

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

Kapitel VI

Der „more economic approach“ in der europäischen Beihilfenkontrolle

-
1. Einleitung
 2. Mögliche Zwecke einer Beihilfenvergabe
 3. Mögliche alternative Konzepte zu einer europäischen Beihilfenkontrolle
 4. Aufgaben der EU-Kommission bei der Beihilfenkontrolle nach Art. 87 ff. EGV
 5. Rechtliche Rahmenbedingungen und ihre traditionelle Auslegung durch die europäischen Organe
 6. Reformvorhaben der EU-Kommission – Etablierung eines more economic approach in der Beihilfenkontrolle
 7. Vorschläge der Monopolkommission
-

Inhaltsverzeichnis

Kapitel VI: Der „more economic approach“ in der europäischen Beihilfenkontrolle	341
1. Einleitung.....	341
1.1 Untersuchungsgegenstand	341
1.2 Beihilfen als besondere Form der Subvention	341
1.2.1 Beihilfenbegriff.....	341
1.2.2 Gesamtwirtschaftliche Bedeutung	342
1.3 Auswirkungen auf den Wettbewerb.....	343
2. Mögliche Zwecke einer Beihilfenvergabe.....	343
2.1 Arten von Beihilfen	343
2.2 Kompensation von Marktversagen als Zweck für die Gewährung von Beihilfen.....	344
2.2.1 Externe Effekte	344
2.2.2 Öffentliches Gut	345
2.2.3 Größenvorteile im Bereich der relevanten Nachfrage.....	345
2.2.4 Asymmetrische Informationen.....	346
2.2.5 Anpassungsmängel.....	346
2.3 Außerökonomische Zwecke von Beihilfen	347
2.3.1 Regional-, verteilungs-, beschäftigungs- und industriepolitische Zwecke.....	347
2.3.2 Meritorische Güter und Daseinsvorsorge.....	348
2.3.3 Politökonomische Gründe.....	349
3. Mögliche alternative Konzepte zu einer europäischen Beihilfenkontrolle.....	349
3.1 Vollständige Harmonisierung der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen?.....	349
3.2 Standortwettbewerb durch die Vergabe von (Ansiedlungs-)Beihilfen?.....	350
4. Aufgaben der EU-Kommission bei der Beihilfenkontrolle nach Art. 87 ff. EGV.....	352
4.1 Mögliche ökonomische Gründe für die Verlagerung der Beihilfenkontrolle auf eine supranationale Instanz	352
4.2 Wettbewerb im EU-Binnenmarkt als alleiniger Schutzzweck – keine haushaltspolitische Kompetenz	352
4.3 Verbesserung der nationalen Kontrollmöglichkeiten.....	353
5. Rechtliche Rahmenbedingungen und ihre traditionelle Auslegung durch die europäischen Organe.....	354
5.1 Subventionen der EU und von Drittstaaten: keine Anwendbarkeit von Art. 87 EGV	354
5.2 Tatbestandsebene (Art. 87 Abs. 1 EGV)	356
5.2.1 Gewährung einer Begünstigung.....	356
5.2.2 Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“.....	356
5.2.2.1 Mögliche Begünstigte.....	356

5.2.2.2	Selektiver Vorteil.....	357
5.2.3	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln stammende Zuwendung.....	358
5.2.4	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	358
5.2.5	Wettbewerbsverfälschung	359
5.2.6	Fazit.....	360
5.3	Rechtfertigungsebene – Vereinbarkeitsprüfung (Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV, Art. 86 Abs. 2 EGV)	360
5.3.1	Legalausnahmen des Art. 87 Abs. 2 EGV.....	361
5.3.2	Rechtfertigungsgründe des Art. 87 Abs. 3 EGV.....	361
5.3.3	Bisherige Veröffentlichungen zwecks Konkretisierung der Genehmigungspraxis der EU-Kommission	362
5.3.4	Sonderbereich öffentliche Daseinsvorsorge (Art. 86 Abs. 2 EGV)	363
5.4	Verfahrensrechtliche Aspekte.....	365
5.4.1	Verfahren vor der EU-Kommission.....	365
5.4.1.1	Ordnungsgemäß angemeldete Beihilfen.....	365
5.4.1.2	Formell rechtswidrige Beihilfen.....	366
5.4.1.3	Vergleich zum Kartellverfahren.....	368
5.4.2	Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten.....	369
5.4.3	Verfahren vor nationalen Gerichten.....	372
6.	Reformvorhaben der EU-Kommission – Etablierung eines more economic approach in der Beihilfenkontrolle.....	375
6.1	Der „State Aid Action Plan“ der EU-Kommission.....	375
6.1.1	Inhalt des SAAP.....	376
6.1.1.1	Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen.....	376
6.1.1.2	Effizientere Verfahren, bessere Rechtsanwendung, größere Berechenbarkeit und mehr Transparenz.....	376
6.1.1.3	Geteilte Verantwortung zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaaten.....	376
6.1.1.4	Eine stärker ökonomisch ausgerichtete Betrachtungsweise (more economic approach).....	377
6.2	Konkrete Umsetzung des SAAP – Beispiele.....	378
6.2.1	Erweiterung der De-minimis-Verordnung.....	378
6.2.2	Entwurf einer allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung.....	379
6.2.3	Gemeinschaftsrahmen Forschung, Entwicklung und Innovation	380
6.3	Kennzeichen des more economic approach in der Beihilfenkontrolle	383
6.3.1	Ursprünge des more economic approach im EU-Wettbewerbsrecht.....	383
6.3.2	Charakteristika des von der EU-Kommission in der Beihilfenkontrolle angestrebten more economic approach im Vergleich zum Kartellrecht	384
6.3.2.1	Leitbild.....	384
6.3.2.2	Auswirkungsansatz (effects-based approach).....	386

6.3.2.3 Durchführung einer Einzelfallanalyse anstelle einer Anwendung von Per-se-Regeln.....	387
6.3.2.4 Berücksichtigung nachgewiesener Effizienzvorteile.....	388
6.3.2.5 Ökonomische Untersuchungsmethoden.....	388
7. Vorschläge der Monopolkommission.....	389
7.1 Ökonomischer Ansatz bei Art. 87 EGV.....	389
7.2 Ökonomischer Ansatz auf Rechtfertigungsebene (Art. 87 Abs. 3 EGV).....	391
7.3 Effiziente Ausgestaltung des Verfahrens	392
7.4 Komplementäre Beihilfenkontrolle auf nationaler Ebene	392
7.5 Zusammenfassung der Empfehlungen.....	393

Kapitel VI

Der more economic approach in der europäischen Beihilfenkontrolle

1. Einleitung

1.1 Untersuchungsgegenstand

886. Der Begriff des more economic approach – also eines stärker ökonomisch fundierten Ansatzes – ist in der öffentlichen Diskussion und wissenschaftlichen Auseinandersetzung zur europäischen Wettbewerbspolitik allgegenwärtig. Die Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission verfolgt seit einigen Jahren das Ziel, das Wettbewerbsrecht unter Berufung auf einen more economic approach Schritt für Schritt neu auszurichten. In der ökonomischen und juristischen Fachwelt wird über diesen Ansatz, seine Ziele und Inhalte sehr kontrovers diskutiert. Im Zentrum des allgemeinen Interesses stehen bislang das europäische Kartellrecht¹ (Artikel 81, 82 EGV sowie die europäische Fusionskontrollverordnung) und die Reformvorhaben der EU-Kommission in diesem Bereich.² Die EU-Kartellrechtsbestimmungen, deren Adressat die im europäischen Binnenmarkt agierenden Unternehmen sind, bilden jedoch nicht den Gegenstand dieses Sonderkapitels. Vielmehr geht es um die mögliche Anwendung eines more economic approach auf dem Gebiet der EU-Beihilfenkontrolle (Artikel 87 ff. EGV). Diese bildet den zweiten Teil der europäischen Wettbewerbsregeln und richtet sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die durch staatliche Hoheitsträger in Form einer Beihilfenvergabe verursacht werden. Die EU-Kommission möchte auch diesen Bereich durch eine stärkere ökonomische Ausrichtung grundlegend reformieren.³ Die derzeitige Wettbewerbskommissarin Kroes misst der Reform des Beihilfenrechts erhebliche Bedeutung bei und bezeichnet diese sogar als „flagship project“ ihrer Amtszeit.⁴

887. Der neue Ansatz im Beihilfenrecht ist nicht identisch mit den Methoden und Konzepten, welche die EU-Kommission im Zusammenhang mit dem more economic approach im EU-Kartellrecht anwendet. Das Beihilfenrecht ist zwar ebenso wie das EU-Kartellrecht auf den Schutz des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt

ausgerichtet.⁵ Gleichwohl bestehen entscheidende Unterschiede. Die Verursacher möglicher Wettbewerbsbeschränkungen sind im Beihilfenrecht nicht Unternehmen und Marktteilnehmer, sondern staatliche Hoheitsträger. Ferner sind im Beihilfenrecht nicht nur ökonomische Ziele, sondern auch andere Zielsetzungen sozialer, verteilungspolitischer und kultureller Art von Bedeutung. Zudem ist die europäische Beihilfenkontrolle durch ein Transferschema gekennzeichnet. Die Zuwendungen stammen aus Steuern, die ihrerseits Wohlfahrtsverluste nach sich ziehen oder anders eingesetzt werden könnten (Opportunitätskosten).

1.2 Beihilfen als besondere Form der Subvention

1.2.1 Beihilfenbegriff

888. Der Begriff „Beihilfen“ (engl.: state aid) wird im europäischen Recht für Subventionen verwendet, die unter den Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenverbots in Artikel 87 Abs. 1 EGV fallen.⁶ Hierin wird der Beihilfenbegriff wie folgt konkretisiert: „Soweit in diesem Vertrag 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 Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Es müssen also fünf Voraussetzungen vorliegen, damit eine Maßnahme als Beihilfe zu qualifizieren ist und der europäischen Beihilfenkontrolle unterliegt:

- Es handelt sich um eine „Begünstigung“, also einen wirtschaftlichen Vorteil für den Empfänger.

¹ Der Begriff „Kartellrecht“ wird in diesem Sonderkapitel weit ausgelegt und erfasst sämtliche unternehmensbezogenen Wettbewerbsbestimmungen unter Einschluss der Fusionskontrolle.

² Zurzeit insbesondere Aspekte der Missbrauchskontrolle, Artikel 82 EGV.

³ Die EU-Kommission verwendet im Zusammenhang mit der angestrebten Reform der Beihilfenkontrolle neben dem Begriff des more economic approach auch den Ausdruck „refined“ economic approach.

⁴ Neelie Kroes, „European Competition Policy in a changing world and globalised economy: fundamentals, new objectives and challenges ahead“, SPEECH/07/364, GCLC/College of Europe Conference on „50 years of EC Competition Law“, Brussels, 5th June 2007.

⁵ Dies kommt bereits in der gesetzlichen Systematik zum Ausdruck. So gliedert sich das Kapitel „Wettbewerbsregeln“ des Titels VI des EG-Vertrages in „Abschnitt 1 – Vorschriften für Unternehmen“ und „Abschnitt 2 – Staatliche Beihilfen“. Während Abschnitt 1 die Artikel 81 bis 86 EGV umfasst und die kartellrechtlichen Bestimmungen enthält, beinhaltet Abschnitt 2 die europäischen Beihilfenbestimmungen (Artikel 87 bis 89 EGV).

⁶ Der Begriff der Beihilfe wird im Detail sehr unterschiedlich verwendet. So wird etwa in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung des Statistischen Bundesamtes und daran anlehnend in der fiskalpolitischen Ökonomie ein enger Beihilfenbegriff zugrunde gelegt, der ausschließlich positive finanzielle Zuwendungen (Geldtransfers) an Unternehmen erfasst; vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2007, S. 439; Brümmerhoff, D., Finanzwissenschaft, München 2007, S. 17 ff. Demgegenüber ist beispielsweise das Kieler Institut für Weltwirtschaft der Auffassung, dass sämtliche Vorteile, welche die Allokation der gesamtwirtschaftlichen Ressourcen verzerren, als Beihilfen zu qualifizieren sind; vgl. Boss, A., Rosenschon, A., Beihilfen in Deutschland: Eine Bestandsaufnahme, Kieler Arbeitspapiere Nr. 1267, Kiel 2006, S. 4 ff.

- Diese wird zugunsten „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ gewährt, wirkt also selektiv.
- Es handelt sich um eine „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ Maßnahme. Gemeint ist ausschließlich ein Transfer von mitgliedstaatlichen Ressourcen (Beihilfen, welche die EU selbst gewährt, werden nicht erfasst).
- Die jeweilige Maßnahme muss zudem „Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“.
- Darüber hinaus muss sie den „Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

889. Maßnahmen mit Beihilfencharakter sind gemäß Artikel 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Bei jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen haben die Mitgliedstaaten die EU-Kommission nach Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV so rechtzeitig zu unterrichten, dass diese sich dazu äußern kann (Anmeldepflicht).⁷ Die EU-Kommission überprüft, ob die betreffende Beihilfe ausnahmsweise erlaubt ist, denn das Verbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV gilt nicht absolut. Vielmehr enthält der EGV verschiedene Ausnahmetatbestände (Artikel 87 Abs. 2 und 3, Artikel 86 Abs. 2 EGV), die allgemein formuliert sind und der EU-Kommission bei der Ausübung ihrer Kontrolle einen weiten Ermessensspielraum einräumen. Eine Genehmigung kommt danach zum einen bei Beihilfen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung in Betracht, z. B. falls die jeweilige Maßnahme „die Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige“ bezweckt (Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe c EGV). Zum anderen sehen die Rechtfertigungsgründe des EGV vor, dass auch Beihilfen mit sozial- bzw. verteilungspolitischen Hintergrund – insbesondere Beihilfen zur Förderung benachteiligter Regionen⁸ oder solche mit kultureller Zielsetzung⁹ – freigestellt werden können.

890. Dies macht bereits deutlich, dass es sich bei der europäischen Beihilfenaufsicht – anders als bei der Anwendung der kartellrechtlichen Bestimmungen (Artikel 81, 82 EGV, Fusionskontrollvorschriften) – um einen politisch geprägten Teil des europäischen Wettbewerbsrechts handelt. Neben wettbewerbspolitischen Aspekten spielen auch sozial- und verteilungspolitische Aspekte eine bedeutende Rolle. Bei der Bewertung einer Beihilfe hat die EU-Kommission diese Aspekte gegeneinander abzuwägen und dabei die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Auge zu halten.

1.2.2 Gesamtwirtschaftliche Bedeutung

891. Die Beihilfen, die durch die Mitgliedstaaten gewährt werden und unter den Anwendungsbereich der eu-

ropäischen Beihilfenkontrolle fallen, sind von hoher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung. Die Höhe der in der EU insgesamt gewährten Beihilfen hat sich zwar von durchschnittlich 104 Mrd. Euro in den Jahren 1993 bis 1995 reduziert, sie betrug nach Angaben der EU-Kommission aber im Jahr 2006 immer noch 67 Mrd. Euro.¹⁰ Dies entspricht einer Quote von etwa 0,6 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP) der EU.

892. Die Höhe der gewährten Beihilfen variiert in den Mitgliedstaaten zum Teil erheblich. In absoluten Zahlen stand Deutschland im Jahr 2006 mit 20 Mrd. Euro, was 30 Prozent des gesamten Beihilfenvolumens in der EU entspricht, an der Spitze, vor Frankreich (10 Mrd. Euro), Italien (5,5 Mrd. Euro) und Spanien (5 Mrd. Euro). In relativer Hinsicht – gemessen am BIP – führen andere Mitgliedstaaten die Statistik an. Deutschland verwendete aber immerhin 0,87 Prozent seines BIP für Beihilfen und lag damit über dem EU-Durchschnitt von 0,58.¹¹

893. Wie aus einer Statistik der EU zur Aufteilung der Beihilfen nach Wirtschaftszweigen in Prozent der Gesamtbeihilfen hervorgeht, fließt der überwiegende Teil der Beihilfen in Deutschland mit 66 Prozent in das Verarbeitende Gewerbe (EU-Durchschnitt: 58 Prozent), mit 20 Prozent in die Landwirtschaft (EU-Durchschnitt: 24 Prozent) und mit 11 Prozent in den Kohlenbergbau (EU-Durchschnitt: 5 Prozent). Von den Beihilfen mit horizontaler Zielsetzung, die nicht von vornherein auf bestimmte Branchen beschränkt sind, sondern mit denen Ziele in allen Sektoren verfolgt werden, liegen in Deutschland die für Umweltschutzmaßnahmen und Energieeinsparungen gewährten Beihilfen an erster

⁷ Diese Anmeldepflicht gilt lediglich für „neue Beihilfen“ (vgl. Artikel 1 Buchstabe c der Verfahrensverordnung Nr. 659/1999). Für „bestehende Beihilfen“ (vgl. Definition in Artikel 1 Buchstabe b der Verfahrensverordnung Nr. 659/1999) gilt dagegen das in Artikel 88 Abs. 1 und 2 EGV beschriebene Verfahren.

⁸ Vgl. Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe a und c EGV.

⁹ Vgl. Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe d EGV.

¹⁰ Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Herbstausgabe 2007, KOM(2007) 791 endg., S. 3, Fn. 1. Der angegebene Wert erfasst Beihilfen für die Bereiche Verarbeitendes Gewerbe, Dienstleistungssektor, Kohlenbergbau, Landwirtschaft, Fischerei und Teile des Verkehrssektors. Nicht enthalten sind dagegen Beihilfen für den Schienensektor und Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (vgl. hierzu näher Abschnitt 5.4.3), da laut EU-Kommission hierfür kein vergleichbares Datenmaterial zur Verfügung stand. Das nominell ausgewiesene EU-Beihilfenniveau ist im Vergleich zu dem Subventionsvolumen, das im 21. Subventionsbericht der Bundesregierung allein für Deutschland im gleichen Zeitraum (2006) in einer Höhe von 45,8 Mrd. Euro ausgewiesen wird, vergleichsweise niedrig. Diese Zahl setzt sich aus den Finanzhilfen und Steuervergünstigungen des Bundes, der Länder und der Gemeinden ohne die Marktordnungsausgaben der EU und ohne die ERP-Finanzhilfen zusammen.; vgl. Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2005 bis 2008 (21. Subventionsbericht), S. 22, http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_53848/DE/BMF_Startseite/Service/Broschueren_Bestell_service/Finanz_und_Wirtschaftspolitik/40200.property=publication.File.pdf. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass in der EU-Statistik, anders als im Subventionsbericht der Bundesregierung, lediglich der reine Beihilfenanteil berücksichtigt wird, d.h. bei Austauschverträgen nur das Subventionsäquivalent im Vergleich zu dem mutmaßlichen Verhalten eines privaten Investors ermittelt und ausgewiesen wird.

¹¹ Spitzenreiter war Malta mit einem BIP-Anteil von 2,29 Prozent, gefolgt von Lettland (1,8 Prozent), Finnland (1,53 Prozent) und Schweden (1,15 Prozent). Ein besonders geringes Niveau war in Großbritannien (0,22 Prozent), Griechenland (0,26 Prozent) und Luxemburg (0,32 Prozent) zu verzeichnen.

Stelle.¹² Die überdurchschnittlich hohen Beihilfen für den Umweltschutz und den Kohlenbergbau sind ein wesentlicher Grund für das hohe Beihilfenniveau in Deutschland im Vergleich zu den übrigen EU-Mitgliedstaaten.¹³

1.3 Auswirkungen auf den Wettbewerb

894. Die Vergabe von Beihilfen ist mit unterschiedlichen Kosten und Auswirkungen verbunden. Auf der Kostenseite sind zunächst die entstehenden Finanzierungs- oder Opportunitätskosten sowie die Wohlfahrtsverluste, die infolge der notwendigen Steuererhebung in anderen Bereichen auftreten (Schattenpreis der Besteuerung), in Rechnung zu stellen. Zudem können Beihilfen, bedingt durch Mitnahmeeffekte und Fehlprognosen, zu einer ineffizienten Verwendung öffentlicher Mittel führen.

895. Neben diesen volkswirtschaftlichen Kosten besteht auch die Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf den Wettbewerb. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind die erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, die durch Beihilfen auf den betroffenen Produkt- und Dienstleistungsmärkten hervorgerufen werden können, von herausragender Bedeutung. Eine so induzierte Wettbewerbsbeschränkung setzt Fehlanreize in allokativer, produktiver und dynamischer Hinsicht.

896. In allokativer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass vorhandene Ressourcen durch Beihilfen in weniger nutzenstiftende Verwendungen gezogen werden können. Ist der Wettbewerb funktionsfähig, sendet der Markt klare Signale an die Anbieter darüber, welche Produkte und Dienstleistungen von den Konsumenten erwünscht sind. Sollte die Beihilfe das begünstigte Unternehmen dazu veranlassen, den Preis zu senken, können diese Signale verzerrt und deshalb mehr Ressourcen für die subventionierte Tätigkeit verwendet werden. Wird ein ganzer Sektor begünstigt, kann dies nachteilige Wirkungen auf andere Sektoren zur Folge haben. Hinzu kommt, dass Marktteilnehmern anderer Branchen in ihrer Funktion als Steuerzahler finanzielle Mittel entzogen werden. Diese allokativen Fehlsteuerungen sind z. B. im Kohlenbergbau evident.

897. Beihilfen können ferner dazu führen, dass weniger leistungsfähige Unternehmen künstlich am Leben gehalten werden und dadurch neuen, effizienten Unternehmen der Markteintritt erschwert wird. Die produktive Effizienz von Unternehmen kann auch dadurch beeinträchtigt werden, dass diese ihre Ressourcen für Rent-seeking-Aktivitäten verwenden, die sie bei einem Wirken freier Marktkräfte produktiv einsetzen könnten. Zudem beste-

hen für Unternehmen geringere Anreize, effizient zu produzieren und zu investieren, wenn sie davon ausgehen können, dass der Staat ihnen bei finanziellen Engpässen (zum Erhalt von Arbeitsplätzen) zu Hilfe kommt (Verringerung des Kostendrucks).

898. Sofern eine Beihilfe die Profitabilität einer Investition ändert, kann dies Unternehmen dazu veranlassen, Höhe, Art und Zeitpunkt der Investition zu verändern. Auf diese Weise können verzerrende Investitionsentscheidungen getroffen und die dynamische Effizienz beeinträchtigt werden.

899. Besonders problematisch sind Beihilfen, die zur Förderung der Marktmacht eines einzelnen Unternehmens beitragen. Die Vergabe von Beihilfen an etablierte Unternehmen kann eine Markteintrittsbarriere für Newcomer bewirken, zu einer Abschottung des Heimatmarktes beitragen und Verdrängungspraktiken erleichtern. Ist es dem Unternehmen zudem möglich, eine so erlangte Marktmacht durch eine Quersubventionierung auf angrenzende Märkte zu übertragen, wird das wettbewerbliche Problem weiter verschärft.

2. Mögliche Zwecke einer Beihilfenvergabe

2.1 Arten von Beihilfen

900. Beihilfen sind in vielerlei Formen anzutreffen; die Unterschiede betreffen

- die Form der Begünstigung¹⁴,
- die Bindung an bestimmte Projekte¹⁵,
- die absolute Höhe und relative Größe im Verhältnis zu den Kosten der geförderten Tätigkeit,
- die Art und Weise der Vergabe¹⁶,
- die Dauer¹⁷,
- die Breitenwirkung¹⁸ sowie
- die mit der Beihilfenvergabe verfolgten Zwecke.

901. Nachfolgend werden die Zwecke für die Vergabe von Beihilfen näher erläutert, anhand derer sich die Eignung dieses wirtschaftspolitischen Instruments untersuchen lässt. Diese Zwecke spielen für die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe eine große Rolle. Beihilfen können dazu dienen, sog. Marktversagen zu kurieren. Die Beseitigung

¹² Dies dürfte insbesondere auf die Ausnahmeregelungen zurückzuführen sein, die selektiv für deutsche energieintensive Unternehmen geschaffen wurden. Denn Maßnahmen, die sämtliche Unternehmen gleichermaßen betreffen, stellen keine Beihilfen dar; es fehlt insoweit an dem von Artikel 87 Abs. 1 EGV geforderten Merkmal der Selektivität. Wenn alle in Deutschland produzierenden Unternehmen gleichermaßen belastet würden, handelte es sich dementsprechend um eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme, die nicht in der Beihilfenstatistik ihren Niederschlag fände.

¹³ Vgl. 21. Subventionsbericht der Bundesregierung, a. a. O., S. 43.

¹⁴ So können Beihilfen beispielsweise in Form eines Darlehens oder einer Steuervergünstigung gewährt werden.

¹⁵ Beihilfen können an eine bestimmte Tätigkeit gebunden sein oder aber als Betriebsbeihilfen, über die das begünstigte Unternehmen frei verfügen kann, gewährt werden.

¹⁶ Beihilfen können beispielsweise in einem transparenten Ausschreibungsverfahren vergeben werden.

¹⁷ Beihilfen können als Einmalzahlung oder aber wiederholt gewährt werden.

¹⁸ Eine Beihilfenmaßnahme kann individuellen Charakter aufweisen und lediglich ein bestimmtes Unternehmen begünstigen. Daneben gibt es Beihilfenmaßnahmen, die alle Unternehmen eines bestimmten Sektors begünstigen. Schließlich gibt es Beihilfen mit horizontaler Zielsetzung, die nicht von vornherein auf einen bestimmten Wirtschaftszweig beschränkt sind.

von Marktversagen ist der klassische ökonomische Rechtfertigungsgrund für die Vergabe von Beihilfen und anderen Subventionen. Diese klassischen Marktversagenseinstände werden in Abschnitt 2.2 erörtert. Darüber hinaus gibt es aber auch außerökonomische Ziele, welche durch die Vergabe von Beihilfen erreicht werden sollen. Diese außerökonomischen Ziele sind Gegenstand von Abschnitt 2.3.

2.2 Kompensation von Marktversagen als Zweck für die Gewährung von Beihilfen

902. Beihilfen können prinzipiell dazu beitragen, ein Markt- bzw. Wettbewerbsversagen einzudämmen. In der ökonomischen Literatur werden als Ursachen für ein Markt- bzw. Wettbewerbsversagen gravierende externe Effekte, öffentliche Güter, natürliche Monopole, asymmetrische Informationen und Anpassungsmängel genannt. Dabei bleibt stets zu beachten, dass durch den staatlichen Eingriff oftmals selbst Ineffizienzen entstehen, die zu Staats- oder Politikversagen führen können. Ursachen eines Staats- oder Politikversagens bei der Vergabe von Beihilfen können insbesondere Informationsdefizite, fehlerhafte Analysen und Prognosen, Entscheidungs- und Wirkungsverzögerungen beim Mitteleinsatz sowie Fehlanreize innerhalb der Politik und der öffentlichen Bürokratie darstellen. Vor diesem Hintergrund sollte im Vorfeld einer Beihilfenvergabe eine Prüfung im Sinne eines komparativ-institutionenökonomischen Ansatzes durchgeführt werden, in der das etwaige Marktversagen mit dem drohenden Staatsversagen abgewogen wird. Schließlich ist eine Beihilfenvergabe nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn ein Marktversagen vorliegt, sondern nur wenn sich die Beihilfe zur Korrektur dieses Marktversagens in besonderem Maße eignet.¹⁹

2.2.1 Externe Effekte

903. Positive und negative externe Effekte entstehen, wenn von der Aktivität (z. B. Produktion oder Konsum) eines Wirtschaftssubjekts Wirkungen auf den Nutzen (Erhöhung bzw. Beeinträchtigung) anderer Wirtschaftssubjekte ausgehen, ohne dass diese Wirkungen im marktlichen Preissystem berücksichtigt werden oder eine anderweitige Kompensation erfolgt.²⁰ Externe Effekte sind die unmittelbare Folge unzureichend definierter bzw. definierbarer oder nicht hinreichend durchsetzbarer Verfügungsrechte.

904. Negative externe Effekte sind aus der Umweltpolitik bekannt. Haben von einer Umweltverschmutzung Betroffene keine durchsetzungsfähigen Eigentumsrechte an dem Gut Umwelt, so wird es ihnen typischerweise nicht gelingen, den Verursacher an der Umweltverschmutzung zu hindern bzw. ihm die Kosten für die Umweltver-

schmutzung (externe Kosten) anzulasten. Diese fehlende Einbeziehung der externen Kosten in den marktlichen Preismechanismus (fehlende Internalisierung) hat eine übermäßige Umweltverschmutzung zur Folge. Zum Beispiel sind CO₂-Emissionen, die etwa im Rahmen der Stromproduktion (insbesondere bei Kohlekraftwerken) anfallen, mit negativen externen Effekten verbunden, sofern diese Kosten nicht durch geeignete politische Maßnahmen (z. B. Steuern oder Emissionszertifikate) internalisiert werden.

905. Das Auftreten positiver externer Effekte wird z. B. im Bereich der Grundlagenforschung vermutet. Die Grundlagenforschung ist dadurch gekennzeichnet, dass Dritte kaum von der Nutzung der gewonnenen Erkenntnisse ausgeschlossen werden können, da aufgrund der mangelnden Möglichkeit der Patentierung keine durchsetzungsfähigen Eigentumsrechte existieren. Aufgrund der fehlenden Ausschlussmöglichkeit profitieren auch Dritte von der Grundlagenforschung, ohne dass sie dafür eine Kompensation leisten müssten.

906. Die fehlende Zuordnung der Eigentumsrechte führt sowohl im Falle negativer als auch im Falle positiver externer Effekte dazu, dass der Preismechanismus allein nicht für effiziente Marktergebnisse sorgen kann. So würde bei einer reinen Marktlösung mehr als die volkswirtschaftlich effiziente Menge an CO₂ ausgestoßen und weniger als volkswirtschaftlich effizient für Grundlagenforschung ausgegeben. Ein staatlicher Eingriff muss im Fall gravierender externer Effekte darauf abzielen, dass die Divergenz zwischen einzelwirtschaftlich berücksichtigten und tatsächlich für die Gesamtgesellschaft anfallenden Kosten und Erträgen durch Maßnahmen zur Internalisierung der externen Effekte beseitigt wird.

907. Prinzipiell kann eine Beihilfe, die z. B. in Form einer Investitionsprämie für die Reduktion von Umweltbelastungen gewährt wird, zur Internalisierung negativer externer Effekte beitragen. Eine ähnliche Wirkung können Beihilfen im Bereich der Grundlagenforschung haben. Jedoch bleibt zu beachten, dass der externe Effekt zunächst als gravierend identifiziert und in Form von externen Kosten quantifiziert werden muss.²¹ Dabei ist die Bewertung des externen Effektes durch das subjektive Empfinden und den Informationsstand des Entscheidungsträgers beeinflusst. Zusätzlich ist der Betrachtungszeitraum für das Ausmaß des externen Effektes bzw. die Höhe der externen Kosten relevant. Schließlich ist das wirtschaftspolitische Instrument der Beihilfe auf seine besondere Eignung zur Internalisierung der externen Effekte zu untersuchen. Ähnlich wie bei Steuern lässt sich die Gütermenge im sozialen Optimum nur näherungsweise bzw. in einem langwierigen Trial-and-Error-Verfahren erreichen. Darüber hinaus erscheint die Gewäh-

¹⁹ Vgl. dazu schon Coase, R. H., The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics 3, 1960, S. 1-44 sowie Demsetz, H., Information and Efficiency: Another Viewpoint, Journal of Law and Economics 12, 1969, S. 1-22.

²⁰ Da diese Effekte außerhalb der freiwilligen Marktbeziehungen auftreten, werden sie als externe Effekte bezeichnet.

²¹ Streng genommen, lässt sich kaum eine ökonomische Aktivität vorstellen, bei der keinerlei positive oder negative Externalitäten auftreten (Ubiquität externer Effekte). Würde der Staat versuchen, sämtliche Externalitäten zu internalisieren, käme dies einem umfassenden Interventionismus gleich, der die private Wirtschaftsaktivität vielfach lähmen würde.

zung einer Beihilfe für den Verursacher eines negativen externen Effektes vor dem Hintergrund bedenklich, weil dieser für die Verminderung bzw. Vermeidung des externen Effektes belohnt wird. Vielmehr müsste der Verursacher des externen Effektes dazu verpflichtet werden, die sich hieraus ergebenden externen Kosten zu tragen.

2.2.2 Öffentliches Gut

908. Ein Gut, das keine Rivalität im Konsum aufweist und somit grenzkostenlos mehrnutzbar ist und von dessen Nutzung niemand mit vertretbarem Aufwand und vertretbaren Mitteln ausgeschlossen werden kann, ist ein sog. reines öffentliches Gut.

909. Vereinzelt wird in der ökonomischen Literatur bereits die Nichtrivalität im Konsum als hinreichende Bedingung für das Vorliegen eines öffentlichen Gutes angesehen, dessen private Bereitstellung ohne staatlichen Eingriff zu einem Marktversagen führt.²² Das Vorliegen von Nichtrivalität hat bei einem bereits existenten Gut zur Folge, dass ein zusätzlicher Nachfrager des gleichen Gutes keine weiteren Kosten der Bereitstellung verursacht, d. h., die Grenzkosten eines zusätzlichen Nutzers sind null. Im Idealfall sollte daher niemand von der Nutzung ausgeschlossen werden. Zu einem Preis von null würde das entsprechende Gut jedoch privatwirtschaftlich ohne Subventionen gar nicht erst bereitgestellt.²³

910. Das Auftreten von Nichtrivalität ist jedoch allein noch keine hinreichende Bedingung für das Vorliegen von Marktversagen. Ist es nämlich möglich, potenzielle Nachfrager von der Nutzung des Gutes auszuschließen, so kann ein Anbieter die einmaligen Bereitstellungskosten bei der Preissetzung berücksichtigen (z. B. durch mehrteilige Tarife), ohne dass es sich hierbei generell um ein – aus einer komparativen Perspektive betrachtet – ineffizientes Angebot handeln muss.²⁴

911. In der ökonomischen Literatur wird daher überwiegend nur dann von einem öffentlichen Gut und einem hierdurch induzierten Marktversagen gesprochen, wenn zusätzlich aufgrund unzureichend definierter bzw.

definierbarer Verfügungsrechte ein Ausschluss zahlungsunwilliger Nachfrager nicht mit vertretbaren Mitteln möglich ist. Beispiele für ein reines öffentliches Gut stellen die innere und äußere Sicherheit eines Landes oder auch die Sicherstellung des Wettbewerbs auf Märkten dar. Kein Verbraucher kann mit vertretbaren Mitteln von den Vorteilen des Wettbewerbs ausgeschlossen werden, kein Bürger von der inneren und äußeren Sicherheit.

912. Aus der Nichtausschließbarkeit resultiert ein Trittbrettfahrerverhalten: Da niemand ausgeschlossen werden kann, hat auch niemand starke Anreize, sich (ohne Zwang) an der Finanzierung eines öffentlichen Gutes zu beteiligen. Dies hat zur Folge, dass ein reines öffentliches Gut ohne staatlichen Eingriff in aller Regel nicht in effizientem Maße bereitgestellt wird.

913. Die Bereitstellung eines öffentlichen Gutes muss allerdings deshalb noch lange nicht durch die öffentliche Hand erfolgen. Sie kann auch von privaten Unternehmen gewährleistet werden, sofern diese die Möglichkeit haben, durch einen öffentlichen Zuschuss ihre Kosten zu decken.²⁵ Eine derartige Bezuschussung kann eine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV darstellen. Falls jedoch eine ordnungsgemäße Ausschreibung um die private Bereitstellung des öffentlichen Gutes erfolgt und das Unternehmen mit dem besten Angebot in Bezug auf Leistung und Preis den Zuschlag erhält, wird der in diesem Zusammenhang gewährte öffentliche Zuschuss von den europäischen Gerichten nicht als Beihilfe qualifiziert.²⁶

2.2.3 Größenvorteile im Bereich der relevanten Nachfrage

914. Angebots- oder nachfrageseitige Größenvorteile im Bereich der relevanten Marktnachfrage können ein natürliches Monopol bedingen. In diesem Fall stellt ein einziger Anbieter die am Markt nachgefragte Menge am kostengünstigsten her. Angebotsseitige Größenvorteile sind z. B. bei Stromnetzen anzutreffen. Sie werden insbesondere durch das Verlegen der engmaschigen Stromverteilernetze hervorgerufen.

915. Nachfrageseitige Größenvorteile entstehen durch das Auftreten bedeutender positiver Netzwerkeffekte. Ein positiver Netzwerkeffekt bezeichnet das Phänomen, dass ein neuer Nachfrager des gleichen Gutes den Nutzen der aktuellen Nachfrager erhöht. So mehrt ein neuer Nachfrager einer Anwendungssoftware den Nutzen der anderen Anwender, weil er einen zusätzlichen potenziellen Austauschpartner (z. B. für Textverarbeitungsdokumente oder Informationen) darstellt. Der sich hieraus ergebende Wunsch, an einem möglichst großen Netzwerk teilzunehmen, kann im Extremfall zur Monopolisierung des ge-

²² Typische Güter, die durch Nichtrivalität im Konsum gekennzeichnet sind, stellen virtuelle Güter wie Software und Inhalte in Fernsehen, Rundfunk und Internet dar.

²³ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Anbieter für die Bereitstellung eines Gutes in der Regel Fixkosten hat. So verursacht etwa die Bereitstellung von Software, die ebenfalls durch Nichtrivalität im Konsum gekennzeichnet ist, einmalige Forschungs- und Entwicklungskosten. Die Kosten der Vervielfältigung sind jedoch vernachlässigbar gering.

²⁴ Ein derartiges Vorgehen ist auf diversen Märkten für virtuelle Güter zu beobachten, deren Bereitstellung nicht durch ein generelles Marktversagen gekennzeichnet ist. Darüber hinaus wird das Abschöpfungspreissystem (skimming pricing) in frühen Marktphasen nicht selten von Innovatoren angewendet, um so eine schnelle Amortisation der Forschungs- und Entwicklungskosten zu gewährleisten. Eine solche Strategie wird beispielsweise häufig auf dem Markt für PC-Prozessoren-Chips verfolgt, bei dem zu beobachten ist, dass der Anbieter, der den Prozessor-Chip der nächsten Generation entwickelt hat, zunächst hohe Preise verlangt, die, sobald Wettbewerber mit einem Chip gleicher Leistung in den Markt eintreten, deutlich absinken.

²⁵ So sind in Deutschland bereits einige Gefängnisse teilprivatisiert worden.

²⁶ Vgl. hierzu detailliert Abschnitt 5.3.4.

samten Marktes durch einen Anbieter führen.²⁷ Ein bekanntes Beispiel für ein nachfrageseitig induziertes (Quasi-)Monopol stellt die Anwendungssoftware Microsoft Office dar.

916. Oftmals liegen bei einem natürlichen Monopol die Grenzkosten unter den Durchschnittskosten, so dass ein Grenzkostenpreis zu einem Defizit bei dem Betreiber des Monopols führen würde. Ein Abweichen vom Grenzkostenpreis hingegen führt gegenüber dem theoretischen Idealzustand zu einem allokativen Effizienzverlust. Theoretisch ließe sich daher eine Beihilfe ökonomisch rechtfertigen. In der Praxis bedingen natürliche Monopole jedoch in aller Regel nicht die Notwendigkeit staatlicher Beihilfen. Der allokativen Effizienzverlust ist eher theoretischer Natur und ohne praktische Relevanz. In vielen Fällen erfordern natürliche Monopole sogar vielmehr eine staatliche Preisaufsicht, um die Nachfrager vor einer Ausbeutung durch zu hohe Preise zu schützen. Diese Fälle treten dann ein, wenn der monopolistische Anbieter durch hohe Marktzutrittschranken vor potenziellen Konkurrenten geschützt ist und so seinen Preis dauerhaft über das wettbewerbliche Niveau anheben kann.

2.2.4 Asymmetrische Informationen

917. Asymmetrische Informationen liegen vor, wenn von den relevanten Akteuren am Markt eine Seite besser informiert ist als die andere. Sie können als unerwünschte Wirkungen moralisches Risiko²⁸ und negative Auslese hervorrufen.

918. Asymmetrische Informationen liegen z. B. auf Kreditmärkten vor. Die Anbieter von Krediten haben keine volle Kenntnis über das exakte Ausfallrisiko des jeweiligen Kreditnachfragers. Folglich werden sie ihren Kreditzins (den Preis für den Kredit) am geschätzten durchschnittlichen Ausfallrisiko ausrichten. Nachfrager mit einem geringen individuellen Ausfallrisiko (sog. gute Risiken) werden diesen Preis als zu hoch ansehen und sich gegebenenfalls gegen die Kreditaufnahme entscheiden. Nachfrager mit überdurchschnittlichen Risiken (sog. schlechte Risiken) profitieren hingegen von der für sie vergleichsweise günstigen Preisgestaltung. Die systematische Verdrängung der guten durch die schlechten Risiken (negative Auslese) kann im Extremfall zu einem Markt-

versagen führen, da nutzenstiftende Transaktionen ausbleiben.²⁹

919. Insbesondere bei der Kapitalbeschaffung für kleine und mittlere Unternehmen wird vermutet, dass bedeutende Informationsasymmetrien vorliegen, die ein Marktversagen bedingen können. Sowohl für Risikokapitalmärkte als auch für die private Kreditvergabe von Banken wird davon ausgegangen, dass die Anbieter des Kapitals das Ausfallrisiko von Krediten an diese Unternehmensgruppe systematisch überschätzen und so den Preis für die Kapitalbeschaffung zu hoch ansetzen.³⁰ Als Folge wird kleineren und mittleren Unternehmen die Kapitalbeschaffung im Vergleich zu größeren Unternehmen erschwert, so dass sie erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden können.

920. Mit dem Ziel, diese Wettbewerbsnachteile zu kompensieren, gewährt die öffentliche Hand kleinen und mittleren Unternehmen häufig Kredite zu vergünstigten Konditionen. Aufgrund der selektiven Begünstigung nehmen diese Kredite einen Beihilfencharakter an. Deshalb sollte im Vorfeld eines staatlichen Eingriffs, z. B. durch eine günstige Kreditgewährung, stets geprüft werden, ob sich nicht auf dem Markt selbst Schutzmechanismen herausbilden, die ein Marktversagen verhindern können. Mögliche Schutzmechanismen stellen dabei ein wirkungsvolles Screening oder Signalling dar, durch welche die Gefahren von moralischem Risiko und negativer Auslese vermindert werden. Eine genaue Prüfung ist auch vor dem Hintergrund angezeigt, dass Informationsasymmetrien an Kapitalmärkten nicht notwendigerweise zu einer zu geringen Kreditvergabe führen, da sich auch ineffizient hohe Kredite als Folge nachweisen lassen, wenn Risiken unterschätzt werden. In diesem Fall würde eine staatliche Kreditvergabe zu zusätzlichen Effizienzverlusten führen.

2.2.5 Anpassungsmängel

921. Als Anpassungsmängel werden zum einen Situationen verstanden, in denen ein Marktgleichgewicht aufgrund ungünstiger Angebots- und Nachfragekonstellationen nicht existiert oder ein neues Gleichgewicht nicht oder nicht in der gewünschten Geschwindigkeit – insbesondere infolge von Flexibilitätsmängeln der Marktakteure – zustande kommt. Ein Beispiel für Flexibilitätsmängel stellt die ruinöse Konkurrenz dar, die durch die „falsche“ Reihenfolge des Marktaustritts von Anbietern hervorgerufen wird (z. B. in den Bereichen Binnenschifffahrt und Landwirtschaft).

²⁷ Dieser Fall tritt dann ein, wenn bei mehreren inkompatiblen proprietären Technologien eine dieser Technologien eine sog. kritische Masse an Nachfragern erreicht hat. Aufgrund des dann einsetzenden positiven Rückkopplungseffekts wird diese Technologie nach dem Erreichen der kritischen Masse die gesamte Marktnachfrage auf sich ziehen (winner takes all/winner takes most). Diese Form des nachfrageseitig induzierten Wettbewerbs um die dominante Marktstellung ist insbesondere auf Märkten für virtuelle Netzwerküter zu beobachten, da hier keine angebotsseitigen Restriktionen vorliegen. So ist es z. B. einem Anbieter von Software nahezu in jeder beliebigen Geschwindigkeit möglich, sein Angebot an Nachfrageänderungen anzupassen (sog. instant scalability).

