

## Aufsätze und Berichte

## Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs

### Zeit für eine Neuausrichtung?

Von Professor Dr. Christian Koenig LL.M.\* und Dr. Jürgen Kühling LL.M.\*\*, Bonn

Zweifellos stellen die vom Rat am 25. 2. 1999 verabschiedete Verfahrensverordnung in Beihilfensachen (Verordnung [EG] Nr. 659/99) sowie die vorausgegangene Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. 5. 1998 über die Anwendung der Art. 92 und 93 auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen jeweils einen signifikanten Schritt für die Entwicklung der Beihilfenpolitik dar. Die folgende Abhandlung nimmt beide Verordnungen zum Anlaß, die Frage zu stellen, ob die eingeleiteten Schritte in die wettbewerbspolitisch richtige Richtung gesetzt wurden und wie sie zu ergänzen sind. Dabei geht es nicht nur um einen fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen, d. h. auf den Gütermärkten. Eine Neubewertung der Beihilfenpolitik erscheint auch unter dem Blickwinkel des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs geboten. Danach können Beihilfen nämlich als Preisnachlässe (Rabatte) verstanden werden, welche die Anbieter (Mitgliedstaaten) sogenannter Steuer- und Regulierungspakete in einem Binnenmarkt für Standorte den Nachfragern solcher Standorte (Unternehmen) gewähren. Dann ist es aber wichtig, daß es zu einem Fair play der Anbieter kommt und dies von der Aufsichtsinstanz kontrolliert wird. Das derzeitige Beihilfenrecht weist jedoch daran gemessen wettbewerbspolitisch bedenkliche Inkonsistenzen und Systembrüche auf.

### I. Kritiksätze gegenüber der geltenden Beihilfenkontrolle

Das geltende Beihilfenkontrollsystem gründet auf der zutreffenden Prämisse, daß hoheitliche, aus Steuermitteln finanzierte Zuwendungen an privatwirtschaftliche Unternehmungen deren Fix- und/oder Grenzkosten künstlich senken, so daß deren Überleben bzw. Wachstum auf den jeweils relevanten Märkten erst durch eine interventionistische Wettbewerbsverfälschung zu Lasten ihrer Konkurrenten gewährleistet wird. Ein der Marktwirtschaft verpflichtetes „System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 lit. g EGV), zumindest aber zu schützen bereit ist, muß allerdings dafür Sorge tragen, daß in diesem Kontrollsystem selbst nicht derart gravierende Inkonsistenzen und Externalitäten auftreten, welche die Effizienz eben dieses zentralen Kontrollsystems in Frage stellen. Einige Inkonsistenzen, Probleme und Externalitäten sind aber bei der zentralen Beihilfenkontrolle gerade aus der Perspektive eines unverfälschten Wettbewerbs zu erkennen. Sie sollen im folgenden dargestellt und Lösungsansätzen zugeführt werden.

#### 1. Ausblendung des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs in der Beihilfenkontrolle der Gemeinschaft

Zunächst ist festzustellen, daß die Kommission den Grundgedanken des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs in ihrer Kontrollpraxis weitgehend ausblendet<sup>1</sup>, obgleich sie in einigen Mitteilungen zu erkennen gibt, daß ihr diese Betrachtungsweise durchaus nicht fremd ist<sup>2</sup>. Sie vernachlässigt damit in der Praxis die Tatsache, daß neben dem Wettbewerb der Unternehmen, der auf den Gütermärkten stattfindet, auch der Wettbewerb auf einem Binnenmarkt für Standorte zu gewährleisten ist, auf dem die Mitgliedstaaten als Anbieter von Infrastrukturleistungen sowie Steuer- und Regulierungspaketen um die Unternehmen als Nachfrager werben<sup>3</sup>. Auf diesem von der EG bisher nicht regulierten Ordnungsmarkt erweisen sich unterschiedliche Steuer-, Abgaben- oder anderweitige Regulierungslasten zwischen den Mitgliedstaaten als differenzierte Beitrittspreisangebote für verschiedene öffentlichrechtlich organisierte Clubmitgliedschaften<sup>4</sup>. Beihilfen wirken hier wie Preisnachlässe (Rabatte) auf Standortsteuern. Während die Steuer- und Regulierungspakete im nicht harmonisierten Bereich von den Mitgliedstaaten frei zusammengestellt werden können, schließt das Beihilfenverbot den Rückgriff auf Rabatte zur Behauptung im Wettbewerb grundsätzlich aus. Das EG-Beihilfenrecht läßt jedoch Ausnahmen zu, die in der Art und Weise ihrer Konstruktion vor dem Hintergrund eines Systemwettbewerbs der Mitgliedstaaten für erhebliche Verzerrungen sorgen. So werden die Folgen auf andere Standorte im Rahmen der Ausnahmevorschriften zu den Beihilfen nicht hinreichend gewürdigt.

