

Aufsätze und Berichte

Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission

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

Die Praxis der Beihilfekontrolle der EG-Kommission erfasst immer neue Gebiete offener oder verdeckter staatlicher Subventionsversuche. Längst ist auch der Bereich „Kultur“ unter die Lupe der Brüsseler Wettbewerbshüter geraten. Der Ausbau des tatbestandlichen Anwendungsbereichs der Beihilfekontrolle geht allerdings Hand in Hand mit einer Ausdifferenzierung und Verstärkung der Ausnahmeklauseln des Art. 87 III lit. d EG. Für den Bereich der Kulturförderung ist dementsprechend neben einer Tatbestandsausdifferenzierung mit einer steigenden Bedeutung des Art. 87 III lit. d EG zu rechnen. In der Kommissionspraxis zeichnet sich bereits eine vorsichtige Aktivierung des Art. 87 III lit. d EG ab. Die ersten Fälle der Beihilfekontrolle im Kulturbereich und der Anwendung des Ausnahmetatbestandes sollen im Folgenden kritisch analysiert und in die Systematik des übrigen Beihilfenrechts eingeordnet werden. Angesichts der besonderen wirtschaftlichen Durchdringung der Film- und Fernsehkultur betreffen sie vor allem Unternehmen aus der Medienindustrie.

I. Vorliegen einer Beihilfe im Kulturbereich

In den ersten Jahren nach Einfügung der Ausnahmeklausel für Kulturförderung in Art. 87 III lit. d EG (früher Art. 92 III lit. d EGV) durch den Maastrichter Vertrag wurde die Debatte um Inhalt und Auswirkungen dieser Bestimmung weitgehend in der Literatur geführt¹. Im Übrigen galt ohnehin das aus der Kommission zu vernehmende Zugeständnis, mitgliedstaatliche Maßnahmen der Kulturförderung grundsätzlich unbehelligt zu lassen². Angefangen vom Streit um die Finanzierung des öffentlichen Rundfunks bis hin zu Entscheidungen zur Filmförderung zeichnet sich in jüngerer Zeit jedoch allmählich eine erste Kommissionskontrollpraxis auch im Hinblick auf staatliche Kulturbeihilfen ab, die wichtige Hinweise auf die zukünftige Anwendung der Ausnahmeklausel gibt. Im gleichen Zuge werden erste Konturen einer Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffs im Hinblick auf Kulturfördermaßnahmen deutlich.

1. Keine Bereichsausnahme für Kulturförderungsmaßnahmen

Dabei ist zunächst festzustellen, dass staatlichen Maßnahmen der Kulturförderung nach inzwischen einhelliger Auffassung keine Bereichsausnahme gewährt wird³. Dies ergibt sich zwangsläufig seit der Einfügung der Ausnahmeklausel des Art. 87 III lit. d EG durch den Maastrichter Vertrag aus dem Wortlaut des EG-Vertrags selbst. Denn wäre die Kultur allgemein von der Beihilfekontrolle ausgenommen, bedürfte es einer solchen Ausnahmebestimmung in Form einer Ermessensklausel nicht. Die Annahme einer Bereichsausnahme widerspräche überdies deutlich der von der Kommission zu Recht verfolgten Strategie, immer weitere Gegenstandsbereiche mitgliedstaatlicher Fördermaßnahmen unter den Kontrollstrahl des

Beihilfenrechts zu ziehen⁴. Nur dieser Ausgangspunkt der Zugrundelegung eines weiten Beihilfenbegriffs *ratione materiae* wird dem Ziel des Beihilfenkontrollsystems gerecht, einen unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen (vgl. auch Art. 3 I lit. g EG). Im Kulturbereich gibt es gleichermaßen Wettbewerbsstrukturen, die durch staatliche Finanzierungseingriffe nachhaltig beeinträchtigt werden können. Inwiefern tatsächlich ein solcher Wettbewerb besteht und dessen Schutz nicht gegebenenfalls angesichts gewichtiger kultureller Erwägungen zurückstehen muss, ist dann wiederum eine Frage des Vorliegens einer Beihilfe und deren Genehmigungsfähigkeit.

In diesem Zusammenhang ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Beifügung des Protokolls über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten aus dem Jahr 1997 zur Ergänzung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften ebensowenig eine Bereichsausnahme für Beihilfen an den öffentlichen Rundfunk schafft. Denn inhaltlich geht der Wortlaut des Protokolls nicht über den der Kulturausnahmeklausel des Art. 87 III lit. d EG hinaus, indem auch das Protokoll wortgleich als Grenze der Finanzierungsmöglichkeiten bestimmt, dass „die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt [werden], das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Der folgende Halbsatz („wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist“) ist ebensowenig ein Plus gegenüber der Ausnahmenvorschrift des Art. 86 EG. Eine weitere Erörterung der rechtlichen Tragweite des Protokolls ist daher nicht erforderlich. Die im Folgenden analysierten Entscheidungen der Kommission zur Rundfunkfinanzierung und zu anderen Fällen der Kulturförderung gehen dementsprechend auf eine Bereichsausnahme gar nicht ein.

2. Begünstigung

Im Hinblick auf die *Begünstigung* (oder Vorteilsgewährung) kann – bestätigt von der Rechtsprechung des *EuGH* – davon ausgegangen werden, dass sowohl Leistungsgewährungen als auch Belastungsverminderungen in einem weiten Sinne erfasst sind⁵. Keine Begünstigung liegt allerdings vor, wenn sich die staatliche Maßnahme als *angemessene Gegenleistung* für eine von dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Leistung darstellt. Dieser Aspekt spielt insbe-

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

** Der Autor ist wissenschaftlicher Referent am ZEI.

1) Vgl. neben den Hinweisen in den folgenden Fußnoten exemplarisch zur Frage, ob die genannte Ergänzung des EG-Vertrags ein Risiko für die Kulturförderung bedeutet oder nicht, bejahend *Bohr/Albert*, ZRP 1993, 61 (65 f.) und verneinend *Stein*, VVDStRL 53 (1994), 26 (34).

2) Entsprechende unterschiedliche Äußerungen der Kommission werden u. a. von *Bohr/Albert*, ZRP 1993, 61 (65 f.) und von *Schmahl*, Die Kulturkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 225 in ihrer Fußn. 1603 zitiert.

3) Statt vieler *Ress*, Gedächtnisschr. f. Grabitz, 1995, 595 (607 f.).

4) Dazu *Koenig/Kühling*, EuZW 1999, 517 (520 ff.) mit Hinweisen zu den daraus folgenden Konsequenzen.

5) Statt vieler *Mederer*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Komm. z. EUV/EGV, 5. Aufl. (1999), Art. 92, Rdnr. 5 m. w. Nachw.

sondere in der Diskussion um die Qualifikation der Gebühren zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine wichtige Rolle, ist aber für zahlreiche Fälle der Kulturförderung von gleicher Relevanz. Im Falle der Rundfunkgebühren ist dementsprechend zu prüfen, ob diese Leistungen an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter nicht lediglich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags (in Deutschland insbesondere der Gewährleistung der Grundversorgung) gewährt werden und folglich keine Begünstigung darstellen. Insoweit ist bereits eine Entscheidungspraxis der Kommission vorhanden⁶. So hat die Kommission in ihrer Entscheidung vom 2. 10. 1996 die Begünstigungswirkung von staatlichen Zahlungen an den portugiesischen Sender Radiotelevisão Portuguesa (RTP) verneint. In der Entscheidung ging es um den finanziellen Ausgleich für die Leistung verschiedener Aktivitäten, die der öffentlichen Rundfunkanstalt im Gegensatz zu den Privaten obliegen. Diese Pflichten reichen von der Bereitstellung eines audiovisuellen Archivs bis zur Finanzierung eines öffentlichen Theaters. RTP erhält die Vergütung für diese Leistungen allerdings nur auf der Grundlage einer genauen jährlichen Aufstellung der spezifisch anfallenden Kosten für jede der erbrachten Leistungen. Außerdem ist ein entsprechender Kostennachweis erforderlich. Nach Einschätzung der Kommission ist in diesem Fall ein adäquates und nachprüfbares Leistungs-Gegenleistungsverhältnis gegeben⁷. In der Entscheidung vom 24. 2. 1999 über die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Spartenkanäle Kinderkanal und Phoenix war dagegen eine solche Analyse der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nicht möglich⁸. Der Entscheidung lag eine Beschwerde privater Rundfunkveranstalter zugrunde, die sich u. a. gegen die vollständige Finanzierung der werbefreien Spartenprogramme Kinderkanal und Phoenix, einem Ereignis- und Dokumentationskanal, aus Rundfunkgebühren richtete. Nach dem Ansatz der Kommission wäre eine Berechnung der Angemessenheit der Gegenleistung nur dann möglich, wenn sie „für die Verpflichtung, eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu erbringen, zu Marktbedingungen festgesetzt [worden wäre]“. Dazu hätte eine Ausschreibung der Leistungserbringung erfolgen müssen, die allen interessierten Unternehmen die Möglichkeit gegeben hätte, die Höhe der Gegenleistung anzugeben, die sie für die Erbringung der Leistung verlangt hätten. In einem zweiten Schritt hätte „das mit der Dienstleistung betraute Unternehmen nach objektiven, geeigneten Kriterien ausgewählt“ werden müssen. Andernfalls greife eine Beihilfenvermutung⁹.

