

Von Flughäfen, Freizeitbädern und Fußballstadien – Europäische Beihilfenkontrolle als Ersatzstrukturpolitik?

Robin van der Hout^{*}

Inhalt

A. Einleitung	391
B. Genese des Beihilfenverbots – Art. 107 Abs. 1 AEUV	392
C. Tatbestand der Beihilfe	392
D. Praktische Folgen der Ausdehnung des Beihilfentatbestands	394
E. Ausweitung auf Infrastrukturen	394
I. Flughäfen	395
II. Anwendung auf andere Infrastrukturen	396
F. Kompetenzfrage	397
G. Rechtspolitische Berechtigung	398
H. Rechtsfolgen	399
I. Rechtsschutzlücken	402
J. Reaktion der Kommission: SAM	403
K. Ausblick	404

A. Einleitung

In der heutigen EU-28 mögen sich die Schwerpunkte im Vergleich zur Gründungszeit der Gemeinschaften verschoben und die Herausforderungen geändert haben. Der Kern des *acquis communautaire*, der europäische Binnenmarkt, hat hingegen Bestand und bildet nach wie vor den Dreh- und Angelpunkt der Unionspolitiken. Das wichtigste Mittel zur Verwirklichung dieses Binnenmarktes waren und sind dabei die europäischen Grundfreiheiten.¹ Daneben haben die Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV die Union mit der ausschließlichen Zuständigkeit ausgestattet, die für

^{*} Prof. Dr. Robin van der Hout LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner im Brüsseler Büro von Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB. Der Beitrag basiert auf der Antrittsvorlesung des Verfassers als Honorarprofessor am Europa-Institut der Universität des Saarlandes vom 12. Juni 2015. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

¹ Warenverkehrsfreiheit Art. 28 ff. AEUV, Arbeitnehmerfreizügigkeit Art. 45 ff. AEUV, Dienstleistungsfreiheit Art. 56 ff. AEUV, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit Art. 63 ff. AEUV; für eine Übersicht siehe *Ruffert*, Die Grundfreiheiten im Recht der EU, JuS 2009, S. 97 ff.; *Manger-Nestler/Noack*, Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, S. 503 ff.

das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln festzulegen.² Zum EU-Wettbewerbsrecht gehört neben dem Kartellrecht vor allem das Recht der staatlichen Beihilfen, welches Verzerrungen des Wettbewerbs durch staatliche Interventionen im Grundsatz verbietet.³

B. Genese des Beihilfenverbots – Art. 107 Abs. 1 AEUV

Das Europäische Beihilfenverbot, wie es in Art. 107 Abs. 1 AEUV niedergelegt ist, stellt eine zentrale Vorschrift des Primärrechts dar und ist in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar.⁴ Das heißt, es muss zwingend von den nationalen Stellen berücksichtigt und angewendet werden und dies vorrangig vor nationalem Recht.⁵

Das Beihilfenverbot befindet sich in den Europäischen Verträgen in textlich nahezu unveränderter Form seit die Römischen Verträge zum 1. Januar 1958 in Kraft getreten sind.⁶ Die seinerzeitigen Erwägungen der Gründungsmitglieder, diese Vorschrift als Grundpfeiler der neuen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aufzunehmen, waren durchaus andere, als man es bei einer Betrachtung der heutigen Praxis der Beihilfenkontrolle vermuten mag. Der Einführung des Beihilfenverbots lag insbesondere die deutsche und auch die niederländische Befürchtung zugrunde, dass die eigenen Unternehmen sich in der neu zu gründenden Wirtschaftsgemeinschaft hoch subventionierten, französischen aber auch italienischen Staatsunternehmen gegenübersehen, die durch staatliche Interventionen normalen Marktmechanismen weitgehend entzogen waren.⁷ Das Beihilfenverbot hatte daher zum Ziel, die eigenen Unternehmen, in jener Zeit insbesondere der Montanindustrie, wettbewerbsfähig zu halten und sie keinem verzerrten Wettbewerb auszusetzen.

C. Tatbestand der Beihilfe

Vor diesem Hintergrund ist der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV auch heute noch zu lesen, der es – vereinfacht zusammengefasst – verbietet, Unternehmen aus staatlichen Mitteln Vorteile zu gewähren, die geeignet sind, ihre Position auf dem Markt zu stärken und damit den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verzerren. Neben dem Element der Vorteilsgewährung war also von Beginn an die potenzielle Störung

2 Vgl. *Säcker*, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3, 2011, Einl., Rdnr. 3; siehe ausführlich zur Reichweite der ausschließlichen Zuständigkeit *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 3 AEUV, Rdnr. 6 ff.

3 Vgl. *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 2), Art. 107 AEUV, Rdnr. 5.

4 Vgl. *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 1 EUV, Rdnr. 2.

5 Zur Reichweite des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts siehe z.B. *Hobe*, Europarecht, 8. Aufl. 2014, § 10, Rdnr. 454 ff.

6 Damals Art. 92 EWG-Vertrag.

7 Für einen Überblick zur ökonomischen Begründung der Beihilfenkontrolle vgl. *Säcker*, (Fn. 2), Einl., Rdnr. 25 m.w.N.

des grenzüberschreitenden Wettbewerbs eine der Kernvoraussetzung des Beihilfenverbots.⁸

Wenn man die Entwicklung der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission als zuständiger Aufsichtsbehörde und die damit verbundene Rechtsprechung der Unionsgerichte betrachtet, gewinnt man allerdings den Eindruck, dass diese Voraussetzung im Laufe der Jahre sehr stark in den Hintergrund getreten ist. Tatsächlich lässt es die Kommission hier in aller Regel ausreichen, wenn eine auch nur potenzielle grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrung jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann⁹ und das ist so gut wie immer der Fall. Auch prüft sowohl die Kommission als auch die Rechtsprechung zumeist die beiden Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverzerrung und der Zwischenstaatlichkeit zusammen¹⁰ und bejaht diese in aller Regel.¹¹ In der Praxis hilft daher bislang das Argument, eine mögliche Wettbewerbsverzerrung habe nur lokalen, jedenfalls keinen grenzüberschreitenden Charakter zumeist nicht weiter. Entsprechend oberflächlich erfolgt daher meist auch die Prüfung und Begründung einer grenzüberschreitenden Wettbewerbsverzerrung sowohl in den Beschlüssen der Kommission¹² als auch in den Urteilen der Unionsgerichte.¹³

Allerdings hat die Kommission zuletzt eine Reihe von Beschlüssen erlassen, in denen Vorhaben als rein lokal qualifiziert wurden, so dass keine Binnenmarktrelevanz bestünde.¹⁴ Ob hierin tatsächlich eine praxisrelevante Möglichkeit geschaffen wurde, zu einer rechtssicheren Verneinung einer Handelsbeeinträchtigung zu kommen, wodurch eine Anwendbarkeit des Beihilfenrechts ausgeschlossen würde, wird sich noch zeigen müssen. Kumulativ müssen dazu zwei Voraussetzungen vorliegen:

- (1) der Beihilfempfänger darf Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geographisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbieten und
- (2) die Maßnahme darf keine oder höchstens marginale vorhersehbare Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen auf den Sektor bzw. auf die Gründung von Unternehmen im Binnenmarkt haben.

