

PRÜFUNG DES BEGRIFFS "STAATLICHE BEIHILFE" IM SINNE VON ARTIKEL 107 ABSATZ 1 AEUV

Leitfaden

Artikel 107 Absatz 1 AEUV:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Eine staatliche Beihilfe liegt nur vor, wenn folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Gewährung der Maßnahme einem Unternehmen,
- Finanzierung aus staatlichen Mitteln,
- Gewährung eines Vorteils,
- Selektivität der Maßnahme,
- Auswirkungen auf den Wettbewerb und
- Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten.

Die Bezugnahmen auf Randnummern (Rn.) im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zu diesen einzelnen Kriterien beziehen sich auf die entsprechenden Stellen in der **Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) veröffentlicht im ABl. (EU) Nr. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1.**

1. Der Begriff des Unternehmens und der wirtschaftlichen Tätigkeit

- ⇒ **Der Begriff des Unternehmens i. S. v. Art 107 Abs. 1 AEUV umfasst jede, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.**
- ⇒ **Das entscheidende Kriterium ist die wirtschaftliche Tätigkeit (Angebot einer Ware oder Dienstleistung am Markt). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.**
- ⇒ **Grundsätzlich sind sowohl private als auch öffentliche Unternehmen erfasst. Bei öffentlichen Unternehmen ist keine von der Verwaltung separate Rechtsform notwendig.**
- ⇒ **Auch folgende Einheiten können dem Unternehmensbegriff unterliegen: Gebietskörperschaften, kommunale Unternehmen, Eigenbetriebe, freiberuflich Tätige, eingetragene Vereine, etc.**
- ⇒ **Verflochtene juristische Personen können ein Unternehmen im Sinne des Beihilferechts bilden. Abzustellen ist insoweit auf wirtschaftliche Einheiten.**

1.1. Einstufung einer Einheit als Unternehmen (Rn. 8 – 11)

Grundsätze:

- Der **Status** der Einheit **nach nationalem Recht** ist **nicht entscheidend**, d. h. auch ein Verband, Sportverein oder eine Einheit der öffentlichen Verwaltung kann als Unternehmen eingestuft werden. Entscheidend ist lediglich die Frage, ob die Einheit eine **wirtschaftliche Tätigkeit** ausübt.
- Die **Gewinnerzielungsabsicht** ist **nicht entscheidend**, d. h. auch Einheiten, die keinen Erwerbszweck verfolgen, können als Unternehmen eingestuft werden.
- Die **Einstufung** einer Einheit als Unternehmen erfolgt immer **in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit**. Eine Einheit, die sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit als Unternehmen einzustufen.
- Mehrere rechtlich getrennte Einheiten können für die Zwecke der EU-Beihilfavorschriften als ein **Unternehmen** angesehen werden. Erheblich dabei sind das **Bestehen** und **tatsächliche Ausüben von Kontrollbeteiligungen** durch **mittelbare** oder **unmittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung** oder **andere funktionelle, wirtschaftliche und institutionelle Verbindungen** (vgl. EuGH-Urteil vom 16.12.2010, AceaElectrabel Produzione SpA/Kommission, C-480-09, Rn. 47 – 55).

Die bloße Teilung eines Unternehmens in zwei getrennte Gebilde, von denen das erste die frühere wirtschaftliche Tätigkeit unmittelbar fortführt und das zweite das erste durch Einflussnahme auf dessen Verwaltung kontrolliert, führen nicht dazu, dass im beihilferechtlichen Sinne zwei Unternehmen vorliegen würden.

1.2. Wirtschaftliche Tätigkeit (Rn. 12 – 16)

- Eine **wirtschaftliche Tätigkeit** liegt vor, wenn **Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt angeboten** werden.
- Die Existenz des Marktes ist davon abhängig, wie die Dienstleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert wird, d. h. es kann unterschiedliche Beurteilungen in den einzelnen Mitgliedstaaten geben.
- Entscheidet eine Behörde, Dritten die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht zu erlauben, weil sie bspw. diese intern erbringen möchte, schließt dies das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht aus. Trotz einer Marktabschottung kann eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistungen zu erbringen.
- Ein bloßes **Halten von Beteiligungen/Kontrollbeteiligungen** an einem Unternehmen wird nicht als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen.

1.3. Ausübung hoheitlicher Befugnisse – nichtwirtschaftliche Tätigkeit (Rn. 17f.)

Art. 107 Abs. 1 AEUV findet **keine Anwendung**, wenn der Staat als **öffentliche Hand handelt** oder öffentliche Stellen in **ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln**. Soweit eine öffentliche Stelle eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die von der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse losgelöst werden kann, handelt sie in Bezug auf diese Tätigkeit als Unternehmen. Ist die wirtschaftliche Tätigkeit hingegen mit den hoheitlichen Befugnissen untrennbar verbunden, so handelt es sich bei dieser Einheit nicht um ein Unternehmen.

Beispiele für hoheitliche Tätigkeiten:

- Armee- oder Polizeitätigkeiten,
- Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle,
- Seeverkehrskontrolle und -sicherheit,
- Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung,
- Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen,
- Erschließung und Revitalisierung öffentlichen Geländes durch öffentliche Stellen,
- Erhebung von Unternehmensdaten für öffentliche Zwecke auf der Grundlage einer Meldepflicht der Unternehmen.