Damit stellt sich für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland das Problem einer Quantifizierung der Leistung, da dem bisherigen System sowohl der Ausschreibungsweg als auch die buchhalterische Aufrechnung der spezifischen Kosten zur Erfüllung spezifischer Aufträge fremd ist¹⁰. In der Literatur wird teilweise vorgeschlagen, dass insoweit den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum zu gewähren sei, der erst in Fällen des offenkundigen Missbrauchs überschritten werde¹¹. Es ist aber unwahrscheinlich, dass die Kommission in ihrer weiteren Praxis einen solchen Ermessensspielraum annehmen wird, da sie bereits in der Kinderkanal-Entscheidung dazu Gelegenheit gehabt hätte, davon aber sichtlich keinen Gebrauch gemacht hat. Staatliche Ermessensspielräume bei der Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung sind dem Beihilfenrecht ebenso wie wertende Elemente ohnehin fremd¹². Gelingt daher keine Quantifizierung, kann auf diesem Wege die Begünstigungswirkung nicht ausgeschlossen werden.

Eine andere Frage ist, ob sich die Kommission in Zukunft über die konkreten buchhalterischen Nachweise einer Mittelverwen-

dung für einen öffentlichen Auftrag hinaus nicht auch von anderen formellen Kriterien leiten lassen könnte, die im Ergebnis die Begünstigungswirkung entfallen ließen. So besteht etwa für den deutschen und österreichischen Rundfunk die Verpflichtung auf die Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Umgang mit den Gebühreneinnahmen. Überdies wird der angemessene Finanzierungsumfang durch eine unabhängige Einrichtung bestimmt¹³. Diese formellen Voraussetzungen haben jedoch im Hinblick auf den Bezugspunkt der Beihilfenprüfung – die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs – nicht die gleiche Aussagekraft wie der formelle Maßstab einer freien Vergabeentscheidung¹⁴ oder der „Private Investor“-Test¹⁵, der die Beihilfenvermutung nach der Kommissionspraxis entfallen lassen kann. Eine ordnungsgemäß durchgeführte Vergabeentscheidung ermöglicht nämlich gerade die Bestimmung des adäquaten Leistungsentgelts angesichts der Möglichkeit zur Abgabe von Angeboten für alle potenziellen Wettbewerber, was bei der Finanzierung des öffentlichen Rundfunks zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht der Fall ist. Der „Private Investor“-Test wiederum findet nur dann eine sinnvolle Anwendung, wenn es um staatliche Handlungen mit (zumindest langfristiger) Renditeaussicht geht. Im Fall der Erfüllung des öffentlichen Auftrags „Grundversorgung“ steht eine solche aber nicht zur Diskussion. Ein Vergleich mit einem privaten Investor ist deswegen nicht möglich. Daher kann auf diesem Wege ebensowenig das Vorliegen des Beihilfenabstandes ausgeschlossen werden¹⁶. Auch die Tatsache, dass ein Unternehmen – hier der öffentlich-rechtliche Rundfunk – mit einem Haushaltsdefizit zu kämpfen hat, ist irrelevant¹⁷. Haushaltsdefizite weisen keinesfalls treffsicher auf eine Unterkompensation bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben hin, sondern können ebenso gut Ausdruck interner Ineffizienzen sein, die nicht durch Beihilfen ausgeglichen werden dürfen, da andernfalls Wohlfahrtsverluste notwendig folgen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten insgesamt durch gemeinschaftsrechtliche Beihilfenormen nicht darin beschränkt werden, öffentliche Aufträge – seien sie kultureller oder sonstiger Art – zu umschreiben und deren Erfüllung zu vergüten¹⁸. Allerdings muss die Angemessenheit der Vergütung buchhalterisch kontrollierbar sein, soll bereits das Tatbestandsmerkmal „Begünstigung“ verneint und damit die Beihilfenprüfung schon an dieser Stelle beendet werden. Andernfalls ist der Beihilfencharakter anzunehmen, und es können nur noch die Ausnahmebedingungen des Art. 87 III lit. d EG und

6) Frey, ZUM 1999, 528 (533) mit weiteren Einzelheiten; ders., Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG 1999, S. 130.

7) Vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/96/882 und Kommission/Entsch. v. 10. 2. 1998, Auxílio estatal NN 141/95 insb. Tz. 5 – Financiamento dos canais públicos de televisão.

8) Vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/99/132 und Kommission, Entsch. v. 24. 2. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98 Tz. 6.1.1. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix).

9) Kommission, Entsch. v. 24. 2. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98 Tz. 6.1.1. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix) mit Verweis auf das Urteil des EuG, Slg. 1997, II-229 – Fédération française des sociétés d'assurances.

10) Frey, ZUM 1999, 528; Kruse, EWS 1996, 113 (119), sieht dagegen durchaus die Möglichkeit der Berechnung.

11) Dörr/Cloß, ZUM 1996, 105 (114), ihnen folgend Bartosch, EuZW 1999, 176 (178).

12) So zu wertenden Elementen v. Wallenberg, in: Gedächtnisschr. f. Grabitz, 1995, S. 867 (872); dagegen Kruse, EWS 1996, 113 (119).

13) Einzelheiten mit Blick auf das Beihilfenrecht finden sich für die deutsche Situation bei Otten, ZUM 1997, 790 (795), und für die österreichische Situation bei Dörr/Cloß, ZUM 1996, 105 (112 ff.).

14) Zur Anwendung dieses Maßstabes bei der Überprüfung von Beihilfenelementen bei Privatisierungen vgl. den XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1994, Tz. 403.

15) Vgl. jüngst das Urteil des EuG, Slg. 1999, II – 17 = ZIP 1999, 153 – Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, und dazu Martin-Ehlers, EWS 1999, 244.

16) A. A. Dörr/Cloß, ZUM 1996, 105 (114) und Otten, ZUM 1997, 790 (795).

17) A. A. Oppermann, ZUM 1996, 656.

18) Zutreffend Bartosch, EuZW 1999, 176 (177 f.).

des Art. 86 EG weiterhelfen, sofern nicht ein anderes Tatbestandsmerkmal entfällt.

3. Staatliche Herkunft der Begünstigung

Irrelevant ist die Tatsache, dass die Finanzierung durch Zwangsbeiträge erfolgt („parafiskalische Abgaben“ – wie etwa im Fall der Rundfunkgebühren). Das ist in der Rechtsprechung des *EuGH* und der Praxis der Kommission seit längerem anerkannt¹⁹. Dieses Ergebnis wird nicht durch die seit einiger Zeit eindeutig den Beihilfentatbestand einschränkende Rechtsprechung des *EuGH* zur Frage der „Belastung des Staatshaushalts“ durch die Beihilfenvergabe in Frage gestellt. Danach steht fest, dass im Ergebnis eine Minderung öffentlicher Mittel vorliegen muss, um das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Herkunft zu bejahen²⁰. Diese Rechtsprechung dient aber vor allem der Ausgrenzung solcher staatlicher Maßnahmen, die nicht mit einem unmittelbaren Geldtransfer verbunden sind, wie der Verzicht auf die Einhaltung belastender Regulierungen, etwa arbeitsrechtlicher Bestimmungen oder Umweltstandards. Zwangsbeiträge unterscheiden sich überdies in ihrer ökonomischen Wirkung nicht von der aus Steuermitteln gewährten Mittelzuwendung²¹. Andernfalls wäre außerdem den Mitgliedstaaten ein erheblicher Spielraum zur Umgehung des Beihilfenrechts eröffnet. Von diesen Annahmen geht auch die Kommission in ihrer jüngeren Entscheidungspraxis zur Rundfunkfinanzierung aus, in der sie die staatliche Herkunft der verbindlichen und gesetzlich festgelegten Gebühren feststellt²². Die Tatsache, dass eine Minderung öffentlicher Mittel erfolgen muss, hat jedoch in der Kinderkanal-Entscheidung dazu geführt, dass im Hinblick auf einen möglicherweise privilegierten Zugang zum Kabelnetz das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Herkunft von der Kommission verneint wurde, da keine finanziellen staatlichen Mittel im Spiel seien, mit der Folge, dass der Beihilfentatbestand entfällt²³.