Letztlich wird also für die Beihilfenfreiheit sowohl ein beschränkter Nachfragemarkt als auch ein beschränkter oder gar kein Angebotsmarkt gefordert. Ob diese zunächst streng erscheinenden Anforderungen in einer relevanten Anzahl von Fällen eingehalten werden können, erscheint zunächst fraglich, da diese Konstellationen in der bisherigen Entscheidungspraxis keine nennenswerte Rolle gespielt haben.

8 Mit einem Überblick *Soltész*, Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im Europäischen Kartell- und Beihilfenrecht – Parallelen, Gegensätze und Perspektiven, Recht und Wirtschaft, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, 2006, S. 501 ff.

9 St. Rspr., siehe z.B. EuGH, Rs. 730/79, *Philipp Moris*, ECLI:EU:C:1980:209, Rdnr. 12.

10 Siehe etwa EuGH, Rs. C-66/02, *Italien/Kommission*, ECLI:EU:C:2005:768, Rdnr. 112.

11 Dazu auch *Heidenhain*, Akzeptanz der Beihilfenaufsicht, EuZW 2005, S. 289 ff.

12 Vgl. etwa Entscheidung 2008/719/EG der Kommission, *Bank Burgenland*, ABL L 239 v. 6.9.2008, S. 32.

13 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-172/03, *Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck*, ECLI:EU:C:2005:130.

14 Beschlüsse (EU) der Kommission 2015/2796, 2015/2800, 2015/2793, 2015/279, 2015/2795, 2015/2799, 2015/2798 v. 29.4.2015.

D. Praktische Folgen der Ausdehnung des Beihilfentatbestands

Zur bislang stetig fortschreitenden Absenkung der Hürde an dieser Stelle tritt hinzu, dass auch die anderen Tatbestandsmerkmale, insbesondere die Vorteilsgewährung weit ausgelegt werden,¹⁵ so dass in der Kommissionspraxis die Annahme, dass eine Beihilfe vorliegt, eher schnell erfolgt. Diese nicht unerhebliche Ausweitung und man könnte auch sagen gelegentliche Überdehnung des Beihilfentatbestands,¹⁶ wurde bislang durch die Rechtsprechung nachvollzogen und hat in der Praxis mehrere Folgen.

Zum einen hat sich der rechtliche Schwerpunkt in der Beihilfenprüfung vom Tatbestand auf die Rechtfertigungsebene verlagert. Es geht also in Beihilfenverfahren zunehmend um die Frage, ob eine Beihilfe gerechtfertigt werden kann oder nicht, und nicht mehr darum, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt. Beihilfengeber und Beihilfenempfänger bewegen sich dadurch automatisch im engen Korsett der bestehenden und zum großen Teil durch die Kommission selbst gesetzten Ausnahmetatbestände. Dadurch wird der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, wie staatliche Fördermaßnahmen ausgestaltet werden können, nicht unerheblich eingeschränkt.

Zum anderen hat die Ausweitung des Beihilfentatbestands dazu geführt, dass seit langem die Arbeitsbelastung der Kommission als europäischer Beihilfenkontrollbehörde stark angewachsen ist.¹⁷ Da die Personalausstattung der Generaldirektion Wettbewerb nicht in gleicher Weise mitgewachsen ist, führt dies wiederum zu sehr langen und mitunter auch überlangen Verfahrensdauern. Das Beihilfverfahren den Flughafen Saarbrücken betreffend zum Beispiel, nahm seinen Anfang mit einer parlamentarischen Anfrage vom Juli 2008. Der verfahrensabschließende Beschluss in dieser Angelegenheit wurde im Oktober 2014 getroffen, also mehr als sechs Jahr später, wobei die endgültige Fassung erst im Juli 2015 im EU-Amtsblatt veröffentlicht wurde.¹⁸

Solche überlangen Verfahrensdauern sind für die betroffenen Unternehmen und auch die involvierten staatlichen Stellen eine große Belastung und bedeuten ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. So müssen etwa Beihilfenempfänger über Jahre hinweg Rückstellungen in ihren Bilanzen bilden, um mögliche Rückforderungsrisiken abzubilden, ohne aber wirklich abschätzen zu können, ob ein reales Rückforderungsrisiko tatsächlich besteht und falls ja, in welcher Höhe. Die Kommission hüllt sich dabei bis zum Verfahrensabschluss ganz weitgehend in Schweigen und Nachfragen sind in aller Regel zwecklos.

E. Ausweitung auf Infrastrukturen

Zu einer Ausweitung der Beihilfenkontrolle hat darüber hinaus maßgeblich beigetragen, dass die Kommission zunehmend Sektoren dem Beihilfenrecht unterwirft, die bislang nicht anhand des Beihilfenverbots überprüft wurden. Branchen, die über Jahr-

15 Siehe *Arbold*, in: Münchener Kommentar, (Fn. 2), Art. 107 AEUV, Rdnr. 105 m.w.N.

16 Etwa *Soltész*, Das neue europäische Beihilfenrecht, NJW 2014, S. 3128; sowie *ders.*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahre 2014, EuZW 2015, S. 277.

17 Etwa *Soltész*, NJW 2014, (Fn. 16), S. 3128 ff.

18 Beschluss (EU) 2015/1071 der Kommission v. 1.10.2014, ABl. L 179 v. 8.7.2015, S. 1.

zehnte nicht mit dem Beihilfenrecht in Berührung gekommen sind, sehen sich dann schwierigen Fragen ausgesetzt, die keineswegs nur die Zukunft betreffen. Denn die beihilfenrechtliche Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre.¹⁹ Wohlgedemerk, der Tatbestand des Art. 107 AEUV ist nie verändert worden. Was sich geändert hat, ist die Praxis der Kommission und die ihr zum größten Teil folgende Rechtsprechung der Unionsgerichte.

