

# Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Hammi, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Hamburg – Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt in Bonn – Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt in Köln.

Schriftleitung: Prof. Dr. Hermann Weber, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 60325 Frankfurt a. M.

15 2000

Seite 1065–1136

53. Jahrgang

10. April 2000

## Aufsätze

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

### Grundfragen des EG-Beihilfenrechts\*

*In zunehmendem Maße unterliegen nationale Regelungen einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle auch unter dem Blickwinkel des EG-Beihilfenrechts. Angefangen von den Diskussionen um große Industriesubventionen – wie gegenwärtig im Fall „Holzmann AG“ oder im Fall „VW Sachsen“ – über die Ausgestaltung der Ökosteuerreform bis hin zur schwelenden Auseinandersetzung um die staatlichen Einstandspflichten für die Landesbanken (Anstaltslast und Gewährträgerhaftung), immer neue und häufig sehr komplexe wirtschaftliche Sachverhalte müssen beihilfenrechtlich beleuchtet werden. Dabei gibt der dürre Wortlaut der Art. 87 und 88 EG nur eine erste Orientierungshilfe. Inzwischen liegen zahlreiche Entscheidungen, Mitteilungen, Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen der Kommission einerseits und Urteile des EuGH bzw. des EuG andererseits vor, die wesentliche Eckpunkte des EG-Beihilfenrechts geklärt haben. Der folgende Beitrag bietet einen Überblick über das EG-Beihilfenrecht und zeigt verbleibende Fragen und bestehende Unstimmigkeiten auf.*

#### I. Einleitung

Nach Maßgabe des Art. 3 I lit. g EG umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft die Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen bewahren soll. Mit den Art. 87 bis Art. 89 EG wird die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen geschützt, die durch eine unkontrollierte Beihilfenpraxis der Mitgliedstaaten gestört würde<sup>1</sup>. Dennoch wird die Gewährung von Beihilfen als legitimes Mittel sowohl mitgliedstaatlicher als auch gemeinschaftlicher Wirtschaftspolitik angesehen. Allein in den wirtschaftlichen Aufbau der neuen Bundesländer flossen seit der Wiedervereinigung Jahr für Jahr Transferzahlungen in zweistelliger Milliardenhöhe<sup>2</sup>. Überdies fördert die Gemeinschaft selbst viele Produktionszweige, wie beispielsweise die Landwirtschaft, durch erhebliche Beihilfenzahlungen, wozu ergänzend intensive Regionalfördermaßnahmen treten<sup>3</sup>. Auch aus der volkswirtschaftlichen Perspektive werden Beihilfen nicht kategorisch als unzulässig angesehen, da sie teilweise geeignet sind, Fälle des Marktversagens zu kompensieren<sup>4</sup>. Ziel einer wirkungsvollen europäischen Beihilfenkontrolle ist daher nicht ein totales Beihilfenverbot, sondern eine maßvoll abwägende Überprüfung durch

die Gemeinschaft im Wege der Überwachung mitgliedstaatlich geplanter Beihilfenprojekte nach Maßgabe der Art. 87 und 88 EG. In Art. 87 I EG werden Beihilfengewährungen durch die Mitgliedstaaten zunächst prinzipiell untersagt. Art. 87 EG normiert in Absatz 2 allerdings eine Bereichsausnahme und in Absatz 3 eine Ausnahmeklausel in Form eines Ermessenstatbestands<sup>5</sup>. Die EG-Beihilfenkontrolle unterstellt demnach die mitgliedstaatliche Beihilfengewährung einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt.

#### II. Verbot staatlicher Beihilfen

Nach Art. 87 I EG „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln (2) gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung (1) bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (3) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (4), mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen (5)“.

##### 1. Begünstigung

a) *Empfang einer Leistung (geldwerter Vorteil)*. Der Begriff der Begünstigung ist das zentrale Tatbestandsmerkmal des Art. 87 I EG. Der *EuGH*<sup>6</sup> hat bereits 1961 entschieden, dass dieses Merkmal weit auszulegen ist. Es

\* Der Autor Koenig ist Direktor, der Autor Kühling wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn.

1) Zur Berücksichtigung des Wettbewerbs der Gebietskörperschaften der Europäischen Union im Rahmen des Beihilfenrechts vgl. Koenig/Kühling, *EuZW* 1999, 517.

2) Oppermann, *EuropaR*, 2. Aufl. (1999), Rdnr. 1098.

3) Zum Problem der mangelnden Kontrolle der gemeinschaftseigenen Beihilfen Koenig/Kühling, *EuZW* 1999, 517 (519 f. und 523).

4) Vgl. exemplarisch die aufschlussreichen Ausführungen von Gumpold, Nationale bzw. gesamtwirtschaftliche Effekte von Beihilfen – insbesondere Exportbeihilfen, Institut für Europafragen (IEF), Arbeitspapier Nr. 10, 1995.

5) *EuGH*, Slg. 1977, 595 (609 f.) = *NJW* 1977, 1005 – Steinike und Weinlig; *EuGH*, Slg. 1990, I-307 (355) = *EuZW* 1990, 163 – Boussac.

6) Sofern im Folgenden vom *EuGH* die Rede ist, beziehen sich die Ausführungen grundsätzlich auch auf das dem *EuGH* beigeordnete Gericht erster Instanz (*EuG*).

muss zunächst an das Unternehmen eine *Leistung* erfolgen, die sehr weit als die Gewährung eines wie auch immer gearteten *geldwerten Vorteils* zu verstehen ist. Sie umfasst so eine ganze Reihe von Leistungen, die den Unternehmen gewährt werden können, wobei nicht nur direkte Zuwendungen an das Unternehmen wie verbilligte Darlehen oder die Übernahme von Bürgschaften, sondern auch der Verzicht auf Leistungen, die von dem begünstigten Unternehmen zu erbringen wären<sup>7</sup>, erfasst sind. In jüngerer Zeit wurden die mitgliedstaatlichen Beihilfenkonstruktionen, die dem Kontrollstrahl der EG-Kommission unterfallen, immer subtiler und differenzierter. So fördert der Staat die Unternehmen zum Beispiel durch Beteiligungsmodelle, die Übernahme von Einstandspflichten, umlagenfinanzierte Sonderzuweisungen oder durch die sachwidrige Ausnutzung gesetzlicher Ermessensspielräume zugunsten bestimmter Unternehmen. Eine weite Auslegung des Beihilfentatbestands ist daher erforderlich, um so sicherzustellen, dass die Mitgliedstaaten nicht schon durch die Art der Ausgestaltung ihrer Fördermaßnahmen Art. 87 I EG umgehen können. Demzufolge sind beispielsweise Befreiungen von Soziallasten, die Gewährung eines Vorzugsrediskontsatzes für Ausfuhren, Zahlungserleichterungen<sup>8</sup>, Steuer- und Abgabenerleichterungen, Sondertarife<sup>9</sup> und Investitionszulagen als Beihilfen anzusehen. Unerheblich ist die Motivation der Gewährung, entscheidend ist allein die Wirkung der Leistung. So kann auch eine Maßnahme, die allgemeine konjunktur- oder steuerpolitische Ziele verfolgt, eine Beihilfe darstellen.

b) *Angemessene Gegenleistung*. Eine Begünstigung ist ausgeschlossen, wenn der Vorteilsgewährung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Dabei müssen Leistung und Gegenleistung keinesfalls im Rahmen eines rechtlich verpflichtenden Synallagmas erfolgen. Es genügt vielmehr ein wirtschaftlich verbundener, wechselseitiger Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung in tatsächlicher Hinsicht. Besondere Schwierigkeiten können allerdings bei der Bestimmung des Leistungsverhältnisses in Dreiecksstellungen auftreten, in denen die etwaige Begünstigung dem Verbraucher – und nicht dem Produzenten – unmittelbar zugute kommt<sup>10</sup>. Die Begünstigungswirkung einer Maßnahme ist vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen zu beurteilen<sup>11</sup>. Entsprechend einfach lassen sich regelmäßig die Fälle bewerten, in denen ein *etablierter Marktpreis* (z. B. Börsenkurs) für die angebotene Leistung vorliegt. Wird dieser gezahlt bzw. vereinbart, ist keine Begünstigungswirkung anzunehmen. Allerdings ist die Frage der Marktüblichkeit einer Gegenleistung nicht immer leicht zu beantworten. Daher versucht die Kommission, genaue Berechnungsgrundsätze zu entwickeln, um die Voraussehbarkeit ihrer Entscheidungen und die Gleichbehandlung sicherzustellen. Dies gilt insbesondere für die Bereiche der *Fremdkapitalzufuhr* (Darlehen, Kredite, Zinszuschüsse) und der *staatlichen Garantien*. So hat die Kommission verschiedene Mitteilungen zur Bestimmung der jeweiligen marktüblichen Gegenleistung bei der Gewährung von Darlehen veröffentlicht<sup>12</sup>. Dies gilt auch für die Fälle staatlicher Garantien (Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften), deren beihilfenrechtliche Einordnung jüngst durch eine Mitteilung konkretisiert wurde<sup>13</sup>. In beiden Fällen stellt eine etwaige Verbilligung der Kapitalzufuhr bzw. Garantieleistung gegenüber marktüblichen Bedingungen das „Subventionsäquivalent“ dar. Auf welche Weise die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Landesbanken in dieser Fallgruppe zu behandeln ist und ob die Landesbanken hinreichende kompensatorische Gegenleistungen zum Ausgleich der Vorteile aus den Einstandspflichten erbringen, ist umstritten<sup>14</sup>.

Im Übrigen greift die Kommission zunehmend auf formale Kriterien zur Beurteilung der Begünstigungswirkung zurück. So entfällt eine Begünstigungswirkung, wenn die *Höhe der Gegenleistung* in einem *objektiven Verfahren* bestimmt worden ist. Demgemäß geht die Kommission beispielsweise in der „Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücksgeschäften durch die öffentliche Hand“<sup>15</sup> davon aus, dass bei der Abgabe eines Grundstücks auf der Grundlage eines von einem unabhängigen Wertgutachter ermittelten Preises eine Beihilfe mangels Begünstigungswirkung ausscheidet. Ebenso entfällt die Beihilfenvermutung, wenn derjenige, der die Gegenleistung erbringt, in einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungslosen *Bietverfahren* als Meistbietender ermittelt worden ist. Dies gilt etwa für den Fall des Grundstücksverkaufs durch die öffentliche Hand<sup>16</sup> und wurde zuletzt von der Kommission in der Phoenix-Entscheidung auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Spartenkanäle Kinderkanal und Phoenix übertragen. Nach diesem Ansatz der Kommission wäre eine Berechnung der Angemessenheit der Gegenleistung nur dann möglich gewesen, wenn sie „für die Verpflichtung, eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu erbringen, zu Marktbedingungen festgesetzt (worden wäre)“<sup>17</sup>. Dazu hätte ein entsprechendes Bietverfahren erfolgen müssen. Allerdings kann unter Umständen auch ein *detaillierter Kostennachweis* genügen, um die Vergütung für spezifische Leistungen als angemessen einzustufen, mit der Folge, dass der Beihilfentatbestand entfällt. So hat die Kommission in ihrer Entscheidung im Fall des portugiesischen Senders Radiotelevisão Portuguesa (RTP) einen solchen Nachweis akzeptiert. In der Entscheidung ging es um den finanziellen Ausgleich für die Erbringung 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<sup>18</sup>. Die Begründung der Kommission in den genannten Rundfunkentscheidungen lässt allerdings kaum erkennen, wann ein adäquat ausgestaltetes Bietverfahren erforderlich ist und wann ein detaillierter Kostennachweis genügt<sup>19</sup>.