Wenn die Mitgliedstaaten aber in einem Wettbewerb der Standorte stehen, können Beihilfen als Preisnachlässe auf Steuern und Regulierungen Auswirkungen über die Grenzen hinweg bedingen, sogenannte grenzüberschreitende Externalitäten. Um dies an einem gewiß vereinfachten Beispiel zu verdeutlichen: Zwar können durch die erlaubte Subventionierung eines bestimmten Wirtschaftszweiges in Mitgliedstaat A Unternehmen aus Mitgliedstaat B mit der Folge angelockt werden, daß in A die durch die Preisnachlässe bedingten Einbußen dort wieder wettgemacht werden kön-

\* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn.

\*\* Der Autor ist wissenschaftlicher Referent am ZEI.

1) Koenig, EuZW 1998, 513.

2) Besonders deutlich wird dies in der Mitteilung „Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben“, ABIEG 1998 Nr. C 107, S. 7 Tz. 1.2. Dort heißt es: „Subventionsspiralen dieser Art können den Wettbewerb im Binnenmarkt erheblich verzerren und begünstigen überdies die reicheren Mitgliedstaaten und/oder Regionen, die mehr Mittel für Regionalbeihilfen zur Verfügung haben.“

3) Zu diesem Ansatz ausführlich Kerber, in: Cassel (Hrsg.), Europäische Integration als ordnungspolitische Gestaltungsaufgabe, 1998, S. 37 (39 ff.).

4) Kerber, in: Jb. für Neue Politische Ökonomie Bd. 17, 1998, S. 199 ff.

ven Wettbewerb der Standorte im Wege. Schließlich sei erwähnt, daß die ausufernde Prima-facie-Erfassung des mitgliedstaatlichen Förderpotentials rechtspolitischen Sprengstoff in sich birgt.

Noch weniger befriedigend ist jedoch die andere Option: Verzichtet die Kommission nämlich auf eine Erfassung der Umgehungsmöglichkeiten, entwickelt sich die Beihilfenkontrolle zumindest in zweifacher Hinsicht defizitär. Zum einen wird das Ziel, einen unverfälschten Wettbewerb zu erreichen, für die nicht überwachten Bereiche verfehlt. Zum anderen stellt sich aber die Frage nach der Kohärenz einer Beihilfenkontrolle, die mitgliedstaatliche Maßnahmen mit vergleichbaren ökonomischen Auswirkungen ungleich behandelt und dies abhängig davon, wie sie jeweils ausgestaltet worden sind. Dann steuert im Ergebnis das Ausgestaltungsgeschick der mitgliedstaatlichen Instanzen die Reichweite der Beihilfenkontrolle und eines fairen mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs.

