung“ im Fokus der aktuellen Beihilfenrechtspraxis. Offen ist dabei vor allem die Frage nach dem erforderlichen Umfang einer

51 Dazu ausführlich und mit weiteren Nachweisen *Ehrlicke* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auf 2007, Art 87 Rn 66.  
52 EuGH, Rs C-482/99, *Frankreich/Kommission* (*Stardust Marine*), Slg 2002, I-4397 Rn 52; KomE v 4.7.2006, Rs C-221/06, *Wienstrom*, Rn 35 und 37.

53 EuGH, Urteil v 26.6.2008, Rs T-442/03, *Portugal/Kommission* (noch nicht in amlt Slg veröffentlicht), Rn 98, 99; EuGH, Rs C-482/99, *Frankreich/Kommission* (*Stardust Marine*), Slg 2002, I-4397 Rn 56.

Markt- und Wettbewerbsanalyse in der Beihilfenkontrolle. Im Unterschied zur Kartellrechts- und Missbrauchsaufsicht nach Art 101 und 102 AEUV wird die Prüfung des Wettbewerbsverfälschungsmerkmals trotz der Selbstverpflichtung der Kommission zu einem ökonomischeren Ansatz<sup>54</sup> im Rahmen von Art 107 Abs 1 AEUV nach wie vor vernachlässigt. Aufschlussreich ist diesbezüglich das Urteil des EuG vom 9. September 2009 in der Rechtssache *Holland Malt*<sup>55</sup>:

Dem Verfahren lag eine Klage des Bierproduzenten Holland Malt BV zugrunde, der sich gegen eine Kommissionsentscheidung wehrte, aufgrund der die Rückforderung von Beihilfen angeordnet wurde, die das Unternehmen im Rahmen eines staatlichen Investitionsprogramms der Niederlande zur Steigerung der Produktkapazität einer bestimmten Premium-Malzsorte erhalten hatte.

Nach Auffassung der Klägerin habe die Kommission gegen Art 107 Abs 1 AEUV und gegen ihre Begründungspflicht verstoßen, da sie nicht nachgewiesen habe, dass die streitige Maßnahme eine Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung sei. Insbesondere habe es die Kommission unterlassen, zum Nachweis einer Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung eine ordnungsgemäße Prüfung des betreffenden relevanten Marktes, der Position des Empfängers und seiner Wettbewerber innerhalb dieses Marktes und der Bedingungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorzunehmen sowie auch die Vorteile für den innergemeinschaftlichen Handel zu ermitteln, die sich aus der Maßnahme ergeben. Vor allem müsse die Kommission nachweisen, dass sich die streitige Maßnahme auf die Bedingungen des Handels zwischen Mitgliedstaaten *tatsächlich* und nicht nur theoretisch auswirke. Außerdem sei die Kommission von einer fehlerhaften Marktabgrenzung ausgegangen, indem sie nicht berücksichtigt habe, dass es einen gesonderten Markt für Premium-Malz gebe, der nicht mit den traditionellen Malzerzeugern der Gemeinschaft im Wettbewerb stehe. Daher könne die streitige Maßnahme den Wettbewerb mit den Erzeugern von Standardmalz, die im Malzhandel zwischen den Mitgliedstaaten tätig seien, nicht verfälschen. In Bezug auf den innergemeinschaftlichen Handel mit Premium-Malz und auf den Wettbewerb bei dessen Herstellung und Vermarktung wiederum gehe von der staatlichen Maßnahme keine Gefahr aus, da Holland Malt fast ausschließlich für den Export in Drittstaaten produziere.

