

I. Einführung

A. Standort des Beihilferechts in der Wettbewerbspolitik

Die Republik Österreich ist seit über 20 Jahren den Beihilferegeln der europäischen Wettbewerbspolitik unterworfen. Für einen Mitgliedstaat, dessen Volkswirtschaft eine beachtliche Staatsquote aufweist, bedeutet dies vielfältige Herausforderungen in der Ausrichtung der Standort- und Wirtschaftsförderungspolitik. Die Beihilfeaufsicht durch die Europäische Kommission und die Umsetzung des EU-Beihilferechts durch die staatlichen Organe und Gerichte Österreichs stehen neben dem europäischen und österreichischen Kartellrecht als wichtige Säule zur Einbettung des Mitgliedstaates in die „für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ (Art 3 Abs 1 lit b AEUV). Die Wettbewerbsaufsicht durch die Europäische Kommission gliedert sich in die Anwendung derjenigen Regeln, deren Adressaten Unternehmen sind (Kartellaufsicht, Missbrauchsaufsicht, Fusionskontrolle), und die Durchsetzung der Vorschriften in den Art 107ff AEUV, die das wettbewerbsgerichtete Verhalten der Mitgliedstaaten und ihrer Verwaltungen und Vermögenträger regulieren. Die Europäische Kommission erhält auf diese Weise die Möglichkeit, unmittelbar in die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten einzugreifen, um dort tatsächliche oder vermeintliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Beihilfen stellen nach wie vor einen wichtigen Bestandteil nationaler Politiken dar (zB der Struktur-, Industrie-, Kultur-, Energie-, Umwelt- und Regionalpolitik). In jüngerer Zeit gewinnt auch die Einhegung steuerrechtlicher Alleingänge der Mitgliedstaaten einen spürbaren Anteil an der Beihilfeaufsicht durch die Europäische Kommission. 1

Mit den Aufsichtsinstrumentarien des europäischen Beihilferechts erhält die Europäische Kommission die Möglichkeit, in einer Vielzahl von unmittelbar politikrelevanten Sachverhalten der Ausgestaltung des nationalen Wirtschaftssystems wettbewerbs- und binnenmarktpolitische Akzente zu setzen. Damit genießt die Europäische Kommission das Privileg, nicht nur die wettbewerbsrelevante Politik der Zentralstaatsregierungen, sondern auch der regionalen und kommunalen politischen Instanzen in entscheidender Weise zu kontrollieren und zu beeinflussen. Wenn man über mehrere Jahrzehnte hinweg einen Bogen schlagen möchte, der die wichtigsten wettbewerbspolitischen Impulse nachzeichnet, die die Europäische Kommission im Bereich der Beihilfeaufsicht gesetzt hat, so ergibt sich folgendes Bild: In den 80er-Jahren war die Europäische Kommission maßgeblich beschäftigt mit der Überwindung der dauerhaften Strukturkrise der Stahlindustrie, in den 90er-Jahren flankierte das EU-Beihilferecht vielfältig die Liberalisierungspolitiken der Union in wichtigen 2

Bereichen der Versorgungs- und Telekommunikationswirtschaft. Zugleich konzentrierte sich die Europäische Kommission auf die Kontrolle staatlicher Intervention im Automobil- und -zuliefersektor.