Als überaus vertrackt erweisen sich häufig diejenigen Fälle, in denen dem staatlichen Handeln ein *prognostisches Element* innewohnt, insbesondere im Bereich der *Eigenkapitalzufuhr* an Unternehmen<sup>20</sup>. Der *EuGH* und

7) *EuGH*, Slg. 1961, 1 (42 f.) – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen; vgl. im Übrigen den Überblick bei *Raulinson*, in: *Lenz*, Komm. z. *EGV*, 2. Aufl. (1999), Art. 87 Rdnrn. 15 ff.

8) *EuGH*, *EuZW* 1999, 506 (508) – Déménagements-Manutention Transport (DMT).

9) *EuGH*, Slg. 1994, I-877 (907 f.) = *EuZW* 1994, 346 – Banco Exterior de España.

10) Zu denken wäre an Fälle wie der von der spanischen Regierung 1994 beschlossene Zuschussung des Kfz-Neukaufs; zu diesem Problemkreis demnächst ausf. *Koenig/Sander*, Der Begünstigungseffekt bei verbrauchervermittelten Beihilfen auf dem Prüfstand des Art. 87 I EG.

11) *Müller-Graff* spricht von „marktrelativer Günstigkeit“, *ZHR* 152 (1988), 403 (418).

12) Zuletzt Mitt. der Kommission über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze v. 9. 9. 1997; *ABIEG* 1997 Nr. C 273, S. 3.

13) Mitt. der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, *ABIEG* 2000 Nr. C 71, S. 14.

14) Dazu ausf. *Koenig*, *EuZW* 1995, 595, und zuletzt *von Friesen*, *EuZW* 1999, 581.

15) *ABIEG* 1997 Nr. C 209, S. 3.

16) *ABIEG* 1997 Nr. C 209, S. 3.

17) Vgl. Pressemit. der Kommission IP/99/132 und die nicht veröff. Entscheidung Staatliche Beihilfe Nr. NN 70/98 – Deutschland (Kinderkanal und Phoenix) v. 24. 2. 1999, Tz. 6.1.1.

18) Vgl. Pressemit. der Kommission IP/96/882 und die nicht veröff. Entscheidung Auxilio estatal NN 141/95 – Financiamento dos canais publicos de televisão v. 10. 2. 1998, insb. Tz. 5; vgl. ferner *Koenig/Kühling*, Mitgliedstaatliche Kulturförderung und Beihilfenkontrolle durch die EG-Kommission, *EuZW* 2000, 197.

19) *Frey*, Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG (1999), S. 130, stellt auf die Bilanzierbarkeit der zu bezahlenden Funktion ab, die bei der Bereitstellung eines Archivs, nicht aber in Bezug auf die Pluralismussicherung oder die Verfolgung erzieherischer (Kinderkanal) oder demokratischer (Phoenix) Ziele gegeben ist.

20) Dazu ausf. *Dreher*, in: *Gedächtnisschr. f. für Knobbe-Keuk*, 1997, S. 583, und *Koenig*, *ZIP* 2000, 53.

die Kommission orientieren sich hierbei am Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Unternehmers (sog. „market economy investor“). Würde die Kapitalzufuhr bei einer *ex ante*-Betrachtung unter vergleichbaren Marktbedingungen auch von einem wettbewerbsorientierten privatwirtschaftlichen Unternehmen vorgenommen, entfällt die Begünstigungswirkung<sup>21</sup>. Umgekehrt formuliert liegt dann eine Begünstigung vor, wenn die Maßnahme unter solchen Umständen erfolgt, die für einen privaten Kapitalgeber unter Marktbedingungen nicht annehmbar wäre<sup>22</sup>. Ob die Investition von einem privaten Kapitalgeber getätigt worden wäre, ist angesichts des prognostischen Elements, das jeder Investition eigen ist, aber nicht immer leicht zu beantworten. Hier unterscheiden Kommission<sup>23</sup> und *EuGH*<sup>24</sup> zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Anlagestrategie. Nur im Fall einer als „long term investment“ angelegten Beteiligungskonstruktion wird die Kapital einbringende öffentliche Hand einer privaten Unternehmensgruppe gleichgestellt. Dementsprechend können über kurzfristige Ziele hinaus gleichermaßen globale und sektorale strukturpolitische Intentionen berücksichtigt werden, so dass auch *längerfristige Rentabilitätsaussichten* bei der Berechnung der Angemessenheit der Gegenleistung einbezogen werden können<sup>25</sup>. Dazu müssen aber Art und Umfang der Beteiligung des öffentlichen Investors erkennen lassen, dass diese auf eine Langzeitstrategie angelegt ist. Auf dieser Stufe nimmt die Kommission dann eine weitere Differenzierung vor. In ihrer Mitteilung über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie führt sie aus, dass zwischen *Minderheits- und Mehrheitsbeteiligungen* unterschieden werden muss: „In dem ersten Fall (scil. Minderheitsbeteiligung) dürfte die Beteiligung eher spekulativer Natur und nur kurzfristig von Interesse sein, während im zweiten Fall (scil. Mehrheitsbeteiligung) von einem längerfristigen Interesse auszugehen ist“<sup>26</sup>. Diese Kommissionsmitteilung kann für die beihilfenrechtliche Bewertung von Beteiligungen der öffentlichen Hand in anderen Sektoren entsprechend herangezogen werden. Die Kapitalzufuhr des öffentlichen Investors ist damit nur in dem Maße als Beihilfe i. S. des Art. 87 I EG zu qualifizieren, als die öffentliche Hand selbst langfristig von jeder Rentabilitätsaussicht absieht.

In Zukunft wird allerdings zu klären sein, inwieweit tatsächlich eine Vergleichbarkeit der öffentlichen mit privaten Investitionsinteressen möglich ist. Die Berücksichtigung von weitgehenden Gesamtrentabilitätsüberlegungen, wonach auch gesamtwirtschaftliche Kosten des Staates beim Ausscheiden eines Unternehmens aus dem Markt (Arbeitslosenunterstützung etc.) bei der Berechnung der Angemessenheit der Gegenleistung einzukalkulieren wären, hat der *EuGH* zu Recht abgelehnt<sup>27</sup>. Dies ergibt sich schon aus dem Gedanken, dass derartige Kostenfaktoren für private Unternehmen gar nicht in Betracht kommen, so dass es bereits an der Vergleichsmöglichkeit fehlt. Im Fall „Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH“ hat das *EuG* ergänzend festgestellt, dass die praktische Wirksamkeit des Beihilfenrechts in Frage gestellt würde, wenn jeglicher Hinweis auf das Image des betreffenden staatlichen Organs und dessen sonstige Beteiligungen die Zufuhr öffentlicher Finanzmittel rechtfertigen könnte<sup>28</sup>. Eine solche Beschränkung des „market economy investor“-Tests ist notwendig, denn gerade bei Großunternehmen greifen die Gesamtrentabilitätsüberlegungen immer weiter aus, so dass ein ausufernder Spielraum für Vergleiche mit staatlichen Fördermaßnahmen die Folge wäre: Man denke nur an das von der Deutschen Bank geplante städtebauliche Engagement in Frankfurt im Rahmen der in Aussicht gestellten Errichtung einer „Wohn-, Dienstleistungs- und Unterhaltungswelt“, das maßgeblich dem Ziel dient, junge und talentierte Mitarbeiter an den Main zu locken<sup>29</sup>. Sollte die Überlegung, die Attraktivität einer Region zu erhöhen, in die Rentabilitätspläne der Deutschen Bank mit einfließen, könnten staatliche Behörden ganz ähnlich zum Beispiel eine Beteiligung an einem an sich nicht hinreichend rentablen

Freizeitpark mit dem Argument verfolgen, dass dieser zugleich die Anziehungskraft der Region erhöht und daher unter langfristigen Rentabilitätsüberlegungen eine sinnvolle Investition darstellt – auch in Bezug auf andere Beteiligungen der Gebietskörperschaft an weiteren regionalen Unternehmen. Ein solches Vorgehen würde den „market economy investor“-Test *ad absurdum* führen. Überdies ist zu bedenken, dass jede Beihilfe, die eine Gebietskörperschaft bewilligt, immer auch aus Eigeninteresse gewährt wird. Denn zumindest die Erhöhung der Standortattraktivität der eigenen Gebietskörperschaft stellt immer einen Erwägungsgrund bei der Mittelvergabe dar. Angesichts der erheblichen Bedenken gegenüber einem ungenauen Maßstab des „long term investors“ und der Gefahr, so den Beihilfenbegriff mit wertenden Elementen aufzuweichen, ist ein ausufernder Rückgriff auf langfristige Rentabilitätsüberlegungen folglich abzulehnen<sup>30</sup>. Dies gilt erst recht für eine Übertragung derartiger Gedanken auf Fördermaßnahmen außerhalb der Fälle der Eigenkapitalzufuhr, wie beispielsweise auf die Darlehens- oder Garantiegewährung.

Im Übrigen gehen Kommission und Rechtsprechung in jüngerer Zeit immer mehr dazu über, den „market economy investor“-Test auf andere Bereiche als den der Eigenkapitalzufuhr auszudehnen, in denen sich ebenfalls ein Vergleich mit dem privaten Investor anbietet. So hat der *EuGH* zuletzt im Urteil DMT als Prüfungsmaßstab für Zahlungserleichterungen vorgegeben, dass zu untersuchen ist, ob die von einem öffentlichen Gläubiger gewährten Zahlungserleichterungen (für Sozialabgaben) auch von einem privaten Investor eingeräumt worden wären, der die Eintreibung von Schulden gegenüber einem Schuldner betreibt, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet<sup>31</sup>.