²⁸ Moralisches Risiko liegt vor, wenn eine Marktseite über die Möglichkeit verfügt, wesentliche transaktionsrelevante Sachverhalte nach Vertragsschluss (ex post) unbemerkt (aufgrund der Informationsasymmetrie) zulasten der anderen Marktseite zu verändern.

²⁹ Das klassische Beispiel für negative Auslese, die durch Informationsasymmetrien zu Lasten der Nachfrager hervorgerufen wird, stellt der Markt für Gebrauchtwagen dar. Vgl. hierzu Akerlof, G., The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84, 1970, S. 488–500.

³⁰ Eine Ursache liegt darin, dass potenzielle Investoren vor vergleichsweise größeren Problemen stehen, einen Zugang zu verlässlichen Informationen über die Geschäftsaussichten von kleinen und mittleren Unternehmen zu erhalten, als dies bei Großunternehmen der Fall ist. Vgl. EU-Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen in kleine und mittlere Unternehmen, ABl. EU Nr. C 194 vom 18. August 2006, S. 2.

922. In der EU und den Mitgliedstaaten werden Beihilfen häufig als Instrument der sektoralen Strukturpolitik eingesetzt. Diese hat zum Ziel, die sich aus dem Strukturwandel vom landwirtschaftlichen (primären) und warenproduzierenden (sekundären) Sektor hin zum Dienstleistungssektor (tertiären Sektor) ergebenden Probleme sozialverträglich abzumildern. Die Notwendigkeit einer sektoralen Strukturpolitik wird in den zuvor skizzierten Flexibilitätsmängeln gesehen.

923. Ökonomisch lassen sich als wirtschaftspolitisches Instrument der sektoralen Strukturpolitik unter bestimmten Voraussetzungen allenfalls Anpassungsbeihilfen (bzw. Umstrukturierungsbeihilfen im europäischen Recht) rechtfertigen. Anpassungsbeihilfen werden Unternehmen mit dem Ziel gewährt, den Anpassungsprozess an die gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse zu vereinfachen. So wurden nach der Wiedervereinigung insbesondere landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften in den neuen Bundesländern mit Anpassungsbeihilfen gefördert. Durch die Beihilfen, die z. B. für die Anschaffung von modernen landwirtschaftlichen Geräten gezahlt wurden, sollte eine schnellere Annäherung an die marktwirtschaftlichen Bedingungen ermöglicht werden.

924. Prinzipiell ist eine Anpassungsbeihilfe als Hilfe zur Selbsthilfe gedacht. Sie sollte nur so lange ausgezahlt werden, bis eine notwendige Anpassung an geänderte strukturelle Rahmenbedingungen vollzogen ist. Jedoch war in der Vergangenheit häufig zu beobachten, dass eine ursprünglich als kurzfristige Maßnahme gedachte Beihilfe aufgrund des politischen Drucks zu einer dauerhaften Begünstigung eines bestimmten Wirtschaftszweiges bzw. bestimmter Unternehmen wurde. Hierdurch blieben alte Strukturen erhalten und die ursprüngliche Intention, eine Beschleunigung der Anpassungsprozesse, wurde konterkariert. Eine dauerhafte Begünstigung stellt jedoch kein ursachenadäquates Instrument zur Beseitigung des fraglichen – durch Anpassungsmängel hervorgerufenen – Marktversagens dar. Vielmehr werden durch dauerhafte Begünstigungen, die den Charakter von Erhaltungssubventionen annehmen, andere wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt.

2.3 Außerökonomische Zwecke von Beihilfen

2.3.1 Regional-, verteilungs-, beschäftigungs- und industriepolitische Zwecke

925. Erhaltungssubventionen, im europäischen Recht auch Rettungsbeihilfen genannt, werden als strukturpolitisches Instrument eingesetzt, um wirtschaftliche, kulturelle und landeskulturelle Strukturen zu bewahren. Sie werden dabei z. B. in Form einer Ausgleichszulage in den Bereichen Landwirtschaft und Bergbau gewährt. Durch den Einsatz von Erhaltungssubventionen soll das Einkommen der Beschäftigten in dem vom Strukturwandel betroffenen Sektor (z. B. Steinkohlenbergbau) auf einem bestimmten, sozial gewünschten Niveau (verteilungspolitische Zielsetzung) gehalten und eine übermäßige Arbeitslosigkeit in den betroffenen Regionen vermieden

werden (beschäftigungspolitische Zielsetzung).³¹ Eine bekannte Form der Erhaltungssubventionen stellen auch die Preisstützungskäufe in der EU dar.³²

926. Generell sind Beihilfen als strukturpolitisches Instrument, sowohl in Form einer Anpassungs- als auch in Form einer Erhaltungssubvention, aufgrund ihrer fehlenden Zielgenauigkeit und der durch sie hervorgerufenen negativen Nebeneffekte kritisch zu sehen. Insbesondere Erhaltungssubventionen setzen falsche Preissignale auf den Produktmärkten und führen so zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der subventionierten Industrie. Ferner haben die hieraus resultierenden falschen Einkommenssignale zur Folge, dass Arbeitnehmer in nicht mehr zukunftsfruchtigen Arbeitsverhältnissen verbleiben. Hierdurch wird der notwendige strukturelle Anpassungsprozess behindert, was weitere volkswirtschaftliche Effizienzverluste nach sich zieht. Andere Instrumente wie die Subjektförderung der Arbeitnehmer sind zur Erreichung beschäftigungs- und verteilungspolitischer Ziele besser geeignet. Durch eine gezielte Förderung der Arbeitnehmer in Altindustrien, z. B. in Form von Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen, ließen sich die Ziele ohne die negativen Nebenwirkungen effizienter und nachhaltiger erreichen.

927. Der Fokus der Regionalpolitik liegt auf der Verteilung des Produktionspotenzials und auf der infrastrukturellen Entwicklung der Räume innerhalb einer Volkswirtschaft. Das Ziel regionalpolitischer Maßnahmen ist die Schaffung gleichwertiger Lebensverhältnisse in einer Region. Vor diesem Hintergrund werden in strukturschwachen Gebieten, die durch eine hohe Arbeitslosigkeit gekennzeichnet sind, unter anderem Ansiedlungsbeihilfen gewährt, um Unternehmen aus zukunftsfruchtigen Branchen anzulocken und so die Arbeitsnachfrage zu erhöhen. Zusätzlich erhoffen sich die politischen Entscheidungsträger mit der Ansiedlung von Unternehmen auch weitere positive Auswirkungen wie Agglomerationsvorteile.³³ Regionalpolitisch motivierte Beihilfen sind jedoch mit ei-

³¹ Neben beschäftigungspolitischen und verteilungspolitischen Zielen wird für Subventionen in den Bereichen Kohlenbergbau und Landwirtschaft, die in der Vergangenheit in Deutschland eine herausragende Bedeutung einnahmen, insbesondere die Versorgungssicherheit eines Landes als Argument angeführt. Diese nationalstaatliche Betrachtungsweise verliert im europäischen Kontext an Bedeutung.

³² Diese fanden insbesondere auf dem Agrarmarkt Anwendung, um bei gleichzeitiger Festlegung eines Mindestpreises ein bestimmtes Einkommen der Branche zu garantieren. Der Mindestpreis wurde dabei über dem markträumenden Gleichgewichtspreis angesetzt. Das hierdurch hervorgerufene überschüssige Angebot, das die Anbieter zu dem gegebenen Mindestpreis nicht am Markt absetzen konnten, wurde von den staatlichen Entscheidungsträgern zu dem zuvor festgelegten Interventionspreis aufgekauft und – sofern möglich – als Vorrat gelagert. Diese Lagerung führte zu den bekannten „Butter- und Schweinebergen“. Alternativ lässt sich die Preisstützung auch durch eine Beihilfenzahlung erreichen, die an eine Kapazitätsbeschränkung gekoppelt ist (z. B. Stilllegungsprämien).

³³ Beihilfen im Rahmen der Regionalpolitik können einen Wettbewerb unterschiedlicher Jurisdiktionen „um die Ansiedlung privater Unternehmen“ hervorrufen, der in dynamischer Hinsicht zu Effizienzgewinnen führen kann. So ist es denkbar, dass sich von mehreren Leistungspaketen das effizienteste Leistungspaket durchsetzt – somit die Region, die der Unternehmensansiedlung den höchsten Wert beimisst. Auf diesen Punkt wird in Abschnitt 3 gesondert eingegangen.

nem erheblichen Prognoserisiko belastet und können daher die beabsichtigte Wirkung verfehlen.

928. Auf nationaler Ebene war in den vergangenen Jahren eine gezielte Förderung von Großunternehmen, unter anderem durch selektive Steuervergünstigungen, zu beobachten. Die Intention der staatlichen Entscheidungsträger lag unter anderem darin, durch die Förderung dieser nationalen Champions ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit zu stärken. Nach der Theorie der sog. strategischen Außenhandelspolitik kann eine aktive Industriepolitik bei Vorliegen erheblicher Größen- und Verbundvorteile dazu führen, dass das jeweilige inländische Unternehmen im Ausland mittel- bis langfristig Gewinne erzielt, die der eigenen Wirtschaft zugute kommen.³⁴

929. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit bereits dargelegt, dass sie einer solchen Förderung nationaler Champions, wie sie in Deutschland etwa gegenwärtig im Bahn- und Postbereich zu beobachten ist, aus mehreren Gründen sehr kritisch gegenüber steht.³⁵ Sie bezweifelt, dass die Subventionierung der eigenen Industrie dem Beihilfen gewährenden Staat nützt und der Nutzen, der durch die (eventuell) im Ausland aufgrund der Förderung erzielbaren Gewinne entsteht, die Kosten der Vermarktung der Märkte für das Inland übersteigt.³⁶ Selbst die Anhänger der Theorie der strategischen Außenhandelspolitik gehen davon aus, dass in Konstellationen, in denen sämtliche Staaten Beihilfen gewähren, sich im Ergebnis alle schlechter stehen (sog. Gefangenendilemma³⁷) und es zu ineffizienten Beihilfenwettläufen kommt (sog. Rattenrennen³⁸).

2.3.2 Meritorische Güter und Daseinsvorsorge

930. In vielen Fällen werden Beihilfen auch gewährt, um die Bereitstellung einer sozial gewünschten Menge an Gütern zu gewährleisten. Für Güter, die prinzipiell im Marktmechanismus bereitgestellt werden, bei denen diese Bereitstellung jedoch in einem als zu gering erachteten Umfang erfolgt, wurde in der finanzwissenschaftlichen Literatur der Begriff meritorische Güter geprägt.³⁹ Diesen zu geringen Umfang an meritorischen Gütern führen die Vertreter des Konzepts auf eine fehlerhafte Selbsteinschätzung des individuellen Nutzens der privaten Nachfrager zurück, die wiederum durch verzerrte Präferenzen,

fehlende oder falsche Informationen und irrationale Entscheidungen der Bürger hervorgerufen würden. Hieraus resultiere eine zu geringe Zahlungsbereitschaft und demnach eine zu geringe Nachfrage nach meritorischen Gütern. Um ökonomische Ineffizienzen zu vermeiden, die mit der charakterisierten „Fehlentwicklung“ einhergehen, komme den politischen Entscheidungsträgern die Aufgabe zu, die Bereitstellung meritorischer Güter z. B. durch staatliche Zuschüsse (Beihilfen) derart zu fördern, dass der von den Bürgern zu zahlende Preis bei der gesellschaftlich gewünschten Konsummenge ihrer „zu geringen Zahlungsbereitschaft“ entspricht. Als typische meritorische Güter werden von den Vertretern dieses Konzepts Bildung, Kultur, Gesundheits- und Altersvorsorge angesehen.

931. Das Prinzip meritorischer Güter hat als ökonomisches Konzept heute kaum noch eine Bedeutung in der Wirtschaftstheorie, da es schon von seinem Grundansatz her problematisch ist. Zunächst ergibt sich das Problem, welches Gut als förderungswürdig zu klassifizieren ist (Identifikationsproblem). Dabei kommt es generell zu einer staatlichen Einmischung in individuelle Präferenzen der Bürger, wobei staatliche Entscheidungsträger auch den Grad der Einmischung (die zu konsumierende Menge) normativ festlegen müssen. Dies birgt ein erhebliches Fehler- und Konfliktpotenzial, da die Entscheidung eines Kollektivs – bzw. der von einem Kollektiv beauftragten Entscheidungsträger – über die des Individuums gestellt wird.⁴⁰ Zusätzlich besteht aufseiten der staatlichen Elite ein Informationsdefizit darüber, wie die Nachfrager auf die veränderten Preise reagieren. Unklar ist auch, woher staatliche Entscheidungsträger überhaupt Informationen über das optimale Ausmaß eines meritorischen Gutes haben sollen, wenn schon die Bürger ihre Präferenzen nicht kennen. Es bleibt im Dunkeln, woher diese höhere Einsicht kommen soll. Deshalb wird sich die politisch gewünschte Menge des meritorischen Gutes selbst im günstigsten Fall nur durch ein aufwendiges Trial-and-Error-Verfahren erreichen lassen. Vor diesem Hintergrund erscheint es mehr als fraglich, weite Bereiche staatlicher Politik, etwa die Gesundheits- und Altersvorsorge, mit dem Argument der Meritorik zu rechtfertigen. Letztlich handelt es sich hierbei stets um ein Werturteil, das bei der Abwägung zwischen individuellen und kollektiv gesetzten Präferenzen unvermeidlich ist.

932. Für staatliche Beihilfen, die mit dem fraglichen Argument der Meritorik gerechtfertigt werden, sind teilweise auch alternative Begründungen denkbar. Unter der Annahme, dass der moderne Sozialstaat einen Menschen selbst dann unterstützt, wenn dieser sich in einer selbstverschuldeten Notlage befindet, lassen sich etwa bestimmte Versicherungspflichten auch als Mittel zur Verhinderung eines Trittbrettfahrerverhaltens ansehen.⁴¹ So

³⁴ Vgl. Brander, J., Spencer, B., Export Subsidies and International Market Share Rivalry, *Journal of International Economics* 18, 1985, S. 83–100.

³⁵ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 1 ff.

³⁶ Vgl. ebenda, Tz. 16.

³⁷ Das Gefangenendilemma kennzeichnet eine Situation, in der individuell rationales Verhalten der einzelnen Gruppenmitglieder zu einem für die Gruppe insgesamt schlechten Ergebnis führt.

³⁸ Als Rattenrennen werden Wettbewerbsprozesse bezeichnet, in denen steigenden Aufwendungen keine entsprechenden insgesamt zu erwartenden Mehrerlöse gegenüberstehen und die somit durch eine Ressourcenverschwendung gekennzeichnet sind.

³⁹ Vgl. Musgrave, R. A., A Multiple Theory of Budget Determination, *Finanzarchiv N. F.* 17, 1956/1957, S. 333–343.

⁴⁰ Unbestritten ist eine solche Argumentation lediglich in einigen wenigen Ausnahmefällen, in denen tatsächlich die Entscheidungskompetenz eines einzelnen Menschen als nicht gegeben angesehen werden kann (z. B. Kinder bis zu einem bestimmten Alter).

⁴¹ Dieses Trittbrettfahrerverhalten kommt dadurch zustande, dass der Ausschluss bedürftiger Personen vom staatlichen Transfersystem nicht gewollt ist. Insofern käme es einem negativen externen Effekt gleich.

wäre denkbar, dass Arbeitnehmer keine Rücklagen für das Alter bilden, wenn sie davon ausgehen, dass sie nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsleben staatliche Transferzahlungen erhalten. Im skizzierten Fall wird ein mögliches Trittbrettfahrerverhalten durch die obligatorische Altersversicherung unterbunden. Für die Kranken- und die Pflegeversicherung ließen sich vergleichbare Argumentationen anführen. Auch eine gewisse Förderung von Kultur und Bildung lässt sich durch das Vorliegen positiver externer Effekte gegebenenfalls rechtfertigen.

933. Im Zusammenhang mit einigen staatlich bereitgestellten oder subventionierten Gütern (z. B. Personennahverkehr, Gesundheitsvorsorge oder Rundfunk) wird auch der verwaltungsrechtliche Begriff der Daseinsvorsorge zur Begründung einer Beihilfenvergabe verwendet.⁴² Unter Daseinsvorsorge werden alle staatlichen Maßnahmen subsumiert, welche die „Grundversorgung“ der Bevölkerung sicherstellen sollen. Im Gegensatz zu den Vertretern der Meritorik wird diese Bereitstellung nicht damit begründet, dass es aufgrund eines fehlerhaften Einschätzens des individuellen Nutzens zu einer ineffizienten Versorgung mit dem jeweiligen Gut kommt. Vielmehr geht es darum, dass der Markt das jeweilige Gut der öffentlichen Daseinsvorsorge nicht im politisch gewünschten Umfang bereitstellt. Dabei muss der politisch gewünschte Umfang nicht dem ökonomisch effizienten Umfang der Leistungserstellung entsprechen. Hiermit einhergehende ökonomische Effizienzverluste werden bewusst zugunsten anderer politischer Ziele in Kauf genommen. Die Monopolkommission sieht die Verfolgung dieser anderen Ziele als ein durchaus legitimes Vorgehen in einer Demokratie an. Jedoch sollte bei der Bereitstellung des politisch gewünschten Umfangs von Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge darauf geachtet werden, dass diese zu den geringsten volkswirtschaftlichen Kosten erfolgt, um unnötige Wettbewerbsverzerrungen und damit einhergehende Ineffizienzen zu vermeiden.

934. Eine effiziente Bereitstellung von Gütern der öffentlichen Daseinsvorsorge kann durch wettbewerbskonforme Ausschreibungsverfahren erreicht werden. Diese sind so zu gestalten, dass das Unternehmen, welches das entsprechende Gut in gewünschter Qualität und Menge zu den geringsten Kosten bereitstellt, den Zuschlag erhält. Der Teil der Kosten, der nicht im marktlichen Prozess gedeckt ist, kann durch staatliche Zuschüsse kompensiert werden. Diese Zuschüsse werden – wie bereits bei der privaten Bereitstellung öffentlicher Güter erörtert – im EU-Recht nicht als Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV qualifiziert, sofern sie innerhalb eines ordnungsgemäß durchgeführten temporären Ausschreibungsverfahrens vergeben werden. Eine wettbewerbskonforme Bereitstellung der politisch gewünschten Menge an Daseinsvorsorge kann damit sogar zu einer Erhöhung der öffentlichen und politischen Akzeptanz von ordnungspolitischen Reformen beitragen.

⁴² Vgl. zur Daseinsvorsorge auch unten Abschnitt 5.3.4.

2.3.3 Politökonomische Gründe

935. Die obigen Ausführungen machen deutlich, dass Beihilfen einen Eingriff in den Marktmechanismus darstellen und so erhebliche Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben können. In diesem Zusammenhang verursachen Beihilfen nicht unerhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Da sie aus Steuermitteln gezahlt werden, stellen sie zunächst einen Einkommensentzug dar, der in selektiver Form an privilegierte Industriezweige bzw. Unternehmen ausgeschüttet wird. Zusätzlich entstehen durch die Vergabe von Beihilfen Bürokratiekosten sowie Transaktionskosten aufseiten der Unternehmen (z. B. für Beihilfenberatung, Antragstellung und Berichtspflichten). Insbesondere der Schutz einer stagnierenden Branche durch eine Erhaltungsbeihilfe entzieht einer Volkswirtschaft weitere Mittel. Darüber hinaus rufen Beihilfen unerwünschte Nebeneffekte, z. B. in Form von Preisverzerrungen, hervor, die weitere staatliche Unterstützungszahlungen zur Folge haben können.

936. Trotz dieser bekannten Nachteile von Beihilfen ist in der politischen Realität zu beobachten, dass diese selbst dann gewährt werden, wenn sich andere Instrumente zur Erreichung bestimmter wettbewerblicher bzw. nichtwettbewerblicher Zwecke besser eignen. So weisen einmalige subjektbezogene direkte Transfers (z. B. Einmalzahlungen an die Beschäftigten im Bergbau) ein günstigeres volkswirtschaftliches Kosten-Nutzen-Verhältnis auf. Die ineffiziente Vergabe von Beihilfen ist auch darauf zurückzuführen, dass Beihilfen im politischen Prozess vergeben werden. Dabei verfolgen die verantwortlichen Akteure bei politischen Entscheidungen auch eigene Interessen. Bei Beihilfen ist die Gefahr eines eigennütigen Verhaltens der politischen Entscheidungsträger, das auf die persönliche Wiederwahl bzw. den Wahlerfolg der jeweiligen Partei gerichtet ist, besonders hoch. So kann durch kurzfristig angelegte populistische Maßnahmen der (falsche) Eindruck vermittelt werden, dass in einer Region infolge der Beihilfe Arbeitsplätze dauerhaft erhalten bzw. geschaffen werden. Eine Beihilfe, die als großer fühlbarer Betrag einer kleinen Gruppe (z. B. einem Unternehmen) gewährt wird, ist deutlich spürbar. Die große Gruppe der Steuerzahler finanziert diese Beihilfe hingegen durch vergleichsweise kleine, individuell kaum spürbare Beträge. Während die geringe Spürbarkeit aufseiten der Steuerzahler dazu führt, dass diese nicht aktiv werden, handeln die betroffenen Unternehmer und Arbeitnehmer zumeist öffentlichkeitswirksam und können damit zum Wahlerfolg eines Politikers bzw. einer Partei beitragen.

3. Mögliche alternative Konzepte zu einer europäischen Beihilfenkontrolle

3.1 Vollständige Harmonisierung der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen?

937. Innergemeinschaftliche Wettbewerbsverzerrungen können nicht nur durch selektiv wirkende Beihilfen, sondern auch durch allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten hervorgerufen werden.

Teilweise wird vorgeschlagen, diese Wettbewerbsverzerrungen in der EU durch eine vollständige Harmonisierung der wirtschaftspolitischen Regeln, namentlich der nationalen Regulierungen (Arbeitsmarktpolitik, Umwelt- und Produktstandards, Gesellschaftsrecht), Unternehmenssteuern und Staatsausgaben, zu beseitigen.⁴³ Ein Verbot staatlicher Beihilfen auf europäischer Ebene sei nicht ausreichend, vielmehr sei darüber hinausgehend die umfangreiche Durchsetzung eines „level playing field“ anzustreben. Dies könne dazu beitragen, nationalstaatlich verursachte, künstliche Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, und es den Unternehmen ermöglichen, die Kostenvorteile der Produktion bestmöglich auszunutzen und die Wohlfahrt im europäischen Binnenmarkt zu maximieren.

938. Eine Rechtsangleichung kann in Teilbereichen ein sinnvolles Instrument darstellen, etwa wenn hierdurch die Transaktionskosten bei Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug erheblich verringert werden. Eine flächendeckende Harmonisierung innerhalb der EU ist jedoch nach Auffassung der Monopolkommission nicht zu empfehlen, da andernfalls jeglicher Systemwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten und den Regionen in der EU ausgeschlossen würde und der Umstand unberücksichtigt bliebe, dass in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Gewohnheiten und Präferenzen in Bezug auf die Ausgestaltung der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen vorhanden sind.⁴⁴ Im Rahmen des Systemwettbewerbs stehen Institutionen im Wettbewerb um leistungs- und wertschöpfungsstarke mobile Faktoren wie Unternehmen, Finanzkapital und mobile Arbeitskräfte.⁴⁵ Die wirtschaftspolitischen Parameter, die den Staaten und Regionen zur Verfügung stehen, um mobile Faktoren anzuziehen bzw. deren Abwanderung zu verhindern, setzen sich aus öffentlichen Leistungen wie Infrastruktur, Lohnniveau, Ausbildungs- und Technologiestand sowie Produktregulierung einerseits und den zur Finanzierung erhobenen Steuern und Abgaben andererseits zusammen. Systemwettbewerb kann dazu beitragen, die tatsächlichen Präferenzen der Nachfrager, also der Entscheidungsträger über mobile Faktoren, im Hinblick auf das staatlich angebotene Steuer-Leistungs-Paket aufzudecken.

939. Darüber hinaus eröffnet der Systemwettbewerb – unabhängig von der Mobilität der Faktoren – die Möglichkeit, verschiedene Konzepte zur Lösung gesellschaftspolitischer Probleme im Wege eines Ideenwettbewerbs zu erproben und miteinander zu vergleichen. Im Sinne eines Entdeckungsverfahrens bestehen für die politischen Akteure im Systemwettbewerb Anreize, attraktive institutionelle Regelungen zu entwickeln und überflüs-

sige Regulierungen und bürokratische Hürden abzubauen. Von der Konkurrenz anderer Hoheitsträger kann ein heilsamer Reformdruck ausgehen. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission gegen eine vollständige Harmonisierung der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen innerhalb der EU aus. Sie würde den Systemwettbewerb eliminieren.

3.2 Standortwettbewerb durch die Vergabe von (Ansiedlungs-)Beihilfen?

940. Einige Autoren vertreten aufgrund der positiven Auswirkungen eines Systemwettbewerbs die Auffassung, dass die der EU-Kommission übertragene Beihilfenaufsicht – zumindest im Bereich von Neuansiedlungen – abgeschafft und es den Mitgliedstaaten und Regionen in der EU ermöglicht werden sollte, auch (Ansiedlungs-) Beihilfen als Wettbewerbsparameter einzusetzen.⁴⁶ Die Vergabe entsprechender Beihilfen könne dazu beitragen, dass Unternehmen bzw. Investoren effiziente Standortentscheidungen treffen. Politökonomisch sei davon auszugehen, dass politische Entscheidungsträger ein vehementes Interesse an Unternehmensansiedlungen in ihrer Jurisdiktion haben, um damit Arbeitsplätze zu schaffen und ihre Steuerbasis zu vergrößern. Auf der anderen Seite hätten mobile Unternehmen ein Interesse an möglichst günstigen Konditionen, die ein Standort anbiete und die es den Unternehmen erlaubten, zu möglichst geringen Kosten zu produzieren und Nachfrager zu beliefern. Die Vergabe von Beihilfen könne ein wirksames Instrument sein, die positiven Auswirkungen, welche die Unternehmensansiedlung in einer bestimmten Region insbesondere in Form von Agglomerationsvorteilen nach Einschätzung der Beihilfen vergebenden Stelle auslösen werde, zu berücksichtigen und zu internalisieren. Da die positiven Folgewirkungen unterschiedlich hoch ausfallen könnten, je nachdem welche Charakteristika das ansiedlungswillige Unternehmen und die betreffende Region aufwiesen, sei es effizient, dass Hoheitsträger Preisdifferenzierungen durch Beihilfen, verstanden als Rabatte auf Steuerzahlungen, durchführten. Im Standortwettbewerb könne sich die Region durchsetzen, für welche die betreffende Unternehmensansiedlung die meisten Vorteile verspreche.

941. Ferner wird vorgebracht, dass manche Unternehmen im Falle einer Ansiedlung zwangsläufig langfristige standortspezifische Investitionen tätigen müssen, so z. B. Infrastrukturanbieter im Energie-, Transport- oder Telekommunikationsbereich. In diesen Fällen bestehe die Gefahr, dass der betreffende Hoheitsträger im Anschluss die Rahmenbedingungen – etwa in Form nachträglicher Steu-

⁴³ Vgl. hierzu näher Ehlermann, C.-D., Ökonomische Aspekte des Subsidiaritätsprinzips: Harmonisierung vs. Wettbewerb der Systeme, Integration 18, 1995, S. 11-21.

⁴⁴ Systemwettbewerb, der auch als institutioneller, interjurisdiktionaler Wettbewerb oder Standortwettbewerb bezeichnet wird, bedeutet, dass nicht nur Unternehmen im Wettbewerb zueinander stehen, sondern auch Wirtschaftssysteme oder Standorte.

⁴⁵ Vgl. bereits Monopolkommission, Systemwettbewerb, Sondergutachten 27, Baden-Baden 1998, Tz. 9.

⁴⁶ Ausführlich hierzu Gröteke, F., Europäische Beihilfenkontrolle und Standortwettbewerb – Eine ökonomische Analyse, Stuttgart 2007, S. 182 ff. Gegner dieses extremen Systemwettbewerbsansatzes sehen in der Vergabe von Beihilfen demgegenüber gerade einen potenziellen Auslöser für eine ineffiziente Allokation von Unternehmen auf die verschiedenen Standorte und erachten die europäische Beihilfenaufsicht als notwendige institutionelle Rahmenbedingung. Vgl. etwa Koenig, C., Kühling, J., Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs – Zeit für eine Neuausrichtung?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 10, 1999, S. 517-523.

erhöhungen oder sonstiger Regulierungen – nachteilig verändere.⁴⁷ Eine Ansiedlungsbeihilfe könne ein Mittel zur Absicherung spezifischer Investitionen gegen spätere Verschlechterung und Ausbeutung durch den jeweiligen Hoheitsträger sein (Hold-up-Problematik). Zudem sei die Beihilfenvergabe im Standortwettbewerb der Hoheitsträger ein möglicher Wettbewerbsparameter von vielen. Es stelle sich daher die Frage, wieso gerade dieser Parameter reguliert werden müsse. Der Standortwettbewerb werde durch die Beihilfenaufsicht der EU nur auf andere Parameter – wie den Ausbau von physischer Infrastruktur, die kostenlose oder subventionierte Ausbildung von Arbeitskräften, baurechtliche Vorschriften etc. – verlagert.

942. Nach Ansicht der Monopolkommission handelt es sich bei dem Vorschlag, die Beihilfenaufsicht im Bereich von Neuansiedlungen zugunsten eines Wettbewerbs der Standorte abzuschaffen, um ein interessantes theoretisches Konzept. Diese extreme Form des Systemwettbewerbs, wonach (Ansiedlungs-)Beihilfen einen zulässigen Wettbewerbsparameter der Standorte bilden und keiner vorgelagerten Kontrolle unterliegen sollten, wäre in der Praxis allerdings nur dann voll funktionsfähig, wenn das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz verwirklicht wäre.⁴⁸ Fiskalische Äquivalenz bedeutet, dass Beihilfen vollständig von der die Beihilfen gewährenden Region finanziert werden und harte Budgetrestriktionen gelten, so dass eine Region bei finanziellen Schwierigkeiten nicht mit einem Ausgleich durch andere Hoheitsträger rechnen kann. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Kosten, die mit der Ansiedlung eines Unternehmens verbunden sind, auf andere Hoheitsträger verlagert würden. Diese Externalisierung von Kosten könnte dazu führen, dass eine Region zu hohe Beihilfenangebote abgibt und infolgedessen ineffiziente Standortentscheidungen getroffen werden. Das Prinzip fiskalischer Äquivalenz ist allerdings kaum zu realisieren. Unklar ist schon, auf welcher Ebene es verwirklicht werden soll: in der einzelnen Gemeinde, in Teilen eines Bundeslandes, in einem Bundesland insgesamt, in mehreren Bundesländern (z. B. in Norddeutschland) oder im gesamten Bundesgebiet. Angenommen, das einzelne Bundesland wäre die maßgebliche Bezugsgröße, so wäre das Problem damit nicht gelöst. Es hieße, dass Quersubventionierungen innerhalb eines Bundeslandes akzeptiert werden, grenzüberschreitende Quersubventionierungen zwischen Bundesländern dagegen zu unterbinden seien. Jedes Bundesland müsste dann selbst in dem Standortwettbewerb die steuerliche Belastung festlegen und über Zuwendungen an Investoren entscheiden. Diese Prämisse eines freien Beihilfenwettbewerbs der Bundesländer stünde in offenem Gegensatz zur Finanzverfassung des Grundgesetzes. Soweit Steuern gemäß Artikel 106 GG als gemeinsame Steuern auch den Ländern zustehen – und dies gilt mit Einkommen-, Körperschaft- und Um-

satzsteuer für den größten Teil des Steueraufkommens – hat der Bund gleichwohl die (konkurrierende) Gesetzgebungszuständigkeit mit der Folge einer einheitlichen Besteuerung, die gerade nicht nach dem Sitzland des Steuerpflichtigen entscheidet. Auch der zwingend vorgeschriebene Länderfinanzausgleich gemäß Artikel 107 Abs. 2 GG steht der Verwirklichung der fiskalischen Äquivalenz entgegen. Auch in der EU ist die Politik zur Redistribution zwischen den Regionen verpflichtet. Die am stärksten benachteiligten Gebiete werden gemäß Artikel 158 ff. EGV im Interesse des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts der Union gefördert. Hier finden verteilungspolitisch motivierte Zahlungsströme in erheblicher Größenordnung (häufig in Form von EU-Subventionen) statt.

943. Darüber hinaus besteht bei der Vergabe von Beihilfen die Gefahr staatlicher Fehleinschätzungen mit der Folge, dass sich die erhofften positiven Auswirkungen für die betreffende Region langfristig nicht einstellen. Dieses Prognoserisiko ließe sich theoretisch dadurch verringern, dass bei einem Ausbleiben der vermuteten positiven Auswirkungen für die Region eine Rückzahlung der gewährten Beihilfen erfolgt. Die Konkretisierung und Umsetzung einer solchen Rückzahlungsverpflichtung ist jedoch nur möglich, soweit sie Garantien zum Gegenstand hat, die im eigenen Verantwortungsbereich des Beihilfenempfängers liegen, wie etwa die Zusage, eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu schaffen. Sie kann dagegen nicht die externen tatsächlichen Auswirkungen einbeziehen, welche die jeweilige Neuansiedlung in der Region insgesamt hervorruft, da diese sich nur schwer messen und nicht exakt vorhersagen lassen. Eine ineffiziente Gewährung von Beihilfen kann zudem daraus resultieren, dass die politischen Entscheidungsträger bei der Beihilfenvergabe auch eigennützig (im Hinblick auf eine bevorstehende Wahl) handeln und infolgedessen kurzfristig angelegte populistische Maßnahmen ergreifen sowie Partikularinteressen fördern. Darüber hinaus kann die in Tz. 941 beschriebene Gefahr eines Hold-up auch mit umgekehrtem Vorzeichen bestehen. So ist denkbar, dass das begünstigte Unternehmen ein mit zunehmender Größe wachsendes Drohpotenzial dahingehend aufbauen kann, dass es mit seiner Abwanderung und dem hiermit für die Region verbundenen Verlust an Arbeitsplätzen droht. Inwiefern Unternehmen oder Hoheitsträger ein höheres Drohpotenzial besitzen, hängt allerdings von der Spezifität/Irreversibilität der getätigten Investitionen ab. Ein Unternehmen, das erheblich in standortspezifische Einrichtungen investiert hat (z. B. in Infrastrukturen), kann nur in sehr begrenztem Umfang glaubwürdig mit Abwanderung drohen.

944. Für eine supranationale Beihilfenkontrolle spricht ferner, dass die Vergabe von Beihilfen durch einen Mitgliedstaat in anderen Mitgliedstaaten negative Effekte in Form von Wettbewerbsverzerrungen auf den Produkt- und Dienstleistungsmärkten hervorrufen kann. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen im Inland ansässige Großunternehmen oder die Unternehmen einer bestimmten Branche aufgebaut und gefördert werden, um ihre Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich zu

⁴⁷ Vgl. Haucap, J., Hartwich, T., Fördert oder behindert die Beihilfenkontrolle der Europäischen Union den (System-)Wettbewerb, in: Schäfer, W. (Hrsg.), Wirtschaftspolitik im Systemwettbewerb, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F. Bd. 309, Berlin 2006, S. 93 ff.

⁴⁸ Dies wird auch von Befürwortern dieses Ansatzes so gesehen. Vgl. näher Gröteke, F., a. a. O., S. 206 ff.

stärken. Eine europäische Beihilfenaufsicht kann dazu beitragen, grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrungen im EU-Binnenmarkt zu verringern.

945. Weil das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nicht hinreichend verwirklicht ist und die mit Prognoseproblemen belastete Vergabe von Beihilfen grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrungen auf den Produkt- und Dienstleistungsmärkten auslösen kann, spricht sich die Monopolkommission nicht für eine Abschaffung der europäischen Beihilfenkontrolle aus. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass das in Artikel 87 Abs. 1 EGV normierte Beihilfenverbot nicht absolut gilt, sondern vielmehr zahlreiche Ausnahmen vorgesehen sind. Den Mitgliedstaaten ist somit eine Gewährung von Ansiedlungsbeihilfen im bestehenden System nicht von vornherein verwehrt. Allerdings sollte die EU-Kommission die positiven Auswirkungen, die ein Wettbewerb der Standorte im Bereich von Neuansiedlungen auslösen kann, stärker als bisher berücksichtigen.

4. Aufgaben der EU-Kommission bei der Beihilfenkontrolle nach Artikel 87 ff. EGV

4.1 Mögliche ökonomische Gründe für die Verlagerung der Beihilfenkontrolle auf eine supranationale Instanz

946. Aus ökonomischer Sicht gibt es zwei mögliche Beweggründe, die Aufsicht über die Vergabe von Beihilfen auf eine supranationale Ebene wie die EU zu übertragen. Mit der Einräumung einer entsprechenden Kompetenz kann der Zweck verfolgt werden, negative Effekte zu verhindern, die eine Beihilfenvergabe durch Wettbewerbsverzerrungen in anderen Staaten auslöst. Ein weiterer möglicher Grund kann darin bestehen, den effizienten Einsatz öffentlicher Ressourcen extern überprüfen zu lassen und durch diese Form der Haushaltskontrolle sog. Bindungsprobleme (commitment problems) zu vermeiden.⁴⁹ Hoheitsträgern fällt es wegen des politischen Drucks mitunter schwer, Beihilfen zu verweigern und sich im Voraus auf langfristige Beihilfenverbote und ein fixes Budget festzulegen. Politiker können daher geneigt sein, Beihilfen zu vergeben, die im Hinblick auf eine bevorstehende Wahl kurzfristig einen Zuwachs an Wählerstimmen versprechen, jedoch aus ökonomischer Sicht nicht effizient sind und letztlich eine Verschwendung öffentlicher Gelder darstellen. Die Delegation der Kontrolle staatlicher Zuwendungen an eine höhere Instanz ohne politische Abhängigkeit kann dazu beitragen, entsprechende Bindungsprobleme zu vermeiden.

4.2 Wettbewerb im EU-Binnenmarkt als alleiniger Schutzzweck – keine haushaltspolitische Kompetenz

947. Sowohl die gesetzessystematische Stellung der Artikel 87 ff. EGV als auch der Wortlaut des Artikel 87

Abs. 1 EGV sprechen dafür, dass die Beihilfenkontrolle ausschließlich auf den Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt ausgerichtet ist. Die Beihilfenvorschriften (Artikel 87 ff. EGV) sind Bestandteil des mit „Wettbewerbsregeln“ überschriebenen Kapitels 1 des VI. Titels des EG-Vertrages. Sie sind somit ebenso wie die gleichfalls dort verankerten kartellrechtlichen Bestimmungen der Artikel 81, 82 EGV auf das in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV genannte Ziel bezogen, ein System zu errichten, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“. Artikel 87 Abs. 1 EGV nennt denn auch das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausdrücklich als maßgebliche Kriterien. Die Verhinderung negativer Spillover-Effekte in Form von Wettbewerbsverzerrungen im EU-Binnenmarkt bildet folglich den Schutzzweck der europäischen Beihilfenkontrolle. Mit ihrer Einführung sollte die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes gefördert und verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten den Abbau von Handelshemmnissen und die Verwirklichung der im EG-Vertrag genannten Grundfreiheiten durch den Einsatz von Beihilfen konterkarieren. Beihilfen an nationale Unternehmen können eine vergleichbare marktabschottende Wirkung wie Schutzzölle entfalten.⁵⁰ In den letzten Jahren sind Versuche der Mitgliedstaaten zu beobachten, den Verlust staatlicher Kontrolle bei den früheren Staatsmonopolen bzw. Netzindustrien durch den vermehrten Einsatz von Beihilfen und durch die Genehmigung nationaler Großfusionen zu kompensieren und den EU-Binnenmarkt insoweit zu behindern. Die Monopolkommission lehnt eine solche protektionistische Industriepolitik ab, die auf die Förderung heimischer Industrien und die Abschottung nationaler Märkte gerichtet ist.

948. Eine Kompetenz zur Kontrolle der Haushalte der Mitgliedstaaten hat die Gemeinschaft dagegen nicht. Der EU ist eine solche Zuständigkeit zur Haushaltskontrolle bislang nur in Bezug auf die Überwachung der Maastricht-Kriterien (Artikel 121 EGV) verliehen worden. Im Rahmen der Beihilfenkontrolle nach Artikel 87 ff. EGV gehört es indes nicht zu den Aufgaben der EU-Kommission, die richtige Verwendung mitgliedstaatlicher Ressourcen als solche zu überwachen.⁵¹ Solange keine solche Kompetenz besteht, obliegt es den Mitgliedstaaten, im innerstaatlichen Bereich wirksame Kontrollmechanismen und ein stringentes System zu schaffen, um eine volkswirtschaftlich schädliche Verschwendung staatlicher Mittel durch eine ineffiziente Beihilfenvergabe zu verhindern. Entsprechend dem in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV formulierten Ziel besteht der alleinige Schutzzweck der europäischen Beihilfenvorschriften darin, Verzerrungen für den Wettbewerb auf den Produkt- und Dienstleistungsmärkten im europäischen Binnenmarkt zu vermeiden.

⁴⁹ Vgl. Friederiszick, H.W., Röller, L.-H., Verouden, V., European State Aid Control: an Economic Framework, in: Buccrossi, P. (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, Mass. 2008, S. 625–669.

⁵⁰ Vgl. Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004, § 42 Rn. 20.

⁵¹ Vgl. Bartosch, A., Der More Economic Approach in Beihilfesachen, Recht der Internationalen Wirtschaft 53, 2007, S. 681–690.

949. Dieses Ziel wurde aus der endgültigen Fassung des künftigen EU-Reformvertrags gestrichen.⁵² Die Monopolkommission hält dies wegen der hiervon ausgehenden negativen Signalwirkung für die europäische Wettbewerbspolitik für bedenklich. Juristisch betrachtet, werden sich jedoch keine unmittelbaren Änderungen für den Vollzug der EU-Wettbewerbsvorschriften im Kartellrecht und Beihilfenrecht ergeben.⁵³ So gehört nach Artikel 3 Abs. 3 des EU-Reformvertrags die Verwirklichung des Binnenmarkts zu den Primärzielen der Gemeinschaft, und in einem dem Reformvertrag angefügten Protokoll ist festgehalten, dass zum Binnenmarkt auch „ein System gehört, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“.⁵⁴ Protokolle, die den primärrechtlichen Gemeinschaftsverträgen beigelegt sind, entfalten rechtsverbindliche Wirkung und haben denselben primärrechtlichen Rang.

4.3 Verbesserung der nationalen Kontrollmöglichkeiten

950. Für Beihilfen gewährende öffentliche Stellen ist es entscheidend, die voraussichtlichen Auswirkungen einer Beihilfenvergabe für die Gesamtwohlfahrt zu kennen (gesamtwohlfahrtsorientierter Kosten-Nutzen-Vergleich). Wie oben dargelegt, ist die EU-Kommission indes im Rahmen der Beihilfenkontrolle lediglich dazu berufen, diejenigen Kosten zu würdigen und mit dem angestrebten Nutzen abzuwägen, die in Form von Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beihilfe im Binnenmarkt entstehen können.

951. Auf nationaler Ebene sind demgegenüber neben den voraussichtlichen Wettbewerbsverzerrungen auch die weiteren durch eine Beihilfenvergabe induzierten volkswirtschaftlichen Kosten zu berücksichtigen. So obliegt den Mitgliedstaaten die Aufgabe, die Finanzierungskosten der Beihilfen und die hierdurch entstehenden Opportunitätskosten und Nettowohlfahrtsverluste (Schattenpreise der Besteuerung) zu ermitteln und sicherzustellen, dass Beihilfen effizient vergeben und eine Verschwendung öffentlicher Gelder vermieden wird.