- 3 Privatisierungen wurden – nicht nur im Nachgang zum Verkauf der vormals volkseigenen Wirtschaft in Ostdeutschland – zu einem wichtigen Interventionstatbestand der Europäischen Kommission auch im Bereich des Beihilferechts. In den beiden folgenden Jahrzehnten war die Europäische Kommission bemüht, ihre Beihilfeaufsicht stärker auf moderne volkswirtschaftliche Methoden auszurichten und die Mitgliedstaaten dazu anzuhalten, ihre zum Teil knapp bemessenen Fördermittel vorwiegend für die Förderung wachstumsorientierter Industrien zu verwenden. Eine entscheidende Herausforderung für die Generaldirektion Wettbewerb stellte die Überwindung der Finanzkrise, beginnend mit dem Jahr 2008, dar. Wegen der akuten Gefährdungslage zahlreicher systemrelevanter Banken sahen sich die Mitgliedstaaten zu Beihilfemaßnahmen, vor allem Garantieerklärungen in bisher unbekannter Höhe, veranlasst. Der Finanzkrise folgte ab den Jahren 2009/2010 eine allgemeine Volkswirtschaftskrise, die sich aus einer Situation der Kreditklemme entwickelt hatte. Auch hier sah sich die Europäische Kommission vor die Herausforderung gestellt, einerseits wachstumsstimulierende Ausgaben und Subventionsmaßnahmen der Mitgliedstaaten im Interesse der Überwindung der Krise zu fördern, andererseits aber nationale Egoismen und einen Subventionswettlauf bzw die Förderung nicht zukunftsgewandter Wirtschaftszweige einzudämmen. Die neuere Beihilfepolitik der Kommission steht ganz im Zeichen der Förderung erneuerbarer Energien, der Überwindung binnenmarktpolitischer Hindernisse in diesem Bereich sowie der Förderung von Innovationstechnologien und der Ausbildung.
- 4 Die Europäische Kommission erfasst das Beihilfevolumen der Mitgliedstaaten der Union auch statistisch. Datenreiche Übersichten werden periodisch unter dem Namen „Beihilfeanzeiger“ veröffentlicht. Diese geben Aufschluss über die Höhe der ausgereichten Mittel pro Mitgliedstaat sowie die bezuschussten Sektoren der einzelnen Volkswirtschaften. Im Laufe der Jahrzehnte war das Gesamtvolumen der von den Mitgliedstaaten ausgereichten staatlichen Beihilfen stark schwankend, in den 90er-Jahren hatte sich ein Durchschnittswert von etwa 100 Milliarden Euro eingependelt, kurzfristig war dieser Wert vor Einsetzen der Finanzkrise sogar gesunken, dann wegen der enormen Herausforderungen zur Rettung der Finanzinstitute wieder drastisch angestiegen. Für das Jahr 2014 unterscheidet der Beihilfeanzeiger (Ausgabe 2015) zwischen nicht krisenbedingten Beihilfen in Höhe von rund 101,2 Milliarden Euro (inkl Beihilfen für erneuerbare Energien) und krisenbedingten Beihilfen, die über den Zeitraum 2008 bis 2014 dargestellt werden und in der Tendenz fallend sind.¹⁾

¹⁾ *Europäische Kommission*, Beihilfeanzeiger Herbstausgabe 2014/Jahresausgabe 2015.

Lässt man die Krisenmaßnahmen außen vor, so liegen die übrigen Beihilfen auf dem ungefähren Niveau der letzten Jahre, wobei sich wegen der Förderung der erneuerbaren Energien im Jahre 2014 ein Aufwärtstrend abzeichnet. Es entspricht der klar definierten Zielsetzung der Union, das Niveau staatlicher Beihilfen in der Union kontinuierlich herabzusetzen (sog Lissabon-Agenda). Im Rahmen einer Politik von „weniger und zielgerichteteren“ staatlichen Beihilfen ist eine Verlagerung weg von der Förderung einzelner Unternehmen oder Sektoren hin zur Verfolgung horizontaler, dh sektorenübergreifender Ziele (zB Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen oder Umweltschutzmaßnahmen) geplant.²⁾ 5

Ohne die Krisenmaßnahmen stellt sich die Verteilung der Beihilfen in absoluten Zahlen für das Jahr 2015 wie folgt dar:³⁾ Ein Großteil der Beihilfen entfiel auf Deutschland (39,5 Milliarden Euro gegenüber noch 19,7 Milliarden Euro im Jahre 2009) und Frankreich (15,5 Milliarden Euro), Spanien (3,2 Milliarden Euro), Italien (5,5 Milliarden Euro) und das Vereinigte Königreich (7,8 Milliarden Euro). Der für Österreich angegebene Betrag liegt bei rd 1,5 Milliarden Euro. 6

Ohne Krisen- und Energiemaßnahmen entfiel der prozentuell größte Anteil der staatlichen Beihilfen im Jahre 2014 (15,4 Milliarden Euro) auf die Regionalförderung; die Forschungsförderung betrafen im Jahre 2014 10,9 Milliarden Euro der staatlichen Beihilfen, auf den Umwelt- und Energiesektor entfielen 43,6 Milliarden.⁴⁾ 7