1.4. Soziale Sicherheit (Rn. 19 – 22)

- **Solidaritätsbasierte Systeme der sozialen Sicherheit**, die als **nichtwirtschaftliche Tätigkeit** eingestuft werden, weisen in der Regel folgende Merkmale auf:
 - die Mitgliedschaft im System ist verpflichtend, welches vom Staat beaufsichtigt wird,
 - das System verfolgt rein soziale Zwecke ohne Gewinnerzielungsabsicht,
 - die Leistungen werden unabhängig von den abgeführten Beiträgen gewährt,
 - die gewährten Leistungen verhalten sich nicht zwangsläufig proportional zu den Einkünften des Versicherten.
- **Soziale Systeme**, die als **wirtschaftliche Tätigkeit** eingestuft werden, weisen in der Regel folgende Merkmale auf:
 - optionale Mitgliedschaft,
 - Kapitalisierungsprinzip (die Ansprüche hängen von den geleisteten Beiträgen und den finanziellen Ergebnissen des Systems ab),
 - Gewinnorientierung und
 - zusätzliche Leistungen in Ergänzung zum Basissystem.
- Weisen die Systeme Merkmale beider Kategorien auf, muss eine Analyse der Elemente und ihrer jeweiligen Bedeutung erfolgen.

1.5. Gesundheitsfürsorge (Rn. 23 – 27)

- Bieten **Krankenhäuser** und Gesundheitsdienstleister in einem Gesundheitssystem ihre Dienstleistungen gegen **Entgelt** an, das entweder **direkt von den Patienten** oder von deren **Versicherungen** gezahlt wird, so handelt es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten.
- Werden öffentliche Krankenhäuser direkt über die Sozialversicherungssysteme sowie aus staatlichen Mitteln finanziert und erbringen ihre **Dienste unentgeltlich** nach dem Prinzip der **universellen Gesundheitsversorgung**, handelt es sich um **nichtwirtschaftliche Tätigkeiten**.

- Gesundheitsdienstleistungen, die niedergelassene Ärzte und andere private Mediziner gegen Entgelt auf eigenes Risiko erbringen, sind als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen. Dies gilt auch für Apotheken.

1.6. Bildungswesen und Forschungstätigkeiten (Rn. 28 – 32)

- **Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten:**

Öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und beaufsichtigt wird, kann als **nichtwirtschaftliche Tätigkeit** angesehen werden. Unterrichts- oder Einschreibengebühren, die zur Deckung operativer Kosten des Systems **beitragen**, ändern nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur der öffentlichen Bildung.

Beispiele für nichtwirtschaftliche Bildung:

Berufsausbildung, private und öffentliche Grundschulen, Kindergärten, nebenberufliche Lehrtätigkeiten an Hochschulen und Unterricht an Hochschulen.

Folgende primäre Tätigkeiten von Universitäten und Forschungseinrichtungen werden **als nichtwirtschaftlich** eingestuft: Ausbildung, unabhängige Forschung und Entwicklung, Verbreitung der Forschungsergebnisse.

Als nichtwirtschaftlich einzustufen sind weiterhin Tätigkeiten des **Wissenstransfers**, soweit sie entweder durch die Forschungseinrichtung/-infrastruktur oder gemeinsam mit anderen Forschungseinrichtungen/-infrastrukturen oder in deren Auftrag durchgeführt werden und alle Einnahmen aus diesen Tätigkeiten in die primären Tätigkeiten der betreffenden Forschungseinrichtungen/-infrastrukturen reinvestiert werden.

- **Wirtschaftliche Tätigkeit:**

Bildungsdienstleistungen, die **weitgehend von Eltern/Schülern oder aus kommerziellen Einnahmen** finanziert werden, stellen **wirtschaftliche Tätigkeiten** dar.

Aufgrund der **Natur, der Finanzierungsstrukturen und der Existenz konkurrierender privater Organisationen**, können auch von öffentlichen Stellen angebotene Bildungsdienstleistungen als wirtschaftlich eingestuft werden.

1.7. Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes einschl. Naturschutz (Rn. 33 – 37)

- **Nichtwirtschaftliche Tätigkeit:**

Folgende **Bedingungen** müssen erfüllt sein: **kostenloser Zugang der Öffentlichkeit, rein sozialer und kultureller Zweck**. Finanzieller Beitrag der Besucher, der lediglich einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten deckt (lt. EU-Kommission 50 % oder weniger¹), ändert nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur dieser Aktivität.

- **Wirtschaftliche Tätigkeit:**

Die Finanzierung der Aktivitäten erfolgt **vorwiegend (lt. EU-Kommission mehr als 50 %²) aus Besucher- bzw. Benutzerentgelten** oder durch **andere kommerzielle Mittel**.

Beispiele: kommerzielle Ausstellungen, Kinovorführungen, kommerzielle Musikaufführungen, Festivals, vorwiegend aus Unterrichtsgebühren finanzierte Kunstschu-

¹ Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 29. August 2016 zu Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes.

² Ebd.

len, Tätigkeiten, die nur bestimmten Unternehmen und nicht der Allgemeinheit zugutekommen.