952. In Deutschland gibt es eine Vielzahl von Förderprogrammen mit sich zum Teil überschneidender Zielsetzung, die von verschiedenen öffentlichen Stellen und unterschiedlichen Hoheitsträgern (EU, Bund, Länder und Kommunen) initiiert sind. Infolge der sich daraus ergebenden Intransparenz ist es für Unternehmen (insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen) schwer zu überblicken, ob und in welcher Höhe sie Fördermittel erlangen können. Sie müssen zum Teil erhebliche Ressourcen zur Klärung dieser Frage aufwenden. Aufgrund der fehlenden Koordinierung besteht zudem die Gefahr, dass

Beihilfen zur Erreichung bestimmter Ziele in ineffizient hohem Umfang gewährt oder gegenläufige Ziele verfolgt werden. Die Abstimmung ließe sich verbessern, wenn Beihilfen und Beihilfenprogramme unter Beschreibung ihrer Zielsetzung, ihres Umfangs und der Eigenschaften ihrer tatsächlichen bzw. potenziellen Empfänger auf einer zentralen Plattform im Internet von sämtlichen Stellen vorab eingestellt werden müssten. Aus Gründen der Praktikabilität sollte diese Verpflichtung nur für Beihilfen gelten, die ein näher zu definierendes Volumen überschreiten. Eine solche zentrale Plattform könnte zur Senkung der Transaktionskosten für die Informationsbeschaffung aus Sicht potenzieller Beihilfenempfänger beitragen. Eine weitere Möglichkeit zur Senkung der Transaktionskosten – insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen – ließe sich verwirklichen, wenn die Unternehmen im Rahmen ihrer Steuererklärungen Beihilfen beantragen könnten, die in klar zu formulierenden Fördertatbeständen beschrieben und in Form einer Steuersenkung gewährt würden.

953. Die Monopolkommission empfiehlt, die nationalen Beihilfenprogramme einer regelmäßigen Erfolgskontrolle zu unterziehen, bei der eine unabhängige Einrichtung untersucht, ob die zuvor eindeutig zu formulierenden Ziele erreicht wurden und welche nachteiligen Effekte durch die Beihilfenvergabe aufgetreten sind. Um die Entstehung einer Subventionsmentalität zu vermeiden und eine effiziente Überprüfung sicherzustellen, sollten Beihilfen von vornherein befristet werden (sunset regulation). Darüber hinaus ist eine degressive Ausgestaltung längerfristiger Beihilfen zu befürworten.

954. Neben einer nachträglichen Erfolgskontrolle besteht die Möglichkeit, in besonders gravierenden Fällen, in denen das jeweilige Beihilfenprogramm oder die beabsichtigte Einzelbeihilfe ein näher zu definierendes Volumen erreicht, eine Ex-ante-Kontrolle vorzuschreiben, bei der die gesamten volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Beihilfe, einschließlich der Folgen für den Wettbewerb, prognostiziert werden. Die überprüfende Instanz wäre nicht befugt, eine politische Entscheidung anstelle des jeweiligen öffentlichen Beihilfengebers zu treffen. Sie sollte jedoch überprüfen, ob der Beihilfengeber sämtliche prognostizierbaren volkswirtschaftlichen Kosten der Beihilfe im Rahmen der vorzunehmenden Abwägungsentscheidung berücksichtigt, ob die Beihilfe ein grundsätzlich geeignetes und erforderliches Mittel zu Erreichung des angestrebten Zwecks darstellt und ob die zu erwartenden Kosten nicht außer Verhältnis zu dem voraussichtlichen Nutzen stehen. Die Zuständigkeit zu dieser Form einer gesamtwirtschaftlich angelegten nationalen Beihilfenkontrolle und -bewertung könnte z. B. den nationalen Rechnungshöfen übertragen werden, die bereits gegenwärtig die Aufgabe haben, die Haushalts- und Wirtschaftsführung der öffentlichen Verwaltung zu überprüfen. Alternativ wäre die Errichtung eines unabhängigen nationalen Sachverständigenremiums (Subventionskontrollrats) zu erwägen.⁵⁵ Die zuständige Einrichtung

⁵² Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. EU Nr. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 1.

⁵³ Die Artikel 81, 82 und Artikel 87 ff. EGV wurden bis auf wenige Modifikationen beibehalten; vgl. Artikel 2 Ziff. 75 ff. des Vertrags von Lissabon.

⁵⁴ Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. EU Nr. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 156.

⁵⁵ Vgl. hierzu schon Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 154.

könnte im Rahmen einer Ex-ante-Kontrolle entweder mit Anhörungs-, Äußerungs- und Berichtsrechten ausgestattet werden und Empfehlungen aussprechen. Ihr könnte aber auch in Anlehnung an die Möglichkeiten der EU-Kommission in der europäischen Beihilfenkontrolle ein Einspruchsrecht eingeräumt werden.

955. Ferner sollten Beihilfen – ebenso wie dies für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorgeschrieben ist (§§ 97 ff. GWB) – grundsätzlich im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens vergeben werden. Sofern es sich um ein allgemein-abstraktes Beihilfenprogramm handelt, sollte die Zuwendung allen Unternehmen zugänglich sein, die bestimmte Kriterien erfüllen. Bei Einzelbeihilfen sollte ein Wettbewerb im Rahmen eines transparenten Ausschreibungsverfahrens stattfinden. Hierdurch ließen sich ineffizient hohe und diskriminierende Beihilfen sowie unnötige zusätzliche Wettbewerbsverzerrungen vermeiden.

956. Schließlich sollten subjektive Rechte potenzieller Beihilfenempfänger, betroffener Wettbewerber und ihrer Verbände sowie ein effizientes Rechtsschutzsystem geschaffen werden. Durch die Zulassung einer privaten Rechtsdurchsetzung kann nach Auffassung der Monopolkommission die Effizienz einer gesamtwirtschaftlichen nationalen Beihilfenkontrolle gesteigert werden. Als Vorbild könnten die Bestimmungen zur Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge dienen (§§ 104 ff. GWB). Danach können Unternehmen, die einen öffentlichen Auftrag nicht erhalten haben, bei Erreichen oder Übersteigen bestimmter Schwellenwerte nach §§ 107 ff. GWB Rechtsschutz vor unabhängigen Vergabekammern im Rahmen eines förmlichen Nachprüfungsverfahrens erlangen. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, über die ein Vergabesenat des Oberlandesgerichts entscheidet, das für den Sitz der Vergabekammer zuständig ist (§ 116 GWB). In diesen Verfahren stellt sich ebenfalls die Thematik des Schutzes vertraulicher Geschäftsdaten. Um zu verhindern, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Begünstigten gegenüber dem klagenden Wettbewerber preisgegeben werden müssen, ist vorgesehen, dass die Vergabekammern und -senate das Recht zur Akteneinsicht bei entsprechenden Daten verweigern können.⁵⁶ Darüber hinaus könnten in Anlehnung an das Vergaberecht Beschleunigungsvorschriften eingeführt werden, damit Verzögerungen und Rechtsunsicherheiten vermieden werden.⁵⁷

957. Beihilfen, die von vornherein auf individuelle Unternehmen zugeschnitten sind und bei denen daher kein Ausschreibungsverfahren durchgeführt wird, sowie Beihilfen zugunsten bestimmter, bereits etablierter Branchen sollten auf nationaler Ebene grundsätzlich verboten und allenfalls in Ausnahmefällen erlaubt werden. Derartige Beihilfen stellen sich aus gesamtwirtschaftlicher

Sicht regelmäßig als besonders problematisch dar. Dies gilt etwa für Rettungsbeihilfen, die auf den Erhalt eines speziellen Unternehmens gerichtet sind. Neben dem Risiko, dass entsprechende Beihilfen die angestrebte Wirkung (Erhalt von Arbeitsplätzen) verfehlen, in zu hohem Umfang gewährt werden oder aber durch ein eigenennütziges Handeln der verantwortlichen Politiker bedingt sind, können solche Beihilfen zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen, indem ineffiziente Unternehmen gefördert und effizienten Newcomern der Markteintritt erschwert wird.

958. Im Hinblick auf die oben in Abschnitt 2.2.3 erläuterten politökonomischen Zusammenhänge ist die Einführung einer effektiven Beihilfenkontrolle auf nationaler Ebene nicht unbedingt wahrscheinlich. Zu groß sind die Interessen politischer Handlungsträger an der Bewahrung von finanziellen Spielräumen, in denen sie ihre eigene Klientel bedienen können. Es ist vermutlich auf diese Zusammenhänge zurückzuführen, dass die europäische Beihilfenkontrolle ihren eigenen Anwendungsbereich durch eine weite Auslegung der Tatbestandselemente des Artikel 87 Abs. 1 EGV relativ stark erweitert hat.⁵⁸ Sie füllt gleichsam eine Lücke im institutionellen Gefüge der Mitgliedstaaten. Weil diese einerseits ihre eigene Subventionspraxis nicht wirksam kontrollieren, andererseits aber das haushaltspolitische Bedürfnis für eine Beschränkung sehen, akzeptieren sie es in der Regel ohne großen Protest, wenn die EU-Kommission die Beihilfenvergabe auch dort überprüft, wo sich eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gar nicht ernsthaft feststellen lässt, wo es also letztlich um haushaltspolitische Disziplin geht. Die Monopolkommission versteht ihre Vorschläge zur Rückführung der europäischen Beihilfenkontrolle auf wettbewerbsrelevante Beihilfen.⁵⁹ und zur Schaffung einer nationalen Beihilfenkontrolle als ein Paket komplementärer Maßnahmen, das nur insgesamt zu verwirklichen ist.

5. Rechtliche Rahmenbedingungen und ihre traditionelle Auslegung durch die europäischen Organe

5.1 Subventionen der EU und von Drittstaaten: keine Anwendbarkeit von Artikel 87 EGV

959. Die EU selbst gewährt Subventionen in nicht unerheblicher Größenordnung. Im Haushaltsplan 2007 wurden sie mit 126,5 Mrd. Euro angegeben.⁶⁰ Dagegen haben etwa die 25 EU-Mitgliedstaaten im Jahr 2006 „lediglich“ Beihilfen mit einem Volumen von insgesamt 66,5 Mrd. Euro gewährt.⁶¹ Die größte Bedeutung kommt bislang den verteilungspolitischen und landwirtschaftlichen EU-Maßnahmen zu. Die regionalen Strukturmaßnahmen,

⁵⁶ Vgl. § 111 GWB, der in § 120 Abs. 2 GWB für das sofortige Beschwerdeverfahren vor den Vergabesenaten für entsprechend anwendbar erklärt wird.

⁵⁷ Eine Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern ist in § 113 GWB vorgesehen.

⁵⁸ Vgl. näher unten Abschnitt 5.2.4 und Abschnitt 5.2.5.

⁵⁹ Vgl. unten Abschnitt 5.2 und Abschnitt 7.1.

⁶⁰ EU-Kommission: Übersicht EU-Haushalt 2007, http://ec.europa.eu/budget/publications/budget_in_fig_de.htm.

⁶¹ Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Herbstausgabe 2007, a. a. O., S. 10.

welche die Kohäsion zwischen den verschiedenen Regionen und verschiedenen Mitgliedstaaten verbessern sollen, hatten einen Anteil von 35,9 Prozent am EU-Haushalt im Jahr 2007. Im Haushaltsplan wurden hierfür 45,5 Mrd. Euro eingeplant, wobei 35,3 Mrd. Euro auf die wirtschaftlich schwächsten Regionen in der EU entfallen sollten. Der Anteil der Beihilfen im Bereich Landwirtschaft und ländliche Entwicklung am EU-Haushalt sollte im gleichen Zeitraum bei 44,4 Prozent (56,3 Mrd. Euro) liegen.⁶²

960. Trotz ihrer Bedeutung fallen Beihilfen der EU nicht unter das Verbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV. Das dortige Merkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln“ erfasst ausschließlich Maßnahmen der Mitgliedstaaten und von ihnen gewährte Zuwendungen. Die Beihilfen der Gemeinschaft, die zu einem erheblichen Anteil keine horizontale Zielsetzung verfolgen, sondern vielmehr bestimmten Sektoren (Landwirtschaft) zufließen und damit aus wettbewerbspolitischer Sicht als besonders problematisch einzustufen sind, unterliegen also nicht der strengen EU-Beihilfenkontrolle nach Artikel 87 ff. EGV. Sie unterstehen allein den Beihilfenregeln des WTO-Rechts. Entsprechende Regeln sind sowohl im Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT 1994) als auch im Übereinkommen über Beihilfen und Ausgleichsmaßnahmen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM-Agreement) enthalten.⁶³ Neben den Mitgliedstaaten ist die EG diesen völkerrechtlichen Verträgen gemäß Artikel 133 EGV beigetreten, so dass diese für die Organe der Gemeinschaft und für die Mitgliedstaaten verbindlich sind (Artikel 300 Abs. 7 EGV). Das europäische Beihilfenrecht stellt im Vergleich zum WTO-Recht das wesentlich ausdifferenziertere Regelungsregime dar, dessen Anwendung umfassend auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes unter Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen angelegt ist.⁶⁴

⁶² Die Direktzahlungen an die Landwirte und Marktordnungsmaßnahmen machen hiervon 45,8 Mrd. Euro aus.

⁶³ Vgl. ABl. EG Nr. L 336 vom 23. Dezember 1994, S. 3, hier: S.156–183 (Anhang 1A, Übereinkommen und Ausgleichsmaßnahmen).

⁶⁴ Das SCM-Agreement unterscheidet drei Kategorien von Beihilfen (sog. Ampelansatz):

- Verbotene (ROTE) Beihilfen (Part II SCM-Agreement). Dabei handelt es sich um Beihilfen, die an die Ausfuhr von Waren oder an die Verwendung inländischer Waren geknüpft sind. Diese sind per se verboten. Wenn die eingesetzte „Sondergruppe“ des DSB (Dispute Settlement Body, ein WTO-Streitbeilegungsorgan) zu dem Ergebnis kommt, dass die jeweilige Maßnahme eine verbotene Beihilfe darstellt, so „empfiehlt“ sie dem betreffenden Staat, die Beihilfe unverzüglich zurückzunehmen; geschieht dies nicht, darf der beeinträchtigte Staat keine Gegenmaßnahmen ergreifen.
- Anfechtbare (GELBE) Beihilfen (Part III SCM-Agreement). Voraussetzung für Anfechtbarkeit ist, dass die jeweiligen Beihilfen nachteilige Auswirkungen auf die Interessen anderer Mitglieder verursachen (Artikel 5 SCM-Agreement). Hier hat das die Beihilfe gewährende WTO-Mitglied die Möglichkeit, die Beihilfe zurückzunehmen oder die nachteiligen Auswirkungen zu beseitigen; erfolgt dies nicht, dürfen Gegenmaßnahmen (Ausgleichszölle (countervailing duties)) als Schutzmaßnahme gegen subventionierte Einfuhren (Artikel 10 ff. SCM-Agreement) ergriffen werden.
- Nichtanfechtbare (GRÜNE) Beihilfen (Part IV SCM-Agreement). Hierunter fallen bestimmte Forschungsbeihilfen, Beihilfen für benachteiligte Regionen und Umweltbeihilfen.

961. Das gegenwärtige System der EU-eigenen Beihilfen ist durch ein Nebeneinander verschiedener Fonds gekennzeichnet, deren Aufgabenbereiche zum Teil nicht klar abgegrenzt sind. Gemeinschaftsbeihilfen werden institutionell etwa von dem Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft (Artikel 34 Abs. 3 EGV), dem Europäischen Sozialfonds (Artikel 146 EGV), den Strukturfonds zur Erzielung der Kohäsion und Konvergenz (Artikel 158 ff. EGV), der Europäischen Investitionsbank (Artikel 266 f. EGV) sowie im Bereich Forschung und Entwicklung (Artikel 163 ff. EGV) gewährt.⁶⁵ Die Höhe der Finanzierung der einzelnen Fonds durch die Mitgliedstaaten ist vielfach das Ergebnis politischer Kompromisse.

962. Da sich die Kriterien für die Vergabe von Beihilfen durch die EU aus Sicht potenzieller Begünstigter als komplex und unübersichtlich darstellen, besteht die Gefahr überhöhter Bürokratiekosten und mangelnder Effizienz der gegenwärtigen EU-Förderung. Zudem bestehen Defizite bei der Überwachung der EU-Beihilfen, so dass Mitnahmeeffekte sowie missbräuchliche Betrugshandlungen drohen.⁶⁶ Angesichts der Intransparenz des Systems und der Höhe der gewährten Gelder können EU-Beihilfen nach Auffassung der Monopolkommission erhebliche Wettbewerbsverzerrungen im europäischen Binnenmarkt hervorrufen. Die gegenwärtigen, wenig ausdifferenzierten WTO-Bestimmungen, die vor allem im Verhältnis zu nicht EU-angehörigen Drittstaaten von Bedeutung sind, bieten nur einen rudimentären Schutz.

963. Teilweise wird vorgeschlagen, das in Artikel 87 ff. EGV geregelte Kontrollregime auf den Bereich der EU-Beihilfen zu erstrecken.⁶⁷ Eine solche Ausweitung wäre

⁶⁵ Die EU-Kommission strebt auch im Bereich der EU-Beihilfen Reformen an. So ist beispielsweise für 2008 eine Grundsatzdebatte über die Neuausrichtung der gemeinsamen Agrarpolitik der EU geplant, die frühestens 2013 erfolgen wird. Die EU hat 1992 mit der ersten von mittlerweile drei Reformen begonnen, sich schrittweise aus der Markt- und Preisstützung zurückzuziehen. Bei der letzten Agrarreform 2003 hatten die Mitgliedstaaten beschlossen, die Beihilfen von der Produktion zu entkoppeln und durch ein System der direkten Einkommensstützung zu ersetzen. Die pauschalen Zahlungen, welche die Landwirte inzwischen erhalten, orientieren sich der Höhe nach an den in den Vorjahren gewährten betrieblichen Beihilfen. Die EU-Kommission regt an, die Beihilfen für große Agrarbetriebe zu begrenzen und die EU-Direktzahlungen an die Bauern zugunsten einer Politik zur Förderung ländlicher Regionen zu kürzen. Vgl. näher Maas, S., Schmidt, P., Gemeinsame Agrarpolitik der EU, Wirtschaftsdienst 87, 2007, S. 94–100 sowie o. V., EU-Kommission stellt Basis für Agrarhilfen in Frage, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31. Oktober 2007, S. 15.

⁶⁶ Der Rechnungshof der Europäischen Gemeinschaften kommt in seinem Jahresbericht über die Ausführung des Haushaltsplans zum Haushaltsjahr 2006 (ABl. EU Nr. C 273 vom 15. November 2007, S. 1, S. 132, I. Sp., Ziff. 6.39) zu dem Ergebnis, dass im Jahr 2006 etwa im Bereich der Strukturpolitik mindestens 12 Prozent der Fördergelder nie hätten genehmigt werden dürfen. Ursache für die hohe Fehlerquote seien zum einen Fahrlässigkeit und unzulängliche Kenntnisse aufseiten der auszahlenden Stellen und zum anderen gezielte Betrugsversuche, die durch mangelnde Qualität und Anzahl der Kontrollen erleichtert würden. In Deutschland ist der Beihilfenbetrug nach § 264 StGB strafbar.

⁶⁷ Vgl. etwa Schwintowski, H.-P., Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 58, 1994, S. 232–291, 245.

jedoch nach Ansicht der Monopolkommission mit Schwierigkeiten verbunden. Problematisch wäre insbesondere, dass die EU sich selbst kontrollieren würde und überdies dasselbe Organ zuständig wäre. Denn die EU-Kommission ist nicht nur mit der Durchführung der Beihilfenkontrolle betraut, vielmehr fällt auch die Verwaltung der europäischen Fördermittel und Fonds in ihren Aufgabenbereich. Denkbar wäre eine Übertragung der Kontrollfunktion auf die europäischen Gerichte. Allerdings gestehen diese der EU-Kommission in politisch geprägten Entscheidungen traditionell einen weiten Ermessensspielraum zu. Deshalb erscheint fraglich, ob auf diese Weise eine effiziente Kontrolle der EU-Beihilfen erzielt werden könnte. Vorzugswürdig wäre es demgegenüber, die Kontrolle auf eine neu zu errichtende, unabhängige europäische Aufsichtsbehörde zu übertragen, die frei von politischer Einflussnahme agieren kann. Neben etwaigen EU-bezogenen Maßnahmen ist zu erwägen, sich verstärkt auf internationaler Ebene für die Einführung eines verbesserten Kontrollregimes innerhalb des WTO-Rahmens einzusetzen.

964. Zum Schutz des grenzüberschreitenden Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt erfüllt die europäische Beihilfenkontrolle eine wichtige und tragende Funktion. In außereuropäischen Staaten fehlen entsprechende Schutzmechanismen häufig, so dass die Vergabe von Beihilfen durch die politischen Entscheidungsträger keiner strengen Kontrolle wie in der EU unterliegt. Infolgedessen besteht bei international umworbene Großprojekten die Möglichkeit, dass Drittstaaten den Unternehmen höhere Beihilfenbeträge (Subventionen) in Aussicht stellen können als die an Artikel 87 ff. EGV gebundenen EU-Mitgliedstaaten. Nach Ansicht der Monopolkommission sollten die EU-Beihilfenregeln jedoch auch in solchen Konstellationen keine Einschränkung erfahren und nicht aufgeweicht werden. Vielmehr sollte angestrebt werden, bessere Schutzstandards auf internationaler Ebene zu etablieren und die Einführung strengere Subventionsregeln (insbesondere im Rahmen der WTO) auch im Verhältnis zu Drittstaaten zu erwirken.

5.2 Tatbestandsebene (Artikel 87 Abs. 1 EGV)

5.2.1 Gewährung einer Begünstigung

965. Obwohl Artikel 87 Abs. 1 EGV eine Definition des Begriffs der Beihilfe enthält, handelt es sich bei den dort genannten Merkmalen um unbestimmte Rechtsbegriffe, die unterschiedlich auslegbar sind und einer Konkretisierung bedürfen. Um zu verdeutlichen, unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme bislang als Beihilfe qualifiziert wird und dem europäischen Kontrollregime unterworfen ist, werden im Folgenden die Merkmale des Artikel 87 Abs. 1 EGV im Einzelnen sowie ihre traditionelle Auslegung durch die EU-Organe dargestellt.

966. Eine Maßnahme stellt nur dann eine Beihilfe dar, wenn sie eine „Begünstigung“ im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV beinhaltet. Diese kann aus positiven staatlichen Leistungen resultieren. Insoweit wird ein breites Spektrum von Beihilfenformen unter den Begriff der Beihilfe subsumiert. So werden – im Gegensatz zum Beihil-

fenbericht der Bundesregierung – auch Staatsbürgschaften erfasst. Darüber hinaus gelten Maßnahmen als Beihilfe, welche die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Unter die europäische Beihilfenaufsicht fallen somit z. B. auch die Gewährung von Krediten zu Vorzugsbedingungen sowie Zahlungserleichterungen bei Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.

967. Das Beihilfenverbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV erstreckt sich nicht nur auf einseitige staatliche Maßnahmen, sondern auch auf Vorteile, die der Staat einem Unternehmen im Rahmen einer Austauschbeziehung gewährt. Die Mitgliedstaaten dürfen zwar durchaus als Investoren mit Gewinnerzielungsabsicht am Wirtschaftsleben teilnehmen (Artikel 295 EGV). Um jedoch Umgehungen zu vermeiden, wird eine Begünstigung im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV auch dann angenommen, wenn die staatliche Leistung nicht mit einer angemessenen Gegenleistung einhergeht (sog. teilweise Unentgeltlichkeit, z. B. Verkauf eines Grundstücks unter Marktpreis). Inwiefern eine Kapitalzuführung, ein Verlustausgleich oder ein Gewinnverzicht eine Beihilfe darstellt oder aber als marktgerechtes Verhalten anzusehen ist, wird von der EU-Kommission im Einzelfall näher geprüft. Für die Abgrenzung zwischen tatbestandlicher Begünstigung und marktgerechtem staatlichem Verhalten ist nach ständiger Rechtsprechung das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Privatinvestors heranzuziehen („private investor test“).⁶⁸

968. Lediglich bei dieser Voraussetzung des Artikel 87 Abs. 1 EGV nimmt die ökonomische Analyse bereits seit längerem breiten Raum ein. Die Erstellung und Verwendung ökonomischer Gutachten ist zumindest in problematischen Fällen bei der Prüfung, ob eine Begünstigung vorliegt (insbesondere im Rahmen des „private investor test“), – anders als bei den übrigen Tatbestandsmerkmalen – in der Praxis üblich.

5.2.2 Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“

5.2.2.1 Mögliche Begünstigte

969. Das Vorliegen einer Beihilfe setzt ferner voraus, dass der betreffende Vorteil einem Unternehmen oder Produktionszweig zugute kommt. Der Begriff des Unternehmens in Artikel 87 Abs. 1 EGV entspricht dem Unternehmensbegriff in den anderen Bestimmungen des EU-Wettbewerbsrechts. Ebenso wie etwa bei Artikel 81 Abs. 1 EGV erfasst der Begriff des Unternehmens „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ (sog. funktionaler Unternehmensbegriff).⁶⁹ Zuwen-

⁶⁸ Der EuGH hat in diesem Zusammenhang präzisiert, dass die Mitgliedstaaten weniger an einer kurzfristigen als an einer längerfristigen Rentabilität ihrer Investitionen interessiert sind. Ihr Verhalten als öffentliche Investoren müsse daher mit dem von Holdinggesellschaften oder privaten Unternehmensgruppen verglichen werden, deren Rentabilitätsdenken auf längere Sicht angelegt sei.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993, Verb. Rs. 159/91 und 160/91, Poucet/AGF und Camulrac und Pistre/Cancava, Slg. 1993, I-637, Rn 17.

dungen, die primär privaten Haushalten zugute kommen, werden jedoch nicht erfasst. Gegenstand der Beihilfenaufsicht nach Artikel 87 ff. EGV sind nicht nur Beihilfen an private Unternehmen, sondern auch Beihilfen an öffentliche Unternehmen (Artikel 86 Abs. 1 EGV). Öffentliche Unternehmen sind wirtschaftlich handelnde Einheiten beliebiger Rechtsform, auf deren Geschäftsplanung oder Tätigkeit öffentliche Hoheitsträger (über Eigentum, Beteiligungsverhältnisse, Stimmrecht oder in sonstiger Weise) unmittelbar oder mittelbar bestimmenden Einfluss ausüben können (z. B. Deutsche Bahn AG).⁷⁰ Nimmt der Begünstigte ausschließlich ihm gesetzlich zugewiesene soziale Aufgaben wahr, ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) die Unternehmenseigenschaft im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV zu verneinen, soweit die Leistungserbringung von Gesetzes wegen unabhängig von der Beitragshöhe und unter vollständiger Umsetzung des Solidaritätsgedankens erfolgt (z. B. gesetzliche Krankenkassen).⁷¹ Unter das Beihilfenverbot fallen nicht nur Begünstigungen an Unternehmen, sondern auch solche an ganze Produktionszweige. Dieser Begriff wird weit im Sinne von Branche oder Sektor ausgelegt und umfasst auch Dienstleistungsbranchen.

5.2.2.2 Selektiver Vorteil

970. Die jeweilige Maßnahme muss bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige begünstigen. Nur staatliche Maßnahmen mit selektivem Charakter stellen demnach eine Beihilfe dar. Das Tatbestandsmerkmal der Selektivität zieht die Grenze zwischen der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten für allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen und der Kompetenz der Gemeinschaft zum Schutz des Wettbewerbs vor punktueller Intervention. Staatliche Leistungen, die alle Unternehmen des betreffenden Mitgliedstaats unterschiedslos begünstigen (z. B. allgemeine Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik, allgemeine Steuerregeln oder Infrastrukturmaßnahmen, die sämtlichen Unternehmen eines Mitgliedstaats zugute kommen), sind keine Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV.

971. Unterschiedliche Ausgangsbedingungen und Wettbewerbsverzerrungen, die sich daraus ergeben, dass die Mitgliedstaaten von ihrer Kompetenz für entsprechende allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen Gebrauch machen, können lediglich im Wege der Rechtsangleichung (Artikel 94 ff. EGV) beseitigt werden. Falls die jeweilige Maßnahme eine unterschiedliche Behandlung zwischen Unternehmen einführt, ist nach der Rechtsprechung entscheidend, ob diese Unterscheidung in der Natur oder im Aufbau des geltenden Systems angelegt ist. Ist die Unterscheidung auf andere als die mit dem allgemeinen System verfolgten Ziele zurückzuführen, wird

grundsätzlich angenommen, dass die fragliche Maßnahme als selektiv im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV einzustufen ist.

972. Im Allgemeinen wird das Tatbestandsmerkmal der Selektivität (Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“) von den EU-Organen sehr weit ausgelegt.⁷² Danach werden nicht nur solche Vorteile der Beihilfenkontrolle unterzogen, die ein Mitgliedstaat individuell einem bestimmten Unternehmen oder einer bestimmten Branche zubilligt. Eine Maßnahme gilt vielmehr bereits dann als selektiv, wenn sich die Regelung

- nur auf Unternehmen in einer bestimmten Größe – unabhängig von der Branche – (z. B. nur auf Großunternehmen oder kleine und mittlere Unternehmen),
- nur auf Unternehmen, die physische Güter herstellen, oder
- nur auf neu gegründete Unternehmen, die eine Investition in bestimmter Höhe tätigen und eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen schaffen,

bezieht. Auch Maßnahmen zugunsten von Unternehmen benachbarter Branchen werden erfasst. Ferner wird Maßnahmen, die sämtlichen Unternehmen und Branchen in einer bestimmten Region zugute kommen, regelmäßig ein selektiver Charakter zugesprochen⁷³. Wenn also beispielsweise ein deutsches Bundesland allen Unternehmen, die sich dort ansiedeln bzw. ansässig sind, einen niedrigen Steuersatz einräumte, würde diese Maßnahme durch das Beihilfenverbot erfasst und unterläge der Kon-

⁷² Vgl. EuG, Urteil vom 13. September 2006, Rs. T-210/02, British Aggregates Association/Kommission, Slg. 2006, II-2789, Rn. 104 ff.

⁷³ Im Azoren-Urteil vom 6. September 2006, Rs. C-88/03, Portugal/Kommission, hat sich der EuGH näher mit der Frage der Reichweite des Konzepts der regionalen Selektivität im Beihilfenrecht befasst. Er unterscheidet insoweit zwischen folgenden Fallgruppen:

- Fall fehlender Devolution (d. h. einer fehlenden Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf regionale Körperschaften): Die Zentralregierung beschließt für eine bestimmte Region einen Steuersatz (für alle Wirtschaftsteilnehmer), der von dem Steuersatz auf nationaler Ebene nach unten hin abweicht. Nach Ansicht des EuGH ist eine solche Maßnahme stets selektiv, da sie nur für einen Teil des geografischen Gebiets gilt, für das der Steuergesetzgeber zuständig ist.
- Fall symmetrischer Devolution: Modell der aufgeteilten Steuerhoheit, in dem alle Gebietskörperschaften einer bestimmten Ebene in den Grenzen der ihnen verliehenen Zuständigkeiten befugt sind, den Steuersatz für ihr Zuständigkeitsgebiet frei zu wählen. Nach Ansicht des EuGH ist in solch einer Konstellation das Merkmal der Selektivität nicht erfüllt. Maßgeblicher Bezugsrahmen sei insoweit die regional zuständige Einheit und nicht der Gesamtmitgliedstaat.
- Fall asymmetrischer Devolution: Eine regionale oder lokale Körperschaft setzt in Ausübung von eigenen Befugnissen einen unter dem nationalen Satz liegenden Steuersatz fest, der ausschließlich für die Unternehmen in ihrem Hoheitsgebiet gilt. Nach Auffassung des EuGH ist eine Steuermaßnahme in solch einer Konstellation nur dann nicht selektiv im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV, wenn die Körperschaft ausreichend autonom in institutioneller, prozeduraler und wirtschaftlicher Hinsicht ist. Der niedrige Steuersatz darf demnach nicht quersubventioniert sein. Vielmehr müssen die wirtschaftlichen Folgen dieser Steuersenkungen von der Region selbst getragen werden.

Vgl. zu dem Urteil ausführlich: Arhold, C., Steuerhoheit auf regionaler oder lokaler Ebene und der europäische Beihilfenbegriff – wie weit reicht das Konzept von der regionalen Selektivität, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 17, 2006, S. 717–721.

⁷⁰ Vgl. Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Transparenzrichtlinie), ABl. EU Nr. L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, AOK-Bundesverband u. a., Slg. 2004, I-2493, Rn. 48 ff.

trolle durch die EU-Kommission, auch wenn der Grad der selektiven Wirkung vergleichsweise gering ist⁷⁴.

5.2.3 Staatliche oder aus staatlichen Mitteln stammende Zuwendung

973. Das Verbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV bezieht sich nur auf „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ Beihilfen. „Staatlich“ ist eine Beihilfe, wenn es sich bei dem Beihilfengeber um einen Hoheitsträger handelt. Normadressaten sind also nicht nur die Mitgliedstaaten als solche, sondern alle mitgliedstaatlichen Hoheitsträger (Länder, Kommunen, andere öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten). Nach der Rechtsprechung des EuGH werden von dieser Tatbestandsalternative nur Vorteile erfasst, die mit einer Übertragung staatlicher Mittel bzw. einer finanziellen Belastung des Staatshaushalts verbunden sind (sog. PreussenElektra-Rechtsprechung).⁷⁵ Das Merkmal ist demnach nicht erfüllt, wenn nur die Begünstigungswirkung durch staatliches Handeln gezielt veranlasst wird, die finanzielle Belastung aber allein Private zu tragen haben. Infolgedessen unterstehen etwa die Fördertatbestände im deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)⁷⁶, die eine Pflicht zur Entrichtung nicht-kompetitiver Preise vorsehen, nicht dem europäischen Beihilfenregime.

974. Aus ökonomischer Sicht können auch finanzielle Vorteile für Private, die als Folge einer staatlichen Regelung entstehen und deren Kosten von anderen Privaten zu tragen sind, vergleichbare wettbewerbsverzerrende Wirkungen nach sich ziehen wie Begünstigungen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Haushalten stammen. Infolgedessen besteht die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten durch geschickte Lenkung der Mittelflüsse das europäische Beihilfenregime umgehen. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Begriff gleichwohl nicht auf sämtliche Maßnahmen erstreckt werden, die Transferzahlungen zwischen unterschiedlichen Marktteilnehmern anordnen. Eine solche Auslegung hätte zur Folge, dass zahlreiche Vorschriften einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, die das Verhältnis verschiedener Privater untereinander regeln (z. B. zwingende Haftungsvorschriften oder arbeitsrechtliche Bestimmungen), unter die europäi-

⁷⁴ Entsprechende Maßnahmen der deutschen Bundesländer wären nach der in der vorangegangenen Fußnote vorgestellten Rechtsprechung des EuGH zur regionalen Selektivität (Azoren-Urteil) vom Beihilfenverbot nicht freigestellt, da sie – auch in Fällen, in denen die jeweilige Steuerart nicht bundeseinheitlich erhoben würde – insbesondere infolge des Länderfinanzausgleichs nicht in hinreichendem Maße wirtschaftlich autonom agieren. Vgl. auch Arhold, C., a. a. O.

⁷⁵ So hat der EuGH in seinem Urteil PreussenElektra vom 13. März 2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 59, entschieden, dass ein Gesetz, welches die Stromversorgungsunternehmen dazu verpflichtet, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen (Abnahmepflicht) und für diesen Strom eine (über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms liegende) Mindestvergütung zu zahlen (Mindestvergütungsregel), mangels Belastung des Staatshaushalts keine staatliche Beihilfe darstellt.

⁷⁶ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 1. Juli 2004, BGBl. I S. 1918; zum EEG vgl. näher Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 79 ff.

sche Beihilfenaufsicht fielen. Auf diese Weise würde das gesamte zwingende Privatrecht Gegenstand einer für diese Zwecke ungeeigneten Beihilfenaufsicht. In Fällen, in denen der Gesetzgeber (verfassungsrechtlich) dazu verpflichtet ist, die Funktionsfähigkeit und die Finanzierung bestimmter Einrichtungen sicherzustellen, ist die Anordnung eines Ressourcentransfers zwischen diesen Unternehmen und ihren privaten Nutzern nach Auffassung der Monopolkommission dagegen als Ersparnis von Aufwendungen zu werten, die der Staat andernfalls selbst erbringen müsste, und daher als Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren (z. B. Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten).⁷⁷

975. Mit der Tatbestandsalternative „oder aus staatlichen Mitteln“ sollen Umgehungen vermieden und auch die mittelbare Zuführung öffentlicher Mittel durch solche Einrichtungen der Beihilfenkontrolle unterstellt werden, die keine Hoheitsträger sind (z. B. ein öffentliches Unternehmen wie eine staatseigene Bank). Das Merkmal ist erfüllt, wenn der wirtschaftliche Vorteil letztlich aus staatlichen Mitteln erbracht wird und die Beihilfe dem Staat darüber hinaus zurechenbar ist.⁷⁸

5.2.4 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

976. Maßnahmen unterliegen nach Artikel 87 Abs. 1 EGV nur der Beihilfenkontrolle, „soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Das Tatbestandsmerkmal soll Auswirkungen auf den rein innerstaatlichen Handel aus dem Anwendungsbereich des Artikel 87 Abs. 1 EGV ausklammern und dient dazu, den Zuständigkeitsbereich zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten bei der Kontrolle von Beihilfen abzugrenzen. Der Europäische Gerichtshof prüft in vielen Fällen die Merkmale „gemeinschaftlich relevante Wettbewerbsverfälschung“ und „Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten“ zusammen.

977. Die EU-Kommission ist nach ständiger Rechtsprechung nicht verpflichtet, die tatsächlichen Auswirkungen einer Beihilfe auf den innergemeinschaftlichen Handel nachzuweisen.⁷⁹ Vielmehr sieht sie eine Eignung zur Handelsbeeinträchtigung als ausreichend an. Die Anforderungen sind insoweit sehr gering. So schließen nach der Rechtsprechung weder der verhältnismäßig geringe Um-

⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 788.

⁷⁸ Wird der Vorteil durch ein öffentliches Unternehmen gewährt, reicht die bloße Tatsache, dass der Staat beherrschenden Einfluss ausüben kann, nach der Rechtsprechung des EuGH noch nicht aus. Um finanzielle Unterstützungsmaßnahmen dieses Unternehmens gegenüber einem Dritten dem Staat zuzurechnen, ist nach Ansicht des EuGH vielmehr erforderlich, dass staatliche Stellen in irgendeiner Weise am Erlass der konkreten Maßnahme beteiligt waren. Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 52.

⁷⁹ EuG, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. T-288/97, Friuli Venezia Giulia/Kommission, Slg. 1999, II-1871, Rn. 47 f.; Urteil vom 15. Juni 2000, Rs. T-298/97, Alzetta Mauro/Kommission, Slg. 2000, II-2319, Rn. 76 ff.

fang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten aus.⁸⁰ Anders als bei den kartellrechtlichen Bestimmungen der Artikel 81 und 82 EGV wird eine Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung somit bislang nicht als ungeschriebenes Merkmal verlangt. Dies ist nach Auffassung der Monopolkommission nicht sachgerecht. Auch innerhalb der Beihilfenkontrolle sollte die Spürbarkeit der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung als ungeschriebenes Merkmal vorausgesetzt werden, um zu verhindern, dass Sachverhalte mit rein lokaler Bedeutung unter das europäische Beihilfenregime fallen.

978. Anders als im EU-Kartellrecht verfügt die EU-Kommission im Rahmen der Beihilfenaufsicht bei der Frage, ob sie ein Verfahren durchführt, nicht über ein Aufgreifermessen. Vielmehr ist sie verpflichtet, bei sämtlichen Maßnahmen, bei denen es sich um rechtswidrige Beihilfenmaßnahmen handeln könnte, einzuschreiten. Für eine gewisse Entlastung sorgt die sog. De-minimis-Verordnung.⁸¹ Diese sieht vor, dass bestimmte Beihilfen, die einen festgesetzten Betrag nicht überschreiten, keine Beeinträchtigung im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV auslösen und infolgedessen nicht bei der EU-Kommission nach Artikel 88 Abs. 3 EGV angemeldet werden müssen.⁸² Darüber hinaus werden in Gruppenfreistellungsverordnungen bestimmte Beihilfen pauschal von der Anmeldepflicht befreit.

5.2.5 Wettbewerbsverfälschung

979. Mitgliedstaatliche Beihilfen fallen nach dem Wortlaut des Artikel 87 Abs. 1 EGV nur dann unter das Beihilfenverbot, wenn sie „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“. Nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte ist das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung des Artikel 87 Abs. 1 EGV erfüllt, wenn eine Beihilfe die Stellung des Begünstigten gegenüber (aktuellen oder potenziellen) Wettbewerbern stärkt.⁸³ Die EU-Kommission vertrat zunächst die Auffassung, sie brauche die Umstände, die nach ihrer Ansicht im konkreten Fall eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung begründen, nicht darzulegen. Eine Beihilfe habe stets eine Verfälschung zur Folge.⁸⁴ Der EuGH entschied im Jahr 1985, die Kommission habe „diese Umstände in der Begründung ihrer Entscheidung zumindest anzugeben“, obwohl

sich „in bestimmten Fällen bereits aus den Umständen, unter denen eine Beihilfe gewährt worden sei, ergeben könne, dass sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt oder zu verfälschen droht“.⁸⁵ An diese Darlegungspflicht der EU-Kommission stellt der EuGH jedoch keine hohen Anforderungen. Eine summarische Darlegung der wettbewerbsrelevanten Umstände sowie eine plausible Begründung der tatsächlichen oder drohenden Wettbewerbsverfälschung werden für den „Nachweis“ einer zumindest drohenden Wettbewerbsverfälschung als ausreichend betrachtet.⁸⁶ Die EU-Kommission hat nur darzulegen, welche Sektoren von der Beihilfe potenziell betroffen sind, dass in diesen Sektoren Wettbewerb herrscht, Wettbewerber durch die fraglichen Beihilfen in unterschiedlicher Weise betroffen sind und die Begünstigung geeignet ist, sich im Wettbewerb auszuwirken.⁸⁷ Eine quantitative Analyse der möglichen Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb und eine genaue Marktabgrenzung verlangt der EuGH nicht.⁸⁸

980. Der EU-Kommission wird von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 87 Abs. 1 EGV somit traditionell ein weitreichender Beurteilungsspielraum eingeräumt. Anders als bei Artikel 81 und 82 EGV verlangt der EuGH keine bestimmte Intensität bzw. Spürbarkeit der Wettbewerbsverfälschung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.⁸⁹ Im Ergebnis wird eine grenzüberschreitende Wettbewerbsverfälschung pauschal vermutet, sobald feststeht, dass eine selektive Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige im Sinne der oben genannten Rechtsprechung vorliegt. Diese Vermutung wird auch nicht durch den Wortlaut der Norm vorgegeben. Durch die Verwendung des Begriffs „zu verfälschen drohen“ in Artikel 87 Abs. 1 EGV kommt zwar zum Ausdruck, dass bereits die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung ausreicht und eine solche nicht tatsächlich eintreten muss, um das Verbot auszulösen. Hieraus ist jedoch nicht abzuleiten, dass eine konkrete Darlegung der Wettbewerbssituation und der Tatsachen, aus denen sich die Gefahr nachteiliger Effekte für den Wettbewerb ergibt, entbehrlich wäre.

981. Das Wettbewerbskriterium ist in Artikel 87 Abs. 1 EGV anders formuliert als in der kartellrechtlichen Norm des Artikel 81 Abs. 1 EGV. So wird dort nicht der Ausdruck „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ verwendet, sondern vielmehr darauf abgestellt, dass bestimmte Verhaltensweisen „eine Verhinderung,

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 3. März 2005, Rs. C-172/03, Heiser/Finanzamt Innsbruck, Slg. 2005, I-1627, Rn. 25.

⁸¹ Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis-Beihilfen“, ABl. EU Nr. L 379 vom 28. Dezember 2006, S. 5.