B. Maßgebliche Vorschriften des Primär- und Sekundärrechts sowie des Soft Law

Im direkten Anschluss an die Vorschriften des AEUV für die Kartell- und Missbrauchsaufsicht (Art 101 und 102) normiert das Unionsrecht in Art 107 Abs 1 den Verbotstatbestand des Beihilferechts, gefolgt von zwei Erlaubnisvorbehalten in Art 107 Abs 2 und 3 AEUV. In Art 108 AEUV rudimentär geregelt ist das Verfahren der Anmeldung, Genehmigung und Kontrolle staatlicher Beihilfen im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission. Nach Art 109 AEUV ist der Rat „auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlaments“ ermächtigt „zweckdienliche Durchführungsverordnungen sowohl für das materielle Recht als auch für das Verfahren der Beihilfeaufsicht zu erlassen“. Hiervon abweichende Vorschriften finden sich im AEUV für zwei Sektoren der Volkswirtschaft, nämlich einmal die 8

²⁾ Siehe *Europäische Kommission*, „Aktionsplan staatliche Beihilfen“; s dazu auch noch unten I.E.1 (Rz 21 ff).

³⁾ *Europäische Kommission*, Beihilfeanzeiger Herbstausgabe 2014/Jahresausgabe 2015.

⁴⁾ *Europäische Kommission*, Beihilfeanzeiger Herbstausgabe 2014/Jahresausgabe 2015.

Landwirtschaft und Fischerei. Hier gilt nach Art 42 AEUV, dass die „Wettbewerbsregeln“ und damit auch die Vorschriften über die Beihilfeaufsicht in diesen Sektoren nur nach Maßgabe von Rat und Parlament zu erlassendem Sekundärrecht Anwendung finden. Ob und in welchem Umfang das EU-Beihilferecht auch in den einzelnen Bereichen der Landwirtschaft und Fischerei Geltung findet, ergibt sich dann in der Regel aus den speziellen Wettbewerbsvorschriften der jeweils von der Union erlassenen Marktordnungen. Auch der Verkehrssektor ist Gegenstand einer Sonderregel, die sich in Art 93 in recht kursorisch formulierter Form findet. Danach gelten für Maßnahmen der „Koordination des Verkehrs“ sowie der „Abgeltung bestimmter mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen“ Sonderregeln, die in einzelnen Rechtsakten des Unionsrechts konkretisiert sind. Für beide Sektoren (Landwirtschaft und Verkehr) hat die Kommission außerdem Mitteilungen, ua Soft-Law-Instrumente veröffentlicht, um ihre Politik in diesem Bereich noch stärker im Detail bekanntzumachen.

1. Sekundärrecht und Soft Law

- 9 Das verfahrens- und materiell-rechtliche Beihilferecht wird durch eine Vielzahl **sekundärrechtlicher Regelungen sowie Mitteilungen, Unionsrahmen und Leitlinien** konkretisiert. Das Beihilfeverfahren ist in der VO (EU) 1589/2015, ehemals VO (EG) 659/1999,⁵⁾) und der DV (EU) 2282/2015, ehemals VO (EG) 794/2004,⁶⁾) geregelt. Aufgrund der VO (EG) 994/1998 des Rates (sog Ermächtigungsverordnung)⁷⁾ hat die Kommission zudem sog Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen, die materielle Zulässigkeitskriterien für bestimmte Gruppen von Beihilfen iSd Art 107 Abs 3 AEUV festlegen und diese Gruppen von vornherein von der Anmeldepflicht des Art 108 Abs 3 AEUV ausnehmen. Ursprünglich hatte die Kommission fünf Gruppenfreistellungsverordnungen auf dieser Grundlage erlassen. Im Einzelnen handelte es sich hierbei um die Gruppenfreistellungsverordnungen für De-Minimis

⁵⁾ VO (EU) 1589/2015 des Rates vom 13. 7. 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 2015/248, 9.

VO (EG) 659/1999 des Rates vom 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl L 1999/83, 1.