4. Bestimmtheit und Selektivität der Begünstigung

Als weiteres Tatbestandsmerkmal ist die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige erforderlich. Die Bestimmtheit bzw. Spezifität einer staatlichen Maßnahme liegt bereits dann vor, wenn die Vergünstigung faktisch nur einer begrenzten Anzahl von Unternehmen zu Gute kommt oder Ermessensspielräume den allgemeinen Charakter ausschließen. Zu begrüßen ist daher die von der Kommission eingeleitete strengere Einzelfallkontrolle spezifischer Steuerregelungen der Mitgliedstaaten. Im Lichte dieser jüngeren Entwicklung sind auch die im Rahmen der Kunst- und Kulturförderung bestehenden mitgliedstaatlichen Steuervergünstigungen zu betrachten²⁴. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Kommission in einer Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der Unternehmensbesteuerung²⁵ dargelegt hat, dass als Steuervorteile z. B. die Ermäßigung des Steuersatzes, Steuerabzüge, beschleunigte Abschreibungen oder der Erlass von Steuerschulden aufzufassen sind. Die Spezifität ergibt sich daraus, dass der Vorteil aus einer Ermessensentscheidung der Steuerbehörden oder einer Ausnahme von den allgemeinen Steuervorschriften folgt, die nicht durch die Natur oder den inneren Aufbau des Systems gerechtfertigt ist. Danach sind Steuervorschriften, die ein bestimmtes Gebiet, einen bestimmten Wirtschaftsbereich oder eine bestimmte Unternehmensfunktion betreffen, als spezifisch anzusehen. Dementsprechend hat die Kommission im Falle der Verbesserung der Abschreibungsregeln für Filmproduzenten ohne weiteres entschieden, dass darin keine allgemeine Maßnahme, sondern eine Betriebsbeihilfe (Beihilfe zur Finan-

zierung der laufenden Kosten eines Unternehmens) zu sehen ist²⁶.

Das Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit ist insbesondere bei der Subsumtion solcher Steuerregeln unter das Beihilferegime von Bedeutung, welche die Unternehmen lediglich mittelbar begünstigen. Die Tatsache, dass die Kulturförderung insgesamt als „weicher“ Standortfaktor auch einen mittelbaren Einfluss auf das Wirtschaftsleben und die Standortattraktivität zeitigt, ist nämlich für eine Qualifikation als „bestimmte“ staatliche Maßnahme nicht ausreichend. Insoweit wirkt sich die Kulturförderung lediglich als unbestimmte (Kultur-)Infrastrukturmaßnahme aus, die allen im Einzugsbereich der Kultureinrichtung angesiedelten Unternehmen – gegebenenfalls sogar grenzüberschreitend – zugute kommt²⁷. Das bislang in der allgemeinen Beihilfenpraxis und -literatur nicht hinreichend präzipierte Merkmal der Selektivität²⁸ findet auch in den bisherigen Entscheidungen zur Kulturförderung keine Anwendung.

5. Begünstigung von Unternehmen oder Produktionszweigen

Im Bereich der Kulturförderung ist die Frage der Unternehmensdefinition von besonderer Relevanz, da überwiegend solche Institutionen aus staatlichen Mitteln begünstigt werden, die nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind, wie beispielsweise Museen. Unter einem Unternehmen i. S. des Art. 87 EG ist im Gleichklang mit Art. 81 EG eine einheitliche, einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren zu verstehen, die auf Dauer wirtschaftlich tätig wird²⁹. Wie die Kommission in der Entscheidung zur gemeinnützigen Abfallverwertung Aachen festgestellt hat, ist eine Gewinnerzielungsabsicht dagegen nicht erforderlich, sofern eine Tätigkeit ausgeübt wird, für die es einen „Markt“ gibt, in dem mehrere Teilnehmer zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen³⁰. Bezüglich der Kulturförderung hat die Kommission in ihrer Entscheidung zum Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt ausgeführt, dass selbst ein nicht kostendeckender

19) *EuGH*, Slg. 1970, 487 (489, 495) – Frankreich/Kommission; *EuGH*, Slg. 1974, 709 (719 f.) – Italien/Kommission; *EuGH*, Slg. 1977, 595 (613) = NJW 1977, 1005 – Steinike u. Weinlig/Deutschland; *EuGH*, Slg. 1987, 4393 (4418) – Frankreich/Kommission; vgl. ferner *EuGH*, Slg. 1992, I-6559 (6574) – Claeys; Kommission, Entsch. v. 11. 3. 1989, ABIEG 1989 Nr. L 116, S. 52 – Kohlepfennig.

20) *EuGH*, Slg. 1993, I-6185 = *EuZW* 1994, 91 Rdnr. 16 – Kirsammer-Hack; *EuGH*, Slg. 1993, I-887 = *EuZW* 1993, 288 Rdnr. 19 – Sloman Neptun; zuletzt: *EuGH*, Slg. 1998, I-2629 = *EuZW* 1998, 473 Rdnr. 13 – Viscido; zur Kommission vgl. den Fall NN 118/97, dazu der Hinweis im XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1998, Tz. 224; zur Rechtsprechungsentwicklung *Soltész*, *EuZW* 1998, 747.

21) So im Ergebnis auch *Soltész*, *EuZW* 1998, 747 (752), der im Übrigen der Rechtsprechung des *EuGH* zur Tatbestandsrestriktion zustimmt.

22) Vgl. Kommission, Entsch. v. 24. 2. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98. Tz. 6.1.1. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix).

23) Vgl. Kommission, Entsch. v. 24. 2. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98. Tz. 6.1.2. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix), mit Verweis auf das Urteil des *EuGH*, Slg. 1980, 1205 = NJW 1980, 2008 – Denkavit.

24) Zu einzelnen Bestimmungen des deutschen Rechts, insb. im Bereich der Einkommens-, Umsatz- und Vermögenssteuer *Palm*, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat 1998, S. 202 ff.

25) ABIEG 1998 Nr. C 384, S. 3.

26) Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, Steunmaatregel nr. N 486/97 insb. Tz. 2.4. – Nederland (Steen voor speelfilmproductie; vgl. auch unten II.2).

27) Insoweit ist *Wemmer*, Die neuen Kulturklauseln des EG-Vertrages, 1996, sicherlich zuzustimmen. *Wemmer* verliert über diese Erkenntnis jedoch fälschlich die Bestimmtheit bezogen auf die subventionierten Unternehmen aus dem Blick.

28) Dazu *Koenig/Kühling*, *EuZW* 1999, 517 (520).

29) Dazu mit Einzelheiten und w. Nachw. *Schmahl* (o. Fußn. 2), S. 247 f.

30) Kommission, Entsch. v. 16. 9. 1997, ABIEG 1998 Nr. L 159, S. 58 (62) – Gemeinnützige Abfallverwertung Aachen.

Betrieb bei gleichzeitig geringer Ertragsaussicht die Unternehmenseigenschaft nicht entfallen lässt³¹. Unerheblich ist dabei die Rechtsform des Unternehmens und ob es als privates oder öffentliches Unternehmen geführt wird³². Dies ergibt sich auch aus dem Ziel des Beihilfenkontrollsystems, einen unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen. Danach muss der Unternehmensbegriff die Fälle erfassen, in denen entsprechende Anbieter marktgängiger Leistungen zueinander in einen (potenziellen) Wettbewerb treten³³. Im Hinblick auf Museen ist damit regelmäßig der Unternehmensbegriff erfüllt, da diese etwa auf dem Erwerbsmarkt von Museumsexponaten (z. B. Bilder) mit anderen Marktteilnehmern (anderen Museen, privaten Unternehmen etc.) konkurrieren. Nicht erfasst werden dagegen Preise, die an Private verliehen werden, wie beispielsweise Drehbuchförderpreise, da Private nicht die notwendige Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren aufweisen. Ohnehin überschreiten derartige Preise selten die *de minimis*-Schwelle, der zufolge einem Unternehmen innerhalb von drei Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten *de minimis*-Beihilfe insgesamt 100 000 Euro an Fördermitteln gewährt werden können, ohne dass dies einer Beihilfenkontrolle unterläge³⁴. Die Begünstigung von Produktionszweigen liegt etwa im Fall der Filmförderung vor, z. B. bei einer Verbesserung der Abschreibungsregeln für Filmproduzenten³⁵.

6. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb verfälschen“ muss zunächst ein tatsächliches oder potenzielles Wettbewerbsverhältnis gegeben sein. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um einen öffentlich subventionierten und gewährleisteten Wettbewerb handelt, wie es etwa für die Vermarktung von Opern in Deutschland weitgehend der Fall ist. Ausschlaggebend ist allein, dass faktisch Wettbewerbsverhältnisse bestehen³⁶. In den bisherigen Entscheidungen zur Kulturförderung hat die Kommission teilweise sehr sorgfältig die bestehenden Märkte analysiert und etwaige Beeinträchtigungsmomente herausgearbeitet. So hat die Kommission in der CELF-Entscheidung, in der es um staatliche Beihilfen zur Förderung einer Bücherexportvereinigung ging, eine Analyse des Vertriebsmarktes für Bücher vorgenommen. Dabei ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass bezüglich des Buchexports von Kleinbestellungen zwar kein intensiver Wettbewerb vorliege, aber immerhin auch andere Exportagenturen entsprechende Bücherbestellungen bedienen³⁷. In der Entscheidung Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt ging es um eine staatliche Förderung zum Ausbau eines Schaubergwerks, die darauf abzielte, den „Qualitätstourismus“ in einer historischen Kulturlandschaft zu unterstützen. Die Kommission hat Zweifel angemeldet, ob überhaupt ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, das durch den vorgesehenen Zuschuss beeinträchtigt werden könnte. Denn Konkurrenten mit entsprechenden Angeboten seien nicht ersichtlich, und eine Substituierbarkeit des Angebots mit anderen Attraktionen sei angesichts der Einzigartigkeit des Schaubergwerks nur schwer auszumachen³⁸. Ausnahmsweise hat die Kommission in dieser Entscheidung mit dem Substituierbarkeitstest zumindest ansatzweise auf das Konzept des relevanten Marktes abgestellt. Das Konzept des relevanten Marktes sollte in Zukunft regelmäßig zur Anwendung gelangen³⁹.

Im Hinblick auf die Fälle der Filmförderung ist die Kommission für Frankreich, die Niederlande und Deutschland mit knapper Begründung davon ausgegangen, dass die in den jeweiligen Ländern hergestellten Filme sich zwar primär am nationalen Markt orientieren aber auch über die

Grenzen hinaus vertrieben werden und gleichermaßen EG-ausländische Filme in die jeweiligen Länder eingeführt werden. Daher wurde ein Wettbewerbsverhältnis angenommen, das durch Beihilfen verfälscht werden kann⁴⁰. Für den Rundfunk begnügte sich die Kommission ebenso mit dem Hinweis darauf, dass auf dem (deutschen) Rundfunkmarkt zahlreiche inländische und ausländische Rundfunkunternehmen vertreten sind und viele davon grenzüberschreitend ihre Programme ausstrahlen und damit in Konkurrenz zu den dortigen Sendern treten. Überdies verweist die Kommission darauf, dass Rundfunkprodukte international gekauft und verkauft werden. Auf den Wettbewerb auf Werbemärkten ist die Kommission gar nicht mehr eingegangen⁴¹. An der zutreffenden Feststellung von Wettbewerbsverhältnissen im Rundfunkbereich ändert auch die Tatsache nichts, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten bestimmten Sonderregeln unterliegen, wie dies etwa für die deutschen öffentlichen Sender mit strengeren Werbebeschränkungen und Programmverpflichtungen der Fall ist⁴². Dies ist ein Aspekt, der im Rahmen der Prüfung nach Art. 87 III lit. d EG oder Art. 86 II EG berücksichtigt werden kann, nicht jedoch das faktische, bestehende Wettbewerbsverhältnis ausschließt.

Schließlich muss der grenzüberschreitende Handel beeinträchtigt werden, was für die erwähnten Entscheidungen des gemeinschafts- und weltweiten Marktes für Filme und Rundfunkprogramme ebenso wie für den gerade auf die Grenzüberschreitung angelegten Bücherexport der Fall ist. Bei den meisten lokalen und auch regionalen Kulturbeihilfen ist die Bejahung dieses Tatbestandselements allerdings fraglich und bedarf sorgfältiger Prüfung. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch für Kulturbeihilfen nunmehr mit Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. 5. 1998 über die Anwendung der Art. 92 und 93 EGV⁴³ auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen⁴⁴ die Kommission über eine eindeutige Rechtsgrundlage verfügt, 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 EG auszunehmen. Eine entsprechende Verordnung ist gegenwärtig in Vorbereitung⁴⁵.

31) Kommission, Entsch. v. 22. 12. 1998, Staatliche Beihilfe Nr. N 494/98, S. 4 – Österreich (Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt).

32) Mederer (o. Fußn. 5), Rdnr. 21.

33) Wie hier auch im Hinblick auf Kulturbeihilfen *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, 1991, S. 134; *ders.* (o. Fußn. 3), S. 595 (613 ff.) auch m. Nachw. zu restriktiveren Unternehmensbegriffen, die teilweise auf ideelle Zwecke ausgerichtete Einrichtungen vom Beihilfenbegriff ausgrenzen wollen, insb. S. 615 mit Fußn. 76.

34) Zur gegenwärtig noch geltenden *de minimis*-Regelung *Klein/Haratsch*, EWS 1997, 413 ff.

35) Dazu die Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, Steunmaatregel nr. N 486/97 – Nederland (Steun voor speelfilmproductie), vgl. auch unten II.2.

36) Dazu ausführlicher *Wemmer* (o. Fußn. 27), S. 205 ff.

37) Kommission, Entsch. v. 10. 6. 1998 ABIEG 1999 Nr. L 44, S. 37 (45 ff.) – *Coopérative d'exportation du livre française (CELF)*.

38) Vgl. Kommission, Entsch. v. 22. 12. 1998, Staatliche Beihilfe Nr. N 494/98, s. 4 – Österreich (Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt).

39) Dazu schon *Koenig/Kühling*, EuZW 1999, 517 (518 und 522).

40) Kommission, Entsch. v. 3. 6. 1998, Aide d'Etat n° N 3/98 Tz. 2 – France (*Soutien à la production cinématographique*), Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, Steunmaatregel nr. N 486/97 Tz. 2.1. = Nederland (Steun voor speelfilmproductie), Kommission, Entsch. v. 21. 4. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. N 4/98 – hier nur implizit aus Tz. 4 – Deutschland (Änderung der Filmförderung).

41) Kommission, Entsch. v. 24. 2. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98 Tz. 6.1. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix).

42) A. A. *Otten*, ZUM 1997, 790 (798 f.).

43) Nunmehr Art. 87 und 88 EG.

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

45) Der Entwurf einer „Verordnung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf De-minimis-Beihilfen“ ist abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/comm/dg04/lawaid/de/comodemi-de.pdf>.

II. Genehmigungsfähigkeit der Beihilfe auf Grund der „Kulturklausel“ des Art. 87 III lit. d EG

1. Struktur und Inhalt der Ausnahmeklausel des Art. 87 III lit. d EG

Art. 87 III lit. d EG bestimmt:

„Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden:

[...] d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.“

Die Ausnahmvorschrift wurde erst im Zusammenhang mit der Kulturklausel des früheren Art. 128 EGV durch den Maastrichter Vertrag über die Europäische Union in den Katalog des Art. 87 III EG eingefügt. Sie blieb in der Kommissionspraxis lange Zeit konturlos und hat erst durch neuere Entscheidungen zur Filmförderung, zum Rundfunk und zu einigen Einzelfällen der Kultursubventionierung eine erste Ausrichtung erlangt. Dabei wird durchaus deutlich, dass es sich bei der Kulturförderung um eine privilegierte Zwecksetzung handelt. Die Auslegung des Art. 87 III lit. d EG hat insbesondere im Lichte des Art. 151 EG zu erfolgen. Gemäß diesem durch den Amsterdamer Vertrag leicht modifizierten früheren Art. 128 EGV hat die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit den kulturellen Aspekten Rechnung zu tragen, wobei – und das ist neu – insbesondere die Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen im Vordergrund steht. Die Kommission verweist bei ihrer Kontrolle von Kulturbeihilfen dementsprechend auf die genannte Bestimmung⁴⁶. Die von *Ress* eingeforderte Anwendung des Beihilfenrechts in *favorem culturae* ist daher in Ansätzen durchaus zu erkennen⁴⁷, wie auch die im Weiteren dargestellten Entscheidungen im Ergebnis belegen.