⁸² Die Obergrenze ist inzwischen angehoben worden. Früher galten Finanzhilfen, die einen Gesamtbetrag von 100 000 Euro innerhalb von drei Jahren nicht überschreiten, nicht als staatliche Beihilfen. In der neuen De-minimis-Verordnung ist dieser Betrag nun auf 200 000 Euro angehoben worden. Kreditsicherheiten werden in einer Höhe von bis zu 1,5 Mio. Euro zugelassen.

⁸³ Vgl. EuG, Urteil vom 13. Juni 2000, Rs. T-204/97, EPAC/Kommission, Slg. 2000, II-2267, Rn. 87 ff.

⁸⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Elfter Wettbewerbsbericht 1981, Brüssel, Luxemburg 1982, Rn. 176.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 13. März 1985, Verb. Rs. 296 und 318/82, Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik, Slg. 1985, 809, Rn. 24.

⁸⁶ EuG, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. T-288/97, Friuli Venezia Giulia/Kommission, Slg. 1999, II-1871, Rn. 48/50; Urteil vom 15. Juni 2000, Rs. T-298/97, Alzetta Mauro/Kommission, Slg. 2000, II-2319, Rn. 95; Urteil vom 13. Juni 2000, Rs. T-204/97, EPAC/Kommission, Slg. 2000, II-2267, Rn. 35/47 f.; Urteil vom 29. September 2000, Rs. T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Rn. 102 ff.

⁸⁷ Vgl. EuG, Urteil vom 13. Juni 2000, Rs. T-204/97, EPAC/Kommission, Slg. 2000, II-2267, Rn. 87 ff.

⁸⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 1980, Rs. 730/79, Philip Morris/Kommission, Slg. 1980, 2671, Rn. 9 und 11 f.

⁸⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. September 2000, Rs. C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Rn. 32/29.

Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“. Gleichwohl wird auch Artikel 81 Abs. 1 EGV in der Tatbestandsvariante der die Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckenden Verhaltensweise als Gefährdungsdelikt zum Schutz des Wettbewerbs interpretiert.⁹⁰ Beide Bestimmungen – sowohl Artikel 87 Abs. 1 EGV als auch Artikel 81 Abs. 1 EGV – sind zudem auf das in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe c EGV genannte Ziel bezogen, den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen. Aus der unterschiedlichen Formulierung des Wettbewerbskriteriums in Artikel 81 Abs. 1 EGV einerseits und in Artikel 87 Abs. 1 EGV andererseits folgt daher nicht zwingend, dass dieses Merkmal im Beihilfenrecht anders als im Kartellrecht auszulegen ist.

982. Die Monopolkommission hält den im Beihilfenrecht erfolgenden weitgehenden Verzicht auf eine Untersuchung der Wettbewerbssituation aus mehreren Gründen für fragwürdig: erstens, weil das Merkmal des zwischenstaatlichen Handels sehr weit ausgelegt und auf Fälle mit lokalem Schwerpunkt erstreckt wird, zweitens, weil bei dem Merkmal des selektiven Vorteils (der Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“) bereits ein sehr geringer Grad an Selektivität als ausreichend angesehen und etwa auch bei Maßnahmen bejaht wird, die allen Unternehmen in einer Region oder mit einer bestimmten Unternehmensgröße zugute kommen sowie drittens, weil die Höhe der gewährten Beihilfen sehr niedrig ausfallen kann.⁹¹

5.2.6 Fazit

983. Das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung wurde in der Vergangenheit von der EU-Kommission keiner differenzierten ökonomischen Untersuchung unterzogen. Die Anforderungen der europäischen Gerichte an die ökonomische Beweisführung für dieses Merkmal sind – anders als im Bereich der Fusionskontrolle und der kartellrechtlichen Bestimmungen der Artikel 81 und 82 EGV – bisher minimal. Dementsprechend hat sich die EU-Kommission bei dem Merkmal der Wettbewerbsverfälschung regelmäßig auf eine sektorspezifische allgemeine Prüfung beschränkt. Sofern die Merkmale der Selektivität und der Begünstigung nach ihrer Ansicht vorliegen, wird die wettbewerbsverzerrende Wirkung und Handelsbeeinträchtigung regelmäßig vermutet und dies, obwohl infolge der weiten Auslegung des Merkmals der Selektivität eine Vielzahl von Maßnahmen mit horizontaler

⁹⁰ Eine Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen ist nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte bei Artikel 81 Abs. 1 EGV entbehrlich, wenn die jeweilige Vereinbarung objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung herbeizuführen. Für das Merkmal des Bezweckens ist es somit ausreichend, dass nachteilige Wettbewerbs-effekte typischerweise eintreten, ohne dass den Beteiligten eine entsprechende subjektive Zielsetzung nachgewiesen werden muss. Vgl. näher Bechtold, R. u. a., EG-Kartellrecht. Kommentar, München 2005, Artikel 81 EGV Rn. 70 ff.

⁹¹ Nach der neu gefassten De-minimis-Verordnung werden nur Beihilfen mit einer Förderungshöhe von bis zu 200 000 Euro freigestellt.

Zielsetzung und erheblicher Breitenwirkung unter den Anwendungsbereich des Artikel 87 Abs. 1 EGV fällt. Bei den Merkmalen der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsverfälschung wird – anders als bei den kartellrechtlichen Bestimmungen der Artikel 81 und 82 EGV – nicht als ungeschriebene Voraussetzung verlangt, dass die drohende Beeinträchtigung zumindest „spürbar“ ist. Infolgedessen erstreckt sich der Anwendungsbereich des Artikel 87 Abs. 1 EGV auch auf Sachverhalte mit lokalem Schwerpunkt. Die Monopolkommission spricht sich demgegenüber dafür aus, im Beihilfenkontrollverfahren – wie auch bei Artikel 81 Abs. 1 EGV – die objektive Eignung einer Beihilfe zur spürbaren Wettbewerbsverfälschung und zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu prüfen.

984. Die weite Auslegung des Beihilfenbegriffs und die geringen Nachweisanforderungen bringen es mit sich, dass die EU-Kommission auch Fällen von geringer Relevanz nachgehen muss. So hat sie gemäß Artikel 10 Abs. 1 der Verfahrensverordnung Nr. 659/1999⁹² (im Folgenden: VVO) alle „Informationen gleich welcher Herkunft über angebliche rechtswidrige Beihilfen“ unverzüglich zu prüfen. Meist wird die EU-Kommission durch Beschwerden von Wettbewerbern des begünstigten Unternehmens über nicht angemeldete, rechtswidrige Beihilfen informiert. Die Prüfungspflicht nach Artikel 10 Abs. 1 VVO geht sehr weit. Sobald die Prüfung der Informationen bestätigt, dass möglicherweise eine rechtswidrige Beihilfe vorliegt, muss die EU-Kommission das Verfahren wie bei angemeldeten Beihilfen weiterführen und eine Entscheidung treffen.⁹³

5.3 Rechtfertigungsebene – Vereinbarkeitsprüfung (Artikel 87 Abs. 2 und 3 EGV, Artikel 86 Abs. 2 EGV)

985. Maßnahmen, die unter den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots nach Artikel 87 Abs. 1 EGV fallen, können durch eine Ausnahme gerechtfertigt sein. Rechtfertigungsgründe sind im EGV insbesondere in Artikel 87 Abs. 2 und 3 sowie Artikel 86 Abs. 2 enthalten.⁹⁴ Über die Frage, ob die jeweilige Maßnahme ausnahmsweise erlaubt ist, entscheidet die EU-Kommission entweder im Rahmen eines individuellen Verfahrens oder aber pauschal in einer Gruppenfreistellungsverordnung. Die EU-Kommission muss bei der ihr übertragenen Vereinbarkeitsprüfung die beabsichtigten und die voraussichtlichen positiven Folgen mit den drohenden negativen Folgen der jeweiligen Beihilfe für den Wettbewerb gegeneinander abwägen.

⁹² Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags. ABl. EG Nr. L 83 vom 27. März 1999, S. 1.

⁹³ Vgl. Artikel 13 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 4 VVO.

⁹⁴ Daneben bestehen beihilfenrechtliche Spezialregelungen für die Bereiche Landwirtschaft (Artikel 36 EGV) und Verkehr (Artikel 73, 76 EGV).

5.3.1 Legalausnahmen des Artikel 87 Abs. 2 EGV

986. Artikel 87 Abs. 2 EGV enthält die folgenden Rechtfertigungsgründe:

- Buchstabe a stellt Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher frei, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Ware gewährt werden.⁹⁵
- Buchstabe b nimmt solche Beihilfen aus, die zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse (z. B. wirtschaftliche Folgen des Golfkriegs) entstanden sind.
- Nach Buchstabe c sind schließlich Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, die zum Ausgleich der durch die Teilung Deutschlands verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.⁹⁶

987. Wenn die EU-Kommission bei ihrer Überprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass einer dieser drei Ausnahmetatbestände vorliegt, muss sie die betreffende Beihilfe für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären. Ihr steht bei der Anwendung des Artikel 87 Abs. 2 EGV kein Ermessen zu. In der Praxis kommt den Legalausnahmen des Artikel 87 Abs. 2 EGV jedoch nur eine geringe praktische Bedeutung zu.⁹⁷

5.3.2 Rechtfertigungsgründe des Artikel 87 Abs. 3 EGV

988. Anders als bei Artikel 87 Abs. 2 EGV wird der EU-Kommission bei der Anwendung des Artikel 87 Abs. 3 EGV ein weites Ermessen zugestanden. Die in der Praxis häufig angewandte Bestimmung enthält in den Buchstaben a bis e die folgenden fünf, sehr allgemein formulierten Rechtfertigungsgründe:

- Buchstabe a betrifft Regionalbeihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht. Förderungsfähig sind danach nur Gebiete, die gemessen am EU-Durchschnitt wirtschaftlich besonders schwach sind. Eine Benachteiligung im Vergleich zum nationalen Durchschnitt innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats reicht als Rechtfertigung nicht aus. Durch diese Bestimmung soll die regionale Kohäsion zwischen den Mitgliedstaaten ermöglicht werden.

⁹⁵ Voraussetzung ist zunächst, dass die jeweilige Maßnahme eine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV darstellt. Dies ist bei Vorteilen, die Verbrauchern gewährt werden, nur dann anzunehmen, wenn hierdurch mittelbar bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt werden. Ein Beispiel sind Steuerbefreiungen, die ein Mitgliedstaat den Haltern eines Kfz mit Katalysator unabhängig von der Automarke gewährt.

⁹⁶ Die europäischen Gerichte legen diesen Ausnahmetatbestand, der lange vor der deutschen Wiedervereinigung in den Vertrag aufgenommen wurde, sehr eng aus. Nur solche Beihilfen werden demnach erfasst, die zum Ausgleich von Nachteilen gewährt werden, die sich als unmittelbare Folge der physikalischen Errichtung und Aufrechterhaltung der innerdeutschen Grenze ergeben. Dazu gehörten etwa Nachteile, die durch die Unterbrechung der Verkehrswege bedingt waren.

⁹⁷ Vgl. Jestaedt, T., Schweda, E. in: Heidenhain, M. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, München 2003, § 14 Rn. 2.

- Buchstabe b erfasst Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates. Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (erste Alternative) können etwa Beihilfen für Forschungs- und Entwicklungsprojekte sein, sofern es sich um qualitativ und quantitativ wichtige Vorhaben handelt, an denen die Gemeinschaft ein unmittelbares Interesse hat und verschiedene Mitgliedstaaten beteiligt sind. Eine beträchtliche Störung des Wirtschaftslebens (zweite Alternative) wird von der EU-Kommission nur äußerst selten und unter engen Voraussetzungen angenommen.⁹⁸

- Buchstabe c bezieht sich auf Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete. Die erste Alternative (Wirtschaftszweige) erfasst eine Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen. Neben Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen können hiernach auch Maßnahmen mit horizontaler Zielsetzung (Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, Umweltschutzbeihilfen, Ausfuhrbeihilfen) sowie sektorale Beihilfen (z. B. für den Verkehrssektor oder die Kraftfahrzeugindustrie) gerechtfertigt sein. Die zweite Alternative (Wirtschaftsgebiete) betrifft erneut Regionalbeihilfen. Anders als bei Buchstabe a ist hier nicht erforderlich, dass die betreffende Region im Vergleich zum EU-Durchschnitt besonders benachteiligt ist. Förderungsfähig sind vielmehr auch Regionen mit allgemeinen Entwicklungsproblemen (im Vergleich zu anderen Regionen innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats). Im Unterschied zu den als besonders förderungswürdig geltenden Gebieten im Sinne von Buchstabe a kommt eine Förderung nur in Betracht, „soweit sie nicht die Handelsbedingungen in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“.

- Buchstabe d zielt auf Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes ab.

- Buchstabe e erlaubt dem Rat, auf Vorschlag der EU-Kommission sonstige Arten von Beihilfen zu bestimmen, die mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind.⁹⁹

⁹⁸ Seit Beginn der 1980er Jahre hat die EU-Kommission dies nur im Falle Griechenlands bejaht und beispielsweise die Folgen der deutschen Wiedervereinigung nicht ausreichen lassen.

⁹⁹ Von dieser Befugnis hat der Rat zur Regelung von Beihilfen für die Schiffsbauindustrie und den Steinkohlenbergbau Gebrauch gemacht. Neben der in Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe e EGV genannten Option, den allgemeinen Katalog der genehmigungsfähigen Beihilfen zu erweitern, haben die Mitgliedstaaten noch die Möglichkeit, im Einzelfall eine (politische) Entscheidung im Sinne des Artikel 88 Abs. 2 Satz 3 EGV zu treffen. Wenn eine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV nicht durch die EU-Kommission freigegeben wird, kann der Rat der Europäischen Union nach dieser Bestimmung auf Antrag eines Mitgliedstaats einstimmig entscheiden, dass eine von diesem Staat gewährte oder geplante Beihilfe in Abweichung von den im EG-Vertrag genannten Rechtfertigungsgründen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, falls „außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen“. Dieser Politikvorbehalt weist Parallelen zu der im deutschen Kartellrecht vorgesehenen Ministererlaubnis in Fusionsfällen (§ 42 GWB) auf.

989. Bei den genannten Kriterien des Artikel 87 Abs. 3 EGV, nach denen eine Freistellung nicht nur aus wirtschaftspolitischen Gründen, sondern insbesondere auch aus außerökonomischen Erwägungen (regionalpolitischer, sozialer, kultureller Art) in Betracht kommt, handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der EU-Kommission einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen. Infolgedessen wird die Gefahr intransparenter Entscheidungsfindung und (industrie-)politischer Einflussnahme trotz supranationaler Beihilfenkontrolle nicht ausgeräumt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die EU-Kommission nicht als unabhängige Wettbewerbsbehörde konzipiert ist, sondern vielmehr als ein politisches Gremium, das mit weitreichenden legislativen und exekutiven Befugnissen ausgestattet ist und sich aus zahlreichen Generaldirektionen zusammensetzt. Die Generaldirektionen verfolgen zum Teil naturgemäß auch gegenläufige Ziele (z. B. GD Umwelt und GD Unternehmen und Industrie). Darüber hinaus verfolgen auch die Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene häufig nationale Interessen und versuchen, entsprechenden Einfluss zu nehmen. In der Praxis werden die meisten Freistellungen, die die EU-Kommission im Einzelfall oder pauschal innerhalb von Gruppenfreistellungsverordnungen erteilt, auf der Basis von Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe a oder c EGV erteilt.

5.3.3 Bisherige Veröffentlichungen zwecks Konkretisierung der Genehmigungspraxis der EU-Kommission

990. Die EU-Kommission hat¹⁰⁰ in der Vergangenheit eine Vielzahl von Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen erlassen, in denen sie die Genehmigungsbedingungen konkretisiert und die Abwägungsvorgänge typisiert. Sie bezweckt hiermit, bei der Anwendung des Artikel 87 Abs. 3 EGV und der dort – insbesondere in den Buchstaben a und c – enthaltenen Rechtfertigungsgründe Transparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten. So ist ein komplexes System verschiedener Regelwerke entstanden, in denen zumeist an die Zielsetzung der Beihilfen angeknüpft und zwischen folgenden Kategorien unterschieden wird (vgl. Übersicht VI.1).

991. Für die in der Vergangenheit ergangenen Veröffentlichungen (Gemeinschaftsrahmen, Mitteilungen, Leitlinien)¹⁰¹ ist kennzeichnend, dass mehrere, vergleichsweise leicht feststellbare und kumulativ zu erfüllende Bedingungen aufgestellt werden, an deren Vorliegen automatisch bestimmte Rechtsfolgen (wie die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit Artikel 87 Abs. 3 EGV) geknüpft sind. Die Rechtsfolgen hängen dementsprechend nicht von den ökonomischen Auswirkungen der betreffenden Maßnahme ab. Vielmehr spielt die richtige Kategorisierung

der jeweiligen Maßnahme (etwa als horizontale Umweltschutzbeihilfe oder als Regionalbeihilfe) eine entscheidende Rolle. Deshalb wird die bisherige Vorgehensweise auch als „form-based approach“ bezeichnet.¹⁰²

992. Neben diesen – die Vereinbarkeitsprüfung nach Artikel 87 Abs. 3 EGV betreffenden – Maßnahmen (Rechtfertigungsebene), hat die EU-Kommission¹⁰³ Mitteilungen und Verordnungen veröffentlicht, die folgende Bereiche betreffen:

- die Auslegung des Verbotstatbestands des Artikel 87 Abs. 1 EGV (Beispiel: De-minimis-Verordnung¹⁰⁴),
- die Anmeldepflicht nach Artikel 88 Abs. 3 EGV (insbesondere Gruppenfreistellungsverordnungen¹⁰⁵),
- bestimmte Formen von Beihilfen (z. B. Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften),
- finanzielle Transfers an öffentliche Unternehmen und an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen sowie
- das durchzuführende Verfahren (Vor- und Hauptprüfverfahren der EU-Kommission, Rückforderung zu Unrecht gewährter Beihilfen durch die Mitgliedstaaten).¹⁰⁶

993. Die genannten Sekundärrechtsakte und Maßnahmen ergänzen sich und verfolgen zum Teil überschneidende Zielsetzungen. So werden Regionalbeihilfen für strukturschwache Regionen, die horizontale Ziele verfolgen, privilegiert. Ferner gibt es mehrere Regelungen, die Privilegierungen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) enthalten.¹⁰⁷ Im State Aid Action Plan (SAAP – Aktionsplan Staatliche Beihilfen), in dem die EU-Kommission ihr neues Reformkonzept vorstellt, trifft sie selbst die zutreffende Feststellung, dass es im Lauf der Zeit zu einer zunehmenden Unübersichtlichkeit und Vielzahl von Texten gekommen sei, die eine Revision erforderlich machten.¹⁰⁸

¹⁰² Vgl. Lowe, P., Some Reflections on the European Commission's State Aid Policy, *Competition Policy International* 2, 2006, S. 77 ff.

¹⁰³ Teilweise unter Mitwirkung des Rates der EU.

¹⁰⁴ Hierin ist vorgesehen, dass bestimmte Beihilfen, die einen festgesetzten Betrag nicht überschreiten, keine Beeinträchtigung im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV auslösen und infolgedessen nicht bei der EU-Kommission nach Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV angemeldet werden müssen.

¹⁰⁵ Der Rat der Europäischen Union hat die EU-Kommission in der auf Artikel 89 EGV gestützten Verordnung Nr. 994/98, ABl. EG Nr. L 142 vom 14. Mai 1998, S. 1, zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen für bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen ermächtigt. Die Kommission darf demnach für bestimmte horizontale Sachgebiete diejenigen Beihilfevorhaben bestimmen, die per se mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind.

¹⁰⁶ Vgl. Verfahrensverordnung Nr. 659/1999.

¹⁰⁷ Z. B. die Leitlinien über staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen in kleine und mittlere Unternehmen (ABl. EU Nr. C 194 vom 18. August 2006, S. 2), die Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007 bis 2013 (ABl. EU Nr. C 54 vom 4. März 2006, S. 13), die unter anderem sog. Unternehmensbeihilfen für kleine Unternehmen in Fördergebieten für ihre Entwicklung in der Start-up- und Frühphase vorsehen.

¹⁰⁸ Vgl. SAAP, Tz. 17.

¹⁰⁰ Dies geschah zum Teil unter Mitwirkung des Rates der EU.

¹⁰¹ Nur bei den Gemeinschaftsrahmen handelt es sich um allgemeine Rechtsakte, nicht dagegen bei den Leitlinien und Mitteilungen der EU-Kommission. Diese Instrumente, bei denen die EU-Kommission eine Selbstbindung eingeht, sind vergleichbar mit den aus dem deutschen Recht bekannten sog. „Verwaltungsvorschriften“.

Beihilfenkategorien

Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen zur Auslegung von Artikel 87 Abs. 3 EGV nehmen Bezug auf:		
<p>1) Horizontale Beihilfen</p> <p>(= Beihilfen mit horizontaler Zielsetzung, die nicht von vornherein auf einzelne Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt sind)</p> <p>für</p> <ul style="list-style-type: none"> – Forschung und Entwicklung – kleine und mittlere Unternehmen – Risikokapital – Beschäftigung und Ausbildung – Umweltschutz <p>Beihilfen mit horizontaler Zielsetzung werden von der EU-Kommission in der Regel als vergleichsweise weniger wettbewerbsverzerrend angesehen.¹</p>	<p>2) Regionale Beihilfen</p> <p>(= Beihilfen zur Unterstützung der Regionalentwicklung und Kohäsion, Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe a und c EGV)</p> <p>Regionalbeihilfen nehmen einen großen Stellenwert bei der Fördertätigkeit der Mitgliedstaaten ein.</p> <p>Daneben bestehen verschiedene gemeinschaftsrechtliche Regionalförderinstrumente (Strukturfonds), auf welche die Regionalförderpolitik der Mitgliedstaaten zunehmend abgestimmt werden soll.</p>	<p>3) Sonstige Beihilfen</p> <p>a) Sektorale Beihilfen</p> <p>Branchenspezifische, auf Artikel 87 Abs. 3 EGV bezogene Gemeinschaftsrahmen gibt es für folgende Bereiche:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Eisen und Stahl – Kunstfasern – Kraftfahrzeuge – Schiffbau – Agrarwirtschaft (Artikel 36 EGV) – Fischerei (Artikel 36 EGV) – Luftverkehr und Seeverkehr – Stromwirtschaft <p>Daneben bestehen Sonderregeln für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrsverkehr (Artikel 73, 76 und 78 EGV).</p> <p>b) Speziell: Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen (für Unternehmen und Branchen in Schwierigkeiten)</p> <p>Entsprechende Beihilfen werden von der EU-Kommission als besonders problematisch eingestuft.</p>

¹ Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Herbstausgabe 2006, KOM(2006)761 endg., S. 18.
Quelle: Eigene Darstellung

5.3.4 Sonderbereich öffentliche Daseinsvorsorge (Artikel 86 Abs. 2 EGV)

994. Der Rechtfertigungsgrund des Artikel 86 Abs. 2 EGV wird im Bereich der sog. öffentlichen Daseinsvorsorge relevant. Der Begriff der Daseinsvorsorge wird für staatliche Maßnahmen verwendet, durch die die „Grundversorgung“ der Bevölkerung sichergestellt werden soll.¹⁰⁹ Welche Bereiche konkret unter die „Grundversorgung“ fallen, ist nicht abschließend geklärt und kann in unterschiedlicher Weise definiert sein.¹¹⁰ In Artikel 86 Abs. 2 EGV wird anstelle des Begriffs der Daseinsvorsorge der Ausdruck „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ gebraucht. Während Leistungen der Daseinsvorsorge sowohl marktbezogene als auch

nicht marktbezogene Tätigkeiten umfassen, beziehen sich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse allein auf marktbezogene Tätigkeiten.¹¹¹ Solche Dienstleistungen unterscheiden sich insofern von normalen Dienstleistungen, als sie in den Augen des Staates auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt hierfür unter Umständen nicht in politisch gewünschtem Maße Anreize bietet.¹¹² Nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte verfügen die Mitgliedstaaten in der Frage, welche Arten von Leistungen sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen,

¹⁰⁹ Vgl. Haucap, J., Daseinsvorsorge zwischen Beihilfenkontrolle und globalem Wettbewerb, Wirtschaftsdienst 87, 2007, S. 712–716.

¹¹⁰ Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt 2.3.2.

¹¹¹ Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, Brüssel, 17. Oktober 2001, KOM(2001) 598, endg., S. 24; Kallmayer, A., Jung, C. in: Callies, C., Ruffert, M. (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Artikel 16 EGV Rn. 2.

¹¹² Vgl. auch Artikel 16 EGV; Artikel 16 EGV wurde durch den Vertrag von Amsterdam in den EGV eingeführt und soll die besondere Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Dienste unterstreichen.

über einen großen Ermessensspielraum. Als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse werden etwa Arbeitsvermittlungs-, Post-, Telekommunikations-, Verkehrs-, Energieversorgungs- und öffentlich-rechtliche Rundfunkdienste anerkannt. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte Artikel 86 Abs. 2 EGV als Ausnahmetatbestand eng ausgelegt werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Liberalisierungsbemühungen bei den Netzindustrien durch einen vermehrten Einsatz von Beihilfen konterkariert und die nationalen Märkte abgeschottet werden.¹¹³

995. Im November 2005 hat die EU-Kommission ihre Entscheidung veröffentlicht, nach der bestimmte Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge von der Anmeldepflicht befreit werden.¹¹⁴ Die Entscheidung erfüllt somit dieselbe Funktion wie eine Gruppenfreistellungsverordnung. In der Entscheidung werden Ausgleichszahlungen an Unternehmen freigestellt, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden Rechnungsjahren, die der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgegangen sind, insgesamt weniger als 100 Mio. Euro betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. für die erbrachte Dienstleistung erhalten. Die maximale Beihilfenhöchstgrenze von 30 Mio. Euro liegt deutlich über der allgemeinen Obergrenze, die in der *Deminimis-Verordnung* genannt wird (200 000 Euro). Bestimmte Bereiche (sozialer Wohnungsbau, Krankenhaussektor, Flug- und Seeverkehrshäfen) werden nach der Entscheidung noch darüber hinaus privilegiert, weil für sie die genannten Umsatz- und Beihilfenhöchstgrenzen nicht gelten.

996. Nach Artikel 86 Abs. 2 EGV gilt das Beihilfenverbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV für (öffentliche oder private) Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nur, soweit die Anwendung dieser Bestimmung nicht „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Der Rechtfertigungsgrund des Artikel 86 Abs. 2 EGV kommt indes lediglich dann zum Tragen, wenn die betreffende Maßnahme überhaupt als Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV und nicht lediglich als Ausgleichszahlung für öffentlich nachgefragte Leistungen zu qualifizieren ist.¹¹⁵

997. Das Verhältnis zwischen dem Verbotstatbestand des Artikel 87 Abs. 1 EGV – genauer gesagt dem dortigen Merkmal der „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ (Selektivität) – und dem

Rechtfertigungsgrund in Artikel 86 Abs. 2 EGV ist umstritten. Hierzu werden die im Folgenden dargelegten Grundpositionen vertreten. Nach dem Beihilfenansatz stellt die einem Unternehmen für die Wahrnehmung von Gemeinwohlverpflichtungen gewährte staatliche Finanzierung immer eine Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV dar, die jedoch nach Artikel 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein kann.¹¹⁶ Nach dem Ausgleichsansatz stellt die staatliche Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur dann eine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV dar, falls und soweit der gewährte wirtschaftliche Vorteil entweder über eine angemessene Vergütung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder über die zusätzlichen Kosten dieser Erbringung hinausgeht.¹¹⁷ Der Unterschied besteht darin, dass nach dem Ausgleichsansatz eine entsprechende staatliche Finanzmaßnahme bereits nicht der Anmeldepflicht des Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV unterliegt. Unabhängig von der juristischen Einordnung besteht jedoch darüber Einigkeit, dass eine Überkompensierung der Kosten von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, in der Regel unzulässig ist, also den Tatbestand des Artikel 87 Abs. 1 EGV erfüllt und auch nicht nach Artikel 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt ist. Problematisch ist nach Ansicht der Monopolkommission jedoch, wie die Mehrkosten, die aus der Dienstleistungserbringung im Rahmen der Daseinsvorsorge resultieren, konkret zu berechnen sind.

998. In der jüngeren Entscheidungspraxis greift die EU-Kommission pragmatisch auf beide Ansätze, den Beihilfenansatz und den Ausgleichsansatz, zurück und verwendet dasselbe Kriterium – angemessene Kompensation – sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtfertigungsebene. Wenn das Vorliegen eines angemessenen Ausgleichs unproblematisch festgestellt werden kann, verneint sie bereits das Vorliegen des Tatbestands (Artikel 87 Abs. 1 EGV). Andernfalls nimmt sie eine eingehende Prüfung dieses Merkmals auf Rechtfertigungsebene vor (Artikel 86 Abs. 2 EGV). Als Maßstab zur Abgrenzung dienen die vom EuGH im Urteil *Altmark Trans* aufgestellten Grundsätze.¹¹⁸ Danach ist im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge bereits das Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe im Sinne des

¹¹³ Im kartellrechtlichen Bereich drohen staatliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen in Form einer Genehmigung nationaler Großfusionen oder einer Verhinderung grenzüberschreitender Fusionen.

¹¹⁴ Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. EU Nr. L 312 vom 29. November 2005, S. 67.

¹¹⁵ Die Voraussetzungen hierfür hat der EuGH in dem Urteil *Altmark Trans* näher benannt; EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

¹¹⁶ Vgl. Koenig, C., Kühling, J., in: Streinz, R. (Hrsg.), *EUV/EGV*, München 2003, Artikel 87 EGV Rn. 35.

¹¹⁷ So der EuGH in seinem Urteil vom 22. Januar 2001, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-907, Rn. 32 f.

¹¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 89–93. Konkret benennt der EuGH dort die folgenden Voraussetzungen, unter denen ein finanzieller Ausgleich für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist:

„Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Im Ausgangsverfahren hat das vorlegende Gericht somit zu prüfen, ob sich die gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die *Altmark Trans* auferlegt wurden, klar aus den nationalen Rechtsvorschriften und/oder den im Ausgangsverfahren streitigen Genehmigungen ergeben.“

Artikel 87 Abs. 1 EGV zu verneinen, falls die Finanzierungsmaßnahme eindeutig, transparent und unmittelbar eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen beinhaltet und der Begünstigte nicht von vornherein feststeht. Sind diese Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt, geht die EU-Kommission davon aus, dass der Ausgleich, der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt wird, keine tatbestandliche Begünstigung nach Artikel 87 Abs. 1 EGV darstellt. Sofern eine anmeldepflichtige Beihilfe vorliegt, kann diese nach Artikel 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein, wobei entscheidend ist, ob die in Rede stehenden Finanzierungsmaßnahmen als Ausgleich für die Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrags erforderlich und diesem Zweck angemessen gewesen sind.

999. Im Gemeinschaftsrahmen vom November 2005¹¹⁹ werden die Grundsätze für die Anwendung des Artikel 86 Abs. 2 EGV konkretisiert. Danach darf die Höhe des Ausgleichs nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten¹²⁰ unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen abzudecken. Zudem darf der Ausgleich nur für das Funktionieren der betref-

Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.

Gleicht daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.

Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzung ist gewährleistet, dass dem betreffenden Unternehmen kein Vorteil gewährt wird, der dadurch, dass er die Wettbewerbsstellung dieses Unternehmens stärkt, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“

¹¹⁹ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU Nr. C 297 vom 29. November 2005, S. 4.

¹²⁰ Diese umfassen nach Rn. 16 des Gemeinschaftsrahmens 2005:

– die durch die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verursachten variablen Kosten,

fenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden. Ein Ausgleich, der dazu verwendet wird, um auf anderen Märkten tätig zu werden, ist nicht gerechtfertigt und wird als eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe qualifiziert. Solche Quersubventionen können im europäischen Wettbewerbsrecht sowohl beihilfenrechtlich als auch kartellrechtlich relevant werden. Gegen eine Quersubventionierung, bei der das betreffende Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und durch einen Gewinntransfer versucht, seine Marktmacht auf einen angrenzenden Wettbewerbsmarkt zu übertragen, können die EU-Kommission bzw. die nationalen Wettbewerbsbehörden gestützt auf Artikel 82 EGV vorgehen. Sofern es sich bei den eingesetzten Mitteln um staatliche Zuwendungen handelt, kann die EU-Kommission unter Berufung auf das Beihilfenrecht einschreiten. Die Problematik der Quersubventionierung durch staatliche Daseinsvorsorgeleistungen tritt insbesondere in den liberalisierten Wirtschaftssektoren wie Post-, Telekommunikations- und Energiesektor auf.¹²¹ Der Nachweis einer Quersubventionierung ist in der Praxis häufig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

5.4 Verfahrensrechtliche Aspekte

5.4.1 Verfahren vor der EU-Kommission

5.4.1.1 Ordnungsgemäß angemeldete Beihilfen

1000. Soweit nicht in einer Gruppenfreistellungsverordnung eine Ausnahme vorgesehen ist, sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die EU-Kommission über die

- einen angemessenen Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch anderweitig anfallenden Fixkosten und
- eine der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbare angemessene Rendite auf das Eigenkapital.

Die Ermittlung der angemessenen Rendite durch Gewinnvergleich erfolgt nach den in Rn. 18 des Gemeinschaftsrahmens niedergelegten Grundsätzen:

- Unter angemessener Rendite ist ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos, sofern vorhanden, zu verstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ausschließliche oder besondere Rechte gewährt.
- Die angemessene Rendite entspricht der im Sektor verzeichneten Rentabilität und darf in der Regel die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen.
- Bei Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden unter der Voraussetzung, dass die besonderen Charakteristika des jeweiligen Sektors berücksichtigt werden.

Zur Problematik von Kostenstandards vgl. Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 20.

¹²¹ Vgl. Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., a. a. O., § 43 Rn. 35 f.

geplante Vergabe einer neuen Beihilfe¹²² zu unterrichten (Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV). Solange eine solche Anmeldung bei der EU-Kommission nicht erfolgt und von dieser genehmigt worden ist, darf der Mitgliedstaat die Beihilfe nicht gewähren (Artikel 88 Abs. 3 Satz 3 EGV). Zuwiderhandlungen gegen dieses Durchführungsverbot können von Wettbewerbern des begünstigten Unternehmens unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden.¹²³

1001. Das Verfahren der EU-Kommission im Rahmen der Beihilfenkontrolle gliedert sich – ähnlich wie in der Fusionskontrolle – in zwei Phasen: das vorläufige Prüfverfahren und das sich gegebenenfalls anschließende förmliche Prüfverfahren. Innerhalb des vorläufigen Prüfverfahrens untersucht die EU-Kommission, ob das angemeldete Vorhaben Anlass zu Bedenken gibt. Nach Eingang einer vollständigen Anmeldung muss die EU-Kommission innerhalb von zwei Monaten eine Entscheidung darüber treffen, ob sie die Beihilfe freistellt oder ob sie eine eingehende Untersuchung durchführen möchte und das förmliche Prüfverfahren eröffnet. Lässt sie diese Frist verstreichen, ohne dass eine Entscheidung ergeht, kann eine Genehmigungsfiktion eintreten.¹²⁴ In dieser ersten Phase des Aufsichtsverfahrens sind ausschließlich die EU-Kommission und der betreffende Mitgliedstaat beteiligt, während das Beihilfen empfangende Unternehmen und dessen Wettbewerber nicht zugelassen sind. Letztere haben auch keine Möglichkeit, Kenntnis von der Anmeldung und Durchführung eines vorläufigen Prüfverfahrens zu erlangen, da diese Umstände nicht veröffentlicht werden. Die weit überwiegende Zahl der Fälle wird bereits im vorläufigen Prüfverfahren abgeschlossen.¹²⁵

1002. Falls die EU-Kommission innerhalb der vorläufigen Prüfung die Frage der Rechtmäßigkeit der Beihilfe nicht klären konnte, eröffnet sie das förmliche Prüfverfahren. Die Entscheidung darüber wird im Amtsblatt veröffentlicht (Artikel 26 Abs. 2 in Verbindung mit Artikel 4 Abs. 4 VVO). Im förmlichen Prüfverfahren können neben dem jeweiligen Mitgliedstaat gemäß Artikel 20 Abs. 1

VVO auch andere „Beteiligte“ eine schriftliche Stellungnahme abgeben. „Beteiligte“ in diesem Sinne sind „Mitgliedstaaten, Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, insbesondere der Beihilfenempfänger, Wettbewerber und Berufsverbände“ (Artikel 1 Buchstabe h VVO). Die Beteiligungsmöglichkeit soll nicht nur den Interessen möglicher Betroffener Rechnung tragen, sondern auch der EU-Kommission eine Informationsquelle eröffnen. Nach Artikel 7 Abs. 6 Satz 2 VVO soll das förmliche Verfahren möglichst innerhalb von 18 Monaten abgeschlossen werden. Das Verstreichenlassen dieser – gegebenenfalls einvernehmlich verlängerten – Frist hat allerdings nur zur Folge, dass der Mitgliedstaat eine Entscheidung der EU-Kommission innerhalb von zwei Monaten auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen verlangen kann (Artikel 7 Abs. 7 VVO). Sollte die EU-Kommission auch diese Frist versäumen, sieht das Gesetz keine Regelung vor. Insbesondere wird – anders als im vorläufigen Prüfverfahren – keine unmittelbare Sanktion in Form einer Genehmigungsfiktion angeordnet. Der Mitgliedstaat könnte in einem solchen Fall daher lediglich eine Untätigkeitsklage vor dem EuGH gemäß Artikel 232 Abs. 1 EGV erheben.

1003. Die EU-Kommission bringt das förmliche Prüfverfahren nach Artikel 7 Abs. 2 bis 5 VVO zum Abschluss, indem sie entscheidet, dass keine Beihilfe vorliegt, die Beihilfe ohne Einwände genehmigt (Positiventscheidung), eine Positiventscheidung mit Auflagen erlässt oder die Beihilfe als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt qualifiziert (sog. Negativentscheidung). Negativentscheidungen bilden in der Praxis die Ausnahme. So erteilt die EU-Kommission nur für etwa 2 Prozent der ordnungsgemäß angemeldeten Beihilfen keine Freigabe.¹²⁶

5.4.1.2 Formell rechtswidrige Beihilfen

1004. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass die Mitgliedstaaten Beihilfen unter Verstoß gegen die Anmeldepflicht des Artikel 88 Abs. 3 EGV und das dort enthaltene Durchführungsverbot gewähren. So hat die EU-Kommission im Zeitraum von 2000 bis 2006 mehr als 600 Verfahren durchgeführt, die sich auf solche formell rechtswidrigen Beihilfen bezogen.¹²⁷ Rund 24 Prozent der durchgeführten Verfahren betrafen allein die Bundesrepublik Deutschland.¹²⁸ Die Anzahl formell rechtswidriger Beihilfen dürfte noch höher sein, da die EU-Kommission nicht von jeder Zuwiderhandlung Kenntnis erlangen wird. Nach Artikel 10 Abs. 1 VVO muss die EU-Kommission alle Informationen gleich welcher Herkunft über

¹²² Während Artikel 88 Abs. 3 EGV für neue Beihilfen gilt, ist in Artikel 88 Abs. 1 und 2 EGV die Aufsicht über bestehende Beihilfen geregelt. Bestehende Beihilfen müssen im Gegensatz zu neuen Beihilfen nicht bei der EU-Kommission angemeldet werden. Die EU-Kommission überprüft bestehende Beihilfenregelungen fortlaufend (Artikel 88 Abs. 1 und 2 EGV). Als bestehende Beihilfen werden im Wesentlichen die Beihilfen bezeichnet, die bereits vor Inkrafttreten des EG-Vertrags am 1. Januar 1958 oder eines Beitrittsvertrags bestanden, sowie die Beihilfen, die von der EU-Kommission oder vom Rat in irgendeiner Weise genehmigt worden sind.

¹²³ Vgl. hierzu näher Abschnitt 5.4.3.

¹²⁴ Die Beihilfe gilt als genehmigt, wenn die EU-Kommission innerhalb von zwei Monaten ab vollständiger Anmeldung keine Entscheidung erlassen hat. Der Mitgliedstaat darf die Maßnahmen durchführen, wenn er die EU-Kommission hiervon in Kenntnis gesetzt hat und die EU-Kommission auch innerhalb von 15 weiteren Arbeitstagen keine Entscheidung erlässt (Artikel 4 Abs. 6 VVO).

¹²⁵ Im Bereich der ordnungsgemäß angemeldeten Beihilfen hat die EU-Kommission in den Jahren 2000 bis 2006 in rd. 95 Prozent der Fälle das förmliche Prüfverfahren gar nicht erst eröffnet, sondern bereits im vorläufigen Prüfverfahren eine abschließende Entscheidung erlassen. Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2007, KOM(2007) 347 endg., S. 15.

¹²⁶ Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2007, a. a. O., S. 7.

¹²⁷ Vgl. ebenda, S. 4.

¹²⁸ In den großen Mitgliedstaaten werden vergleichsweise häufig formell rechtswidrige Beihilfen gewährt. Neben Deutschland mit 24 Prozent entfielen auf Italien 17 Prozent, auf Spanien 12 Prozent, auf Frankreich 10 Prozent und auf das Vereinigte Königreich 9 Prozent. Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2007, a. a. O., S. 15 ff.

angeblich rechtswidrige Beihilfen unverzüglich prüfen. Meist wird die EU-Kommission durch Dritte, denen nach Maßgabe des Artikel 20 Abs. 2 VVO ein Mitteilungsrecht zusteht, auf mögliche Verstöße aufmerksam.

1005. Das Verfahren bei formell rechtswidrigen Beihilfen gleicht dem bereits beschriebenen Verfahren, das bei ordnungsgemäß angemeldeten Beihilfen angewendet wird (Artikel 10 ff. VVO). Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass bei Verfahren wegen formell rechtswidriger Beihilfen keine Fristen vorgesehen sind.

1006. Die endgültige Rückabwicklung einer Beihilfe, die unter Verstoß gegen Artikel 88 Abs. 3 Satz 3 EGV vorzeitig gewährt wurde, kann die EU-Kommission nicht allein aufgrund der formellen Rechtswidrigkeit anordnen. Vielmehr verlangen die europäischen Gerichte darüber hinaus, dass die betreffende Beihilfe auch materiell mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist und keine Freistellung – etwa nach Artikel 87 Abs. 3 EGV – in Betracht kommt. Die EU-Kommission ist in der Vergangenheit in ca. 25 Prozent der Fälle zu dem Ergebnis gekommen, dass die formell rechtswidrigen Beihilfen auch in materieller Hinsicht zu beanstanden sind.¹²⁹ Die in diesen Fällen regelmäßig ergehende Rückforderungsentscheidung ist an den Mitgliedstaat gerichtet, der die Beihilfe laut Artikel 14 Abs. 3 VVO „unverzüglich“ nach Maßgabe seines nationalen Rechts zurückfordern muss.¹³⁰ Etwaige Einwände gegen die Rückforderung können nur in engen Grenzen erfolgreich geltend gemacht werden.¹³¹

1007. In der Vergangenheit wurden Rückforderungen entgegen Artikel 14 Abs. 3 VVO häufig nicht zügig durch die Mitgliedstaaten umgesetzt, sondern zogen sich, sofern sie überhaupt erfolgten, über mehrere Jahre hin.¹³² Die Rückforderung kann auf mitgliedstaatlicher Ebene mit Schwierigkeiten verbunden sein. Dies gilt etwa, wenn das Unternehmen inzwischen Insolvenz angemeldet hat, ein Eigentümerwechsel erfolgt ist oder aber eine Vielzahl von Unternehmen von der Beihilfenmaßnahme profitiert haben und die Begünstigung in einer Belastungsminderung bestand (etwa im Fall einer selektiven Steuervergünstigung), so dass die Rückzahlungsverpflichteten und die Höhe der Rückforderungsbeträge nur mit erheblichem Aufwand bestimmt werden können. Nur in wenigen Mitgliedstaaten ist die Zuständigkeit für die Durchsetzung der Rückforderung auf eine zentrale staatliche Stelle übertragen. In Dänemark und Großbritannien sind die nationalen Wettbewerbsbehörden mit der Rückforderung

betrault. In Deutschland und den meisten anderen Mitgliedstaaten obliegt die Rückforderung dagegen derjenigen Stelle, welche die Beihilfe ursprünglich gewährt hat und die regelmäßig nicht über entsprechende Spezialkenntnisse verfügt. Dieser Umstand wird in Deutschland dadurch abgemildert, dass das beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie angesiedelte zentrale Beihilfenreferat neben der Erstanmeldung von Einzelbeihilfen und Beihilfenregelungen bei der EU-Kommission die Aufgabe hat, zwischen der EU-Kommission und den verschiedenen nationalen Beihilfengebern bei der Durchführung von Beihilfenmaßnahmen einschließlich etwaiger Rückforderungsverfahren zu vermitteln.