⁶⁾ DurchführungsVO (EU) 2282/2015 der Kommission vom 27. 11. 2015 zur Änderung der VO (EG) 794/2004 hinsichtlich der Anmeldeformulare und Anmeldebögen, ABl L 2015/325, 1.

VO (EG) 794/2004 der Kommission vom 21. 4. 2004 zur Durchführung der VO (EG) 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl L 2004/140, 1.

⁷⁾ VO (EG) 994/1998 des Rates vom 7. 5. 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl L 1998/142, 1 geändert durch VO (EU) 733/2013 des Rates vom 22. 7. 2013, ABl L 2013/204, 11.

Beihilfen⁸⁾, für Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU),⁹⁾ für Beschäftigungs-¹⁰⁾ und Ausbildungsbeihilfen¹¹⁾ sowie für bestimmte Regionalbeihilfen.¹²⁾ Als Teil der Reform des Beihilferechts hat die Kommission zuerst im August 2008 und sodann erneut im Juni 2014 eine „Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung“ erlassen, in der die früher geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen (mit Ausnahme der De-Minimis-Verordnungen) zusammengefasst und die Anwendungsvorschriften zugleich vereinfacht werden.¹³⁾

Daneben hat die Kommission Einzelheiten zur Anwendung des EU-Beihilfetatbestandes, der Ausnahmevorschriften sowie in vielen Konstellationen zu ihrer Genehmigungspolitik in einer Vielzahl von Mitteilungen, Leitlinien und Unionsrahmen konkretisiert. Diese haben nicht den Charakter von Rechtsvorschriften iSv Art 288 AEUV (VO oder RL), sind aber in der Praxis des Beihilferechts von hohem Stellenwert und nicht selten *de facto* verbindlich.¹⁴⁾

10

2. Rechtsbindungscharakter des Soft Law

Mit dem Rechtsbindungscharakter dieser Regelwerke hat sich die Rechtsprechung der Unionsgerichte in vielfältiger Weise beschäftigt. Der Grundsatz geht dahin, dass die Kommission an ihre eigenen ermessensleitenden Bekanntmachungen gebunden ist, weil die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes dies gebieten. Allerdings gibt es in der Bindungswirkung durchaus Nuancen, einmal in der Frage der Bindungswirkung gegenüber Dritten. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Kommission unter Umständen auch verpflichtet sein kann, bei Vorliegen entsprechender außergewöhnlicher Umstände von diesen Leitlinien abzuweichen. Die

11

⁸⁾ VO (EG) 1407/2013 der Kommission vom 18. 12. 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABL L 2013/352, 1.

⁹⁾ VO (EG) 70/2001 der Kommission vom 12. 1. 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABL L 2001/10, 33.

¹⁰⁾ VO (EG) 2204/2002 der Kommission vom 12. 12. 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABL L 2002/33, 3.

¹¹⁾ VO (EG) 68/2001 der Kommission vom 12. 1. 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen, ABL L 2001/10, 20.

¹²⁾ VO (EG) 1628/2006 der Kommission vom 24. 10. 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf regionale Investitionsbeihilfen der Mitgliedstaaten, ABL L 2006/302, 29.

¹³⁾ VO (EG) 651/2014 der Kommission vom 17. 6. 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL L 2014/187, 1.

¹⁴⁾ EuG 8. 4. 2014, T-319/11, *ABN Amro/Kommission* Rz 29–31; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht Rz 6; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU Rz 38 ff; *s von Graevenitz*, EuZW 2013, 169 ff.

Grundsätze der Rechtsprechung sind sehr übersichtlich in einem kürzlich verkündeten Urteil des Gerichts zusammengefasst:

„Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission durch den Erlass von Verhaltensnormen und die durch ihre Veröffentlichung erfolgte Ankündigung, dass sie diese von nun an auf die von ihnen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung ihres Ermessens selbst beschränkt und von diesen Normen nicht abweichen kann, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde. So ist die Kommission im speziellen Bereich der staatlichen Beihilfen an die von ihr erlassenen Unionsrahmen und Mitteilungen gebunden, soweit sie nicht von den Vorschriften des Vertrages abweichen und soweit sie von den Mitgliedstaaten akzeptiert werden. Die sich aus den Mitteilungen der Kommission ergebenden Hinweise haben also *erga omnes* zweifellos nicht denselben zwingenden Charakter wie die eigentlichen Rechtsvorschriften. Da sie die Kommission jedoch binden, haben sie ihr gegenüber zwingenden Charakter.“¹⁵⁾