I. Flughäfen

Das vermutlich markanteste Beispiel für diese Entwicklung ist die umfassende Anwendung des Beihilfenverbots auf staatliche Infrastrukturmaßnahmen.²⁰ Heute muss so gut wie jede staatliche Infrastrukturmaßnahme, soweit in dieser eine wirtschaftliche Tätigkeit gesehen werden kann, auch beihilfenrechtlich geprüft werden.

Dies umfasst nach der rezenten Praxis der Kommission etwa Flughäfen,²¹ Binnen- und Seehäfen, Veranstaltungsinfrastruktur wie Stadthallen, Messegesellschaften, aber auch Sportinfrastruktur wie Fußballstadien und Trainingszentren. Kurz gesagt, in der Europäischen Union kann heutzutage so gut wie keine staatliche Maßnahme, und zumeist handelt es sich dabei um kommunale Vorhaben, mehr durchgeführt werden, ohne, dass diese vorab auf ihre Beihilfenkonformität überprüft werden.

Diese Entwicklung hat ihren Anfang im Bereich der Flughäfen genommen, die hier als Beispiel dienen können. In den Flughafenleitlinien der Kommission von 1993 war noch ausdrücklich festgehalten worden, dass die Errichtung von Flughafeninfrastruktur keine wirtschaftliche Tätigkeit sei²² und in der Folge, weder die Errichtung noch der Betrieb eines Flughafens beihilfenrelevant ist. Folglich wurde der Neubau von Flughäfen, deren Ausbau oder Renovierung auch nicht von der Kommission notifiziert. Den Wendepunkt brachte das wegweisende Urteil des Europäischen Gerichts vom 12. Dezember 2000 in der Sache T-128/98 *Aéroports de Paris*.²³ Dort wurde erstmals festgehalten, dass sowohl die Errichtung von Infrastruktur als auch der Betrieb eines Flughafens wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen können und mithin grund-

19 Art. 15 Abs. 1 VO (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages, ABl. L 83 v. 27.3.1999, S. 1.

20 Weiterführend jeweils *Jennert/Eitner*, EU-Beihilfenrecht und Seehafeninfrastruktur, EuZW 2013, S. 414; *Koenig*, Gibt es eine EG-beihilfenrechtliche Kommissionsphilosophie der Infrastrukturförderung?, EuZW 2003, S. 641; *Koenig/Scholz*, Öffentliche Infrastrukturförderung durch Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilfenrechtlichen Kontrollraster der EG-Kommission, EuZW 2003, S. 133; *Soltész*, Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilfenrecht, EuZW 2001, S. 107; *Wittig*, Die neue AGVO und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien, EuZW 2015, S. 53 ff.

21 *Soltész*, in: Münchener Kommentar, (Fn. 2), Art. 107 AEUV, Rdnr. 471.

22 VO (EWG) Nr. 2407/92 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen v. 23.7.1992, ABl. L 240 v. 24.8.1992, S. 1; VO (EWG) Nr. 2408/92 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. L 240 v. 24.8.1992, S. 8; VO (EWG) Nr. 2409/92 über Flugpreise und Luftfrachtraten, ABl. L 240 v. 24.8.1992, S. 15.

23 EuG, Rs. T-128/98, *Aéroports de Paris*, ECLI:EU:T:2000:290.

sätzlich dem Beihilfenrecht unterfallen. Diese Entscheidung war ein Dambruch, der in der Folge die Kommission mit neuen Verfahren überspülte und den gesamten Sektor zum Umdenken zwang.²⁴ Die Kommission hat diese Rechtsprechungsänderung zunächst durch ihre Flughafenleitlinien von 2005²⁵ aufgegriffen und verfestigt und seitdem sukzessive die europäische Flughafenlandschaft aufgerollt. Diese Entwicklung wurde dann später durch das Urteil T-443/08 *Leipzig-Halle* von 2011²⁶ und zuletzt durch die neuen Flughafenleitlinien vom April 2014²⁷ verfestigt.

In der Praxis hat dies zur Folge, dass staatliche Investitionen in Flughafeninfrastruktur – gleich ob unmittelbar oder über eine privat verfasste Betriebsgesellschaft – am Beihilfenverbot gemessen werden müssen. Nur wenn plausibel gemacht werden kann, dass die Investition eine marktübliche Rendite erwirtschaften kann, liegt keine zu rechtfertigende Beihilfe vor. Dies ist aber, wie es auch die Kommission in ihren neuen Leitlinien anerkennt,²⁸ außer bei den wenigen ganz großen Flughäfen in Europa, nie der Fall. Kleinere und mittlere Regionalflughäfen sind strukturell defizitär und jedenfalls, was die Infrastrukturfinanzierung angeht, in aller Regel auf staatliche Alimentierung angewiesen.

Dies hat die zuvor genannte Konsequenz, dass in aller Regel vom Vorliegen einer Beihilfe ausgegangen werden muss und dann eine Rechtfertigung anhand der von der Kommission vorgegebenen Leitlinien erforderlich wird. Der Kommission ist es so gelungen, über den Hebel des Beihilfenrechts, einem ganzen Sektor ein regulatorisches Korsett zu verpassen, welches die Mitgliedstaaten selbst mit ziemlicher Sicherheit so nie in Kraft gesetzt hätten.

II. Anwendung auf andere Infrastrukturen

Die Erfahrungen, welche die Kommission im Bereich der Flughäfen gesammelt hat, werden von ihr nun konsequent auf andere Infrastrukturbereiche übertragen. Gegenwärtig arbeitet die Kommission an einem ähnlichen gesetzgeberischen Rahmen für die See- und Binnenhäfen,²⁹ die vielerorts, den Flughäfen vergleichbar, auf staatliche Finanzierung angewiesen sind.

24 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. C 99 v. 4.4.2014, S. 3; *Linke*, Die Leitlinien der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, Wie steht es um die rechtskonforme staatliche Unterstützung von Flughäfen?, NVwZ 2014, S. 1541 ff.

25 Mitteilung der Kommission, Gemeinschaftliche Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen, ABl. C 312 v. 9.12.2005, S. 1.

