



Vorschläge für einen zukunftsorientierten EU-Beihilfenrahmen

**Michael Böheim (WIFO), Thomas Jaeger,
Moriz Kopetzki (Universität Wien),
Birgit Meyer (WIFO)**

Wissenschaftliche Assistenz:
Kathrin Hofmann, Nicole Schmidt-Padickakudy,
Anna Strauss-Kollin (WIFO)

März 2022

Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung

Vorschläge für einen zukunftsorientierten EU-Beihilfenrahmen

Michael Böheim (WIFO), Thomas Jaeger, Moriz Kopetzki
(Universität Wien), Birgit Meyer (WIFO)

März 2022

Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung, Universität Wien

Im Auftrag von Bundeskanzleramt, Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort

Begutachtung: Philipp Schmidt-Dengler (WIFO)

Wissenschaftliche Assistenz: Kathrin Hofmann, Nicole Schmidt-Padickakudy,
Anna Strauss-Kollin (WIFO)

Die europäische Beihilfenkontrolle ist derzeit nicht optimal in der Lage, gerechtfertigte von ungerechtfertigten Beihilfen zu unterscheiden: Zum Teil werden den Mitgliedsländern durch die Europäische Kommission und die Unionsgerichte Maßnahmen untersagt, obwohl sie als unschädlich für den Binnenmarkt und den Wettbewerb gelten können. Eine solche überschießende Anwendung der Beihilfenbestimmungen ist selbst schädlich für Binnenmarkt und Wettbewerb und konterkariert so die Ziele, denen das Beihilfenrecht eigentlich dient. Die Europäische Kommission hat das Beihilfenrecht in den vergangenen 20 Jahren zwar wiederholt evaluiert und legislativ reformiert, ließ dabei jedoch einen tiefgreifenden Ansatz durchwegs vermissen. Die vorliegende Studie identifiziert Fehlstellen im europäischen Beihilfenrecht und formuliert entsprechende Handlungsempfehlungen in folgenden drei Bereichen. Erstens legen die Europäische Kommission und Unionsgerichte die Beihilfenbestimmungen mitunter unpräzise, uneinheitlich und schwer vorhersehbar aus, zweitens sind diese in wesentlichen Teilen teilweise veraltet und drittens richten sie sich nur gegen die EU-Mitgliedsländer und bieten keine Handhabe für die Herausforderungen einer globalisierten Wirtschaft wie wettbewerbsverzerrende Subventionen durch Drittländer. Durch eine behutsame evolutorische Weiterentwicklung des bewährten EU-Beihilfenrahmens unter Beibehaltung dessen wettbewerbsorientierter Grundausrichtung eröffnet sich ausreichender Gestaltungsspielraum für die Mitgliedsländer hinsichtlich der Gewährung staatlicher Beihilfen für sinnvolle Reformmaßnahmen und mehr wirtschaftspolitische Entscheidungsfreiheit, insbesondere für eine erfolgreiche digitale und ökologische Transformation der Europäischen Union.

2022/3/S/WIFO-Projektnummer: 11420

© 2022 Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung, Universität Wien

Medieninhaber (Verleger), Herausgeber und Hersteller: Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung,
1030 Wien, Arsenal, Objekt 20 • Tel. (+43 1) 798 26 01-0 • <https://www.wifo.ac.at/> • Verlags- und Herstellungsort: Wien

Verkaufspreis: 70 € • Kostenloser Download: <https://www.wifo.ac.at/wwa/pubid/67417>

Inhaltsverzeichnis

Political Summary	5
Executive Summary	8
I. Vorschläge für eine widerspruchsfreie und zweckmäßige EU-Beihilfenkontrolle	8
II. Modernisierung der Rechtfertigungsgründe für Beihilfen	10
III. Globale Aspekte des Beihilfenrechts	11
IV. Markt- und wettbewerbsorientiert durch die Herausforderungen der Digitalisierung und des Klimawandels	13
1. Einleitung	15
1.1 Kontext	15
1.2 Auftrag	16
1.3 Gliederung	18
2. Faire globale Wettbewerbsbedingungen erhalten, Resilienz stärken, strategische Autonomie erreichen	19
2.1 Das Konzept einer (offenen) strategischen Autonomie	19
2.2 Wirtschaftspolitische Fokalfpunkte eines Konzepts der strategischen Autonomie	22
2.2.1 Kritische Rohstoffe	22
2.2.2 Schlüsseltechnologien	24
2.3 Faire globale Wettbewerbsbedingungen erhalten	26
2.4 Aktualisierung des wettbewerbs- und industriepolitischen Instrumentariums	27
3. Motivation für eine neue wettbewerbsorientierte europäische Industriepolitik	29
3.1 China macht es, die USA machen es ... und Europa?	29
3.1.1 Chinesische Industriepolitik: „Koste es, was es wolle.“	29
3.1.2 US-amerikanische Industriepolitik: „Wasser predigen, (heimlich) Wein trinken.“	32
3.2 Bausteine einer neuen europäischen Industriepolitik	34
3.3 Europäische Champions	37
3.4 Staatliche Beihilfen	38
3.5 Important Projects of Common European Interest (IPCEI)	39
3.6 Fazit: Wettbewerbsorientierung erhalten, Industriepolitische Missionen verfolgen	40
4. Ziele des Beihilfeverbots und internationaler Standortwettbewerb	42
4.1 Kernfunktion: Homogener Binnenmarkt	42
4.2 Grundannahmen zur Reform des Beihilfenrechts	44
4.2.1 Annahme 1: Zur maßgeblichen Perspektive	44
4.2.2 Annahme 2: Zur Kompetenzverteilung	45
4.2.3 Annahme 3: Zur Kontrollaufgabe der Kommission	45
4.2.4 Annahme 4: Zur Vorteilhaftigkeit bestimmter Beihilfen	46
4.2.5 Annahme 5: Zur Treffsicherheit der Beihilfenkontrolle	47
4.3 Gang der weiteren Untersuchung	47

5.	Reformbedarf auf Tatbestandsebene	50
5.1	Einleitung	50
5.2	Wettbewerbsverfälschung	50
5.2.1	Einleitung und Thesen	50
5.2.2	Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis	51
5.2.3	Problemanalyse	55
5.2.4	Potenzial des <i>More Economic Approach</i> und Lehren aus dem Kartellrecht	56
5.2.5	Ökonomische Methoden zur Bewertung der Wirkungen staatlicher Beihilfen	61
5.2.6	<i>De-minimis</i> -Beihilfen	67
5.3	Handelsbeeinträchtigung	68
5.3.1	Einleitung und Thesen	68
5.3.2	Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis	69
5.3.3	Problemanalyse	72
5.4	Selektivität	73
5.4.1	Einleitung und Thesen	73
5.4.2	Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis	74
5.4.3	Problemanalyse	79
5.4.4	Selektivität bei Steuern und Abgaben	81
5.5	Staatlichkeit	92
5.5.1	Einleitung und Thesen	92
5.5.2	Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis	93
5.5.3	Problemanalyse	98
5.6	Begünstigung und Privatinvestortest	99
5.6.1	Einleitung und Thesen	99
5.6.2	Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis	100
5.6.3	Problemanalyse	104
5.7	Daseinsvorsorge	105
5.7.1	Einleitung und Thesen	105
5.7.2	Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis	106
5.7.3	Problemanalyse	109
5.8	Zwischenfazit	111
5.8.1	Ergebnisse und Handlungsempfehlungen	111
5.8.2	Rechtliche Umsetzungsmöglichkeiten	115
6.	Reformbedarf auf Rechtfertigungsebene	117
6.1	Modernisierung des Art. 107 Abs. 2 AEUV	117
6.1.1	Problemanalyse	117
6.1.2	Reformpotenzial	118
6.2	Modernisierung des Art. 107 Abs. 3 AEUV	119
6.2.1	Problemanalyse	119
6.2.2	Reformpotenzial	122
6.2.3	Der <i>More Economic Approach</i>	126

6.3	Zwischenfazit	128
6.3.1	Ergebnisse und Handlungsempfehlungen	128
6.3.2	Rechtliche Umsetzungsmöglichkeiten	129
7.	Globaler Standortwettbewerb: Potenzial des EU-Beihilfenrechts	131
7.1	Die EU-Beihilfenkontrolle und Drittstaaten	131
7.2	Umgang mit schädlicher Marktintervention durch Drittstaaten	133
7.2.1	Ausbau bestehender Instrumente	134
7.2.2	Beihilfen zum Ausgleich wettbewerbsverzerrender Drittstaatssubventionen	134
7.2.3	Prävention und Neutralisierung von Drittstaatssubventionen	135
7.3	Schlüsselsektoren, IPCEI und strategische Autonomie	136
7.4	Zwischenfazit	139
8.	Sonstige Themen	141
8.1	Spielraum durch Unionsbeihilfen	141
8.2	Reformbestrebungen seit 2012	141
9.	Gesamtfazit	144
I.	Vorschläge für eine widerspruchsfreie und zweckmäßige EU-Beihilfenkontrolle	145
II.	Modernisierung der Rechtfertigungsgründe für Beihilfen	148
III.	Globale Aspekte des Beihilfenrechts	151
IV.	Markt- und Wettbewerbsorientiert durch die Herausforderungen der Digitalisierung und des Klimawandels	153
Referenzen		155
Wissenschaftliche Literatur		155
Kommentare und Monographien		155
Beiträge in Fachzeitschriften und Sammelbänden		156
Unionsrecht und sonstige Akte der Unionsorgane		158
Rechtsakte und weitere Dokumente (Verordnungen, Mitteilungen, Leitlinien, usw.)		158
Beihilfenrechtliche Beschlüsse der Kommission		161
Pressemitteilungen der Kommission		162
Rechtsprechung des EuGH		163
Rechtsprechung des EuG		165
Schlussanträge		166
Sonstige Quellen		167

Verzeichnis der Übersichten

Übersicht 2.1: Key Enabling Technologies (KETS)	24
Übersicht 2.2: Spitzentechnologien im Rahmen der Advanced Technologies for Industry (ATI)	25

Verzeichnis der Abbildungen

Abbildung 2.1: Das Konzept der offenen strategischen Autonomie	20
Abbildung 2.2: Lieferländer von kritischen Rohstoffen an die EU	23
Abbildung 2.3: Kritische Rohstoffe, Technologien und strategisch bedeutende Wirtschaftssektoren	23
Abbildung 2.4: KETs 4.0	25
Abbildung 3.1: Made in China 2025: Treiber und Schlüsselsektoren	30
Abbildung 3.2: Made in China 2025: Zielmarktanteile chinesischer Unternehmen	30
Abbildung 3.3: Made in China 2025: Indikatoren zur Erfolgsmessung	31
Abbildung 3.4: Systemische Industrie- und Innovationspolitik (SIIP)	36
Abbildung 5.1: Ökonomischer Raster zur Bewertung der Auswirkungen von Beihilfen auf den Wettbewerb	62

Political Summary

Staatliche Beihilfen für Unternehmen können ein Instrument zur wirtschaftspolitischen Steuerung und Förderung von Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit sein, wenn sie richtig eingesetzt werden. Falsch eingesetzte Beihilfen können dagegen dem fairen Wettbewerb, und damit letztlich den Verbrauchern und Verbraucherinnen, schaden.

Die europäische Beihilfenkontrolle ist derzeit nicht optimal in der Lage, gerechtfertigte von ungerechtfertigten Beihilfen zu unterscheiden: Zum Teil werden den Mitgliedstaaten durch die Kommission und die Unionsgerichte Maßnahmen untersagt, obwohl sie als unschädlich für den Binnenmarkt und den Wettbewerb gelten können. Eine solche überschießende Anwendung der Beihilfebestimmungen ist selbst schädlich für Binnenmarkt und Wettbewerb und konterkariert so die Ziele, denen das Beihilfenrecht eigentlich dient.

Die vorliegende Studie identifiziert solche Fehlstellungen und formuliert entsprechende Handlungsempfehlungen. Die Kommission hat das Beihilfenrecht in den vergangenen 20 Jahren zwar wiederholt evaluiert und legislativ reformiert, ließ dabei jedoch einen tiefgreifenden Ansatz durchwegs vermissen. Die in der vorliegenden Studie angesprochenen Kritikpunkte haben diese Reformen nicht beseitigt. Die Studie versteht sich damit auch als Beitrag zu einer weiteren und vergleichsweise grundsätzlicheren Beihilfereform als bisher.

Grob besehen gibt es vor allem drei Gründe, warum die Beihilfenkontrolle überschießend wirkt: Die Beihilfebestimmungen werden von Kommission und Unionsgerichten erstens unpräzise ausgelegt, zweitens sind sie in Teilen veraltet und drittens richten sie sich nur gegen die Mitgliedstaaten und bieten keine Handhabe für die Herausforderungen einer globalisierten Wirtschaft.

1. Die erstgenannte unpräzise Auslegung führt in unterschiedlichen Bereichen zu einem Zuviel an Verbot. In der Studie ausgewiesene Beispiele sind generell Steuermaßnahmen, beitragsfinanzierte Beihilfen (z.B. Ökostromförderung), staatliche Investitionen und ähnliche Maßnahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, der Bereich Daseinsvorsorge, die Auswahl der Beihilfeempfänger sowie ganz allgemein die Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen von Beihilfen auf den Wettbewerb und den Handel.

In all diesen Bereichen werden die rechtlichen Grundlagen des Beihilfeverbots im AEUV von der Kommission und den Unionsgerichten in nicht ausreichend vorhersehbarer Weise ausgelegt und angewendet. Dies erleichtert der Kommission zwar ihre Kontrollaufgabe, erschwert aber den Mitgliedstaaten den Nachweis, dass von ihnen geplante Maßnahmen zulässig und sogar wünschenswert sein können. Teilweise geht dies sogar so weit, dass sich die Mitgliedstaaten von Vermutungen der Kommission freibeweisen müssen. Wachstum und Wettbewerb im Binnenmarkt schadet dieses Zuviel aber genauso wie ein Zuwenig an Verbot.

Die Studie empfiehlt, der überschießenden Anwendung der Beihilfebestimmungen vor allem durch verständlichere EU-Gesetzgebung entgegenzutreten, formuliert dazu konkrete Vorschläge und identifiziert mögliche Rechtsgrundlagen, wie Art. 109 AEUV (Vor-

schlag der Kommission, qualifizierte Mehrheit im Rat und Anhörung des Parlaments), alleine oder in Verbindung mit Art. 352 AEUV (Vorschlag der Kommission, Einstimmigkeit im Rat und Zustimmung des Parlaments).

2. Der zweitgenannte Kritikpunkt, dass das Beihilfeverbot in seiner praktizierten Form nicht mehr zeitgemäß ist, zeigt sich vor allem bei den Gründen, aus denen Beihilfen von der Kommission genehmigt werden können. Die aktuellen Herausforderungen und Prioritäten der EU-Politik finden sich dort nicht wieder. Dies gilt nicht erst seit der COVID-19-Pandemie, verstärkten Drittstaatsinvestitionen und –subventionen und den Herausforderungen des Klimawandels: Schon länger hat die Kommission etwa Freistellungen für unschädliche Kategorien von Beihilfen formuliert, sukzessive ausgebaut und das Beihilfenrecht an aktuelle Gegebenheiten adaptiert. Demgegenüber blieb die Formulierung der Genehmigungsgründe im AEUV selbst im Wesentlichen auf dem Stand des Jahres 1957.

Die Studie empfiehlt daher, Herangehensweise und Wortlaut der Genehmigungsgründe im AEUV auf die Höhe der Zeit zu bringen. Für die mitgliedstaatliche Praxis ist dies nicht zuletzt auch deshalb interessant, weil einzelne Genehmigungsgründe ohne Ermessen der Kommission anzuwenden sind: Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist die Genehmigung von ihr zwingend zu bestätigen. Die Frage, ob eine ermessensfreie Genehmigung zu erteilen ist, hat in jüngerer Zeit etwa bei den COVID-19-Hilfen eine Rolle gespielt. Derzeit finden sich bei den ermessensfreien Genehmigungsgründen jedoch hauptsächlich veraltete und kaum angewandte Tatbestände. Die Studie empfiehlt daher eine weitere, vergleichsweise tiefergehende Modernisierung. Mögliche Vorgehensweisen wären etwa eine „Vereinfachte Primärrechtsänderung“ (Vorschlag Mitgliedstaat, Anhörung Parlament und Kommission, Einstimmigkeit im Europäischen Rat, Ratifikation in den Mitgliedstaaten) sowie eben erwähnten Art. 109 und 352 AEUV.

3. Die drittgenannte fehlende Handhabe für Herausforderungen der Globalisierung ist teils eine Frage des Zusammenspiels von Beihilfebestimmungen und anderen Bestimmungen des Unionsrechts (z.B. Fusionskontrolle, WTO-Recht, etc.), teils aber auch eine Frage der Modernität und Präzision oder Beihilfebestimmungen selbst (z.B. Genehmigungen und Freistellungen). Dabei geht es um das Problem, dass das EU-Recht heimischen Unternehmen und Mitgliedstaaten ein einigermaßen enges Verhaltenskorsett auferlegt, an das jedoch Unternehmen aus Drittstaaten, die mit heimischen Unternehmen konkurrieren, nur teilweise gebunden sind. Daraus entsteht ein Wettbewerbsnachteil heimischer Unternehmen sowohl am globalen Markt als auch schon im Binnenmarkt selbst. Die Studie empfiehlt, die Frage der globalen Wettbewerbsfähigkeit heimischer Unternehmen insbesondere bei der Modernisierung der Rechtfertigungsgründe mit zu bedenken. Denkbar ist es insoweit, neue Rechtfertigungsgründe und Förderkategorien zu schaffen (z.B. jüngst die sog. IPCEI;), aber auch das positive Potenzial von Beihilfen der EU selbst stärker zu nutzen. Empfohlen wird jedoch ein behutsames und schrittweises Vorgehen nach ausführlicher Evaluierung, da jede Lockerung von Regeln für von EU-Unternehmen im globalen Wettbewerb die Gefahr birgt, auch im Verhältnis zu heimischen Unternehmen Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen oder zu verstärken.

Eine ökonomisch fundierte Reformagenda besteht demnach in der Erhaltung der bewährten Wettbewerbsorientierung des EU-Beihilfenrahmens unter innovativer Einbeziehung legitimer industriepolitischer Interessen vor dem Hintergrund einer globalisierten Weltwirtschaft. Das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik ist die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen sowohl im europäischen, als auch im globalen Maßstab.