#### 4. Ausnahmeregelungen nach Art. 87 III EGV und industriepolitische Instrumentalisierung der Beihilfenkontrolle

Die Kommission verfügt im Rahmen der Ausnahmevorschrift des Art. 87 III EGV über ein außerordentlich weites Ermessen bei der Beurteilung der Frage, ob eine an sich unzulässige Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann<sup>14</sup>. Dies betrifft schon die einzelnen teilweise sehr vage gefaßten Tatbestandsmerkmale des Art. 87 III EGV (z. B. die Merkmale „Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig“ und „erhebliche Unterbeschäftigung“ in lit. a), aber erst recht die abschließende Gesamtabwägung zwischen dem Schutz des unverfälschten Wettbewerbs einerseits und den mitgliedstaatlichen wirtschaftspolitischen Förderzielen, die überdies im Hinblick auf die Kompatibilität mit Gemeinschaftszielen geprüft werden, andererseits. Der *EuGH* beschränkt sich bei der Kontrolle dieser Ermessensausübung im wesentlichen auf eine rein formale Überprüfung der Ordnungsgemäßheit der Sachverhaltsmittlung und der Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Eine auf tatsächliche Wettbewerbsverhältnisse ausgerichtete Prüfung erfolgt nicht. Der *EuGH* prüft lediglich, ob ein Amtsmissbrauch, ein zweckwidriger Ermessensgebrauch oder Evidenzfehler vorliegen<sup>15</sup>. Damit hat die Kommission in erheblichem Umfang die Möglichkeit, durch eine freie Gewichtung der abwägungsrelevanten Parameter eigene industriepolitische Interessen zu verfolgen. Wie weit dieser Ermessensspielraum verstanden wird, verdeutlicht Generalanwalt *Capotorti*, der in seinen Schlußanträgen zum Fall *Philip Morris* der Kommission folgend sogar die schädlichen Auswirkungen des Tabakgenusses auf die Gesundheit für berücksichtigungsfähig hält<sup>16</sup>. Damit wird die Ausnahmeregelung des Art. 87 III EGV endgültig zu einem Einfallstor zur Verfolgung kaum mehr kontrollierbarer nicht nur industriepolitisch sondern sogar allgemeinpolitischer Ziele. Aber selbst wenn man einem derart weiten Verständnis des Ermessensspielraums nicht folgt, zeigt die Beihilfenpraxis der Kommission zumindest deutlich, daß eine industriepolitische Instrumentalisierung des Art. 87 III EGV bereits eingerissen ist. Das betrifft Entscheidungen in Einzelfällen, etwa in bezug auf große Luftverkehrsgesellschaften (*Air France*, *Iberia* etc.)<sup>17</sup> oder die Kfz-Industrie<sup>18</sup> ebenso wie die von der Kommission (teilweise in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten) zunehmend erlassenen „Gemeinschaftsmaßnahmen“, „Leitlinien“, „Codices“, „Koordinierungsgrundsätze“ u. ä. Durch letztere tritt zwar eine gewisse Ermessensbindung der Kommission ein, ebenso wie sie für eine gleichförmige Anwendung des Beihilfenrechts sorgen und Vertrauensschutz begründen können. Allerdings verfolgen auch sie den Zweck, die Beihilfenpolitik in ein von der Kommission maßgeblich mitbestimmtes Konzept der gemeinschaftlichen

industriepolitischen Zielsetzungen einzufließen<sup>19</sup>.

In welchem Umfang die Kommission davon ausgeht, daß bei der Beihilfenkontrolle allgemeinpolitische Ziele verfolgt werden können, wird in den alljährlichen Berichten über die Wettbewerbspolitik deutlich. Dort heißt es für den Berichtszeitraum 1997: „Die Kommission hat auch 1997 strenge Maßstäbe an die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt angelegt, dabei aber versucht, den Grundsatz eines unverfälschten Wettbewerbs mit dem Umstand in Einklang zu bringen, daß bestimmte Beihilfen durchaus einen Beitrag zu den Zielsetzungen der übrigen Gemeinschaftspolitiken leisten können.“<sup>20</sup>

Überdies ist darauf hinzuweisen, daß gerade bei der Gewährung industriepolitisch motivierter Beihilfen der schädliche Einfluß von Interessengruppen besonders wahrscheinlich ist. Die Vergabe von Beihilfen erfolgt gegenwärtig immer in einem politisch determinierten Kontext. Hier gelingt es aber keinesfalls, daß gerade in denjenigen Fällen Beihilfen gewährt werden, in denen dies auch i. S. einer gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtssteigerung sinnvoll ist. Vielmehr erhalten oftmals diejenigen Branchen oder Unternehmen Beihilfen, die über eine besonders gut organisierte Lobby verfügen. Auch hier sind die Gefahren für einen fairen Systemwettbewerb offensichtlich.