Unter der Voraussetzung einer grundsätzlich wohlwollenen Prüfung von Kulturbeihilfen wird aber die Entwicklung eines gemeinschaftsautonomen normativen Kulturbegriffs – auf der Grundlage der mitgliedstaatlichen Traditionen und damit der Grundrechtskonkretisierung vergleichbar⁴⁸ – um so dringlicher⁴⁹. Unter Hinweis auf die Grundregel, dass die sachlichen Anwendungsbereiche der Ausnahmebestimmungen des Beihilfenrechts grundsätzlich eng auszulegen sind, hat sich die Kommission daran gemacht, sich dem Kulturbegriff fallweise zu nähern. Ausgangspunkt ist dabei nach Auffassung der Kommission derjenige gesicherte Bereich, der „nach allgemeiner Auffassung der Kultur zugeordnet“ wird⁵⁰. Dies wird nicht näher bestimmt und lässt an die klassischen Kultursparten wie Literatur, Musik (Oper, Operette, Konzerte etc.), bildende Kunst (Malerei, Architektur etc.) und darstellende Kunst (Schauspiel, Tanz, audiovisuelle Kunst etc.), aber auch an die Kulturvermittlung im Ausland (nationale Kultur und Sprache) denken, ganz im Sinne einer auch von *Ress* vorgeschlagenen pragmatischen Definition, die im Wesentlichen auf diejenigen Bereiche abstellt, in denen die Mitgliedstaaten traditionellerweise Kulturförderung betrieben haben⁵¹. Ergänzend verweist der Begriff des „kulturellen Erbes“ dann auf die Denkmalpflege. Hinweise auf eine solche Vorgehensweise seitens der Kommission lassen sich auch den übrigen Entscheidungen zur Ausnahmeklausel des Art. 87 III lit. d EG entnehmen. So hat die Kommission in der Entscheidung CELF ausgeführt, dass die Exportbeihilfen für Kleinbestellungen in einem doppelten Sinne der Kulturförderung dienen. Zum einen werde die Verbreitung der französischen Sprache im Ausland gefördert – ein klassisches Ziel der auswärtigen Kulturpolitik. Zum anderen werde angesichts der finanziellen Unterstützung von Kleinbestellungen gerade kulturell förderungswürdige Literatur in Kleinauflagen, meist Fachbücher und Belletristik (Poesie,

Romane, Kunstbücher etc.), subventioniert. Die Kommission weist eigens darauf hin, dass etwa die Großbestellung von Schulbüchern nicht unter die Beihilfenregelung fällt⁵². Auch in den Fällen der Filmförderung hat die Kommission anerkannt, dass die finanzielle Unterstützung audiovisueller Produkte in erster Linie den Filmen etc. als Trägern der nationalen Kultur und nicht der Entwicklung einer Unternehmenspolitik diene⁵³. Ergänzend hat die Kommission in der Entscheidung Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt auf den Begriff des „kulturellen Erbes“ verwiesen, um die Erhaltung und Wiederherstellung einer alten Salzmine als ein Schaubergwerk unter die Kulturklausel zu subsumieren, wobei die Kommission auch die Aufbereitung derartiger Kulturobjekte für die Öffentlichkeit unter die Ausnahmeklausel fasst⁵⁴.

Dennoch bemüht sich die Kommission gleichermaßen, das Vorliegen kultureller Zwecke streng zu überprüfen. Dies wird schon in den Entscheidungen zu den Filmförderbestimmungen deutlich, die so ausgestaltet werden müssen, dass das Ziel der Kulturförderung und nicht das der Industrieförderung im Vordergrund steht, wenn eine Genehmigungsfähigkeit nach Art. 87 III lit. d EG gewährleistet sein soll (dazu unten 2.). In der Entscheidung *Société française de production*, in der es um Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für eine Filmproduktionsfirma ging, hat die Kommission überdies dargelegt, dass keine hinreichenden Unterlagen eingereicht worden wären, um eine mögliche Kulturnahme zu begründen⁵⁵. Demnach besteht insoweit eine Substantiierungspflicht für die Mitgliedstaaten. Schließlich hat es die Kommission abgelehnt, den Rundfunkbereich pauschal der Kulturförderung zu unterstellen⁵⁶. Dementsprechend hat die Kommission in der Kinderkanal-Entscheidung festgestellt, dass diese Mittelbereitstellung der Verfolgung erzieherischer (Kinderkanal) oder demokratischer (Phoenix) Bedürfnisse diene und nicht der Förderung der Kultur⁵⁷. Diesem kategorialen Zugriff der Kommission ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings sind in Zukunft gerade bei solchen Entscheidungen, in denen eine Subsumtion unter den gemeinschaftsautonomen Kulturbegriff abgelehnt wird, weitere Ausführungen zu dem Aspekt erforderlich, dass derartige Fördermaßnahmen in den Mitgliedstaaten traditionellerweise nicht als Kulturförderungen eingestuft werden. Mit der Kommission ist folglich auf das vorrangige Ziel der Förderung abzustellen und angesichts des Gebots der

46) Vgl. Kommission, *Entsch. v. 3. 6. 1998, Aide d'Etat n° N 3/98 Tz. 2 – France (Soutien à la production cinématographique; Kommission, Entsch. v. 21. 4. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. N 4/98, Tz. 3 – Deutschland (Änderung der Filmförderung).*

47) Vgl. *Ress* (o. Fußn. 3), S. 595 (602 u. 622).

48) Dazu ausführlich *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 48 ff.

49) Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen von *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf*, Komm. z. EU, Losebl. (1998), Art. 128, Rdnrn. 11 ff.

50) So Kommission, *Entsch. v. 24. 2. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98 Tz. 6.2. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix).*

51) Vgl. *Ress* (o. Fußn. 3), S. 595 (622) mit der hier wiedergegebenen Einteilung, allerdings ohne Hinweis auf die auswärtige Kulturförderungs-politik.

52) Vgl. Kommission, *ABIEG 1999 Nr. L 44, S. 37 (52) – CELF.*

53) Vgl. vor allem Kommission *Entsch. v. 25. 11. 1998 Tz. 2.1 – Niederland (Steuern voor speelfilmproductie)*. Dort heißt es wörtlich: „Audiovisuele hulpmiddelen zijn in eerste instantie bestemd voor het creëren van audiovisuele producten als dragers van de nationale cultuur en niet voor de ontwikkeling van de activiteit van een bedrijf.“

54) Vgl. Kommission, *Entsch. v. 22. 12. 1998, Staatliche Beihilfe Nr. N494/98, S. 4 – Österreich (Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt).*

55) *Entsch. der Kommission v. 21. 11. 1998, über die bedingte Genehmigung der Beihilfe, die Frankreich zugunsten der Société française de production zu gewähren beabsichtigt, ABIEG 1998 Nr. L 205, S. 68 (71).*

56) In diese Richtung ist wohl *Ress* zu verstehen (o. Fußn. 3), S. 595 (622).

57) Vgl. *Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98 Tz. 6.2. – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix).*

restriktiven Auslegung von Ausnahmebestimmungen einer ausufernden Begriffsauslegung zu begegnen, die erzieherische und allgemein demokratiefördernde Zwecke unter den Begriff „Fernsehkultur“ subsumiert⁵⁸. Schließlich hat die Entscheidung Kinderkanal gezeigt, dass die berechtigten nationalen Interessen an der Sicherung und dem Ausbau des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sinnvoll im Rahmen des Art. 86 II EG berücksichtigt werden können⁵⁹.