1008. Ein weiterer Grund für die lange Dauer des Rückforderungsverfahrens ist, dass es in den meisten Mitgliedstaaten – wie auch in Deutschland – keine speziellen Vorschriften für die Rückforderung gibt, sondern vielmehr das allgemeine Verfahrensrecht zur Anwendung kommt. Ein Rückforderungsverfahren nimmt vor allem dann viel Zeit in Anspruch, wenn der Beihilfenempfänger gegen die Aufforderung zur Rückzahlung Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten begehrt und dieses Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat, die von staatlicher Seite nicht ausgeschlossen werden kann.

1009. Dies ist im deutschen Recht etwa der Fall, wenn die Beihilfe im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages gewährt wurde. Nach allgemeinen Grundsätzen muss eine Rückforderung in solchen Fällen ebenfalls im Zivilrechtsweg erfolgen und kann nicht hoheitlich per Verwaltungsakt angeordnet werden. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat die Rückforderung per Verwaltungsakt für den Bereich rechtswidriger Beihilfen allerdings in einem Beschluss vom 7. November 2005 unter Hinweis auf das im Gemeinschaftsrecht geltende Effektivitätsgebot¹³³ ausdrücklich gebilligt.¹³⁴ Diese Entscheidung ist rechtlich bedenklich, da eine belastende hoheitliche Maßnahme – wie der Erlass eines für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakts – nach dem Rechtsstaatsprinzip nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage angeordnet werden darf (Lehre vom Gesetzesvorbehalt). Eine nationale gesetzliche Grundlage ist nicht ersichtlich und auch die unmittelbare Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestim-

¹²⁹ Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2007, a. a. O., S. 5.

¹³⁰ Eine Rückforderung darf nicht verlangt werden (Artikel 14 Abs. 1 Satz 2 VVO), wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde. Nach Artikel 14 Abs. 2 VVO umfasst die Rückzahlungsverpflichtung auch die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ab dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung.

¹³¹ Vgl. hierzu näher Sinnave, A., in: Heidenhain, M. (Hrsg.), a. a. O., § 34 Rn. 16 ff.

¹³² Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2007, a. a. O., S. 17 ff.

¹³³ Nach dem Effektivitätsgebot (Effet-utile-Grundsatz) dürfen innerstaatliche Rechtsschutzvorschriften die Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Ansprüche nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

¹³⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. November 2005, OVG 8 S 93.05, NVwZ 2006, 104–106. Im betreffenden Fall hatte die zuständige staatliche Stelle (Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben) die sofortige Rückforderung per Verwaltungsakt angeordnet, obwohl die Beihilfe dem begünstigten Unternehmen (Aker Warnow Werft GmbH) im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrags gewährt worden war. Das OVG Berlin-Brandenburg vertrat die Auffassung, aufgrund des im Gemeinschaftsrecht geltenden Effektivitätsgebots sei eine hoheitliche Anordnung zulässig, da nur auf diese Weise die in der Kommissionsentscheidung sowie in Artikel 14 Abs. 3 VVO ausgesprochene Verpflichtung einer sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung der Rückforderungsentscheidung zu realisieren sei.

mung Artikel 14 Abs. 3 VVO erscheint angesichts des Wortlauts der Norm fraglich.¹³⁵ Das gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgebot kann zwar dazu führen, dass eine nationale Norm unangewendet bleibt, vermag aber nicht aus sich heraus eine Ermächtigungsgrundlage für einen belastenden Eingriff zu begründen. Der nationale Gesetzgeber sollte jedoch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage schaffen, die eine sofortige Rückforderung ermöglicht und eine aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln auf nationaler Ebene generell ausschließt. Andernfalls werden die durch die Gewährung der Beihilfe ausgelösten Wettbewerbsverzerrungen weiterhin gegebenenfalls über Jahre aufrechterhalten. Ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung wäre auch nicht unverhältnismäßig, da eine Rückforderungsentscheidung der EU-Kommission durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss. Den Rechtsschutzinteressen der Beihilfempfinger sollte dadurch Rechnung getragen werden, dass sie gegen die Rückforderungsentscheidung der EU-Kommission effektiv auf EU-Ebene vor den Gemeinschaftsgerichten vorgehen können.¹³⁶

1010. Die EU-Kommission hat – ihrer Ankündigung im SAAP entsprechend – inzwischen eine Bekanntmachung zur Beschleunigung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen herausgegeben, mit der sie auf die von den Gemeinschaftsgerichten herausgearbeiteten Grundsätze aufmerksam machen und die Praxis der Kommission im Bereich der Rückforderung erläutern möchte.¹³⁷ Die Bekanntmachung kann für die mit der Rückforderung betrauten Stellen der Mitgliedstaaten ein nützlicher Leitfaden sein. Sie kann jedoch keine verbindlichen einheitlichen Regeln schaffen. Die Monopolkommission hält die Schaffung einheitlicher Mindeststandards für den Rechtsschutz in Beihilfensachen vor nationalen Gerichten im Rahmen einer EU-Richtlinie für zweckmäßig, die unter anderem Regelungen über die Rechtsschutzmöglichkeiten bei Rückforderungsentscheidungen beinhaltet.¹³⁸

¹³⁵ Artikel 14 Abs. 3 VVO lautet: „Unbeschadet einer Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 242 des Vertrags erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird. Zu diesem Zweck unternehmen die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Gemeinschaftsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen.“

¹³⁶ Vgl. hierzu Abschnitt 5.4.3.

¹³⁷ Vgl. Bekanntmachung der Kommission, Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. C 272 vom 15. November 2007, S. 4.

¹³⁸ Dies wird auch in der – von der Generaldirektion Wettbewerb in Auftrag gegebenen – Studie zur Durchsetzung des Beihilfenrechts auf nationaler Ebene empfohlen. Vgl. Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level, March 2006, Jones Day, Lovells, Allen & Overy, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm.

5.4.1.3 Vergleich zum Kartellverfahren

1011. Das Beihilfenkontrollverfahren weicht in mehrfacher Hinsicht von dem Verfahren ab, das in EU-Kartellrechtsfällen zur Anwendung kommt. Die Rechte Privater – insbesondere des beihilfenbegünstigten Unternehmens und seiner Wettbewerber – sind schwächer ausgestaltet und unterliegen erheblichen Einschränkungen. Nur die EU-Kommission und der Beihilfen gewährende Mitgliedstaat sind Partei des Verfahrens. Beteiligungsmöglichkeiten Privater bestehen – abgesehen von der jederzeit möglichen Mitteilung nach Artikel 20 Abs. 2 VVO – erst dann, wenn die EU-Kommission das förmliche Prüfverfahren eröffnet hat und beschränken sich hier auf die Abgabe schriftlicher Stellungnahmen.

1012. Kehrseite der bilateralen Ausgestaltung des Beihilfenverfahrens ist zudem, dass die EU-Kommission keine Untersuchungsmöglichkeiten wie im Kartellrecht besitzt. So kann die EU-Kommission Unternehmen und Unternehmensvereinigungen nicht zur Erteilung von Auskünften verpflichten oder eine sektorspezifische Untersuchung durchführen (Artikel 17, 18 der Kartellverfahrensverordnung¹³⁹). Da der EU-Kommission keine unmittelbaren Ermittlungsbefugnisse gegenüber den im Einzelfall betroffenen privaten Marktteilnehmern zur Verfügung stehen, die über die Verhältnisse in den jeweiligen Sektoren am besten informiert sind, kann sie die aktuelle Wettbewerbssituation nicht in dem Maße untersuchen, wie ihr dies im Kartellrecht möglich ist. Das Informationsproblem wird dadurch weiter verschärft, dass im Verhältnis zur EU-Kommission allein die zentrale Regierung des Mitgliedstaats als Ansprechpartner gilt, auch wenn die Beihilfen auf regionaler und lokaler Ebene geplant oder gewährt werden.

1013. Das Beihilfenrecht enthält zwar bestimmte Fristenregelungen für solche Kommissionsverfahren, die ordnungsgemäß angemeldete Beihilfen betreffen. Diese Fristen sind jedoch deutlich länger als in der Fusionskontrolle. Während für das vorläufige und förmliche Vorverfahren in der Beihilfenkontrolle Fristen von zwei bzw. 18 Monaten vorgesehen sind, darf in Fusionsfällen das Vorprüfverfahren höchstens 25 Arbeitstage und das Hauptprüfverfahren regelmäßig höchstens 105 Arbeitstage andauern (Artikel 10 Abs. 1 und 3 der Fusionskontrollverordnung¹⁴⁰ (FKVO)). Anders als in der Fusionskontrolle (Artikel 10 Abs. 6 FKVO) bleibt die Nichteinhaltung der Frist in der Beihilfenkontrolle im förmlichen Prüfverfahren für die EU-Kommission sanktionslos, da keine Genehmigungsfiktion eintritt.¹⁴¹

¹³⁹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EGV niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

¹⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

¹⁴¹ Beihilfenverfahren, die bereits im vorläufigen Prüfverfahren abgeschlossen werden, dauern nach Auskunft der Generaldirektion Wettbewerb im Durchschnitt 5,2 Monate. Die Verfahren, bei denen die EU-Kommission ein förmliches Prüfverfahren einleitet, werden durchschnittlich in 21,4 Monaten abgeschlossen.

1014. Ein weiterer Unterschied zum Kartellrecht ist, dass die EU-Kommission in der Beihilfenkontrolle aufgrund der niedrigen Anforderungen, welche die europäischen Gerichte an das Vorliegen der meisten Tatbestandsmerkmale des Artikel 87 Abs. 1 EGV stellen, verpflichtet ist, Fällen von geringer Relevanz nachzugehen. Anders als im Kartellrecht gilt in der Beihilfenkontrolle nicht das Opportunitätsprinzip wie bei Verstößen gegen Artikel 81 und 82 EGV (Artikel 11 Abs. 1 VO Nr. 1/2003) und es gelten keine hohen Aufgreifschwelle wie in der Fusionskontrolle (vgl. Artikel 1 Abs. 2 und 3 FKVO). Sobald die Prüfung der Informationen ergibt, dass möglicherweise eine rechtswidrige Beihilfe vorliegt, muss die EU-Kommission das Verfahren wie bei angemeldeten Beihilfen weiterführen und eine Entscheidung treffen (vgl. Artikel 13 in Verbindung mit Artikel 4 VVO). Nur die De-minimis-Verordnung, die einen sehr niedrigen Schwellenwert in Ansatz bringt (200.000 Euro innerhalb von drei Jahren) und die im Beihilfenbereich erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen sorgen für Entlastung. Unter der gegenwärtigen Wettbewerbskommissarin Kroes ist keine Reform der VVO geplant.

1015. Das Beihilfenkontrollverfahren sollte nach Ansicht der Monopolkommission reformiert und in bestimmten Punkten dem Kartellrechtsverfahren angeglichen werden. So könnte der EU-Kommission anstelle des bisherigen Legalitätsprinzips (Artikel 10 Abs. 1 VVO) wie im Kartellrecht ein Aufgreifermessen eingeräumt werden. Das Opportunitätsprinzip sollte jedoch nur unterhalb eines näher zu definierenden Förderungsvolumens, der bei Einzelbeihilfen etwa bei 1 Mio. Euro angesetzt werden könnte, eingeführt werden. Hierdurch würde es der EU-Kommission ermöglicht, flexibel zu reagieren und Prioritäten durch eine Konzentration auf wichtige Beihilfenfälle zu setzen. Wettbewerbsverzerrungen, die durch niedrige Beihilfenbeträge hervorgerufen werden, sind regelmäßig geringer als bei höheren Beträgen. Diese Aussage muss allerdings bei kleinen, hoch konzentrierten oder in der Entstehung begriffenen Märkten nicht zutreffen. Ein Einschreiten der EU-Kommission kann hier vielmehr geboten sein. Eine wirksame Kontrolle und Beurteilung könnte dadurch ermöglicht werden, dass die EU-Mitgliedstaaten bei Beihilfen, die den festgesetzten Schwellenwert nicht überschreiten, eine Kurzmitteilung sowie eine Beschreibung der gewährten Beihilfen und ihres Empfängers an die EU-Kommission übermitteln müssen. Äußert die EU-Kommission innerhalb einer näher zu regelnden Frist (von z. B. zwei Monaten) keine Bedenken, könnte die jeweilige Begünstigung als genehmigt gelten. Sollte der Mitgliedstaat gegen diese Mitteilungspflicht verstoßen, sollte ein nachträgliches Einschreiten der EU-Kommission möglich bleiben.

1016. Das Aufgreifermessen könnte durch die Einführung einer privaten Feststellungsklage zugunsten betroffener Wettbewerber bzw. ihrer Verbände flankiert werden. So könnte den Konkurrenten des begünstigten Beihilfenempfängers ein Klagerecht vor den Gemeinschaftsgerichten eingeräumt werden, wenn die EU-Kommission beschließt, aus Opportunitätsgründen kein Beihilfenverfahren durchzuführen. Damit das Aufgreif-

ermessen der EU-Kommission nicht konterkariert und eine Klageflut vermieden wird, wäre zu erwägen, den privaten Feststellungsanspruch an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Konkurrent durch die Beihilfe in seiner Stellung im betreffenden Markt erheblich beeinträchtigt wird.

1017. Darüber hinaus sollten die Verfahrensrechte der Beihilfenempfänger, der Konkurrenten und ihrer Verbände im Beihilfenverfahren gestärkt werden. Das Beihilfenverfahren sollte nicht als rein bilaterales Verfahren zwischen der EU-Kommission und dem jeweiligen Mitgliedstaat ausgestaltet bleiben, vielmehr sollten der Beihilfenempfänger als Partei und betroffene Wettbewerber (bzw. die entsprechenden Verbände) als Beteiligte bereits im vorläufigen Prüfverfahren zugelassen werden. Darüber hinaus sollten der EU-Kommission direkte Ermittlungsbefugnisse gegenüber Privaten eingeräumt werden. Hierdurch könnte die EU-Kommission einen verbesserten Zugang zu Informationen erhalten, die sie für eine ökonomisch fundierte Einschätzung der Wettbewerbssituation benötigt. Die Effizienz des Kommissionsverfahrens könnte zugleich durch die Einführung verbindlicher und kürzerer Verfahrensfristen gesteigert werden, bei deren fruchtlosem Verstreichenlassen eine Genehmigungsfiktion angeordnet wird. Dies erscheint allerdings nur dann angemessen, wenn die Mitgliedstaaten die Beihilfen ordnungsgemäß angemeldet haben und nicht schon unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Artikel 88 Abs. 3 Satz 3 EGV vorzeitig gewährt haben. Durch den – bereits gegenwärtig vorgesehenen – Verzicht auf Verfahrensfristen im Bereich formell rechtswidriger Beihilfen wird ein Anreiz zur Einhaltung der Anmeldepflicht gesetzt.

5.4.2 Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten

1018. Hat die EU-Kommission eine Entscheidung getroffen, in der sie die Beihilfe als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt einstuft (Negativentscheidung), kann der jeweilige Mitgliedstaat dagegen Nichtigkeitsklage nach Artikel 230 Abs. 2 EGV vor dem EuGH erheben.

1019. Auch die Untergliederung eines Mitgliedstaates kann gegen eine Negativentscheidung der EU-Kommission im Wege der Nichtigkeitsklage vorgehen. Dies kommt z. B. in Betracht, wenn ein Bundesland oder eine kommunale Gebietskörperschaft die jeweilige Beihilfe (zumindest teilweise) aus eigenen Mitteln gewähren möchte und hieran durch eine Negativentscheidung der EU-Kommission gehindert wird. Anders als die Mitgliedstaaten sind deren regionale Untergliederungen jedoch nicht privilegiert klagebefugt. Sie müssen vielmehr nachweisen, dass sie durch die Negativentscheidung unmittelbar und individuell betroffen sind (Artikel 230 Abs. 4 EGV).

1020. Das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit ist nach der Rechtsprechung dann zu bejahen, wenn sich der Gemeinschaftsrechtsakt ohne weiteren Durchführungsakt auf die Interessen- oder Rechtslage des Klägers auswirkt oder wenn die nationalen Behörden bei seiner Durchführung keinerlei Ermessen haben. Diese Voraus-

setzung ist bei Negativentscheidungen der EU-Kommission erfüllt, da diese zwar ausschließlich an den Mitgliedstaat gerichtet sind, aber keinen Raum für ein Ermessen lassen und auch durch die regionale Gebietskörperschaft beachtet werden müssen.

1021. Das Kriterium der individuellen Betroffenheit von (natürlichen oder juristischen) Personen, die nicht Adressat des Gemeinschaftsrechtsakts sind, ist nach dem sog. Plaumann-Urteil des EuGH¹⁴² nur dann zu bejahen, wenn sie dieser Akt wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und dadurch in ähnlicher Weise individualisiert wie einen Adressaten. Diese Voraussetzung wird bei einer regionalen Gebietskörperschaft bejaht, wenn sie in finanzieller Hinsicht an der Beihilfe beteiligt ist oder ihr autonome Befugnisse bei der Vergabe oder Rückforderung zustehen.¹⁴³ Anders als bei Klagen der Mitgliedstaaten ist insoweit eingangs nicht der EuGH, sondern das Gericht erster Instanz (EuG) zuständig.¹⁴⁴

1022. Der potenzielle Beihilfenempfänger kann ebenfalls ein Interesse daran haben, gegen eine Negativentscheidung der EU-Kommission im Wege der Nichtigkeitsklage vorzugehen. Auch er ist nur dann klagebefugt, wenn er darlegen kann, durch die Negativentscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein (Artikel 230 Abs. 4 EGV). Das Kriterium der individuellen Betroffenheit wird von den Gemeinschaftsgerichten im Sinne der Plaumann-Formel eng ausgelegt. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, ob die Negativentscheidung eine Einzelbeihilfe oder eine allgemeine Beihilfenregelung zum Gegenstand hat.

1023. Einzelbeihilfen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie an ein bestimmtes Projekt gebunden oder im Hinblick auf den Empfänger individualisiert sind.¹⁴⁵ Sofern die EU-Kommission eine Einzelbeihilfe untersagt und das klagende Unternehmen hiervon profitiert hätte, wird das Erfordernis der individuellen Betroffenheit durch die europäischen Gerichte ohne nähere Prüfung als erfüllt angesehen.

1024. Etwas anderes gilt in Fällen, in denen sich die Negativentscheidung auf eine allgemeine Beihilfenregelung bezieht. Bei solchen Beihilfenregelungen sind die Anspruchsberechtigten und geförderten Projekte nicht konkret festgelegt, sondern in allgemeiner und abstrakter Weise definiert (z. B. eine gesetzliche Steuervergünstigung für die Verwendung bestimmter Umweltstan-

dards).¹⁴⁶ Beihilfenregelungen sind „self-executing“, d. h., sie sind aus sich heraus vollziehbar und begründen unmittelbare Ansprüche. Eine individuelle Zuordnung der Begünstigungen findet im Anschluss statt, indem aufgrund der Beihilfenregelung konkrete Beihilfen gewährt werden, wobei diese – soweit sie von der Genehmigungsentscheidung gedeckt sind – nicht gesondert bei der EU-Kommission nach Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV angemeldet werden müssen. Bei allgemeinen Beihilfenregelungen werden Unternehmen, die von der Regelung nachweislich profitiert hätten, wenn die EU-Kommission keine Negativentscheidung getroffen hätte, nur ausnahmsweise als klagebefugt angesehen.¹⁴⁷ Wenn die jeweilige Beihilfenregelung z. B. eine Begünstigung für Unternehmen eines bestimmten Sektors vorsieht, reicht es nach der Rechtsprechung nicht aus, dass das klagende Unternehmen dem fraglichen Sektor zugehört und unmittelbar anspruchsberechtigt gewesen wäre. Nach Auffassung des EuGH handelt es sich aus Sicht des klagenden Unternehmens nur um eine generelle Rechtsnorm mit der Folge, dass die Voraussetzungen der oben skizzierten Plaumann-Formel, wonach der Kläger infolge persönlicher Eigenschaften oder besonderer Umstände durch die Entscheidung ähnlich wie ein Adressat individualisiert sein muss, nicht erfüllt sind. Diese restriktive Linie wird erst recht in Fällen angewendet, in denen sich die Untersagung der EU-Kommission auf eine horizontale Beihilfenregelung bezieht, die Unternehmen aus unterschiedlichen Sektoren zugute kommen soll.

1025. Demgegenüber werden in Fällen, in denen ein Mitgliedstaat eine allgemeine Beihilfenregelung unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Artikel 88 Abs. 3 EGV bereits umsetzt, bevor die EU-Kommission hierüber abschließend entschieden hat, die begünstigten Unternehmen als individuell betroffen angesehen.¹⁴⁸ Diese können somit gegen eine Entscheidung der EU-Kommission, in der diese die allgemeine Beihilfenregelung als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt einstuft, Nichtigkeitsklage nach Artikel 230 Abs. 4 EGV erheben. Hierdurch kommt es zu Wertungswidersprüchen.¹⁴⁹ Durch diese Rechtsprechung werden letztlich Unternehmen, denen unter Verstoß gegen Artikel 88 Abs. 3 EGV bereits eine Beihilfe gewährt wurde, gegenüber solchen Unternehmen privilegiert, die unmittelbar anspruchsberechtigt wären, sofern die EU-Kommission keine Einwände gegen die ordnungsgemäß angemeldete Beihilfenregelung erhoben hätte.

¹⁴² EuGH, Urteil vom 15. Juli 1963, Rs. 25/62, Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213.

¹⁴³ Vgl. EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1999, Verb. Rs. T-132/96 und T-143/96, Freistaat Sachsen u. a./Kommission, Slg. 1999, II-3663, Rn. 91.

¹⁴⁴ Vgl. Artikel 225 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Artikel 51 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs, ABl. EG Nr. C 80 vom 10. März 2001, S. 63.

¹⁴⁵ In Artikel 1 Buchstabe e VVO werden „Einzelbeihilfen“ als Beihilfen definiert, „die nicht aufgrund einer Beihilfenregelung gewährt werden, und einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilfenregelung“.

¹⁴⁶ In Artikel 1 Buchstabe d VVO wird der Begriff „Beihilfenregelung“ als eine Regelung definiert, „wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können, beziehungsweise eine Regelung, wonach einem oder mehreren Unternehmen nicht an ein bestimmtes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können.“

¹⁴⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 2. Februar 1988, Rs. 67, 68 und 70/85, Van der Kooy/Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 5.

¹⁴⁸ Vgl. EuG, Urteil vom 29. September 2000, Rs. T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Rn. 23 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Soltesz, U. in: Heidenhain, M. (Hrsg.), a. a. O., § 43 Rn. 16.

1026. Auch der Vertrag von Lissabon sieht keine Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen allgemeine Beihilfenregelungen vor.¹⁵⁰ Zwar ist in Artikel 265 des EU-Reformvertrags, der an die Stelle von Artikel 230 EGV treten soll, eine Ausweitung der Klagebefugnis vorgesehen. Danach können natürliche und juristische Personen künftig „gegen Rechtsakte mit Ordnungscharakter“ der EU, „die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“, Klage erheben, ohne die individuelle Betroffenheit gesondert nachweisen zu müssen. Diese Voraussetzung ist indes bei einer Genehmigung einer allgemeinen Beihilfenregelung durch die EU-Kommission nicht erfüllt, da diese von den Mitgliedstaaten und nicht von den EU-Organen selbst erlassen wird und es zu ihrer Umsetzung zudem regelmäßig weiterer konkretisierender Durchführungsmaßnahmen – wie der Feststellung der Anspruchsberechtigung – bedarf. Bei allgemeinen Beihilfenregelungen wird daher auch nach einem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon der Nachweis einer strengen Betroffenheit erforderlich sein, an den der EuGH die dargestellten restriktiven Anforderungen der Plaumann-Formel stellt.

1027. Wettbewerber des durch eine Beihilfe begünstigten Unternehmens können ebenfalls Rechtsschutz auf europäischer Ebene erlangen, falls die EU-Kommission zum Abschluss des vorläufigen oder förmlichen Prüfverfahrens das Nichtvorliegen einer Beihilfe feststellt oder eine Beihilfe genehmigt. Entscheidende Hürde für die Zulässigkeit der Klage des Wettbewerbers ist erneut das Vorliegen der individuellen Betroffenheit nach Artikel 230 Abs. 4 EGV. Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zum Kriterium der individuellen Betroffenheit von Dritten, die durch die Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, ist nicht stringent. Die insoweit aufgestellten Anforderungen variieren je nach Verfahrensabschnitt (vorläufiges oder förmliches Prüfverfahren) und Beihilfenform (Einzelbeihilfe oder allgemeine Beihilfenregelung).

1028. Hat die Kommissionsentscheidung keine Einzelbeihilfe, sondern eine allgemeine Beihilfenregelung zum Gegenstand, wird die individuelle Betroffenheit von Wettbewerbern ebenso wie bei Klagen des Beihilfenempfängers unter Hinweis auf die Plaumann-Formel grundsätzlich verneint. Etwas anderes gilt nur dann, wenn aufgrund der Beihilfenregelung bereits individuelle Beihilfen an konkurrierende Unternehmen gewährt wurden.¹⁵¹

1029. Wenn sich die Genehmigungsentscheidung auf eine Einzelbeihilfe bezieht und zudem lediglich ein vorläufiges Prüfverfahren stattgefunden hat, ist zu berücksichtigen, dass für den klagenden Wettbewerber keine Möglichkeit bestand, sich hieran aktiv zu beteiligen, da

Dritte in diesem Verfahrensstadium nicht zugelassen sind. Wie bereits dargelegt, haben andere Beteiligte als der jeweilige Mitgliedstaat erst im förmlichen Prüfverfahren die Gelegenheit, ihre auch durch Artikel 88 Abs. 2 EGV geschützten Verfahrensgarantien durch Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme auszuüben. Zumindest nach früherer Rechtsprechung reichte es für die individuelle Betroffenheit eines privaten Dritten bereits aus, dass er sich darauf berief, er habe seine Rechte als Beteiligter im Verfahren vor der EU-Kommission mangels Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens nicht geltend machen können.¹⁵² Für die Begründung einer Beteiligtenstellung im förmlichen Prüfverfahren genügt es bereits, dass bei Unternehmen „Interessen beeinträchtigt sein können“ (Artikel 1 Buchstabe h VVO). Die bloße Möglichkeit einer Beeinträchtigung ist demnach hinreichend, ohne dass eine tatsächliche Beeinträchtigung nachgewiesen werden müsste. Die skizzierte Rechtsprechung wurde bislang nicht ausdrücklich aufgegeben. In jüngeren Entscheidungen wird jedoch zusätzlich für die individuelle Betroffenheit der Nachweis des Wettbewerbers verlangt, dass seine Wettbewerbsposition auf dem Markt durch die Gewährung der Beihilfe beeinträchtigt wird.¹⁵³ Es werden somit implizit höhere Anforderungen an die Klagebefugnis gestellt als diejenigen, die für eine Begründung der Stellung des Klägers als Beteiligter in einem – durch die EU-Kommission nicht eingeleiteten – förmlichen Prüfverfahren erforderlich gewesen wären. Ein bestimmter Grad der Beeinträchtigung (Spürbarkeit oder Erheblichkeit) wird bei der Überprüfung von Kommissionsentscheidungen, die im vorläufigen Prüfverfahren abgeschlossen wurden, indes nicht verlangt.

1030. Wird eine Einzelbeihilfe nach Durchführung eines förmlichen Prüfverfahrens genehmigt, ist ein Wettbewerber des Beihilfenempfängers nach dem Cofaz-Urteil als individuell betroffen anzusehen, wenn er im Rahmen des zuvor durchgeführten Beihilfenverfahrens eine aktive Rolle gespielt hat und seine Marktstellung durch die Beihilfenmaßnahme spürbar beeinträchtigt wird.¹⁵⁴ Wie der EuGH in der Entscheidung Sniace vom 22. November 2007 ausgeführt hat, ist das Kriterium der aktiven Beteiligung nicht als notwendige Bedingung anzusehen.¹⁵⁵ Im Unterschied zu Konstellationen, in denen die angegriffene Kommissionsentscheidung innerhalb des vorläufigen Prüfverfahrens gefällt wurde, wird jedoch die „Spürbarkeit“ bzw. die „Erheblichkeit“ der Beeinträchtigung verlangt. Unter welchen Voraussetzungen dies zu bejahen ist, lässt sich der Rechtsprechung nicht eindeutig entnehmen. Fest steht, dass es auf der einen Seite nicht ausreicht, wenn das Unternehmen „in irgendeiner Wettbe-

¹⁵⁰ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. EU Nr. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 1.

¹⁵¹ Vgl. EuG, Urteil vom 5. Juni 1996, Rs. T-398/94, Kahn Scheepart/Kommission, Slg. 1996, II-477, Rn. 41, 49.

¹⁵² Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, Rs. C-198/91, Cook/Kommission, Slg. 1993, I-2487, Rn. 20 ff.; EuGH, Urteil vom 15. Juni 1993, Rs. C-225/91, Matra/Kommission, Slg. 1993, I-3203, Rn. 14 ff.

¹⁵³ Vgl. EuG, Urteil vom 21. März 2001, Rs. C-69/96, Hamburger Hafen- und Lagerhaus/Kommission, Slg. 2001, II-1037, Rn. 41 ff.

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 28. Januar 1986, Rs. 169/84, Cofaz/Kommission, Slg. 1986, 391, Rn. 24. f.

¹⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 22. November 2007, Rs. 260/05, Sniace/Kommission, Rn. 57, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>.

werbsbeziehung zum Beihilfempfänger steht¹⁵⁶, und es auf der anderen Seite genügt, wenn die betreffende Beihilfe dem konkurrierenden Empfänger ein Überleben auf einem Markt erlaubt hätte, der von einer sehr begrenzten Zahl von Herstellern, einem starken Wettbewerb und hohen Überkapazitäten gekennzeichnet ist.¹⁵⁷ In dem bereits erwähnten Sniace-Urteil teilt der EuGH den Standpunkt der Vorinstanz, dass das Bestehen eines unmittelbaren Wettbewerbsverhältnisses kein ausreichender Nachweis für das Vorliegen einer spürbaren bzw. erheblichen Beeinträchtigung der Marktstellung sei und deshalb keine Klagebefugnis vorliege.¹⁵⁸

1031. Klagen von Verbänden vor den Gemeinschaftsgerichten werden prinzipiell in großzügigerem Umfang als im allgemeinen deutschen Prozessrecht zugelassen. Im Beihilfenbereich können Unternehmensvereinigungen sowohl aufseiten der Beihilfempfänger als auch aufseiten der Wettbewerber tätig werden. Eine originäre Klagebefugnis in Verfahren, bei denen ein Verband die Beeinträchtigung eigener Interessen geltend macht, wird zwar nur in engen Grenzen bejaht.¹⁵⁹ Ein Verband gilt jedoch nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte nicht nur dann als klagebefugt, wenn dieser ein originäres eigenes Interesse an der Klage dartun kann, sondern auch, wenn die einzelnen Unternehmen des Verbandes ihrerseits (zumindest teilweise) klagebefugt sind und der Verband als Sachwalter der individuellen Interessen seiner Mitglieder auftritt.¹⁶⁰ Die Klage eines Verbandes auf Seiten des Beihilfempfängers erscheint jedoch insbesondere dann als sinnvolles und effizientes Instrument, wenn die EU-Kommission keine Einzelbeihilfe, sondern eine allgemeine Beihilfenregelung untersagt hat, von der mehrere Mitglieder des Verbandes profitiert hätten. Umgekehrt kommen Klagen eines Verbandes von Wettbewerbern vor allem in Betracht, wenn viele seiner Mitglieder von der Beihilfe, die die EU-Kommission genehmigt hat, betroffen sind. Wie bereits dargestellt, besteht die Klagebefugnis eines Verbandes, der die Interessen seiner Mitglieder stellvertretend wahrnehmen möchte, indes nur dann, wenn zumindest ein Teil der Mitglieder selbst klagebefugt im Sinne des Artikel 230 Abs. 4 EGV ist. Da die Rechtsprechung bei Klagen einzelner Privater eine sehr restriktive Linie verfolgt, wenn es um allgemeine Beihilfenregelungen geht, scheitern akzessorisch angelegte

¹⁵⁶ Vgl. EuG, Urteil vom 22. Oktober 1996, Rs. T-266/94, Skibsværftsforeninger/Kommission, Slg. 1996, II-1399, Rn. 45 ff.

¹⁵⁷ Vgl. EuG, Urteil vom 21. Oktober 2004, Rs. T-36/99, Lenzing/Kommission, Slg. 2004, II-3597, Rn. 81 ff.

¹⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom Urteil vom 22. November 2007, Rs. 260/05, Sniace/Kommission, Rn. 60, 70, <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=de>.

¹⁵⁹ Nach der Rechtsprechung ist von einer eigenen Betroffenheit des Verbandes auszugehen, wenn dieser durch die angefochtene Kommissionsentscheidung in seiner Position als Verhandlungspartner beeinträchtigt wird, sofern er über maßgebliche Mitentscheidungsbefugnisse an den betreffenden nationalen oder EU-beihilfenrechtlichen Regelungen verfügt. Vgl. EuGH, Urteil vom 2. Februar 1988, Rs. 67, 68 und 70/85, Van der Kooy/Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 15.

¹⁶⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Juli 1986, Rs. 282/85, DEFI/Kommission, Slg. 1986, 2469, Rn. 16; vgl. auch Soltész, U. in: Heidenhain, M. (Hrsg.), a. a. O., § 45 Rn. 4 ff.

Klagen von Verbänden ebenfalls an der Hürde der Klagebefugnis nach Artikel 230 Abs. 2 EGV.

1032. Die Monopolkommission bewertet die Zulassung von Verbandsklagen grundsätzlich als positiv, da diese zu einer effizienten Durchsetzung des Beihilfenrechts beitragen können. Entgegen der Rechtsprechung des EuGH sollten Klagen der Beihilfempfänger, der Wettbewerber sowie ihrer Verbände gegen Kommissionsentscheidungen, die eine allgemeine Beihilfenregelung betreffen, zugelassen und die enge Plaumann-Formel insoweit nicht angewendet werden. Dies entspricht auch dem Standpunkt, den Generalanwalt Jacobs in seinem Schlussanträgen im Verfahren Aktionsgemeinschaft vertreten hat.¹⁶¹ Für die individuelle Betroffenheit eines potenziellen Beihilfempfängers sollte lediglich verlangt werden, dass er im Falle einer Genehmigung unmittelbar anspruchsberechtigt gewesen wäre.

1033. Entsprechendes gilt für Klagen von Wettbewerbern gegen eine Freigabeentscheidung der EU-Kommission, sofern feststeht, dass aufgrund der Beihilfenregelung künftig Einzelbeihilfen gewährt werden, die das Unternehmen in seiner Wettbewerbsposition beeinträchtigen. Darüber hinaus sollte bei dem Kriterium der individuellen Betroffenheit nicht an verfahrensrechtliche Aspekte angeknüpft, sondern – unabhängig von dem Verfahrensstadium, in dem die Kommissionsentscheidung gefällt wurde – auf die materielle Betroffenheit abgestellt werden.¹⁶² Für die individuelle Betroffenheit von Wettbewerbern im Sinne von Artikel 230 Abs. 4 EGV sollte nicht verlangt werden, dass diese eine tatsächliche Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsposition als Folge der Beihilfe konkret nachweisen. Ein solcher Kausalitätsnachweis wird in den wenigsten Fällen möglich sein und schreckt von einer Klageerhebung ab. Vielmehr sollte es genügen, dass ein Wettbewerber stichhaltig darlegt, dass er durch die Beihilfe beeinträchtigt werden kann. Aus Gründen der Verfahrensvereinfachung und Rechtssicherheit sollte eine individuelle Betroffenheit vermutet werden, wenn der Kläger nachweislich ein direkter Konkurrent des begünstigten Unternehmens ist und die Beihilfe ein näher zu definierendes Volumen, das bei Einzelbeihilfen bei 1 Mio. Euro angesetzt werden könnte, überschreitet. Das Bestehen eines konkreten und unmittelbaren Wettbewerbsverhältnisses sollte regelmäßig – entgegen der Rechtsauffassung des EuGH – als ausreichend betrachtet werden.

5.4.3 Verfahren vor nationalen Gerichten

1034. Im Beihilfenrecht sind nicht nur Klagen vor den Gemeinschaftsgerichten, sondern auch vor den nationalen

¹⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2005, Rs. C-78/03 P, Kommission/Aktionsgemeinschaft, Slg. 2005, I-10737, Rn. 138 ff. (Schlussanträge Generalanwalt Jacobs).

¹⁶² So auch Generalanwalt Jacobs, a. a. O. Auf die verfahrensrechtliche Betroffenheit allein sollte jedoch dann abgestellt werden, wenn die EU-Kommission das förmliche Prüfverfahren nicht eröffnet hat und sich das Klagebegehren eines Dritten, der seine Rechte als Beteiligter nach Artikel 20 Abs. 2 VVO infolgedessen nicht geltend machen konnte, ausschließlich darauf beschränkt, dass die EU-Kommission dazu verpflichtet wird, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen.

Gerichten denkbar. Neben Rückforderungsfällen¹⁶³ sind in diesem Zusammenhang vor allem Klagen von Wettbewerbern zu nennen. Für den Rechtsschutz von Wettbewerbern auf nationaler Ebene ist zu berücksichtigen, dass das Beihilfenverbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte keine unmittelbare Wirkung entfaltet, d. h. nicht direkt vor nationalen Gerichten geltend gemacht und von diesen angewendet werden kann. Aufgrund der weit gefassten Ausnahmetatbestände des Artikel 87 Abs. 3 EGV zu diesem Verbot fehlt es an der für die unmittelbare Wirkung erforderlichen Konkretisierung und Unbedingtheit. Die Prüfung, ob eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren ist, obliegt demnach ausschließlich der EU-Kommission, die insoweit durch die europäischen Gerichte kontrolliert wird. Den nationalen Gerichten kommt jedoch nach der europäischen Rechtsprechung die Aufgabe zu, effektiven Rechtsschutz bei Verstößen gegen die unmittelbar anwendbare Bestimmung des Artikel 88 Abs. 3 EGV zu gewährleisten. Hierdurch sollen das System der präventiven Beihilfenkontrolle durch die EU-Kommission gesichert sowie Wettbewerbsvorteile verhindert werden, die der Begünstigte aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen kann.

1035. Allgemein anerkannt ist, dass ein betroffener Wettbewerber bei Zuwiderhandlungen gegen die in Artikel 88 Abs. 3 EGV normierte Anmeldepflicht und das Durchführungsverbot Ansprüche auf Unterlassung bzw. Beseitigung im Klagewege gegenüber dem öffentlichen Beihilfengeber durchsetzen kann (Konkurrentenklage). Wahlweise kann er auch eine Mitteilung bei der EU-Kommission nach Artikel 20 Abs. 2 VVO einreichen oder beide Möglichkeiten miteinander kombinieren. Im Falle einer Klage müssen die nationalen Gerichte überprüfen, ob eine formell rechtswidrige Beihilfe vorliegt. Sollte dies der Fall sein, hat das angerufene nationale Gericht nach der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig die einstweilige Rückzahlung unabhängig davon anzuordnen, ob die Beihilfe materiell rechtmäßig ist und später durch die EU-Kommission genehmigt wird. Falls die Beihilfe im Rahmen eines zivilrechtlichen Austauschvertrags gewährt wird, ist der Vertrag aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Artikel 88 Abs. 3 Satz 3 EGV nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insgesamt als nichtig anzusehen.¹⁶⁴

1036. In dem CELF-Urteil vom 12. Februar 2008 hat der EuGH ausdrücklich festgestellt, dass die nationalen Gerichte die Rückzahlung einer formell rechtswidrigen Beihilfe gegebenenfalls auch dann anordnen können, wenn die EU-Kommission zwischenzeitlich bereits abschließend entschieden hat, dass die Beihilfe materiell rechtmäßig und mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren ist.¹⁶⁵ Dies gelte unbeschadet des Rechts des Mitgliedstaats, die Beihilfe erneut zu gewähren. Darüber hinaus seien die nationalen Gerichte dazu verpflichtet, dem Bei-

hilfenempfänger aufzugeben, für die Dauer der Rechtswidrigkeit Zinsen zu zahlen. Wie der EuGH überzeugend darlegt, besteht der nicht gerechtfertigte Vorteil des Beihilfenempfängers zum einen in der Nichtzahlung von Zinsen, die er auf den Betrag der fraglichen, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbarten Beihilfe gezahlt hätte, wenn er sich diesen Betrag bis zum Erlass der Kommissionsentscheidung auf dem Markt hätte leihen müssen, und zum anderen in der Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber anderen Marktteilnehmern während der Dauer der formellen Rechtswidrigkeit. Im CELF-Urteil führt der EuGH darüber hinaus – ohne nähere Konkretisierung – aus, dass die nationalen Gerichte zudem veranlasst sein könnten, Anträgen auf Ersatz von Schäden stattzugeben, die durch die (formelle) Rechtswidrigkeit entstanden seien.

1037. Die von den nationalen Gerichten vorzunehmende Prüfung des Artikel 88 Abs. 3 EGV kann sich – auch wenn sie nicht die Untersuchung der materiellen Rechtmäßigkeit umfasst – als komplex darstellen. Die Beantwortung der Frage, ob eine Maßnahme sämtliche Kriterien einer Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV erfüllt oder die Anmeldepflicht aufgrund einer Gruppenfreistellungsverordnung entfällt, kann in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit Schwierigkeiten verbunden sein. Die nationalen Gerichte können bzw. müssen bei rechtlichen Zweifeln den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen (Artikel 234 Abs. 3 und 4 EGV). Darüber hinaus können die Gerichte die EU-Kommission konsultieren, diese zu ihrer üblichen Praxis bei der Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe befragen und Informationen, wie Statistiken, Marktstudien und Wirtschaftsanalysen, anfordern.¹⁶⁶

1038. Wenn – wie von der Monopolkommission befürwortet – das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung in Artikel 87 Abs. 1 EGV bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen künftig nicht mehr pauschal, sondern nur auf der Grundlage einer ökonomisch fundierten Begründung bejaht würde, könnte die durch die nationalen Gerichte vorzunehmende Qualifizierung als Beihilfe erschwert werden und Rechtsunsicherheit entstehen. Dies gilt entsprechend für die von den Mitgliedstaaten vorzunehmende Beurteilung der Frage der Anmeldepflicht, da nach Artikel 88 Abs. 3 EGV bei der EU-Kommission nur solche Maßnahmen anzumelden sind, bei denen es sich um Beihilfen im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV handelt und das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung als Bestandteil des Beihilfenbegriffs angesehen wird. Dem ließe sich jedoch auf zwei Wegen entgegenreten. Zum einen könnten im Rahmen des Artikel 88 Abs. 3 EGV die bisherigen niedrigen Nachweisanforderungen an das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung beibehalten werden, während bei Artikel 87 Abs. 1 EGV der EU-Kommission eine erhöhte Darlegungspflicht auferlegt wird. Zum anderen könnte alternativ der Begriff der Beihilfe anders aus-

¹⁶³ Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt 5.4.1.2.

¹⁶⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2003, V ZR 314/02, EuZW 2003, S. 444.

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008, Rs. C-199/06, CELF.