#### 5. Wettbewerbsverzerrende Auswirkungen der Gemeinschaftsbeihilfen

Ergänzt werden diese industriepolitisch motivierten Inkonsistenzen innerhalb des EG-Beihilfenrechts durch das eigene gemeinschaftliche Beihilfenregime. Denn die EG tritt selbst als potenter Beihilfenzahler auf, unterliegt aber keiner effektiven und wettbewerbsorientierten Kontrolle. Der *Europäische Rechnungshof* ist lediglich auf die haushaltsrechtliche, nicht aber auf die wettbewerbspolitische Kompatibilität der Gewährung von Gemeinschaftsbeihilfen verpflichtet. Derweil installiert die Gemeinschaft in immer weiter ausgedehnten Bereichen der Industriepolitik eine zunehmend unkoordinierte Vielzahl von Programmen, Projekten, Fördermaßnahmen u. ä., deren Auswirkungen auf das Funktionieren eines Wettbewerbs zwischen den Unternehmen einerseits und auf den Systemwettbewerb zwischen Mitgliedstaaten als Standortanbieter andererseits nicht hinreichend beachtet werden<sup>21</sup>. Als Folge treten erhebliche Verzerrungen der Wettbewerbsstrukturen auf dem Markt der Güter und dem der Standorte durch ein industriepolitisches „Gemisch aus Protektion und Subvention“<sup>22</sup> auf. Dies kann die Kontrolle durch den *Europäischen Rechnungshof*

14) Dies ist in der Literatur einhellig anerkannt; statt vieler *Mederer* (o. Fußn. 12), Art. 92 Rdnrn. 66 f. Die stetige Erweiterung der zu beachtenden Zielsetzungen der Gemeinschaft verstärkt die Freiheit des Ermessens, so auch *Immenga*, *EuZW* 1994, 14 (17).

15) *Schohe/Hoenike*, *EuZW* 1997, 741 (744) m. w. Nachw.

16) Schlußanträge v. 18. 6. 1980, *Slg.* 1980, 2693 (2701 f.) – *Philip Morris*; krit. dagegen *Mederer* (o. Fußn. 12), Rdnr. 71.

17) Zur Rechtfertigung der Beihilfen: XXVI. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1997, S. 247 ff.; scharfe Kritik bei *Bishop*, *ECLR* 2 (1997), 84 (85 f.).

18) Hier ist etwa an die verschiedenen Beihilfen zu denken, die BMW genehmigt wurden, insb. für das neue Werk der Rover-Gruppe in Hams Hall: XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1998, S. 257.

19) Ebenso *Oppermann*, *EuropaR*, 2. Aufl. (1999), Rdnr. 1129; Krit. auch *Schütterle*, *EuZW* 1995, 391 (394).

20) XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1998, Rdnr. 231 (Hervorhebung durch die Verfasser).

21) Abl. gegenüber der Industriepolitik der Gemeinschaft und der Berechtigung einer entsprechenden Kompetenzgrundlage in Art. 130 EGV a. F. (= Art. 157) *Lecheler*, in: *Grabitz/Hilf*, *EUV/EGV*, Losebl. (1995), Art. 130 Rdnr. 21.

22) So *Möschel*, in: *Beisse u. a.* (Hrsg.), *Festschr. f. Beusch*, 1993, S. 593, im Hinblick auf die „französische Position“ innerhalb der EG, die sich immer stärker durchsetzt.

die Kreativität der Mitgliedstaaten im Verbund mit den Unternehmen beim Aufspüren neuer Unterstützungsformen geht, zeigt der Fall *Technolease*<sup>34</sup>: Hier überließ das Unternehmen Philips der Rabobank über eine seiner Tochtergesellschaften Know-how im Rahmen eines Leasing-Vertrages. Die Kommission vermutet, daß sich die Rabobank auf diese Weise eine raschere Abschreibung verschaffen konnte, da die Abschreibungszeiträume von Sektor zu Sektor unterschiedlich sind. Philips erzielte dagegen einen Buchgewinn. Indem die niederländischen Behörden diese bilanzmäßige Übertragung zugelassen haben, ermöglichten sie – so mutmaßt die Kommission – den Unternehmen eine Reduzierung ihrer steuerlichen Belastungen. Die Kommission hat daher im April 1997 das Verfahren nach Art. 88 III EGV (Art. 93 III EGV a. F.) eingeleitet. Erhärtet sich der Verdacht der Kommission, insbesondere auch bezüglich der Bestimmtheit und Selektivität der Maßnahme, so dürfte ein Steuernachlaß i. S. eines Standortpreiszabatts vorliegen und demnach eine Beihilfe.