Im Weiteren verlangt Art. 87 III lit. d EG eine Abwägung zwischen den berechtigten mitgliedstaatlichen Kulturinteressen einerseits und dem gemeinschaftlichen Imperativ des Wettbewerbschutzes andererseits. Abgesehen von der bereits erwähnten Betonung der Bedeutung kultureller Aspekte auf der einen Seite und dem Versuch einer näheren Bestimmung der Art und des Ausmaßes der Wettbewerbsverfälschung auf der anderen Seite sind den bisherigen Entscheidungen der Kommission keine weiterführenden, strukturierenden Kriterien zu entnehmen.

2. Die Entscheidungen zur Filmförderung

Mit den französischen, niederländischen und deutschen Filmförderentscheidungen hat die Kommission einen neuen Ansatz im Bereich der Filmförderung vorgestellt⁶⁰. Er zielt auf eine sorgfältigere Prüfung der Fördermittelrichtlinien im Hinblick auf ihre EG-beihilfenrechtliche Konformität ab. Grundsätzlich sind Filmförderbeihilfen dem neuen Ansatz zufolge nach Art. 87 III lit. d EG genehmigungsfähig. Dazu stellt die Kommission allerdings einen Katalog mit näheren Voraussetzungen auf, den die Förderrichtlinien erfüllen müssen. In jedem Fall muss gewährleistet sein, dass auch tatsächlich ein kulturelles Förderungsziel erreicht wird. Dies ist insbesondere in denjenigen Fällen wichtig, in denen eine automatische Mittelgewährung erfolgt. Dazu müssen zumindest die folgenden drei Aspekte gesichert sein:

- (1) nur europäische⁶¹ Projekte dürfen gefördert werden,
- (2) nicht kulturelle Projekte dürfen nicht gefördert werden (insbesondere Werbefilme und pornographische Filme) und
- (3) die fördermittelempfangenden Institutionen müssen ein Mindestmaß an Professionalität aufweisen, so dass ein qualitativer Minimalstandard der geförderten Projekte garantiert ist.

Im Weiteren akzeptiert die Kommission durchaus, dass die Fördermittel im Wesentlichen in der die Mittel gewährenden Gebietskörperschaft investiert werden. Allerdings ist stets zu berücksichtigen, dass es sich um eine eng auszulegende Ausnahme handelt, die der Förderung kultureller Projekte dienen muss. Filmprodukte stellen jedoch zugleich ein Wirtschaftsgut dar, dessen Vertrieb mit der Beihilfe gleichermaßen gefördert wird. Dies ist aber nicht Gegenstand der Ausnahmeklausel des Art. 87 III lit. d EG. Dementsprechend hält die Kommission nur eine solche Förderungsintensität für angemessen, die allzu intensive Wettbewerbsverzerrungen vermeidet. Sofern Produktionskosten betroffen sind, die grundsätzlich nichts mit der kulturellen Umgebung für die Produktion eines Filmes zu tun haben, ist eine Förderung beihilfenrechtlich nicht akzeptabel. Das gilt insbesondere für den überwiegend technischen Kostenblock (technische Hilfsmittel, Studios, Labors etc.). Hier ist ein grenzüberschreitender Markt zu gewährleisten. Diesen Kostenblock setzt die Kommission mit etwa 20 % an. Aufgrund dieser Überlegungen verlangt die Kommission das Vorliegen folgender Voraussetzungen:

- (1) der Produzent muss die Freiheit haben, einen Anteil von mindestens 20 % der Produktionskosten in einem anderen Mitgliedstaat als dem beihilfegewährenden Staat ausgeben zu dürfen, ohne dass dies einen Verlust der Beihilfe mit sich bringt,
- (2) es dürfen nicht gezielt bestimmte Kostenfaktoren gefördert werden (z. B. die Nutzung bestimmter Studios) und
- (3) die Beihilfenintensität darf 50 % nicht übersteigen.

Für einen vorübergehenden Zeitraum hat die Kommission in der Entscheidung zu den französischen Förderungs-

richtlinien allerdings gewisse Abstriche von diesen Anforderungen zugelassen⁶². So darf Frankreich in den nächsten zwei Jahren eine Höchstgrenze für Auslandsinvestitionen von 15 % ebenso wie die spezifische Förderung für Studios beibehalten, da die Regelung im Übrigen mit den aufgestellten Grundsätzen übereinstimmt und in dieser Zeit die Kommission eine Inventarisierung und „Harmonisierung“ der Beihilfenrichtlinien in den Übrigen Mitgliedstaaten erreichen will, in denen sie gleichermaßen Defizite erkennt.

Gegenwärtig sind in der Generaldirektion Wettbewerb (früher GD IV) zwei Kommissionsbeamte mit dieser Aufgabe betraut. Die Beihilfenregime der Länder Frankreich, Niederlande, Deutschland, Großbritannien und Irland sind bereits geprüft. Derzeit werden die Förderrichtlinien Luxemburgs und Belgiens kontrolliert. Die Kommission steht mit der Bundesregierung noch in Kontakt, um auch die Länderförderprogramme zu prüfen. Dabei dürften einige Anpassungen der Länderbestimmungen erforderlich sein. Dies betrifft insbesondere Bestimmungen, die eine höhere Beihilfenintensität als 50 % vorsehen⁶³. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob nicht für Low-Budget-Filme eine höhere Beihilfenintensität bei Förderungen, auch wenn sie die *de minimis*-Schwelle überschreiten, erlaubt werden sollte⁶⁴. Im Übrigen sind die Kommissionsansätze jedoch überzeugend.

3. Sonstige Fälle der Kulturförderung

Die weiteren Entscheidungen der Kommission zu Sonderfällen der Kulturförderung, insbesondere im Fall der Bücherexportbeihilfen (CELF) und des Erlebnis-Salzbergwerks Hallstatt, deuten ebenso wie der neue Ansatz zu den Filmförderungsrichtlinien einen gleichfalls pragmatischen Zugriff der Kommission bei der Heranführung des „Beihilfekontrollstrahls“ an das vermehrte Gebiet des primär durch mitgliedstaatliche Kompetenzen geprägten Kulturbereichs an. In beiden Fällen hat die Kommission die mitgliedstaatliche Förderungsberechtigung anerkannt und angesichts einer lediglich geringen Beeinträchtigung des Wettbewerbs eine Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Interesse und folglich eine materielle Rechtmäßigkeit angenommen⁶⁵.

III. Fazit

Damit zeichnet sich eine vernünftige Beihilfenkontrollpraxis der Kommission im Hinblick auf die Kulturförderung ab. Bei aller – auch ökonomischen – Begründbarkeit kulturfördernder Maßnahmen⁶⁶ darf es hier keine wettbewerbskontrollfreien Räume geben. Ebenso gilt es, jeglicher

58) Zu eng allerdings Engel, Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme, 1996, S. 44 f., der nur die „Hochkultur“ erfassen will.

59) Dazu ausführlich Frey, ZUM 1999, 528 (534 ff.).

60) Vgl. Kommission, Entsch. v. 3. 6. 1998, Aide d'Etat n° N 3/98 – France (Soutien à la production cinématographique); Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, Steunmaatregel nr. N 486/97 – Nederland (Steun voor speelfilmproductie); Kommission, Entsch. v. 21. 4. 1999, Staatliche Beihilfe Nr. N 4/98 – Deutschland (Änderung der Filmförderung).

61) Wobei dem Kontext zu entnehmen ist, dass es sich um „EU-europäische“ Projekte handeln muss, vgl. vor allem Kommission, Entsch. v. 3. 6. 1998, Aide d'Etat n° N 3/98, S. 6 – France (Soutien à la production cinématographique) in der vom Markt der EU die Rede ist.

62) Vgl. Kommission, Entsch. v. 3. 6. 1998, Aide d'Etat n° N 3/98 S. 8 f. – France (Soutien à la production cinématographique).

63) Dies ist etwa bei den Filmförderungsrichtlinien Nordrhein-Westfalens der Fall. Diese werden gegenwärtig jedoch an die Anforderungen der Kommission angepasst.

64) Etwa für Produktionen, deren Gesamtherstellungskosten 500.000,- Euro nicht überschreiten. Dies wird offensichtlich von der ehemaligen GD X (jetzt Generaldirektion „Bildung und Kultur“) befürwortet, von der GD „Wettbewerb“ jedoch abgelehnt.

65) Vgl. Kommission, ABIEG 1999 Nr. L 44, S. 37 (52) – CELF und Kommission, Entsch. v. 22. 12. 1998, Staatliche Beihilfe Nr. N 494/98, S. 4 f. – Österreich (Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt).