2. Finanzierung aus staatlichen Mitteln

- ⇒ **Um das Tatbestandsmerkmal der Finanzierung aus staatlichen Mitteln i. S. d. Art. 107 AEUV zu erfüllen, müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:**
 - Die Maßnahmen müssen dem Staat zurechenbar sein und
 - direkt oder indirekt aus staatlichen Mitteln gewährt werden.
- ⇒ **Entscheidend ist nicht die Herkunft der Mittel, sondern dass sie unter staatlicher Kontrolle stehen. Dazu können auch EU-Mittel gerechnet werden, bspw. ESIF-Mittel.**
- ⇒ **Eine Staatlichkeit der Mittel liegt nicht vor, wenn EU-Mittel direkt von der EU oder der EIB-Gruppe vergeben werden und der Mitgliedstaat bei der Gewährung kein Ermessen ausüben kann.**

2.1. Ist die Maßnahme dem Staat zurechenbar?

➤ **Dem Staat zurechenbar sind folgende Stellen (Rn. 39):**

- **Behörden**

- **Von Behörden beauftragte private oder öffentliche Einrichtungen**

Die Vorschriften über staatliche Beihilfen dürfen nicht durch die Schaffung unabhängiger Einrichtungen umgangen werden, denen die Verteilung der Beihilfen übertragen wird.

- **Öffentliche Unternehmen (Rn. 40 – 43)**

Öffentliche Unternehmen stehen per se unter dem Verdacht, dem Staat zuzurechnende Mittel zu gewähren. Denn bereits die Natur der Beziehungen zwischen Staat und öffentlichen Unternehmen legt die Zurechenbarkeit zum Staat nahe. Die Gewährung durch ein öffentliches Unternehmen ist jedoch nicht ausreichend, um eine Zurechenbarkeit zum Staat zu begründen (vgl. EuGH-Urteil vom 16.05.2002, „Stardust“, C-482/99).

Für Maßnahmen öffentlicher Unternehmen kann die Zurechenbarkeit zum Staat anhand bestimmter Indizien festgestellt werden (Liste nicht abschließend):

- Das öffentliche Unternehmen kann keine Entscheidung treffen, ohne den Anforderungen der öffentlichen Stellen Rechnung zu tragen,
- organisationsrechtliche Faktoren schaffen eine Verbindung des öffentlichen Unternehmens mit dem Staat,
- Bindung an Richtlinien staatlicher Stellen,
- Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung,
- die Art der Tätigkeit des öffentlichen Unternehmens (Beispiel: Förderbank) und deren Ausübung auf dem Markt ist unter normalen Bedingungen im Wettbewerb mit privaten Wirtschaftsteilnehmern (vgl. EuG-Urteil vom 27.02.2013, Ni-

trogénművek Vegyipari Zrt., T-387/11, Rn. 63; von Ungarn verbürgte und durch eine Förderbank gewährte Darlehen),

- die Rechtsform des Unternehmens (ob es dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt) – private Rechtsform reicht nicht aus, um die Zurechenbarkeit auszuschließen,
 - die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung,
 - jeder andere Indikator, der auf eine Beteiligung der öffentlichen Hand hinweist oder darauf, dass die ausbleibende Beteiligung an der Ergreifung einer Maßnahme unwahrscheinlich ist. Dabei sind auch der Umfang der Maßnahme, ihr Inhalt und ihre Bedingungen zu berücksichtigen.
- **Nicht dem Staat zurechenbar** sind Maßnahmen, zu denen der Mitgliedstaat **nach Unionsrecht verpflichtet** ist und dabei über **keinerlei Ermessen** verfügt (Rn. 44 – 45).
- Maßnahmen, die von **mehreren Mitgliedstaaten** ergriffen werden, sind allen diesen Mitgliedstaaten zurechenbar (Rn. 46).

2.2. Wird die Maßnahme aus staatlichen Mitteln gewährt?

Staatliche Mittel sind die Mittel des öffentlichen Sektors/der staatlichen Stellen auf allen staatlichen Ebenen (Rn. 48).

- Die Mittel **öffentlicher Unternehmen** sind staatliche Mittel, sofern der Staat in der Lage ist, ihre Verwendung zu steuern. Das gilt auch für Mittelübertragungen innerhalb eines Konzerns. Ein öffentliches Unternehmen, das von staatlichen Beihilfen begünstigt wird, kann seinerseits staatliche Beihilfen gewähren (Rn. 49).
- **Unmittelbare/Mittelbare Gewährung:** Unerheblich ist, ob die Gewährung mittelbar oder unmittelbar erfolgt. Staatliche Mittel können auch mittelbar durch private Unternehmen gewährt werden (Rn. 47).
- **Entscheidend ist nicht die Herkunft der Mittel, sondern dass sie unter staatlicher Kontrolle stehen:** Ausschlaggebend ist der Umfang der Beteiligung staatlicher Stellen an der Festlegung der Maßnahmen und ihrer Finanzierungsmodalitäten (Rn. 57).
- Die **Form der Übertragung** ist unerheblich. Als Übertragung staatlicher Mittel gelten auch (Rn. 51 – 53):
 - Feste und konkrete Zusagen, staatliche Mittel zur Verfügung zu stellen,
 - Einnahmeverzichte des Staates (z. B. Investition, die nicht einem marktwirtschaftlich handelndem Wirtschaftsbeteiligten entspricht),
 - Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte ohne marktübliche Vergütung oder nicht zu dem üblicherweise im allgemeinen staatlichen System erhobenen Preis,
 - ausreichend ist bereits die Schaffung eines konkreten Risikos einer künftigen zusätzlichen Belastung für den Staat, z. B. durch eine Garantie/Bürgschaft oder ein vertragliches Angebot.
- **Eine Staatlichkeit der Mittel liegt in folgenden Fällen nicht vor:**
 - Staat handelt als Regulierungsbehörde (Rn. 54),

- negative mittelbare Auswirkungen regulatorischer Maßnahmen auf die Staatseinnahmen (Rn. 55),
- wenn staatliche Vorschriften dazu führen, dass Finanzmittel direkt von einer privaten Einheit zu einer anderen Einheit umverteilt werden, ohne Zwischenschaltung staatlicher oder staatlich beauftragter Stellen, z. B. Stromversorgung (Rn. 61),
- wenn EU-Mittel direkt von der EU, der EIB oder dem EIF vergeben werden (gemäß eines Mandats einer EU-Institution, im Wege der direkten Mittelverwaltung), ohne dass ein Ermessen (mitglieds-) staatlicher Stellen vorliegt (Rn. 60).