¹⁶⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABl. EG Nr. C 312 vom 23. November 1995, S. 8.

gelegt werden, indem das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung nicht als wesensnotwendiger Bestandteil für die Qualifizierung einer Maßnahme als Beihilfe angesehen wird. Demnach wären nur die übrigen in Artikel 87 Abs. 1 EGV aufgeführten Merkmale als Aufgreifkriterien anzusehen, welche die supranationale Beihilfenkontrolle der EU-Kommission begründen, während das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung als reines Eingriffskriterium zu interpretieren wäre, das allein die EU-Kommission zu würdigen hat.

1039. Neben den skizzierten Unterlassungs- und Beseitigungsklagen, die auf Nichtauszahlung oder Rückzahlung formell rechtswidriger Beihilfen gerichtet sind, kommen Schadensersatzklagen betroffener Wettbewerber in Betracht. Diese haben die Möglichkeit, den Mitgliedstaat, der die Beihilfe unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Artikel 88 Abs. 3 EGV gewährt hat, nach den Grundsätzen der Francovich-Rechtsprechung des EuGH in Anspruch neben.¹⁶⁷ In Deutschland wird diese europarechtlich vorgegebene Schadensersatzpflicht über den Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG realisiert. Ein entsprechender Schadensersatzanspruch gegen die öffentliche Hand besteht unter den folgenden Voraussetzungen: (1) die europäische Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, ist unmittelbar anwendbar und bezweckt den Schutz subjektiver Interessen des Klägers, (2) der Verstoß ist hinreichend qualifiziert, (3) zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang. Der Nachweis der ersten beiden Voraussetzungen wird betroffenen Wettbewerbern häufig gelingen.¹⁶⁸ Die erfolgreiche Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs betroffener Wettbewerber wird jedoch zumeist an der dritten Voraussetzung scheitern. Der Nachweis, dass gerade der Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu einem konkreten Schaden für sein Unternehmen geführt hat, ist – ohne gesetzlich vorgesehene Beweiserleichterungen – schwierig zu führen.

1040. Unklar ist, ob ein Wettbewerber bei einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 88 Abs. 3 EGV allein gegen den öffentlichen Beihilfengeber vorgehen kann oder ob ihm darüber hinaus auch Ansprüche gegen das jeweils begünstigte private Unternehmen zustehen, die er im Klage-

¹⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. November 1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich/Italien, Slg. 1991, 5357 ff.

¹⁶⁸ Die erste Voraussetzung ist erfüllt, da das Durchführungsverbot des Artikel 88 Abs. 3 Satz 3 EGV sicherstellen soll, dass vor einer Genehmigung durch die EU-Kommission keine Benachteiligungen zulasten privater Dritter im Wettbewerb entstehen und diese ihre verfahrensrechtlichen Befugnisse im förmlichen Prüfverfahren vor der EU-Kommission bzw. auf dem Rechtsweg vor den Gemeinschaftsgerichten wahrnehmen können. Auch die zweite Voraussetzung ist als erfüllt anzusehen. Ein Gemeinschaftsrechtsverstoß ist „hinreichend qualifiziert“, wenn der Mitgliedstaat die Grenzen seines Handlungsermessens offenkundig und erheblich überschreitet. Dies ist bei einem Verstoß gegen die Anmeldepflicht und das Durchführungsverbot des Artikel 88 Abs. 3 EGV anzunehmen, da die Mitgliedstaaten insoweit über kein Ermessen verfügen. Sollte der Beihilfencharakter einer Maßnahme zweifelhaft sein, sind die Mitgliedstaaten aufgefordert, die entsprechende Maßnahme bei der EU-Kommission anzumelden, die diese Frage verbindlich klären kann.

wege geltend machen kann. Als zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen kommen insoweit §§ 8, 9 in Verbindung mit § 3 UWG sowie §§ 1004 Abs. 1 analog, 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Die dort geregelten Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche setzen jedoch voraus, dass der Anspruchsgegner einen Pflichtverstoß begangen hat. Teilweise wird das Vorliegen eines Pflichtverstoßes unter Hinweis darauf verneint, dass nach dem Wortlaut der Norm ausschließlich die Mitgliedstaaten Adressaten der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots in Artikel 88 Abs. 3 EGV sind.¹⁶⁹ Nach anderer Auffassung ist der Begünstigte regelmäßig als deliktischer Mittäter anzusehen (§§ 830, 840 BGB), der für einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot mitverantwortlich ist.¹⁷⁰ Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass ein Marktteilnehmer, der durch eine Beihilfe eine vorteilhafte Position im Wettbewerb erlangt, der eigentliche Nutznießer der anzumeldenden Maßnahme ist und eine solche Begünstigung zulasten Dritter nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wird. Daher erscheint es sachgerecht, Artikel 88 Abs. 3 EGV seinem Sinn und Zweck nach dahingehend auszulegen, dass der Begünstigte in den Pflichtenkreis einbezogen ist und betroffene Wettbewerber bei Verstößen auch gegen diesen direkt vorgehen können. Sie können danach von dem Begünstigten verlangen, dass er künftig die Mitwirkung an einer unangemeldeten Beihilfengewährung unterlässt und eine schon empfangene Beihilfe an die Beihilfen gewährende öffentliche Hand zurückzahlt. In Bezug auf Schadensersatzklagen gegenüber dem begünstigten Unternehmen ergibt sich jedoch gleichfalls das Problem, dass ein Schadens- und Kausalitätsnachweis kaum gelingen wird, da anders als etwa im Kartellrecht (§ 33 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 GWB) keine erleichterten Voraussetzungen gelten.

1041. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass Schadensersatzklagen von privaten Marktteilnehmern vor den Gerichten der Mitgliedstaaten, sowohl in Form von Amtshaftungsansprüchen gegen die öffentliche Hand als auch in Form von zivilrechtlichen Ansprüchen gegen das begünstigte Unternehmen, nach einer von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studie in der EU äußerst selten erhoben werden und bislang kein Fall bekannt ist, in dem eine Klage Erfolg hatte.¹⁷¹ In Bezug auf Unterlassungs- und Beseitigungsklagen, die von Privaten vor nationalen Gerichten wegen Verstößen gegen Artikel 88 Abs. 3 EGV erhoben werden, wird in der Studie zwischen den folgenden Konstellationen unterschieden: (a) ein privater Marktteilnehmer möchte sich gegen eine positive Begünstigung zur Wehr setzen, die einem Wettbewerber gewährt wurde, und (b) der Kläger möchte gegen eine ihm auferlegte Verpflichtung vorgehen, von

¹⁶⁹ Schmidt-Kötters, T., in: Heidenhain, M. (Hrsg.), a. a. O., § 58 Rn. 34.

¹⁷⁰ Vgl. Tilmann, W., Schreiberbauer, M., Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 104, 2002, S. 212–224, 222.

¹⁷¹ Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level, March 2006, Jones Day, Lovells, Allen & Overy, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm, S. 48 ff.

der andere Marktteilnehmer nicht betroffen sind (z. B. eine selektive Umweltabgabe). Die letztgenannte Konstellation macht den deutlich größeren Anteil der Klageerhebungen von Wettbewerbern aus.¹⁷² Hintergrund ist erstens, dass die individuelle Betroffenheit des Klägers in diesen Fällen zweifelsfrei feststeht, und zweitens wohl auch, dass die Hemmschwelle in der erstgenannten Konstellation größer ist, da ein Unternehmen nicht direkt belastet ist und selbst von künftigen Beihilfen profitieren möchte. Es besteht insofern bei den Wettbewerbern ein rationales Desinteresse an der Klageerhebung. Auch Unterlassungs- und Beseitigungsklagen werden in der EU von den betroffenen Wettbewerbern insgesamt nur selten erhoben.

1042. Der Rechtsschutz auf nationaler Ebene ließe sich nach Ansicht der Monopolkommission durch die Schaffung einer Klagebefugnis für Verbände verbessern, die ähnlich wie im Kartellrecht (§ 33 Abs. 2 GWB) ausgestaltet werden könnte. Danach können rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen kartellrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 33 Abs. 1 GWB (jedoch keine Schadensersatzansprüche) geltend machen, „soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.“¹⁷³ Zwar wird man von einem Verband nicht unbedingt erwarten können, dass er Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat verklagt, zumal wenn sie seine eigenen Mitglieder sind. Anders verhält es sich jedoch, wenn es sich bei dem Beihilfenempfänger um ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat handelt, das zu den eigenen Verbandsmitgliedern, die nicht in den Genuss der – ausländischen – Beihilfe kommen können, im Wettbewerb steht. Hier scheint eine Klage durchaus möglich. So könnte ein Anreiz zur effektiven privaten Rechtsdurchsetzung in Konstellationen geschaffen werden, in denen eine Vielzahl von Unternehmen betroffen ist. Das rationale Desinteresse des einzelnen Wettbewerbers an der Klage ließe sich so überwinden.

1043. Zur Verbesserung der Effizienz und Rechtssicherheit sollten die Rechtsschutzmöglichkeiten auf nationaler Ebene zusammenhängend geregelt und auf das Beihilfenrecht zugeschnitten werden. Neben dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung für Klagen bei Rückforderungsfällen, der Zulassung von Verbänden sowie Beweisvereinfachungen bei der Geltendmachung von Schadens-

ersatzansprüchen könnte auch eine Spezialzuständigkeit für die Geltendmachung von Rechtsschutzinteressen in Beihilfenfällen geschaffen werden. Diese Zuständigkeit könnte wie im Vergaberecht geregelt werden.¹⁷⁴ Um eine einheitlichere Rechtsanwendung innerhalb der EU sicherzustellen, sollten zudem allgemein geltende Mindeststandards im Rahmen einer EU-Richtlinie festgelegt werden. Die Monopolkommission empfiehlt der EU-Kommission, in Vorarbeiten für ein solches Richtlinienpaket einzutreten, die sich an dem vergleichbaren Vorhaben zur privaten Durchsetzung von Artikel 81 und 82 EGV orientieren könnten.¹⁷⁵

6. Reformvorhaben der EU-Kommission – Etablierung eines more economic approach in der Beihilfenkontrolle

6.1 Der „State Aid Action Plan“ der EU-Kommission

1044. Die Ziele und Inhalte, die die EU-Kommission mit den von ihr vorgeschlagenen Reformen in der europäischen Beihilfenkontrolle verfolgt, sind nicht identisch mit denjenigen, die sie im europäischen Kartellrecht unter Berufung auf einen more economic approach anstrebt. Nachfolgend werden zunächst die Reformprojekte der EU-Kommission im Beihilfenbereich näher vorgestellt, bevor sodann die Kennzeichen dieses more economic approach im Beihilfenbereich im Vergleich zu demjenigen im Kartellrecht charakterisiert werden.

1045. Unter Wettbewerbskommissarin Kroes strebt die EU-Kommission eine umfassende Reform der europäischen Beihilfenkontrolle an. Am 7. Juni 2005 hat die EU-Kommission den sog. State Aid Action Plan (SAAP – Aktionsplan Staatliche Beihilfen) veröffentlicht.¹⁷⁶ Der SAAP enthält einen Fahrplan („roadmap“) für die Überarbeitung der oben dargestellten sekundärrechtlichen Beihilfenregeln.¹⁷⁷ So sollen die bisherigen Gemeinschaftsrahmen, Mitteilungen und Verordnungen unter Beibehaltung der primärrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrags (Artikel 87 ff.) im Zeitraum von 2005 bis 2009 im Lichte eines more economic approach neu gefasst werden. Der SAAP ist als Konsultationspapier konzipiert, das eine politische Debatte über die Reform der europäischen Beihilfenpolitik anregen soll. Inzwischen sind bereits mehrere Maßnahmen zur Umsetzung des im SAAP angelegten Reformkonzepts ergangen.

¹⁷⁴ Vgl. hierzu bereits Abschnitt 4.3.

¹⁷⁵ Vgl. zuletzt das Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ vom 2. April 2008, KOM(2008) 165 endg.

¹⁷⁶ EU-Kommission, State Aid Action Plan, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/reform.cfm. In der deutschen Fassung wird der Begriff „Aktionsplan Staatliche Beihilfen“ verwendet, vgl. KOM(2005) 107 endg.

¹⁷⁷ In einer Rede vom 6. Juli 2006 (SPEECH/06/439) vor dem Europaausschuss des Deutschen Bundestages führte Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes aus: „We are overhauling all our rules in order to firmly ground them on rigorous economic analysis and improve the speed, transparency and predictability of their application.“

¹⁷² Ebenda, S. 33 ff.

¹⁷³ Beschränkt auf Unterlassungsklagen im Verbraucherrecht findet sich ein ähnliches Modell in der EG-Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG Nr. L 166 vom 11. Juni 1998, S. 51.

6.1.1 Inhalt des SAAP

1046. Im SAAP benennt die EU-Kommission vier Grundsätze, die mit einer Reform des Beihilfenrechts verfolgt werden sollen:

- weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen,
- effizientere Verfahren, bessere Rechtsanwendung, größere Berechenbarkeit und mehr Transparenz,
- geteilte Verantwortung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten sowie
- eine verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise (more economic approach¹⁷⁸).

6.1.1.1 Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen

1047. Der SAAP greift das durch den Europäischen Rat im Rahmen der Lissabon-Strategie formulierte Ziel auf, dass die Mitgliedstaaten künftig weniger Beihilfen gewähren und diese zudem gezielter vergeben sollten.¹⁷⁹ Demnach sollen das quantitative Beihilfenniveau abgesenkt und die Beihilfen auf die Ziele der Lissabon-Agenda (Innovation sowie Forschung und Entwicklung, Investitionen in Humankapital, Förderung von Unternehmensgründungen) hin ausgerichtet werden. Die EU-Kommission möchte laut SAAP die Beihilfen, die kein gemeinsames Interesse der Gemeinschaft verfolgen, auf ein Minimum reduzieren. Die besonders problematischen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen sind nach Möglichkeit zu vermeiden. Mitgliedstaatliche Beihilfen sollen vielmehr horizontale Zielsetzungen verfolgen, die im Gegensatz zu sektoralen Hilfen nicht von vornherein auf einzelne Wirtschaftszweige begrenzt sind. Beihilfen sollen insbesondere dann zulässig sein, wenn ein Marktversagen vorliegt.

¹⁷⁸ Wörtlich heißt es in der englischen Fassung des SAAP in Tz. 18: „a refined economic approach“.

¹⁷⁹ Auf einem Sondergipfel im März 2000 in Lissabon haben die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten (Europäischer Rat) die sog. Lissabon-Strategie mit dem Ziel verabschiedet, die EU innerhalb von zehn Jahren zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. Die Produktivität und Innovationsgeschwindigkeit soll durch verschiedene politische Maßnahmen erhöht werden. Die Lissabon-Strategie ist insbesondere auf Innovation und internationale Wettbewerbsfähigkeit der EU ausgerichtet. Auf einem Treffen im März 2005 zog der Europäische Rat eine Zwischenbilanz. Da sich der Wachstumsabstand, insbesondere zu den USA, in den vergangenen fünf Jahren vergrößert hatte, wurden bei diesem Treffen keine konkreten Zielvorgaben formuliert. Es wurde jedoch eine Neubelebung der Lissaboner Wachstumsziele beschlossen. Insofern soll jeder Mitgliedstaat eigene Reformprogramme erstellen. In seinen Schlussfolgerungen geht der Europäische Rat auch auf nationale Beihilfen ein: „Der Europäische Rat ersucht die Mitgliedstaaten, zusätzlich zu einer aktiven Wettbewerbspolitik das allgemeine Niveau staatlicher Beihilfen weiter zu senken, wobei etwaigen Ausfällen der Märkte jedoch Rechnung zu tragen ist. Diese Tendenz muss mit einer Umlenkung der Mittel zugunsten bestimmter horizontaler Ziele – wie z. B. Forschung und Innovation sowie Erschließung von Humankapital – einhergehen. Darüber hinaus sollte die Reform der Regionalbeihilfen im Sinne der Lissaboner Ziele ein hohes Investitionsniveau begünstigen und das Gefälle zwischen den Regionen verringern.“

Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission diese Zielsetzungen. Sie gibt jedoch zu bedenken, dass der EU-Kommission im Rahmen der Beihilfenkontrolle nach Artikel 87 ff. EGV keine fiskalpolitische Kompetenz zusteht. Die Überwachung des Ressourceneinsatzes durch die Mitgliedstaaten gehört nicht zu den Aufgaben der EU-Kommission. Die europäischen Beihilfenvorschriften können daher nicht unmittelbar zu dem Zweck eingesetzt werden, das quantitative Beihilfenniveau in den Mitgliedstaaten abzusenken. Der Beihilfenabbau und die Verhinderung einer Verschwendung (mitglied-)staatlicher Mittel müssen in erster Linie auf nationaler Ebene sichergestellt werden. Ein Schwerpunkt der künftigen Beihilfenkontrolle sollte vielmehr sein, dass „weniger wettbewerbsverzerrende“ Beihilfen gewährt werden und diese insofern besser ausgerichtet sind, als grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrungen im EU-Binnenmarkt so gering wie möglich gehalten werden. Eine so gestaltete europäische Wettbewerbspolitik kann nach Auffassung der Monopolkommission mittelbar zu einem begrüßenswerten Abbau des Beihilfenvolumens führen.

6.1.1.2 Effizientere Verfahren, bessere Rechtsanwendung, größere Berechenbarkeit und mehr Transparenz

1048. Die EU-Kommission bezweckt mit der geplanten Reform insbesondere auch ihre eigene Arbeitsentlastung. Sie möchte sich auf die problematischen Fälle konzentrieren und zu diesem Zweck den Anwendungsbereich der De-minimis-Verordnung erweitern und eine einheitliche Gruppenfreistellungsverordnung verabschieden. Das Ziel der Entlastung war auch der Hintergrund für die Kartellverfahrensverordnung, in der die zuvor als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgelegte Bestimmung des Artikel 81 Abs. 3 EGV zur unmittelbar anwendbaren Legalausnahme erklärt wurde.

6.1.1.3 Geteilte Verantwortung zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaaten

1049. Die EU-Kommission fordert die Mitgliedstaaten im SAAP auf, sich um mehr Effizienz, Transparenz und eine bessere Umsetzung der Beihilfenpolitik zu bemühen. Insbesondere soll durch sorgfältigere Anmeldungen eine Verkürzung der Verfahrensdauer bewirkt werden.¹⁸⁰ Die EU-Kommission beabsichtigt zudem, „best practices guidelines“ herauszugeben.

1050. Im SAAP wird auch der Gedanke geäußert, unabhängige Behörden in den Mitgliedstaaten zu errichten, die die EU-Kommission bei der Durchsetzung des Beihilfenrechts unterstützen sollen.¹⁸¹ Die Kommission greift insofern auf die Erfahrungen im Rahmen des letzten Beitrittsprozesses zurück, in dessen Verlauf in den neuen Mitgliedstaaten Kontrollbehörden für die Überprüfung der staatlichen Beihilfen zuständig waren.

¹⁸⁰ Vgl. SAAP, Tz. 49.

¹⁸¹ Vgl. SAAP, Tz. 51.

1051. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte, wie bereits dargelegt, auf nationaler Ebene eine gesamtwirtschaftlich angelegte Beihilfenkontrolle durch eine unabhängige nationale Instanz erfolgen.¹⁸² Dieser Instanz könnte zugleich die Aufgabe übertragen werden, eng mit der EU-Kommission zusammenzuarbeiten und sie bei der Durchsetzung des europäischen, auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichteten Beihilfenrechts zu unterstützen.

6.1.1.4 Eine stärker ökonomisch ausgerichtete Betrachtungsweise (more economic approach)

1052. Die Kommission möchte zudem den ökonomischen Ansatz (economic approach) bei der Beihilfenkontrolle laut SAAP „verfeinern“, um so „... die Bewertung der mit staatlichen Beihilfen verbundenen Wettbewerbs- und Handelshemmnisse zu erleichtern und besser nachvollziehbar zu machen. Ein solcher Ansatz kann mit dazu beitragen herauszufinden, warum der Markt für sich allein genommen nicht in der Lage ist, die im gemeinsamen Interesse liegenden Ziele zu erreichen, und hilft dabei abzuschätzen, inwieweit staatliche Beihilfen tatsächlich ein Mittel sind, um diese Ziele zu verwirklichen. Von zentraler Bedeutung ist hier die Analyse des Marktversagens ...“.¹⁸³

¹⁸² Vgl. Tz. 954 in diesem Kapitel.

¹⁸³ Vgl. SAAP, Tz. 22, 23.

1053. Ob die Gewährung einer staatlichen Beihilfe mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung gerechtfertigt ist, soll nach Maßgabe des SAAP somit künftig entscheidend davon abhängen, ob ein Marktversagen vorliegt. Als mögliche Ursachen eines Marktversagens benennt die EU-Kommission externe Effekte, öffentliche Güter, asymmetrische Informationen, Koordinationsmängel und Marktmacht.¹⁸⁴ Auch wenn die Beseitigung des Marktversagens nach dem Willen der EU-Kommission künftig eine zentrale Stellung einnehmen soll, können nach wie vor auch die im EG-Vertrag genannten sozialen, verteilungspolitischen und kulturellen Ziele rechtfertigend wirken.

1054. Die EU-Kommission beabsichtigt, bei der Vereinbarkeitsprüfung auf Rechtfertigungsebene, in der die positiven und negativen Wirkungen einer Beihilfe gegeneinander abzuwägen sind, künftig nach einem einheitlichen Schema vorzugehen. Wie im Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation¹⁸⁵ näher dargelegt wird, soll eine dreistufige Abwägungsprüfung vorgenommen werden (vgl. Übersicht VI.2).

1055. Die Monopolkommission bewertet es als positiv, dass die EU-Kommission den Vorgang der von ihr auf Rechtfertigungsebene vorzunehmenden Vereinbarkeitsprüfung (Artikel 87 Abs. 3 EGV) typisieren möchte. Die

¹⁸⁴ Zur Kompensation von Marktversagen als möglichem Zweck einer Beihilfenvergabe vgl. bereits oben Abschnitt 2.2.

¹⁸⁵ ABl. EU Nr. C 323 vom 30. Dezember 2006, S. 1.

Übersicht VI.2

Dreistufige Abwägungsprüfung (balancing test) der EU-Kommission

Stufe 1	
Dient die geplante Beihilfenmaßnahme einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse, der Beseitigung eines Marktversagens oder einem anderen Ziel (z. B. regionaler oder sozialer Art)?	
Stufe 2	
Ist das Beihilfeninstrument geeignet, das im gemeinsamen Interesse liegende Ziel zu verwirklichen, d. h. das Marktversagen zu beheben oder ein anderes Ziel zu verfolgen?	
a) Ist eine staatliche Beihilfe das geeignete Mittel? b) Hat sie einen Anreizeffekt, d. h. ändert sie das Verhalten von Unternehmen? c) Ist die Beihilfe verhältnismäßig, d. h. könnte dieselbe Verhaltensänderung auch mit weniger Beihilfen erreicht werden?	
Stufe 3	
Sind die Nachteile – insbesondere die Wettbewerbs- und Handelsverzerrungen – begrenzt, so dass die positiven Folgen der Beihilfe die negativen überwiegen?	
Wie stark eine Beihilfe den Wettbewerb verzerrt, soll davon abhängen,	
– nach welchen Kriterien die Begünstigten ausgewählt werden und welche Auflagen mit der Beihilfe verbunden sind,	
– welche Merkmale der Markt und die Begünstigten aufweisen und	
– wie hoch die Beihilfe ausfällt und um welche Art von Beihilfeninstrument es sich handelt.	

Quelle: EU-Kommission

EU-Kommission hat es jedoch versäumt, im SAAP eine stärker ökonomisch fundierte Analyse für den vorgelagerten Beihilfentatbestand (Artikel 87 Abs. 1 EGV) vorzusehen. Hier nimmt die EU-Kommission – insbesondere bei der Prüfung des Merkmals der Wettbewerbsverfälschung – regelmäßig nur die bereits dargestellte kursorische und pauschale Untersuchung vor. Diese bleibt weit hinter den Maßstäben zurück, die traditionell im EU-Kartellrecht angewendet worden sind und welche die EU-Kommission dort nun unter Berufung auf einen more economic approach durch stärker ökonomisch fundierte Kriterien ersetzen möchte. Eine nähere Untersuchung der marktstrukturellen Ausgangssituation und Wettbewerbslage soll nach dem Vorschlag der EU-Kommission im Beihilfenrecht erst auf Stufe 3 der Abwägungsprüfung auf Rechtfertigungsebene erfolgen. Die Prüfung läuft auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus, bei der die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer staatlichen Maßnahme untersucht werden.

1056. Im Vorfeld einer Verhältnismäßigkeitsprüfung wird jedoch üblicherweise näher untersucht, ob ein Eingriff vorliegt. Hier steht zwar nicht ein Eingriff im engeren Sinne, also ein Eingriff in eine bestimmte subjektive Rechtsposition, in Rede. Vielmehr geht es um einen Eingriff in Form einer Wettbewerbsbeeinträchtigung im europäischen Binnenmarkt. Nur wenn eine solche Beeinträchtigung vorliegt, ist der EU-Kommission nach Artikel 87 ff. EGV die Kompetenz übertragen, mitgliedstaatliche Maßnahmen einer Beihilfenkontrolle zu unterziehen. Denn wie bereits dargelegt worden ist, bildet nur der Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt das Leitbild der europäischen Beihilfenbestimmungen. Die Monopolkommission hält es generell für sachgerecht, bei bestimmten Formen mitgliedstaatlicher Beihilfen das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung zu vermuten und innerhalb des Beihilfentatbestands auch ansonsten mit Vermutungen zu arbeiten. Da jedoch die Merkmale der Selektivität und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sehr weit ausgelegt werden, ist eine pauschale Vermutung nicht in sämtlichen Fällen gerechtfertigt. Ein Reformansatz im Beihilfenrecht sollte nach Auffassung der Monopolkommission daher auch auf Tatbestandsebene, insbesondere bei den Merkmalen der Wettbewerbsverfälschung und des zwischenstaatlichen Handels des Artikel 87 Abs. 1 EGV, ansetzen.

6.2 Konkrete Umsetzung des SAAP – Beispiele

1057. Seit der Veröffentlichung des SAAP im Juni 2005 sind bereits zahlreiche Maßnahmen zur Umsetzung der darin angekündigten Reform getroffen worden.¹⁸⁶ Zudem hat die Generaldirektion Wettbewerb intern organisatori-

¹⁸⁶ Zu nennen sind:

Im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Die Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EGV auf staatliche Beihilfen, die bestimmten, mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (ABl. EU Nr. L 312 vom 29. November 2007, S. 67) sowie ein Gemeinschaftsrahmen für staatliche Bei-

hilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. EU Nr. C 297 vom 29. November 2005, S. 4).
Im Bereich Regionalbeihilfen: Die Verordnung (EG) Nr. 1628/2006 der Kommission vom 24. Oktober 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EGV auf regionale Investitionsbeihilfen der Mitgliedstaaten (Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich regionaler Investitionsbeihilfen) (ABl. EU Nr. L 302 vom 1. November 2006, S. 29) sowie die Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007 bis 2013 (ABl. EU Nr. C 54 vom 4. März 2006, S. 13). In den Leitlinien legt die EU-Kommission dar, unter welchen Voraussetzungen sie Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung bestimmter benachteiligter Gebiete innerhalb der EU nach Artikel 87 Abs. 3 Buchstabe a und c EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ansieht. Sie differenziert insoweit zwischen Investitionsbeihilfen an große Unternehmen, Betriebsbeihilfen und Investitionsbeihilfen an KMU, die in den benachteiligten Gebieten ansässig sind.
Darüber hinaus sind zu nennen: Die De-minimis-Verordnung (Verordnung Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. EU Nr. L 379 vom 28. Dezember 2006, S. 5), die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen in kleine und mittlere Unternehmen (ABl. EU Nr. C 194 vom 18. August 2006, S. 2), die Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Änderung der Mitteilung nach Artikel 93 Absatz 1 EGV zur Anwendung der Artikel 92 und 93 EGV auf die kurzfristige Exportkreditversicherung (ABl. EU Nr. C 325 vom 22. Dezember 2005, S. 22), der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation (ABl. EU Nr. C 323 vom 30. Dezember 2006, S. 1) sowie die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (ABl. EU Nr. C 82 vom 1. April 2008, S. 1).
Außerdem hat die EU-Kommission mehrere Vorschläge für künftige Regelwerke vorgelegt, insbesondere einen Entwurf der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen.

6.2.1 Erweiterung der De-minimis-Verordnung

1058. Die EU-Kommission hatte bereits im SAAP angekündigt, die Obergrenze für die De-minimis-Beihilfen zu erhöhen. Inzwischen ist eine entsprechende Verordnung ergangen. Zuvor galten Finanzhilfen, die einen Gesamtbetrag von 100 000 Euro innerhalb von drei Jahren nicht überschreiten, nicht als staatliche Beihilfen. In der neuen De-minimis-Verordnung wird dieser Betrag nun auf 200 000 Euro angehoben. Kreditsicherheiten werden in einer Höhe von bis zu 1,5 Mio. Euro zugelassen.

1059. Die Verordnung gilt jedoch nur für sog. „transparente“ Beihilfen.¹⁸⁷ Eine Beihilfe gilt nur dann als transparent, wenn sich ihr Bruttosubventionsäquivalent¹⁸⁸ im

helfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. EU Nr. C 297 vom 29. November 2005, S. 4).

helfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. EU Nr. C 297 vom 29. November 2005, S. 4).

helfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. EU Nr. C 297 vom 29. November 2005, S. 4).

helfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. EU Nr. C 297 vom 29. November 2005, S. 4).

¹⁸⁷ Vgl. Artikel 2 Abs. 4 der De-minimis-Verordnung.

¹⁸⁸ Das Subventionsäquivalent oder der Barwert einer Förderung gibt den wirtschaftlichen Nutzen einer Förderung wieder. Das Subventionsäquivalent wird häufig in Prozent der gesamten (berücksichtigungsfähigen) Projektkosten angegeben. Das sog. Bruttosubventionsäquivalent unterscheidet sich vom Nettosubventionsäquivalent dadurch, dass die Besteuerung der Fördermittel nicht berücksichtigt wird.

Voraus exakt berechnen lässt, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist.¹⁸⁹ Eine solche präzise Berechnung ist beispielsweise bei Zuschüssen, Zinszuschüssen oder begrenzten Steuerbefreiungen möglich, nicht aber bei Kapitalzuführungen der öffentlichen Hand. Infolge dieser Einschränkung profitieren viele kommunale Projekte, die etwa in Form eines Public-Private-Partnership-Modells realisiert werden, nicht von der in der De-minimis-Verordnung angeordneten Freistellung. Vielmehr unterliegen entsprechende Projekte der Anmeldepflicht nach Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV und sind somit für die Beteiligten mit hohen Transaktionskosten verbunden. Das Transparenzkriterium hat jedoch den Vorteil, dass die Regeln der De-minimis-Verordnung aus Sicht der Rechtsanwender eindeutig und einfach zu handhaben sind.

1060. Ein möglicher Einwand gegen die De-minimis-Verordnung ist, dass sie einen absoluten Schwellenwert verwendet, der pauschal für alle Branchen gilt. Dies kann zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen, da die Freistellung unabhängig von der Größe des Marktes, der Marktstellung des Begünstigten und der konkreten Wettbewerbssituation zum Tragen kommt. Auch können bei Verwendung eines pauschalen Schwellenwerts die durch eine Beihilfe drohenden Wettbewerbsverzerrungen nicht richtig abgeschätzt werden. Gleichwohl hält die Monopolkommission die Verwendung eines Schwellenwerts, unterhalb dessen Beihilfen von geringem Umfang freigestellt werden, für ein sinnvolles Instrument der Verfahrensvereinfachung, durch das die Rechtssicherheit erhöht wird und Bürokratiekosten vermieden werden können. Hierdurch wird die EU-Kommission entlastet und eine Konzentration auf problematische Fälle ermöglicht, in denen erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen drohen. Jedoch ist der inzwischen auf 200 000 Euro angehobene Schwellenwert immer noch sehr niedrig angesetzt.

1061. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass darüber hinaus auch bei Beihilfen, die ein höheres Volumen aufweisen, erleichterte Freistellungsvoraussetzungen eingeführt werden sollten. So könnte der EU-Kommission bei Beihilfen, die einen näher zu definierenden Betrag – der bei 1 Mio. Euro angesetzt werden könnte – ein Aufgreifermessen eingeräumt werden.¹⁹⁰ Bei Beihilfen unterhalb dieses Schwellenwertes sollte widerlegbar vermutet werden, dass keine spürbare Wettbewerbsverfälschung nach Artikel 87 Abs. 1 EGV vorliegt. Diese Vermutung sollte allerdings nur gelten, wenn die Beihilfe zusätzlich tätigkeitsbezogen vergeben wird, die Beihilfenintensität¹⁹¹ vergleichsweise gering ist (nicht mehr als 30 Prozent) und die Zuwendung in einem offenen und transparenten Verfahren vergeben wird.¹⁹²

6.2.2 Entwurf einer allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung

1062. Um die Zahl der anmeldepflichtigen Beihilfen zu verringern, setzt die EU-Kommission zunehmend sog.

Gruppenfreistellungsverordnungen ein. Diese Gruppenfreistellungsverordnungen stellen unmittelbar anwendbares Recht dar und ihre korrekte Anwendung kann – etwa auf Betreiben eines Konkurrenten des begünstigten Empfängers – vor den nationalen Gerichten überprüft werden. Die Kommission kündigt im SAAP an, die bisherigen Gruppenfreistellungsverordnungen durch eine einheitliche Gruppenfreistellungsverordnung zu vereinfachen, zu konsolidieren und um weitere Bereiche zu ergänzen. Inzwischen hat die EU-Kommission einen Entwurf für eine allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung veröffentlicht.¹⁹³ Der Verordnungsentwurf sieht die Möglichkeit einer Freistellung für fast alle Wirtschaftszweige vor und wird – wenn er umgesetzt wird – eine Vielzahl der Beihilfenfälle erfassen. Die Mitgliedstaaten wären künftig nicht mehr verpflichtet, Beihilfen, die unter diese Verordnung fallen und die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllen, bei der Kommission anzumelden und vor Gewährung der Beihilfen die Genehmigung der Kommission abzuwarten. Sie könnten ihre Beihilfenmaßnahmen vielmehr sofort umsetzen.

1063. Die bisherigen fünf Gruppenfreistellungsverordnungen (für Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (im Folgenden: KMU¹⁹⁴), Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen für KMU, Beschäftigungsbeihilfen, Ausbildungsbeihilfen und Regionalbeihilfen) sollen in der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung aufgehen; sie soll darüber hinaus neue Gruppen von Beihilfen erfassen: Umweltschutzbeihilfen, Risikokapitalbeihilfen sowie Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen für Großunternehmen.

1064. Für die verschiedenen Gruppen werden im Verordnungsentwurf die maximal zulässigen Beihilfenintensitäten sowie die beihilfenfähigen Kosten näher definiert. Durch die Höhe der zulässigen Beihilfenintensität als dem Anteil, zu dem sich ein Mitgliedstaat an den (anerkannten) Gesamtkosten des Projekts beteiligen darf, bringt die EU-Kommission zum Ausdruck, wie erheblich sie das Risiko einer Wettbewerbsverfälschung in Bezug auf die jeweilige Beihilfenkategorie und deren voraus-

¹⁹³ Vgl. Aufforderung zur Stellungnahme zu dem Entwurf der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission für staatliche Beihilfen, ABl. EU Nr. C 210 vom 8. Septembr 2007, S. 14.

¹⁹⁴ Der Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen wird in Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (ABl. EG Nr. L 10 vom 13. Januar 2001, S. 33) wie folgt wiedergegeben:

„Artikel 1

(1) Die kleinen und mittleren Unternehmen, nachstehend ‚KMU‘ genannt, werden definiert als Unternehmen, die

- weniger als 250 Personen beschäftigen und
- einen Jahresumsatz von höchstens 40 Mio. Euro oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 27 Mio. Euro haben und
- die das in Absatz 3 definierte Unabhängigkeitskriterium erfüllen.

(2) Für den Fall, dass eine Unterscheidung zwischen kleinen und mittleren Unternehmen erforderlich ist, werden die „kleinen Unternehmen“ definiert als Unternehmen, die

- weniger als 50 Personen beschäftigen und
- einen Jahresumsatz von höchstens 7 Mio. Euro oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 5 Mio. Euro haben und
- die das in Absatz 3 definierte Unabhängigkeitskriterium erfüllen.“

¹⁸⁹ Vgl. hierzu Erwägungsgrund 12 der De-minimis-Verordnung.

¹⁹⁰ Vgl. hierzu bereits oben Tz. 1015 ff.

¹⁹¹ Als Beihilfenintensität wird der Anteil der Förderung an den Gesamtausgaben des jeweiligen Projekts bezeichnet.

¹⁹² Vgl. hierzu näher unten Tz. 1106 ff.

sichtlichen Nutzen für die Allgemeinheit einschätzt. Je höher die Beihilfenintensität angesetzt wird, desto geringer sind die befürchteten Wettbewerbsbeschränkungen. Die Festlegung der Beihilfenintensität beinhaltet somit eine – wenngleich pauschale und grobe – Abwägung zwischen den positiven und negativen Beihilfenfolgen. Nach dem Verordnungsentwurf ist beispielsweise für allgemeine Ausbildungsmaßnahmen, bei denen übertragbare Qualifikationen erworben werden, eine höhere Beihilfenintensität zulässig (nämlich 65 Prozent) als für spezifische Ausbildungsmaßnahmen, die in erster Linie dem auszubildenden Unternehmen zugute kommen (35 Prozent). Im Verordnungsentwurf sind zudem an mehreren Stellen Begünstigungen für KMU vorgesehen.¹⁹⁵ Falls eine Beihilfenmaßnahme die im Verordnungsentwurf genannten Voraussetzungen erfüllt und die jeweilige gruppenspezifische Beihilfenintensität nicht überschreitet, soll ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt vermutet werden. Neben diesen Vermutungstatbeständen enthält der Entwurf der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung auch Bestimmungen, die höhere Anforderungen an den Rechtsanwender stellen. So muss bei Beihilfen an Großunternehmen positiv nachgewiesen werden, dass die Beihilfe einen Anreizeffekt entfaltet. Daran fehlt es, wenn der Empfänger das geförderte Projekt auch ohne die Beihilfe unter Marktbedingungen durchführen würde.

1065. Bei Beihilfen an KMU wird ein solcher Anreizeffekt als gegeben angesehen, wenn das betreffende KMU bei dem Mitgliedstaat einen Beihilfenantrag stellt, bevor es mit der Durchführung des geförderten Vorhabens oder der geförderten Tätigkeiten beginnt (Artikel 8 Abs. 2 Verordnungsentwurf). Im Fall von Beihilfen an Großunternehmen muss der Mitgliedstaat nachprüfen (Artikel 8 Abs. 3 Verordnungsentwurf), ob der Empfänger in einem internen Dokument die Durchführbarkeit des geförderten Vorhabens oder der geförderten Tätigkeiten mit und ohne Beihilfe analysiert hat. Das begünstigte Unternehmen hat diese Analyse ex ante anhand quantitativer und qualitativer Indikatoren durchzuführen. Der Mitgliedstaat hat diese Analyse zu überprüfen und zu den Akten zu nehmen.

1066. Die Monopolkommission bewertet es als positiv, dass die bisherigen Gruppenfreistellungsverordnungen im

Beihilfenbereich zur Verbesserung der Transparenz und Rechtssicherheit in einer einzigen Verordnung zusammengefasst werden sollen. Nach Auffassung der Monopolkommission können Gruppenfreistellungsverordnungen einen wichtigen Beitrag zur Verfahrensvereinfachung leisten. Diesen Zweck können sie jedoch nur erfüllen, wenn die Freistellungsvoraussetzungen klar formuliert sind und ihre Umsetzung unkompliziert möglich ist. Der im Verordnungsentwurf vorgesehene positive Nachweis des Anreizeffekts bei Beihilfen an Großunternehmen setzt dagegen ein kosten- und zeitintensives Verfahren voraus. Zwar werden Großunternehmen im Vorfeld der Beantragung einer Beihilfe regelmäßig einen „Business Plan“ aufstellen, in dem sie bereits eine eingehende (kontrafaktische) Analyse durchgeführt haben. Das Erfordernis einer näheren Überprüfung der Analyse durch die mitgliedstaatlichen Behörden führt jedoch zu einem erheblichen bürokratischem Mehraufwand und erscheint wenig effizient, da die Kontrolle der Beihilfen gewährenden Stelle überantwortet wird. Die vorgeschlagene Regelung sollte daher nach Auffassung der Monopolkommission keinen Eingang in eine unmittelbar anwendbare Gruppenfreistellungsverordnung finden.

6.2.3 Gemeinschaftsrahmen Forschung, Entwicklung und Innovation

1067. Als typisches Beispiel dafür, wie die EU-Kommission die im SAAP genannten Ziele – insbesondere den angestrebten *more economic approach* – verwirklichen möchte, kann der Gemeinschaftsrahmen für Forschung, Entwicklung und Innovation (FuEuI) vom 22. November 2006 dienen, der – anders als die Vorgängerregelung – neben den Bereichen Forschung und Entwicklung auch Innovationsprojekte mit einbezieht. Der FuEuI-Gemeinschaftsrahmen gilt nur für solche Beihilfenmaßnahmen, die nicht bereits durch die *De-minimis*-Verordnung oder durch eine Gruppenfreistellungsverordnung von der Anmeldepflicht nach Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV befreit sind. Im FuEuI-Gemeinschaftsrahmen äußert sich die EU-Kommission am Rande auch zur Frage des Leitbilds der europäischen Beihilfenkontrolle.¹⁹⁶ Legitimes Ziel von FuEuI-Beihilfen sei die wirtschaftliche Effizienz.

¹⁹⁵ So sollen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen, Beihilfen zur frühzeitigen Anpassung an künftige Gemeinschaftsnormen und Beihilfen für die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten nach dem Verordnungsentwurf nur dann freigestellt werden, wenn sie KMU gewährt werden. Für Beihilfengruppen, bei denen grundsätzlich auch Großunternehmen von der Freistellung profitieren können, sind Aufschläge bei den Beihilfenintensitäten zugunsten von KMU vorgesehen. Schließlich sollen für KMU erleichterte Nachweisanforderungen gelten (Artikel 8 Abs. 2 Verordnungsentwurf). Die EU-Kommission stuft KMU als besonders förderungswürdig ein, da sie „eine entscheidende Rolle bei der Schaffung von Arbeitsplätzen spielen und eine der Säulen für soziale Stabilität und wirtschaftliche Dynamik sind.“ Die EU-Kommission erwartet also, dass durch die Förderung von KMU solche positiven externen Effekte eintreten. Sie geht zudem davon aus, dass KMU typischerweise aufgrund von Marktversagen benachteiligt sind. KMU hätten wegen der häufig geringeren Risikobereitschaft bestimmter Finanzmärkte und geringerer Besicherungsmöglichkeiten vielfach Schwierigkeiten, Kapital, Risikokapital oder Darlehen zu beschaffen.

¹⁹⁶ In Ziff 1.1.1, Abs. 3 des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens heißt es: „Staatliche Beihilfen sollen die wirtschaftliche Effizienz fördern und damit zu nachhaltiger Wirtschaftsentwicklung und Beschäftigung beitragen. Staatliche FuEuI-Beihilfen sind demnach mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn von ihnen angenommen werden kann, dass sie zu zusätzlicher FuEuI-Tätigkeit führen und der Wettbewerb nicht in einem dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt wird; in diesem Falle sieht die Kommission das Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz als erfüllt an. Dieser Gemeinschaftsrahmen soll die Verwirklichung dieses Ziels gewährleisten und den Mitgliedstaaten das gezieltere Zuschneiden der Beihilfen auf das festgestellte Marktversagen erleichtern.“ Hierzu führt sie in Fußnote 3 ergänzend aus: „In der Wirtschaftswissenschaft wird die (wirtschaftliche) Effizienz daran gemessen, inwieweit die Gesamtwohlstandsgewinne in einem einzelnen Markt oder der Volkswirtschaft als Ganzes optimiert werden. Zusätzliche FuEuI verbessert die wirtschaftliche Effizienz durch Umlenkung der Marktnachfrage auf neue oder verbesserte Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen, was einem günstigeren Preis-Leistungs-Verhältnis der betreffenden Produkte entspricht.“

Ohne darzulegen, warum sie nicht wie in den übrigen Bereichen der Wettbewerbspolitik insoweit auf die Konsumentenwohl­fah­rt abstellt, benennt die EU-Kommission beiläufig die Gesamtwohl­fah­rt als maßgebliches Leitbild.