Der Zugang zu kritischen Rohstoffen, der Zugriff auf Schlüsseltechnologien sowie die Unterstützung der Entwicklung von Schlüsselsektoren und -unternehmen („European Champions“) bilden Kernelemente einer Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT) der Europäischen Union. Die von der Kommission gewählten industriepolitischen Ansätze adressieren die großen gesellschaftlichen Herausforderung der digitalen und ökologischen Transformation und sind mit dem Grundsatz der Wettbewerbsorientierung des EU-Beihilfenrahmens kompatibel (zu halten). Sie bedienen sich innovativer Förderinstrumente, die stärker an Schlüsseltechnologien als an Schlüsselunternehmen ausgerichtet sind, wie bspw. den Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI), deren Erweiterung und Vertiefung im Sinne einer Präzisierung und Flexibilisierung sowie ein vereinfachter Zugang dazu empfohlen wird.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch eine behutsame evolutorische Weiterentwicklung des bewährten EU-Beihilfenrahmens unter Beibehaltung dessen wettbewerbsorientierter Grundausrichtung ein ausreichender Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Gewährung staatlicher Beihilfen für sinnvolle Reformmaßnahmen und mehr wirtschaftspolitische Entscheidungsfreiheit eröffnet, insbesondere für eine erfolgreiche digitale und ökologische Transformation der EU.

Executive Summary

Die Funktion des Beihilfenrechts besteht in der **Wahrung eines Wirtschaftsraums mit homogenen Wettbewerbsbedingungen**. Auf diesem europäischen **Binnenmarkt** soll insbesondere der Leistungswettbewerb nicht durch staatliche Subventionen verfälscht und der gemeinsame Markt nicht aufgespalten werden. Daher kann das Beihilfenrecht kein Instrument der Standortpolitik der einzelnen Mitgliedstaaten sein und auch nicht zu einem solchen umgebaut werden.

Innerhalb dieser Grundausrichtung bleibt aber genügend Raum und Bedarf für Reformen dahin, den Mitgliedstaaten **mehr beihilfenrechtlichen Spielraum und mehr wirtschaftspolitische Entscheidungsfreiheit** zu vermitteln. Dazu lassen sich vor allem auf der Tatbestandsebene die **Trefferbarkeit verbessern (I.)** und die **Genehmigungstatbestände modernisieren (II.)**. Zudem stellt sich die Frage, inwieweit das **Beihilfenrecht im globalen Standortwettbewerb (III.)** eingesetzt werden kann, um die EU gegenüber Drittstaaten mit aggressiver Subventionspolitik zu positionieren, und wie industriepolitisch mit **aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen** umzugehen ist **(IV.)**.

Die identifizierten **Reformoptionen** und die darauf gerichteten **Handlungsempfehlungen** stützen sich auf eine **umfassende rechtswissenschaftliche und ökonomische Analyse der beihilfenrechtlichen Anwendungspraxis**, insbesondere des Gerichtshofs der Europäischen Union (GHdEU, also EuG und EuGH). Welche der Ansatzpunkte und Empfehlungen aufgegriffen werden sollten, ist nur zu einem geringeren Teil (d.h. nur betreffend die Beseitigung von Funktionswidersprüchen im Recht) eine rechtswissenschaftliche Fragestellung und muss im Übrigen ökonomisch und (wirtschafts-)politisch beantwortet werden.

Die Handlungsempfehlungen können als Grundlage der **Erörterung von Reformoptionen im Rat** der EU dienen und z.B. in eine **Aufforderung des Rates an die Kommission** münden, Vorschläge für eine Primärrechtsänderung gem. Art. 48 EUV und/oder für Legislativ- oder Durchführungsrechtsakte nach Art. 109 oder 352 AEUV auszuarbeiten und vorzulegen. Hinsichtlich der Art. 109 und 352 AEUV ist eine Vorlage durch die Kommission Voraussetzung für ein Handeln des Rates. Dagegen kann ein Vorschlag nach Art. 48 Abs. 6 EUV **auch unmittelbar durch Österreich** an den Europäischen Rat herangetragen werden.

I. Vorschläge für eine widerspruchsfreie und zweckmäßige EU-Beihilfenkontrolle

Die Tatbestandselemente des Art. 107 Abs. 1 AEUV (also die **Komponenten dessen, was verbotene Beihilfen ausmacht**) werden in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabt. Zum Teil führt die Anwendungspraxis zu überschießenden und daher dem Zweck des Beihilfeverbots widersprechenden (d.h. dysfunktionalen) Ergebnissen. Zur Beseitigung dieser Widersprüche sind schon aus rechtswissenschaftlicher Sicht einige **Präzisierungen** beim Verständnis und der Handhabung dieser Komponenten durch die Kommission und den GHdEU geboten. Für die Umsetzung dieser Präzisierungen sind vorliegend in Grundzügen Handlungsempfehlungen skizziert.

Im Rahmen der Untersuchung der Anwendungspraxis zu Art. 107 Abs. 1 AEUV wurden sieben auf den Tatbestand bezogene Reformoptionen identifiziert

1. Aktivierung des Tatbestandselements der **Wettbewerbsverfälschung**
2. Aktivierung und Schärfung des Tatbestandselements der **Handelsbeeinträchtigung**
3. Reform der allgemeinen **Selektivitätsprüfung**
4. Neujustierung der Prüfung von **Steuerbeihilfen**
5. Eingrenzung des weiten Verständnisses der **Staatlichkeit**
6. Transparenterer und praxistauglicherer Einsatz des **MEOT/Privatinvestortests**
7. Reform und Präzisierung der **Altmark-Kriterien**

Da die Kommission in ihrer Anwendungspraxis an die Rechtsprechung der Unionsgerichte gebunden ist, verlangen die genannten Vorschläge zumindest teilweise (auch) **Reformen des rechtlichen Rahmens**. Dabei erscheint, wie einleitend hervorgehoben, keine umfassende Vertragsreform notwendig: Art. 48 Abs. 6 EUV sieht für geringfügige Primärrechtsänderungen ein **vereinfachtes Verfahren vor** (durch einstimmigen Beschluss des Europäischen Rates und nachfolgender Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten¹), das für diesen Zweck genützt werden könnte.

Zudem erscheint es denkbar, dass der Rat eine **VO gemäß Art. 109 AEUV** erlässt, über die der Kommission und dem GHdEU **Vorgaben** für die Auslegung und Anwendung der Einzelkomponenten des Art. 107 AEUV gemacht werden. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist zwar strittig, wie weit diese Regelungsbefugnis reicht. Allerdings fehlt Rechtsprechung dazu, ob eine enge Sichtweise auf die Regelungsbefugnis des Rates tatsächlich richtig ist. Der Wortlaut des Art. 109 AEUV („alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Artikeln 107 und 108“) steht jedenfalls für eine weite Auslegung offen. Außerdem schiene nötigenfalls eine ergänzende Heranziehung der Rechtssetzungsgrundlage des **Art. 352 AEUV** denkbar. Insgesamt sollte daher die Möglichkeit, eine Änderung der Anwendungspraxis zu Art. 107 AEUV durch einen Legislativ- oder Durchführungsrechtsakt des Rates anzustoßen, erwogen werden.

Handlungsempfehlungen zu I.

Die Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV sollte präzisiert werden, um die Beihilfenkontrolle treffsicherer und zweckmäßiger zu gestalten. Empfohlen werden daher:

I.1. Die Verankerung der oben unter den **Pkt. 1 bis 7 genannten Vorschläge** zur Auslegung und Anwendung des Beihilfetatbestands in einer **VO des Rates gemäß Art. 109 AEUV** (nötigenfalls alternativ auf Basis des Art. 352 AEUV);

I.2. nötigenfalls weitere Spezifizierung in darauf gestützten **Durchführungsrechtsakten** der Kommission.

¹ Dafür gibt es mit der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 AEUV (zugunsten des ESM) auch bereits einen Präzedenzfall.

II. Modernisierung der Rechtfertigungsgründe für Beihilfen

Ist der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt und eine Beihilfe gegeben, kann diese gerechtfertigt sein. Auf der Rechtfertigungsebene besteht zunächst Modernisierungsbedarf im Sinne einer direkten **Anpassung des Wortlauts des AEUV**. Eine Reform wäre, wie schon hervor-gehoben, im Rahmen eines vereinfachten Primärrechtsänderungsverfahrens möglich.

Die Genehmigungstatbestände des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sind teils praktisch bedeutungslos, teils mit Blick auf die aktuellen politischen Prioritäten der EU selbst und globale Herausforderungen **veraltet** oder schlicht zu unscharf geraten. Folglich gewährt das Primärrecht der Kommission beim Erlass der Mitteilungen und Leitlinien bzw. bei deren Anwendung massive Gestaltungsspielräume und lässt die Genehmigungspraxis **Rechtssicherheit und Transparenz** vermissen.

Die Festlegung eines **modernen und transparenten Katalogs von Allgemeininteressen**, die aus einer gemeinsamen EU-Perspektive zur Rechtfertigung von Beihilfen taugen, ist zunächst eine ökonomische und politische Frage und kann nicht Folgerung einer isoliert rechtswissenschaftlichen Analyse der Materie sein. Gleichwohl lassen sich anhand der Anwendungspraxis einzelne Schlaglichter auf mögliche Ansatzpunkte einer Modernisierung werfen. Hervorzuheben sind folgende beiden Empfehlungen:

8. Belebung der **Legalausnahmen** vom Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 2 AEUV
9. Modernisierung der **Ermessenstatbestände** des Art. 107 Abs. 3 AEUV

Unterhalb der Ebene des Primärrechts, also auf Ebene einer **VO des Rates gemäß Art. 109 AEUV** und insbesondere der Durchführungsrechtsakte der Kommission, ist der Gestaltungsspielraum möglicher Überarbeitungen *de lege ferenda* aufgrund der größeren Flexibilität der Rechtserzeugung und Rechtsänderung größer. Anders als bei Präzisierungen betreffend den Tatbestand ist es hier nicht zweifelhaft, dass sich die Befugnis des Rates nach Art. 109 AEUV insbesondere darauf bezieht, der Kommission Vorgaben für die Handhabung der Genehmigungstatbestände zu machen. Zudem kann die Kommission gemäß **Art. 108 Abs. 4 AEUV**, gestützt auf eine Ermächtigung des Rates gemäß Art. 109 AEUV in Bezug auf gewisse Beihilfenarten, **FreistellungsVO** erlassen. Details zur Anwendung allfälliger neuer Genehmigungstatbestände wären wiederum in **Mitteilungen und Leitlinien der Kommission** zu regeln, die Selbstbindungskraft für die Kommission entfalten.

Zudem hat die Kommission erst rezent eine Evaluierung der bestehenden Rechtsvorschriften und Instrumente unterhalb der Primärrechtsebene unternommen (allgemeiner sog. **Fitness Check** sowie Daseinsvorsorge im Besonderen). Auf diese Evaluierungen und die entsprechenden Erkenntnisse der Kommission kann daher über die vorliegenden Ausführungen hinaus verwiesen werden, wenn über Ansatzpunkte einer Reform auf unterprimärrechtlicher Ebene nachgedacht wird. Empfohlen wird deshalb eine

10. **Modernisierung des Durchführungsrechts, der Mitteilungen und Leitlinien**

Handlungsempfehlungen zu II.

Die Rechtfertigungs-/Genehmigungstatbestände im AEUV sollten reformiert werden, insbesondere durch eine Präzisierung der Legalausnahmen und eine Modernisierung der Ermessenstatbestände. Empfohlen werden daher:

II.1. Die Verankerung der oben unter **Pkt. 8 und 9 genannten Vorschläge** in Art. 107 Abs 2 und 3 AEUV (oder an anderer Stelle politikenspezifisch, etwa nach dem Vorbild des Art. 93 AEUV) unter Vornahme einer **vereinfachten Primärrechtsänderung** gemäß Art. 48 Abs. 6 EUV.

Unterhalb der Ebene einer Primärrechtsreform kann eine **VO des Rates** gemäß **Art. 109 AEUV** erlassen werden. Die Kommission kann, gestützt auf eine Ermächtigung des Rates, wiederum **FreistellungsVO** gemäß Art. 108 Abs. 4 AEUV erlassen. Details zur Anwendung allfälliger neuer Genehmigungstatbestände wären wiederum in **Mitteilungen und Leitlinien der Kommission** zu regeln. Auf dieser unterprimärrechtlichen Ebene wird empfohlen:

II.2. Die Reform des **Durchführungsrecht, der Mitteilungen und Leitlinien** der Kommission (**Pkt. 10**).

III. Globale Aspekte des Beihilfenrechts

Das Beihilferegime der EU ist international einzigartig. Im Ansatz vergleichbare Systeme sind weitaus weniger entwickelt und im Vollzug gelähmt. Zudem beschränkt sich das EU-Beihilfenrecht auf die interne Dimension, also von Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen. Von Drittstaaten gewährte Subventionen werden nicht erfasst, was bspw. von China subventionierten Unternehmen massive Vorteile verschaffen kann. Im Folgenden wird auf Möglichkeiten hingewiesen, das Beihilfenrecht für diese externe Herausforderung, d.h. wettbewerbsverzerrende Subventionen von Drittstaaten und insgesamt Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs, zu wappnen.

11. Das Beihilfenrechts sollte behutsam für **Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs geöffnet und gewappnet werden**, insbesondere durch Schaffung **neuer bzw. erweiterter Freistellungen oder vereinfachter Genehmigungen**, um potenziell wettbewerbsverzerrende Drittstaatssubventionen, Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse und Schlüsselsektoren zielgerichteter adressieren zu können.

Schlüsselsektoren und -unternehmen („European Champions“) werden am besten durch die **Stärkung der Innovationskraft des Binnenmarkts** in ihrer Entwicklung gefördert. Um die wettbewerbsverzerrenden staatlichen Unterstützungsleistungen von Drittstaaten ausgleichen zu können, müsste zur Stärkung der Innovationskraft des Binnenmarkts der Beihilfenrahmen gezielt im Forschungs- und Innovationsbereich adaptiert werden, mit dem Ziel die Unternehmen über den gesamten Lebenszyklus bestmöglich zu unterstützen.

Der **bestehende wettbewerbsorientierte EU-Beihilfenrahmen** bietet **ausreichend ökonomisch fundierte Ansatzpunkte**, um Unternehmen bei der Bewältigung der großen Herausforderung der digitalen und ökologischen Transformation insbesondere durch die Förderung von For-

schung, Entwicklung und Innovation zu unterstützen. Aus ökonomischen Gründen macht deshalb nur eine **graduelle Evolution** des EU-Beihilfenrahmen Sinn und nicht eine disruptive Revolution. Als abzgl. Schritte in die richtige Richtung kann sicher die Einführung einer neuen Förderkategorie betreffend wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (Important Projects of Common European Interest (**IPCEI**)) gelten. Ein solcher Ansatz, der stärker an Schlüsseltechnologien als an Schlüsselunternehmen orientiert ist, ist jedenfalls die aus ökonomischer Sicht überlegene und zu präferierende Strategie. Subventionen an einzelne Unternehmen, so bedeutend sie auch sein mögen, müssen den Kriterien der einschlägigen Beihilfenrahmen entsprechen, sonst richten sie langfristig mehr ökonomischen Schaden an, als sie kurzfristig Vorteile verschaffen mögen.

Anknüpfungspunkte für Maßnahmen auf der politischen Ebene bieten darüber hinaus:

12. Initiativen zur **Reduktion der Förderbürokratie** durch stärkere Standardisierung der Notifikationsverfahren sowie Anhebung bzw. Valorisierung der Schwellenwerte für Beihilfen von geringer Höhe („*de minimis*“)
13. Entwicklung neuer **Kontrollmechanismen und Abhilfemaßnahmen für wettbewerbsverzerrenden Drittstaatssubventionen**;
14. Stärkung des Wirtschaftsförderungspotenzials von **Unionsbeihilfen**

Handlungsempfehlungen zu III.

Das Beihilfenrechts sollte behutsam für Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs geöffnet werden, insbesondere durch Schaffung **vereinfachter Freistellungs- und Genehmigungsmöglichkeiten** für:

III.1. Beihilfen, die der Herstellung eines globalen *level playing fields*, also dem Ausgleich wettbewerbsverzerrender Subventionen aus Drittstaaten dienen: ggf. Verankerung unmittelbar in Art. 107 Abs. 3 AEUV durch **vereinfachte Primärrechtsänderung**; alternativ Nutzung des bestehenden **Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV** zur Genehmigung „sonstiger Arten von Beihilfen“ durch den Rat; Erlass einer **VO des Rates** gemäß Art. 109 AEUV und **FreistellungsVO** der Kommission gemäß Art. 108 Abs. 4 AEUV; Verankerung höherer Beihilfesummen bzw. vereinfachter Genehmigungsmöglichkeiten zum Ausgleich internationaler Wettbewerbsverzerrungen in **Durchführungsrechtsakten** der Kommission nach dem Vorbild von Nr. 34 der IPCEI-Mitteilung oder Nr. 92 des FuEul-Rahmens;

III.2. Beihilfen zur Stärkung von **Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse** / Important Projects of Common European Interest: Präzisierung und vor allem Flexibilisierung der hohen Anforderungen der **IPCEI-Mitteilung und Freistellung für KMU-Beihilfen im Rahmen von IPCEI**; ggf. Verankerung als Genehmigungstatbestand im Primärrecht, z.B. in Art. 107 Abs. 3 AEUV (siehe oben II.);

III.3. Beihilfen für Schlüsselsektoren und -unternehmen (**„European Champions“**), also Branchen und Unternehmen von großer aktueller oder potenzieller Bedeutung für die globale Wettbewerbsfähigkeit und strategische Autonomie der EU: Schaffung eigener Genehmigungsinstrumente, z.B. in Form von einer **VO des Rates** gemäß Art. 109 AEUV und **Durchführungsrechtsakten** der Kommission;

III.4. Beihilfen, die bereits sachlich/betraglich freigestellt sind (ggf. Entschlackung und Ausweitung der **AGVO** und Erhöhung bzw. Valorisierung der Schwellenwerte der **De-minimis-VO**) inklusive **Entbürokratisierung** von Formalerfordernissen.

Darüber hinaus empfohlen werden:

III.5. Die Schaffung neuer Instrumente abseits der Art. 107 bis 109 AEUV, um wettbewerbsverzerrenden **Drittstaatssubventionen** zu prüfen und ggf. mit Abhilfemaßnahmen effektiv zu **neutralisieren** (vgl. den Entwurf der Kommission für eine VO gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten vom 5. Mai 2021);

III.6. Der Einsatz von **Unionsbeihilfen**, die nicht der Beihilfenkontrolle des Art. 107 AEUV unterliegen.