## 2. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt

Durch das Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ werden nicht nur Beihilfen der Mitgliedstaaten selbst erfasst, sondern auch Beihilfen, die von – in die Mitgliedstaaten eingegliederten – *juristischen Personen des öffentlichen Rechts*, insbesondere den Ländern und den Kommunen (Städten, Gemeinden), gewährt werden<sup>32</sup>. Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden sind demnach gleichermaßen gemeinschaftsrechtlich unmittelbar verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten das Beihilfenrecht zu beachten. Die Mitgliedstaaten haben als gemeinschaftsrechtliche Handlungseinheiten aufgrund ihrer Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue (Art. 10 EG) dafür Sorge zu tragen, dass ihre gliedstaatlichen Gebietskörperschaften nicht gegen die formellen und materiellen Bestimmungen der Art. 87 und 88 EG verstoßen. Auch Beihilfen, die nicht direkt von staatlichen Stellen gezahlt werden, fallen in den Anwendungsbereich des Art. 87 I EG. Dies wird durch die Unterscheidung zwischen „staat-

21) Zuletzt zur Parallelbestimmung des EGKSV *EuG*, ZIP 1999, 153 (161 ff.) – Neue Maxhütte Stahlwerke; dazu *Martin-Ehlers*, EWS 1999, 244.

22) *Mederer*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Komm. z. EUV/EG, 5. Aufl. (1999), Art. 92 Rdnr. 9.

23) Vgl. Entsch. d. Kommission 95/422/EGKS (Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH) v. 4. 4. 1995, ABIEG 1995 Nr. L 253, S. 22 (25 f.).

24) *EuGH*, Slg. 1991, I-1433 (1459 f.) – ENI-Lanerossi; *EuGH*, Slg. 1991, I-1603 (1625 f.) – Alfa Romeo; *EuGH*, Slg. 1990, I-959 (1012) = *EuZW* 1990, 224 – Tubemeuse.

25) *EuG*, ZIP 1999, 153 (161 ff.) – Neue Maxhütte Stahlwerke.

26) ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 (10 f.).

27) *EuGH*, Slg. 1994, I-4103 = *EuZW* 1994, 694 (696) – Spanien/Kommission; zust. *Zivier*, Jura 1997, 116 (117).

28) *EuG*, ZIP 1999, 153 (163) – Neue Maxhütte Stahlwerke.

29) Die Welt v. 15. 7. 1999.

30) Vgl. zu weiteren Problemen des „market economy investor“-Tests im Privatisierungsbereich, *Koenig/Braun/Lekar*, *EuZW* 1998, 5 (10 f.).

31) *EuGH*, *EuZW* 1999, 506 (508) – Déménagements-Manutention Transport (DMT).

32) *EuGH*, Slg. 1987, 4013 (4041) = *NJW* 1989, 1430 – Deutschland/Kommission; *EuGH*, Slg. 1998, I-2629 (2641) = *EuZW* 1998, 473 – Viscido.

lich“ und „aus staatlichen Mitteln“ gewährten Beihilfen im Wortlaut des Art. 87 I EG deutlich. Diese Unterscheidung dient nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* dazu, „in den Beihilfenbegriff die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile sowie diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, einzubeziehen“<sup>33</sup>. Eine Zurechnung erfolgt auch, wenn ein unter staatlicher Rechts- oder gar Fachaufsicht stehendes Finanzinstitut, dessen Handeln gesetzlich geregelt ist, eine Unterstützungsleistung gewährt<sup>34</sup>. Solange die jeweiligen Subsidien unmittelbar zu Lasten des mitgliedstaatlichen Haushalts verbucht werden können, ist das Merkmal „aus staatlichen Mitteln gewährt“ erfüllt. Komplizierter zu beurteilen sind allerdings jene Fälle, in denen dies nicht oder zumindest nicht unmittelbar der Fall ist. Es kann aber nicht darauf ankommen, ob die Finanzierungsmodelle stets den „Umweg“ über den Staatshaushalt gehen. Dies würde die Gefahr in sich bergen, dass die Mitgliedstaaten durch geschickt gestaltete Unterstützungsmodelle den Anwendungsbereich des Art. 87 I EG umgehen könnten. So hat der *EuGH* zum Beispiel in Fällen, in denen ein Mitgliedstaat selbstständige „Ausschüsse“ (Fonds) errichtet hat, die auf Grundlage einer staatlichen Regelung parafiskalische Abgaben erheben durften, die wiederum der Unterstützung bestimmter Industriezweige dienten, das Vorliegen einer aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe bejaht<sup>35</sup>. Der *Gerichtshof* fordert somit nicht, dass die Begünstigung direkt aus Mitteln des Staatshaushalts stammt. In Fällen, in denen sich die Begünstigung nicht unmittelbar zu Lasten des Staates oder einer Gebietskörperschaft (Land, Kommune) auswirkt, ist damit zu prüfen, ob die Begünstigung durch eine außerstaatliche Stelle, die unmittelbar nur für diese selbst zu finanziellen Einbußen führt, dem Staat zugerechnet werden kann. Hier kommt es nicht darauf an, ob die Mittel dem Vermögen des Staates oder dem Vermögen Privater zugeordnet sind. Vielmehr ist der *Grad der staatlichen Einflussmöglichkeit* ausschlaggebend: Kann der Staat die Verwendung und die Vergabe der Mittel maßgeblich beeinflussen, so sind ihm diese Mittel auch zuzurechnen<sup>36</sup>.

Notwendig ist jedoch, dass eine zusätzliche Belastung zumindest für die dafür errichteten oder benannten Einrichtungen entsteht. Bedingt die Begünstigung dagegen keine *unmittelbar bezifferbare finanzielle Einbuße* für den Staat oder eine ihm zurechenbare Körperschaft oder Einrichtung, obgleich bei dem begünstigten Unternehmen durchaus ein geldwerter Vorteil erzielt werden kann, wie dies etwa bei der selektiven Anwendung von Umweltstandards der Fall ist, so fehlt es an der Gewährung „aus staatlichen Mitteln“ und es liegt nach Ansicht von Kommission<sup>37</sup>, *EuGH*<sup>38</sup> und der überwiegenden Literatur<sup>39</sup> keine Beihilfe vor.

### 3. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige

Art. 87 I EG verlangt, dass sich die Begünstigung zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige auswirkt.

a) *Begriff des Unternehmens*. Unter einem Unternehmen i. S. des Art. 87 I EG ist parallel zu Art. 81 I EG eine einheitliche, einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren zu verstehen, die auf Dauer wirtschaftlich tätig wird<sup>40</sup>. Wie die Kommission festgestellt hat, ist eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich, sofern eine Tätigkeit ausgeübt wird, für die es einen „Markt“ gibt, in dem mehrere Teilnehmer zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen<sup>41</sup>. Denn Ziel des Bei-

hilfenkontrollsystems ist es, einen unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen. Daher muss der Unternehmensbegriff alle Fälle erfassen, in denen entsprechende Anbieter marktgängiger Leistungen zueinander in Wettbewerb treten. Unerheblich ist ferner die Rechtsform des Unternehmens und ob es als privates oder öffentliches Unternehmen geführt wird<sup>42</sup>. Privathaushalte fallen jedoch aus dem Anwendungsbereich des Art. 87 I EG heraus<sup>43</sup>.

b) *Begriff des Produktionszweiges*. Das Tatbestandsmerkmal des Produktionszweiges i. S. des Art. 87 I EG ist weit zu verstehen<sup>44</sup>. Es beinhaltet praktisch alle Gewerbezweige und freien Berufe, soweit ihre Wirtschaftstätigkeiten auf Dauer angelegt sind. So sind zum Beispiel die Textilindustrie oder die Filmindustrie als „Produktionszweige“ i. S. des Art. 87 I EG einzustufen<sup>45</sup>. Sogar die Herstellung nur einer einzigen Ware kann einen eigenen Produktionszweig bilden, soweit sie sich von anderen Waren hinreichend unterscheidet<sup>46</sup>.

c) *Bestimmtheit der Beihilfe*. Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind nur Beihilfen, die auf die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind. Dieses Merkmal der Bestimmtheit bzw. Spezifität stellt die erforderliche Abgrenzung zu allgemeinen legislativen Maßnahmen eines Mitgliedstaats oder dessen Gebietskörperschaften sicher<sup>47</sup>. Es dient dazu, staatliche Fördermaßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zugute kommen, aus dem gemeinschaftlichen Beihilfenbegriff herauszunehmen. Dazu gehören zum Beispiel der Ausbau der Infrastruktur, die Schaffung von Berufsausbildungszentren oder die Erschließung von Gewerbegebieten. Solche Maßnahmen bevorzugen in der Regel keine bestimmten Unternehmen oder Branchen. Während bei Einzelbeihilfen die spezielle Begünstigung offensichtlich ist, kann die Abgrenzung bei Beihilfenprogrammen und allgemeinen Regelungen schwierig sein. Eine Bestimmtheit ist hier anzunehmen, wenn die Regelung schon ihrer Konzeption nach oder in ihrer tatsächlichen Anwendung (etwa durch manipulierbare Ermessensspielräume) nicht alle Unternehmen oder Industriezweige erfasst, die sie prinzipiell innerhalb des Regulierungstatbestands erfassen könnte. Dementsprechend geht die Kommission beispielsweise zu einer strengeren Kontrolle spezifischer Steuerregelungen der Mitgliedstaaten

33) Zuletzt *EuGH*, Slg. 1998, I-2629 (2641) = *EuZW* 1998, 473 – *Viscido* m. w. Nachw.

34) *EuG*, Slg. 1996, II-2109 (2130 ff.) – *Air France*.

35) *EuGH*, Slg. 1987, 4393 (4418) – Frankreich/Kommission; grundsätzlich bejahend auch *EuGH*, Slg. 1992, I-1847 (1882 f.) – *Compagnie commerciale de l'Ouest*.

36) *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 15; *Cremer*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *Komm. z. EUV/EG*, 1999, Art. 87 Rdnr. 11; *ausf. Ritgen*, *RdE* 1999, 176 (179 ff.).

37) Fall NN 118/97, vgl. den Hinw. im XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik (1998), Rdnr. 224.

38) *EuGH*, Slg. 1993, I-887 (934) = *EuZW* 1993, 288 – *Sloman Neptun*; *EuGH*, Slg. 1993, I-6185 (6220) = *EuZW* 1994, 91 – *Kirsammer-Hack*; *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 16 ff.; vgl. auch *EuGH*, Slg. 1998, I-7907, 7936 f. – *Ecotrade*.

39) *Soltész*, *EuZW* 1998, 747; a. A. *Slotboom*, *ELR* 20 (1995), 289, und ferner *Koenig/Kühlung*, *EuZW* 1999, 517 (520 f.), auf der Basis eines ökonomischen Ansatzes.

40) *EuGH*, Slg. 1994, I-43 (61) = *EuZW* 1994, 248 – *SAT* Fluggesellschaft; *EuGH*, Slg. 1993, I-637 (669) = *EuZW* 1993, 355 – *Poucet* und *Pistre*; *EuGH*, Slg. 1991, 1979 (2016) = *EuZW* 1991, 349 = *NJW* 1991, 2891 – *Höfner* und *Elser*.