2.3. Staatlichkeit von EU-Mitteln (Rn. 60):

- Als staatliche Mittel anzusehen sind auch EU-Mittel der ESI-Fonds, der EIB, des EIF oder von internationalen Finanzinstitutionen (IWF, EBRD), sobald ihre **Verwendung im Ermessen des Mitgliedsstaates** liegt, insbesondere die Auswahl der Beihilfempfänger.

2.4 Exkurs EGESIF-Leitfaden³:

- Ein Ermessen des Mitgliedsstaates ist im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung (z. B. bei ESIF-Mitteln) stets vorhanden, auch wenn der Mitgliedstaat die EIB-Gruppe mit der Verwaltung der Mittel beauftragt.

Beauftragt ein Mitgliedstaat die EIB-Gruppe mit der Verwaltung von ESIF-Mitteln oder leistet er daraus einen Beitrag an EU-Finanzinstrumente/-Programme, gelten diese Mittel ebenfalls als staatlich (staatliches Ermessen vorhanden).

Beispiele:

- KMU-Fonds mit EFRE-Mitteln: Sowohl EFRE-Beitrag als auch nationale Kofinanzierung sind staatliche Mittel.
- EIB-Fonds aus Horizon-2020-Mitteln und Beiträgen aus nationalen ESIF-OPs sowie aus nationalen Haushalten: Horizon-2020-Mittel sind nicht staatliche Mittel (unterliegen aber den Beihilfavorschriften), nationale Beiträge hingegen sind staatliche Mittel.
- **Eigenmittel der EIB-Gruppe**, die im Risiko der EIB ausgereicht werden, gelten ihrer Natur nach als **private Mittel** und stellen keine staatlichen Beihilfen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.
Die EU-Haushaltsverordnung sieht vor, dass sie dennoch die Beihilfavorschriften einhalten müssen.
- Wenn die EIB-Gruppe nicht im eigenen Risiko handelt, werden ihre Mittel nicht mehr als „privat“ betrachtet. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Staat der EIB-Gruppe eine Bürgschaft oder eine andere Form staatlicher Mittel gewährt (z. B. im Rahmen der Verwaltung eines Finanzinstruments).
- Auch die Mittel des Europäischen Fonds für Strategische Investitionen (**EFSI**, sog. „Juncker-Plan“) sind keine staatlichen Mittel. Da sie nicht der EU-Haushaltsverordnung unterliegen, müssen die Beihilfavorschriften auch dann nicht angewendet werden, wenn Eigenmittel der EIB-Gruppe durch EFSI verbürgt werden.

³ EGESIF_16-0009-00, Guidance on State aid in ESI Funds financial instruments, Entwurf, Stand 21.04.2016

- Wenn nationale Mittel oder EU-Mittel, deren Verwendung im Ermessen einer staatlichen Stelle steht, mit EFSI-Mitteln kombiniert werden, gilt der Nicht-EFSI-Anteil als „staatliche Mittel“.

Beispiele:

- Die EIB legt einen Fonds aus Eigenmitteln auf, der durch EFSI verbürgt wird. Die Beihilfavorschriften gelten nicht.
 - In diesen Fonds legt die Bundesrepublik Deutschland Strukturfondsmittel ein. Dieser Fondsanteil gilt als „staatliche Mittel“.
- Durch EFSI verbürgte Mittel der EIB-Gruppe gelten nicht als private Mittel, da die EIB nicht im eigenen Risiko handelt.

3. Gewährung eines Vorteils

- ⇒ **Der Begriff der Begünstigung i. S. v. Art 107 Abs. 1 AEUV umfasst jeden wirtschaftlichen Vorteil, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne staatliche Intervention, nicht erhalten würde.**
- ⇒ **Entscheidend ist die Wirkung einer Maßnahme, nicht deren Grund oder Ziel.**
- ⇒ **Die Art der Maßnahme ist irrelevant. Sowohl die Gewährung positiver Leistungen als auch die Befreiung von Lasten, wie bspw. ein Verzicht auf Rückzahlung von Schulden, Ermäßigung bzw. Erlass von ansonsten üblichen Abgaben, können eine Vergünstigung darstellen.**
- ⇒ **Neben den unmittelbaren Vorteilen, die einem Unternehmen direkt gewährt werden, sind auch mittelbare Vorteile zu beachten. Diese liegen vor, wenn die Maßnahme auch Auswirkungen auf weitere ex ante bestimmbare Unternehmen hat, denen die staatlichen Mittel nicht direkt zufließen (Rn. 115 – 116).**
- ⇒ **Es liegt kein Vorteil vor, wenn die Maßnahme zu marktüblichen Konditionen erfolgt (marktwirtschaftliches Handeln).**

3.1. Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten (Rn. 73 – 75)