Hinsichtlich der Herkunft der Begünstigung ist es keinesfalls erforderlich, daß eine Gewährung unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Geldquellen erfolgt, d. h. daß im Ergebnis eine finanzielle Belastung öffentlicher Mittel gegeben ist. Denn die vorteilhafte Ausfüllung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen oder die bestimmte und selektive Anwendung von Regulierungen können die gleichen ökonomischen Wirkungen bedingen wie finanzielle Beihilfen. Sie stellen sich aus der Perspektive eines Systemwettbewerbs gleichermaßen als ein Preisnachlaß auf Standortsteuern und -regulierungen dar und bewirken aus dem Blickwinkel des Wettbewerbs auf Gütermärkten eine zur Verzerrung geeignete Begünstigung der Unternehmen. Hinreichend für die Qualifikation ist insoweit vielmehr, daß die Begünstigung auf staatliches Handeln zurückführbar ist. Der Verzicht auf die Einhaltung belastender Regulierungen, etwa Umweltstandards, zugunsten bestimmter Unternehmen muß daher entgegen der Auffassung der Kommission als Beihilfe qualifiziert werden<sup>35</sup>. Dies entspricht auch dem Wortlaut des Art. 87 I EGV, der „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ erfaßt, und damit die Belastung öffentlicher Mittel nur als eine Variante ansieht. Die Auffassung des *EuGH*<sup>36</sup>, daß dieses Tatbestandsmerkmal lediglich zum Ausdruck bringen wolle, daß sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Belastung von Staatsmitteln erfaßt sei, jedenfalls aber eine solche Belastung zu erfolgen habe, ist daher zurückzuweisen. Eine allzu exzessive Anwendung des Art. 87 I EGV wird im übrigen durch die Tatbestandsmerkmale der Bestimmtheit und Selektivität verhin-  
dert<sup>37</sup>.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist allerdings bei Erweiterung der Kontrollpraxis darauf zu achten, daß der berechnete Vertrauensschutz für bereits gewährte Beihilfen gewahrt wird. Außerdem müssen die Mitgliedstaaten durch eine systematische Anmeldung denkbarer Beihilfen deren zügige Kontrolle ermöglichen und damit im Falle ihrer Genehmigungsfähigkeit für Rechtssicherheit innerhalb einer kurzen Frist sorgen.

## 2. Stärkere wettbewerbsspezifische Ausrichtung der Beihilfenkontrolle

a) *Berücksichtigung des mitgliedstaatlichen Systembewerbs.* Unter Berücksichtigung des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs ist eine stringent ausgerichtete Beihilfenkontrolle möglich. Sind die Mitgliedstaaten Anbieter sogenannter Steuer- und Regulierungspakete in einem bisher vernachlässigten Binnenmarkt kollektiver Problemlösungen und die Unternehmen Nachfrager und werden Beihilfen dementsprechend als Preisnachlässe (Rabatte) verstanden, welche die Anbieter (Mitgliedstaaten) den Nachfragern (Unterneh-

men) gewähren, dann wäre es konsequent, daß die Beihilfen zwischen Anbietern und Nachfragern grundsätzlich frei verhandelt werden können, soweit ein fairer Wettbewerb gewährleistet wird. Die Beihilfenkontrolle hat aus der Sicht des Systemwettbewerbs insbesondere zu verhindern, daß unerwünschte grenzüberschreitende Externalitäten auf andere Standorte bei der Beihilfenvergabe entstehen<sup>38</sup>. Dieser Aspekt ist in die Beihilfenentscheidung mit einzustellen. Dann stellt sich aber die Frage<sup>39</sup>, welche Instanz am besten geeignet ist, insoweit die Kontrollfunktion auszuüben. Es ist davon auszugehen, daß allein bei der Kommission die Kompetenz und Wissensansammlung zur Beurteilung von grenzüberschreitenden Externalitäten als Fall eines Marktversagens des Systemwettbewerbs der Standortanbieter vorliegt und daß vor allem nur sie über eine klare Ausrichtung auf die Wahrung des gemeineuropäischen Wohls verfügt, die derartige Externalitäten zu verhindern bestimmt ist. Daher ist es naheliegend, ihre zentrale Kontrollaufgabe noch auszubauen<sup>40</sup>.