26 EuG, Rs. T-443/08 und T-455/08, *Leipzig Halle*, Slg. 2001, II-1311.

27 Mitteilung der Kommission, (Fn. 24).

28 Ibid., Punkt 3.5.2.

29 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für den Zugang zum Markt für Hafendienste und für die finanzielle Transparenz der Häfen, 2013/0157 (COD) v. 22.1.2014.

Weitere Prüfungsschwerpunkte der Kommission der vergangenen zwei Jahre waren die Finanzierung von Freizeitbädern³⁰ und – in der Presse sehr prominent – die Unterstützung von Profifußballvereinen.³¹ Die Kommission führt hier gegenwärtig eine Anzahl von Vorprüfverfahren und zum Teil auch schon Hauptprüfverfahren, die in absehbarer Zeit zu Entscheidungen führen werden. Es spricht viel dafür, dass die Kommission ihre Linie, staatliche Infrastrukturmaßnahmen dem Beihilfenrecht zu unterwerfen, fortführen wird. Mit welcher Konsequenz sie dies tun wird, bleibt abzuwarten. Eine allzu rigorose Anwendung auf Sachverhalte der Vergangenheit steht wohl nicht zu erwarten, wohl aber das Erfordernis eines klaren Mentalitätswechsels, was die Zukunft betrifft.

Als Befund kann man festhalten, dass die Mitgliedstaaten, für Deutschland gesprochen, Bund, Länder und Kommunen, bei so ziemlich jedem Infrastrukturprojekt heute gehalten sind, die Vorgaben des Europäischen Beihilfenrechts zu berücksichtigen. Der Umfang und die Finanzierung solcher Projekte haben sich bereits und werden sich in der Zukunft noch weiter, stark ändern. Auf einer abstrakten Ebene stellt sich die Frage, ob diese Entwicklung mit der Kompetenzordnung der Union vereinbar ist und falls ja, ob sie rechtspolitisch wünschenswert ist.

F. Kompetenzfrage

Was die Kompetenzfrage angeht, ist Ausgangspunkt aller Überlegungen die der Union in Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV zugewiesene ausschließliche Kompetenz zum Erlass der Wettbewerbsregeln um einen funktionierenden Binnenmarkt zu ermöglichen.³² Darüber hinaus ermächtigt Art. 109 AEUV den europäischen Gesetzgeber zum Erlass der erforderlichen Durchführungsverordnungen und Art. 108 Abs. 4 AEUV die Kommission zum Erlass von Freistellungsverordnungen.

Hiervon zu unterscheiden sind Mitteilungen der Kommission, welche diese weitgehend nach eigenem Ermessen erlassen kann. Es handelt sich hierbei um sogenanntes *soft law*, durch welches sich die Kommission im Wesentlichen in ihrer Ermessensausübung selbst bindet.³³ Auf den deutschen Rechtsraum übertragen, sind Mitteilungen vergleichbar mit ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften. *De facto* haben diese Mitteilungen allerdings die gleiche Wirkung wie ein Gesetz und müssen von den betroffenen Beihilfengebern und Beihilfenempfängern umfassend berücksichtigt werden. Realistische Aussichten, sich mit Hilfe des Primärrechts oder der Rechtsprechung

30 Siehe z.B. den Beschluss (EU) der Kommission 2015/577 v. 23.7.2014.

31 Beschlüsse (EU) der Kommission 2013/1152 v. 6.3.2013, 2013/8436 v. 18.12.2013, 2013/8537 v. 18.12.2013, 2013/8454 v. 18.12.2013.

32 Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand April 2015, Bd. I, Art. 3 AEUV, Rdnr. 11.

33 Vgl. *Kallmayer*, Die Bindungswirkungen von Kommissionsmitteilungen im EU-Wettbewerbsrecht – Mehr Rechtssicherheit durch Soft Law?, in: Herausforderungen an Staat und Verfassung, Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte, Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, 2015, S. 672 ff.; früher auch schon *Blauberger*, From negative to positive integration?, European State Aid Control through soft and hard law, MPIfG Discussion Paper 2008/04.

der Unionsgerichte über in solchen Mitteilungen formulierten Anforderungen hinwegzusetzen, bestehen – jedenfalls nach bisheriger Erfahrung – nicht.

Vor diesem Hintergrund kann die Ausweitung des Beihilfenverbots auf immer mehr Infrastrukturbereiche seitens der Kommission daher durchaus mit den geänderten Bedingungen des Binnenmarktes und seines Funktionierens begründet werden. Allein die Tatsache, dass das Beihilfenverbot selbst nie durch die Herren der Verträge, die Mitgliedstaaten, geändert wurde, ist kein hinreichendes Argument, um die Praxis der Kommission für kompetenziell unzulässig zu halten. Der mitunter zu vernehmende Einwand aus den Mitgliedstaaten, die Kommission maße sich über das Beihilfenrecht Kompetenzen an, die ihr die Mitgliedstaaten nicht gegeben haben und auch nicht geben wollten, greift daher zu kurz. Denn die Kommission kann sich auf eine über Jahre hinweg entwickelte Verwaltungspraxis, die auch durch die Unionsgerichte bestätigt wurde, stützen.

Zugleich spielt eine gewichtige Rolle, dass die Mitgliedstaaten, welche ja die Möglichkeit hätten, dieser Entwicklung durch eine Änderung des Primärrechts entgegenzutreten, dies bislang, soweit ersichtlich, nicht einmal erwogen haben. Zwar ist im Kontext einzelner Beihilfeentscheidungen zunehmend hörbare Kritik aus den Mitgliedstaaten zu vernehmen. Dies scheint aber die Kommission bislang kaum zu beeindrucken. Hintergrund dafür dürfte auch sein, dass jedenfalls eine Mehrheit der Mitgliedstaaten anzuerkennen scheint, dass auf diesem Wege innerstaatliche Infrastruktur reformen durchgesetzt werden können, die – zumal im föderalen Staat – wohl kaum mehrheitsfähig wären.

Kurz gesagt: sich über die Kommission wegen angeblicher Kompetenzanmaßungen zu beschweren wird nicht reichen, um die Entfaltung einer europäischen Infrastrukturkontrollpolitik über den Hebel des Beihilfenrechts zu beeinflussen. Wenn die Mitgliedstaaten hier etwas ändern wollen, hätten sie dazu als Herren der Verträge nach wie vor die Mittel in der Hand. Es müsste allerdings der erforderliche politische Wille dazu bestehen und das scheint bislang nicht der Fall zu sein.