12 In dem Urteil erklärt das Gericht auch, dass sich diese Bindungswirkung auf solche in der Normenhierarchie unterhalb der Verordnungen stehenden Regelwerke beschränkt, die nach der Veröffentlichungspraxis der Kommission auch eine Ermessensbindung bewirken sollen. So lehnte das Gericht in dem zitierten Urteil eine Bindung der Kommission an das von ihr erstellte Arbeitspapier „allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Art 87 Abs 3 EG“ schon deshalb ab, weil es sich um ein Arbeitspapier handle, das „von der Kommission nicht beschlossen wurde“ und diese damit auch erkennbar nicht den Willen gehabt habe, ein Dokument zu veröffentlichen „das Außenwirkungen erzeugen sollte“. ¹⁶⁾

13 Die in der Sache ähnliche Formel findet sich auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach grundsätzlich eine Bindungswirkung besteht, wenn die Kommission Verhaltensnormen erlässt, die Auskunft geben über die zukünftige Ausübung ihres Ermessens. Zugleich könne die Kommission durch die Veröffentlichung solcher Verhaltensnormen aber auch nicht „auf die Ausübung des Ermessens, das ihr Art 107 Abs 3 [lit b] AEUV verleiht, verzichten“. Die Mitgliedstaaten und die Kommission hätten jederzeit die Möglichkeit, in besonderen von der betreffenden Mitteilung nicht vorgesehenen Situationen, auch abweichende Lösungen zu finden. So heißt es hierzu in dem kürzlich veröffentlichten Urteil des Gerichtshofes in der Sache „*Kotnik*“:

„Aus dem Vorstehenden ergibt sich zum einen, dass die Wirkung des Erlasses der in dieser Mitteilung [die Bankenmitteilung; Anm] enthaltenen Verhaltensnormen nur in einer Selbstbeschränkung der Kommission bei der Ausübung ihres Ermessens in dem Sinne besteht, dass die Kommission, wenn ein Mitgliedstaat bei ihr eine geplante staatliche Beihilfe anmeldet, die diesen Normen entspricht, dieses Vorhaben grundsätzlich genehmigen muss. Zum anderen behalten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei der Kommission geplante staatliche Beihilfen anzu-

¹⁵⁾ EuG 9. 6. 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen/Kommission* Rz 53.

¹⁶⁾ EuG 9. 6. 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen/Kommission* Rz 56.

melden, die nicht den in dieser Mitteilung vorgesehenen Kriterien entsprechen, und kann die Kommission solche Vorhaben in Ausnahmefällen genehmigen.“¹⁷⁾

Das für die Beihilferechtspraxis weitaus wichtigste Handlungsinstrument der Kommission ist schließlich der Beschluss iSv Art 288 Abs 4 AEUV, dessen alleinige Adressaten im Bereich der staatlichen Beihilfen die betroffenen Mitgliedstaaten und nicht etwa die betroffenen Unternehmen sind. Allerdings ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die von den Beschlüssen der Europäischen Kommission betroffenen Personen, Unternehmen oder Vereinigungen (sowohl die Beihilfeempfänger als auch deren Wettbewerber) gewisse aus dem Sekundärrecht abzuleitende Beteiligungsrechte im Verfahren haben und auch in bestimmten Konstellationen klageberechtigt sind.¹⁸⁾ **14**