- Sofern der Staat wie ein **marktwirtschaftlicher Wirtschaftsteilnehmer** (ein Privater) handelt, ist ein Vorteil ausgeschlossen. Für das sog. „**Market Economy Operator Principle**“ (**MEOP**) gibt es verschiedene Konstellationen: Verkäufer, Käufer, Investor, Gläubiger, etc.
- Der Vergleich zum Privaten (**kontrafaktische Fallkonstellation**) erfolgt anhand objektiver Kriterien auf Basis der zum Zeitpunkt der Entscheidung verfügbaren Informationen (**ex ante**), i. d. R. mit Unterstützung durch Sachverständige (Rn. 76 – 82).
- **Öffentliche Gemeinwohlziele sind irrelevant** (z. B. soziale, regional-, beschäftigungs- oder sektorpolitische Erwägungen).
- **Mehrere aufeinanderfolgende Maßnahmen** sind ggf. in Anbetracht ihrer **zeitlichen Abfolge als eine Maßnahme** zu werten. Sofern eine spätere Maßnahme Folge einer früheren Maßnahme mit unvorhergesehenen Ergebnissen war, ist i. d. R. eine getrennte Prüfung möglich (Rn. 106 – 107).

3.2. Verschiedene Methoden zur Feststellung der Marktkonformität (Rn. 83 – 96)

➤ Anhand direkter Vergleichsdaten zu einem tatsächlich vorhandenen Privaten

Marktkonformität kann vorliegen im Rahmen einer gemeinsamen Transaktion des Staates mit Privaten; beide befinden sich in einer vergleichbaren Lage und handeln zu gleichen Konditionen („**pari-passu**“); Voraussetzungen:

- insgesamt vergleichbare **Risiken und Erträge im gesamten Zeitverlauf**,
- **zeitgleicher Abschluss** und **Durchführung** der Transaktion,
- **Maßnahme der Privaten ist von wirtschaftlicher Bedeutung** (vgl. Entscheidung 2008/729/EG der Kommission v. 11.12.2007 über die staatliche Beihilfe C-53/06 – Niederlande – Citynet Amsterdam, Erwägungsgründe 96 - 100),
- vergleichbare **Ausgangsposition** bei Staat und Privaten bspw. hinsichtlich des bisherigen Engagements, der möglichen Synergien, der Transaktionskosten (z. B. Kreditprüfung) oder sonstiger spezifischer Umstände, die den Vergleich verfälschen könnten.

➤ durch Ausschreibung; Voraussetzungen:

- **offen, transparent, diskriminierungs- und bedingungsfrei**,
- nur Berücksichtigung von **glaubwürdigen und verbindlichen Angeboten**.

➤ Anhand einer Benchmark oder anderen Bewertungsmethoden (Rn. 97 – 105)

- Bei einer **Benchmark** wird i. d. R. **nicht ein „genauer“ Referenzwert, sondern eine Spanne möglicher Werte** durch Prüfung von vergleichbaren Transaktionen ermittelt.
- **andere Bewertungsmethoden**

Je nach Marktsituation, Art der Transaktion und Verfügbarkeit von Daten kann eine andere passende Bewertungsmethode zur Anwendung kommen, deren Ergebnis mit einer weiteren Methode validiert wird. Anerkannt sind bspw. folgende Methoden: Berechnung des internen Zinsfußes („IRR“), Barwertmethode („NPV“). Beim Verkauf von Grundstücken genügt i. d. R. ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen.

➤ Besonderheiten bei Garantien und Krediten (Rn. 108 – 114)

Für Bürgschaften und Kredite hat die EU-Kommission darüber hinaus **Ersatzgrößen für die Ermittlung des Beihilfecharakters** entwickelt:

- Referenzzins-Mitteilung der Kommission für Kredite vom 19.01.2008,
- Garantie-Mitteilung der Kommission vom 20.06.2008.

4. Selektivität

- ⇒ **Eine staatliche Maßnahme kann nur dann eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sein, wenn diese „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ begünstigt und damit selektiv ist (Tatbestandsmerkmal der Selektivität).**
- ⇒ **Die Selektivität ist dann nicht gegeben, wenn es sich bei der Fördermaßnahme um eine sog. „Maßnahme von allgemeinem Charakter“ handelt.**

4.1. Allgemeine Grundsätze (Rn. 117 – 119)

- Eine Fördermaßnahme ist nicht selektiv, wenn sie allen Wirtschaftszweigen offen steht und nicht auf eine Gruppe oder eine bestimmte Anzahl von Unternehmen beschränkt ist (EuGH-Urteil vom 17.06.1999, Belgien/Kommission, C-75/97, und EuGH-Urteil vom 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline, C-143/99).
- Bei der Prüfung der Selektivität ist zwischen der **materiellen** und der **regionalen Selektivität** zu unterscheiden.

4.2. Materielle Selektivität (Rn. 120 – 125)

Materielle Selektivität bedeutet, dass die Maßnahme **nur für bestimmte** (Gruppen von) **Unternehmen oder bestimmte Wirtschaftszweige** in einem bestimmten Mitgliedstaat gilt. Die materielle Selektivität kann sowohl rein formal (de jure), tatsächlich (de facto) oder aufgrund von Ermessensentscheidungen der Verwaltung vorliegen.