41) *Entsch. d. Kommission 98/353/EG* v. 16. 9. 1997 (*Gemeinnützige Abfallverwertung Aachen*), *ABIEG* 1998 Nr. L 159, S. 58 (62).

42) *Cremer* (o. Fußn. 36), Art. 87 Rdnr. 8; *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 21.

43) *Cremer* (o. Fußn. 36), Art. 87 Rdnr. 8; *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 22.

44) *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 25; v. *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, *Komm. z. EU*, Losebl. (13. ErgLfg, Stand: Mai 1999), Art. 92 Rdnr. 22.

45) *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 25 m. w. Nachw. Im Hinblick auf die Filmindustrie vgl. *Steuernmaatregel nr. N 486/97 – Niederland* (Steun voor speelfilmproductie), *Entsch. v. 25. 11. 1998*, insb. *Tz. 2.2* der nicht veröff. *Entsch.*

46) *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 92 Rdnr. 25.

47) *Oppermann* (o. Fußn. 2), Rdnr. 1112.

über. In einer Mitteilung „über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der Unternehmensbesteuerung“<sup>48</sup> hat die Kommission dargelegt, dass als Steuervorteile beispielsweise die Ermäßigung des Steuersatzes, Steuerabzüge, beschleunigte Abschreibungen oder der Erlass von Steuerschulden aufzufassen sind. Die Spezialität 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. Konsequenterweise hat die Kommission im Hinblick auf das irische Körperschaftsteuersystem darauf hingewiesen, dass sie eine Vorzugsbehandlung des verarbeitenden Gewerbes gegenüber Dienstleistungsunternehmen nicht mehr als allgemeine Maßnahme begreift, sondern als „Betriebsbeihilfe“ – verstanden als Beihilfe zur Finanzierung der laufenden Kosten eines Unternehmens – einstuft<sup>49</sup>. Der in diesem Bereich von der Kommission zugrunde gelegte Ansatz ist auf andere Regelungsmaterien zu übertragen, zum Beispiel auf Erleichterungen von Sozialversicherungsbeiträgen der Unternehmen<sup>50</sup>, wobei allerdings noch erheblicher Konkretisierungsbedarf besteht.

#### 4. Wettbewerbsverfälschung

Weiterhin muss die Beihilfe den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (Art. 87 I EG). Eine Wettbewerbsverfälschung ist gegeben, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert<sup>51</sup>. Erforderlich ist, dass Unternehmen oder Produktionszweige einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhielten und dadurch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändert werden. Es müssen weder das Wettbewerbsverhältnis noch die Verfälschung tatsächlich vorliegen, in beiderlei Hinsicht ist jeweils die *Möglichkeit* ausreichend. Auch eine Beihilfe, die lediglich potenziell in ein möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis eingreift, wird von Art. 87 I EG erfasst. Die Mitbeziehung von potenziell zur Entstehung kommenden Wettbewerbsverhältnissen ist deshalb von besonderer Relevanz, da in diesem Bereich durch eine Beihilfengewährung die Marktzutrittschancen einzelner Unternehmen beeinflusst werden können. Dies kann im Einzelfall schon die Entstehung eines Wettbewerbsverhältnisses behindern. Das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung kann mithin nur eine geringe Hürde darstellen. Teilweise wird allerdings die zu weitgehende Auffassung vertreten, dass einer Beihilfengewährung grundsätzlich eine wettbewerbsverfälschende Wirkung zukomme, so dass es einer gesonderten Prüfung der Wettbewerbsverfälschung nicht bedürfe<sup>52</sup>. Es ist jedoch anerkannt, dass es in Ausnahmefällen an einer Verfälschung fehlen kann<sup>53</sup>. Im Übrigen ist die genaue Prüfung dieser Umstände insbesondere für die Abwägung im Rahmen der Ermessensklausel (Art. 87 III EG) von großer Bedeutung. Denn nur eine genauere Untersuchung des Ausmaßes der Wettbewerbsverfälschung ermöglicht eine hinreichend überzeugende Abwägung mit den widerstreitenden Interessen, die im Rahmen des Art. 87 III EG geltend gemacht werden können, wie beispielsweise der Umweltschutz oder die Förderung wirtschaftlich schwacher Regionen.

Eine Wettbewerbsverfälschung setzt voraus, dass ein *relevanter Markt* vorhanden ist oder entstehen könnte, auf dem einzelne Wettbewerber durch die Beihilfe gegenüber anderen einen Vorteil erhalten. Die Definition des Marktes dient der sachlichen und räumlichen Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sehen. In *räumlicher* Hinsicht ist dasje-

nige Gebiet umfasst. „in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“<sup>54</sup>. Es ist somit nicht erforderlich, dass sich die wettbewerbsverzerrende Wirkung auf einen erheblichen Teil des gesamten Gemeinsamen Marktes bezieht. In *sachlicher* Hinsicht umfasst der relevante Produktmarkt „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar und substituierbar angesehen werden“<sup>55</sup>. Der sachlich relevante Markt wird danach grundsätzlich aus *Sicht der Nachfrager* nach Maßgabe des so genannten *Bedarfsmarktkonzepts* beurteilt. Er wird dadurch bestimmt, dass ein für die Nachfrager relevantes Wettbewerbsverhältnis zwischen austauschbaren Produkten besteht. Diese austauschbaren Produkte müssen nicht identisch sein, es ist ausreichend, wenn sie substituierbar sind (wie z. B. Zucker und Süßstoff)<sup>56</sup>. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt dann vor, wenn einzelne Unternehmen auf dem relevanten Markt begünstigt werden, andere tatsächliche oder potenzielle Konkurrenten jedoch nicht, die Fördermaßnahme also *selektiv* ist<sup>57</sup>.

In ihrer bisherigen Entscheidungspraxis hat die Kommission zwar teilweise sorgfältig die bestehenden Märkte analysiert und etwaige Beeinträchtigungsmomente herausgearbeitet. Es fehlt allerdings der konsequente Rückgriff auf das Bedarfsmarktkonzept zur Eingrenzung des relevanten Marktes. Nur ausnahmsweise verwendet die Kommission etwa den Substituierbarkeitstest und nimmt auf diese Weise eine genauere Bestimmung der beeinträchtigten Wettbewerbsverhältnisse vor<sup>58</sup>. Damit wird aber ein wesentliches Analysemerkmal vernachlässigt, das zur Objektivität der Entscheidung maßgeblich beitragen kann. Das Bedarfsmarktkonzept zur Eingrenzung des relevanten Marktes sollte daher in Zukunft regelmäßig zur Anwendung gelangen<sup>59</sup>.

#### 5. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Der wirtschaftliche Vorteil muss zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen. Eine solche Beeinträchtigung ist bereits dann gegeben, wenn der Vorteil eine mögliche Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel hat<sup>60</sup>. Dieses grenzüberschrei-

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

49) Dazu die Vorschläge für zweckdienl. Maßnahmen in E 1/98 und E 2/98, ABIEG 1998 Nr. C 395, S. 14 (15) bzw. S. 19 (20).

50) Dazu zuletzt *EuGH*, *EuZW* 1999, 506 (508) – *Déménagements-Manutention Transport (DMT)*.

51) *EuGH*, *Slg.* 1980, 2671 (2688 f.) = *NJW* 1981, 1152 – *Philip Morris*.

52) Generalanwalt *Capotorti*, Schlussanträge v. 18. 6. 1980 zu *EuGH*, *Slg.* 1980, 2671 (2693, 2698 ff.) – *Philip Morris*; vgl. w. Nachw. bei *Cremer* (o. Fußn. 36), Art. 87 EGV Rdnr. 12.

53) *Cremer* (o. Fußn. 36), Art. 87 EGV Rdnr. 12; *Oppermann* (o. Fußn. 2), Rdnr. 1114.

54) Zu der Definition vgl. die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABIEG 1997 Nr. C 372, S. 5.

55) Bekanntmachung der Kommission (o. Fußn. 54), S. 5.

56) In diesem Zusammenhang gelten zur Substituierbarkeit die gleichen Maßstäbe wie im KartellR. Zu den Einzelheiten und zur Berücksichtigung der Angebotssubstituierbarkeit, Bekanntmachung der Kommission (o. Fußn. 54), insb. Nrn. 15 ff.

57) Zum Begriff der Selektivität *Koenig/Kühling*, *EuZW* 1999, 517 (520 f.). Häufig wird der Begriff der Selektivität fälschlicherweise mit dem Begriff der Bestimmtheit gleichgesetzt, vgl. etwa das im Übrigen hilfreiche *Vademecum* der Kommission zum Beihilfenrecht, das im Internet abrufbar ist, dort S. 2 – [http://www.europa.eu.int/comm/dg04/aid/vademecum/stateaid\\_vademecum\\_de.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/dg04/aid/vademecum/stateaid_vademecum_de.pdf).

58) Vgl. für Nachw. im Bereich der Kulturförderung *Koenig/Kühling*, *EuZW* 2000, 197.

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

60) *EuGH*, *Slg.* 1980, 2671 (2689) = *NJW* 1981, 1152 – *Philip Morris*.

tende Element wird man angesichts der immer dichter werdenden Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströme nur ausnahmsweise verneinen können, etwa bei Beihilfen an lediglich auf einem lokalen Markt agierende Einzelhändler, Kleinhandwerker, Kleinstdienstleister und Freiberufler. Auch geringfügige Beihilfen, die unterhalb bestimmter, von der Kommission festgelegter Schwellenwerte liegen (sog. *de minimis*-Beihilfen, z. Zt. 100000 Euro, die einem Unternehmen in einem Zeitraum von drei Jahren ab der Gewährung der ersten *de minimis*-Beihilfe insgesamt gewährt werden dürfen), sind in der Praxis von der gemeinschaftlichen Beihilfenkontrolle ausgenommen<sup>61</sup>.

Nunmehr bildet Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. 5. 1998 – Ermächtigungsverordnung – eine eindeutige Rechtsgrundlage, um im Wege einer Freistellungsverordnung der Kommission Ausnahmen von der Beihilfenkontrolle für geringwertige Beihilfen vorzusehen<sup>62</sup>. Eine entsprechende Verordnung ist gegenwärtig in Vorbereitung<sup>63</sup>. Angesichts der grundlegenden Bedeutung eines nicht künstlich beeinträchtigten Handels und zur Vermeidung von Umgehungsversuchen und Abgrenzungsproblemen ist nach allgemeiner Auffassung eine besondere Intensität der Handelsbeeinträchtigung nicht erforderlich<sup>64</sup>. Da eine Beihilfe die Finanzkraft eines Unternehmens verstärkt, spricht eine Vermutung für eine Handelsbeeinträchtigung<sup>65</sup>.