C. EU-Beihilferecht als internationale Rechtsmaterie

Eine wichtige Zielsetzung der internationalen Wettbewerbspolitik der Europäischen Union besteht jedenfalls in der Erstreckung des Grundtatbestandes der Beihilfeaufsicht auch auf den Wirtschaftsverkehr mit Drittstaaten oder sogar anderen Handelsblöcken. Die Union betrachtet den Kerntatbestand der Beihilfeaufsicht – ebenso wie die Wettbewerbsvorschriften der Art 101 und 102 AEUV – als wichtige „Exportphilosophie“, um in den bilateralen Handelsbeziehungen mit Drittstaaten nicht nur ein Höchstmaß an Freiverkehr sicherzustellen, sondern auch ein gewisses Level Playing Field in einem beiderseitigen Verständnis oder jedenfalls dem Wunsch nach maßvoller Subventionsaufsicht. Dies gilt zunächst für die Assoziierungsabkommen, die die Europäische Union nach Art 217 AEUV mit anderen Staaten schließt. Diese Abkommen enthalten im Regelfall Vorschriften über die Beihilfeaufsicht. Das gilt auch für die sog Europaabkommen mit Drittstaaten, die die Absicht haben, der Europäischen Union beizutreten. Die neueste Entwicklung ist die Einrichtung einer Beihilfekontrollbehörde in der Ukraine, die voraussichtlich im August 2017 ihre Tätigkeit aufnehmen soll. Diese Entwicklung folgt dem kürzlich abgeschlossenen Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch das EWR-Abkommen, welches die wichtigsten Inhalte des Unionsrechts in den Verkehr zwischen der Union und den EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen transportiert. Art 61 des EWR-Abkommens repliziert weitgehend den Beihilfetatbestand von Art 107 AEUV. Die Anwendung des EWR-Beihilferechts ist der ebenfalls in Brüssel ansässigen EFTA-Überwachungsbehörde zugewiesen. Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb und EFTA-Überwachungsbehörde arbeiten auch in diesem Bereich eng zusammen. **15**

Die EU-Beihilfeaufsicht ist unabhängig und zum Teil inhaltlich verschieden von internationalen Abkommen über die Kontrolle von Subventionen, die etwa im Bereich der Welthandelsorganisation geschlossen worden sind. **16**

¹⁷⁾ EuGH 19. 7. 2016, C-526/14, *Kotnik* Rz 41, 43.

¹⁸⁾ EuG 9. 6. 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen/Kommission* Rz 35.

D. EU-Beihilferecht im Lichte anderer Vorschriften des EU-Primärrechts

- 17 Ebenso wie die Vorschriften des EU-Beihilferechts sind auch die Regeln des AEUV über den Binnenmarkt primär an die Mitgliedstaaten gerichtet. Das Verhalten eines Mitgliedstaates kann somit sowohl in den Anwendungsbereich des Beihilfetatbestandes fallen als auch möglicherweise eine der Grundfreiheiten tangieren. Damit stellt sich die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis beider Normbereiche zueinander. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes folgt aus der Systematik des AEUV, dass die Genehmigung einer Beihilfe nach Art 108 AEUV nicht zu einem Ergebnis führen darf, das zu den besonderen Vorschriften des AEUV im Widerspruch steht.¹⁹⁾ So ist etwa eine gegen den Grundsatz der Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV) verstoßende staatliche Beihilfe in aller Regel mit dem Binnenmarkt unvereinbar und daher nicht genehmigungsfähig.²⁰⁾ Entsprechendes gilt für Beihilferegungen, die gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) bzw die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 45 AEUV) verstoßen. Eine zentrale Rolle in einem kürzlich abgeschlossenen Verfahren spielte die Frage einer möglichen Unvereinbarkeit verschiedener Marketingaktivitäten der *Agrarmarkt Austria Marketing (AMA-Marketing)* mit den Vorschriften des AEUV über den freien Warenverkehr (damals Art 30 EWG-Vertrag, nunmehr Art 34 AEUV).²¹⁾
- 18 Unklar geblieben ist nach der Rechtsprechung allerdings das Verhältnis der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) zu den Art 107 ff AEUV in Fällen, in denen sich die Frage stellt, ob nicht die Beihilfe selbst schon eine Einschränkung des Warenverkehrs herbeiführt.²²⁾ Wegen der Weite der *Dassonville*-Formel wären Beihilfen bei Vorrangigkeit von Art 34 AEUV regelmäßig als Maßnahmen gleicher Wirkung einzustufen und nach dieser Norm verboten. Der EuGH hat jedoch entschieden, dass die betreffenden Beihilfemodalitäten, soweit sie untrennbar mit der Beihilferegung verknüpft sind, allein nach den Art 107 ff AEUV zu beurteilen sind.²³⁾ Prinzipiell bleibt es jedoch bei der Anwendbarkeit von Art 34 AEUV. Art 34 und 107 AEUV stehen demnach grundsätzlich nebeneinander. Im Urteil *Nygård* führte der Gerichtshof aus:

¹⁹⁾ EuGH 21. 5. 1980, 73/79, *Kommission/Italien* Rz 11; 15. 6. 1993, C-225/91, *Matra* Rz 41; 19. 9. 2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission* Rz 78; 12. 12. 2000, C-456/00, *Frankreich/Kommission* Rz 30; Schlussantrag von GA Bot, 9. 6. 2011, C-47/10 P, *Österreich/Scheucher-Fleisch* Rz 52; EuGH 15. 4. 2008, C-390/06, *Nuova Agricoltura* Rz 50; 21. 12. 2016, verb Rs C-164 und C-165/15 P, *Kommission/Air Lingus* Rz 60, 69.

²⁰⁾ EuGH 19. 9. 2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission* Rz 76 ff.

²¹⁾ Europäische Kommission 7. 4. 2016, SA. 15836, Österreich: *AMA-Marketing Maßnahmen* Rz 189 ff.

²²⁾ *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht Rz 58 f; s auch *Heidenhain* in *Heidenhain*, *European State Aid Law Handbook* § 45 Rz 9 ff.

²³⁾ EuGH 22. 3. 1977, 74/76, *Iannelli und Volpi/Meroni* Rz 11; s dazu auch *Heidenhain* in *Heidenhain*, *European State Aid Law Handbook* § 45 Rz 9 f.

„Was insbesondere die Verfahren betrifft, die die Prüfung einer Abgabe, die Bestandteil einer Beihilferegelung ist, unter dem Blickwinkel verschiedener möglicherweise anwendbarer Bestimmungen des EG-Vertrags erlauben, hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine Beihilferegelung ungeachtet des in Artikel 93 EG-Vertrag [jetzt Art 108 AEUV] vorgesehenen Verfahrens im Verfahren des Artikels 226 EG und, soweit Bestimmungen des EG-Vertrags unmittelbare Wirkung haben, durch die nationalen Gerichte [...] auf ihre Vereinbarkeit mit anderen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften als Artikel 92 EG-Vertrag [jetzt Art 107 AEUV] überprüft werden kann.“²⁴⁾

Ein Zielkonflikt besteht auch zwischen der Anwendung der Wettbewerbsregeln des AEUV und den Vorgaben der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung von **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse**, die unter Umständen auch Einschränkungen des Wettbewerbes notwendig machen können. Hier versucht die Rechtspraxis zu Art 106 Abs 2 AEUV, einen Ausgleich zwischen beiden Interessen zu schaffen. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten nach Art 106 Abs 2 AEUV die Wettbewerbsregeln und damit auch das EU-Beihilferecht nicht, soweit deren Anwendung die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. In jüngerer Zeit hatte sich die Rechtsprechung gleich mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, ob der finanzielle Ausgleich für bestimmte Gemeinwohldienste unter diese Ausnahmebestimmung fällt oder es schon am Tatbestand einer Beihilfe fehlt.²⁵⁾ Wichtig ist diese Differenzierung insbesondere für die Frage, ob Ausgleichsleistungen zugunsten von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, bei der Kommission notifiziert werden müssen.²⁶⁾ Ihre verschiedenen Bekanntmachungen zu diesem Thema hat die Europäische Kommission im Dezember in neuer Fassung veröffentlicht. Das in diesem Zusammenhang verwendete deutsche Stichwort „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ wird auch mit dem Akronym „DAWI“ bzw „SGEI“ (services of general economic interest) abgekürzt.²⁷⁾

19

E. Reformansätze zur Modernisierung der EU-Beihilfeaufsicht

Nachdem die EU-Beihilfeaufsicht jahrzehntelang ein Schattendasein führte und als Spezialistenmaterie galt, die für die Gesamtintegrationspolitik der Europäischen Kommission keine entscheidende Rolle spielte, hat die Kommission die Schlagzahl und Intensität der Rechtsdurchsetzung seit den 90er-Jahren

20

²⁴⁾ EuGH 23. 4. 2002, C-234/99, *Nygård* Rz 56.