Alle vorgeschlagenen Maßnahmen betreffend Lockerungen des EU-Beihilfenrahmens bedürfen einer **umfassenden ökonomischen Wettbewerbsanalyse** sowohl vor deren rechtlicher Implementierung in den europäischen Verträgen, Verordnungen und Richtlinien als auch bei der Bewertung der Gewährung solcher Beihilfen im Einzelfall.

IV. Markt- und wettbewerbsorientiert durch die Herausforderungen der Digitalisierung und des Klimawandels

Eine Industriepolitik neuen Zuschnitts lässt die Staatsinterventionen zugunsten einzelner Sektoren und Unternehmen aus der Vergangenheit hinter sich und trägt den systemischen Zusammenhängen im (supra)nationalen Innovationssystem Rechnung, indem sie zu einer „Systemischen Industrie- und Innovationspolitik“ (Aiginger, 2015) bzw. „Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT)“ (Peneder et al., 2021) verdichtet wird. Diese modernen industriepolitischen Ansätze sind **grundsätzlich marktorientiert** und damit mit einer antiprotektionistischen Wettbewerbspolitik und einem (adaptierten) EU-Beihilfenrahmen kompatibel.

Diese innovative Industriepolitik orientiert sich an der **Wettbewerbsfähigkeit** von Unternehmen, Branchen und Wirtschaftsräumen. Ein missionsorientierter Zugang adressiert die Bewältigung großer gesellschaftlicher Herausforderungen, wie jene der **Digitalisierung und des Klimawandels**, mit dem Ziel einer hohen **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im internationalen Wettbewerb**.

Handlungsempfehlungen zu IV.

IV.1. Eine ökonomisch fundierte Reformagenda für den EU-Beihilfenrahmen besteht in der **Erhaltung der bewährten Wettbewerbsorientierung des EU-Beihilfenrahmens** unter innovativer Einbeziehung legitimer industriepolitischer Interessen vor dem Hintergrund einer globalisierten Weltwirtschaft.

IV.2. Das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik ist (und bleibt) die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen. Um (rezenten) industriepolitischen **Initiativen von Drittstaaten in Form von wettbewerbsverzerrenden Subventionen** entgegentreten zu können, muss die EU-Beihilfenkontrolle über den Binnenmarkt hinauswirken, damit auch im globalen Maßstab faire Wettbewerbsbedingungen („global level playing field“) vorliegen.

IV.3. Der Zugang zu **kritischen Rohstoffen**, der Zugriff auf **Schlüsseltechnologien** (Key Enabling Technologies – KETs bzw. Advanced Technologies for Industry - ATI) sowie die Entwicklung von **Schlüsselsektoren und -unternehmen** („European Champions“) bilden Kernelemente einer Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT) der Europäischen Union.

IV.4. Bedeutende **Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse** (IPCEI) können als freigestellte Beihilfen maßgeblich zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union beitragen. Das im Rahmen von IPCEI etablierte Konzept, staatliche Beihilfen stärker an **Schlüsseltechnologien** als an Schlüsselunternehmen auszurichten, stellt die aus ökonomischer Sicht überlegene und zu präferierende Strategie dar. Eine Erweiterung und Vertiefung dieses Förderinstruments sowie ein vereinfachter Zugang dazu wird nachdrücklich empfohlen.

IV.5. Da das Wettbewerbsrecht gemäß Art. 3 Abs.1 lit. b AEUV als ausschließliche Kompetenz der EU angelegt ist, muss sich auch die **Standortpolitik der EU-Mitgliedsstaaten im adaptierten und modernisierten EU-Beihilfenrahmen bewegen** und diesen auf der Grundlage der ökonomischen Standortvorteile für den betreffenden Wirtschaftsraum optimal nutzen.

1. Einleitung

1.1 Kontext

Die Weltwirtschaft ist entlang globaler Wertschöpfungsketten nach dem Prinzip der komparativen Wettbewerbsvorteile organisiert. Dadurch kommt es zu einer ausgeprägten Spezialisierung von Volkswirtschaften und einer Konzentration bei der Produktion bestimmter Güter auf bestimmte (wenige) Länder. Durch diese internationale Arbeitsteilung entstehen Wohlfahrtsgewinne für alle beteiligten Volkswirtschaften, aber auch wechselseitige Abhängigkeiten. Globale Wertschöpfungsketten zeichnen sich zwar durch höchste Effizienz und maximale Produktivität durch Minimierung der Lagerhaltung im Rahmen einer just-in-time Logistik aus, sind aber (dadurch) auch sehr anfällig für Störungen.

Durch die COVID-19-Pandemie wurden internationale Lieferbeziehungen (kurzfristig) unterbrochen und die bestehende Abhängigkeit der EU von Importen in wichtigen Bereichen der globalen Wertschöpfungsketten trat deutlich hervor. Das betraf einerseits im Binnenmarkt Vorprodukte der Sachgütererzeugung wie bspw. industrielle Komponenten aus Italien und Deutschland, und andererseits auch COVID-kritische Produkte im Gesundheitsbereich aus Südostasien (China, Malaysia). Unzureichende strategische Lagerhaltung zusammen mit dem kurzfristig nicht substituierbaren Ausfällen von globalen Lieferanten hatten ernstzunehmende Versorgungsengpässe zur Folge. Als unmittelbare Konsequenz rückte die (bisher) vernachlässigte Frage nach Stabilität und Widerstandsfähigkeit (Resilienz) von globalen Wertschöpfungsketten sowie weiterführend auch die Frage nach stärkerer wirtschaftlicher Unabhängigkeit und strategischer Autonomie in das Zentrum der (wirtschafts)politischen Diskussion.

Die von der Europäischen Kommission am 10. März 2020 veröffentlichte „Neue Industriestrategie für Europa“ (COM(2021) 350 final)) hat vor diesem Hintergrund eine besondere Aktualität gewonnen. Ziel der neuen Industriestrategie ist die Schaffung einer global wettbewerbsfähigen und weltweit führenden Industrie in Europa, die als Motor für Wachstum und Wohlstand den zweifachen Wandel unserer Gesellschaft im Sinne der digitalen und der ökologischen Transformation pro-aktiv vorantreibt. Explizit adressiert wird die Notwendigkeit (der Aufrechterhaltung) von gleichen globalen Wettbewerbsbedingungen in Europa und weltweit. Obgleich wettbewerbsverzerrende Praktiken von Nicht-EU-Ländern explizit als Problem für die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie angesprochen werden, bleibt der von der Europäischen Kommission verfolgte Strategieansatz im wesentlichen Kern markt- und wettbewerbsorientiert. Einer protektionistischen europäischen Wirtschaftspolitik wird eine klare Absage erteilt. Es wird klar erkannt, dass protektionistische Gegenmaßnahmen der EU keine adäquate Reaktion auf wettbewerbsverzerrende Praktiken aus Drittstaaten sein können. Nur ein wettbewerbsfähiger europäischer industrieller Sektor wird nachhaltig global erfolgreich sein können. Wettbewerbsfähigkeit setzt aber zwingend einen funktionsfähigen Wettbewerb voraus – in Europa und weltweit. Der Schaffung der dafür notwendigen Rahmenbedingungen hat sich die neue EU-Industriestrategie verschrieben. Im Kontext der vorliegenden Studie ist insbesondere die diesbezügliche Adressierung wettbewerbsverzerrender Drittstaatssubventionen und die damit notwendigerweise einhergehende Anpassung des EU-Beihilfenrahmens und die Erweiterung der EU-Beihilfenkontrolle von Bedeutung.

1.2 Auftrag

Der EU-Beihilfenrahmen konzentriert sich auf die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des Binnenmarktes, bedingt durch den Einsatz von "(national)staatlichen Mitteln" aus Haushalten der Mitgliedstaaten in Form von Beihilfen an bestimmte Unternehmen. Die Europäische Kommission hat angekündigt, eine Reform des EU-Wettbewerbsrechts 2021 durchzuführen. Direkt im Primärrecht (in den Art. 107 bis 109 AEUV) wird definiert, wann eine "staatliche Beihilfe" vorliegt und dass diese generell verboten ist. Das Primärrecht definiert auch die Ausnahmen, wann Beihilfen von der Kommission als vereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt werden können, wobei der Kommission weitreichende Kompetenzen eingeräumt werden.

Im Januar 2019 wurde im Rahmen der laufenden Überprüfung der EU-Beihilfenvorschriften, mit einem Fokus auf die Wirkung der Vorschriften des im Jahr 2012 modernisierten EU-Beihilfenrahmens, ein „Fitnesscheck“ durch die Kommission eingeleitet. Das Ergebnis der am 30. Oktober 2020 veröffentlichten Evaluierung (SWD(2020) 257 final) zeigt, dass das System der Beihilfenkontrolle und die Beihilfenvorschriften insgesamt weitgehend ihren Zweck erfüllen. Einzelne Vorschriften müssten jedoch überarbeitet werden, also präzisiert, gestrafft, vereinfacht und an die jüngsten legislativen Entwicklungen, aktuellen Prioritäten sowie Markt- und Technologieentwicklungen (wie z.B. European Green Deal EGD, EU-Industriestrategie oder Digitalisierung) angepasst werden.

Da die Beihilfenvorschriften für die Transformation zu einer grünen Wirtschaft im Einklang mit der Kommissionsmitteilung über den European Green Deal (EGD) eine wichtige Rolle spielen (COM(2019) 640 final), beabsichtigt die Kommission, die Überarbeitung der relevanten EU-Beihilfeleitlinien auf Ende 2021 vorzuziehen. Dies gilt für die Regional-Beihilfeleitlinien, die IPCEI-Mitteilung, den FuEuI-Rahmen, die Risikofinanzierungs-Leitlinien, die Umweltschutz-/Energiebeihilfeleitlinien und die einschlägigen Bestimmungen der AGVO. Andere Vorschriften, die Gegenstand der Evaluierung waren, sollen mittelfristig überarbeitet werden. Die öffentlichen Konsultationen zu diesen Vorschriften wurden ab dem zweiten Halbjahr 2020 bis Anfang 2021 durchgeführt.

Vor diesem Hintergrund ist es für die Mitgliedsstaaten wichtig, einschlägige Positionspapiere zu erarbeiten, um für die Konsultationen und den darauffolgenden Reformprozess bestmöglich gerüstet zu sein. Um die österreichische Bundesregierung auf der Grundlage einer fundierten wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Analyse bei der Erarbeitung einer entsprechenden österreichischen Position zu einem zukunftsgerechten EU-Beihilferahmen zu unterstützen, wurde am 23. November 2020 eine wissenschaftliche Studie, die den diesbezüglichen Meinungsbildungsprozess auf politischer Ebene in Österreich faktenorientiert und evidenzbasiert anstoßen helfen soll, ausgeschrieben.

Am 21. Dezember 2020 wurde schließlich ein Konsortium bestehend aus dem Österreichischen Institut für Wirtschaftsforschung (WIFO) als federführendem Auftragnehmer und dem Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Konsortialpartner von Bundeskanzleramt (BKA) und Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) mit einer Studie zur Erarbeitung von

Vorschlägen für einen zukunftsorientierten EU-Beihilfenrahmen auf der Grundlage einer umfassenden wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Analyse beauftragt.

Ziel des Projekts ist die Erstellung einer Studie zur Frage, wie ein zukunftsorientierter EU-Beihilferahmen ausgestaltet sein müsste. Ausgehend vom derzeit gelten EU-Beihilfenrahmen, der die Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs am Binnenmarkt als zentrales Ziel hat, werden Überlegungen zur Berücksichtigung anderer strategischer EU-Ziele, insbesondere die grüne und digitale Transformation sowie Industrie- und Standortpolitik, hinsichtlich der Sinnhaftigkeit ihrer Einbeziehung bei der Ausgestaltung eines neuen EU-Beihilfenrahmens, von der Studie adressiert.

Zentrale Forschungsfrage des Projekts ist, welches (wirtschafts-)politische Ziel das EU-Beihilfenrechts in Zukunft verfolgen sollte. Ist die traditionelle starke Fokussierung auf die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Binnenmarkt noch zeitgemäß oder bedarf es vor dem Hintergrund der großen gesellschaftlichen Herausforderungen der Gegenwart in Form von digitaler und ökologischer Transformation einer Neuorientierung und/oder Ergänzung unter stärkerer Berücksichtigung anderer wirtschaftspolitischer Ziele, wie sie bspw. die Industriepolitik oder die Umweltpolitik vorgeben? Diese Forschungsfrage wird durch eine interdisziplinäre rechtswissenschaftliche und ökonomische sowohl theoretisch als auch empirisch umfassend adressiert, um entsprechende Handlungsempfehlungen für die österreichische Politik ableiten zu können.

Um der komplexen Fragestellung gerecht zu werden bedient sich die Studie eines breiten methodischen Ansatzes, der von einem Überblick der juristischen und ökonomischen Literatur, über die Darstellung einschlägiger Beihilfenrechtsfälle bis zur Analyse einschlägiger beihilfrechtlicher Entscheidungen reicht. Zur Validierung der erarbeiteten Handlungsempfehlungen wurde weiters eine strukturierte Befragung unter 20 Expertinnen und Experten aus der Praxis des europäischen Beihilfenrechts durchgeführt. Die Anregungen und Vorschläge der Expertinnen und Experten sind aus datenschutzrechtlichen Gründen in aggregierter und anonymisierter Form an den entsprechenden Stellen der Studie eingeflossen ohne das darauf explizit hingewiesen wurde. Allen Expertinnen und Experten, die sich an der Befragung beteiligt haben, sei an dieser Stelle für ihre Bemühungen sowie ihre wertvollen Anregungen und Kommentare herzlich gedankt.

1.3 Gliederung

Die Studie gliedert sich in neun Kapitel, die sich umrahmt von Einleitung (*Kapitel 1*) und Gesamtfazit (*Kapitel 9*) in zwei große Blöcke – ökonomische Analyse (*Kapitel 2 und 3*) und rechtswissenschaftliche Analyse (*Kapitel 4 bis 8*) – einteilen lassen.

Nach einer Einleitung (*Kapitel 1*) folgt die Kontextualisierung der Studie im Rahmen des Konzepts der (offenen) strategischen Autonomie (*Kapitel 2*), um die ökonomische Analyse schließlich mit einer Motivation für eine neue wettbewerbsorientierte europäische Industriepolitik vor den Herausforderungen der digitalen und ökologischen Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft (*Kapitel 3*) abzuschließen.

Die Darstellung der Ziele des Beihilfeverbots im Kontext des internationalen Standortwettbewerbs (*Kapitel 4*) führt über den Reformbedarf des EU-Beihilfenrahmens auf Tatbestandsebene (*Kapitel 5*) und Rechtfertigungsebene (*Kapitel 6*) zum Potenzial des europäischen Beihilfenrechts im globalen Standortwettbewerb (*Kapitel 7*). Abschließend werden die Themen Unionsbeihilfen und die rezenten von der Europäischen Kommission initiierten Reformbestrebungen adressiert (*Kapitel 8*).

Die Studie schließt mit einem Gesamtfazit (*Kapitel 9*).

2. Faire globale Wettbewerbsbedingungen erhalten, Resilienz stärken, strategische Autonomie erreichen

2.1 Das Konzept einer (offenen) strategischen Autonomie

Indem die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie explizit zu einer Frage der Souveränität Europas erklärt wird, wird die neue Industriestrategie zu einem zentralen Bestandteil des von der EU verfolgten Konzepts der (offenen) strategischen Autonomie.

Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union im Allgemeinen und Österreich im Besonderen zählen zu den Gewinnern der Globalisierung (Vgl. Sachs et al., 2020). Trotz der evidenten ökonomischen Vorteile manifestiert sich seit Ende der 1990er Jahre eine latente Globalisierungskritik. Vor dem Hintergrund dieser Globalisierungskritik, die in ihrer wissenschaftlich orientierten Form durchaus Problemfelder richtig adressiert, macht es Sinn, das Konzept der Globalisierung kritisch zu hinterfragen, indem bisher vernachlässigte Fragen der strategischen Autonomie und der Resilienz der österreichischen und europäischen Wirtschaft stärker in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt werden.

Die COVID-19-Pandemie hat der Frage nach der Resilienz internationaler Liefer- und Wertschöpfungsketten aktuell zusätzlich stärkeres wirtschaftspolitisches Gewicht verliehen. So kam es durch einen sprunghaften Anstieg in der Nachfrage bspw. zu Engpässen bei Schutzausrüstung (Masken, Handschuhe) und Medizintechnik (Beatmungsgeräte). Zusätzlich zum Nachfrageüberhang führten Exportbeschränkungen einzelner EU-Länder sogar dazu, dass selbst der freie Warenhandel im europäischen Binnenmarkt kurzzeitig eingeschränkt war.

Wenngleich die COVID-19-Krise der Anlassfall für die aktuelle Diskussion zur Regionalisierung der Wertschöpfungs- und Lieferketten ist, ist die Thematik der internationalen Verteilung der Produktion keineswegs neu. Die Verlagerung von Produktion und Globalisierung der Wertschöpfungsketten wird auch im Technologiebereich seit vielen Jahren intensiv diskutiert und beforscht. Ein Zwischenfazit dieser Forschungsstränge ist, dass die Resilienz von Wertschöpfungsketten auch maßgeblichen Einfluss auf die Standortentscheidung von Unternehmen ausüben kann (vgl. Antràs, 2016).

Vor diesem (aktuellen) Hintergrund rücken Konzepte der strategischen Autonomie² verstärkt in das Blickfeld der politischen Verantwortungsträger. Ausgangs- und Anknüpfungspunkt sind die verfassungsmäßigen Grundlagen der strategischen Autonomie Österreichs, die im Bekenntnis Österreichs zur umfassenden Landesverteidigung in der Verfassung verankert sind.³

²) Die nachfolgenden Ausführungen zur strategischen Autonomie basieren auf einschlägigen Vorarbeiten des WIFO (Klien et al., 2021).

³) Gemäß Artikel 9a Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) gehören zum System der umfassenden Landesverteidigung die militärische, die geistige, die zivile und die wirtschaftliche Landesverteidigung. Alle vier Teilbereiche sind auf vielfältige Art miteinander vernetzt.

Abbildung 2.1: **Das Konzept der offenen strategischen Autonomie**



Q: European Commission (2021b).

In Abgrenzung zur Autarkie, der gänzlichen Selbstversorgung einer Volkswirtschaft, die in einer arbeitsteiligen und globalisierten Weltordnung weder effektiv, noch effizient umgesetzt werden kann, orientieren wir uns an den seitens der Europäischen Kommission favorisierten Konzepten der offenen strategischen Autonomie (European Commission, 2021a) und der ökonomischen Resilienz, die als „neuer Kompass für die EU-Politik“ (European Commission, 2020c) und „politische Option“ (European Commission, 2021b) bezeichnet wird.