### III. Ausnahmen vom Beihilfenverbot

#### 1. Bereichsausnahme des Art. 87 II EG

Die *Legal- bzw. Bereichsausnahmen* des Art. 87 II EG sind in der bisherigen Kommissionspraxis von nur geringer Bedeutung. Sie stellen einen eng umrissenen Bereich dar, in dem angesichts sozialer Umstände (Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, lit. a), außergewöhnlicher Schadensereignisse (Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen entstanden sind, lit. b) und der erstmals besonderen Situation des geteilten Deutschlands (lit. c – Teilungsklausel) eine Wettbewerbsverzerrung in Kauf genommen wird<sup>66</sup>. Diese Beihilfen sind zwar per se mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, doch ist auch hier das Beihilfenkontrollverfahren vor der Kommission nach Art. 88 III EG zu durchlaufen. Andernfalls wären diese Beihilfen der Kontrolle der Kommission entzogen. Zwar kommt der Kommission eine Prüfungsbefugnis bei der Subsumtion der Tatbestandsvoraussetzungen unter die Legalausnahme zu. Sie besitzt allerdings keinen Ermessensspielraum – wie bei Art. 87 III EG – dahingehend, dass sie beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 II EG auf der Rechtsfolgenseite eine Beihilfengewährung anhand des Art. 87 EG untersagen könnte, etwa weil die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen zu gravierend wären<sup>67</sup>.

Das Sachsen-Urteil vom *EuG* hat jetzt die Praxis einer beschränkten Anwendung der *Teilungsklausel* (lit. c) durch die Kommission bestätigt<sup>68</sup>. Nach Art. 87 II lit. c EG sind „Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind“, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Die Frage der Auslegung dieser Norm war wiederholt Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen Kommission und Deutschland<sup>69</sup> und wird auch im Schrifttum kontrovers behandelt<sup>70</sup>. Das *EuG* hatte sich mit der Legalausnahme aufgrund der Klage des Freistaats Sachsens sowie der Volkswagen AG gegen eine Entscheidung der Kommission zu befassen. In dieser Entscheidung hatte die Kommission einen Teil der Beihilfen, die der Freistaat Sachsen dem Volkswagen-Konzern für seine

Werke in Mosel und Chemnitz gewährt hatte, nicht genehmigt<sup>71</sup>. Der Argumentation der Kläger zufolge beruhte die Kommissions-Entscheidung auf einer Fehlinterpretation des Art. 87 II lit. c EG. Da der wirtschaftliche Rückstand der neuen Bundesländer Folge der Teilung sei, erlaube die Teilungsklausel sämtliche Beihilfen, die der Angleichung der Wirtschafts- und Sozialstrukturen in den neuen an die der alten Bundesländer dienen. Diese im Verfahren auch von der Bundesregierung vertretene extensive Interpretation des Art. 87 II lit. c EG verwarf das *EuG* mit dem Hinweis auf dessen Ausnahmecharakter sowie auf den Zusammenhang und Zweck der Vorschrift. Da sich der Ausdruck „Teilung Deutschlands“ historisch auf die Errichtung der Trennungslinie zwischen der Ostzone und den Westzonen im Jahr 1948 beziehe, seien „durch die Teilung verursachte wirtschaftliche Nachteile“ nur diejenigen wirtschaftlichen Nachteile, die durch die Errichtung und Aufrechterhaltung der Grenze bedingt sind. Der wirtschaftliche Rückstand der neuen Bundesländer im Vergleich zu den alten Bundesländern beruhe dagegen nicht auf der Teilung als solcher, sondern insbesondere auf den Bedingungen der unterschiedlichen politisch-wirtschaftlichen Systeme. Diese Interpretation entspricht der bisherigen Kommissionspraxis<sup>72</sup>.

Der Entscheidung des *EuG* ist zuzustimmen<sup>73</sup>. Auch in Bezug auf die neuen Bundesländer bedarf es eines engen Kausalitätsverhältnisses zwischen dem wirtschaftlichen Nachteil und der ehemaligen Grenzlinie. Hierzu zählen etwa die durch die Grenzziehung verursachten Unterbrechungen von Infrastrukturen, der vollständige Verlust des Absatzgebietes oder erhöhte Mobilitätshürden<sup>74</sup>. Das Abstellen auf ein enges Kausalitätsverhältnis wird ferner durch systematische Überlegungen gestützt. Denn auch die weiteren Legalausnahmen des Art. 87 II EG beziehen sich auf eng begrenzte Ausnahmefälle und finden nur in Sondersituationen Anwendung. Im Übrigen dient das Beihilfensystem dem Vertragsziel des Art. 3 I lit. g EG, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen. Eine Generalausnahme vom Beihilfensystem für das Gebiet der ehemaligen DDR, in dem mehr Menschen leben als in den meisten übrigen Mitgliedstaaten der EG, verträge sich nicht mit Sinn und Zweck des Beihilfenregimes. Schließlich kann den wirtschaftlichen Problemen in den neuen

61) Mitt. der Kommission über „*de minimis*“-Beihilfen v. 6. 3. 1996, ABIEG 1996 Nr. C 68, S. 9.

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

63) 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/comcodemide.pdf>.

64) Müller-Graff, ZHR 152 (1988), 403 (434).

65) Entsch. d. Kommission, ABIEG 1989 Nr. L 106, S. 34.

66) Zu den Einzelheiten *Mederer* (o. Fußn. 22), Rdnrn. 50 ff., auch mit entsprechenden Hinweisen zur weitgehenden Bedeutungslosigkeit des lit. c nach der Wiedervereinigung.

67) *Mederer* (o. Fußn. 22), Rdnr. 51.

68) *EuG*, EuZW 2000, 115 = ZIP 2000, 91.

69) Dazu *Uerpmann*, DÖV 1998, 226 (227).

70) Vgl. z. B. *Kruse*, EuZW 1998, 229; *Pechstein/Damm*, EWS 1996, 333 (338 f.); *Schümann*, Wirtschaftsförderung für die neuen Bundesländer im Lichte des EWGV, 1993, S. 259; *Schütte/Hix*, CMLR 32 (1995), 215 (228); *Staebe/Wittern* Jura 1998, 91 (95 f.); *Uerpmann* (o. Fußn. 57), S. 229 f.; *Schütterle*, EuZW 1994, 715 (717).

71) Entscheidung 96/666/EG v. 26. 6. 1996, ABIEG 1996 Nr. L 308, S. 46.

72) Vgl. Entsch. d. Kommission C 3/91 v. 14. 4. 1992, ABIEG 1992 Nr. C 263, S. 15 – Daimler-Benz („Potsdamer Platz“), S. 22 f., sowie Entsch. d. Kommission N 719/93 v. 13. 4. 1994, ABIEG 1994 Nr. C 178, S. 24 – Tettau.

73) Ausf. dazu *Koenig/Kühling*, Anm. z. Sachsen-Urteil, JZ 2000, 255; a. A. *Schohe*, Anm. z. Sachsen-Urteil, ZIP 2000, 106. Vgl. auch *Wernicke*, Anm. zum Sachsen-Urt., EuZW 2000, 127.

74) Dazu *Mederer* (o. Fußn. 21), Art. 92 Rdnrn. 60 f., sowie die Entsch. d. Kommission in Fußn. 72.

Bundesländern durch die Anwendung der im Folgenden zu erläuternden Ermessenstatbestände des Art. 87 III, insbesondere lit. a und c, hinreichend Rechnung getragen werden<sup>75</sup>. Dabei ist eine den unverfälschten Wettbewerb stärker gewährleistende Abwägung zwischen dem Wettbewerbsschutz einerseits und dem berechtigten Anliegen an einem Aufbau der ostdeutschen Wirtschafts- und Sozialstrukturen andererseits möglich.

## 2. Ermessenstatbestand des Art. 87 III EG

Von großer Bedeutung ist die Bestimmung des Art. 87 III EG. Danach können Beihilfen in bestimmten Fällen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden (Art. 87 III EG), d. h. sie können von der Kommission genehmigt werden. Art. 87 III EG stellt mithin eine Ausnahme Klausel (keine Bereichsausnahme) in Form eines *Ermessenstatbestands* dar. Die teils harten Auseinandersetzungen zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten bei der Auslegung dieser Bestimmung sind angesichts der recht offenen Formulierung der einzelnen Ausnahmebestände nicht verwunderlich. So sind sehr verschiedenartige Beihilfen als Ermessenstatbestände vorgesehen: Beihilfen zur Förderung wirtschaftlich wenig entwickelter Gebiete (Art. 87 III lit. a EG), Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats (Art. 87 III lit. b EG), Beihilfen zur Förderung der Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige oder -gebiete (Art. 87 III lit. c EG) und Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes (Art. 87 III lit. d EG). Bei der Genehmigung solcher Beihilfen besitzt die Kommission einen erheblichen Ermessensspielraum<sup>76</sup>. In der Folge einer verdichteten Genehmigungspraxis zu Art. 87 III EG hat sich die Kommission in ihrer Ermessensausübung allerdings regelmäßig durch so genannte Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen selbst gebunden. Leitlinien vermögen die Kommission selbst zu binden, soweit sie Regeln enthalten, die sich auf Ermessenstatbestände beziehen und mit dem Primärrecht vereinbar sind<sup>77</sup>. Eine Ermessensbindung tritt – ähnlich den deutschen Verwaltungsvorschriften<sup>78</sup> – angesichts des Gleichheitsgrundsatzes und des Grundsatzes des Vertrauensschutzes ein. Dies gilt gleichermaßen für die in Gemeinschaftsrahmen enthaltenen Leitlinien. Die Gemeinschaftsrahmen beinhalten zudem noch zweckdienliche Maßnahmen i. S. des Art. 88 I EG (jetzt i. V. mit Art. 18 VO in Beihilfensachen<sup>79</sup>), die im Wege der mitgliedstaatlichen Zustimmung oder einer Durchsetzung nach Art. 88 II EG Rechtsnormcharakter erlangen<sup>80</sup>.

Die Leitlinien bzw. Gemeinschaftsrahmen lassen sich grob in drei Gruppen einteilen: Vorschriften zu *Regionalbeihilfen*, die von großer Bedeutung für die Gemeinschaft sind, *horizontale Vorschriften*, die sektorübergreifend thematisch gruppiert sind (Beihilfen an kleinere und mittlere Unternehmen, Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, Ausbildungsbeihilfen, Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen etc.) und schließlich *sektorale Bestimmungen* (für die Kraftfahrzeugindustrie, den Luft- und Seeverkehr etc.). In diesen Vorschriften sind die einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen für die jeweiligen Beihilfen näher bestimmt.