²⁵⁾ Weiterführend dazu *Kahl/Müller* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 455 ff und *Scholz* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 479 ff.

²⁶⁾ Siehe hierzu noch unten Kapitel IV.D.1.

²⁷⁾ Memo der EK 20. 12. 2011, MEMO/11/929, veröffentlicht auf der Internetseite der Europäischen Kommission.

deutlich erhöht. Sie stellte jedoch fest, dass die Durchsetzung der damaligen beihilfepolitischen Prioritäten ein wenig kohärentes Bild bot, kaum auf die ökonomischen Zielsetzungen der Gemeinschaft/Union ausgerichtet war und vor allem unfokussiert sowohl große als auch kleine Fälle mit großem Personaleinsatz bearbeitete. Um diese Situation zu verbessern, hat die Kommission zuerst im Jahr 2005 und sodann noch einmal im Jahr 2012 umfassende Reformpläne vorgelegt, die sowohl das materielle als auch das Verfahrensrecht und die Politikschwerpunkte deutlich verlagert haben.

1. Der „State Aid Action Plan“

- 21 Der im Jahr 2005 vorgelegte „**Aktionsplan staatliche Beihilfen**“ sollte die Lissabon-Agenda des Europäischen Rates umsetzen, um Europa im globalen Wettbewerb zu mehr Dynamik und Wachstum zu verhelfen. Ein wichtiger Wunsch der Kommission bestand auch darin, die Beihilfengewährung durch die Mitgliedstaaten jedenfalls betragsmäßig zu senken und die Genehmigung von Beihilfen für wirtschaftliche Aktivitäten, die nicht wachstums- und zukunftsorientiert sind, einzuschränken. Im Sinne der neu eingeführten ökonomischen Analyse des Wettbewerbsrechts sollten Beihilfen im Prinzip auf Fälle beschränkt sein, in denen die Marktkräfte die wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele der Gemeinschaft/Union nicht ausreichend gewährleisten.²⁸⁾
- 22 Ferner wollte die Kommission die als intransparent, langwierig und unfokussiert empfundene Durchsetzung des Beihilferechts straffen, auch um eine weitere Zerfaserung der Praxis im Zuge der EU-Erweiterung zu verhindern.²⁹⁾
- 23 Der Aktionsplan selbst beruhte auf einer ziemlich schonungslosen Diagnose, mit der die damalige Wettbewerbskommissarin *Kroes* das Rechtsgebiet als übermäßig kompliziert, die Verfahren langwierig und aus Sicht der Mitgliedstaaten lästig beschrieb. Allgemein beklagte die Kommissarin das Fehlen wettbewerbspolitischer Prioritäten ihrer eigenen Entscheidungspraxis.³⁰⁾
- 24 Dieses Reformpaket führte in den Jahren 2005 bis 2009 zu einer Überarbeitung nahezu aller maßgeblichen materiell-rechtlichen, aber auch Verfahrensvorschriften und zur Einführung eines stärker wirtschaftsorientierten Ansatzes bei der Beihilfekontrolle („more economic approach“). Das Herzstück dieser neuen Politik bestand darin, jedenfalls in bedeutenden Beihilfeprüfverfahren zu ermitteln, ob die staatliche Hilfsleistung zwingend erforderlich ist, um ein Marktversagen zu überwinden.

2. Der „State Aid Modernisation Plan“

- 25 Auch nach der Umsetzung des Aktionsplanes staatliche Beihilfen sah sich die Kommission veranlasst, die Prioritätensetzung und Anwendung der Bei-

²⁸⁾ *Europäische Kommission*, „Aktionsplan staatliche Beihilfen“.

²⁹⁾ *Europäische Kommission*, „Aktionsplan staatliche Beihilfen“ Rz 5ff.

³⁰⁾ *Kroes*, *The State Aid Action Plan, Delivering Less and Better Targeted State Aid*, 14. 7. 2005, *Speech/05/440*.