Das Konzept der offenen strategischen Autonomie ist im Kern „antiprotektionistisch“ ausgerichtet, indem es auf der Bedeutung von (grundsätzlicher) Offenheit aufbaut und an das Engagement der EU für einen freien und fairen Handel mit gut funktionierenden, diversifizierten und nachhaltigen globalen Wertschöpfungsketten angelehnt ist (European Commission, 2021b). Offene strategische Autonomie umfasst drei konstituierende Elemente (Abbildung 2.1).

Die Stärkung der Widerstandsfähigkeit und der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft(szweige) erfordert einen offenen und unverzerrten Zugang zu internationalen Märkten, einschließlich neuer Marktzugangsmöglichkeiten und offener Handelsströme zum Nutzen von Wirtschaft und Gesellschaft. Da eine moderne Volkswirtschaft entlang von globalisierten Wertschöpfungsketten arbeitsteilig auf der Grundlage komparativer Wettbewerbsvorteile organisiert ist, muss eine Stärkung der ökonomischen Widerstandsfähigkeit bei der Ausgestaltung der globalen Wettbewerbsbedingungen ansetzen (European Commission, 2021b). In diesem Kontext wird strategische Autonomie als die Fähigkeit einer Volkswirtschaft verstanden, eigene (wirtschafts-)politische Prioritäten zu setzen und Entscheidungen zu treffen, sowie die institutionellen, politischen und materiellen Voraussetzungen, um diese in Kooperation mit Dritten oder,

falls nötig, eigenständig umzusetzen. Dieses Verständnis umfasst das gesamte Spektrum politischen Handelns, d.h. sowohl die außen-, sicherheits-, und verteidigungspolitische als auch die wirtschaftspolitische Dimension. Autonomie ist immer relativ. Politisch geht es um einen Zuwachs an Handlungsfähigkeit, also um einen Prozess, keinen absoluten Zustand. Autonomie bedeutet weder Autarkie noch Abschottung oder die Absage an Allianzen. Sie ist kein Selbstzweck, sondern Mittel, um die eigenen Werte und Interessen zu schützen und zu fördern (angelehnt an Lippert et al., 2019).

Die vier Dimensionen der Resilienz in der EU-Foresight Agenda

1. Soziale und wirtschaftliche Widerstandsfähigkeit

Die Pandemie hat Ungleichheiten vertieft, demografische Ungleichgewichte und Armut verstärkt, die Automatisierung beschleunigt und sich sehr stark auf den Dienstleistungssektor ausgewirkt. Mit der strategischen Vorausschau können Kompetenzen ermittelt werden, die für die Zukunft notwendig sind und in die gezielt investiert werden muss, um eine breite gesellschaftliche Debatte über Sozial- und Wirtschaftsreformen anzuregen.

2. Geopolitische Widerstandsfähigkeit

Die Krise hat gezeigt, dass die EU stark von Drittländern abhängt, wenn es um kritische Rohstoffe für Schlüsseltechnologien geht, die für eine kohlenstoffneutrale und digitale Gesellschaft erforderlich sind. Mit der strategischen Vorausschau können mögliche Szenarien und Maßnahmen für eine stärkere, offene strategische Autonomie fokussiert durchgespielt werden.

3. Ökologische Widerstandsfähigkeit

Durch die Umstellung auf eine "grünere" Wirtschaft könnten weltweit 24 Millionen neue Arbeitsplätze entstehen – nach der COVID-19-Krise ließe sich also viel stärker von diesem Wandel profitieren als bisher angenommen. Die strategische Vorausschau kann dabei helfen, die Triebkräfte des Wandels zu analysieren, künftige strukturelle Veränderungen am Arbeitsmarkt zu erkennen und Umschulungsbedürfnisse von Menschen zu ermitteln, die während der COVID-19-Krise ihren Arbeitsplatz verloren haben oder denen aufgrund des beschleunigten technologischen Wandels und der Automatisierung der Verlust des Arbeitsplatzes droht.

4. Digitale Widerstandsfähigkeit

Die Krise hat die Hyperkonnektivität und die Integration neuer Technologien beschleunigt, die sich auf unsere Lebensbedingungen und Lebensweise auswirken. Durch die strategische Vorausschau kann besser eingeschätzt werden, wie sich neue Schlüsseltechnologien entwickeln und auf alle Lebensbereiche auswirken werden, und wie diesbezüglich künftige Chancen proaktiv genutzt werden können.

Q: European Commission (2020b).

Wir orientieren uns weiters an dem seitens der Europäischen Kommission im Rahmen der EU-Foresight Agenda (European Commission, 2020b) entwickelten Konzept der strategischen Widerstandsfähigkeit (Resilienz), das die vier Dimensionen soziale und wirtschaftliche, geopolitische, ökologische sowie digitale Widerstandsfähigkeit umfasst (siehe Kasten).

Zusammenfassend lässt sich ökonomische Resilienz als die Fähigkeit einer Volkswirtschaft, vorbereitende Maßnahmen zur Krisenbewältigung zu ergreifen, unmittelbare Krisenfolgen abzumildern und sich an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen, definieren. Der Resilienz-Grad wird dadurch bestimmt, inwieweit das Handeln und Zusammenspiel von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft die Performance der Volkswirtschaft gemäß Bewertung durch die gesellschaftliche Zielfunktion auch nach einer Krise sicherstellen kann (Brinkmann et al., 2017). Eine stärkere ökonomische Resilienz trägt substantiell zu einer Stärkung der strategischen Autonomie bei.

2.2 Wirtschaftspolitische Fokalfpunkte eines Konzepts der strategischen Autonomie

Die europäische Industrie steht aufgrund, aber auch abseits der derzeit auch die wirtschaftspolitische Diskussion beherrschenden COVID-19-Pandemie vor großen Herausforderungen, wie dem globalen Wettbewerb und der Notwendigkeit, Energie und Ressourcen effizient zu nutzen. Investitionen in Forschung und Innovation sind unerlässlich, um diese Herausforderungen zu bewältigen und gleichzeitig dazu beizutragen, Lösungen für gesellschaftliche Herausforderungen wie Gesundheit, Energie, Klima usw. zu entwickeln und einzusetzen. Kritische Rohstoffe und Schlüsseltechnologien (KET/ATI) bilden wesentliche Fokalfpunkte für die Entwicklung eines Konzepts der (offenen) strategischen Autonomie.

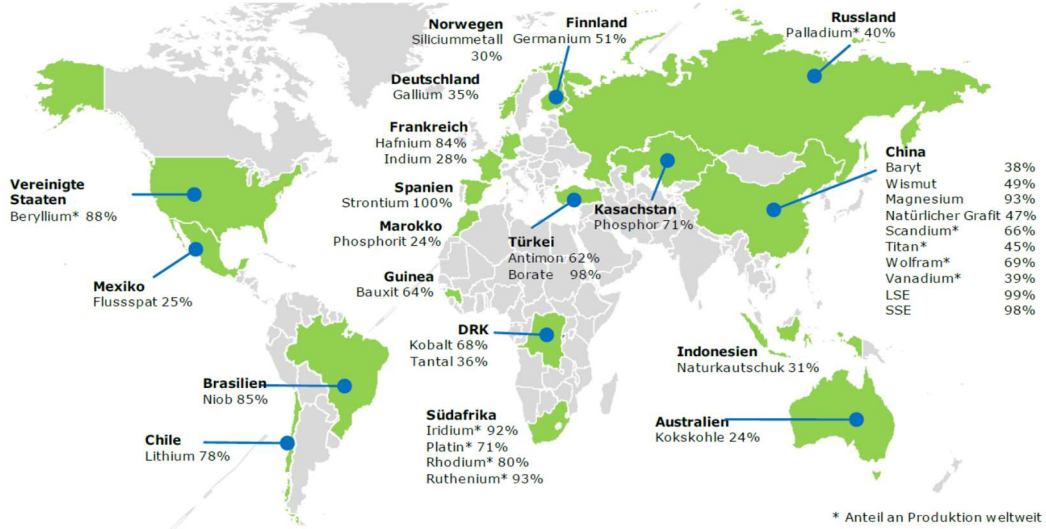
2.2.1 Kritische Rohstoffe

Kritische Rohstoffe stellen wesentliche Vorleistungen bei der Herstellung bzw. Bereitstellung von kritischen Produkten und/oder Technologien dar. Seit dem Jahr 2011 veröffentlicht die Europäische Kommission alle drei Jahre eine aktualisierte Liste von kritischen Rohstoffen. Die aktuelle aus dem Jahr 2020 stammende Liste umfasst insgesamt 30 Materialien (in alphabetischer Reihenfolge): Antimon, Baryt, Bauxit, Beryllium, Borat, Flussspat, Gallium, Germanium, Graphit, Hafnium, Indium, Kobalt, Koks-kohle, Lithium, Magnesium, Naturkautschuk, Niob, Platinmetalle, Phosphor, Phosphorit, Scandium, Seltene Erden (LREE, HREE), Siliciummetall, Strontium, Tantal, Titan, Vanadium, Wismut und Wolfram (European Commission, 2020d).

Die Versorgung mit vielen kritischen Rohstoffen ist stark auf wenige Länder, darunter auch politisch instabile und autoritäre Regime, konzentriert, was die Abhängigkeit der EU noch einmal substantiell verschärft (Abbildung 2.2).

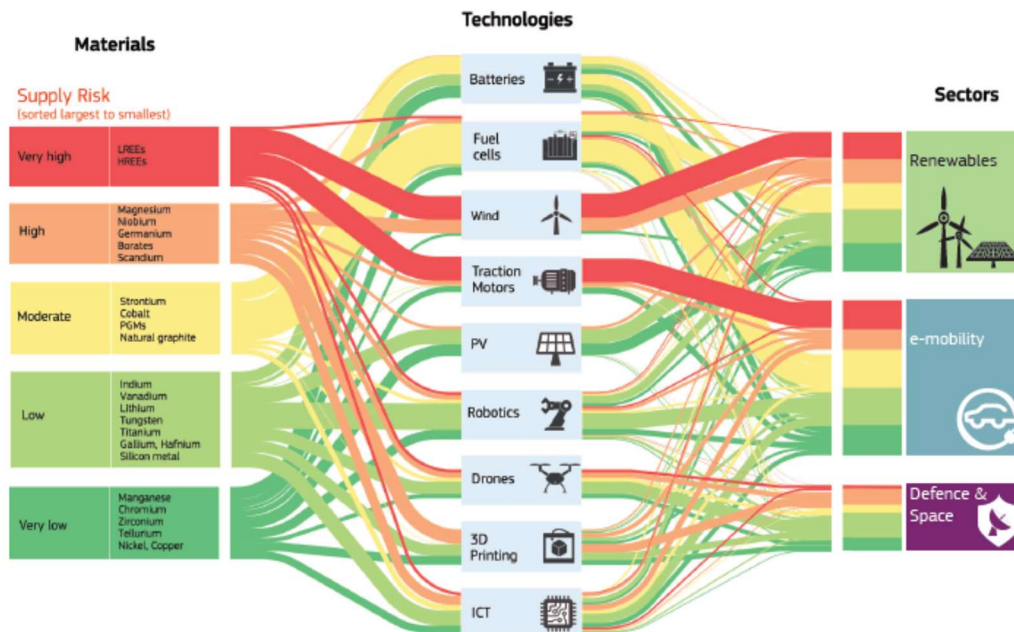
Für drei als strategisch bedeutend eingestufte Sektoren (erneuerbare Energie, E-Mobilität und Luft- und Raumfahrt) wurde im Rahmen einer Zukunftsstudie (*Foresight Study*) für neun involvierte Technologiefelder insgesamt 25 Rohstoffe von der Europäischen Kommission (2020C) hinsichtlich ihres Versorgungsrisikos analysiert. Demnach unterliegen seltene Erden (LREE, HREE) dem höchsten sowie Magnesium, Niob, Germanium, Borate und Skandium einem hohen Versorgungsrisiko (Abbildung 2.3).

Abbildung 2.2: Lieferländer von kritischen Rohstoffen an die EU



Quelle: European Commission (2020d).

Abbildung 2.3: Kritische Rohstoffe, Technologien und strategisch bedeutende Wirtschaftssektoren



Quelle: European Commission (2020c).

2.2.2 Schlüsseltechnologien

Als Ansatzpunkt für innovations- und industriepolitische Maßnahmen hat die Europäische Kommission bereits im Jahr 2009 sog. Schlüsseltechnologien (Key Enabling Technologies – KETs) identifiziert (European Commission, 2009). Unter KETs werden wissensintensive Querschnittstechnologien mit einer hohen FuE-Intensität, schnellen Innovationszyklen, hohen Investitionsausgaben und hochqualifizierter Beschäftigung verstanden (Übersicht 2.1). KETs ermöglichen Innovationen bei Prozessen, Gütern und Dienstleistungen in der gesamten Wirtschaft und sind von systemischer Relevanz. Sie sind als Querschnittstechnologien multidisziplinär und erstrecken sich über viele Technologiebereiche mit einem Trend zur Konvergenz und Integration. KETs unterstützen die Innovationsanstrengungen in vielen Wirtschaftssektoren in maßgeblichem Ausmaß.

Übersicht 2.1: **Key Enabling Technologies (KETs)**

1. Fortgeschrittene Fertigungstechnologien	2. Fortgeschrittene Werkstoffe
3. Nanotechnologie	4. Mikro-/Nano-Elektronik
5. Industrielle Biotechnologie	6. Photonik

Q: European Commission (2009).

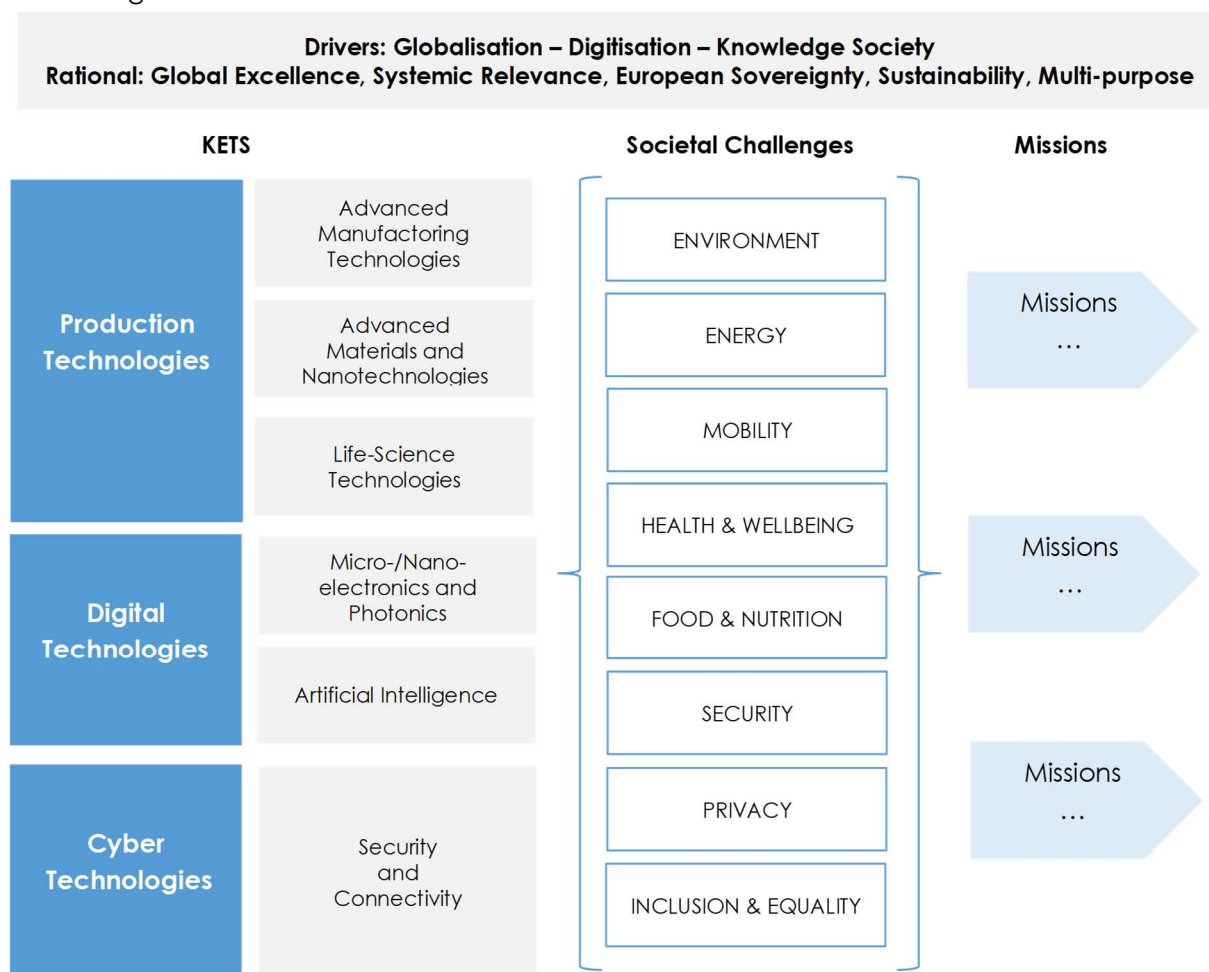
KETs sind die wesentlichen Technologiebausteine, die Europas (angestrebte) globale Führungsposition in verschiedenen Branchen untermauern, insbesondere bei Produkten und Dienstleistungen mit hoher Wertschöpfung und hohem Technologieanteil (European Commission, 2017).

Nicht ganz ein Jahrzehnt später wurde eine Weiterentwicklung der Definition der KETs vorgeschlagen (European Commission, 2018), wobei unter dem der digitalen Transformation Rechnung tragenden Titel „KETs 4.0“ hauptsächlich eine Restrukturierung der bisherigen Systematik – Zusammenfassung der KETs in drei Obergruppen „Produktionstechnologien“, Digitaltechnologien“ und „Cybertechnologien“ – stattfand und bis auf zwei (marginale) Anpassungen grundsätzlich die ursprünglichen KETs im Wesentlichen beibehalten wurden. Während die erste Anpassung die Ausweitung von der eng(er) gefassten „Biotechnologie“ auf die weiter gefassten „Lebenswissenschaften“ betraf, wurden mit „Künstlicher Intelligenz“ und „Digitale Sicherheit und Konnektivität“ zwei neue Kategorien eingeführt (Abbildung 2.4).

In einem bisher letzten Schritt wurden das Konzept der *Key Enabling Technologies* (KETs) zu *Advanced Technologies for Industry* (ATI) weiterentwickelt (European Commission, 2020a).