66) Denn oftmals gilt es, externe Effekte zu kompensieren, vgl. dazu exemplarisch Smekal, in: Festschr. f. Prior, 1992, S. 71 (75 f.).

Aufweichung des Beihilfenbegriffs, wie dies etwa die Einführung von mitgliedstaatlichen Ermessensspielräumen bei der Feststellung der Begünstigungswirkung von Kulturbeihilfen bedeuten würde, entgegenzutreten. Eine unzulässige Ausbreitung der Beihilfenkontrolle ist allein durch eine sorgfältige Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, wie etwa dem tatsächlichen Vorliegen von zumindest potenziellen Wettbewerbsverhältnissen, die beeinträchtigt werden könnten, möglich. Für spezifische Fälle der Kulturförderung (Oper, Theater etc.) wären konkretisierende Leitlinien als Orientierungsmaßstäbe sinnvoll. Allerdings sind entsprechende Pläne in der Kommission nach anfänglichen Versuchen bislang nicht verwirklicht worden⁶⁷. Im Übrigen ist zu erwarten, dass die weitere gemeinschaftsautonome Konkretisierung des Kulturbegriffs in Art. 87 III lit. d EG auf der Grundlage der mitgliedstaatlichen Traditionen die Kommission und in deren Gefolge die Luxemburger Gerichtsbarkeit noch vor zahlreiche Probleme stellen wird⁶⁸.

67) Vgl. den Ersten Bericht über die Berücksichtigung der kulturellen Aspekte in der Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft, KOM (96) 160 v. 17. 4. 1996, Teil I, S. 20, in dem die Kommission noch die Entwicklung von Leitlinien ankündigte. Für die Filmförderung ist allerdings gem. fernmündlichen Auskünften der zuständigen Kommissionsbeamten in diesem Jahr mit entsprechenden Leitlinien zu rechnen.

68) So wird beispielsweise zu prüfen sein, ob auch der Sport und hier gegebenenfalls zumindest der Breitensport unter die Kulturklausel fällt.

Neuer Kommissionsvorschlag zur Einfuhrregelung bei Bananen ist wiederum nicht WTO-konform

Von Dr. Hans-Dieter Kuschel, Bonn*

Als Antwort auf die mehrmalige Feststellung des WTO-Streitbeilegungsgremiums, dass die Bananenmarktordnung und auch die spätere Revision der Marktordnung gegen das GATT und das GATS verstößt, hat die Kommission nunmehr erneut einen Vorschlag zur Einfuhrregelung der EG bei Bananen vorgelegt, der in dieser Form sicherlich einer Überprüfung durch einen erneuten Panel auf seine GATT- und GATS-Vereinbarkeit nicht standhalten wird. Der im Jahre 1993 begonnene Streit um die WTO-Konformität der Bananenmarktordnung geht damit in sein achttes Jahr und ein Ende ist immer noch nicht abzusehen. Dass dieser Streit zwischen der EU und den USA sowie den mittel- und südamerikanischen Bananenexportländern die geplante neue Welt handelsrunde belasten wird, steht außer Zweifel.

I. Inhalt der geänderten Einfuhrregelung

Der Kommissionsvorschlag besteht aus zwei unterschiedlichen Einfuhrregelungen, die nacheinander in Kraft treten sollen:

1. Zunächst soll eine Zollkontingentslösung eingeführt werden, die folgende Elemente enthält:

- Ein Zollkontingent A zu 2,2 Mio. t Bananen mit einem Zollsatz von 75 Euro/t. Das Zollkontingent gilt für alle Drittländer. Für die afrikanischen, karibischen und pazifischen Länder (AKP-Länder) ist die Einfuhr entsprechend den Verpflichtungen der EG gegenüber den AKP-Ländern nach Art. 168 II des Lomé-Abkommens zollfrei (Art. 18 Ziff. 1).

- Ein Zollkontingent B zu 313 000 t, an dem ebenfalls alle Drittländer partizipieren können und für das auch ein Zollsatz von 75 Euro/t gilt. Für AKP-Länder ist die Einfuhr wiederum zollfrei. Das Kontingent B kann nach dem Verwaltungsausschussverfahren des Art. 27 der Verordnung (EWG) 404/93¹ aufgestockt werden, wenn aufgrund einer Bedarfsvorausschätzung festgestellt wird, dass die Nachfrage steigt (Art. 18 Ziff. 6). Das Zollkontingent kann allerdings auch reduziert werden, wenn die Versorgung des Gemeinschaftsmarkts durch außergewöhnliche Umstände, die die Produktions- und Einfuhrbedingungen berühren, beeinträchtigt ist. Hierfür bedarf es ebenfalls einer Bedarfsvorausschätzung, die im Rahmen des Verwaltungsausschussverfahrens zu genehmigen ist. Hierbei kann in das Kontingentsverteilungssystem eingegriffen werden (Art. 18 Ziff. 7), wobei der Eingriff für die einzelnen Importländer unterschiedlich sein kann.
- Ein autonomes, also GATT-rechtlich nicht gebundenes Zollkontingent C in Höhe von 850 000 t Bananen für alle Drittländer. Für die Einfuhr im Rahmen des Zollkontingents wird der außerhalb des Zollkontingents geltende Zoll von zur Zeit 793 Euro/t und ab 1. 7. 2000 von 680 Euro/t um einen Abschlag reduziert. Der Abschlag wird aus den Geboten über den Zollsatz, zu dem der Importeur zu weiteren Einfuhren bereit ist, in einem Ausschreibungsverfahren ermittelt. Das niedrigste Zollgebot, zu dem die Kontingentsmenge ohne Repartierungen verteilt werden kann, wird als Einfuhrzoll für alle Bewerber für die jeweilige Ausschreibungsperiode festgesetzt. Ein von dem Einfuhrzoll um 275 ECU/t reduzierter Betrag ergibt den Einfuhrzoll für die AKP-Länder.

Für das Zollkontingent A und B muss noch ein Kontingentsverteilungssystem festgelegt werden. Einfuhren außerhalb der geltenden Zollkontingente erfolgen zum Zollsatz von 793 ECU/t und für AKP-Länder zu 518 ECU/t (Art. 18 Ziff. 4).

2. Spätestens ab 2006 soll eine reine Zolllösung gelten, d. h. Bananen aus Drittländern können zu einem noch festzusetzenden Zoll unbeschränkt in die EG eingeführt werden. Da der Zoll voraussichtlich über 75 ECU/t liegen wird, ist hierzu eine Aufhebung der bisherigen Zollbindung des Vorzugszolls von 75 ECU/t für 2,2 Mio t Bananen erforderlich. Über die Zollhöhe muss nach Art. XXVIII GATT mit den betroffenen Vertragspartnern verhandelt werden. Die angestrebte Zollhöhe muss von der Gemeinschaft noch festgelegt werden.

II. Vereinbarkeit des Kommissionsvorschlags mit dem GATT

1. Einbeziehung der AKP-Länder in das Zollkontingent A

Der neue Kommissions-Vorschlag sieht jetzt 3 Zollkontingente für jeweils alle Ländergruppen vor. Hiermit hat die Kommission die Feststellungen des Berufungsgremiums zu den Empfehlungen des erstinstanzlichen Panels berücksichtigt. Nach den Feststellungen des Berufungsgremiums dürfen für das gleiche Produkt nicht unterschiedliche Einfuhrverfahren für einzelne Herkunftsländer eingeführt werden². Dies widerspricht dem Diskriminierungsprinzip des Art. XIII Abs. 1 GATT, der weiterhin anwendbar ist, weil seine Anwendbarkeit nicht durch die Ausnahmegenehmigung

* Der Autor war Ministerialrat im Bundesministerium der Finanzen.

1) ABIEG Nr. L 47 v. 25. 2. 1993, S. 1 und in revidierter Form ABIEG Nr. L 210 v. 28. 7. 1998, S. 28.