G. Rechtspolitische Berechtigung

Auch diese „Duldung“ seitens der Mitgliedstaaten führt also dazu, dass die Kommission in der Lage ist, zunehmend einheitlich staatliche Ausgaben am Prinzip der Marktkonformität zu messen und damit mehr wirtschaftliche Vernunft in die öffentliche Ausgabenpolitik zu bringen. Zugespißt formuliert: Zwar dürfte es, insbesondere für ein finanziell nicht auf Rosen gebettetes Bundesland, grundsätzlich begrüßenswert sein, wenn ein Regionalflughafen auch für die Hälfte der staatlichen Zuschüsse zu haben ist. Nur: ist es wirklich die Aufgabe der Kommission, dies durchzusetzen?

Im Rahmen der im vergangenen Jahr weitgehend zum Abschluss gebrachten Reform des Beihilfenrechts (*State Aid Modernisation*, SAM) war wiederholt davon die

Rede, dass eines der Ziele die effiziente Verwendung öffentlicher Mittel sei.³⁴ Dies mag man rechtspolitisch für ein erstrebenswertes Ziel halten, allerdings findet sich dieser Regelungsgedanke weder im Beihilfentatbestand, noch sonst im verbindlichen Europäischen Primär- oder Sekundärrecht. Für die Verwendung ihrer Mittel bleiben bislang die Mitgliedstaaten selbst verantwortlich. Um bei der Beihilfenkontrolle deren primärrechtliches Regelungsziel nicht aus den Augen zu verlieren, tut eine Fokussierung auf Maßnahmen, die in relevanter Art und Weise, den grenzüberschreitenden Wettbewerb verzerren, daher not. Dann kann das Beihilfenrecht seine eigentliche Aufgabe, namentlich einen von staatlichen Beihilfen verzerrten Wettbewerb zu verhindern, gerecht werden und mutiert nicht zu einer Allzweckwaffe zur Durchsetzung politisch wünschenswerter Strukturformen. Die Kommission selbst hat sich im Rahmen der letzten Reform des Beihilfenrechts einer Priorisierung verschrieben und will sich auf Fälle fokussieren, welche echte Binnenmarktrelevanz besitzen.³⁵

H. Rechtsfolgen

Bei der Betrachtung der Gründe für die erhebliche Hebelwirkung des Beihilfenrechts müssen ferner die im Vertrag festgelegten Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Beihilfenrecht betrachtet werden.³⁶ Dann erklärt sich, warum das Beihilfenverbot eine so große praktische Relevanz entwickelt hat und der Kommission ein so wirksames Steuerungsinstrument in die Hand gibt.

Artikel 107 Abs. 1 AEUV ist ein gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Daraus folgt zunächst, dass eine Beihilfe grundsätzlich immer bei der Kommission angemeldet und von dieser freigegeben werden muss, bevor die fragliche Maßnahme durchgeführt werden darf. Bis eine Freigabe vorliegt, besteht ein umfassendes Durchführungsverbot, über welches sich Beihilfengeber und Beihilfennehmer nur unter Inkaufnahme großer Rechtsrisiken hinwegsetzen können.³⁷

Da in der Kommissionspraxis Notifizierungsverfahren in aller Regel mehrere Monate, manchmal auch ein bis zwei Jahre dauern, hat dies zur Folge, dass bei beihilfenrechtlich relevanten Projekten, wie zum Beispiel bei der Errichtung von Infrastruktur, sehr frühzeitig die beihilfenrechtliche Prüfung durchgeführt und eine etwaige Freigabe eingeholt werden muss. Denn Verstöße gegen das Beihilfenverbot haben die Nichtigkeit der entsprechenden nationalen Akte zur Folge.³⁸ Nach deutschem Recht ist das Beihilfenverbot ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB, sodass zum

34 Für einen Überblick siehe die Mitteilung der Kommission, Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, COM (2012) 209 final v. 8.5.2012. Die Modernisierung des EU-Beihilfenrechts hat als erklärtes Ziel durch die Gewährung gut konzipierter und auf ausgewiesenes Marktversagen und auf Ziele von gemeinsamem Interesse ausgerichteter Beihilfen Wachstum, Beschäftigung und Wettbewerbsfähigkeit in der EU zu fördern.

35 Siehe dazu den Europäische Kommission, Competition Policy Brief, Issue 11, November 2014, m.w.N.

36 Art. 108 Abs. 2 AEUV.

37 Vgl. *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, (Fn. 4), Art. 108 AEUV, Rdnr. 7.

38 Vgl. etwa *Pechstein*, BGH: Rückwirkende Kaufpreiserhöhung als Beihilfenrückforderung in neuen Bundesländern verfassungsgemäß, EuZW 2003, S. 447.

Beispiel zivilrechtliche Verträge, wie Kreditvereinbarungen, Bürgschaften oder Grundstückskaufverträge schlicht unwirksam sind und rückabgewickelt werden müssen, wenn sie gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen.³⁹

Dies ist bei größeren Projekten ein erhebliches Rechtsrisiko, welches sich inzwischen auch bei Investoren und Banken herumgesprochen hat. Diese fordern in aller Regel seitens des Beihilfengebers oder des Beihilfennehmers den Nachweis der Beihilfenfreiheit oder jedenfalls eine entsprechende Haftungsübernahme (wobei die Wirksamkeit letzterer fraglich erscheint, wenn damit das Beihilfenverbot *de facto* umgangen wird). Für den Fall, dass die Kommission ein konkretes Projekt prüft und explizit freigibt, lässt sich dies bei Vorliegen des entsprechenden Kommissionsbeschlusses bewerkstelligen. Komplizierter ist die Lage, wenn die Kommission keine explizite Entscheidung fällt, etwa weil ein Sachverhalt unter einen der vielzähligen Freistellungstatbestände fällt, bei dem Beihilfennehmer und Beihilfengeber selbstverantwortlich beurteilen müssen, ob dessen Voraussetzungen vorliegen oder nicht. Ein beihilfenrechtliches Restrisiko verbleibt daher in aller Regel immer und nicht selten scheitern Projekte daran auch.