So verlangen die ab dem 1. 1. 2000 geltenden „Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“<sup>81</sup> für *Rettungsbeihilfen*

- (1) dass es sich ausschließlich um Liquiditätsbeihilfen in Form von Kreditbürgschaften oder von Krediten zum Marktzinssatz handeln muss,

- (2) die Beihilfen mit Krediten verbunden sind, deren Restlaufzeit nach Auszahlung des letzten Teilbetrags der Kreditsumme längstens zwölf Monate beträgt,
- (3) die Beihilfe aus akuten sozialen Gründen gerechtfertigt ist und keine gravierenden Ausstrahlungseffekte („spillover“) in anderen Mitgliedstaaten hat,
- (4) der Mitgliedstaat sich verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Auszahlung der Rettungsbeihilfe einen Umstrukturierungs- bzw. Liquiditätsplan vorzulegen oder den Nachweis zu erbringen, dass das Darlehen zurückgezahlt bzw. die Bürgschaft beendet ist,
- (5) die Höhe der Beihilfe auf den für die Weiterführung des Unternehmens notwendigen Betrag begrenzt ist.

Die Bestimmungen für Rettungsbeihilfen, die dem Unternehmen eine Atempause verschaffen sollen, werden ergänzt durch die Voraussetzungen für die Gewährung von *Umstrukturierungsbeihilfen*, die der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität eines Unternehmens dienen. Hier

- (1) muss der Kommission grundsätzlich ein tragfähiges Umstrukturierungs- bzw. Sanierungsprogramm vorgelegt werden, das durchgeführt werden muss und dessen Ausführung überwacht wird (einschließlich der Pflicht zur Erstellung eines Jahresberichts),
- (2) es müssen Maßnahmen erfolgen, die unzumutbare Wettbewerbsverfälschungen vermeiden (insbesondere Kapazitätsreduzierungen),
- (3) die Beihilfe muss auf das für die Durchführung der Umstrukturierungsmaßnahmen notwendige Mindestmaß beschränkt sein und
- (4) die Beihilfenempfänger müssen einen maßgeblichen Beitrag zur Sanierung leisten<sup>82</sup>.

Da im Fall der „Philipp Holzmann AG“ die beteiligten Banken einen wesentlichen Anteil an der Finanzierung der Umstrukturierung leisten, wird die Genehmigungsfähigkeit der Umstrukturierungsbeihilfen aus Bundesmitteln vor allem von der Tragfähigkeit des Sanierungskonzepts abhängen. Die übrigen Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen enthalten ähnlich detaillierte Anforderungen wie die für die Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen. Eine Darstellung der Einzelheiten der jeweiligen Anforderungen und der zumeist umfangreichen Kommissionspraxis zu den Ausnahmebeständen würde den Rahmen dieser Darstellung allerdings sprengen<sup>83</sup>.

In Zukunft erhält die Kommission durch die Ermächtigungsverordnung (EG) Nr. 994/98<sup>84</sup> die Möglichkeit, in der Verordnung selbst näher definierte Beihilfenkategorien durch Gruppenfreistellungsverordnungen von der Anmeldungspflicht nach Art. 88 III EG auszunehmen, denen als Verordnungen i. S. des 249 II EG automatisch Rechtsquellencharakter und Bindungswirkung zukommt. Hier wird das *ex ante*-Notifizierungsverfahren des Art. 88 III EG durch eine *ex post*-Überwachung ersetzt. Die *ex post*-Kontrolle soll – so der fünfte Erwägungsgrund der Ermächtigungsverordnung – sowohl durch die Kommission als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene erfolgen,

<sup>75</sup> Hierzu *Uerpman* (o. Fußn. 67), S. 231 ff.

<sup>76</sup> *EuGH*, Slg. 1980, 2671 (2690 f.) = *NJW* 1981, 1152 – Philip Morris; *EuGH*, Slg. 1990, I-307 (363) = *EuZW* 1990, 163 – Boussac; *EuGH*, Slg. 1991, I-1433 (1479) – ENI Lanerossi.

<sup>77</sup> *EuG*, Slg. 1998, II-717 (747) – Vlaams Gewest.

<sup>78</sup> Zu den deutschen Verwaltungsvorschriften statt vieler *Ossenbühl*, in: *Erichsen*, Allg. VerwR, 11. Aufl. (1998), Rdrrn. 30 ff., und insb. z. Frage der Rechtsnormqualität Rdrr. 41.

<sup>79</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/99, ABIEG 1999 Nr. L 83, S. 1.

<sup>80</sup> Zu den Einzelheiten *Mederer* (o. Fußn. 22), Rdrrn. 75 u. 76.

<sup>81</sup> ABIEG 1999 Nr. C 288, S. 2; vgl. auch die bis zum 31. 12. 1999 geltenden Leitlinien in ABIEG 1994 Nr. C 368, S. 12; ABIEG 1999 Nr. C 67, S. 11.

<sup>82</sup> Zu den Begriffsdefinitionen siehe Ziff. 2.1., zu den Genehmigungsvoraussetzungen Ziff. 3.1. und 3.2.

<sup>83</sup> Insoweit ist insb. auf die Kommentierung von *Mederer* zu verweisen (o. Fußn. 22); zur neuesten Kommissionspraxis bezogen auf den Ausnahmebestand des Art. 87 III lit. d EG *Koenig/Kübling*, *EuZW* 2000, 197. Einen guten Überblick mit den Nachweisen der einschlägigen Leitlinien gibt im Übrigen das bereits zitierte *Vademecum* der Kommission zum BeihilfenR (o. Fußn. 57), S. 10 ff.

<sup>84</sup> ABIEG 1998 Nr. L 142, S. 1.

letzteres, da die Freistellungsverordnungen in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten und für die Gerichte sowie nationalen Verwaltungsbehörden unmittelbar anwendbar sind (Art. 249 II EG). Die Kommission hat bereits zwei Entwürfe zu Gruppenfreistellungsverordnungen vorgelegt, die sich zum einen auf Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen<sup>85</sup> und zum anderen auf Ausbildungsbeihilfen<sup>86</sup> beziehen. Sie sollen noch im Jahr 2000 erlassen werden<sup>87</sup>. Damit verfolgt die Kommission konsequent den Weg, angesichts der Fülle von Beihilfenfällen die vorhandenen Ressourcen auf die großen, wichtigen und bedenklichen Fälle zu konzentrieren und die wenigen Kommissionsbeamten in der Generaldirektion Wettbewerb nicht mit der Kontrolle der zahlreichen Standardfälle zu belasten. Denn bezogen auf kleine und mittlere Unternehmen entschied die Kommission beispielsweise von 1990 bis Mai 1999 allein in 374 Fällen, von denen sie nur in neun Fällen das Hauptverfahren des Art. 88 II EG eröffnete<sup>88</sup>. Freistellungsverordnungen sind daher gerade in Bereichen, in denen genügend Erfahrungen bereits vorliegen, sinnvoll. Dabei knüpft die Kommission an bestehende Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen an, die ohnehin schon zum Orientierungsmaßstab der mitgliedstaatlichen Beihilfenpraxis geworden sind. Im Übrigen entfällt auf diese Weise für die Mitgliedstaaten der Notifizierungsaufwand, der mit einer häufig bedenklichen Verzögerung sensibler Investitionsprojekte verbunden ist.

#### IV. Verfahren der Beihilfenaufsicht

Die Genehmigung und die Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfenprojekte erfolgt im Rahmen der Durchführung eines Aufsichtsverfahrens vor der Kommission nach Art. 88 EG. Art. 88 EG unterscheidet zwischen bestehenden Beihilferegulungen (Altbeihilfen), die einer fortlaufenden Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt unterliegen (Abs. 1), und neu eingeführten bzw. umgestalteten Beihilfen (Neubeihilfen), die, bevor sie tatsächlich anlaufen, von der Kommission einer vorläufigen Prüfung<sup>89</sup> unterzogen werden (Abs. 3). Sollte die Kommission feststellen, dass die bestehende oder neue Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so ist sie verpflichtet, das förmliche Hauptprüfverfahren<sup>90</sup> nach Absatz 2 einzuleiten, woran sich gegebenenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem *EuGH* anschließen kann. In jüngster Zeit wurden wesentliche Aspekte der Beihilfenaufsicht durch Sekundärrecht präzisiert: Die Verfahrensverordnung in Beihilfensachen<sup>91</sup> konkretisiert die Anwendung des Art. 88 EG und kodifiziert das gesamte Verfahren im Beihilfenrecht, das bislang nur einer unübersichtlichen Mischung aus Kommissionspraxis und -mitteilungen sowie *EuGH*-Rechtsprechung zu entnehmen war<sup>92</sup>.

##### 1. Fortlaufende Überprüfung und Vorprüfverfahren

a) *Fortlaufende Prüfung bestehender Beihilfen (Altbeihilfen)*. An Beihilfenregelungen, die bereits vor Inkrafttreten des EG-Vertrags bestanden (also vor dem 1. 1. 1958, für neue Mitgliedstaaten gilt der Tag des Beitritts) oder die bereits von der Kommission genehmigt wurden (sog. *Altbeihilfen*), nimmt die Kommission lediglich eine fortlaufende Überprüfung vor. Die Mitgliedstaaten sind dabei gem. Art. 88 I EG verpflichtet, mit der Kommission zusammenzuarbeiten und ihr die notwendigen Auskünfte über ihre jeweiligen Beihilfenregelungen zu erteilen. Im Bereich von Altbeihilfen versucht die Kommission zunächst im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten,

die Beihilfenregelungen in den Gemeinsamen Markt wettbewerbskonform miteinzubeziehen. Sollten diese Versuche scheitern, stellt die Kommission die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt fest. Dann muss sie, nach Ablauf einer dem Mitgliedstaat gesetzten Frist, das Hauptprüfverfahren nach Art. 88 II EG einleiten. Anders als bei Neubeihilfen kann die Kommission nach Einleitung des Hauptprüfverfahrens die Mitgliedstaaten aber nicht verpflichten, die Beihilfenzahlungen auszusetzen. Eine Sperrwirkung i. S. des Art. 88 III 3 EG tritt erst ein, nachdem die Kommission die Unvereinbarkeit der Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt im Hauptprüfverfahren festgestellt hat. Im Übrigen besteht ein *Rückforderungsprivileg*. Im Hinblick auf Altbeihilfen kann die Kommission nur eine Aufhebung und Umgestaltung der Beihilfenregelung für die Zukunft, nicht aber eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen verlangen<sup>93</sup>.