2) European Communities - Regime for Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS 27 / AB/R v. 9. 9. 1997 (HB- 1997-3) Tz. 190. Siehe auch Kuschel, RIW 1995, 218; ders., EuZW 1995, 689; ders., EuZW 1996, 645; ders., RIW 1998, 122; ders., EuZW 1999, 74.

der GATT-Vertragsparteien für das Lomé-Abkommen vom 7. 12. 1994 außer Kraft gesetzt worden ist³. Diese Empfehlung richtete sich gegen die Trennung der Zollkontingente nach der Verordnung (EWG) Nr. 404/93 in ein Zollkontingent für Drittländer von insgesamt 2,553 Mio t und das davon getrennte Zollkontingent von 850 000 t für die AKP-Länder⁴. Die nunmehrige Einbeziehung der AKP-Länder in das Zollkontingent von 2,2 Mio t ohne gleichzeitige Erhöhung des Zollkontingents verstößt gegen die Agrarvereinbarungen der Uruguay-Runde. Nach der Liste CXL der EG, Teil I, Abschnitt I der Europäischen Gemeinschaft wurde für Bananen ein Zollkontingent von 2,2 Mio t zu einem Vorzugszoll von 75 ECU/t festgelegt und GATT-rechtlich gebunden. Der Annex zu Schedule CXL zählt die Länder auf, die an dem Zollkontingent partizipieren dürfen. Dies sind die mittel- und südamerikanischen Dollarbananenimportländer. Die AKP-Länder wurden in das Zollkontingent nicht einbezogen, weil für die traditionelle Einfuhr aus AKP-Ländern aufgrund der Regelungen des Lomé-Abkommens (Art. 168 II) durch die Verordnung (EWG) Nr. 404/93 ein davon getrenntes zollfreies Kontingent in Höhe von 850 000 t geschaffen worden ist. Durch die Einbeziehung der AKP-Länder in das Zollkontingent A ohne dessen gleichzeitige Erhöhung wird die den mittel- und südamerikanischen Bananenexportländern garantierte Einfuhrmenge von 2,2 Mio t zu 75 ECU/t durch die zollfreie Einfuhr aus AKP-Ländern reduziert. Die mittel- und südamerikanischen Länder können diese Rechtsverletzung nach Art. XXVIII Ziff. 4 GATT rügen und einen angemessenen Ausgleich fordern.

2. Zollfreie Einfuhr für die AKP-Länder im Rahmen des Zollkontingents A und B und Zollpräferenz von 275 ECU/t für die Einfuhr im Rahmen des Zollkontingents C

Der Kommissions-Vorschlag geht von einer zollfreien Einfuhr für die AKP-Länder im Rahmen des Zollkontingents A und B und von einer Zollpräferenz von 275 ECU/t für diese Länder im Rahmen des Zollkontingents C aus. Die Berechtigung zur Gewährung von Zollpräferenzen wird aus dem Lomé-Abkommen hergeleitet, das vom GATT als einseitiges Präferenzabkommen qualifiziert wurde. Die Vertragsparteien des GATT haben für die Verletzung des Meistbegünstigungsprinzips des GATT durch das einseitige Präferenzabkommen eine Befreiung von den Verpflichtungen des Art. 1 GATT gewährt, die vom Allgemeinen Rat der WTO am 18. 10. 1996 bis zum Ende der Geltungszeit des Lomé-Abkommens, also bis zum 29. 2. 2000, verlängert wurde⁵. Art. 1 GATT ist allerdings durch die Ausnahmegenehmigung nicht völlig ausgeschlossen worden, sondern nach der Definition der Ausnahmegenehmigung nur „soweit erforderlich“ (to the extent necessary). Ab 1. 3. 2000 entfällt die Rechtsgrundlage für eine Präferenzbehandlung der AKP-Länder.

Die Verhandlungen über ein neues Lomé-Abkommen sehen vor, dass bis 2005 eine möglichst GATT-konforme Freihandelsregelung mit einzelnen Wirtschaftsorganisationen der AKP-Länder bzw. mit einzelnen Ländern in Kraft treten soll, die den gesamten Handel einschließlich der Bananen erfassen soll. Bis zum In-Kraft-Treten der Freihandelsregelung soll nach Auffassung der Kommission die GATT-widrige einseitige Präferenzregelung für den Handel weitergeführt werden. Hierfür bedarf es einer erneuten Ausnahmegenehmigung nach Art. XXV GATT. Ob die EG eine Ausnahmegenehmigung für die Weiterführung der bisherigen Handelsregelung des Lomé-Abkommens bis 2005, für die eine Dreiviertelmehrheit erforderlich wäre, erhalten wird, ist mehr als fraglich, weil andere Entwicklungsländer diese Besserstellung seit Jahren kritisieren. Völlig ausge-

schlossen erscheint es aber, dass in diese Ausnahmeregelung erneut die Handelsregelung für Bananen einbezogen wird. Die mittel- und südamerikanischen Länder sowie die USA würden sich damit ihres Druckmittels für die schnelle Einführung einer GATT-konformen Einfuhrregelung für Bananen, insbesondere der tariff-only-Lösung, begeben. Die Kontingentslösung basiert demnach auf einer Präferenzregelung für die AKP-Länder, die in dieser Form ab 1. 3. 2000 wegen eines Verstoßes gegen das Meistbegünstigungsprinzip nicht mehr WTO-konform ist. Da die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Art. XXV GATT wegen der hier erforderlichen Zweidrittelmehrheit im Hinblick auf die Haltung der meisten WTO-Mitgliedsländer zur Bananenmarktordnung äußerst unwahrscheinlich ist, ist der Kommissionsvorschlag von Anfang an international nicht präsentabel. Selbst wenn man einmal die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung unterstellt, wovon der Kommissionsvorschlag ausgeht, so würde die Zollpräferenz von 275 ECU/t für die AKP-Länder im Rahmen des Zollkontingents C voraussichtlich von einem neu eingesetzten Panel nicht als WTO-konform angesehen werden. Das Berufungsgremium des Streitbeilegungsgremiums zu den Feststellungen des erstinstanzlichen Panels von 1997 hat sich zur Beurteilung eines möglichen Gatt-Verstoßes durch die bisher gewährte Zollpräferenz von 100 ECU/t auf Art. 168 des Lomé-Abkommens bezogen. Nach Art. 168 ergreift die EG für Waren, die neben Zöllen anderen Beschränkungen unterliegen, die erforderlichen Maßnahmen, um den AKP-Ländern eine günstigere Regelung als diejenige für Drittländer einzuräumen. Die Präferenz ist nicht definiert worden. Im Hinblick auf die nur begrenzte Suspendierung der Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. 1 GATT hält das Berufungsgremium eine Präferenz von 100 ECU/t für angemessen⁶. Eine Erhöhung der Präferenz um 175% dürfte den vom Berufungsgremium gesetzten Rahmen sprengen.

3. Festlegung der Referenzperiode

Die Kommission hat in ihrem Vorschlag noch kein System für die Verteilung der Exportlizenzen vorgeschlagen. In ihrem Memorandum zu den möglichen Verteilungssystemen zählt die Kommission als mögliche Verfahren das Windhundverfahren, das Versteigerungsverfahren sowie das zur Zeit für die Bananeneinfuhr geltende Referenzperiodenverfahren auf. Gegen das Versteigerungsverfahren führt die Kommission an, dass hiergegen teilweise eingewendet werde, das Verfahren verletze die Zollbindung. Dies ist richtig, wenn bei dem Zollkontingent A der zusätzliche durch die Versteigerung entstehende Zollbetrag zu dem gebundenen Zollsatz von 75 ECU/t hinzugefügt wird. Auch wenn eine andere Konstruktion gewählt würde, so würde ein wirtschaftlicher Einwand gegen dieses System sprechen. Bei einem Importanteil der Dollarbananen von rd. 60% am EU-Verbrauch würde der inländische Preis sehr stark von den Lizenzkosten bestimmt und die Preisbildung durch Angebot und Nachfrage hierdurch sehr stark beeinflusst werden. Das Versteigerungssystem fördert ferner oligopolistische Tendenzen, weil größere Firmen durch Preisabsprachen kleinere Firmen aus dem Markt drängen könnten. Das Windhundverfahren, nach dem die Lizenzen in chronologischer Reihenfolge der Antragstellung verteilt

3) DOC L 7604 v. 19. 12. 1994 und DOC WT/L/ 186 v. 18. 10. 1996.

4) Art. 18 der Verordnung (EWG) Nr. 404/93.

5) European Communities – Regime for Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS 27 / AB/R v. 9. 9. 1997 (HB- 1997-3) Tz. 190. Siehe auch Kuschel, RIW 1995, 218; ders., EuZW 1995, 689; ders., EuZW 1996, 645; ders., RIW 1998, 122; ders., EuZW 1999, 74.

6) European Communities – Regime for Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS 27 / AB/R v. 9. 9. 1997, Tz. 173–175.