Ein weiteres Rechtsrisiko ist, dass rechtswidrig gewährte Beihilfen grundsätzlich zuzüglich Zinsen zurück zu gewähren sind.⁴⁰ Also selbst wenn Beihilfen genehmigungsfähig gewesen wären, aber eine formale Freigabe nicht erfolgte, kann die Kommission die Zahlung von Zinsen für den Zeitraum ab Gewährung der Beihilfe bis zur nachträglichen Freigabe verlangen. Solche Zinsen können bei längeren Zeiträumen, der beihilfenrechtliche Verjährungszeitrahmen liegt bei zehn Jahren, erheblich sein. Nicht selten gibt es daher die Situation, dass Maßnahmen nicht als Beihilfen angemeldet wurden, obwohl sie eigentlich vom Beihilfenverbot hätten freigestellt werden können. Bei konsequenter Anwendung des Beihilfenverbots folgt in solchen Fällen einer nur materiellen Rechtmäßigkeit, eine Rückzahlung von Zinsen.

Von daher ist es zutreffend, das Beihilfenverbot als ein „scharfes Schwert“ zu bezeichnen. Dieses scharfe Schwert ist allerdings auch ein ziemlich breites Schwert und nicht für chirurgische Eingriffe geeignet. Wen es einmal erwischt, von dem bleibt meist nicht viel übrig. Der Flughafen Zweibrücken etwa kann hiervon ein Lied singen. Nach Veröffentlichung des Rückforderungsbeschlusses der Kommission im Oktober 2014⁴¹ blieb der Betreibergesellschaft nichts anderes übrig, als kurzfristig Insolvenz anzumelden.⁴²

Die Kommission und im Nachgang auch die Rechtsprechung sind bemüht, diese mitunter zu holzschnittartigen Ergebnisse eines Beihilfenverstoßes, zu modifizieren. So hat die Rechtsprechung anerkannt, dass ein Beihilfenverstoß nicht zwingend zur

39 Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl. 2013, § 134, Rdnr. 3.

40 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-199/06, *CELF/SIDE*, ECLI:EU:C:2008:79, Rdnr. 56 f.

41 Siehe dazu Europäische Kommission, State Aid: Commission decisions on public financing of airports and airlines in Germany, Belgium, Italy and Sweden – further details, MEMO v. 1.10.2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-544_en.htm (9.9.2015).

42 Siehe dazu die Pressemeldung in der FAZ v. 23.7.2014, www.faz.net/aktuell/politik/inland/flughafen-zweibruecken-vor-der-insolvenz-konsequente-marktbereinigung-13061257.html (9.9.2015).

Gesamtnichtigkeit der zugrunde liegenden Akte führen muss, sondern auch eine Teilnichtigkeit in Betracht kommt, soweit der beihilfenwidrige Teil abtrennbar ist.⁴³ Dies kann etwa eine wichtige Rolle spielen, wenn eine beihilfewidrige Bürgschaft gewährt wurde und wegen deren Nichtigkeit nicht zugleich auch das damit verbundene Kreditgeschäft unwirksam sein muss.⁴⁴

Die Kommission versucht darüber hinaus, die Folgen des Beihilfenverbots zu dosieren und hat sich zuletzt auf einige interessante Experimente eingelassen. So hat sie etwa im Eröffnungsbeschluss bezüglich einer Reihe von niederländischen Profifußballvereinen (SA.33584) vom März 2013,⁴⁵ die Möglichkeit aufgeworfen, im Falle einer Beihilfenrechtswidrigkeit, keine Rückforderung durchzusetzen, welche mit großer Wahrscheinlichkeit eine sofortige Insolvenz der betreffenden Vereine zur Folge hätte, sondern sich solcher Sanktionen zu bedienen, wie sie im Reglement des nationalen Fußballverbandes, des KNVB, für Vereine bei Lizenzverstößen vorgesehen sind. In ihrem Eröffnungsbeschluss erwägt die Kommission, Beihilfenverstöße zum Beispiel mit Beschränkungen der Anzahl von Lizenzspielern oder mit einem zeitweisen Verbot der Zahlung von Transfervergütungen zu ahnden.

Während eine solche differenzierende Wirkung für die Praxis durchaus von Interesse wäre, stellt sich doch die Frage, ob diese Methodik auf andere Fälle ohne weiteres übertragen werden kann. Im niederländischen Fußballfall war die Besonderheit, dass die Vereine als „Unternehmen in Schwierigkeiten“ im Sinne der Rettungs- und Restrukturierungsleitlinien der Kommission qualifiziert wurden, nach denen statt einer Rückforderung auch „ausgleichende Maßnahmen“ getroffen werden können.⁴⁶ Unternehmen in Schwierigkeiten sind dabei solche, vereinfacht gesprochen, die sich aus eigener Kraft nicht mehr retten können, dabei aber unverschuldet in Not geraten sind und aufgrund einer positiven Fortführungsprognose eine einmalige Chance zur Rettung erhalten sollen.

Jedenfalls nach bisheriger Praxis und der Rechtsprechung der Unionsgerichte ist nicht ersichtlich, dass die Kommission bei der Durchsetzung des Beihilfenverbots ansonsten ein Ermessen dahingehend hätte, wie, wenn einmal ein Verstoß festgestellt wird, die Rückforderung umzusetzen ist. Die abschließenden Entscheidungen in den niederländischen und auch in einigen parallel gelagerten spanischen Fußballfällen sollen in absehbarer Zeit erfolgen und es wird daher interessant sein zu sehen, wie die Kommission diese Situation löst. Insbesondere auch die deutschen Vereine werden mit Interesse den Ausgang dieser Verfahren beobachten, weil auch sie bislang von Hauptprüfverfahren der Kommission verschont worden sind.

43 Siehe BGH, Urt. v. 5.12.2012 – I ZR 92/11.

44 EuGH, Rs. C-275/10, *Residex Capital IV*, ECLI:EU:C:2011:814.

45 Siehe Eröffnungsbeschluss der Europäischen Kommission v. 6.3.2013, Staatliche Beihilfe SA.33584 [2013/C] [ex 2011/NN].

46 Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABL. C 249 v. 31.7.2014, S. 1.