Der zur Abgrenzung zwischen Alt- und Neubeihilfen maßgebliche Test orientiert sich an den vom *EuGH* im Urteil vom 9. 8. 1994 in der Rechtssache *Namur-Les assurances du crédit SA* bekräftigten Grundsätzen. Ausschlaggebend für die Einordnung als Neubeihilfe ist danach, dass entweder der unmittelbare Altbeihilfengegenstand selbst oder mittelbar der räumliche bzw. der sachliche Tätigkeitsbereich des begünstigten Unternehmens dergestalt verändert wird, dass die formal fortbestehende Altbeihilfenregelung materiell eine andere Beeinträchtigungstendenz bzw. -intensität im potenziell grenzüberschreitenden Wettbewerb erfährt<sup>94</sup>.

b) *Vorläufige Prüfung der Neubeihilfen*. Das Vorprüfverfahren im Hinblick auf Neubeihilfen dient dem Zweck, mitgliedstaatliche Fördermaßnahmen für Unternehmen oder Produktionszweige bereits in einem frühen Stadium, d. h. bevor sie tatsächlich anlaufen, der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle zu unterstellen. Als Neubeihilfen gelten sowohl völlig neue Beihilfenvorhaben eines Mitgliedstaats als auch Änderungen von Altbeihilfen. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, alle Neubeihilfen zu notifizieren, d. h. der Kommission zu melden (Art. 88 III 1 EG). Diese Verpflichtung erfasst nicht nur Beihilfen an einzelne Empfänger, sondern auch Beihilfenprogramme und Beihilfensysteme<sup>95</sup>. Allerdings trifft die „Mitteilung der Kommission über *de minimis*-Beihilfen“ eine Ausnahme für solche Beihilfen, die einen maximalen Gesamtbetrag von 100 000 Euro, der innerhalb von drei Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten *de minimis*-Beihilfen einem

85) Entwurf einer VO „über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen“, S. 1 der Begr.; das Dokument ist im Internet abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/dg04/lawaid/de/compme\\_de.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/dg04/lawaid/de/compme_de.pdf).

86) Der Entwurf einer „Verordnung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf Ausbildungsbeihilfen“ ist abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/comm/dg04/lawaid/de/comconstrainede.pdf>. Zudem liegt der Entwurf einer „Verordnung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf *de minimis*-Beihilfen“ vor (o. Fußn. 63).

87) FAZ v. 30. 11. 1999, S. 29.

88) Vgl. die Begr. zu dem Entwurf der entsprechenden Freistellungsverordnungen (o. Fußn. 86), S. 2.

89) So die offizielle Bezeichnung der Kommission, im folgenden Text als: „Vorprüfverfahren“ bezeichnet.

90) So die offizielle Bezeichnung der Kommission, im folgenden Text als: „Hauptprüfverfahren“ bezeichnet.

91) Verordnung (EG) Nr. 659/99, ABIEG 1999 Nr. L 83, S. 1.

92) Zur VerfahrensVO ausf. und aufschlussreich *Kruse*, NVwZ 1999, 1049.

93) Zu den Einzelheiten, auch zur Abgrenzung von Alt- und Neubeihilfen *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363 (364 f.).

94) *EuGH*, Slg. 1994, I-3829 (3875) = EuZW 1995, 57 – *Namur-Les assurances du crédit SA/Office national du ducroire u. Belgischer Staat*; dazu am Beispiel der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363 (364 ff.).

95) v. *Wallenberg* (o. Fußn. 44), Art. 92 Rdnr. 37.



Unternehmen gewährt wird, nicht überschreiten<sup>96</sup>. Diese Beihilfen sind nicht notifizierungspflichtig<sup>97</sup>. Während der *de minimis*-Beihilfen nunmehr nach Art. 2 der Ermächtigungsverordnung als „Nichtbeihilfe“ eingestuft werden können und damit von der Notifizierung befreit sind, stellt Art. 2 I 1 der Verfahrensverordnung klar, dass im Übrigen eine Verordnung nach Art. 89 EG notwendig ist, um Ausnahmen von der Anmeldungspflicht zu bestimmen<sup>98</sup>.

Die Kommission ist nach Art. 4 V VerfVO verpflichtet, das angemeldete Beihilfenvorhaben innerhalb von zwei Monaten der vorläufigen Prüfung zu unterziehen. Das Vorprüfverfahren dient dazu, der Kommission eine erste Meinungsbildung über die teilweise oder vollständige Vereinbarkeit der angemeldeten Beihilfe mit den Vorgaben des Art. 87 EG zu ermöglichen<sup>99</sup>. Das Vorprüfverfahren wird durch die Genehmigungs- bzw. Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission oder die Einleitung des förmlichen Hauptprüfverfahrens beendet (Art. 88 III 2 EG).

Bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission ist es dem Mitgliedstaat verboten, die beabsichtigte Beihilfe zu gewähren (Art. 88 III 3 EG, Art. 3 VerfVO, sog. „Stillhaltegebot“). Entgegenstehendes nationales Recht hat insofern wegen des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs zurückzustehen. Trifft die Kommission allerdings innerhalb der Zwei-Monats-Frist keine Entscheidung, ist der Mitgliedstaat nicht mehr an das Durchführungsverbot gebunden und kann, nachdem er die Kommission in Kenntnis gesetzt hat, die Beihilfe gewähren. Die Kommission hat es allerdings in der Hand, durch Nachfragen zur Anmeldung das Vorprüfverfahren durch das erneute Inangasetzen der Zwei-Monats-Frist zu verlängern, was auch teilweise der Kommissionspraxis entspricht<sup>100</sup>. Trifft die Kommission innerhalb der Zwei-Monats-Frist keine Entscheidung, ist der Mitgliedstaat nicht mehr an das Durchführungsverbot gebunden und kann, nachdem er die Kommission in Kenntnis gesetzt hat und diese nicht innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Erhalt der Benachrichtigung das Hauptprüfverfahren nach Art. 88 II EG eröffnet hat (Art. 4 VI VerfVO), die Beihilfe gewähren.

## 2. Hauptprüfverfahren

Kommt die Kommission in der Vorprüfung einer Neu-beihilfe zu dem Ergebnis, dass diese mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, leitet sie gem. Art. 88 III 2 EG das Hauptprüfverfahren des Art. 88 II EG ein. Dann erhält der Mitgliedstaat Gelegenheit zur Stellungnahme. Darüber hinaus ist den anderen Beteiligten die Gelegenheit zu geben, sich zu den beabsichtigten Maßnahmen zu äußern. Als „Beteiligte“ qualifiziert Art. 1 lit. h VerfVO neben dem Beihilfenempfänger die anderen Mitgliedstaaten sowie alle von der Beihilfe potenziell Betroffenen, insbesondere die konkurrierenden Unternehmen und die in ihren Interessen berührten Berufsverbände. Das Hauptprüfverfahren endet mit der Entscheidung der Kommission, die Beihilfe entweder zu genehmigen oder endgültig zu versagen. Das Hauptprüfverfahren ist gem. Art. 7 I VerfVO mit einer Entscheidung abzuschließen<sup>101</sup>. Wird die Genehmigung verweigert und ist die Beihilfe bereits ausgezahlt, gibt die Kommission dem Mitgliedstaat auf, sie zurückzufordern (Art. 11 und 14 VerfVO).

## 3. Gerichtliches Verfahren

Gegen eine ablehnende Entscheidung der Kommission können der Mitgliedstaat oder der Begünstigte, sofern er unmittelbar und individuell betroffen ist, was bei einzelnen Unternehmenssubventionen, nicht aber bei allgemeinen Maßnahmen<sup>102</sup> regelmäßig der Fall ist, mit der Nichtigkeitsklage vor dem *EuGH* bzw. dem *EuG* vorgehen (Art. 230 EG). Von großer Relevanz für den Beihilfenempfänger ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass nach Art. 242 S. 1 EG Klagen vor dem *EuGH* bzw.

dem *EuG* keine aufschiebende Wirkung haben, so dass es dem Beihilfenempfänger obliegt, die strengen Voraussetzungen für eine Vollzugsaussetzung nach Art. 242 S. 2 EG glaubhaft zu machen<sup>103</sup>. Grundsätzlich sind die Kommissionsentscheidungen damit sofort vollziehbar. Dies hat einschneidende Konsequenzen für den Schuldner einer zurückzugewährenden Beihilfe, der die Rückzahlung vorzunehmen hat, obwohl ein Verfahren gegen die Kommissionsentscheidung anhängig ist. Die Kommission kann ihrerseits mittels eines Vertragsverletzungsverfahrens auf die Befolgung ihrer Entscheidung dringen (Art. 226 EG), wobei das in Art. 226 EG vorgesehene Vorverfahren gem. Art. 88 II Unterabs. 2 EG entfällt. Eine positive Entscheidung der Kommission (im Vor- oder Hauptprüfverfahren) können einerseits die Mitbewerber des begünstigten Unternehmens, sofern sie unmittelbar und individuell betroffen sind, sowie andererseits die übrigen Mitgliedstaaten im Wege der Nichtigkeitsklage (Art. 230 EG) vor dem *EuG* bzw. dem *EuGH* anfechten. Schreitet die Kommission nicht gegen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare, nicht notifizierte Beihilfen ein, besteht die Möglichkeit der Untätigkeitsklage nach Art. 232 EG<sup>104</sup>.

## 4. (Einstweilige) Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen

Ein Unternehmen, das durch eine gegen das Beihilfenrecht verstoßende Beihilfe begünstigt wird, ist grundsätzlich verpflichtet, die erhaltene Beihilfe zurückzuerstatten. Eine solche Rückzahlungspflicht ergibt sich aus der Notwendigkeit der Wiederherstellung eines gemeinschaftsrechtskonformen Zustands. Die Einzelheiten werden nunmehr durch Art. 11 und 14 VerfVO explizit geregelt. Da gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zum Rückforderungsverfahren allerdings fehlen, bestimmt sich die Rückabwicklung nach den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften (Art. 14 III VerfVO), in Deutschland nach §§ 48, 49 VwVfG. Die Details der Rückforderung von mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfen haben den *EuGH* schon mehrfach beschäftigt<sup>105</sup>. In der grundlegenden Entscheidung „Alcan“ hat der *EuGH*<sup>106</sup> auf Vorlage des *BVerwG* alle vorgebrachten nationalen Regelungen, die dem Rückzahlungsanspruch entgegenstehen könnten, für nicht anwendbar erklärt. Die Berufung auf die Ver-

96) Zur bisherigen Regelung s. ABIEG 1996 Nr. C 68, S. 9; vgl. für die geplante VO o. Fußn. 63; vgl. ferner *Kruse* mit Ausf. zu der Frage, ob diese Regelung wegen Art. 2 I 1 VerfVO nicht nunmehr einer expliziten Regelung bedürfte, sowie zur Vereinbarkeit derartiger Konkretisierungen mit dem Primärrecht, NVwZ 1999, 1049 (1051). Für die *de minimis*-Beihilfen ist angesichts dieser Bedenken die rasche Verabschiedung des Verordnungsentwurfs (o. Fußn. 63) wünschenswert, was auch bis Ende 2000 der Fall sein soll. FAZ v. 30. 11. 1999, S. 29.