Unabhängig davon ist jedenfalls eine Fokussierung des „Kontrollstrahls“ erforderlich. Die Kommission sollte daher ihre Strategie ausbauen und sich noch mehr auf große Fälle konzentrieren<sup>41</sup>. Mit Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. 5. 1998 über die Anwendung der Art. 92 und 93<sup>42</sup> auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen<sup>43</sup> (Ermächtigungsverordnung) verfügt die Kommission jetzt auch über eine eindeutige Rechtsgrundlage, um im Verordnungswege Subventionen, die über einen bestimmten Zeitraum einen festgesetzten Betrag nicht überschreiten, nicht als Beihilfen zu qualifizieren und daher von der Anmeldepflichtung des Art. 88 III EGV auszunehmen. Die derzeitige de-minimis-Schwelle von 100 000 Euro für einen Zeitraum von drei

34) XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1998, Rdnr. 218; Fall C 28/97 ex NN 38/97 – *Technolease Philips-Rabobank*, ABIEG 1997 Nr. C 388, S. 2.

35) So die Kommission im Fall NN 118/97; vgl. den Hinweis der Kommission (o. Fußn. 34), Rdnr. 224.

36) *EuGH*, Slg. 1993, I-6185 = *EuZW* 1994, 91 Rdnr. 16 – *Kirsammer-Hack*; *EuGH*, Slg. 1993, I-887 = *EuZW* 1993, 288 Rdnr. 19 – *Slovan Neptun*.

37) Auch *Slotboom*, ELR 20 (1995), 289 argumentiert eingängig und entgegen der vorgenannten Urteile des *EuGH* gegen die Notwendigkeit und den Sinn des Tatbestandsmerkmals „Belastung öffentlicher Mittel“. Er führt ferner aus, daß dadurch keinesfalls die Grenzen zu den anderen Vertragsbestimmungen verwischt werden.

38) Diese führen im übrigen zu einem volkswirtschaftlich schädlichen „race-to-the-bottom“, d. h. im Ergebnis zu einem vollständigen Preisnachlaß, da sich die Mitgliedstaaten in einer dem „Gefangenendilemma“ vergleichbaren Situation befinden. Deziert in diese Richtung *Schaefer* (o. Fußn. 5), S. 1 (11 ff.); offen *Kerber* (o. Fußn. 3), S. 37 (64 f.). Auch die Kommission geht von der Gefahr eines Preisnachlaß-Krieges aus; vgl. etwa die Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, die von der Gefahr eines „Subventionswettlauf[s]“ sprechen, ABIEG 1997 Nr. C 283, S. 2 Tz. 1.1. Die Mitteilung „Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben“ spricht von einer „Subventionsspirale“, ABIEG 1998 Nr. C 107, S. 7 Tz. 1.2. Zum „Preisnachlaß-Krieg“ in den U.S.A., die keine Beihilfenkontrolle kennen, *Hellerstein*, *State Aid Control in the American Federal System*, Paper prepared for the 1999 EU Competition Workshop, *State Aid Control in the European Union*. Panel Three: Possibilities für a Decentralised Approach to EU State Aid Control, European University Institute Florence, S. 21 ff.

39) Weiterer Erforschung bedürfen ferner das genaue Verhältnis des Wettbewerbs zwischen Unternehmen einerseits und des Systemwettbewerbs andererseits und entsprechende Regeln, die beide Wettbewerbsprozesse optimal zur Entfaltung und in Einklang miteinander bringen.

40) Skeptisch dagegen *Kerber* (o. Fußn. 3), S. 37 (64 f.). Es ist jedenfalls sehr sorgfältig zu prüfen, inwiefern tatsächlich grenzüberschreitende Externalitäten, die das Funktionieren des Systemwettbewerbs in Frage stellen, entstehen und inwiefern diese wiederum aus der Sicht des Mitgliedstaates dadurch gerechtfertigt werden können, daß dieser lediglich Externalitäten auf den Gütermärkten durch Beihilfen ausgleicht.

41) *Van Miert*, *Die Zukunft der Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union*, 1997, S. 20 f. In diesem Kontext ist auch die Mitteilung der Kommission „Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben“ (ABIEG 1998 Nr. C 107, S. 7) zu sehen.