- **Rein formal selektiv:** Eine Maßnahme sieht ausdrücklich nur die Förderung von Unternehmen vor, die eine bestimmte Größe haben und/oder in bestimmten Wirtschaftszweigen tätig sind und/oder eine bestimmte Rechtsform haben etc.
- **Tatsächlich selektiv:** Eine Maßnahme sieht die Förderung von Unternehmen aller Größenordnungen unabhängig von der Rechtsform und aus allen Wirtschaftsbereichen vor. Allerdings können deren Fördervoraussetzungen tatsächlich nur von Unternehmen, die bestimmte Eigenschaften haben und/oder in bestimmten Wirtschaftszweigen tätig sind, erfüllt werden.
- **Selektiv aufgrund von Ermessensentscheidungen der Verwaltung** (EuGH-Urteil vom 29.06.1999, DM Transport, C-256/97): Eine Bewilligungsbehörde kann die Voraussetzungen für die Gewährung einer Förderung je nach den Merkmalen des ihr zur Prüfung vorgelegten Vorhabens unterschiedlich handhaben. Insbesondere wenn die Bewilligungsbehörde über ein weites Ermessen verfügt, das es ihr erlaubt, die Begünstigten und die Bedingungen für die Gewährung einer Förderung anhand von dem Fördersystem fremden Kriterien zu bestimmen, ist die Selektivität der Fördermaßnahme gegeben.

Eine Selektivität ist **dann nicht anzunehmen**, wenn die Bewilligung auf objektiven, diskriminierungsfreien Fördervoraussetzungen beruht, die im Voraus bekannt sind und somit dem Ermessen der Bewilligungsbehörde Grenzen setzen. Ein derartiges Fördersystem muss sich zudem auf ein leicht zugängliches Verfahren stützen, und es muss gewährleistet sein, dass ein Genehmigungsantrag unverzüglich, objektiv und unparteiisch bearbeitet wird; die Ablehnungsentscheidung über die Bewilligung muss im Rahmen eines gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahrens anfechtbar sein.

- **Prüfung der materiellen Selektivität (Rn. 126 – 141)**

Die Prüfung der materiellen Selektivität gestaltet sich in **drei Prüfschritten**:

- Ermittlung des **Bezugssystems**,
- Feststellung einer **Abweichung vom Bezugssystem**,
- Prüfung des Vorliegens einer **Rechtfertigung der Abweichung**.

4.3. Regionale Selektivität (Rn. 142 – 155)

Regionale Selektivität bedeutet, dass die Maßnahme **nur für einen bestimmten Teil des Gebiets (regional oder lokal)** eines Mitgliedstaats gilt (EuGH-Urteil vom 6.9.2006, Portugal/Kommission, C-88/03 und EuGH-Urteil vom 11.09.2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, verbundene Rechtssachen C-428/06 bis C-434/06).

- Entsprechend ist eine Maßnahme, die für das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats gilt, nicht regional selektiv.
- Allerdings sind Maßnahmen mit regionalem oder lokalem Anwendungsbereich nicht notwendigerweise regional selektiv. Hierbei kommt es entscheidend auf die **Festlegung des maßgeblichen geografischen Bezugsrahmens** an.

Hinweis: Die deutschen Bundesländer haben den erforderlichen verfassungsrechtlichen Status und die gesetzgeberische Kompetenz, um als maßgeblicher geografischer Bezugsrahmen zu gelten.

5. Verfälschung des Wettbewerbs

- ⇒ **Eine Wettbewerbsverfälschung besteht, sofern eine Maßnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber Wettbewerbern in einem Markt zu verbessern (Rn. 187).**
- ⇒ **Eine Wettbewerbsverfälschung kann nicht ausgeschlossen werden, wenn eine Behörde eine öffentliche Dienstleistung auf einen internen Dienstleister überträgt (Rn. 188).**
- ⇒ **Auf den Grad der Verfälschung des Wettbewerbs kommt es nicht an. Es reicht bereits eine potenzielle Wettbewerbsverfälschung aus (Rn. 189).**

- Auf Grundlage der vorhersehbaren Auswirkungen der Maßnahme muss der **Grund der (drohenden) Wettbewerbsverfälschung** festgestellt werden (Rn. 195).
- Eine **Wettbewerbsverfälschung ist ausgeschlossen** (Rz. 188), wenn:
 - die Dienstleistung einem rechtlichen Monopol unterliegt und dieses den Wettbewerb auf und um einen Markt ausschließt und
 - die Dienstleistung nicht mit anderen Dienstleistungen konkurriert und
 - eine Quersubventionierung ausgeschlossen ist. Dies setzt eine getrennte Buchführung, die ordnungsgemäße Zuweisung von Kosten und Einnahmen und die ausschließliche Verwendung der Zuwendung für die einem rechtlichem Monopol unterliegende Dienstleistung voraus.

6. Handelsbeeinträchtigung

- ⇒ **Eine Handelsbeeinträchtigung liegt vor, wenn eine staatliche Maßnahme die Stellung eines Unternehmens im unionsinternen Handel stärkt (Rn. 190).**

- ⇒ Eine Teilnahme an grenzüberschreitendem Handel ist nicht erforderlich. Ausreichend ist schon die Erschwerung des Markteintritts von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten durch Aufrechterhaltung/Ausweitung des örtlichen Angebots (Rn. 191).
- ⇒ Die Höhe der Beihilfe und/oder Größe des begünstigten Unternehmens sind kein grundsätzliches Ausschlusskriterium (Rn. 192).
- ⇒ Auf den Grad der Handelsbeeinträchtigung kommt es nicht an (Rn. 189).
- ⇒ Bei ausschließlich örtlichen oder regionalen Diensten besteht eine Handelsbeeinträchtigung, wenn diese Dienste nicht nur hypothetisch auch von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten erbracht werden können, wobei die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung bei geringem Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit abnimmt (Rn. 192).
- ⇒ Auch bei Ausfuhr nahezu der gesamten Produktion aus der EU ist im Einzelfall eine Beeinträchtigung des Handels möglich (Rn. 193).
- ⇒ Es sind weder eine Marktabgrenzung noch eine Prüfung der Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit des Beihilfeempfängers und seiner Wettbewerber erforderlich (Rn. 194).