ATIs stellen im Wesentlichen eine weitere Spezifizierung und stärkere Ausdifferenzierung der KETs dar, indem nunmehr 16 Spitzentechnologien explizit angesprochen werden (Übersicht 2.2).

Abbildung 2.4: **KETs 4.0**



Q: European Commission (2018).

Übersicht 2.2: Spitzentechnologien im Rahmen der Advanced Technologies for Industry (ATI)

- | | |
|--------------------------------|----------------------------------|
| 1. Fortschrittliche Werkstoffe | 2. Fortschrittliche Fertigung |
| 3. Künstliche Intelligenz | 4. Augmented und Virtual Reality |
| 5. Big Data | 6. Blockchain |
| 7. Cloud-Technologien | 8. Konnektivität |
| 9. Industrielle Biotechnologie | 10. Internet der Dinge |
| 11. Mikro- und Nanoelektronik | 12. Mobilität |
| 13. Nanotechnologie | 14. Photonik |
| 15. Robotik | 16. Sicherheit |

Q: European Commission (2020a).

Gemäß den Vorstellungen der Europäischen Kommission könnten ATIs Prioritäten für die europäische Industriepolitik sein, weil sie die Prozess-, Produkt- und Dienstleistungsinnovationen in der gesamten Wirtschaft ermöglichen und somit die industrielle Modernisierung und den Strukturwandel fördern.

2.3 Faire globale Wettbewerbsbedingungen erhalten

KETs bzw. ATIs sind Schlüsseltechnologien, die zusammen mit den als kritisch identifizierten Rohstoffen von entscheidender Bedeutung für die (zukünftige) wirtschaftliche Entwicklung von Wirtschaftsräumen sind. Ist ein entsprechender Zugriff auf KETs/ATIs und kritische Rohstoffe durch die europäische Industrie nicht in vollem Umfang unter fairen globalen Rahmenbedingungen gegeben, ist die wirtschaftliche Entwicklung nur eingeschränkt möglich und ein Verlust an Wettbewerbsfähigkeit ist die unausweichliche Konsequenz.

Investitionen in diese Technologiebereiche haben das Potenzial, die Wettbewerbsfähigkeit auf mikroökonomischer Ebene von Unternehmen sowie auf makroökonomischer Ebene von Wirtschaftsräumen zu steigern, die Beschäftigung zu erhöhen und ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum zu unterstützen. Durch das ihnen innewohnende Potenzial und ihre große Bedeutung für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung nehmen KETs/ATIs zusammen mit den kritischen Rohstoffen eine Schlüsselfunktion bei der Formulierung eines Konzepts der strategischen Autonomie ein. Nur wenn ein Wirtschaftsraum über einen gesicherten Zugriff auf Schlüsseltechnologien und kritische Rohstoffe verfügt, können Wirtschaft und Gesellschaft an der zukünftigen wirtschaftlichen Entwicklung in vollem Ausmaß partizipieren und ihr ökonomisches Potenzial entfalten.

Einer Stärkung der Resilienz unter Wahrung des antiprotektionistischen Kerns der europäischen Wirtschaftspolitik „als neuem Kompass für die EU-Politik“ (European Commission, 2020e) kommt bei der Formulierung eines Konzepts der (offenen) strategischen Autonomie (European Commission, 2021a) eine überragende Bedeutung zu.

Die EU ist eine der offensten Volkswirtschaften der Welt und ihre Mitgliedsländer zählen zu den Profiteuren der Globalisierung. Die EU zieht ein hohes Maß an Investitionen von ihren Handelspartnern in Drittländern an. Diese Offenheit scheint jedoch zunehmend durch Außenhandelspraktiken in Frage gestellt zu werden, einschließlich Subventionen, die die gleichen Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen in der EU verzerren. Gleiche globale Wettbewerbsbedingungen (*global level playing field*) scheinen immer weniger gewährleistet zu sein.

Die EU tritt für offene internationale Märkte ein und hat sich verpflichtet, für (bestimmte) Waren und Dienstleistungen Marktzugang zum europäischen Binnenmarkt zu gewähren. Auf der anderen Seite haben viele europäische Unternehmen Schwierigkeiten, Zugang zu den Märkten von Nicht-EU-Ländern zu erhalten. Einige Handelspartner haben protektionistische oder diskriminierende Maßnahmen beibehalten oder eingeführt, von denen Unternehmen aus der EU betroffen sind. Subventionen, die Nicht-EU-Unternehmen von den Regierungen ihrer Heimatländer gewährt werden, unterliegen (bisher) nicht der EU-Beihilfenkontrolle und können sich hier zum Nachteil von EU-Unternehmen auswirken. Als Reaktion darauf ergreift die EU in mehreren Bereichen Maßnahmen, um gleiche globale Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten und die Marktchancen für europäische Unternehmen auf dem Weltmarkt zu erhöhen.

Die EU-Wettbewerbsregeln im Allgemeinen und der EU-Beihilfenrahmen im Besonderen spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle bei der Gewährleistung fairer Bedingungen für Unternehmen im Binnenmarkt. Subventionen durch Mitgliedstaaten unterliegen seit jeher den strengen EU-Beihilfenvorschriften, um Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden.

Weder die USA noch China kennen eine mit dem EU-Beihilfenrahmen vergleichbare Beschränkung hinsichtlich der Gewährung von Subventionen. Staatliche Beihilfen, die von Nicht-EU-Regierungen an Unternehmen in der EU gewährt werden, scheinen zunehmend negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt zu haben, fallen aber nicht unter die EU-Beihilfenkontrolle. Es gibt eine wachsende Zahl von Fällen, in denen ausländische Subventionen offenbar die Übernahme von EU-Unternehmen erleichtert oder die Investitionsentscheidungen, die Markttätigkeit oder die Preispolitik ihrer Empfänger verzerrt haben oder die Ausschreibung im öffentlichen Beschaffungswesen zum Nachteil der nicht subventionierten Unternehmen verfälscht haben.

Vor diesem Hintergrund versucht die Europäischen Union Allianzen mit wichtigen strategischen Partnern (z. B. mit den USA und Japan) zu bilden, um diese Probleme auf multilateraler Ebene (WTO) zu adressieren. Über diese langfristigen wirtschaftsdiplomatischen Initiativen hinaus erscheint aber auch eine kurz- bis mittelfristig wirksame Aktualisierung des wirtschaftspolitischen Instrumentariums der EU dringend geboten.

2.4 Aktualisierung des wettbewerbs- und industriepolitischen Instrumentariums

Der EU stehen Instrumente zur Verfügung, um einige der Verzerrungen zu adressieren, die durch ausländische Subventionen verursacht werden, die von Nicht-EU-Regierungen an Unternehmen gewährt werden, die in die EU exportieren. Die vorhandenen Instrumente deckten aber bislang nicht alle möglichen Verzerrungen ab, die durch wettbewerbsverzerrende Drittstaatsubventionen verursacht werden.

Der Europäische Rat beauftragte deshalb die Kommission in seinen Schlussfolgerungen der Tagung vom 21./22. März 2019, neue Instrumente zu ermitteln, um die verzerrenden Auswirkungen ausländischer Subventionen auf den Binnenmarkt anzugehen. Die Europäische Kommission hat daraufhin am 17. Juni 2020 ein Weißbuch veröffentlicht, das sich mit den wettbewerbsverzerrenden Wirkungen ausländischer Subventionen im Binnenmarkt befasst. Bis zum 23. September 2020 wurde eine öffentliche Konsultation durchgeführt, um die Kommission bei ihren Vorbereitungen für einen Gesetzesvorschlag in diesem Bereich zu unterstützen. Als Ergebnis dieser Initiative wurde schließlich am 5. Mai 2021 seitens der Kommission eine neue Verordnung gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten vorgeschlagen.

Mit dieser neuen Verordnung soll in Zukunft unterbunden werden, dass die Gewährung von Subventionen durch Nicht-EU-Staaten derzeit weitgehend unkontrolliert erfolgt, während Subventionen der Mitgliedstaaten einer strengen Kontrolle unterliegen. Mit dem neuen Instrument sollen drittstaatliche Subventionen, die Verzerrungen verursachen und dem fairen Wettbewerb im Binnenmarkt zuwiderlaufen, wirksam adressiert werden. Dadurch weitet die Kommission ihre Beihilfenkontrolle auf Drittstaaten aus, wenn von diesen gewährten Subventionen (negative) Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zeitigen. Damit wird eine Angleichung an die Fusionskontrolle vollzogen, wo es bereits seit langem üblich ist, auch eine Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen in Drittstaaten auf ihre wettbewerbslichen Auswirkungen auf dem Binnenmarkt zu untersuchen (und ggf. zu untersagen).

Indem damit ein fairer und wettbewerbsfähiger Binnenmarkt unter globalisierten Rahmenbedingungen gefördert und damit die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Entwicklung der europäischen Industrie geschaffen werden, stellt die auf diese Weise ausgedehnte Beihilfenkontrolle einen wesentlichen Bestandteil der ebenfalls am 5. Mai 2021 aktualisierten Industriestrategie der EU dar. Trotz der (weitgehend) unbestrittenen Beibehaltung der antiprotektionistischen Grundhaltung der europäischen Wirtschaftspolitik im Allgemeinen und der Wettbewerbsorientierung des EU-Beihilfenrahmens im Besonderen eröffnen sich vielfältige Spielräume, die durch die Implementierung einer intelligenten marktorientierten europäischen Industriepolitik neuen Zuschnitts einerseits und durch eine zeitgemäße Anpassung der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission auf der Grundlage des bestehenden bzw. eines adaptierten Rechtsrahmens andererseits genutzt werden könnten. Die vorgestellten Reformoptionen sind geeignet sowohl innerhalb des Binnenmarktes als auch auf dem Weltmarkt faire Wettbewerbsbedingungen nachhaltig zu gewährleisten. Dieses *double level playing field* stellt den Schlüssel zu einer prosperierenden in den Weltmarkt eingebetteten EU für die Zukunft dar.

Wir starten im nächsten Kapitel mit der Motivation für eine neue wettbewerbsorientierte europäische Industriepolitik unter Berücksichtigung der Konsequenzen für EU-Fusions- und Beihilfenkontrolle und wenden uns anschließend der Analyse des bestehenden EU-Beihilfenrahmens zu.

3. Motivation für eine neue wettbewerbsorientierte europäische Industriepolitik

3.1 China macht es, die USA machen es ... und Europa?

Die wirtschaftspolitischen Initiativen „Made in China 2025“ (MIC25) sowie „Make America great again!“ (MAGA), „America first!“ (AF) und „Buy American“ (BA) zeigen, dass die bedeutendsten Wirtschaftsmächte der Welt sehr offensiv und durchaus eigennützig agieren, wenn es um die Durchsetzung ihrer politischen und wirtschaftlichen Interessen geht. Dem hatte Europa bisher wenig Gleichwertiges entgegensetzen. Das lag einerseits in der Organisationsstruktur der Europäischen Union als Vereinigung souveräner Nationalstaaten, die ihre Wirtschafts- und Finanzpolitik trotz Eingliederung in die EU (noch immer) in einem hohen Maße autonom verfolgen (können), begründet sowie auch andererseits in der grundsätzlichen Ausrichtung der EU als antiprotektionistischer und wettbewerbsorientierter Binnenmarkt. Die Wettbewerbspolitik gehört zu den wenigen Politikbereichen, die per Verfassungsstatus (normiert in den europäischen Verträgen) in den Aufgabenbereich der Europäischen Union fallen. Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt werden von der Europäischen Kommission entschlossen bekämpft. Industriepolitische Überlegungen spielten in der Vergangenheit eine vergleichsweise untergeordnete Rolle. Weder China noch die USA werden bei der Verfolgung ihrer industriepolitischen Ambitionen von einem vergleichbaren Rechtsrahmen, inklusive Verbot wettbewerbsverzerrender Subventionen, gebremst.

3.1.1 Chinesische Industriepolitik: „Koste es, was es wolle.“

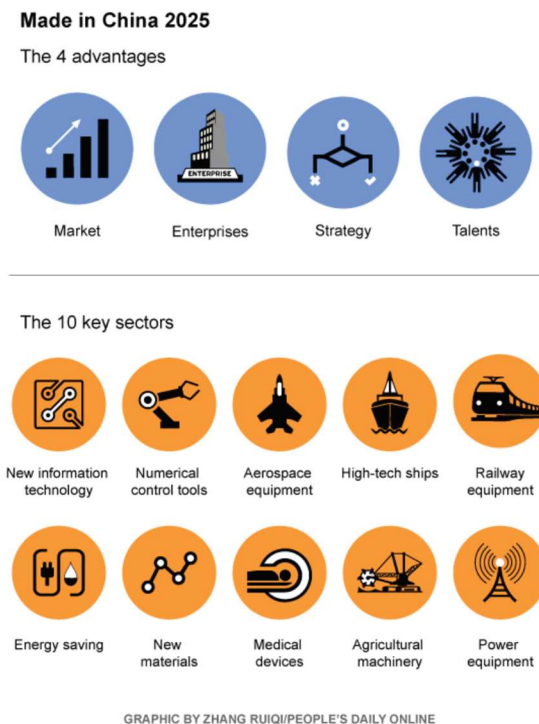
MIC25 ist eine Initiative, die darauf abzielt, China als globale Weltwirtschaftsmacht in der Hochtechnologie zu etablieren (ISDP, 2018). Ziel ist es, China von der verlängerten Werkbank als Billigproduzent von einfachen Produkten zu einem Produzenten von anspruchsvollen Produkten weiterzuentwickeln und als Entwickler im Hochtechnologiebereich zu positionieren. Die Abhängigkeit von ausländischen Technologieimporten soll reduziert werden, indem stark in eigene Innovationen und Schlüsselindustrien investiert wird. Es sollen chinesische Unternehmen geschaffen werden, die global konkurrenzfähig sind. China sieht MIC 2025 als Chance, sich vollständig in die globale Wertschöpfungskette zu integrieren und effektiver mit den Industrieländern zu kooperieren und auf Augenhöhe zu konkurrieren.

MIC25 geht weit über die Vorläuferinitiative "Strategic Emerging Industries" (SEI) aus dem Jahr 2006 hinaus (Naughton, 2021). SEI ist eine enger gefasste, staatlich gesteuerte Initiative, die eine regulatorische Kontrolle über ausländische Investitionen in den strategischen Industrien, Fusionen, Joint Ventures, den Zugang zu ausländischem geistigen Eigentum und Vereinbarungen zwischen der Regierung und ausländischen Unternehmen vorsieht, damit strategische Vermögenswerte in China oder unter der Kontrolle eines chinesischen Unternehmens bleiben.

MIC25 ist breiter angelegt, umfasst als strategische Ansatzpunkte „4 Treiber“ und „10 Schlüssel-sektoren“ (Abbildung 3.1), zielt auf den gesamten Herstellungsprozess und nicht nur auf technologische Innovationen, fördert auch traditionelle Industrien und Dienstleistungen und führt spezifische Maßnahmen für Innovation, Qualität, intelligente Fertigung und ökologische Produktion ein. Trotz des staatlichen Engagements nützt das Projekt letztlich die Kräfte des Marktes,

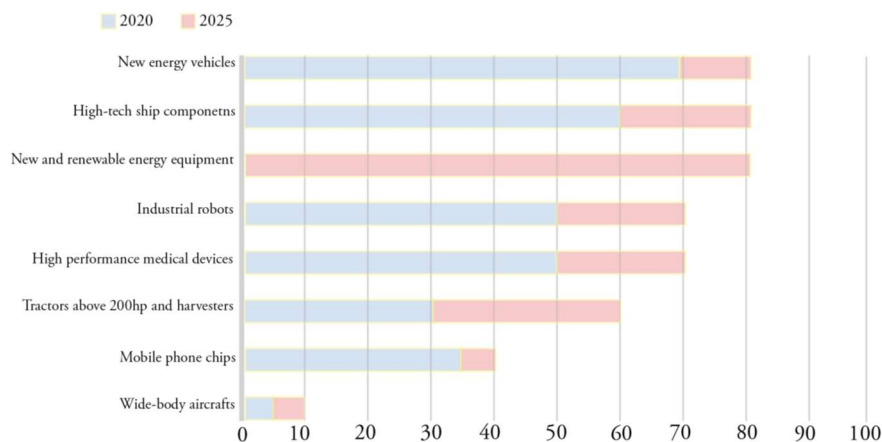
um die gewünschten Upgrades zu erreichen und internationale technische Standards und Benchmarks zu übernehmen. Diesbezüglich ist MIC25 eindeutig von der deutschen „Industrie 4.0“ Strategie inspiriert und eine deutliche Abkehr von der stärker planwirtschaftlich orchestrierten SEI.

Abbildung 3.1: **Made in China 2025: Treiber und Schlüsselsektoren**



Q: ISDP (2018).

Abbildung 3.2: **Made in China 2025: Zielmarktanteile chinesischer Unternehmen**



Q: ISDP (2018).

Abbildung 3.3: **Made in China 2025: Indikatoren zur Erfolgsmessung**

Category	Manufacturing Transformation KPI	2015	2025
Innovation Capability	1. R&D cost / revenue / (%)	0.95	1.68
	2. Patents / billion RMB of revenue (#)	0.44	1.10
Quality & Value	3. Manufacturing quality competitiveness (index)	83.5	85.5
	4. Manufacturing value-added increase over 2015 (%)	-	4
	5. Average annual labor productivity growth (%)	-	6.5
IT & Industry Integration	6. Broadband penetration (%)	50	82
	7. Digital R&D and design tool penetration (%)	58	84
	8. Key process control rate (%)	33	64
Green Industry	9. Energy decrease over 2015 / industrial value add (%)	-	34
	10. CO ² decrease over 2015 / industrial value add (%)	-	40
	11. Water use decrease over 2015 / industrial value add (%)	-	41
	12. Industrial solid wastes utilization ratio (%)	65	79

Q: ISDP (2018).

Die Schlüsselsektoren sind mit ambitionierten Zielen den inländischen Marktanteil der chinesischen Anbieter betreffend unterlegt (Abbildung 3.2), die Zielerreichung wird mit einem multidimensionalen Indikatorenset gemessen (Abbildung 3.3). Um diese Ziele zu erreichen werden Regularien und Standards für Schlüsselindustrien eingesetzt, die potenziell die ausländische Konkurrenz in China einschränken. Gleichzeitig wird von westlichen Unternehmen eine weitgehende Offenlegung ihres geistigen Eigentums und Zugang zu ihrer Technologie verlangt, wenn sie am chinesischen Markt aktiv werden wollen. Test- und Zertifizierungssysteme werden eingeführt, um die Qualität von Produkten zu erhöhen, damit sie internationalen Maßstäben in allen Schlüsselindustrien entsprechen, von medizinischen Patenten bis zum Kraftstoffverbrauch, um am Weltmarkt konkurrenzfähig zu sein.