I. Rechtsschutzlücken

Ein weiterer Aspekt, welcher das Beihilfenverbot zu einem besonders scharfen Schwert macht und welcher bei der Ausweitung der Beihilfenkontrolle mitberücksichtigt werden muss, sind die eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten, insbesondere des Beihilfenempfängers.⁴⁷ Was den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Beschlüsse der Kommission angeht, ist solcher natürlich möglich. Aber anders als im deutschen Verwaltungsprozess entfalten Nichtigkeitsklagen nach Art. 263 Abs. 4 AEUV vor der Unionsgerichtsbarkeit keine aufschiebende Wirkung. Das heißt, wenn der Beschluss die Rechtswidrigkeit der Beihilfe feststellt und dadurch dem Mitgliedstaat die Pflicht obliegt, die Beihilfe zurückzufordern, kann die Zahlungspflicht durch die Erhebung einer Klage nicht ausgesetzt werden. Zwar besteht nach Europäischem Prozessrecht auch die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung, diese haben aber in der Praxis, gerade in Beihilfenfällen, kaum jemals Aussicht auf Erfolg.⁴⁸

Ein weiteres prozessuales Problem beim gegenwärtigen Stand des Europäischen Beihilfenrechts sind die sehr beschränkten prozessualen Rechte des Beihilfenempfängers im Beihilfenverfahren vor der Kommission. Das Beihilfenverfahren bleibt auch nach der letzten Verfahrensreform ein rein bilaterales Verfahren zwischen Kommission und Mitgliedstaat. Dieses wird in Deutschland durch die Bundesregierung geführt, in der Regel in enger Abstimmung mit dem betroffenen Bundesland. Der im Falle einer Rückforderung am stärksten Betroffene, der Beihilfenempfänger, hat hingegen im Verfahren keinerlei formale Rolle. In der Regel wird er zwar durch die staatlichen Stellen in die Abstimmung einbezogen. Hierzu besteht aber weder eine Pflicht, noch hätte der Beihilfenempfänger gegenüber der Kommission Verfahrensrechte, wie zum Beispiel einen Anspruch auf Gehör oder Akteneinsicht. Die hiermit verbundene Rechtsschutzlücke wurde der Kommission oft vorgehalten und es bestanden Hoffnungen, dass sich hier im Rahmen der Verfahrensreform etwas tut.⁴⁹ Mehr als kosmetische Änderungen wurden allerdings nicht durchgeführt.

Dies ist umso erstaunlicher, als der Beihilfenempfänger potenziell noch stärker beeinträchtigt wird, als etwa die Adressaten von Kartellbeschlüssen. Während im Kartellrecht, was die Höhe der Buße angeht, eine Obergrenze besteht, die sicherstellen soll, dass das Unternehmen weiter existiert und nur der aus einem Wettbewerbsverstoß unrechtmäßig erlangte Vorteil wieder abgeschöpft wird,⁵⁰ bestehen solche Sicherungen im Beihilfenrecht nicht. Soweit der Beihilfenbetrag, wie in der Praxis meist der Fall, in der Vergangenheit verwendet und nicht einfach zurückgewährt werden kann und dann auch noch Zinsen dazu kommen, führen Beihilfenrückforderungen regelmäßig zum Untergang des jeweiligen Unternehmens. Aus ordnungspolitischer Sicht mag man einwenden, dass ein Marktteilnehmer, der aus eigener Kraft nicht am

47 Vgl. *van der Hout*, Die Stellung des Beihilfenempfängers im europäischen Beihilfeprüfverfahren – keine Besserung in Sicht?, in: *Liber Amicorum für Torsten Stein*, (Fn. 33), S. 647 ff.

48 Art. 278 Satz 2 AEUV.

49 Vgl. *van der Hout*, (Fn. 47), S. 655 ff.

50 Art. 23 Abs. 2 VO (EG) 1/2003, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1, ausführlich hierzu etwa *Manzini*, The Proportionality of Antitrust Fines, *EuZW* 2015, S. 495.

Markt bestehen kann, auch verschwinden können muss. Davon abgesehen, sollte aber bei so massiven Rechtseingriffen die in einer Rechtsgemeinschaft angemessene Verteidigung möglich sein. Ein späteres Obsiegen vor Gericht, Jahre nachdem die Insolvenz bereits angemeldet wurde, hilft hier nicht weiter.

J. Reaktion der Kommission: SAM

Die Folgen der Ausweitung der Beihilfenkontrolle, insbesondere auf die verschiedenen Bereiche staatlicher Infrastruktur, haben ebenfalls vor der Kommission nicht Halt gemacht. Wenn auch die zuständige Generaldirektion Wettbewerb im Bereich der staatlichen Beihilfe, insbesondere während der Wirtschafts- und Finanzkrise, mit zusätzlichem Personal ausgestattet wurde, so unterliegt sie doch einer strukturellen Überbelastung, gerade im Bereich der Beihilfenverfahren.⁵¹ Die Kommission hat darauf reagiert, allerdings nicht mit einer Beschränkung ihres Prüfungsanspruchs, sondern mit einer Modernisierung des Beihilfenrechts, wonach die Kommission darauf abzielt, das Gesamtvolumen an staatlichen Beihilfen innerhalb der Union zu reduzieren und staatliche Mittel gezielter einzusetzen.⁵² Die Kommission versucht in ihren verschiedenen Mitteilungen unter anderem nachzuweisen, dass die eingesetzten staatlichen Mittel volkswirtschaftlich betrachtet keine angemessene Rendite erwirtschaften und dem Binnenmarkt mehr damit gedient wäre, einen von staatlichen Interventionen unberührteren Wettbewerb zuzulassen.⁵³

Praktisch bedeutet dies für die Kommission in Zukunft, sich auf Beihilfenverfahren zu konzentrieren, welche eine potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung mit sich bringen. Der wesentliche Indikator dürfte hier die Höhe der Beihilfe sein. Dies hat aber nun nicht zur Folge, dass die Kommission kleinere Beihilfen nicht mehr prüfen würde, sondern sie hat für diese ein zunehmend flächendeckendes System von Gruppenfreistellungsverordnungen geschaffen, innerhalb derer Voraussetzungen definiert werden, wann in bestimmten Bereichen staatliche Beihilfen ausnahmsweise zulässig sind. Inzwischen werden mehr als 80 % der zulässigen Beihilfen nicht mehr individuell freigegeben, sondern unterfallen Freistellungstatbeständen.⁵⁴

51 Die Generaldirektion Wettbewerb verfügt gegenwärtig über rund 900 Mitarbeiter, in dem Zeitraum 2000–2014 wurden von der Kommission etwa 9,6 Milliarden Euro an staatlichen Beihilfen zurückgefordert, im Jahr 2014 wurden 783 Fälle im Bereich der staatlichen Beihilfe abgeschlossen, siehe dazu den Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014 v. 4.6.2015, SWD(2015) 113 final, http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2014/part2_de.pdf (9.9.2015).