6.1. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung

- Auf Grundlage der vorhersehbaren Auswirkungen der Maßnahme muss der Grund der Handelsbeeinträchtigung festgestellt werden, wobei die Wahrscheinlichkeit einer rein hypothetischen oder vermuteten Beeinträchtigung nicht genügt (Rn. 195).
- Es sind zwar keine tatsächlichen, jedoch potentielle Auswirkungen auf den Handel zu ermitteln (Rn. 190).

6.2. Ausschluss einer Handelsbeeinträchtigung

Maßnahmen können dann **rein lokale Auswirkungen** und folglich keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben, wenn

- der Empfänger Waren/Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet eines Mitgliedstaats anbietet,
- der Gewinn von Kunden aus anderen Mitgliedstaaten unwahrscheinlich ist und
- die Maßnahme nicht mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten hat (Rn. 196).

Es bestehen keine allgemeinen Kategorien, wonach die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind.

In folgenden **Einzelfällen** hat die EU-Kommission keine Handelsbeeinträchtigung angenommen (Rn. 197):

- Sport- und Freizeiteinrichtungen mit überwiegend lokalem Einzugsgebiet, die kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten interessant sein dürften,
- kulturelle Veranstaltungen und Einrichtungen mit wirtschaftlichen Tätigkeiten, die Nutzer/Besucher nicht dazu veranlassen, diese Angebote ähnlichen Angeboten an-

- derer Mitgliedstaaten vorzuziehen. Handelsbeeinträchtigung besteht nur bei großen/renommierten Einrichtungen/Maßnahmen, die überregional beworben werden,
- Krankenhäuser/Gesundheitseinrichtungen, die übliche medizinische Leistungen für die örtliche Bevölkerung erbringen und potentiell kaum für Kunden/Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten interessant sein dürften,
 - Nachrichtenmedien/kulturelle Erzeugnisse, die aus sprachlichen und räumlichen Gründen ein örtlich begrenztes Publikum haben,
 - Tagungszentren, bei denen es angesichts des Standorts und der potenziellen Auswirkungen der Beihilfe auf die Preise unwahrscheinlich ist, dass Nutzer von Tagungszentren in anderen Mitgliedstaaten abgeworben werden,
 - Informations- und Netzwerkplattformen zur direkten Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Bewältigung sozialer Konflikte in einem vorab festgelegten, sehr kleinen lokalen Gebiet,
 - kleine Flughäfen und Häfen, die überwiegend lokale Nutzer bedienen, so dass der Wettbewerb um angebotene Dienstleistungen auf die lokale Ebene begrenzt ist und nur marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen zu erwarten sind,
 - Finanzierung von Seilbahnen in Gebieten mit wenigen Einrichtungen und geringen Kapazitäten zur Aufnahme von Touristen, wobei in der Regel folgende Faktoren heranzuziehen sind:
 - Standort der Anlage,
 - Betriebszeiten,
 - vorwiegend lokale Nutzer,
 - Verhältnis zwischen Anzahl und Kapazität der Anlagen und der Anzahl der ortsansässigen Nutzer,
 - andere touristische Einrichtungen in dem Gebiet.

Hinweis: Die jüngeren Kommissionsentscheidungen im vorstehenden Kontext folgen einem Schema, das im Exkurs „Infrastruktur“ näher erläutert wird.

7. Exkurs: Infrastruktur

- ⇒ **Damit eine Infrastrukturfinanzierung als Beihilfe gilt, müssen alle Tatbestandsmerkmale der Beihilfedefinition zutreffen (s. o. 1 – 5).**
- ⇒ **Eine Beihilfe kann auf den drei Ebenen Träger/Eigentümer, Betreiber und Endnutzer unabhängig voneinander vorliegen.**
- ⇒ **Die Unternehmenseigenschaft ist auch im Zuge der Errichtung der Infrastruktur dann gegeben, sofern die Infrastruktur in der Folge wirtschaftlich genutzt wird.**
- ⇒ **Bei gemischter Nutzung und wirtschaftlicher Nebentätigkeit (bis 20 % der Gesamtkapazität) kann von nichtwirtschaftlicher Tätigkeit ausgegangen werden.**
- ⇒ **Vielfältige Besonderheiten ergeben sich für verschiedene Wirtschaftsbereiche.**

7.1. Grundsätze (Rn. 199 f.)

- Staatliche Mittel für wirtschaftlich genutzte Infrastruktur müssen genauso behandelt werden wie staatliche Mittel für wirtschaftliche Tätigkeiten.
- „Öffentliche Infrastrukturfinanzierung“: alle Formen der Bereitstellung staatlicher Mittel für den Bau, den Erwerb und den Betrieb einer Infrastruktur.