97) Zu einem zweiten Ausnahmetatbestand der Beihilfenpraxis, der dann vorliegt, wenn das genehmigte Budget einer Altbeihilfe um nicht mehr als 20% erhöht wird, *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1051).

98) Ob Art. 27 i. V. mit Art. 29 VerfVO dazu eine hinreichende Grundlage darstellt, dürfte zweifelhaft sein, da der Verzicht auf die Notifizierung nicht mehr als Ausgestaltung des Notifizierungsverfahrens zu qualifizieren ist.

99) *Cremer* (o. Fußn. 36), Art. 88 Rdnr. 9.

100) Vgl. den Hinweis von *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1051).

101) Anders noch der *EuGH* für den Abschluss des Vorprüfverfahrens, Slg. 1973, 1471 (1482) – Lorenz.

102) *EuG*, EuZW 1999, 346 (348 ff.) – Hapag-Lloyd, mit Anm. *Nowak/Nehl*, EuZW 1999, 350.

103) Zu den diesbezügl. Einzelheiten *Borchardt*, in: *Lenz*, Komm. z. EGV, 2. Aufl. (1999), Art. 242/243 Rdnrn. 14 ff.

104) Vgl. *EuG*, Slg. 1998, II-3407 (3425 ff.) – Gestevisión Telecinco.

105) *EuGH*, Slg. 1987, 901 (927 ff.) = NJW 1987, 3072 – Deufil/Kommission; besonders umstr. zul. *EuGH*, Slg. 1997, I-1607 (1617 ff.) – Alcan; dazu *Happe*, NVwZ 1998, 26; *Richter*, DÖV 1995, 846; *Scholz*, DÖV 1998, 261.

106) *EuGH*, Slg. 1997, I-1591 (1617 ff.) = NJW 1998, 47 = EuZW 1997, 276 = NVwZ 1998, 45 – Alcan.

trauensschutzregelungen in § 48 II bis IV VwVfG, d. h. auf den Fristablauf, den Grundsatz von Treu und Glauben oder den Wegfall der Bereicherung, ist somit nicht möglich. Zwar gehört der Vertrauensschutz zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und damit auch zu den Grundsätzen nach Art. 14 II VerfVO, die der Rückforderung entgegenstehen können<sup>107</sup>. Angesichts der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des *EuGH* ist eine erfolgreiche Abwehr der Rückforderung über den Vertrauensschutz jedoch weitestgehend eingeschränkt, insbesondere wenn auch ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht vorliegt<sup>108</sup>. Etwas anders stellt sich die Rückforderung nur formell rechtswidriger Beihilfen i. S. des Art. 1 lit. f VerfVO dar, d. h. von Neubehilfen, die ohne vorangegangene Notifizierung nach Art. 88 III EG eingeführt wurden. Art. 11 II VerfVO sieht nunmehr vor, dass die Kommission dem Mitgliedstaat aufgeben kann, die formell rechtswidrige Beihilfe einstweilig zurückzufordern, bis die Kommission über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt entschieden hat. Ob damit eine zufriedenstellende Abschiebung der gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Kompetenzen erreicht wurde, ist umstritten<sup>109</sup>. Im *Boussac*-Urteil hatte der *EuGH* noch festgestellt, dass die Kommission vom betroffenen Mitgliedstaat zwar die Einstellung, nicht aber die Rückforderung der bloß formell rechtswidrigen Beihilfe fordern könne<sup>110</sup>. Die Kompetenz zur Rückforderung nach Art. 11 II VerfVO besitzt die Kommission allerdings nur dann, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- (1) Nach geltender Praxis bestehen hinsichtlich des Beihilfencharakters der betreffenden Maßnahme keinerlei Zweifel, und
- (2) ein Tätigwerden ist dringend geboten, und
- (3) ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden ist für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten.

Inwiefern die genannten Kriterien einen adäquaten Interessenausgleich zwischen dem Gemeinschaftsinteresse an umgehender Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung einerseits und dem Schutzinteresse des Beihilfenempfängers andererseits gewährleisten, wird die Praxis zeigen. Als Rettungsanker für den Beihilfenempfänger sieht Unterabs. 4 des Art. 11 II VerfVO die Möglichkeit vor, dass die Kommission den Mitgliedstaat zur Zahlung einer Rettungsbeihilfe ermächtigt, die im gleichen Zuge wie die erforderliche Rückzahlung gewährt werden kann. Dabei handelt es sich freilich um eine Rechtsgrundverweisung, so dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Rettungsbeihilfe vorliegen müssen<sup>111</sup>. Abschließend sei nur erwähnt, dass die im *FNCE*-Urteil des *EuGH*<sup>112</sup> ausgesprochene unheilbare Ungültigkeitsfolge, d. h. die Nichtigkeitssfolge formell rechtswidriger Beihilfen, vor allem für Beihilfen, die in vertraglicher Form gewährt werden, erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringt<sup>113</sup>.

107) *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1053).

108) Zu den Einzelheiten *Mederer* (o. Fußn. 22), Art. 93 Rdnrn. 66 f.; vgl. krit. *Happe*, NVwZ 1998, 26; *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1053); *Scholz*, DOV 1998, 261 (265); zu den mildernden Grundsätzen in Bezug auf zu Unrecht gezahlte Gemeinschaftsbeihilfen vgl. die Hinw. zu der jüngeren Rspr. bei *Montag*, NJW 2000, 32 (39 f.).

109) Vgl. krit. zu dieser Regelung *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1054); *Sinnave*, EuZW 1998, 268 (270); *dies.*, EuZW 1999, 272 (273); aber auch v. *Wallenberg* (o. Fußn. 44), Art. 94 Rdnr. 3.

110) *EuGH*, Slg. 1990, I-307 (357) = EuZW 1990, 163 – *Boussac*; ebenso *EuGH*, Slg. 1996, I-3547 = EuZW 1996, 564 (567) – *La Poste*/SFEI, mit Anm. *Sinnave*, EuZW 1996, 569.

111) Dazu o. III 2.

112) *EuGH*, Slg. 1991, I-5505 (5528 f.) = NJW 1993, 49 = EuZW 1993, 62 – *FNCE*.

113) Dazu *Pechstein*, EuZW 1998, 495; vgl. auch *Triantafyllou*, DOV 1999, 51.

Rechtsanwalt Dr. Christian Busse, Bonn

## Die Geltung der EMRK für Rechtsakte der EU\*

*Im Rahmen der gegenwärtigen Debatte um einen geschriebenen Grundrechtskatalog für die EU rückt auch das Verhältnis zwischen der EMRK und den Rechtsakten der EU verstärkt ins Blickfeld. Zur Klärung dieses Verhältnisses sind einige rechtliche Fragen zu beantworten, die in den Grenzbereich zwischen Völker- und Europarecht führen. Werden dabei schon bestehende Defizite aufgedeckt, so sind entsprechende Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Unter Einbeziehung der aktuellen Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) widmet sich der folgende Beitrag der skizzierten Problematik in Form einer Übersicht.*

### I. Die Verpflichtungen der EMRK aus der Perspektive der EU

Seit mittlerweile über zwei Jahrzehnten wird ein Beitritt der Europäischen Gemeinschaften bzw. der EU<sup>1</sup> zur EMRK diskutiert<sup>2</sup>. In seinem Gutachten vom 28. 3. 1996 hat der *EuGH* die Kompetenz der EG für einen Beitritt verneint<sup>3</sup>. Folglich dürfte der Europäischen Atomgemeinschaft und der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl ein solcher Beitritt erst recht verwehrt sein. Die EU verfügt auch nach dem Vertrag von Amsterdam – wird der gegenwärtig herrschenden Meinung gefolgt<sup>4</sup> – noch nicht über eine eigene Völkerrechtssubjektivität und kann demnach der EMRK ebenfalls nicht beitreten. Zudem ist die EMRK auf einen Beitritt anderer Völkerrechtssubjekte als Staaten nicht ausgerichtet<sup>5</sup>. Zusammenfassend gilt auch heute noch die 1995 geäußerte Feststellung des damaligen deutschen Richters am EGMR *Bernhardt*: „Die Diskussion über den Beitritt der EG zur EMRK ist kein Ruhmesblatt für die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten. Über Jahrzehnte hat man das Für und Wider erörtert und ist regelmäßig bei einem Ja-Aber stehen geblieben.“<sup>6</sup>

Der gegenwärtige Rechtszustand zeichnet sich aus der Perspektive der EU durch zweierlei Aspekte aus, die sich nicht nur gegenseitig ergänzen, sondern zugleich Bestandteile einer kontinuierlichen Entwicklung sind. Zum einen hat der *EuGH* die EMRK und die zugehörige Rechtsprechung des EGMR nach und nach in seine eigene Spruch-

\* Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 18. 2. 1999 – 7/1998/910/1122, NJW 1999, 3107; *Matthews*/Vereinigtes Königreich – Wahlrecht auf Gibraltar). – Der Autor ist Mitglied der Sozietät *Düsing, Drever, Krasky & Busse* in Bonn.

1) Im Folgenden wird aus Gründen der Vereinfachung und gestützt auf Art. 1 S. 3 EU der Begriff der EU in einem die EGen mitumfassenden Sinne verwendet; vgl. näher *Busse*, Die völkerrechtliche Einordnung der EU, 1999, und *Griller*, EuR Beihett 1/1999, 45 ff.

2) Vgl. nur das Memorandum der Europäischen Kommission v. 10. 4. 1979, EuGRZ 1979, 350, sowie die korrespondierenden Beiträge von *Bieber*, EuGRZ 1979, 338, *Golsong*, EuGRZ 1979, 70, und dem damaligen Justizminister *Vogel*, EuGRZ 1979, 66.

3) *EuGH*, Slg. 1996, I-1759 (1788 f.) = EuZW 1996, 307 – Gutachten 2/94. Zu einem Beitritt der EU hat sich der *EuGH* entgegen anderslautender Feststellungen – vgl. etwa MdB *Jürgen Meyer*, BT-Plenarprot 14/63, S. 5577 – nicht geäußert.

4) Vgl. ausführlich *Busse* (o. Fußn. 1), S. 378 ff., und den Bericht der „Drei Weisen“ zur Reform der EU v. 18. 10. 1999, FAZ v. 20. 10. 1999, S. 8 f.; „In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage der Rechtspersönlichkeit der Union.“

5) Wie dieses Problem rechtstechnisch gelöst werden kann, ist bereits intensiv diskutiert worden; vgl. nur *Bernhardt*, in: Festschr. f. Everling I, 1995, S. 103 ff., und den Entwurf eines Beitrittsprot. der EG von *Golsong*, EuGRZ 1979, 70 (73).

6) *Bernhardt* (o. Fußn. 5), S. 111.