52 Europäische Kommission, State Aid Action Plan, Less and better targeted State aid: a roadmap for state aid reform 2005–2009, COM (2005) 107 final; Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/05/680 v. 7.6.2005.

53 Siehe etwa COM (2012) 209 final; Mitteilung der Kommission, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. C 198 v. 27.6.2014, S. 1.

54 *Quigley*, The European Commission's programme for state aid modernization, in: Murray, A fair referee?, The European Commission and EU competition policy, MJ 20 (2013), S. 42 ff.

Für den vorhin genannten Bereich der Profifußballvereine bedeutet dies zum Beispiel, dass Infrastrukturbeihilfen für den Fall einer Inanspruchnahme des Freistellungstatbestands beim Bau neuer Fußballstadien betragsmäßig beschränkt werden und darüber hinaus erforderlich ist, dass die geschaffene Infrastruktur nicht exklusiv einem Profiverein zur Verfügung steht, sondern auch Dritten auf der Grundlage nicht-diskriminierender Grundsätze zur Nutzung offenstehen müssen.⁵⁵ Ähnliche Freistellungsmöglichkeiten gibt es für andere relevante Bereiche, wie zum Beispiel dem Breitbandausbau, regionale Investitionsbeihilfen, Stadtentwicklungsbeihilfen, KMU-Beihilfen für die Teilnahme an Messen usw.

Die Kleinteiligkeit dieser Ausnahmetatbestände zeigt deutlich, wie breit die Kommission ihren Prüfungsanspruch definiert und wie wenige staatliche Interventionen ohne Berücksichtigung des Beihilfenrechts überhaupt noch möglich sind. Dies führt dazu, dass die Kommission letztlich einen EU-weiten regulatorischen Rahmen steckt, in dem sich die Mitgliedstaaten bewegen müssen, um nicht gegen das Beihilfenrecht zu verstoßen und dessen geschilderte harte Konsequenzen zu fürchten. Das dahinter stehende politische Programm der Kommission zielt in ihren eigenen Worten darauf ab,

„dass Steuergelder sinnvoll für intelligente Beihilfemaßnahmen verwendet werden, die einen Beitrag zum Wirtschaftswachstum leisten, ohne den fairen Wettbewerb zu beeinträchtigen.“⁵⁶

Wer wollte so einem politischen Sonntagssatz widersprechen. Allerdings: von grenzüberschreitenden Wettbewerbsverzerrungen ist hier schon nicht mehr die Rede, wohl aber von einem gezielten Einsatz von mitgliedstaatlichen Steuergeldern. Und dessen Kontrolle ist eindeutig nicht Aufgabe der Kommission.

K. Ausblick

Im Ergebnis greift die Kommission daher über den Hebel des Beihilfenrechts ganz erheblich in die staatliche Infrastrukturpolitik und damit auch in die allgemeine Strukturpolitik ein. Bis zu welchem Grad die Mitgliedstaaten eine solche „Ersatzstrukturpolitik“ akzeptieren, bleibt abzuwarten. Die formulierten politischen Ziele mögen legitim sein. Zwingende Folge der primärrechtlichen Vorgaben sind sie jedoch nicht. Jedenfalls wird es erforderlich sein, die Beihilfenkontrolle berechenbarer zu machen und sie zu entpolitisieren. Bislang verbleibt im Beihilfenrecht ein erstaunlich großer Spielraum für politische Intervention, welche zwar im Einzelfall zu gewünschten Ergebnissen führen mögen, insgesamt das System aber schwer kalkulierbar machen. Die

55 Art. 55 VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 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 187 v. 26.6.2014, S. 1; *van der Hout*, Profisport und Beihilfenrecht: Die Einschlüsse kommen näher!, Stadionwelt, INSIDE 2014, S. 60 ff. Einzelnotifizierungen bei höheren Beträgen bleiben gleichwohl möglich.

56 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP 14/2783 v. 18.12.2014.

Kommission, unterstützt durch die Unionsgerichtsbarkeit, hat die Verantwortung in der Rechtsgemeinschaft dafür zu sorgen, dass Beihilfengeber und Beihilfenempfänger die erheblichen Rechtsrisiken auf ein vernünftiges Maß reduzieren können. Dazu gehört auch, dass der Prüfungsanspruch im gesamten Binnenmarkt effektiv durchgesetzt wird. Bislang gibt es in der praktischen Umsetzung große Gefälle, nicht nur, aber vor allem auch zwischen Nord- und Südeuropa, sowie zwischen alten und neuen Mitgliedstaaten.

Zum Abschluss darf ich die wesentlichen Punkte zusammenfassen:

1. Der Beihilfentatbestand wurde stark ausgedehnt und erfasst heute Bereiche, an welche die Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht gedacht hatten.
2. Die Kommission hat dabei die kompetenzrechtlichen Grenzen noch nicht überschritten, diese aber in bekannter Manier über die Jahre hinweg stark gedehnt und ist dabei, *de facto*, eine europäische Infrastrukturkontrollpolitik zu etablieren.
3. Die Mitgliedstaaten sind nicht gezwungen dies hinzunehmen, sondern hätten als Herren der Verträge die Möglichkeit, andere Akzente zu setzen.
4. Es sollte wieder stärker auf das Tatbestandsmerkmal der drohenden grenzüberschreitenden Wettbewerbsverzerrung geachtet werden, um das Regelungsziel des nicht verzerrten Wettbewerbs im Binnenmarkt nicht aus den Augen zu verlieren. Wenn das Unionsrecht greift und die Kommission interveniert, darf es sich nicht um rein lokale Fälle handeln.
5. Bei den Rechtsfolgen von Beihilfenverstößen muss es möglich sein, stärker zu differenzieren. Hier muss Rechtssicherheit bestehen, die Reichweite und die konkrete Ausgestaltung darf nicht primär dem politischen Prozess überlassen werden.
6. Die bestehenden Rechtsschutzlücken zulasten des Beihilfenempfängers müssen geschlossen werden und diesem eine Position eingeräumt werden, die zumindest jener eines Adressaten eines Kartellbeschlusses entspricht.