Dieses Vorbringen wies das EuG zurück. Zum einen sei es an der Klägerin, das Bestehen eines eigenständigen

Marktes für Premium-Malz nachzuweisen, was ihr nicht gelungen sei. Die Kommission sei daher zu Recht von einem einheitlichen Markt für Malz ausgegangen, der durch die niederländische Fördermaßnahme in Bezug auf den innergemeinschaftlichen Wettbewerb und Handel verfälscht werde. Zum anderen sei die Kommission keineswegs zum Nachweis einer *tatsächlichen* Auswirkung der Beihilfen auf den innergemeinschaftlichen Handel verpflichtet. Vielmehr habe sie nur zu prüfen, ob die fraglichen Beihilfen potenziell geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen. Dies sei nach ständiger Rechtsprechung bereits dann zu bejahen, wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel verstärkt. Die im konkreten Verfahren streitige Investitionsfinanzhilfe zur Modernisierung und Steigerung der klägerischen Produktionskapazität verbessere zwingend deren Wettbewerbsstellung, da die Konkurrenzunternehmen solche Investitionen entweder mit eigenen Mitteln finanzieren oder darauf verzichten müssten.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung des Gerichts, dass es für die Bejahung eines Handelsbeeinträchtigungspotenzials auf das absolute Absatzvolumen des Empfängerunternehmens nicht ankomme. Mit der Erklärung, dass Holland Malt seine Produktion „fast ausschließlich“ auf Drittstaaten ausrichte, habe das Unternehmen implizit eingeräumt, dass jedenfalls ein Teil dieser Produktion in der Gemeinschaft abgesetzt wird. Dass das absolute Absatzvolumen im Rahmen des innergemeinschaftlichen Handels und das Verhältnis dieses Absatzes zur Gesamtproduktion eines Unternehmens marginal ausfielen, sei für die Beurteilung der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels nicht von Belang, da es im Beihilfenrecht keine Schwelle und keinen Prozentsatz gebe, bis zu der oder dem von einem Fehlen einer Handelsbeeinträchtigung ausgegangen werden könne.

In Bezug auf die Prüfung des Wettbewerbsverfälschungspotenzials der Maßnahme bestätigte das EuG die ständige Rechtsprechung hierzu und betonte erneut, dass Beihilfen, mit denen ein Unternehmen von Kosten befreit werden soll, die es normalerweise im Rahmen seines laufenden Betriebs oder seiner üblichen Tätigkeiten hätte tragen müssen, die Wettbewerbsbedingungen *grundsätzlich* verfälschen. Dies gelte auch für Beihilfen, die zur Kostenentlastung bei Neuinvestitionen eines Unternehmens gewährt werden.

Damit wird nahtlos an die Rechtsprechung aus der Zeit vor Verkündung des State Aid Action Plans angeknüpft. Die mit dem *more economic approach* verbundene Hoffnung auf eine wirkungsbezogene und auf den konkreten Fall ausgerichtete und insbesondere ausdifferen-

54 Siehe dazu den State Aid Action Plan der Kommission v 7.6.2005 (KOM(2005) 107), welcher die Grundlage des beihilfenrechtlichen *More economic approach* bildet.

55 EuG, Urteil v 9.9.2009 Rs T-369/06, *Holland Malt BV* (noch nicht in amlt Slg veröffentlicht), Rn 53–56. Siehe dazu ausführlich *Woudstra/Willemot*, EStAL 2010, 245 ff.

zierte Analyse der Merkmale „Wettbewerbsverfälschung“ und „Handelsbeeinträchtigung“ unter Einbeziehung einer ausführlichen Marktanalyse wird damit jedenfalls mit dem vorliegenden Urteil nicht erfüllt. Davon zeugt nicht zuletzt auch eine der Schlussbemerkungen des EuG in Bezug auf die Rechtsprechung im Verfahren *Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission*<sup>56</sup>, auf die zur Verstärkung der Forderung nach einer eingehenden Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Beurteilung von Beihilfenmaßnahmen immer wieder Bezug genommen wird: Dort hatte der EuGH ausdrücklich gerügt, dass die streitige Kommissionsentscheidung weder auf die Situation des betroffenen Marktes und die Position des Empfängers auf diesem Markt, noch auf die konkreten Handelsströme und die Ausfuhren des Empfängerunternehmens einging. Aufgrund dieses Urteils sei die Kommission nach Auffassung der Klägerin *Holland Malt BV* zur Durchführung eben solch einer Marktanalyse in den Fällen verpflichtet, die wegen besonderer Marktverhältnisse und der Marktstellung des Beihilfenempfängers eine eindeutige Bejahung der Merkmale Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung gerade nicht zulassen. Das EuG wies diese Argumentation mit der Begründung zurück, dass der Gerichtshof damals lediglich Faktoren benannt habe, die für die Beurteilung der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels relevant sein können. Aus dem Urteil ergäbe sich hingegen keine Verpflichtung der Kommission, jeden einzelnen dieser Faktoren in jedem Einzelfall zu prüfen. Vielmehr genüge – wie aus der ständigen Rechtspraxis der Gerichte ersichtlich sei – der Nachweis der Kommission über die *potenzielle Geeignetheit* der betreffenden Beihilfen zur Verfälschung des mitgliedstaatlichen Handels und Wettbewerbs. Eine Marktabgrenzung sowie eine Analyse der Marktstruktur und der hieraus folgenden Wettbewerbsbeziehungen seien nicht erforderlich. Mit diesen Feststellungen hat das EuG das bisherige weite Verständnis der betreffenden Merkmale erneut