1068. Die EU-Kommission sieht im FuEuI-Gemeinschaftsrahmen verschiedene Verfahren mit unterschiedlicher Prüfungsdichte vor: zum einen ein schnelleres Verfahren, bei dem auch gesetzliche Vermutungen zum Tragen kommen sollen, zum anderen ein sehr aufwendiges Prüfverfahren, bei dem eine konkrete und auf den FuEuI-Bereich zugeschnittene Anwendung der dreistufigen Abwägungsprüfung erfolgt. Die eingehende Würdigung soll vorgenommen werden, falls die Beihilfe bestimmte, in Kapitel 7 des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens aufgeführte Obergrenzen überschreitet. Die Höhe dieser Schwellenwerte differiert je nach Beihilfenart und geförderter Tätigkeit.¹⁹⁷ Darüber hinaus enthält der FuEuI-Gemeinschaftsrahmen besondere Vorgaben für die Prüfung des Anreizeffekts.

1069. Konkret definiert die EU-Kommission in Kapitel 5 des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens zunächst verschiedene Beihilfenkategorien, für die sie konkrete Voraussetzungen aufstellt und die zulässige Beihilfenintensität¹⁹⁸ bestimmt. Je marktferner die geförderte Tätigkeit ist, desto höher darf die Beteiligung an dem jeweiligen Projekt ausfallen (100 Prozent bei der Grundlagenforschung, 50 Prozent bei der industriellen Forschung und 25 Prozent bei der experimentellen Forschung). Dieser Abgrenzung liegt die zutreffende Annahme zugrunde, dass schädliche Wettbewerbsverzerrungen auf Produktmärkten umso wahrscheinlicher sind, je stärker die geplante Investition auf die Entwicklung neuer oder veränderter Produkte oder Verfahren angelegt ist.

1070. In Kapitel 6 des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens geht die EU-Kommission sodann auf das Kriterium des Anreizeffekts ein, dem sie einen zentralen Stellenwert beimisst. Bei bestimmten Beihilfen – namentlich bei Projektbeihilfen für Großunternehmen, Projektbeihilfen für KMU über 7,5 Mio. Euro, Beihilfen für Prozess- und Organisationsinnovation im Dienstleistungssektor und Beihilfen für Innovationskerne – muss der Anreizeffekt von

den anmeldenden Mitgliedstaaten konkret nachgewiesen werden. In entsprechenden Fällen müssen die Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob darüber hinaus auch der in Kapitel 7 für die konkrete Tätigkeit genannte Schwellenwert überschritten ist, der EU-Kommission eine Ex-ante-Bewertung der gesteigerten FuEuI-Tätigkeit vorlegen, die auf einem Vergleich der Situation ohne Beihilfe mit der Situation nach Beihilfengewährung basiert. Als mögliche Indikatoren benennt die EU-Kommission: Erhöhung des Projektumfangs, Erhöhung der Projektreichweite, Beschleunigung des Verfahrens, Aufstockung der Gesamtaufwendungen für FuEuI.¹⁹⁹

1071. Sofern die jeweilige Beihilfenmaßnahme die Kriterien des Kapitels 5 erfüllt, den für die geförderte Tätigkeit vorgesehenen Schwellenwert des Kapitels 7 nicht überschreitet²⁰⁰ und der Anreizeffekt entsprechend dem in Kapitel 6 beschriebenen Verfahren nachgewiesen wird, erfolgt keine weitere Prüfung. Vielmehr wird unterstellt, dass die dreistufige Abwägungsprüfung zu einem positiven Ergebnis führen würde. Da die EU-Kommission insoweit auf Schwellenwerte und nicht etwa auf Marktanteile abstellt, kommt dieser Vermutungstatbestand unabhängig von der Größe des Marktes und der Marktstellung des Begünstigten zum Tragen.

1072. Sofern der für die jeweilige Tätigkeit festgelegte Schwellenwert überschritten ist, soll die dreistufige Abwägungsprüfung einzelfallbezogen nach Maßgabe der in Kapitel 7 näher beschriebenen Vorgehensweise durchgeführt werden.

Zunächst muss der Mitgliedstaat auf Stufe 1 das Vorliegen eines berechtigten gemeinsamen Interesses nachweisen. Nach Maßgabe des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens kommt eine Rechtfertigung von Beihilfen nur dann in Betracht, wenn die Beseitigung eines Marktversagens angestrebt wird.²⁰¹ Andere Ziele sozialer oder verteilungspolitischer Art lässt die EU-Kommission im Anwendungsbereich des FuEuI-Rahmens nicht gelten. Nach Ansicht der EU-Kommission sind im Bereich FuEuI als Formen des Marktversagens Wissens-Spillover, unvollständige und asymmetrische Informationen sowie mangelnde Koordinierung und Netzbildung denkbar. Deren bloße Behauptung reicht nicht aus, vielmehr muss der je-

¹⁹⁷ Nach Ziff. 7.1 des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens sind die folgenden Schwellenwerte maßgeblich:

- „– im Falle von Projektbeihilfen und Durchführbarkeitsstudien
- bei Projekten, die überwiegend die Grundlagenforschung betreffen: 20 Mio. Euro je Unternehmen und Vorhaben/Durchführbarkeitsstudie;
- bei Projekten, die überwiegend die industrielle Forschung betreffen: 10 Mio. Euro je Unternehmen und Vorhaben/Durchführbarkeitsstudie;
- bei allen anderen Projekten: 7,5 Mio. Euro je Unternehmen und Projekt/Durchführbarkeitsstudie;
- im Falle der Prozess- oder Betriebsinnovation im Dienstleistungssektor: 5 Mio. Euro je Unternehmen und Vorhaben;
- im Falle von Innovationskernen (je Kern): 5 Mio. Euro.“

¹⁹⁸ Hierunter versteht man „die in Prozent der beihilfenfähigen Kosten des Vorhabens ausgedrückte Höhe der Bruttobeihilfe. Sämtliche eingesetzten Beträge sind Beträge vor Abzug von Steuern oder anderen Abgaben. Werden Beihilfen nicht in Form eines Zuschusses gewährt, bestimmt sich die Höhe der Beihilfe nach ihrem Beihilfenäquivalent.“ (Ziff. 2.2 c) FuEuI-Gemeinschaftsrahmen).

¹⁹⁹ Falls der in Kapitel 7 genannte Schwellenwert nicht überschritten ist, möchte die EU-Kommission im Regelfall annehmen, dass die geplante Beihilfe einen Anreizeffekt aufweist, wenn zumindest bei einem dieser Faktoren signifikante Veränderungen unter Berücksichtigung des normalen Verhaltens in dem betreffenden Wirtschaftszweig nachgewiesen werden können. Andernfalls gelten erhöhte Nachweispflichten.

²⁰⁰ Hierunter fallen:

- Projektbeihilfen und Durchführbarkeitsstudien, bei denen die Beihilfe einem KMU gewährt wird und der Beihilfenbetrag je KMU und Vorhaben unter 7,5 Mio. Euro liegt (Projektbeihilfe plus Beihilfe für Durchführbarkeitsstudie),
- Beihilfen für von KMU zu tragende Kosten für gewerbliche Schutzrechte,
- Beihilfen für junge innovative Unternehmen,
- Beihilfen für Innovationsberatung; Beihilfen für innovationsunterstützende Dienstleistungen,
- Beihilfen zur Ausleihung hochqualifizierten Personals.

²⁰¹ Vgl. Ziff. 1.3.2 FuEuI-Gemeinschaftsrahmen.

weilige Mitgliedstaat den Nachweis erbringen, warum im konkreten Fall ein spezifisches Marktversagen vorliegt.

Sodann soll auf Stufe 2 überprüft werden, ob es sich bei der Beihilfe um ein geeignetes Instrument handelt, ein Anreizeffekt vorliegt und die Beihilfe verhältnismäßig ist. Eine Maßnahme gilt bereits dann als geeignetes Instrument, wenn der betreffende Mitgliedstaat im Rahmen einer Folgenabschätzung andere Maßnahmen erwogen hat und (nachvollziehbar) zu der Feststellung gelangt ist, dass die Gewährung einer selektiv wirkenden Beihilfe Vorteile mit sich bringt. In diesem Zusammenhang gesteht die EU-Kommission den Mitgliedstaaten somit einen Einschätzungsspielraum zu. Demgegenüber verlangt sie in Bezug auf den Anreizeffekt einen positiven Nachweis, der eine äußerst komplexe und aufwendige Analyse voraussetzt, die über die in Kapitel 6 genannten Anforderungen hinausgeht. Die Ermittlung des Anreizeffekts bildet nach den Ausführungen der EU-Kommission im Rahmen des konkreten Abwägungstests „den wichtigste(n) Bestandteil bei der Analyse einer staatlichen FuEuI-Beihilfe“.²⁰² Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit fordert die EU-Kommission die Mitgliedstaaten hingegen lediglich dazu auf, konkret darzulegen, inwiefern ein offenes Auswahlverfahren stattgefunden hat und ob die Beihilfe den erforderlichen Mindestbetrag nicht überschreitet.

Zum Schluss sollen auf Stufe 3 des Tests mögliche Wettbewerbs- und Handelsverzerrungen analysiert und mit den positiven Wirkungen (der Beseitigung des jeweiligen Marktversagens) abgewogen werden. Als Wettbewerbsverzerrungen, die durch eine FuEuI-Beihilfe ausgelöst werden können, benennt die EU-Kommission:

- die Verringerung der dynamischen Innovationsanreize für die Wettbewerber durch eine verstärkte Präsenz des begünstigten Unternehmens auf den Produktmärkten (Verdrängungseffekte); in diesem Zusammenhang möchte die EU-Kommission den Beihilfenbetrag,²⁰³ die Marktnähe/Beihilfenart,²⁰⁴ die Art der Vergabe,²⁰⁵ eventuelle Austrittsschranken,²⁰⁶ die Wettbewerbsanreize für einen zukünftigen Markt²⁰⁷ und die Produkt-

²⁰² Vgl. Ziff. 7.3.3. FuEuI-Gemeinschaftsrahmen.

²⁰³ Bei besonders hohen Beihilfenbeträgen (gemessen an den gesamten privaten FuEuI-Ausgaben in dem betreffenden Sektor) sind nach Ansicht der EU-Kommission beträchtliche Verdrängungseffekte wahrscheinlicher.

²⁰⁴ Mit zunehmender Marktnähe der durch eine Beihilfe geförderten FuEuI-Tätigkeit nimmt nach Einschätzung der EU-Kommission die Wahrscheinlichkeit erheblicher Verdrängungswirkungen zu.

²⁰⁵ Die Gewährung der Beihilfen auf der Grundlage objektiver Kriterien wird von der Kommission positiver bewertet.

²⁰⁶ Die EU-Kommission führt aus, dass die Wettbewerber eher geneigt sein werden, ihre Investitionen aufrechtzuerhalten oder sogar zu erhöhen, wenn die Schranken zur Aufgabe des Innovationsprozesses hoch sind. Dies kann der Fall sein, wenn ein Großteil der früheren Investitionsausgaben des Wettbewerbers in einer bestimmten FuEuI-Technologie gebunden ist.

²⁰⁷ FuEuI-Beihilfen können nach Ansicht der EU-Kommission dazu führen, dass die Wettbewerber des Begünstigten auf den Wettbewerb um einen zukünftigen Markt verzichten, da die mit der Beihilfe verbundenen Vorteile (hinsichtlich des Maßes des technischen Vorsprungs oder zeitlicher Vorteile) die Rentabilität eines zukünftigen Markteintritts für die Wettbewerber verringern.

differenzierung sowie die Intensität des Wettbewerbs²⁰⁸ berücksichtigen;

- die Schaffung oder Aufrechterhaltung von Marktmacht; die EU-Kommission kündigt an, die Höhe der Zutrittsschranken,²⁰⁹ die Nachfragemacht²¹⁰ und den Auswahlprozess in ihre diesbezügliche Betrachtung einzustellen.²¹¹ Sie legt dar, es sei unwahrscheinlich, dass in Märkten, in denen jeder Begünstigte einen Anteil von weniger als 25 Prozent hält und sich die Marktkonzentration gemessen am HHI²¹² auf unter 2 000 beläuft, Wettbewerbsbedenken wegen Marktmacht auftreten.
- die Aufrechterhaltung ineffizienter Marktstrukturen; die EU-Kommission möchte insoweit überprüfen, ob die Beihilfe in Märkten mit Überschusskapazitäten, für schrumpfende Wirtschaftszweige oder in sensiblen Sektoren gewährt wird.

1073. Zu begrüßen ist, dass die EU-Kommission die Wettbewerbsverzerrungen, die im Falle einer FuEuI-Beihilfe drohen, im Gemeinschaftsrahmen typologisiert und die Beurteilungskriterien ausdrücklich benennt. Die Untersuchung der negativen Auswirkungen auf Stufe 3 des Tests setzt voraus, dass eine detaillierte Wettbewerbsanalyse auf der Basis einer konkreten Definition des sachlich und geografisch relevanten Marktes erfolgt. Die EU-Kommission berücksichtigt bei der Wettbewerbsanalyse sowohl verschiedene Marktcharakteristika (die Stellung des begünstigten Unternehmens im relevanten Markt, die Marktanteilshöhe und -konzentration, Marktzutrittsbarrieren, den Grad an Produktdifferenzierung sowie Überkapazitäten im Markt) als auch Beihilfencharakteristika (die Art der Vergabe²¹³, die Höhe des Beihilfenbetrags, die

²⁰⁸ Wenn die Produktinnovation auf die Entwicklung differenzierter Produkte (etwa bezogen auf bestimmte Marken, Normen, Techniken, Verbraucherguppen) gerichtet ist, sind die Wettbewerber davon nach Auffassung der EU-Kommission in der Regel weniger stark betroffen. Dasselbe gelte, wenn viele effektive Wettbewerber auf dem Markt vertreten sind.

²⁰⁹ Die EU-Kommission legt dar, dass im FuEuI-Bereich die Zutrittsschranken für Newcomer hoch sein könnten. Hierzu zählt sie Schranken rechtlicher Art (insbesondere Rechte des geistigen Eigentums), Größen- und Verbundvorteile, Schranken beim Zugang zu Netzwerken und Infrastrukturen und sonstige strategische Schranken für den Markteintritt oder das Wachstum.

²¹⁰ Die Marktmacht eines Unternehmens kann, so die EU-Kommission, durch die Marktstellung der Abnehmer eingeschränkt werden. Das Vorhandensein starker Abnehmer könne bewirken, dass eine starke Marktstellung weniger schwer wiege, wenn anzunehmen sei, dass die Käufer versuchen werden, ausreichenden Wettbewerb im Markt zu erlangen.

²¹¹ Nach Ansicht der EU-Kommission sind Beihilfen bedenklich, die es Unternehmen mit starker Marktstellung ermöglichen, den Auswahlprozess zu beeinflussen, z. B. wenn sie das Recht haben, Unternehmen im Auswahlprozess zu empfehlen oder den Forschungspfad auf eine Weise zu beeinflussen, die alternative Pfade ungerechtfertigt benachteiligt.

²¹² HHI ist die Abkürzung für Herfindahl-Hirschman-Index und beschreibt die Summe der quadrierten Marktanteile der Unternehmen im relevanten Markt.

²¹³ Maßnahmen, die innerhalb breiter Hilfsprogramme oder innerhalb offener Auswahlverfahren vergeben wurden, sind ceteris paribus weniger verzerrend als gezielte Ad-hoc-Maßnahmen zugunsten einzelner Firmen.

Beihilfenart und die Marktnähe der geförderten Tätigkeit).

1074. Vor dem Hintergrund, dass die Rechtfertigungsgründe in Artikel 87 Abs. 3 EGV sehr weit formuliert sind, sieht es die Monopolkommission als positiv an, dass die EU-Kommission ihr Vorgehen bei der Prüfung näher konkretisieren und auf die Besonderheiten von FuEuI-Beihilfen zuschneiden will. Hierdurch werden die Transparenz und das ökonomische Fundament der Beihilfenentscheidungen der EU-Kommission im FuEuI-Bereich im Vergleich zur früheren Praxis erhöht. Kritisch ist zu bewerten, dass die EU-Kommission die Wettbewerbssituation nicht bereits auf Tatbestandsebene (Artikel 87 Abs. 1 EGV), sondern erstmals auf Rechtfertigungsebene innerhalb der Vereinbarkeitsprüfung – Stufe 3 des Abwägungstests – untersucht. Vielmehr sollte – anders als nach dem Konzept der EU-Kommission und der gegenwärtigen Praxis – das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Wettbewerbsverfälschung bereits im Vorfeld auf Tatbestandsebene ökonomisch fundiert festgestellt worden sein, bevor die EU-Kommission im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Beihilfenmaßnahme im Hinblick auf das mit ihr verfolgte ökonomische oder verteilungspolitische Ziel untersucht.

1075. Nach Ansicht der Monopolkommission ist zudem zu beanstanden, dass die EU-Kommission dem Kriterium des Anreizeffekts im Vergleich zu den anderen Prüfungspunkten einen zentralen Stellenwert einräumt und den Anreizeffekt als „wichtigsten Bestandteil“ ihres Abwägungstests beschreibt.²¹⁴ Nach Auffassung der Monopolkommission sollte dieses Kriterium im Vergleich zu anderen Prüfungspunkten nicht überbewertet und nicht an einen so aufwendigen und komplexen Nachweis gebunden werden, wie dies in Kapitel 7 des FuEuI-Gemeinschaftsrahmens vorgesehen ist. Obwohl Beihilfen grundsätzlich nur vergeben werden sollten, wenn sie einen Anreiz zur Verhaltensänderung setzen, da andernfalls Mitnahmeeffekte entstehen, stellt aus wettbewerblicher Sicht das bloße Nichtvorhandensein eines Anreizeffekts keinen Beleg für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung dar. Falls die Beihilfe keine Verhaltensänderung in Bezug auf das geförderte Projekt bewirkt, bedeutet dies, dass das begünstigte Unternehmen ohne die Beihilfe keine anderen Preis- oder Mengenentscheidungen auf den betrachteten Märkten getroffen und insoweit gerade keine Wettbewerbsverzerrung hervorgerufen hätte. Zwar kann umgekehrt aus dem Fehlen eines Anreizeffekts nicht auf das Fehlen einer Wettbewerbsverfälschung geschlossen werden, da ein Unternehmen langfristig betrachtet die Ressourcen, die ihm durch die Beihilfengewährung zur Verfügung gestellt werden und sein Betriebsergebnis begünstigen, einsetzen kann, um – etwa auf benachbarten Märkten – einen Wettbewerbsvorsprung zu erzielen. Innerhalb der von der EU-Kommission auf den Schutz des grenzüberschreitenden Wettbewerbs ausgerichteten Abwägungsprüfung stellt das

Kriterium des Anreizeffekts jedoch kein geeignetes Prüfkriterium dar.

1076. Wenn die Funktionsweise eines bestimmten Marktes gravierenden Einschränkungen unterliegt, führt ein unverfälschter Wettbewerb in allokativer Hinsicht nicht zu effizienten Ergebnissen. Die EU-Kommission sollte jedoch im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung näher untersuchen, inwiefern das jeweilige Marktversagen spezifisch und wirksam durch die Beihilfe beseitigt werden kann und ob offensichtlich mildere Mittel zur Verfügung stehen, die den Wettbewerb weniger verzerren. Denn auch wenn ein Marktversagen vorliegt, bedeutet dies nicht automatisch, dass die Situation durch einen staatlichen Eingriff verbessert wird. Vielmehr besteht die Gefahr, dass Beihilfen aufgrund staatlicher Fehleinschätzung die gewünschte Wirkung verfehlen und die Wettbewerbssituation nachteilig verändern. Die EU-Kommission sollte daher auch überprüfen, ob gegebenenfalls mehrere Marktversagenstatbestände vorliegen und sich die Wettbewerbssituation – falls nur ein Marktversagen durch eine Beihilfe gezielt bekämpft wird – durch den staatlichen Eingriff voraussichtlich verschlechtert (Second-best-Problematik).

6.3 Kennzeichen des more economic approach in der Beihilfenkontrolle

6.3.1 Ursprünge des more economic approach im EU-Wettbewerbsrecht

1077. Unter Berufung auf einen more economic approach hat die EU-Kommission zunächst nur die schrittweise Neuausrichtung im Bereich der unternehmensbezogenen Wettbewerbsbestimmungen (Kartellrecht²¹⁵) angestrebt. Hier liegen die Ursprünge des neuen Reformansatzes der EU-Kommission, der sich auf mehrere Ebenen und Fragestellungen erstreckt:

- die Frage nach dem maßgeblichen Leitbild,
- die Frage, wie die Typisierung von Recht bzw. Leitlinien (soft law/policy) erfolgen sollte, und
- die Frage, welche ökonomischen Erkenntnisse und Methoden in Einzelfallentscheidungen zugrunde gelegt werden sollten.

Der Begriff des more economic approach ist somit vielschichtig und seine Realisierung im Wettbewerbsrecht in unterschiedlichen Ausprägungen denkbar. Eine allgemein gültige Definition gibt es nicht. Nachfolgend soll der Ansatz, den speziell die EU-Kommission unter Bezugnahme auf den Begriff des more economic approach verfolgt, näher charakterisiert werden. Die Ziele, die die EU-Kommission dabei im Kartellrecht verfolgt, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Ausrichtung der kartellrechtlichen Wettbewerbsregeln auf den Schutz der Konsumentenwohlfahrt,

²¹⁴ Vgl. Ziff. 7.3.3. FuEuI-Gemeinschaftsrahmen.

²¹⁵ Der Begriff „Kartellrecht“ wird in diesem Sonderkapitel in einem weiten Sinn verwendet und erfasst auch die Bereiche der Missbrauchs- und Fusionskontrolle.

- Maßgeblichkeit der Auswirkungen des fraglichen Verhaltens bzw. der jeweiligen Transaktion auf das Marktergebnis (effects-based approach),
- Durchführung einer umfassenden Einzelfallanalyse in problematischen Fällen (anstelle von undifferenzierten Per-se-Regeln),
- durchgehende Zulassung des Effizienzeinwands und
- Einsatz neuer ökonomischer Modelle, Erkenntnisse und quantitativer Untersuchungsmethoden.

1078. Dieser von der EU-Kommission im Kartellrecht befürwortete more economic approach ist Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Arbeiten und kontrovers geführter Diskussionen. Hieran wird sich die Monopolkommission im Rahmen dieses Sonderkapitels nicht beteiligen, sondern vielmehr die Chancen und Risiken der Anwendung eines more economic approach in der Beihilfenkontrolle bewerten. Um jedoch die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu verdeutlichen, die zwischen dem von der EU-Kommission einerseits im Kartellrecht und andererseits in der Beihilfenkontrolle angestrebten more economic approach bestehen, sollen die Merkmale der beiden Reformkonzepte im Folgenden einander gegenübergestellt werden.

6.3.2 Charakteristika des von der EU-Kommission in der Beihilfenkontrolle angestrebten more economic approach im Vergleich zum Kartellrecht

6.3.2.1 Leitbild

Kartellrecht

1079. Die Sicherung einer kompetitiven Marktstruktur und der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs bilden die traditionellen Leitbilder des deutschen Wettbewerbsrechts, das über Jahrzehnte auch das europäische Wettbewerbsrecht beeinflusst hat. Demnach stellt der Wettbewerb als solcher bereits ein schützenswertes Gut dar. Dieses durch ordoliberalen Gedankengut geprägte Verständnis basiert auf der Annahme, dass der Schutz des Wettbewerbs langfristig und mittelbar auch dem Endverbraucher zugute kommt und stellt darauf ab, ob das jeweilige Verhalten mit Handlungsbeschränkungen für Wettbewerber und Marktteilnehmer auf vor- bzw. nachgelagerten Marktstufen verbunden ist. Der Freiheitssicherung kommt nach diesem Ansatz ein eigenständiges Gewicht zu. Sie beinhaltet zwei Aspekte. Zum einen geht es um den Schutz individueller wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten. Zum anderen soll die marktwirtschaftliche Privatrechtsordnung gegen die Gefährdungen geschützt werden, die ihr daraus erwachsen, dass Interessengruppen über den politischen Prozess Privilegien zu erwirken suchen.

1080. Die EU-Kommission möchte im Zuge des more economic approach ein Leitbild im EU-Kartellrecht etablieren, bei dem insbesondere die ökonomischen Ergebnisse von Bedeutung sind. Danach soll die Effizienz der Marktergebnisse den maßgeblichen Zielparame-

ter betonen ist, dass Leitbilder nicht deskriptiv, sondern normativ sind. Da die EU-Kommission offenbar keine Änderung der primärrechtlichen Grundlagen durch den europäischen Gesetzgeber anstrebt, muss sich die von ihr geführte Leitbilddiskussion an den gesetzlichen Vorgaben orientieren. Diese Diskussion kann daher allenfalls eine veränderte Auslegung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften und Merkmale (etwa des Merkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung in Artikel 81 Abs. 1 EGV) zum Ziel haben, wobei über diese Auslegungsfragen letztverbindlich die europäischen Gerichte zu entscheiden haben. Die EU-Kommission beabsichtigt, insoweit den Schutz der Konsumenten in den Mittelpunkt zu stellen (Konsumentenwohlstandsstandard). Der Wettbewerb soll somit nicht um seiner selbst willen und als Institution geschützt werden, sondern vielmehr als Mittel zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt werden.²¹⁶

1081. Die Etablierung eines Konsumentenwohlstandsstandards ist nicht unumstritten. So gibt es Stimmen in der Literatur, die sich ebenso wie die EU-Kommission für einen more economic approach aussprechen, in dem die Effizienz das Leitbild der Wettbewerbspolitik bildet. Gleichwohl wenden sie sich gegen den Konsumentenwohlstandsstandard und treten stattdessen für einen Gesamtwohlstandsstandard ein, der neben dem Nutzen für den Verbraucher auch die Vorteile für die Produzenten umfasst (total welfare standard).²¹⁷

1082. Zur Begründung für den Standpunkt der EU-Kommission, nicht auf den sonst in der Ökonomie maßgeblichen Gesamtwohlstandsstandard, sondern auf den Konsumentenwohlstandsstandard abzustellen, wird darauf verwiesen, dass im Verhältnis zwischen der Wettbewerbsbehörde und den anmeldenden Unternehmen eine Informationsasymmetrie bestehe und zudem den Verbrauchern Möglichkeit und Anreiz fehlten, Lobbytätigkeiten auszuüben, die mit denjenigen finanzstarker Unternehmen vergleichbar wären.²¹⁸ Daher müsse bewusst eine Asymmetrie eingeführt und der Konsumentennutzen von den

²¹⁶ In seiner Rede auf der 13. Internationalen Kartellrechtskonferenz am 27. März 2007 in München „Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?“ hat sich Generaldirektor Philip Lowe zur Leitbildfrage wie folgt geäußert: „Ladies and Gentleman, my overall message is short and simple. Yes, consumer welfare and efficiency are the new guiding principles of EU competition policy. Whilst the competitive process is important as an instrument, and whilst in many instances the distortion of this process leads to consumer harm, its protection is not an aim in itself. The ultimate aim is the protection of consumer welfare, as an outcome of the competitive process. And believe me that as head of the competition authority charged with protecting consumer welfare, I am at least as concerned about false negatives, i.e. under-enforcement, as I am about false positives, i.e. over-enforcement. I am therefore committed to make the new rules work in practice.“, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf.

²¹⁷ Vgl. etwa Schmidtchen: Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, 2006, S. 6–17, 6 f.

²¹⁸ Vgl. Röller, L.-H., Neven, D. J., *Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy, Model of Merger Control*, *International Journal of Industrial Organization* 23, 2005, S. 829–848; Heidhues, P., Lagerlöf, J., *On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control*, *International Journal of Industrial Organization* 23, 2005, S. 803–827.

Wettbewerbsbehörden stärker als die Gewinne der Produzenten berücksichtigt werden. Es mag sein, dass auch die einfachere Handhabung im Rahmen industrieökonomischer Modelle und Analyseverfahren zu dieser Ausrichtung beigetragen hat. Die neue Akzentuierung der EU-Kommission dürfte auch maßgeblich durch die US-amerikanische Wettbewerbspraxis beeinflusst sein, in welcher der Konsumentenwohlstandsstandard (consumer welfare standard) seit Längerem als Leitbild zugrunde gelegt wird.²¹⁹

1083. Der EuGH, der für die Auslegung der europäischen Rechtsvorschriften letztinstanzlich zuständig ist, hat zur Frage nach dem maßgeblichen Schutzzweck und dem zu verfolgenden Leitbild im Urteil *British Airways* vom 15. März 2007 wie folgt Stellung genommen: „Zudem bezieht sich Artikel 82 EGV [...] nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV die Rede ist, Schaden zufügen.“²²⁰ Der EuGH spricht sich insoweit zwar nicht gegen den Schutz der Konsumenten als Ziel der Wettbewerbsbestimmungen aus. Er erkennt dieses Ziel sogar ausdrücklich an, indem er ausführt, dass Artikel 82 EGV sich nicht nur auf Verhaltensweisen bezieht, die sich für die Konsumenten unmittelbar nachteilig auswirken. Gleichwohl betont er, dass ein Eingriff in die Struktur zur Begründung eines Wettbewerbsverstoßes ausreichen kann und knüpft damit an den traditionellen strukturorientierten Ansatz an, der im deutschen Wettbewerbsrecht nach wie vor maßgeblich ist. Eine unmittelbare Schädigung der Verbraucherinteressen ist demzufolge nicht zwingende Voraussetzung für ein Eingreifen des europäischen Wettbewerbsrechts. Eine ausschließliche Verwendung des Konsumentenwohlstandsstandards wird somit vom EuGH nicht befürwortet.

Beihilfenrecht

1084. Der SAAP enthält keine Angaben zur Frage, welches Leitbild in der EU-Beihilfenkontrolle maßgeblich ist. Wie bereits dargelegt, müssen bei der Leitbilddiskussion die bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen des EG-Vertrages beachtet und eingehalten werden. In

²¹⁹ Einige Ökonomen sprechen sich gegen die wirtschaftliche Effizienz im Sinne des Wohlfahrtsansatzes aus und plädieren stattdessen für die Wettbewerbsfreiheit als Leitbild, befürworten aber zugleich, die Auswirkungen für den Konsumenten als maßgebliches Kriterium bei der Anwendung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen zu berücksichtigen. Die Förderung der Freiheit des einen bedeutet immer auch die Einschränkung der Freiheit eines anderen Marktteilnehmers. Auch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit marktmächtiger Unternehmen ist demnach schätzenswert und gegen die Wettbewerbsfreiheit der jeweiligen Wettbewerber oder der Marktgegenseite abzuwägen. Die Verbraucherinteressen sind demnach ein geeigneter Indikator für die Feststellung, wessen Wettbewerbsfreiheit im Einzelfall den höheren Schutz verdient. Vgl. Hellwig, M., Effizienz und Wettbewerbsfreiheit. Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, Preprint 2006/20, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn August 2006, S. 2 ff., http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2006_20online.pdf.

²²⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04, Rn. 106.

dem neuen FuEuI-Gemeinschaftsrahmen erwähnt die EU-Kommission beiläufig, dass in der europäischen Beihilfenkontrolle – anders als in den übrigen Bereichen der Wettbewerbspolitik – nicht die Konsumentenwohlfahrt, sondern vielmehr der Gesamtwohlfahrtsstandard maßgeblich sein soll, der neben der Konsumentenrente auch die Produzentenrente umfasst.

1085. In einer Studie schlug das damalige Chefökonomieamt der Generaldirektion Wettbewerb vor, im Beihilfenbereich auf einen Konsumentenwohlstandsstandard abzustellen, bei dem jedoch – anders als im EU-Kartellrecht – auch die Interessen der Steuerzahler berücksichtigt werden sollen.²²¹ In einer weiteren Studie, welche die EU-Kommission im Zuge der geplanten Beihilfenreform in Auftrag gegeben hat, wird befürwortet, sowohl die Interessen der Konsumenten als auch die Gewinninteressen der Konkurrenten zu berücksichtigen.²²²

1086. Unabhängig davon, wie man das von der EU-Kommission im europäischen Kartellrecht befürwortete neue Leitbild bewertet, sollte ein reiner und ausschließlicher Konsumentenwohlstandsstandard in der Beihilfenkontrolle nicht verwendet werden. Bei einer schlichten Übertragung dieses Ansatzes, bei dem die unmittelbaren Auswirkungen für die Konsumenten auf den jeweiligen Produktmärkten das maßgebliche Beurteilungskriterium bilden, bestünde die Gefahr, dass es zu einer nicht sachgerechten und zu positiver Bewertung von Beihilfen kommt. Bei kurzfristiger Betrachtung können Beihilfen zunächst niedrigere Preise zur Folge haben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die gewährten Beihilfen zu einer Senkung der variablen Kosten oder zu einem Markteintritt weiterer Unternehmen führen. Auf den ersten Blick wären dann in der Regel allokativer Wohlfahrtsgewinne auf den jeweiligen Produktmärkten zu verzeichnen.²²³

1087. Hierbei würde jedoch vernachlässigt, dass Beihilfen – die durch Steuern finanziert werden müssen, die ihrerseits Wohlfahrtsverluste bedingen – mittel- und langfristig zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können, die überhöhte Preise zur Folge haben und die Konsumenten letztlich schlechter stellen. So können Beihilfen an etablierte Unternehmen effiziente Newcomer vom Markteintritt abschrecken. Darüber hinaus können ineffiziente Firmen Marktanteile auf Kosten von nicht geförderten, effizienteren Unternehmen erlangen. Zudem können Beihilfen zu einer Beihilfenmentalität und einer Verringerung des Kostendrucks (soft budget constraint) führen und infolgedessen produktive Ineffizienzen hervorrufen. Denn für Unternehmen bestehen geringere Anreize, effizient zu produzieren und zu investieren, wenn sie davon ausgehen können, dass der Staat ihnen bei finanziellen Engpässen (etwa zum Erhalt von Arbeitsplätzen) zu Hilfe

²²¹ Vgl. Friederiszick, H. W., Röller, L.-H., Verouden, V., a. a. O., S. 39 ff.

²²² Vgl. Nitsche, R., Heidhues, P., Study on methods to analyse the impact of State aid on competition, European Economy, Economic Papers No. 244, February 2006, S. 5 ff., http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_papers/2006/economicpapers_244_en.htm.

²²³ Dies gilt, sofern man nicht von dem unrealistischen Bild vollständigen Wettbewerbs ausgeht.

kommt. Ferner kann eine fortwährende Beihilfenvergabe durch die dauerhafte Veränderung der relativen Preise gesamtwirtschaftliche Verzerrungen nach sich ziehen und Fehlallokationen der Ressourcen verursachen. Die Monopolkommission begrüßt es daher, dass die EU-Kommission offenbar nicht beabsichtigt, im Beihilfenbereich einen Konsumentenwohlstandsstandard in der Form zu etablieren, in der sie ihn im Kartellrecht befürwortet.²²⁴

1088. Wie bereits dargelegt wurde, bildet gemäß Artikel 87 Abs. 1 und Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV der Schutz des Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt das maßgebliche Leitbild in der europäischen Beihilfenkontrolle. Eine fiskalpolitische Kompetenz steht der EU-Kommission im Rahmen der Artikel 87 ff. EGV nicht zu. Die EU-Kommission sollte sich daher ihrem gesetzlichen Auftrag entsprechend in der Beihilfenkontrolle darauf konzentrieren, negative Auswirkungen von Beihilfen für den grenzüberschreitenden Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt zu verhindern oder auf das erforderliche Maß zu reduzieren. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Beihilfe Wettbewerbsbeeinträchtigungen hervorruft, kann die kurzfristige Preisentwicklung, die infolge der Beihilfe auf den relevanten Produktmärkten aus Konsumentensicht eintritt, einer von mehreren zu berücksichtigenden Faktoren sein. Daneben ist insbesondere erheblich, in welchem Ausmaß die Beihilfe geeignet ist, die übrigen Marktteilnehmer – derselben Marktstufe, der vor- und nachgelagerten Marktstufen sowie auf benachbarten Märkten – zu beeinträchtigen und grenzüberschreitend in das Marktgeschehen einzugreifen.

6.3.2.2 Auswirkungsansatz (effects-based approach)

Kartellrecht

1089. Im Zuge der Einführung des Konsumentenwohlstandsstandards als Leitbild verfolgt die EU-Kommission mit der Ausrichtung des europäischen Wettbewerbsrechts im Lichte eines more economic approach im Kartellrecht das Ziel, einen Auswirkungsansatz (effects-based approach) im Gegensatz zu dem traditionellen strukturorientierten Ansatz (form-based approach) zu etablieren.²²⁵ Nach dem Strukturansatz kommt es maßgeblich auf die Sicherung einer funktionsfähigen Wettbewerbsstruktur an. Eine abstrakte Gefährdung genügt, um einen wettbewerbsbehördlichen Eingriff zu rechtfertigen. Bei der Ver-

wendung struktureller Merkmale ist der Nachweis einer Zuwiderhandlung regelmäßig leichter möglich als bei Zugrundelegung des Auswirkungsansatzes, bei dem auf die konkreten Wirkungen einer Maßnahme abgestellt wird. Nach dem Auswirkungsansatz müssen in kritischen Einzelfällen mehr Informationen als bisher einbezogen werden, um eine Untersagung zu rechtfertigen.

1090. Der Auswirkungsansatz spiegelt sich in der Formulierung jüngerer Sekundärrechtsvorschriften sowie in den Leitlinien der EU-Kommission wider, in welchen diese die Grundzüge ihrer eigenen Rechtsanwendungspraxis offen legt und sich insoweit selbst bindet (soft law).²²⁶ Der Auswirkungsansatz soll nach dem Willen der EU-Kommission in der Einzelfallpraxis eine maßgebliche Rolle spielen. Demnach sind die Effekte für das Marktergebnis in problematischen Fällen unter Einsatz industrieökonomischer Modelle und quantitativer Untersuchungsmethoden umfassend zu untersuchen. Dem Leitbild des Konsumentenwohlstandsstandards folgend, soll maßgeblich sein, ob die jeweiligen Auswirkungen gegebenenfalls vorteilhaft für die Verbraucher sind, wobei die tatsächlichen wie auch die wahrscheinlichen Auswirkungen in Betracht zu ziehen sind.²²⁷ So kommt es etwa bei der Beurteilung einer Fusion maßgeblich darauf an, wie sich im Falle des Zusammenschlusses die Preise voraussichtlich entwickeln werden. Veränderungen der Marktstruktur oder die Form einer Wettbewerbshandlung sollen insoweit von Bedeutung sein, als mit ihnen Aussagen über die Folgen für die Verbraucher verbunden werden können.²²⁸

Beihilfenrecht

1091. Weder der State Aid Action Plan noch die bisher ergangenen Umsetzungsmaßnahmen sehen vor, dass die EU-Kommission bereits auf der Ebene des Tatbestands – Artikel 87 Abs. 1 EGV – die ökonomischen Auswirkungen auf den Wettbewerb näher untersucht. Die bisherige Praxis, nach der innerhalb des Artikel 87 Abs. 1 EGV bei den Merkmalen der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und der Wettbewerbsverfälschung lediglich eine pauschale ökonomische Prüfung ohne genaue Marktabgrenzung vorgenommen wird, wird nicht aufgegeben. Diese Praxis der EU-Kommission wurde in der Vergangenheit von den europäischen Gerichten gedeckt. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die ökonomische Beweisführung der EU-Kommission im Beihilfenrecht stellt, weicht somit grundlegend von den Regeln ab, die sie insoweit innerhalb der kartellrechtlichen Verbotsbestimmungen – Artikel 81, 82 EGV sowie Artikel 2 Abs. 3 FKVO – aufgestellt hat.

²²⁴ In einem Fachgespräch zwischen den Mitgliedern der Monopolkommission und Vertretern der Generaldirektion Wettbewerb am 10. April 2008 in Bonn haben diese bestätigt, dass die EU-Kommission im Beihilfenrecht nicht den im Kartellrecht verwendeten Konsumentenwohlstandsstandard heranzuziehen beabsichtigt und insoweit dargelegt: „Even leaving equity considerations aside, State aid assessment focuses on the effect of the aid on rivals and on the competitive process rather than measuring the direct effect on consumers. Such a focus is justified by the fact that if efficient rivals are weakened by aid measures, effective competition may be hindered with the result that allocative efficiency is reduced in the long run.“

²²⁵ Vgl. Albers, M. (Mitglied der GD Wettbewerb), Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, S. 2 f.; <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

²²⁶ Ein Beispiel bilden die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5) und die dortigen Ausführungen zu den nicht koordinierten Wirkungen (sog. unilateralen Effekten) in Rn. 24 ff.

²²⁷ Vgl. Albers, M., a. a. O., S. 2.

²²⁸ Vgl. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG Nr. C 291 vom 13. Oktober 2000, S. 1, hier. S. 3, Rn. 7; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, a. a. O., Rn. 8 f. sowie DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, Rn. 4, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

1092. Für den Nachweis einer Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs und Handels innerhalb des Beihilfentatbestands (Artikel 87 Abs. 1 EGV) muss die EU-Kommission demnach auch künftig weder den Ansprüchen des wirkungsorientierten Ansatzes (effects-based approach) Rechnung tragen, den sie neuerdings im kartellrechtlichen Bereich anwendet, noch die Anforderungen erfüllen, die im Kartellrecht traditionell nach dem strukturorientiertem Ansatz (form-based approach) maßgeblich waren.

1093. Eine Untersuchung der Marktlage und der Auswirkungen der Beihilfenmaßnahme auf den Wettbewerb ist vielmehr erst im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung nach Artikel 87 Abs. 3 EGV vorgesehen, genauer gesagt auf der Stufe 3 des oben skizzierten Abwägungstests. In vielen Fällen wird es aber zu dieser Prüfung gar nicht erst kommen. Sollte nämlich eine Beihilfenmaßnahme bereits eine der vorangehenden Stufen des Abwägungstests nicht bestehen – weil die Beihilfe entweder nicht auf die Beseitigung eines Marktversagens ausgerichtet ist (Stufe 1) oder aber hierfür nicht geeignet und erforderlich ist (Stufe 2) –, wird der Test abgebrochen. Demzufolge sind auch künftig Fälle denkbar, in denen die EU-Kommission eine Beihilfenmaßnahme untersagt, ohne dass ihre negative Wirkung auf den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt untersucht worden wäre. Dies erscheint problematisch, da die EU-Kommission nach dem Schutzzweck der Artikel 87 ff. EGV überhaupt nur dann zur Ausübung der Beihilfenkontrolle legitimiert ist, wenn der Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt durch die Beihilfe beeinträchtigt wird.

6.3.2.3 Durchführung einer Einzelfallanalyse anstelle einer Anwendung von Per-se-Regeln

Kartellrecht

1094. Die EU-Kommission beabsichtigt, künftig die Auswirkungen auf das Marktergebnis in besonders kritischen Einzelfällen im Rahmen einer genauen und komplexen Einzelfallanalyse zu untersuchen, um so ökonomisch effiziente Entscheidungen treffen zu können. Sie möchte in diesen Fällen somit nicht auf pauschalierende Gefährdungstatbestände und sog. Per-se-Regeln zurückgreifen. Für Letztere ist kennzeichnend, dass konkret definierte Verhaltensweisen oder Handlungsbeschränkungen per se als wettbewerbsrechtlich unzulässig bzw. zulässig eingestuft werden. Per-se-Regeln haben den Vorteil, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beteiligten in der Regel leichter zu prognostizieren ist, und können deshalb zur Rechtssicherheit beitragen. Die EU-Kommission verfolgt allerdings nicht das Ziel, künftig generell auf Vermutungstatbestände und Per-se-Regeln zu verzichten. Vielmehr soll eine genaue und aufwendige Einzelfallbetrachtung nur bei problematischen Fällen durchgeführt werden. So ist etwa in der Fusionskontrolle eine geringe Anzahl der Wettbewerbsfälle betroffen. Die EU-Kommission strebt zudem eine Überarbeitung der bisherigen Per-se-Regeln und eine Formulierung differenzierterer ökonomischer Regeln an.