Um angebotsseitige Maßnahmen zu implementieren, damit Unternehmen ihre Fertigungsprozesse besser entwickeln können, arbeiten Zentral- und Regionalregierungen sowie staatliche Einrichtungen koordiniert zusammen. Dazu gehört die Errichtung von 40 nationalen und 48 regionalen Innovationszentren bis zum Jahr 2025, um Partnerschaften und Innovationen zu erleichtern. Umfassende staatliche Subventionsprogramme stellen einen privilegierten Zugang zu (fast) unbeschränkten Finanzmitteln sicher. Staatliche Banken dienen als Drehscheibe für Subventionen, zinsgünstige Darlehen und Anleihen, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen. Verschiedene Agenturen und Fonds bieten auch direkte finanzielle Unterstützung an. Zum Beispiel stehen 3 Milliarden Dollar aus dem *Advanced Manufacturing Fund* zur Verfügung, um die Technologie in Schlüsselindustrien zu verbessern, während der *National Integrated Circuit Fund* Zugriff auf 21 Milliarden Dollar hat. Die Finanzierung ist an die Verwendung von geistigem Eigentum, das sich im Besitz chinesischer Unternehmen befindet, gekoppelt, um Unternehmen dazu zu bewegen, ausländisches geistiges Eigentum sukzessive zu ersetzen. Eine Prüfung, ob

diese vielfältigen staatlichen Unterstützungsleistungen den Wettbewerb verzerren, findet nicht statt. (ISDP, 2018).

Der industriepolitische Ansatz von China lässt sich demnach folgendermaßen zusammenfassen: Seitens des Staates werden industriepolitische Ziele vorgegeben, die durch Ausnützung der Marktkräfte und unter massivem Mitteleinsatz (fast) ohne Berücksichtigung der Kosten („whatever it takes“) konsequent verfolgt werden.

3.1.2 US-amerikanische Industriepolitik: „Wasser predigen, (heimlich) Wein trinken.“

Während mit dem kommunistischen China ganz selbstverständlich Staatseingriffe in den Wirtschaftsprozess assoziiert werden, genießt die USA gemeinhin den Ruf eines liberalen Landes, dessen oberste Werte wie Freiheit und Demokratie mit Staatseingriffen in die Wirtschaft kaum kompatibel erscheinen. Aus dieser vereinfachten Zuschreibung eine generelle Ablehnung von Industriepolitik in den USA abzuleiten, wäre allerdings grundlegend falsch.

Die Vereinigten Staaten stellen hinsichtlich ihrer (Einstellung zur) Industriepolitik nämlich ein bemerkenswertes Paradoxon dar. Einerseits wurde der öffentliche politische Diskurs in den USA lange Zeit vom Narrativ der "Marktfundamentalisten" dominiert, das seine Akzeptanz aus der reibungslosen Wirkung von "Marktkräften" gepaart mit den gesellschaftlichen Werten wie "Freiheit", "Demokratie" und "Leistungsgesellschaft" und der Limitierung von "staatlichen Eingriffen" assoziiert mit den Begriffen „Nanny State“, „wirtschaftlicher Sklerose“ und dem „Weg zur Knechtschaft“ (Hajek), bezieht. In den USA wurde der Einsatz industriepolitischer Maßnahmen deshalb während des größten Teils des zwanzigsten Jahrhunderts zwar durchaus mit Argwohn betrachtet – und dabei die Tatsache ignoriert, dass protektionistische Zölle dazu beitrugen, Amerikas industrielles Wachstum im neunzehnten und frühen zwanzigsten Jahrhundert anzukurbeln, bis die Vereinigten Staaten schließlich die dominierende globale Industriemacht wurden. Andererseits wurde aber von (fast) allen US-Regierungen sowohl republikanischer als auch demokratischer Provenienz, tatsächlich immer viel mehr Industriepolitik betrieben, als dieses Narrativ impliziert (Herman, 2019).

Die Vereinigten Staaten stützen sich bei der Umsetzung ihrer industriepolitischen Vorhaben sehr stark auf den militärisch-industriellen Komplex und dessen Netzwerkeffekte. Als Drehscheibe dient die *Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA)*, die als nachgelagerte Behörde des Verteidigungsministeriums, Forschungsprojekte für die US-Streitkräfte durchführt. Bereits in den 1970er Jahren kanalisierte die DARPA substantielle Finanzmittel an die Stanford University, die University of California in Berkeley und das Lawrence Livermore National Laboratory. Zusammen mit private Spin-off-Unternehmen wurde damit der Grundstein dafür gelegt, dass sich das nahegelegene Silicon Valley zum globalen Zentrum für Innovationen im Bereich der Computertechnik entwickeln konnte. Unterstützt wurde diese Entwicklung später auch durch die Gründung des Advanced Technology Programs (ATP), das als ziviles Gegenstück zur DARPA fortschrittliche Technologien, die (noch) keine ausreichende private Finanzierung am Markt bekamen, gegründet wurde.

Eine der wichtigsten Initiativen der DARPA (zusammen mit dem amerikanischen Verband der Halbleiterindustrie) war die Gründung von SEMATECH (Semiconductor Manufacturing Technology), einem gemeinnützigen Konsortium, das Forschung und Entwicklung betreibt, um die Entwicklung und Fertigung von Computerchips voranzutreiben. SEMATECH wurde Mitte der 1980er Jahre als Reaktion auf das weitgehende Verschwinden amerikanischer Unternehmen, die in der Lage waren, die für die Herstellung von Halbleitern der neuesten Generation erforderlichen Anlagen herzustellen, die für die Herstellung von Halbleitern der neuesten Generation benötigt werden, gegründet. Die Halbleiterindustrie war zu diesem Zeitpunkt von japanischen Unternehmen dominiert, die Geräte der neuesten Generation sechs Monate lang für "Tests" durch japanische Halbleiterhersteller zurückhielten, was letzteren einen starken Wettbewerbsvorteil gegenüber amerikanischen Konkurrenten verschaffte. DARPA und der Verband der Halbleiterindustrie überzeugten die bedeutendsten amerikanischen Halbleiterhersteller, ein Konsortium zu bilden, um ihre Forschungs- und Produktionskapazitäten zu bündeln und wieder in die Entwicklung und Produktion von fortschrittlichen Halbleiteranlagen einzusteigen. Das Verteidigungsministerium (als strategische Eigentümerin von DARPA) finanzierte die ersten fünf Jahre. Es wurde jedoch den Unternehmen überlassen, wie sie sich bei SEMATECH einbringen. Da die Halbleiterindustrie in dieser Zeit florierte, mochten manche Halbleiterproduzenten den Nutzen dieser Initiative (nicht gleich) zu erkennen und verfolgten individuelle Unternehmensziele. Die Startphase von SEMATECH war deshalb mehr von Konkurrenz als (intendierter) Kooperation gekennzeichnet. Nach der Überwindung dieser Anfangsschwierigkeiten konnte sich SEMATECH aber gut etablieren und sich DARPA aus der Finanzierung gänzlich zurückziehen (Wade, 2014). Weiters wurden von der DARPA wichtige nachhaltige technologische Innovationen in Form von „general purpose technologies“, wie dem *World Wide Web (WWW)* oder dem *Global Positioning System (GPS)*, angestoßen. Das Jahresbudget (2021) der DARPA liegt bei ca. 3,5 Mrd. USD.⁴

Um die DARPA herum sind einige weitere staatliche Agenturen mit einer Vielzahl von Förderungsschwerpunkten gegründet worden. Auf bundesstaatlicher Ebene sind insbesondere die National Institutes of Health (NIH), das National Institute of Standards and Technology (NIST), die Small Business Administration (SBA) und die National Science Foundation (NSF) zu nennen. Die USA setzen bei ihrer Förderstrategie vor allem auf Netzwerkeffekte zwischen Unternehmen, Wissenschaftlern, Ingenieuren, Risikokapitalgebern und Universitäten, verzichten aber (überraschenderweise) weitgehend auf eine Koordinierung der Förderträger, denen ein hoher operativer Freiraum eingeräumt wird. Zum Beispiel organisiert das NIST Manufacturing Extension Partnerships (MEPs), um lokale Firmen in Sachen Fertigung zu beraten. Die SBA vergibt Zuschüsse für Small Business Innovation Research (SBIR). Bundesbehörden mit großen Forschungsbudgets (wie die NIH und das Energieministerium) sind verpflichtet, 2,5 Prozent der Zuschüsse an die SBA zu vergeben, die ihrerseits etwa 5.000 Zuschüsse an 1.500 kleine Firmen pro Jahr verteilt. Diese Zuschüsse sind besonders wichtig, um eine Brücke zwischen Universität und Wirtschaft über „spin-offs“ zu schlagen (Wade, 2014).

Der massive Einsatz von Subventionen steht in den Vereinigten Staaten in eklatantem Gegensatz zur (unterdrückten) öffentlichen Diskussion darüber. Während Industriepolitik über weite

⁴ <https://www.darpa.mil/about-us/budget>

Strecken sowohl von der US-amerikanischen Politik als auch von den Medien und der Wissenschaft weitgehend ignoriert wurde, fand diese wie oben dargestellt im Hintergrund einfach statt. Während in der theoretischen und öffentlichen Debatte der Narrativ der freien Märkte gepflegt wurde, ließ man die staatlichen Agenturen weitgehend unbeeinflusst ihre industriepolitischen Initiativen verfolgen. Die positiven Effekte dieses massiven über Jahrzehnte laufenden Subventionseinsatzes wurden von der Politik gerne „mitgenommen“, gesprochen wurde darüber wenig, weil es einfach nicht zum (öffentlich kommunizierten) Selbstverständnis der USA als (markt)liberale Demokratie passt(e). Dieser Schein sollte um jeden Preis gewahrt bleiben.

Eine gewisse Distanzierung von dieser Doktrin, die mit dem Slogan „Marktwirtschaftliches Wasser predigen, aber heimlich industriepolitischen Wein trinken“ zusammengefasst werden könnte, ging mit dem (unaufhaltsamen) Aufstieg von China, dessen rascher Entwicklung hin zur Industrienation und der zunehmenden Marginalisierung des „Washington Consensus“ einher. Seit die Administration Trump „Make America great again!“ (MAGA) und „America first!“ (AF) in den öffentlichen Diskurs einbrachte und damit nicht nur im republikanischen (Rubio, 2019), sondern auch zunehmend im demokratischen Lager (Warren, 2019) salonfähig machte, ist eine nationale Industriepolitik (auch in der Öffentlichkeit) der USA kein absolutes Tabuthema mehr. Wie der *American Jobs Plan* zeigt, wird auch von der Administration Biden Industriepolitik als wichtiges strategisches Mittel zur Stärkung von Wachstum, Beschäftigung und internationaler Wettbewerbsfähigkeit der USA gesehen.⁵

3.2 Bausteine einer neuen europäischen Industriepolitik

Dass die USA und China, wie im vorangegangenen Abschnitt dargestellt, Industriepolitik – (weitgehend) unbehindert durch wettbewerbsrechtliche Einschränkungen (Deffains et al., 2020) – betreiben (können), mag eine politische Herausforderung darstellen, ist jedoch weder eine notwendige noch eine hinreichende ökonomische Bedingung für eine diesbezügliche Initiative der Europäischen Union. Insbesondere der Vorsprung der USA im Bereich von Hochtechnologie und radikaler Innovation ist (auch noch) auf andere Faktoren zurückzuführen als auf eine konsequente und unterstützende Industriepolitik. Diesbezüglich an vorderster Stelle zu nennen sind sicherlich der leichtere Zugang zu privatem Kapital entlang der gesamten Entwicklungsphase eines Unternehmens sowie eine Kultur, in der privates Unternehmertum und auch das Scheitern deutlich weniger negativ gesehen wird als in Europa.

Eine europäische Industriepolitik, die dazu beiträgt, den europäischen Binnenmarkt produktiver, wettbewerbsfähiger und nachhaltiger zu machen, bedarf per se einer überzeugenden (industrie)ökonomischen Fundierung. Im Sinne eines evidenzbasierten Politikansatzes werden deshalb nachfolgend die empirischen Ausgangsbedingungen und die theoretischen Ansatzpunkte für eine neue europäische Industriepolitik skizziert.

⁵ <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2021-03-31/biden-jobs-plan-would-be-a-new-kind-of-u-s-industrial-policy>

Trotz der Hinwendung entwickelter Volkswirtschaften zu „Dienstleistungsökonomien“ („Tertiärisierung“) spielt der industrielle Sektor trotz rückläufiger Bedeutung im Verhältnis zur Wirtschaftsleistung noch immer eine tragende Rolle in Europa. Die Industrie ist ungebrochen ein wichtiger Motor der wirtschaftlichen Entwicklung sowie ein unverzichtbarer Teil und ein maßgeblicher Träger des Innovationssystems in (den Mitgliedsstaaten) der Europäischen Union.

Eine Industriepolitik neuen Zuschnitts lässt Staatsinterventionen zugunsten einzelner Sektoren und Unternehmen („*picking the winners*“) aus der Vergangenheit hinter sich und trägt den systemischen Zusammenhängen im (supra)nationalen Innovationssystem Rechnung, indem sie zu einer „Systemischen Industrie- und Innovationspolitik“ (Aiginger, 2015) bzw. „Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT)“ (Peneder et al., 2021) verdichtet wird. Diese modernen industriepolitischen Ansätze sind grundsätzlich marktorientiert und damit mit einer antiprotektionistischen Wettbewerbspolitik und einem (adaptierten) EU-Beihilfenrahmen kompatibel.

Definiert man Industriepolitik⁶ als Summe aller „*Maßnahmen der öffentlichen Hände, welche den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmungen des industriell-gewerblichen Sektors sicherstellen sollen*“ (Bayer, 2017), steht die Wettbewerbsfähigkeit einzelner Unternehmen, Branchen und Wirtschaftsräume (Standorte) im Mittelpunkt der Betrachtung. Dabei verbindet die Industriepolitik in neueren Ansätzen zunehmend die Bewältigung großer gesellschaftlicher Herausforderungen, wie jene der Digitalisierung und des Klimawandels, mit dem Ziel einer hohen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im internationalen Wettbewerb. In diesem Zusammenhang lassen sich als Orientierung fünf Grundsätze einer „Neuen europäischen Industriepolitik“ ableiten:⁷

1. Industriepolitik ist ein iterativer Suchprozess, der für neue Lösungen, Experimente und Lernen offen sein sollte. Die öffentliche Hand sollte nur eingreifen, wenn ein langfristiges gesellschaftliches Interesse von großer Bedeutung, wie bspw. die digitale und ökologische Transformation, besteht, dann aber mit voller Kraft. Je ehrgeiziger die Ziele der Industriepolitik sind, desto unsicherer der Weg dorthin und desto mehr sollte dabei auf Marktkräfte und Wettbewerb vertraut werden.
2. Industriepolitik sollte systemisch angelegt sein und die Synergien mit anderen Teilpolitiken optimieren (Abbildung 3.4). Eine matrixorientierte Industriepolitik beinhaltet sowohl horizontale Maßnahmen zur Förderung der allgemeinen Rahmenbedingungen als auch sektorale Elemente, die zukunftssträchtige Industriezweige für ein Land definieren.
3. Die optimale Größe des Industriesektors hängt von Fähigkeiten, Ambitionen und Präferenzen ab. Es macht keinen Sinn, Ziele für den Handelsüberschuss oder den Anteil der Industrie festzulegen, wie es die EU mit einem Anteil von 20% am BIP getan hat. Die Größe der Industrie muss mit den Zielen, der Strategie, der Ressourcenausstattung und den Lebensbedingungen einer Volkswirtschaft in Einklang stehen.
4. Eine neue Industriepolitik sollte im Sinne einer „High-Road-Strategie“ den Strukturwandel in der Industrie pro-aktiv unterstützen, indem hochwertige und anspruchsvolle Produkte

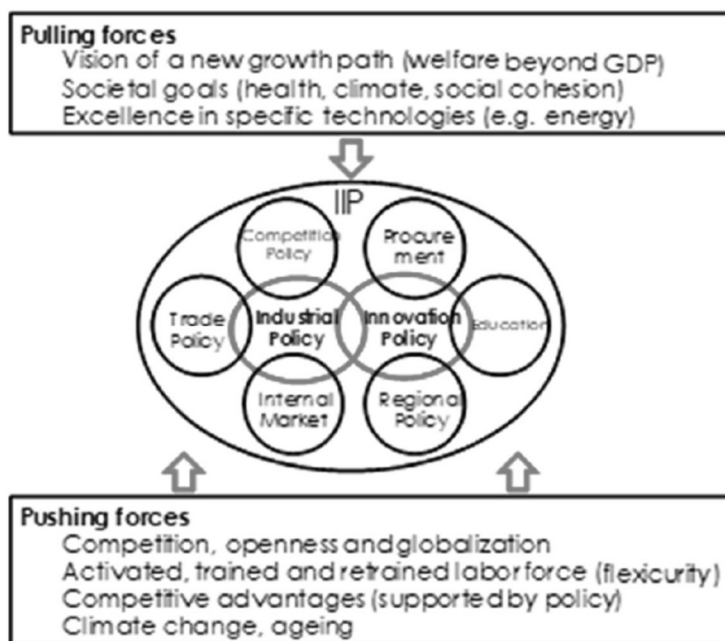
⁶ Für eine Übersicht über die vielen verschiedenen Definitionen von Industriepolitik siehe Aiginger – Rodrik (2020): Anhang, Tabelle 2.

⁷ Abgeleitet aus den von Aiginger – Rodrik (2020) postulierten zehn allgemeinen Prinzipien einer „Industriepolitik für das 21. Jahrhundert“.

sowie neue Technologien und Prozesse forciert werden. Flankierende Maßnahmen einer auf Spitzenleistungen fokussierten Innovationspolitik und einer auf Exzellenz ausgerichteten Bildungs- und Forschungspolitik wirken stark unterstützend. Niedrige Kosten und Standards, Subventionen für marode Industrien oder nationale Champions ohne komparative Wettbewerbsvorteile, Importschutz und Subventionen für fossile oder nukleare Energie sind einer High-Road-Strategie abträglich, ebenso wie die alte Definition der Kostenwettbewerbsfähigkeit.