42) Nunmehr Art. 87 und 88 EGV gem. der durch den Vertrag von Amsterdam eingeführten Artikelnumerierung.

43) ABIEG 1998 Nr. L 142, S. 1.

Kontrollnetzes. Auf primärrechtlicher Ebene wird darüber nachzudenken sein, ob eine Umgestaltung des bislang bilateral zwischen Kommission und Mitgliedstaat ausgestalteten Beihilfenverfahrens nicht dahingehend sinnvoll wäre, daß konkurrierende Standortanbieter und Unternehmen von vornherein unter bestimmten Voraussetzungen in ein multipolares Verfahren integriert werden, um die Externalitäten einer Beihilfengewährung auf andere Standorte von Anfang an im Beihilfenverfahren einzubringen.

Schließlich werden die Gruppenfreistellungsverordnungen ähnlich wie schon die Leitlinien zu einer Entlastung der Verwaltungsstrukturen führen, auch wenn in praxi zunächst fast ausschließlich nur solche Beihilfen „privilegiert“ werden dürften, für welche die Kommission schon vorher präzise Vereinbarkeitskriterien in Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen aufgestellt hat<sup>54</sup>. Im Hinblick auf die Verfahrensverordnung ist zu hoffen, daß der Gewinn an Transparenz und Rechtssicherheit für eine höhere Festigung der Beihilfenregeln sowohl bei den Adressaten als auch bei den Anwendern sorgen wird, so daß insoweit Beschleunigungsgewinne erzielt werden können.

Die wünschenswerte Entpolitisierung der Beihilfenkontrolle dürfte schließlich konsequent nur durch ihre Auslagerung aus der politisierten Kommission erzielbar sein<sup>55</sup>. Denn die Kommission ist als Initiatorin und Beteiligte von vielfältigen industriepolitischen Maßnahmebündeln zu sehr befangen, als daß sie eine dem unverzerrten Wettbewerb auf Gütermärkten und auf dem Markt der Standortanbieter vollständig verpflichtete Kontrollpolitik unabhängig verfolgen könnte. Die Kontrolle der Gemeinschaftsbeihilfen sollte durch dasselbe Amt erfolgen, um einheitliche Maßstäbe zu gewährleisten und unerwünschte Synergien zu verhindern. Daß insoweit eine Kontrolle erforderlich ist, ergibt sich daraus, daß die Gemeinschaftsbeihilfen im gleichen Umfang wie mitgliedstaatliche Beihilfen den Wettbewerb auf Gütermärkten und auf dem Markt der Standortanbieter verzerren. Die Tatsache, daß diese Beihilfengewährung auf die Gemeinschaftsziele verpflichtet ist, vermag dies nicht zu verhindern. Die Schaffung eines unabhängigen Amtes für die Kontrolle der mitgliedstaatlichen und gemeinschaftlichen Beihilfen ist gegenwärtig aber kaum durchsetzbar.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, daß der Subventionsspirale, in der sich die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft als Beihilfenleister im globalen Standortwettbewerb wiederfinden, durch eine zweifache internationale Aktivität begegnet werden sollte: Zum einen ist der Weg der intergouvernementalen Absprachen zur Beihilfenrücknahme in globalen Budgets auf Gemeinschaftsebene denkbar<sup>56</sup>. Dies sorgt auch für eine gewisse Dezentralisierung, indem die Mitgliedstaaten mit in die Verantwortung zur Rückführung der Beihilfen genommen werden. Zum anderen sollte die Handelspolitik der Gemeinschaft auf internationaler Ebene darauf bedacht sein, Beihilfenspiralen zu verhindern und insoweit funktionierende Kontrollinstanzen zu schaffen<sup>57</sup>.