Beihilfenrecht

1095. Die EU-Kommission verfolgt auch hier nicht das Ziel, künftig vollständig auf Per-se-Regeln und Vermutungstatbestände in der europäischen Beihilfenkontrolle zu verzichten. Vielmehr hat sie, wie bereits dargestellt, im Zuge der Reform den Anwendungsbereich der De-minimis-Verordnung erweitert und die Obergrenze der freigestellten Beihilfenbeträge erhöht. Diese Verordnung enthält klare und einfach zu handhabende Regeln. Zudem hat die EU-Kommission eine allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung vorgeschlagen, die mehr Beihilfen als bisher von der Anmeldepflicht entbinden und einen einheitlichen Rechtsrahmen schaffen soll.

1096. Falls eine Maßnahme weder die Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung noch einer Gruppenfreistellungsverordnung erfüllt, unterliegt sie der Anmeldepflicht des Artikel 88 Abs. 3 Satz 1 EGV und wird durch die EU-Kommission geprüft. Die Grundsätze dieser Abwägungsprüfung werden in Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen konkretisiert. Typisch für die seit der Reform veröffentlichten Leitlinien ist, dass hierin zwei verschiedene Verfahrensarten vorgesehen sind: einerseits ein schnelleres Verfahren, bei dem auch gesetzliche Vermutungen verwendet werden, sowie andererseits ein eingehendes Prüfverfahren für problematische Fälle und Großprojekte, bei dem eine genaue ökonomische Analyse unter Verwendung des skizzierten Abwägungstests durchgeführt wird. Wie erste Anwendungsfälle im Bereich des neuen FuEuI-Rahmens belegen, beinhaltet dies eine Untersuchung, die erheblich komplexer und aufwendiger ist, als die bislang auf Vereinbarkeitsebene vorgenommene Prüfung. Da die EU-Kommission den more economic approach bislang nur auf der Rechtfertigungsebene (Artikel 87 Abs. 3 EGV), nicht aber auf der Tatbestandsebene (Artikel 87 Abs.1 EGV) anwendet, trägt insoweit nicht sie, sondern der jeweilige Mitgliedstaat die Beweislast. Sofern ein eingehendes Prüfverfahren durchgeführt wird, müssen die beweispflichtigen Mitgliedstaaten – und im Hintergrund die begünstigten Unternehmen – einen erheblichen Aufwand betreiben, um die EU-Kommission von der Vereinbarkeit der Beihilfe zu überzeugen, und zahlreichen Informationspflichten nachkommen. Dies stellt einen der wesentlichen Unterschiede zum Kartellrecht dar, bei dem der more economic approach zu einer Verschärfung der Nachweispflichten für die EU-Kommission geführt hat. Der Aufbau der Beihilfenkontrolle, den die EU-Kommission anstrebt, kann durch die Übersicht VI.3 verdeutlicht werden.

Übersicht VI.3

Aufbau der Beihilfenprüfung

De-minimis-Verordnung

- unmittelbar anwendbar durch Mitgliedstaaten
- einfach zu handhabende Kriterien
- keine Anmeldepflicht

noch Übersicht VI.3

Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung
<ul style="list-style-type: none"> – unmittelbar anwendbar durch Mitgliedstaaten – höhere Anforderungen für Rechtsanwender (Nachweis Anreizeffekt) – keine Anmeldepflicht
Einzelfallprüfung
<ul style="list-style-type: none"> – Anmeldepflicht – denkbare Varianten, – soweit in Leitlinien vorgesehen: <ul style="list-style-type: none"> a) schnelleres Prüfverfahren, bei dem (auch) mit Vermutungstatbeständen gearbeitet wird b) aufwendiges Prüfverfahren unter konkreter Durchführung des Abwägungstests

Quelle: Eigene Darstellung

6.3.2.4 Berücksichtigung nachgewiesener Effizienzvorteile

Kartellrecht

1097. Die EU-Kommission bezweckt mit dem more economic approach im Kartellrecht, dass Effizienzvorteile durchgehend berücksichtigt werden können. Der EG-Vertrag sieht eine Berücksichtigung von Effizienzvorteilen, also möglichen Wohlfahrtsgewinnen, in Artikel 81 Abs. 3 EGV ausdrücklich vor, sofern die Verbraucher angemessen beteiligt werden.²²⁹ Artikel 82 EGV enthält keine Artikel 81 Abs. 3 EGV entsprechende Bestimmung. Im Urteil *British Airways* vom 15. März 2007 hat der EuGH zunächst die nachteilige Verdrängungswirkung der von *British Airways* praktizierten Rabatt- und Prämienregelung festgestellt und dann die Geltendmachung von Effizienzvorteilen als Einwand innerhalb des Artikel 82 EGV ausdrücklich zugelassen.²³⁰ In dieser Hinsicht bedeutet das Urteil *British Airways* – anders als in der Leitbildfrage – einen Erfolg für den more economic approach der EU-Kommission. Grundlage dieser Rechtsprechung ist die Annahme, dass Marktverhalten eine Doppelwirkung,

d. h., sowohl wettbewerbsbeschränkende als auch wohlfahrtsfördernde Auswirkungen, haben kann.²³¹

In der Fusionskontrolle sind Effizienzvorteile seit der im Jahr 2004 im Lichte des more economic approach durchgeführten Reform von Bedeutung.²³² Wie die EU-Kommission in ihren Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse ausführt, berücksichtigt sie bei ihrer Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses alle nachgewiesenen Effizienzvorteile. Diese müssten den Verbrauchern zugute kommen, fusionspezifisch und überprüfbar sein.

Beihilfenrecht

1098. Einen Effizienzeinwand, der mit demjenigen im Bereich der kartellrechtlichen Wettbewerbsregeln identisch ist, will die EU-Kommission im Bereich der Beihilfenkontrolle nicht zulassen. Dies wäre im Bereich der Beihilfenkontrolle auch nicht möglich, da hier die Verursacher möglicher Wettbewerbsbeschränkungen nicht Unternehmen, sondern staatliche Hoheitsträger sind. Das Marktversagenskriterium kann jedoch als eine Art Effizienzeinwand im Bereich der staatlichen Beihilfen bezeichnet werden. Denn der Tatbestand des Marktversagens, der künftig innerhalb der Vereinbarkeitsprüfung nach Artikel 87 Abs. 3 EGV eine zentrale Rolle spielen soll, ist nach der Definition der EU-Kommission dann gegeben, wenn der Markt kein wirtschaftlich effizientes Ergebnis hervorbringt. Ferner tragen die Mitgliedstaaten – wie stets im Rahmen des Artikel 87 Abs. 3 EGV – die Beweislast dafür, dass ein hinreichendes Marktversagen im Sinne des dreistufigen Abwägungstests vorliegt. Da die Beweislast für das Vorliegen eines Marktversagens bei den Mitgliedstaaten liegt und dieser Beweis sich nicht leicht führen lässt, dürfte der von der EU-Kommission im Beihilfenrecht angestrebte more economic approach nicht automatisch eine positivere Bewertung von Beihilfen und eine exzessivere Vergabepaxis zur Folge haben. Vielmehr ist mit einer restriktiveren Beihilfenkontrolle zu rechnen.

6.3.2.5 Ökonomische Untersuchungsmethoden

Kartellrecht

1099. Im Zuge des von ihr angestrebten more economic approach setzt die EU-Kommission in ihrer Entscheidungspraxis verstärkt industrieökonomische Modelle und quantitative Untersuchungsmethoden ein. So stellt die EU-Kommission auf den in der US-amerikanischen Fusionskontrolle bereits seit Längerem verwendeten Herfin-

²²⁹ Laut Artikel 81 Abs. 3 EGV können solche Vereinbarungen vom Kartellverbot ausgenommen werden, die „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“ Die Beweislast für die Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen des Artikel 81 Abs. 3 EGV liegt bei den Unternehmen, die sich auf diese Bestimmung berufen (Artikel 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003).

²³⁰ EuGH, Urteil vom 15. März 2007, Rs. C 95/04, *British Airways*, Rn. 86.

²³¹ Demgegenüber hat die European Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), bei der es sich um ein Gremium unabhängiger Wissenschaftler handelt, das die Generaldirektion Wettbewerb berät, vorgeschlagen, dass etwaige pro-kompetitive Effekte in der Missbrauchskontrolle bereits von vornherein durch die EU-Kommission untersucht und berücksichtigt werden sollten, Vgl. European Advisory Group on Competition Policy (EAGCP, Gual, J., Hellwig, M., Perrot, A., Rey, P., Schmidt, K., Stenbacka, R.), „An economic approach to Article 82“, EAGCP: http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

²³² Vgl. Fusionskontrollverordnung, Rn. 29, sowie die Ausführungen der EU-Kommission in den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse Rn. 76-88, sowie in den Leitlinien für nichthorizontale Zusammenschlüsse (Leitlinien für die Fusion von vertikal oder konglomerat miteinander verbundenen Unternehmen), Rn. 53.

dahl-Hirschman-Index (HHI) ab, um die Konzentration auf dem jeweiligen Markt vor und nach der Fusion zu ermitteln.²³³ Bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung bringt die EU-Kommission Preiskorrelationsanalysen, die Schockanalyse²³⁴ sowie insbesondere den sog. hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test – small but significant non-transitory increase in price)²³⁵ zum Tragen.²³⁶ Zudem verwendet die EU-Kommission Simulationsmodelle zur direkten Erfassung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Preise, die Mengen und die Wohlfahrt, insbesondere bei Fusionen von Herstellern differenzierter Güter.²³⁷

Beihilfenrecht

1100. Sofern auf Rechtfertigungsebene eine eingehende Vereinbarkeitsprüfung erfolgt, will die EU-Kommission künftig komplexe ökonomische Analysen durchführen, die sie bisher nicht eingesetzt hat. Dies gilt insbesondere für das Kriterium des Anreizeffekts. Anders als bei den kartellrechtlichen Verbotstatbeständen beabsichtigt die EU-Kommission dagegen nicht, auf Tatbestandsebene (Artikel 87 Abs. 1 EGV) neue ökonomische Untersuchungsmethoden anzuwenden. Vielmehr soll es – vorerst – bei der kursorischen Prüfung bleiben, die noch erheblich hinter den Maßstäben des im EU-Kartellrecht im Vorfeld des more economic approach verwendeten Strukturansatzes (form-based approach) zurückbleibt.

7. Vorschläge der Monopolkommission

7.1 Ökonomischer Ansatz bei Artikel 87 EGV

1101. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung innerhalb des Verbotstatbestands des Artikel 87 Abs. 1 EGV stärker ökonomisch auszulegen. Sie empfiehlt, ebenso wie bei der kartellrechtlichen Bestimmung des Artikel 81 Abs. 1 EGV, die objektive Eignung einer Beihilfe zur spürbaren

Wettbewerbsverfälschung innerhalb des Artikel 87 Abs. 1 EGV zu prüfen.

1102. Innerhalb des Beihilfenverbots des Artikel 87 Abs. 1 EGV wird bislang lediglich bei dem Merkmal der „Begünstigung“ und dem hier maßgeblichen „private investor test“ eine fundierte ökonomische Analyse durchgeführt. Das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung wird hingegen in der Regel keiner differenzierten ökonomischen Beurteilung unterzogen. Hier nimmt die EU-Kommission lediglich eine pauschale sektorspezifische Untersuchung vor, die deutlich hinter den Maßstäben zurückbleibt, die im EU-Kartellrecht traditionell angewendet wurden und welche die EU-Kommission dort nun im Rahmen des more economic approach durch stärker ökonomisch fundierte Kriterien ersetzen möchte. Auch eine „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsverfälschung wird in der Beihilfenkontrolle – anders als bei der kartellrechtlichen Bestimmung des Artikel 81 EGV – nicht als ungeschriebenes Merkmal verlangt. Weder im State Aid Action Plan noch in den bisherigen Umsetzungsmaßnahmen ist eine Änderung dieser Praxis vorgesehen. Der more economic approach der EU-Kommission setzt vielmehr erst auf der Ebene der Rechtfertigung an, bei welcher der Mitgliedstaat die Beweislast trägt. Auf dieser Ebene wird untersucht, ob eine Beihilfe ausnahmsweise genehmigt werden kann (Artikel 87 Abs. 3 EGV). Dies ist nicht überzeugend, da das europäische Beihilfenverbot nur dann eingreift und ein Einschreiten der EU-Kommission als Kontrollinstanz rechtfertigt, wenn eine drohende Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt zuvor festgestellt worden ist (Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV). Nach Ansicht der Monopolkommission sollte bei Artikel 87 Abs. 1 EGV die objektive Eignung einer Beihilfe zur spürbaren Wettbewerbsverfälschung geprüft werden. Diese Vorgehensweise wäre mit einer Beschränkung des Anwendungsbereichs der von der EU-Kommission durchgeführten Beihilfenaufsicht verbunden und müsste durch die Einführung einer komplementären Beihilfenkontrolle auf nationaler Ebene und durch private Klagebefugnisse flankiert werden.²³⁸

1103. In Bezug auf das Merkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung des Artikel 87 Abs. 1 EGV sollte – ebenfalls wie im Kartellrecht – als ungeschriebene Voraussetzung verlangt werden, dass die Beeinträchtigung „spürbar“ ist. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass sich der Anwendungsbereich des Artikel 87 Abs. 1 EGV auch auf Sachverhalte von geringer zwischenstaatlicher Bedeutung mit lediglich lokalem Schwerpunkt erstreckt. Dies erscheint sachgerecht, da die Beihilfenkontrolle ebenso wie das Kartellrecht auf den Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt (Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EGV) ausgerichtet ist. Lediglich eine begründete Gefahr negativer grenzüberschreitender Auswirkungen vermag somit eine Kontrolle und ein Verbot von Beihilfen auf europäischer Ebene auszulösen.

1104. Die nachfolgenden Ausführungen enthalten Anregungen der Monopolkommission, wie die beschriebenen Ziele erreicht werden könnten. Generell erscheint es sachgerecht, bei bestimmten Beihilfen das Vorliegen ei-

²³³ Der HHI beschreibt die Summe der quadrierten Marktanteile der Unternehmen im relevanten Markt.

²³⁴ Insoweit werden Ereignisse und Schocks auf dem fraglichen Markt in der Vergangenheit (wie die Einführung eines neuartigen Produkts) zur Beurteilung des Marktes herangezogen, vgl. Schwalbe, U., Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, Frankfurt a.M. 2006, S. 133 f.

²³⁵ Im Rahmen dieses Tests wird untersucht, ob die Kunden der Zusammenschlussbeteiligten als Reaktion auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5 und 10 Prozent) für die betrachteten Produkte und Gebiete auf leicht verfügbare Substitute ausweichen werden oder nicht. Ist die Substitution so groß, dass sich eine Preiserhöhung aufgrund des damit einhergehenden Absatzrückgangs nicht lohnen würde, werden in den sachlich und räumlich relevanten Markt weitere Produkte einbezogen und zwar so lange, bis eine geringe, dauerhafte Preiserhöhung einträglich wäre. Vgl. hierzu näher Schwalbe, U., Zimmer, D., a. a. O., S. 104 f.

²³⁶ Vgl. näher Christiansen, A.: Der „more economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 55, 2006, S. 150–174, 153 sowie Brinker, I., Praktische Probleme der Marktabgrenzung aus rechtlicher Sicht, in: Schwarze, J. (Hrsg.): Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2006, S. 41–52, 47 f.

²³⁷ Vgl. hierzu näher Schwalbe, U., Zimmer, D., a. a. O., S. 211 f.; vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 684; vgl. hierzu ferner Rn. 29 der Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen der EU-Kommission zur Ermittlung möglicher unilateraler (einseitiger) Effekte eines Zusammenschlusses.

²³⁸ Vgl. dazu näher die Abschnitte 4.3 sowie 7.4.

ner spürbaren Wettbewerbsverfälschung zu vermuten. Da jedoch das Merkmal der Begünstigung (Selektivität) des Artikel 87 Abs. 1 EGV sehr weit ausgelegt wird, erscheint eine pauschale Vermutung nicht in allen Konstellationen gerechtfertigt. So werden auch Maßnahmen als Beihilfen qualifiziert, die allen Unternehmen einer Region oder einer bestimmten Größe zugute kommen. Entsprechendes gilt für Maßnahmen, die horizontal ausgestaltet sind und Unternehmen aus ganz unterschiedlichen Branchen begünstigen.

1105. Eine Vermutung der Wettbewerbsverfälschung kann bei Rettungsbeihilfen für Unternehmen, die sich in Schwierigkeiten befinden, angenommen werden. Hier ist die Gefahr einer ineffizienten Förderung zugunsten effizienter Wettbewerber als besonders hoch anzusehen. Entsprechendes gilt bei Beihilfen zugunsten von Sektoren, in denen erhebliche Überkapazitäten bestehen (Umstrukturierungsbeihilfen). Diese Beihilfen können zum Erhalt der ineffizienten Marktstrukturen beitragen. Für derartige Beihilfen wäre auf Rechtfertigungsebene näher zu untersuchen, ob die Maßnahme ausnahmsweise infolge eines Marktversagens (Anpassungsmängel) oder aus außerökonomischen Gründen (insbesondere sozialer Art) zulässig ist.

1106. Die Monopolkommission empfiehlt, bei allen übrigen Beihilfenformen einen Spürbarkeitstest innerhalb des Artikel 87 Abs. 1 EGV durchzuführen. Hierbei könnten Elemente des sog. „significant impact test“ (SIT) verwendet werden, dessen Einführung die EU-Kommission im Jahr 2003 geplant hatte, um sich künftig besser auf die problematischen Wettbewerbsverzerrungen konzentrieren zu können.²³⁹ Der SIT der EU-Kommission ist aufgrund des Widerstands der Mitgliedstaaten nicht verwirklicht worden, da sie sich insbesondere nicht auf die darin vorgesehene Positivliste einigen konnten. In dieser Liste wurden bestimmte, vorher festgelegte Branchen aufge-

²³⁹ Der SIT sah ein neues Konzept für die Bewertung staatlicher Beihilfen von geringerem Umfang und bestimmter Beihilfen mit begrenzten Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel vor und setzte sich letztlich aus zwei verschiedenen Tests zusammen, dem LASA-Test und dem LET-Test. Eine Beihilfenkontrolle sollte unterbleiben, wenn die betreffende Maßnahme die Kriterien eines dieser beiden Tests erfüllte.

Innerhalb des LASA-Tests (limited amount of state aid test) sollte – ähnlich wie in der De-minimis-Verordnung – an die niedrige Höhe der gewährten Beihilfe angeknüpft werden. Außerdem sollten einige zusätzliche Voraussetzungen aufgestellt werden. Der Test sollte unabhängig vom betroffenen Sektor gelten und beinhaltete die folgenden Kriterien:

- Die Beihilfe ist unmittelbar auf die zurechenbaren Kosten eines im gemeinsamen Interesse liegenden, definierten Ziels gerichtet (z. B. FuE, Umweltschutz).
- Die Beihilfenintensität, d. h. der Anteil der Förderung an den Gesamtausgaben des jeweiligen Projekts, beträgt nicht mehr als 30 Prozent.
- Es wird maximal 1 Mio. Euro an ein einzelnes Unternehmen innerhalb von drei Jahren gewährt.
- Die Beihilfen werden in ein nationales Register eingetragen.
- Für die Gesamthöhe der aufgrund von LASA gewährten Beihilfen wird eine maximale Obergrenze für jeden Mitgliedstaat festgelegt, die nicht überschritten werden darf.

Unter diesen Voraussetzungen sollte nach dem LASA-Test die Vermutung gelten, dass eine Beihilfe nur begrenzte Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel hat und deshalb keine Beihilfenkontrolle durch die EU-Kommission erforderlich ist.

führt, bei denen spürbare grenzüberschreitende Auswirkungen als unwahrscheinlich gelten sollten.

1107. Nach Ansicht der Monopolkommission spricht gegen die Einführung einer solchen Positivliste, dass sie ein inflexibles Instrument darstellt und die Gefahr der Lückenhaftigkeit besteht. Sinnvoll könnte es indes sein, in Anlehnung an den SIT der EU-Kommission darauf abzustellen, dass

- die Beihilfe nicht von vornherein auf ein bestimmtes Unternehmen oder einen bestimmten Sektor beschränkt ist,
- die Beihilfengewährung, die ein einzelnes Unternehmen innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren erhält, den Betrag von 1 Mio. Euro nicht überschreitet,
- die Beihilfe tätigkeitsbezogen vergeben wird und die Beihilfenintensität, d. h. der Anteil der Förderung an den Gesamtausgaben des jeweiligen Projekts, nicht mehr als 30 Prozent beträgt und
- die Zuwendung in einem offenen Verfahren vergeben wird. Dies bedeutet, dass die Zuwendung bei allgemeinen Beihilfenregelungen allen Unternehmen zugänglich sein muss, die bestimmte Kriterien erfüllen, und bei Individualbeihilfen transparente Ausschreibungsverfahren durchzuführen sind.

1108. Darüber hinaus sollten in der Beihilfenkontrolle die Marktanteile und der sich hieraus ergebende Konzentrationsgrad als Hilfsinstrument bei der Identifizierung einer Wettbewerbsverfälschung herangezogen werden. In Anlehnung an die Werte, welche die EU-Kommission in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüssen benannt hat, könnten als Orientierungsmaßstab eine Marktanteilsschwelle von 25 Prozent und ein HHI von 1 000 zugrunde gelegt werden.²⁴⁰

1109. Bei einer Beihilfe zugunsten etablierter marktstarker Unternehmen besteht die Gefahr, dass diese ihren Vorteil gegenüber konkurrierenden Unternehmen weiter vergrößern können. Darüber hinaus wird der Markteintritt für Newcomer erschwert und die Durchführung von Verdrängungspraktiken erleichtert. Je höher die Marktkonzentration ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass der Wettbewerb durch eine Beihilfe an etablierte Unterneh-

Der LET-Test (limited effect on trade) sollte anders als der LASA-Test keine Obergrenze vorsehen und auch höhere Beihilfenbeträge mit einbeziehen. Kennzeichen dieses Tests waren:

- In einer Positivliste werden bestimmte, vorher festgelegte Branchen aufgeführt, bei denen signifikante grenzüberschreitende Auswirkungen unwahrscheinlich sind, d. h. Branchen, die keinem intensiven Wettbewerb auf Gemeinschaftsebene ausgesetzt sind.
- Die Zuwendung muss in einem offenen Verfahren vergeben werden: Bei allgemein-abstrakten Beihilfenregelungen muss die Zuwendung allen Unternehmen offen stehen, die bestimmte Kriterien erfüllen, bei Individualbeihilfen muss ein transparentes Ausschreibungsverfahren stattfinden.
- Die Beihilfenintensität darf 30 Prozent nicht überschreiten.

²⁴⁰ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, hier: S. 7, Rn. 18 f.

men verzerrt wird, da in einem engeren Oligopol die Entscheidung eines jeden Marktteilnehmers die Entscheidungen anderer Marktteilnehmer beeinflusst. In diesem Fall lässt sich das Vorliegen einer tatbestandlichen Wettbewerbsverfälschung vermuten. Zugleich sind hier die Anreize in der Politik, wettbewerbsverzerrende Beihilfen zu gewähren, besonders hoch.

1110. Im Umkehrschluss könnte der EU-Kommission eine höhere Darlegungspflicht auferlegt werden, wenn die Marktanteile des begünstigten Unternehmens auf den Märkten, auf denen es tätig ist, vergleichsweise niedrig sind bzw. der Markt durch eine geringe Konzentration gekennzeichnet ist.

1111. Als entsprechender Filter könnte auch das Ausmaß an Selektivität dienen, das die jeweilige Beihilfenmaßnahme aufweist.²⁴¹ Falls die betreffende Beihilfe einen stark selektiven Charakter hat, lässt sich das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung vermuten. Sofern die Maßnahme jedoch von geringer Selektivität ist, z. B. weil alle Unternehmen einer bestimmten Größe oder innerhalb einer bestimmten Region begünstigt werden sollen, wäre die EU-Kommission gehalten, die durch die Beihilfenmaßnahme drohenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen näher zu untersuchen und deren Vorliegen zu begründen.

1112. Sollte keiner der skizzierten Vermutungstatbestände zu einem eindeutigen Ergebnis führen, ist die EU-Kommission aufgefordert, die Frage, ob die jeweilige Maßnahme spürbare grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen hervorruft, im Rahmen einer genaueren Prüfung zu klären. Dabei sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen, die sowohl die Beihilfe und ihre Vergabe (Beihilfenkriterien) als auch die relevanten Märkte, die prognostizierbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Marktstellung des begünstigten Unternehmens (Marktkriterien) betreffen. Als Beihilfenkriterien sind die Höhe der Beihilfe, ihre Größe im Verhältnis zu den Kosten der geförderten Tätigkeit (Beihilfenintensität) und die Art ihrer Vergabe zu berücksichtigen. Hierbei ist relevant, ob die Beihilfe lediglich einmalig oder wiederholt gewährt wird und ob ein offenes und transparentes Vergabeverfahren stattgefunden hat. Daneben sind als Marktkriterien das Bestehen von Überkapazitäten, der Marktanteil des begünstigten Unternehmens, die Marktkonzentration, der Marktanteilsabstand zum nächsten Wettbewerber, die Höhe der Markteintrittsbarrieren (hohe versunkene Kosten), der Grad seiner vertikalen Verbundenheit, das Maß an Produktdifferenzierung sowie die infolge der Beihilfe zu erwartende Preisentwicklung zu berücksichtigen.

1113. Die skizzierte Untersuchung setzt voraus, dass die EU-Kommission anstelle einer allgemeinen sektorbezogenen Prüfung künftig auch in Beihilfenverfahren, ebenso wie im Kartellrecht, die betroffenen Märkte sachlich und räumlich definiert und die Marktposition des Be-

günstigten ermittelt. Eine konkrete Marktabgrenzung unter Ermittlung des Marktanteils des Begünstigten kommt indes nur in Betracht, wenn das individuell begünstigte Unternehmen und das geförderte Projekt bereits feststehen. Durch das Beihilfenverbot des Artikel 87 Abs. 1 EGV werden jedoch nicht nur solche Beihilfen erfasst, sondern auch sog. allgemeine Beihilfenregelungen. So ist bei Beihilfenmaßnahmen mit horizontaler Zielsetzung häufig nicht festgelegt, welche Unternehmen aus welchen Branchen begünstigt und welche Märkte konkret betroffen sind. In diesem Fall sollte die Prüfung darauf beschränkt werden, ob die staatliche Maßnahme geeignet ist, einen spürbaren Eingriff in das Marktgeschehen und den Wettbewerbsprozess im EU-Binnenmarkt zu bewirken.

1114. Zu berücksichtigen ist, dass die europäischen Gerichte für die Auslegung des Beihilfenverbotstatbestands und des darin enthaltenen Merkmals der Wettbewerbsverfälschung letztverbindlich zuständig sind und traditionell sehr geringe Anforderungen an das Vorliegen dieses Kriteriums gestellt haben. Dieses Problem ließe sich durch eine gesetzliche Klarstellung lösen. Es ist jedoch auch denkbar, dass bereits eine veränderte Rechtsanwendungspraxis ausreicht und die europäischen Gerichte ihre traditionelle Rechtsprechung aufgeben. Als Indiz hierfür kann die Entscheidung *Le Levant* des EuG vom 22. Februar 2006 gelten, in der das Gericht die EU-Kommission ausdrücklich dafür rügte, dass diese in der angefochtenen Negativentscheidung keine nähere Prüfung des Merkmals der Wettbewerbsverfälschung vorgenommen hatte.²⁴²

1115. Sofern künftig die dargestellten höheren Anforderungen an das Vorliegen der Wettbewerbsverfälschung ihre Gültigkeit erlangen, ließe sich einwenden, dass dies für die Mitgliedstaaten die Beurteilung der Frage erschweren könnte, ob eine Maßnahme nach Artikel 88 Abs. 3 EGV anmeldepflichtig ist oder nicht. Dem ließe sich dadurch begegnen, dass im Rahmen des Artikel 88 Abs. 3 EGV die niedrigen Nachweisanforderungen beibehalten werden und nur der EU-Kommission bei Artikel 87 Abs. 1 EGV eine erhöhte Darlegungspflicht auferlegt wird.

7.2 Ökonomischer Ansatz auf Rechtfertigungsebene (Artikel 87 Abs. 3 EGV)

1116. Die Rechtfertigungsgründe des Artikel 87 Abs. 3 EGV sind sehr weit formuliert und eröffnen der EU-Kommission einen erheblichen Ermessensspielraum. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die EU-Kommission im Zuge eines *more economic approach* die Voraussetzung für diese Ermessensentscheidung näher konkretisiert, indem sie einen dreistufigen Abwägungstest einführt. Der *more economic approach*, den die EU-Kommission in der Beihilfenkontrolle einführen möchte, sorgt somit für mehr Transparenz und Rechtssicherheit.

²⁴¹ So auch der Vorschlag der britischen Wettbewerbsbehörde OFT in ihrer Stellungnahme zum State Aid Action Plan der EU-Kommission, OFT response to the European Commission's Plan on State Aid, September 2005, http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/off_response_to_consultations/oftr820.pdf.

²⁴² EuG, Urteil vom 22. Februar 2006, Rs. T 34/02, *Le Levant*/Kommission, Slg. 2006, II-267, Rn. 127.

1117. Im Rahmen des Abwägungstests stellt die EU-Kommission das Kriterium des Marktversagens²⁴³ als möglichen Rechtfertigungsgrund in den Mittelpunkt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob nicht bereits zuvor auf Tatbestandsebene bei der Prüfung des Merkmals der Wettbewerbsverfälschung des Artikel 87 Abs. 1 EGV näher untersucht werden müsste, ob ausnahmsweise ein Marktversagen vorliegt und die Beihilfe das geeignete und erforderliche Mittel zur Korrektur darstellt. Denn sollte dies der Fall sein, wird die Wettbewerbssituation im Ergebnis regelmäßig nicht verschlechtert, sondern es wird vielmehr eine Verbesserung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen angestrebt. In vielen Fällen, in denen ein – vermeintliches – Marktversagen beseitigt werden soll, droht jedoch ein Staatsversagen aufgrund von Fehlprognosen mit der Folge, dass die bestehende Wettbewerbssituation verschlechtert wird (Second-best-Problematik). Aufgrund der hierdurch drohenden überoptimalen staatlichen Eingriffsintensität erscheint es sachgerecht, dass die Beweislast für das Vorliegen eines spezifischen Marktversagens den Mitgliedstaaten obliegt und daher – wie von der EU-Kommission praktiziert – erst auf Rechtfertigungsebene näher untersucht wird. Das Vorliegen des Merkmals der Wettbewerbsverfälschung auf Tatbestandsebene wäre demnach zu bejahen, wenn die Beihilfe geeignet ist, spürbar in den grenzüberschreitenden Wettbewerbsprozess einzugreifen und das Verhalten der Marktteilnehmer und ihre Investitionsentscheidungen in eine erheblich andere Richtung zu lenken. Dem Marktversagenkriterium kommt demnach auf Rechtfertigungsebene eine vergleichbare Funktion zu wie dem Effizienzeinwand innerhalb des europäischen Kartellverbots (Artikel 81 Abs. 3 EGV).

1118. Kritisch ist zu bewerten, dass die EU-Kommission das Merkmal des Anreizeffekts als zentralen Bestandteil ihres neuen Abwägungstests begreift. Beihilfen sollten zwar nur gewährt werden, wenn sie einen Anreizeffekt auslösen, also eine Verhaltensänderung des begünstigten Unternehmens bewirken, da andernfalls kein zusätzlicher volkswirtschaftlicher Nutzen entsteht und öffentliche Mittel verschwendet werden. Die Befugnisse der EU-Kommission innerhalb der Beihilfenkontrolle beschränken sich jedoch auf den Schutz des grenzüberschreitenden Wettbewerbs. Das Kriterium des Anreizeffekts sollte entgegen dem Verordnungsentwurf der EU-Kommission auch nicht Eingang in eine einheitliche, unmittelbar anwendbare Gruppenfreistellungsverordnung finden.²⁴⁴

7.3 Effiziente Ausgestaltung des Verfahrens

1119. Wie im Rahmen des Abschnitts 5.4 dargestellt worden ist, ließe sich nach Ansicht der Monopolkommission die Effizienz des Beihilfenkontrollverfahrens durch eine Angleichung an das europäische Kartellverfahren steigern.²⁴⁵ In diesem Zusammenhang sollten die Verfah-

rensrechte von Wettbewerbern und Beihilfenempfängern gestärkt, die Untersuchungsmöglichkeiten der EU-Kommission gegenüber Unternehmen verbessert und kürzere, verbindliche Genehmigungsfristen eingeführt werden. Anstelle des bisherigen Legalitätsprinzips (Artikel 10 Abs. 1 VVO) sollte der EU-Kommission, wie im Kartellrecht, zudem ein Aufgreifermessen eingeräumt werden, sofern die Beihilfe ein näher zu definierendes Volumen nicht überschreitet. Hierdurch würde es der EU-Kommission ermöglicht, Prioritäten zu setzen und sich auf wichtige Beihilfenfälle zu konzentrieren. Das Aufgreifermessen sollte durch die Einführung einer privaten Feststellungsklage flankiert werden.

1120. Die Monopolkommission empfiehlt, Klagen des Beihilfenempfängers, betroffener Wettbewerber und ihrer Verbände vor den Gemeinschaftsgerichten auch bei allgemeinen Beihilfenregelungen zuzulassen. Darüber hinaus sollten Wettbewerber erleichtert Rechtsschutz auf europäischer Ebene erlangen können.²⁴⁶

1121. Der Rechtsschutz auf nationaler Ebene sollte zusammenhängend geregelt werden und den Bedürfnissen des Beihilfenrechts Rechnung tragen.²⁴⁷ In diesem Zusammenhang sollte insbesondere in Anlehnung an das Kartellrecht (§ 33 Abs. 2 GWB) eine Klagebefugnis für Verbände eingeführt werden. Darüber hinaus sollte die aufschiebende Wirkung von Klagen in Rückforderungsfällen ausgeschlossen und ein effizientes Rechtssystem geschaffen werden, das ähnlich wie im öffentlichen Vergaberecht (§§ 104 ff. GWB) ausgestaltet werden könnte.

7.4 Komplementäre Beihilfenkontrolle auf nationaler Ebene

1122. Neben negativen Folgen für den Wettbewerb in alokativer, produktiver und dynamischer Hinsicht kann eine Vergabe von Beihilfen mit weiteren erheblichen volkswirtschaftlichen Kosten verbunden sein. Beihilfen sind mit Finanzierungskosten oder anderen Opportunitätskosten verbunden und führen zu Wohlfahrtsverlusten, die zum einen durch die notwendige Steuererhebung in anderen Bereichen entstehen und zum anderen durch Fehlprognosen und Mitnahmeeffekte bedingt sind. Während sich die Kompetenz der EU-Kommission im Rahmen der europäischen Beihilfenkontrolle auf den Schutz des grenzüberschreitenden Wettbewerbs beschränkt, sind die Mitgliedstaaten berufen, die gesamten volkswirtschaftlichen Kosten bei der Vergabe von Beihilfen in Rechnung zu stellen und mit dem erwarteten Nutzen abzuwägen.

1123. Wird die europäische Beihilfenkontrolle auf den Schutz des grenzüberschreitenden Wettbewerbs in der oben beschriebenen Weise zurückgeführt, so wird ihr Anwendungsbereich im Vergleich zur bisherigen Verwaltungspraxis der EU-Kommission begrenzt. Nach Ansicht der Monopolkommission ist es dann unbedingt geboten,

²⁴³ Als Rechtfertigungsgrund kommt auch ein außerökonomisches Ziel von gemeinsamem Interesse (z. B. regionale Kohärenz) in Betracht.

²⁴⁴ Vgl. Tz. 1066.

²⁴⁵ Vgl. Tz. 1015 ff.

²⁴⁶ Vgl. Tz. 1031 ff.

²⁴⁷ Vgl. Tz. 1043.

zugleich auf nationaler Ebene effektive komplementäre Kontrollmechanismen zu schaffen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass infolge einer zu geringen Kontrolldichte die Vergabe von Beihilfen auf einem ineffizient hohen, volkswirtschaftlich schädlichen Niveau erfolgt.

1124. Nach Ansicht der Monopolkommission sollten nationale Beihilfenprogramme einer regelmäßigen Erfolgskontrolle unterzogen werden und in gravierenden Fällen, in denen die Einzelbeihilfe oder das Beihilfenprogramm ein näher zu definierendes Volumen überschreitet, eine gesamtwirtschaftlich angelegte Ex-ante-Kontrolle durch eine unabhängige nationale Instanz durchgeführt werden. Zudem sollten Beihilfen grundsätzlich im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens vergeben werden. Beihilfen, die von vornherein auf individuelle Unternehmen oder eine spezifische Branche zugeschnitten sind, sollten verboten und nur in Ausnahmefällen im Rahmen einer nationalen Ex-ante-Kontrolle erlaubt werden. Neben einer Befristung von Beihilfenprogrammen und einer degressiven Ausgestaltung langfristiger Förderungen sollten Beihilfen, sofern sie ein bestimmtes Volumen überschreiten, vorab durch die jeweilige öffentliche Stelle auf einer zentralen Plattform im Internet veröffentlicht werden. Ferner sollten insbesondere subjektive Rechte potenzieller Beihilfenempfänger, betroffener Wettbewerber und ihrer Verbände sowie ein effizientes Rechtsschutzsystem in Anlehnung an das Vergaberecht (§§ 104 ff. GWB) geschaffen werden.

1125. Die Vorschläge der Monopolkommission zur Rückführung der europäischen und zum Ausbau der nationalen Kontrolle von Beihilfen sind als Paket gedacht, das nur zusammenhängend verwirklicht werden sollte.

7.5 Zusammenfassung der Empfehlungen

1126. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, im Beihilfenverfahren – wie auch bei Artikel 81 Abs. 1 EGV – die objektive Eignung einer Beihilfe zur spürbaren Wettbewerbsverfälschung und zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels innerhalb des Beihilfentatbestands (Artikel 87 Abs. 1 EGV) zu prüfen. Anders als im Kartellrecht wird hier keine Spürbarkeit der Maßnahme als ungeschriebene Voraussetzung verlangt. Infolgedessen erstreckt sich der Anwendungsbereich der Beihilfenkontrolle auch auf Sachverhalte mit lokalem Schwerpunkt. In Bezug auf das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung nimmt die EU-Kommission bislang regelmäßig nur eine pauschale sektorspezifische Untersuchung vor, die deutlich hinter den Maßstäben zurückbleibt, die im EU-Kartellrecht traditionell angewendet wurden und welche die EU-Kommission dort nun unter Berufung auf einen *more economic approach* um flexible ökonomische Kriterien ergänzen möchte. Der Reformansatz der EU-Kommission, eine nähere Untersuchung der marktstrukturellen Ausgangssituation und Wettbewerbslage erst auf Rechtfertigungsebene (Artikel 87 Abs. 3 EGV) durchzuführen, erscheint nicht überzeugend, da das europäische Beihilfenverbot seinem Schutzzweck nach nur eingreift, sofern eine drohende

Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt vorliegt und entsprechend festgestellt worden ist.

1127. Nach Ansicht der Monopolkommission ist es durchaus sachgerecht, das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung bei bestimmten Formen mitgliedstaatlicher Beihilfen zu vermuten (etwa bei Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen). Da jedoch das Merkmal der Begünstigung innerhalb des Artikel 87 Abs. 1 EGV sehr weit ausgelegt wird, erscheint eine pauschale Vermutung nicht in allen Konstellationen gerechtfertigt. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte ein widerlegbarer Spürbarkeitstest eingeführt werden, der bei Beihilfen unterhalb eines näher zu definierenden Schwellenwerts (z. B. 1 Mio. Euro) eine vereinfachte Freistellung unter Heranziehung verschiedener Kriterien ermöglicht. Sollten weder der Spürbarkeitstest noch andere Vermutungstatbestände eingreifen, ist die EU-Kommission aufgefordert, die Frage, ob die jeweilige Maßnahme grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen hervorruft, im Rahmen einer näheren Untersuchung zu klären. Insoweit sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen, die sowohl die Beihilfe und ihre Vergabe (Beihilfenkriterien) als auch die relevanten Märkte, die prognostizierbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Marktstellung des begünstigten Unternehmens (Marktkriterien) betreffen.

1128. Das in der Beihilfenkontrolle angewendete Verfahren sollte nach Ansicht der Monopolkommission reformiert und in bestimmten Punkten an das europäische Kartellverfahren angeglichen werden. In diesem Zusammenhang sollten die Verfahrensrechte von Wettbewerbern und Beihilfenempfängern gestärkt, die Untersuchungsmöglichkeiten der EU-Kommission gegenüber Unternehmen verbessert und kürzere, verbindliche Genehmigungsfristen eingeführt werden. Zu erwägen ist, anstelle des bisherigen Legalitätsprinzips der EU-Kommission, wie im Kartellrecht, ein Aufgreifermessen einzuräumen, sofern die Beihilfe ein bestimmtes Volumen nicht überschreitet. Hierdurch würde es der EU-Kommission ermöglicht, Prioritäten zu setzen und sich auf wichtige Beihilfenfälle zu konzentrieren. Das Aufgreifermessen könnte durch die Einführung einer privaten Feststellungsklage flankiert werden. Die Monopolkommission empfiehlt zudem, Klagen des Beihilfenempfängers, betroffener Wettbewerber und ihrer Verbände vor den Gemeinschaftsgerichten auch bei allgemeinen Beihilfenregelungen zuzulassen. Darüber hinaus sollten Wettbewerber erleichtert Rechtsschutz auf europäischer Ebene erlangen können. Der Rechtsschutz auf nationaler Ebene sollte zusammenhängend geregelt werden und den Bedürfnissen des Beihilfenrechts Rechnung tragen. Hierbei sollte insbesondere in Anlehnung an das Kartellrecht (§ 33 Abs. 2 GWB) eine Klagebefugnis für Verbände eingeführt werden. Welche Mindeststandards dafür in den Mitgliedstaaten zu schaffen sind, könnte Gegenstand einer EU-Richtlinie werden. Darüber hinaus sollte die aufchiebende Wirkung von Klagen in Rückforderungsfällen ausgeschlossen und ein effizientes Rechtsschutzsystem geschaffen werden, das ähnlich wie im öffentlichen Vergaberecht (§§ 104 ff. GWB) ausgestaltet werden könnte.

1129. Bei einer Rückführung der europäischen Beihilfenkontrolle auf den Schutz des grenzüberschreitenden Wettbewerbs wird ihr Anwendungsbereich im Vergleich zur bisherigen Verwaltungspraxis der EU-Kommission begrenzt. Nach Ansicht der Monopolkommission ist es geboten, zugleich auf nationaler Ebene effektive komplementäre Kontrollmechanismen zu schaffen.²⁴⁸

1130. Schließlich sollten auch die Beihilfen (Subventionen), welche die EU selbst vergibt und die anders als Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht unter den Anwendungsbereich der Artikel 87 ff. EGV fallen, einer näheren Überprüfung unterzogen werden. Insoweit ist zu erwägen, die Kontrolle über EU-eigene Subventionen auf

eine neu zu errichtende, unabhängige europäische Aufsichtsbehörde zu übertragen, die frei von politischer Einflussnahme agieren kann. Neben etwaigen EU-bezogenen Maßnahmen sollten sich die EU und die Mitgliedstaaten auf internationaler Ebene verstärkt für die Einführung eines verbesserten Kontrollregimes innerhalb des WTO-Rahmens einsetzen.

Bonn, den 30. Juni 2008

J. Basedow

J. Aldag J. Haucap P.-M. Preusker K. Trebitsch

²⁴⁸ Vgl. hierzu Abschnitt 7.4.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.