5. Asiatische Länder zeigen, wie man Planung mit Marktkräften erfolgreich kombiniert. (Der gewählte Zugang zur) Industriepolitik kann dabei punktuell sehr unterschiedlich sein und reicht von der Gestaltung von Rahmenbedingungen bis hin zu Strategien, die einer Top-Down-Planung nahekommen. Selbst wenn seitens des Staates Sektoren priorisiert und wichtige Technologien definiert werden, werden zur operativen Umsetzung der Industriestrategie Marktkräfte genützt. Das unterscheidet diesen (erfolgreichen) Ansatz entscheidend von der (erfolglosen) allumfassenden Zentralplanung kommunistischen Zuschnitts.

Abbildung 3.4: **Systemische Industrie- und Innovationspolitik (SIIP)**



Q: Schematische Darstellung aus Aiginger (2015).

Im Kontext der gegenständlichen Studie und der aktuellen (wirtschafts)politischen Diskussion gewinnen insbesondere die industriepolitischen Themenfelder „Europäische Champions“ sowie „Staatliche Beihilfen“ zunehmend an Bedeutung (Peneder et al., 2021).

3.3 Europäische Champions

Ausgehend von der seitens der Europäischen Kommission verfügbaren Untersagung des Zusammenschlusses der Eisenbahntechnologiesparten von Siemens (DE) und Alstom (FR) hat sich eine lebhafte Diskussion über den Stellenwert von europäischen Schlüsselunternehmen („European Champions“) entwickelt.

Ziel dieser angestrebten Fusion war die Etablierung eines europäischen Großunternehmens, das auf den Weltmärkten mit den Mitbewerbern – konkret insbesondere mit dem chinesischen Staatsunternehmen CRRC – auf Augenhöhe konkurrieren hätte können. Jedenfalls war intendiert mit diesem „europäischen Champion“ ein Gegengewicht zum erwarteten Markteintritt von CRRC in Europa zu bilden. Die Kommission hat die Fusion schließlich mit der Begründung untersagt, dass es durch diesen Unternehmenszusammenschluss in einigen relevanten Produktmärkten (Hochgeschwindigkeitszüge, Signaltechnik) zu einer substantiellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem europäischen Binnenmarkt zum Nachteil der Verbraucher gekommen wäre.

Die (akademische) Industrieökonomie, auf die sich die Wettbewerbspolitik im Allgemeinen und die Europäische Kommission bei ihren Entscheidungen im Besonderen abstützt, steht nicht zuletzt auch aufgrund der durchwachsenen empirischen Evidenz aus der Vergangenheit, die reich an veritablen Misserfolgsgeschichten ist, der Förderung von ‚nationalen Champions‘ im Sinne eines staatlichen Selektionsprozesses („picking-the-winners“) grundsätzlich äußerst skeptisch gegenüber. Begründet wird diese ablehnende Haltung u.a. mit potenziell schädlichen Effekten auf die statische und dynamische Wettbewerbsfähigkeit des (fusionierten) Unternehmens und einer (unvermeidlichen) „Politisierung der Fusionskontrolle“, wenn nicht der Markt, sondern die Politik über Unternehmensstrukturen entscheidet. Im Kontext des europäischen Binnenmarktes würden davon tendenziell wohl eher größere Mitgliedsstaaten mit entsprechender Industriestruktur wie Deutschland und Frankreich (wie bspw. im Fall Siemens/Alstom dokumentiert) profitieren, weil sie mehr politisches Gewicht in die Waagschale werfen und damit den Entscheidungsprozess in ihrem Sinne beeinflussen können.

Bei der konkreten Entscheidung im Fall Siemens/Alstom wurde – aus der Sicht der Europäischen Kommission zu Unrecht, weil sie die beiden wesentlichsten Gegenargumente ausreichend gewürdigt habe – kritisiert, dass der geographisch relevante Markt zu eng abgegrenzt wurde. Statt des europäischen Binnenmarktes hätte vor dem Hintergrund der chinesischen Konkurrenz der Weltmarkt herangezogen werden müssen. Darüber hinaus wurde ins Treffen geführt, dass die (zu) einseitige Fokussierung auf den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt keinen Raum für eine – aus Sicht der Kritiker dringend gebotene – industriepolitischen Reaktion Europas auf einschlägige chinesische Initiativen lässt. Die Europäische Kommission hat ihren Standpunkt letztlich damit verteidigt, dass durch eine Inkaufnahme einer Verringerung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt auch im Sinne einer nachhaltig ausgerichteten Industriepolitik nichts gewonnen wäre, weil dadurch langfristig auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens leide. Das Argument, dass letztlich nur wettbewerbsfähige europäische Unternehmen auf dem Weltmarkt erfolgreich sein können, und damit eine protektionistische Industriepolitik auch hinsichtlich der Realisierung ihrer eigenen Zielen kontraproduktiv wäre, findet sich auch an pro-

minenter Stelle in der neuen europäischen Industriestrategie wieder (COM(2021) 350 final). Dieser „Erste Hauptsatz der Wettbewerbsdynamik“ stellt das unverhandelbare Fundament der europäischen Wettbewerbspolitik dar. Jede industriepolitische Intervention in den Marktmechanismus muss sich schließlich daran messen lassen, ob sie den Wettbewerb und damit die Wettbewerbsfähigkeit langfristig stärkt.

Europäische Unternehmen von Weltgeltung entstehen nicht durch den massiven Einsatz von den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt verzerrende Subventionen, sondern durch die Stärkung der Innovationskraft des Binnenmarkts. Deshalb kann eine unreflektierte Lockerung des EU-Beihilfenrahmens durch die Zulassung von Subventionen an Unternehmen, die wettbewerbsverzerrende staatliche Unterstützungsleistungen von Drittstaaten ausgleichen sollen, nicht der richtige Weg sein. Vielmehr bildet der bestehende wettbewerbsorientierte EU-Beihilfenrahmen ausreichend ökonomisch fundierte Ansatzpunkte, um Unternehmen bei der Bewältigung der großen Herausforderung der digitalen und ökologischen Transformation, insbesondere durch die Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, zu unterstützen. Aus ökonomischen Gründen macht deshalb nur eine graduelle Evolution des EU-Beihilfenrahmens Sinn und nicht eine disruptive Revolution. Als dbzgl. Schritt in die richtige Richtung kann sicher die Einführung einer neuen Förderkategorie betreffend wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (Important Projects of Common European Interest (IPCEI)) gelten.⁸

Während die Abkehr von der Wettbewerbsorientierung für die Europäische Kommission deshalb kein Thema ist, steht sie der Weiterentwicklung ihres wettbewerbspolitischen Instrumentariums positiv gegenüber. In einer sich dynamisch entwickelnden globalisierten Wirtschaft bedarf dieses einer laufenden Überprüfung und ständigen Anpassung. Dies umfasst einerseits eine Weiterentwicklungen der europäischen Fusionskontrolle, die (i) sicherstellen sollen, dass nicht einzelnen Mitgliedstaaten zueinander in Wettbewerb gebracht werden und (ii) für europäische Wertschöpfungsketten zentrale Unternehmen nicht vollständig unter ausländische Kontrolle gebracht werden können (Deffains et al., 2019; Emiliewicz et al., 2019) sowie andererseits eine graduelle Anpassung des EU-Beihilfenrahmens und einer maßvollen Ausweitung der EU-Beihilfenkontrolle. Hier werden wichtige Baustellen zur Herstellung von Reziprozität und eines „*global level playing fields*“ gesehen (Peneder et al., 2021).

3.4 Staatliche Beihilfen

Über das europäische Fusionskontroll- und das Kartellrecht kann die Kommission (DG Wettbewerb) einschreiten, wenn Zusammenschlüsse oder das Marktverhalten von Unternehmen den Wettbewerb im Binnenmarkt verzerren. Weder die EU-Kartellvorschriften noch die EU-Fusionskontrolle berücksichtigen ausdrücklich, ob ein Unternehmen von Subventionen aus Drittstaaten profitiert haben könnte (selbst wenn dies im Grunde Teil der Bewertung sein könnte), und sie erlauben es der Kommission (oder den Mitgliedstaaten) nicht, einzugreifen und allein oder auch nur hauptsächlich auf dieser Grundlage zu entscheiden. Die EU-Beihilfenvorschriften tragen dazu bei, im Binnenmarkt faire Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen in Bezug auf die von den EU-Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen zu gewährleisten. Jedoch gibt es

⁸ Vgl. Abschnitt 3.5

(noch) keine ausreichenden Regeln für Subventionen, die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen von Drittstaaten gewährt werden. Die EU-Beihilfenvorschriften greifen, wenn die finanzielle Unterstützung, die die EU-Mitgliedstaaten Unternehmen gewähren, den Wettbewerb im Binnenmarkt verfälscht oder zu verfälschen droht. Die finanzielle Unterstützung, die Drittstaaten Unternehmen in der EU entweder unmittelbar oder mittelbar über ihre Muttergesellschaften außerhalb der EU gewähren, wird jedoch nicht vom EU-Beihilfenrecht erfasst (European Commission, 2020f).

Im Kontext einer Reform des EU-Beihilfenrahmens werden deshalb industriepolitische Interventionen (auch) als Reaktion auf einschlägige wirtschaftspolitische Initiativen von Nicht-EU-Mitgliedsstaaten in Form von wettbewerbsverzerrenden Subventionen mit nachteiligen Auswirkungen auf den freien Wettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt und einer damit einhergehenden Benachteiligung europäischer Unternehmen am Weltmarkt legitimiert.

Ziel der Europäischen Kommission ist und bleibt es, den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zu garantieren, was in einer Erweiterung und Ergänzung der EU-Beihilfenkontrolle bedeutet nicht nur Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des Binnenmarktes zu verhindern, sondern auch Wettbewerbsverzerrungen von außerhalb des Binnenmarktes in Form von wettbewerbsverzerrenden Drittstaatssubventionen“ abzuwehren sowie möglichst wenig wettbewerbsverzerrende EU-interne Subventionsprogramme zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union zuzulassen. Um diesen (scheinbaren) Widerspruch „unter einen Hut zu bekommen“ wurde von der Europäischen Union in Anlehnung an industriepolitische Initiativen aus den USA und China, die staatliche strategische Vorgaben mit operativer Umsetzung durch Marktkräfte unter massivem Einsatz von Subventionen der öffentlichen Hand verbinden, ein Förderprogramm für bedeutende Projekte von gemeinsamem europäischem Interesse lanciert.

3.5 Important Projects of Common European Interest (IPCEI)

Die Bündelung der Entwicklung und Förderung von kritischen Schlüsseltechnologien in Mitgliedsstaaten übergreifenden Kooperationsprogrammen führte zur Entwicklung des industriepolitischen Instruments der „Important Projects of Common European Interest (IPCEI)“.

Im Vergleich zu den Rahmenbedingungen für (die Vergabe von staatlichen) Subventionen in den USA und China ist das wettbewerbsorientierte europäische Beihilfenrecht deutlich restriktiver. Vor dem Hintergrund der Herausforderungen, die sich aus der digitalen und der grünen Transformation ergeben, wird der EU-Beihilfenrahmen verstärkt auch als substantieller Nachteil für die europäischen Unternehmen im globalen Wettbewerb gesehen (Deffains et al., 2020). Da die (selbstaufgelegte) Beihilfenbeschränkung in der EU auch unter industriepolitischen Gesichtspunkten zunehmend kritisch bewertet wird, wurde mit den „Important Projects of Common European Interest (IPCEI)“ ein beihilfenrechtliches Instrument⁹⁾ zur zielgerichteten Förderung von industriellen Stärkefeldern sowie zur Stärkung der europäischen Wettbewerbsfähigkeit entwickelt (European Commission, 2014).

⁹⁾ Beihilfenrechtlich stellen IPCEIs Ausnahmen von allgemeinen Beihilfenverbot des Art. 107 AEU-Vertrag dar. Jedes IPCEI bedarf der Einzelnotifikation durch die Europäische Kommission (DG Wettbewerb).

Bei einem IPCEI muss es sich um ein von mehreren Mitgliedsstaaten getragenes bedeutendes, hochinnovatives („beyond the state of the art“) Forschungs- und Entwicklungsvorhaben bzw. eine grundlegende Produkt- oder Prozessinnovation („F&I-IPCEI“) oder ein Vorhaben von großer Bedeutung für die Umwelt-, Energie- oder Verkehrsstrategie der EU („Infrastruktur-IPCEI“) handeln. Darüber hinaus müssen schwerwiegende Fälle von Markt- und Systemversagen vorliegen und positive externe Effekte („Spillovers“) des Projekts nachgewiesen werden. IPCEI sollen gemäß den Intentionen der Europäischen Kommission ein wesentlicher Teil einer „neuen europäischen Industriepolitik“ sein. Mit diesem Instrument sollen Projekte von überragender gesamteuropäischer Bedeutung gefördert werden können, wobei die Abwicklung im Wesentlichen bei den am Projekt beteiligten Mitgliedstaaten und Unternehmen liegt, während die Genehmigung durch die Europäische Kommission erfolgt. Dabei gehen die Unternehmen entlang von spezifizierten Technologiefeldern Konsortien mit anderen Unternehmen ein. Bisher wurden (bloß) drei IPCEI bewilligt, davon zur Entwicklung strategischer Wertschöpfungsketten jeweils ein Vorhaben in den Schlüsseltechnologiebereichen Mikroelektronik und Batterien sowie ein reines Infrastrukturprojekt. Weitere IPCEI sind in den Bereiche Batterien, Wasserstoff und Reduktion von CO₂-Emissionen in Vorbereitung (Peneder – Polt, 2020).

3.6 Fazit: Wettbewerbsorientierung erhalten, Industriepolitische Missionen verfolgen

Wettbewerbspolitik basiert auf der mikroökonomischen Wohlfahrtstheorie, nach der ein(e) Markt(wirtschaft) unter Bedingungen des vollkommenen Wettbewerbs die Gesamtwohlfahrt maximiert. Dieses erste Theorem der Wohlfahrtsökonomie beruht allerdings auf sehr restriktiven Annahmen „bestreitbarer Märkte“, die in der Realität oftmals nicht erfüllt sind: keine steigenden Skalenerträge, keine Eintritts- und Austrittsbarrieren, Zugang für jeden Marktteilnehmer zur besten Technologie, keine Unteilbarkeit der Güter und Dienstleistungen, keine externen Effekte, perfekte und symmetrische Information. Sind diese Annahmen nicht erfüllt, wird von Marktversagen gesprochen.

In einem marktwirtschaftlich ausgerichteten Wirtschaftssystem europäischer Prägung beschränkt sich der Staat grundsätzlich auf die Ausgestaltung der Rahmenbedingungen, außer es liegt Marktversagen vor. Gemäß der ökonomischen Theorie ist ein Staatseingriff bloß dann gerechtfertigt, wenn Marktversagen vorliegt und der konkrete Staatseingriff dieses Marktversagen auch beseitigen kann (Böheim, 2011)¹⁰. Dieser (eherne) Grundsatz der Nationalökonomie gilt mutatis mutandis auch für die Erhaltung der Widerstandsfähigkeit und der Wettbewerbsfähigkeit eines Wirtschaftsstandortes. Wie jede staatliche Intervention in die Wirtschaft müssen demgemäß staatliche Beihilfen für Unternehmen die Wettbewerbssituation verbessern. Insofern stehen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik nicht in Widerspruch zueinander, sondern ergänzen sich. Ganz im Gegenteil trägt eine wettbewerbs- und marktorientierte Industriepolitik maßgeblich zur Etablierung fairer globaler Wettbewerbsbedingungen bei. Staatliche Interventio-

¹⁰ Die Annahmen für das (theoretische) Wettbewerbsgleichgewicht sind sehr streng und in der Realität (fast) nie erfüllt. Dementsprechend leicht fällt die theoretische Begründung von Staatseingriffen auf der Grundlage von Marktversagen. Viel anspruchsvoller ist hingegen der Beweis, dass ein Staatseingriff das Marktversagen auch beseitigen kann (und nicht sogar die suboptimale Marktlösung verschlechtert).

nen, die helfen, Wettbewerbsnachteile aufgrund von wettbewerbsverzerrenden Drittstaatssubventionen abzumildern bzw. zu beseitigen, sind demgemäß grundsätzlich als wettbewerbspolitisch sinnvoll einzustufen.

Demgemäß lassen sich fünf handlungsleitende Hypothesen aus ökonomischer Sicht für eine Reform des EU-Beihilfenrahmens ableiten:

1. Eine ökonomisch fundierte Reformagenda für den EU-Beihilfenrahmen besteht in der bewährten Wahrung der Wettbewerbsorientierung des EU-Beihilfenrahmens unter innovativer Einbeziehung legitimer industriepolitischer Interessen vor dem Hintergrund einer globalisierten Weltwirtschaft.
2. Das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik ist (und bleibt) die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen. Um (rezenten) industriepolitischen Initiativen von Drittstaaten in Form von wettbewerbsverzerrenden Subventionen entgegentreten zu können, muss die EU-Beihilfenkontrolle über den Binnenmarkt hinauswirken, damit auch im globalen Maßstab faire Wettbewerbsbedingungen („global level playing field“) vorliegen.
3. Der Zugang zu kritischen Rohstoffen, der Zugriff auf Schlüsseltechnologien (Key Enabling Technologies – KETs bzw. Advanced Technologies for Industry - ATI) sowie die marktgetriebene Bildung von Schlüsselunternehmen („European Champions“) bilden Kernelemente einer Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT) der Europäischen Union.
4. Bedeutende Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI) können als freigestellte Beihilfen maßgeblich zur Stärkung der Europäischen Union beitragen.
5. Da das Wettbewerbsrecht gemäß Art. 3 Abs.1 lit. b AEUV als ausschließliche Kompetenz der EU angelegt ist, können auch in der Beihilfenkontrolle Subsidiaritätsüberlegungen zugunsten der Mitgliedsstaaten keine weitreichende Rolle spielen. Die Standortpolitik der EU-Mitgliedsstaaten muss sich auch in Zukunft im adaptierten EU-Beihilfenrahmen bewegen und diesen auf der Grundlage der ökonomischen Standortvorteile für den betreffenden Wirtschaftsraum optimal nutzen. Der Gestaltungsspielraum für die Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Gewährung staatlicher Beihilfen bleibt also beschränkt.

4. Ziele des Beihilfeverbots und internationaler Standortwettbewerb

Das in den Art. 107 bis 109 AEUV¹¹ niedergelegte System der Beihilfenkontrolle ist in seinen Zielen und seiner Ausgestaltung **weltweit einzigartig**. Es steht in engem Zusammenhang mit dem **Binnenmarktziel des Art. 26 Abs. 2 AEUV**,¹² wonach die EU einen homogenen Wirtschaftsraum umfasst, in dem die Verwaltungsgrenzen zwischen den Mitgliedstaaten für wirtschaftliche Aktivitäten grundsätzlich nicht spürbar sein sollen. Der vorliegende Abschnitt erörtert dies und vor diesem Hintergrund bestehende Handlungsoptionen im Einzelnen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive.