7.2. Betrachtung Träger/Eigentümer

- **Spezifische Merkmale wirtschaftlicher Tätigkeiten** (Rn. 201 – 209)
 - Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist zu bejahen, wenn die Errichtung der Infrastruktur untrennbar mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden ist (EuGH-Urteil vom 19.12.2012 Leipzig/Halle; C-288/11 P insb. Rn. 43 f.).
 - **Nicht kommerziell genutzte Infrastruktur** bleibt vom Anwendungsbereich des Beihilferechts ausgeschlossen. Dazu zählen:
 - Infrastruktur für die Ausübung von hoheitlichen Aufgaben des Staates,
 - Infrastruktur, die nicht genutzt wird, um Waren und Dienstleistungen auf einem Markt anzubieten (bspw. Straßen, die unentgeltlich für die öffentliche Nutzung bereitgestellt werden).
- **Mögliche Konstellationen**
 - **Umwidmung**

Bei Umwidmung von nichtwirtschaftlicher in eine wirtschaftliche Nutzung (bspw. Umwandlung eines Militärflughafens in einen Flughafen der zivilen Luftfahrt) sind nur die Kosten der Umwandlung der Infrastruktur relevant.
 - **Gemischte Nutzung**

Bei gemischter Nutzung fällt die öffentliche Finanzierung nur insoweit unter die Beihilfavorschriften, wie sie die mit der wirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen Kosten betrifft.

Wenn eine Einheit sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, muss der Staat sicherstellen, dass staatliche Finanzierungen für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten nicht zur Quersubventionierung von wirtschaftlichen Tätigkeiten verwendet werden. Dies kann insbesondere durch die Begrenzung der öffentlichen Finanzierung auf die Nettokosten (einschl. der Kapitalkosten) der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit erreicht werden, die anhand einer klar getrennten Buchführung ermittelt werden müssen.
 - **Nichtwirtschaftliche Nutzung mit wirtschaftlicher Nebentätigkeit**

Sofern die Infrastruktur bei gemischter Nutzung fast ausschließlich für nichtwirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, kann die Finanzierung vollständig aus dem Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften fallen, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt. Voraussetzungen:

 - Reine Nebentätigkeit: Die Nebentätigkeit ist unmittelbar mit dem Betrieb der Infrastruktur verbunden und dafür erforderlich oder steht in untrennbarem Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit.

Hiervon ist auszugehen, wenn für die wirtschaftliche Tätigkeit die gleichen Produktionsfaktoren (bspw. Materialien, Ausrüstung, Personal und Anlagevermögen) erforderlich sind, wie für die nichtwirtschaftliche Haupttätigkeit.

- Weiterhin muss der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit begrenzt sein, d. h. dass nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der Infrastruktur für die wirtschaftliche Tätigkeit genutzt werden.

Die EU-Kommission geht davon aus, dass übliche Zusatzleistungen (wie Restaurants, Geschäfte oder bezahlte Parkplätze) von fast ausschließlich für nichtwirtschaftlich genutzte Infrastrukturen sich nicht auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken. Denn es erscheint unwahrscheinlich, dass übliche Zusatzleistungen Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anlocken. Somit dürfte deren Finanzierung nur marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen haben.

➤ **Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel (Rn. 210-212)**

- Selbst wenn Infrastruktur kommerziell genutzt wird, kann der Beihilfecharakter bei fehlender Verfälschung des Wettbewerbs und fehlenden Auswirkungen auf den Handel ausgeschlossen werden.
- Dies ist insbesondere zutreffend bei lokalen oder kommunalen Infrastrukturen. Gemeinsame Merkmale:
 - Überwiegend lokales Einzugsgebiet
 - Vorliegen von Belegen darüber, dass nicht mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen zu erwarten sind. Der Nachweis kann bspw. durch Daten erbracht werden, die zeigen, dass die Infrastruktur kaum außerhalb des Mitgliedstaates ansässige Nutzer hat oder dass grenzüberschreitende Investitionen auf dem betreffenden Markt sehr gering sind und wahrscheinlich nicht beeinträchtigt werden.
 - Beispiele: Bau von lokalen Freizeiteinrichtungen, Gesundheitseinrichtungen, kleine Flughäfen oder Häfen, die in erster Linie lokalen Nutzern dienen und nur marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen haben.

➤ **Spezifika einzelner Wirtschaftsbereiche (Rn. 213 – 221)**

- Flughafeninfrastrukturen
- Hafeninfrastrukturen
- Breitbandinfrastruktur
- Energieinfrastruktur
- Forschungsinfrastruktur
- Eisenbahninfrastruktur
- Eisenbahnbrücken, Eisenbahntunnel und Infrastruktur für den Stadtverkehr
- Brücken, Tunnel und Binnenwasserstraßen
- Wasserversorgungs- und Abwassernetze

7.3. Betrachtung Betreiber (Rn. 222 – 224)

- Ein Betreiber erhält in der Regel dann einen Vorteil, wenn er für das Recht der kommerziellen Nutzung der Infrastruktur weniger zahlt, als er bei einer vergleichbaren Infrastruktur zu normalen Marktbedingungen zahlen müsste.

7.4. Betrachtung Endnutzer (Rn. 225 – 228)

- Ein Endnutzer kann dann eine Beihilfe erhalten, wenn der Betreiber eine staatliche Beihilfe erhalten hat oder der Betreiber staatliche Mittel einsetzt. Dies kann ausgeschlossen werden, wenn die Nutzungsbedingungen marktüblich sind.
- Hinweis: Die Grundstücksmitteilung der Kommission aus dem Jahr 1997 wird durch die Mitteilung ersetzt. Dies bedeutet, dass bspw. der Nachweis der Marktkonformität beim Verkauf von Grundstücken nur nach den benannten Kriterien bewertet werden kann.