### III. Fazit

Die Verfahrensverordnung und die Ermächtigungsverordnung in Beihilfensachen enthalten durchaus hilfreiche Ansätze für eine Fortentwicklung des Beihilfenrechts, insbesondere durch die vorsichtige dezentralisierte mitgliedstaatliche Anwendung im Rahmen der Ermächtigungsverordnung und eine stärkere Transparenz und Greifbarkeit des Beihilfenrechts durch die Verfahrensverordnung. Ferner sorgt die Ermächtigungsverordnung für Rechtssicherheit im Hinblick auf die de-minimis-Regelung. Wichtig ist auch die Entlastung der Kommission, die durch diese Regelung und die Freistellungsverordnungen erreicht werden kann. Dies schafft freie Kapazitäten für die hier vorgeschlagene Neuausrichtung der Beihilfenkontrolle, die allerdings gleichwohl einen Ausbau der Beihilfenkontrollenheiten erfordert. Mutigere Schritte wie eine verschärfte Verfahrensbeschleunigung

und ein Ausbau der Rechte der Beteiligten sind allerdings noch erforderlich. Ergänzend ist die Schaffung eines unabhängigen Amtes zur Beihilfenkontrolle auf Gemeinschaftsebene, das auch die von der Gemeinschaft gewährten Subventionen überwacht, empfehlenswert. Noch wesentlicher für die Zukunft ist jedoch eine stärkere Berücksichtigung des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs in der Beihilfenkontrollpraxis ebenso wie eine verstärktere Analyse der Auswirkungen auf den Wettbewerb (auf den Gütermärkten und auf dem Markt der Standortanbieter), insbesondere unter Rückgriff auf das Eingrenzungskonzept des relevanten Marktes. Die Bedeutung des Konzepts des relevanten Marktes zeigt sich schon bei der Fassung des Beihilfenbegriffs, der das Merkmal der Selektivität voraussetzt. Darunter ist die rechtliche oder faktische Begünstigung von ausgewählten Unternehmen, die auf dem relevanten Markt konkurrieren, zu verstehen. Auf Tatbestandsebene ist insgesamt von einem weiten Beihilfenbegriff *ratione materiae* auszugehen, der Beihilfen als Preisnachlässe auf Standortsteuern und -regulierungen versteht. Die Belastung öffentlicher Mittel ist dabei entgegen der Auffassung von Kommission und *EuGH* kein Begriffsmerkmal der Beihilfendefinition. Die Bestimmtheit richtet sich danach, ob das Steuer- und Regulierungspaket selbst betroffen ist (dann liegt eine allgemeine Maßnahme vor), oder ein darauf bezogener Preisnachlaß gewährt wird (dann ist das Tatbestandsmerkmal „Bestimmtheit“ gegeben).

54) *Sinnaeve*, EuZW 1999, 270.

55) Dagegen *Schütterle*, EuZW 1995, 391, der eine solche Behörde mit der Lösung des rechtlich/politischen Zielkonflikts als überfordert ansähe. Die hier vorgeschlagene Entpolitisierung des Beihilfenrechts entschärft dieses Problem jedoch. *Ehlermann*, *Fordham International Law Journal* 18 (1995), 1212 (1218) hält es für absolut unrealistisch, daß die Kontrolle einer derartig zentralen nationalen Regierungsgewalt (und auch Parlamentsgewalt), wie sie die Gewährung von Beihilfen darstellt, einer unpolitischen Einrichtung anvertraut werden könnte. Dieser Einwand spricht zum einen nicht gegen die Prüfung der Gemeinschaftsbeihilfen durch ein unabhängiges Amt. Im übrigen kann für hochpolitische mitgliedstaatliche Beihilfen die Ausnahmegenehmigung nach Art. 88 II Unterabs. 3 EGV bestehen bleiben.

56) *Schmidt*, *The Control of State Aids – A Proposal for a Co-Ordinated Approach*, Paper prepared for the 1999 EU Competition Workshop, State Aid Control in the European Union, Panel One: Justifications for State Aids, European University Institute Florence, S. 1 (7 ff.), auch mit Argumenten für eine verstärkte Einbindung der Mitgliedstaaten.

57) Zu dem bislang nur wenig effektiven Ansätzen auf der Ebene der WTO *Schaefer* (o. Fußn. 5), S. 1 (27 ff.).

## Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU

### Zum Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F.)

Von Professor Dr. Dr. h. c. Ernst-Joachim Mestmäcker, Hamburg\*

Der nachfolgende Beitrag setzt sich kritisch mit dem Kommissionsweißbuch auseinander, in dem weitreichende Neuerungen bezüglich der Aufsicht und Durchführung des Gemeinschaftskartellrechts vorgeschlagen werden. Der Autor äußert gegenüber diesem Vorschlag rechtssystematische und rechtspolitische Bedenken.

\* Der Autor ist ehemaliger Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.