bestätigt und gleichzeitig einem *more economic approach* auf Tatbestandsebene eine klare Absage erteilt. Dies ist insofern zu bedauern, als insbesondere die Merkmale „Wettbewerbsverfälschung“ und „Handelsbeeinträchtigung“ einen geeigneten Ansatz für die mit dem State Aid Action Plan forcierte wirkungsbasierte Beihilfenkontrolle bieten und dabei ein wichtiges Korrektiv in der nach wie vor weitgehend streng-formalen Auslegung des Beihilfentatbestands bilden könnten. Die Kommission bleibt diesbezüglich jedenfalls auf Tatbestandsebene hinter ihren eigenen Vorgaben zu einer ökonomischeren Anwendung des Beihilfenrechts zurück. Noch immer bejaht die Kommission nahezu gebetsmühlenartig und ohne nähere Prüfung das Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigungspotenzial von Maßnahmen, sobald sie das Vorliegen der übrigen Merkmale des Art 107 Abs 1 AEUV festgestellt hat. Die Beihilfenkontrolle wird damit fast vollständig auf die Rechtfertigungsebene verlagert und ein wesentliches Ziel des *more economic approach* verhindert: Durch eine ausdifferenzierte Beurteilung der Beihilfentatbestandsmerkmale im Rahmen der Kommissionspraxis sollte eine verbesserte Einschätzbarkeit von Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten erreicht und damit die allein aus Vorsicht und Unsicherheit durchgeführten Notifizierungen spürbar reduziert werden, was eine dringend erforderliche Entlastung der Kommission in der Beihilfenkontrolle bedeutete. Ein wichtiger Schritt dabei wäre die Entwicklung von ökonomisch fundierten Vorgaben zur Beurteilung des Wettbewerbs- und des Handelsbeeinträchtigungspotenzials staatlicher Maßnahmen. Hierfür wäre indes die verpflichtende Durchführung von einzelfallbezogenen Marktanalysen von wesentlicher Bedeutung. Es liegt an den Europäischen Gerichten, Verfahren gegen insofern unzureichende Kommissionsentscheidungen zum Anlass zu nehmen, eine derartige Wandlung der Kommissionspraxis einzufordern. Teilweise ist dies bereits erfolgt<sup>57</sup>. *Holland Malt* ist insofern als Rückschritt zu betrachten.

56 EuGH, Urteil v 13.3.1985, Verb Rechtssachen 296 und 318/82, Slg 1985, S 809.

57 Siehe zB EuG, Urteil v 9.9. 2009, verb Rs T-227/01 bis T-229/01, T-265/01, T-266/01 und T-270/01, *Baskische Steuerbefreiung* (noch nicht in aml Slg veröffentlicht), Rn 148.

## Fazit

Die Unschärfen der Beihilfentatbestandsmerkmale erhöhen sich leider proportional zum Grad der Ausdifferenzierung dieser Merkmale in der Entscheidungspraxis der Kommission sowie der Rechtsprechung der Unionsge-

richte. Dies ist kein Paradoxon, sondern schlicht Ausdruck rechtsdogmatischer Insuffizienz. Rechtsdogmatik hat hier die Aufgabe, ökonomisch messbare Begünstigungseffekte sprachlich präzise zu erfassen.