4.1 Kernfunktion: Homogener Binnenmarkt

Das Beihilfeverbot flankiert und ergänzt vor dem Hintergrund des zentralen Binnenmarktziels die Grundfreiheiten und zugehörigen Politiken der EU: Mitgliedstaatliche **Beschränkungen des Marktzugangs**, die nach den Grundfreiheiten etc. unzulässig sind, sollen nicht indirekt über selektive Eingriffe der öffentlichen Hand in den Leistungswettbewerb von Unternehmen im Binnenmarkt wiedererrichtet werden. Kurz gefasst gilt als Beschränkung der Grundfreiheiten jede staatliche Maßnahme, die die **Marktchancen** ausländischer Waren, Dienstleistungen und Unternehmen im Inland (und sei es auch nur geringfügig) verschlechtert.¹³ Vorteile für heimische Unternehmen können die Marktchancen von EU-Ausländern in gleicher Weise verschlechtern wie regulative Ge- und Verbote im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Das Beihilfeverbot stellt so ein Instrument bereit, um EU-internen Standortwettbewerb unter Zuhilfenahme der überragenden Finanzmacht der öffentlichen Hand einzelner Mitgliedstaaten auszuschalten.

Zweck des Beihilfeverbots gemäß Art. 107 AEUV ist es daher, wettbewerbsverzerrende staatliche Eingriffe in den **grenzüberschreitenden Leistungswettbewerb** zu verhindern. Es soll unterbinden, dass einzelne Mitgliedstaaten, von dem Binnenmarktziel zuwiderlaufenden (wirtschafts-)politischen Interessen angetrieben, einzelne Unternehmen bzw. Wirtschaftszweige bevorzugen und so den Wettbewerb in der EU durch schädliche Subventionswettläufe zu verfälschen drohen. Gleichzeitig respektiert das EU-Beihilfenrecht, dass staatliche Subventionen zum Teil **Marktversagen kompensieren** bzw. **politisch wünschenswerte Ziele** verfolgen, die der Markt ohne staatliche Maßnahmen nicht erreicht. Der Verbotstatbestand wird daher ergänzt durch einen **Erlaubnisvorbehalt**.

Hintergrund dieser gemeinsamen Beihilfenkontrolle ist das **Homogenisierungsziel innerhalb der Union**, das einzelne Nationalstaaten und vergleichsweise weniger weitgehende regionale Wirtschaftskooperationen nach innen nicht kennen. Zur Sicherung eines funktionierenden Leistungswettbewerbs, der zum größtmöglichen gemeinsamen Wohlstand führt, soll ein wirtschaft-

¹¹ Beihilfekapitel des AEUV; punktuell relevante Regelungen stehen auch außerhalb, z.B. in den Art. 42 AEUV; Art. 93 AEUV; Art. 106 AEUV; diversen Beitrittsabkommen u.ä.

¹² Vgl. auch den Zielekatalog des Art. 3 Abs. 3 EUV.

¹³ Vgl. z.B. Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 36. Was eine solche Verschlechterung bewirken kann, ist allerdings je nach Grundfreiheit verschieden, sodass also der Beschränkungs begriff im Einzelnen je Freiheit unterschiedlich weit ist.

liches „Gefangenendilemma“ im Binnenmarkt verhindert werden, bei dem einzelne Nationalstaaten durch massive Subventionen den Wettbewerb in Schieflage bringen. Die Bedeutung **gemeinsamer Wettbewerbs- und Beihilferegeln** zeigt sich auch darin, dass sie ein zentrales Anliegen der EU bei der Verhandlung des Brexit-Nachfolgeabkommens war. Unbeschränkter, zollfreier Zugang zum Binnenmarkt wurde mit der Bedingung verknüpft, dass sich das Vereinigte Königreich keine unfairen Wettbewerbsvorteile verschafft – etwa durch die unkontrollierte Gewährung von staatlichen Beihilfen. Dementsprechend verwiesen auch die beiden Parteien in der Political Declaration von 2019 auf ihre geographische Nähe und wirtschaftliche Interdependenz und die daraus folgende Notwendigkeit eines *level playing field*,¹⁴ ebenso sieht das Austrittsabkommen ausführliche Regeln und Kontrollmechanismen zur Subventionskontrolle vor.¹⁵

Aufgrund der gemeinsamen Rechtfertigungsmöglichkeiten, die auf die **gemeinsamen Interessen** innerhalb der EU und das Funktionieren des Binnenmarktes abstellen, leistet die Beihilfenkontrolle einen bedeutenden Beitrag zur Homogenisierung der Wettbewerbsbedingungen in der EU. Damit ergänzt das Beihilfeverbot die anderen wettbewerbsrechtlichen Tatbestände des AEUV, die auf das Verhalten privater Wirtschaftsteilnehmer untereinander abzielen, und das Vergaberecht.

Die repressiv-reaktive Natur des EU-Beihilfenrechts, das als administrative Aufgabe der Kommission angelegt ist, und das Abstellen auf die gemeinsamen bzw. gebilligten Interessen der Union, lassen dabei **kaum Raum für eine (einseitige) regulatorische „Steuerung“ auf nationalstaatlicher Ebene durch Beihilfen**. Die Sicherstellung eines möglichst unverfälschten Leistungswettbewerbs durch eine breite, wirkungsbezogene Erfassung wettbewerbsverfälschender Beihilfen ist nämlich gerade die *ratio* des Beihilfenrechts. Gleichzeitig muss das Beihilfenrecht den Mitgliedstaaten überall dort, wo der interne Wettbewerb nicht gefährdet ist, genug Raum für eine eigenständige Wirtschafts- und Subventionspolitik lassen. Diese **Konfliktlinie** spiegelt sich in der kasuistischen und teilweise inkohärenten Judikatur wider.¹⁶

Ebenso ist jedoch hervorzuheben, dass Handlungen der Mitgliedstaaten, die nicht geeignet sind, Beschränkungen im Binnenmarkt zu errichten und in den grenzüberschreitenden Leistungswettbewerb einzugreifen, keinem binnenmarktrechtlichen Verbot und insbesondere nicht dem Beihilfeverbot unterliegen. Gleiches gilt für Handlungen echter Privater. Die öffentliche Hand und private Akteure genießen gleichermaßen das Recht, selbstbestimmt am Wirtschaftsleben teilzuhaben, solange sie sich dort derselben Mittel bedienen wie sämtliche Rechtsunterworfenen. Aufgabe der Beihilfenkontrolle ist es insoweit, nur Handlungen herauszufiltern, die aufgrund der überragenden Wirtschaftsmacht der öffentlichen Hand den Wettbe-

¹⁴ Revised text of the Political Declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, TF50 (2019) 65 – Commission to EU 27, Rz. 77.

¹⁵ Siehe Titel XI (Gleiche Wettbewerbsbedingungen für einen offenen und fairen Wettbewerb und eine nachhaltige Entwicklung) und insbesondere Kapitel 3 (Subventionskontrolle) des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, ABl. 2021/L 149/10.

¹⁶ So auch Arhold (2016) in Säcker - Montag, Art. 107 AEUV, Rz. 107.

werb stören (also Eingriffe). Dagegen darf die Beihilfenkontrolle nicht darüber hinaus die **wirtschaftliche Freiheit** und das Erwerbsstreben der Akteure am Markt, zu denen auch die öffentliche Hand gehört, beeinträchtigen. Die Beihilfenkontrolle wird ihren Zielen daher auch dann nicht gerecht, wenn sie **überschießend oder ungenau angewandt** wird. Um die Beihilfenkontrolle möglichst treffsicher auszugestalten und wirklich nur wettbewerbswirksame Eingriffe der öffentlichen Hand auszufiltern, enthält das Beihilfeverbot sechs kumulative Tatbestandsmerkmale. Erfasst sind gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV Begünstigungen bzw. wirtschaftliche Vorteile (1), die staatlich veranlasst und finanziert sind (2) und einem selektiven, also bestimmbar (3) Kreis an Unternehmen (4) zukommen; zudem muss aufgrund der Maßnahme eine Wettbewerbsverfälschung (5) sowie eine Beeinträchtigung des Binnenhandels (6) drohen.

4.2 Grundannahmen zur Reform des Beihilfenrechts

Aus dem vorstehend Gesagten folgen einige zentrale, hier nachfolgend ausgewiesene **Grundannahmen** zu Wesen und Funktion der Beihilfenkontrolle, die den Ausgangspunkt für Reformüberlegungen bilden müssen. Sie engen einerseits den Spielraum für Reformen ein und setzen diesen **Grenzen**, soweit solche Reformen nicht die Ziele und Funktion der Beihilfenkontrolle vollständig aushebeln und das Regime in seiner gegenwärtigen Form effektiv abschaffen sollen. Ebenso zeigen die Grundannahmen aber auf, wo **Handlungsspielräume** bestehen, die mit den aktuellen Funktionen der Beihilfenkontrolle vereinbar wären bzw. diese sogar weiter stärken könnten.

Diese Handlungsspielräume sind teils politischer Natur, also nach Ob und Wie ihrer Umsetzung nicht zwingend. Soweit allerdings bestehende **Dysfunktionalitäten im Recht** oder der Praxis aufgezeigt werden, also Bereiche, in denen die Anwendung des Beihilfenrechts *de lege lata* keine den Zielen der Beihilfenkontrolle entsprechenden Ergebnisse liefert, ist deren Behebung schon aufgrund der intrinsischen Logik der Beihilfenkontrolle, und daher bereits rechtswissenschaftlich, geboten.

4.2.1 Annahme 1: Zur maßgeblichen Perspektive

Aus dem Zweck und der Funktion der Beihilfenkontrolle folgt, dass von EU-Interessen losgelöste (oder diesen sogar widersprechende) nationale Alleingänge im Standortwettbewerb im Binnenmarkt, die über Beihilfeinterventionen in den Markt geführt werden, nicht möglich sein sollen. Folglich sind eine **einzelstaatliche kompetitive Standortpolitik** sowie Interventionismus der Mitgliedstaaten mit staatlichen Mitteln zur Verbesserung der eigenen Position im Standortwettbewerb unionsrechtlich unerwünscht und unzulässig.

Zulässige Standortpolitik ist daher nur eine solche, die das wettbewerbliche Gesamtgefüge des Binnenmarkts und damit die **EU-Perspektive** einer Beihilfegewährung berücksichtigt und wahrt. Die EU-Perspektive findet insbesondere in den Rechtfertigungsgründen für Beihilfen (und deren detaillierterer Ausformung durch Sekundärrecht und Soft Law) Ausdruck.

Dass die Mitgliedstaaten ihre Stellung im Standortwettbewerb im Binnenmarkt durch Beihilfen verbessern wollen, ist gerade der Grund für die Existenz des Beihilfeverbots als Verbot staatlicher Intervention in die Märkte: Das Beihilfeverbot soll, wie das Wettbewerbsrecht insgesamt, zwi-

schen diesen Mitgliedstaaten **Wettbewerbsneutralität** im Sinne von gleichen Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen der Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander sicherstellen. Die Intervention bzw. Steuerung durch die Mitgliedstaaten ist daher Gegenstand der Kontrolle durch das Beihilfenrecht und kann nicht zu einem seiner Ziele erhoben bzw. die *ratio* der Normen damit sinnentleert werden.

Wollte man das Beihilfenrecht im Zuge einer Reform umgestalten, um derlei zu erlauben, würde dies effektiv auf eine **Abschaffung der Beihilfenkontrolle** hinauslaufen. Nimmt man dagegen einen Grundkonsens dahin an, dass eine Beihilfenkontrolle grundsätzlich bestehen soll, kann Standortpolitik nur eine solche sein, die sich in das Gesamtgefüge der EU und in die Homogenitätsziele des Binnenmarkts einpasst.

4.2.2 Annahme 2: Zur Kompetenzverteilung

Mit Blick auf das Homogenitätsziel des Binnenmarkts insgesamt und der Beihilfenkontrolle im Besonderen belässt letztere keinen Spielraum für Subsidiaritätserwägungen: Ein Argument dahin, dass die **Mitgliedstaaten selbst prinzipiell besser in der Lage** seien, die Notwendigkeit von Beihilfen zu beurteilen als die Kommission, wäre daher grundlegend **fehlgelitet**.

Dementsprechend ist das Wettbewerbsrecht in Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV als **ausschließliche Kompetenz** der EU angelegt. Auf ausschließliche Kompetenzen ist das Subsidiaritätsprinzip von vornherein nicht anwendbar,¹⁷ sodass es also auch kompetenzrechtlich keinen Raum für Subsidiaritätserwägungen bei der Beihilfenkontrolle gibt.

Dieser Ausschluss von Subsidiaritätserwägungen gilt umfassend oberhalb der Anwendungsschwelle des Beihilfeverbots, d.h. bei Vorliegen eines Zwischenstaatsbezugs und einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten. Unterhalb dieser Anwendungsschwelle, also z.B. für kleinräumige und **rein lokal gewährte Beihilfen** ohne Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel, besteht ohnedies keine Beihilfenkontrolle, da sie bereits den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen.

Demgegenüber ist der **Verzicht auf eine Kontrolle kleiner Beihilfebeträge** durch die Kommission prozessualer Art und bildet gerade keine Ausnahme vom Beihilfetatbestand. Die Herausnahme folgt rein Erwägungen der Verfahrensökonomie nach dem Prinzip *de minimis non curat praetor*. Sie ist damit insbesondere nicht Subsidiaritätserwägungen geschuldet, sondern der Annahme fehlender Verfolgungsnotwendigkeit bei geringer Wettbewerbsverfälschung.¹⁸

4.2.3 Annahme 3: Zur Kontrollaufgabe der Kommission

Die Funktion des Beihilfenrechts, wie es derzeit im Primärrecht angelegt ist, ist ausschließlich repressiver Natur: Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Beihilfen sollen vorsorglich verhindert oder zumindest *ex post* **neutralisiert** werden. Dem dienen die in Art. 108 Abs. 3 AEUV statuierte

¹⁷ Siehe Art. 5 Abs. 3 EUV.

¹⁸ Dementsprechend ist bei den Schwellen, unterhalb derer auf eine Verfolgung verzichtet wird, auch einige regulatorische Flexibilität zu beobachten: Sie wurden seit der ersten *De-Minimis*-VO mehrfach (hauptsächlich nach oben) angepasst, insbesondere (allerdings temporär) im Zuge der Finanz- und Eurokrise.

Anmeldepflicht und das zugehörige **Durchführungsverbot** für neue Beihilfen. Rechtsfolge einer Nichtanmeldung unter den Beihilfetatbestand fallender Maßnahmen ist die Ungültigkeit der Rechtsakte zur Gewährung der Beihilfe. Dies bedeutet insbesondere die (bei Genehmigungsaussichten ggf. auch nur vorläufige) verzinsten Rückzahlung (bzw. ein Einfrieren) des erhaltenen Vorteils. Es gibt **keine Sanktionen**, die über die Neutralisierung des Vorteils hinausgeht.

Aufgrund dieser reduzierten Funktion der Beihilfenkontrolle eröffnen ihre Instrumente auch keinen echten Spielraum für quasi-regulatorische Steuerung positiven Verhaltens. Über die Rechtfertigungsgründe für die Genehmigung von Beihilfen (und **Auflagen** für die Genehmigung) können zwar **Anreize** für die Mitgliedstaaten gesetzt werden, Beihilfen möglichst mit bestimmten (von der EU) erwünschten Merkmalen auszugestalten. Ein bestimmtes positives Verhalten lässt sich durch diese – auf eine Überwachung des Markts beschränkte – Zuständigkeit jedoch nicht in gleicher Weise erreichen, wie durch die gesetzliche Festlegung eines positiven Regelungsrahmens.

Daher ist das Beihilfenrecht und die Aufsicht durch die Kommission nicht nur **kein Instrument der Wirtschaftssteuerung** oder Sektorregulierung, sondern es ist schon funktional nicht in der Lage, eines zu sein. Regulierung ist im gewaltenteilenden System Aufgabe der Gesetzgebung im Rahmen der jeweiligen EU-Politiken. In den Art. 107 bis 109 AEUV fehlt eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz: Die Beihilfenkontrolle ist als **reine Verwaltungsaufgabe** der Überwachung von Wettbewerb und Markt angelegt. Dementsprechend ist sie auch mit, im Vergleich zum schwerfälligeren, aber pluralistischen und demokratischen Gesetzgebungsprozess, schlagkräftigen Instrumenten für rasches einseitiges Handeln ausgestattet.

4.2.4 Annahme 4: Zur Vorteilhaftigkeit bestimmter Beihilfen

Vom Interventionsverbot ausgenommen (gerechtfertigt) sind staatliche Beihilfen allerdings, wenn das Interesse eines Mitgliedstaats an der Gewährung von der EU übernommen bzw. nachvollzogen wird (positiviert in den Rechtfertigungsgründen). Daher vermögen erstens bloß **singulär-einzelstaatliche Interessen**, die nicht auch aus Sicht der EU als Allgemeininteressen gelten können, staatliche Marktinterventionen über Beihilfen niemals zu rechtfertigen.

Zweitens aber verdeutlicht die Existenz der Rechtfertigungsgründe, dass Beihilfen aus der Perspektive der EU durchaus positiv zu bewerten sein können, soweit sie von der EU anerkannten Allgemeininteressen, die daher **EU-eigene Interessen** sind, dienen bzw. diese fördern. Bei Vorliegen dieser EU-eigenen politischen Interessen bzw. bei Überlappen des mitgliedstaatlichen Gewährungsinteresses mit einem Interesse der EU wird die durch die Beihilfe bewirkte Wettbewerbsverfälschung hingenommen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auch darauf, dass zunehmend auf die **Notwendigkeit** der Beihilfe abgestellt wird, also auf die Frage, ob das verfolgte Ziel nicht ohne Marktintervention erreicht werden kann.¹⁹ Zum Teil verfolgt die EU diese Interessen auch durch eigene Strukturmaßnahmen (sog. Unionsbeihilfen, die nicht

¹⁹ Als Beispiele nennt die Kommission Marktversagen oder die Behebung von Gleichheits- oder Kohärenzproblemen; zudem muss das eingesetzte Mittel möglichst wenig marktverzerrend sein, einen Anreizeffekt für die Marktteilnehmer entfalten, verhältnismäßig und transparent ausgestaltet sein, uvm.; vgl. dazu etwa die Grundsätze des SAM, wiedergegeben in Commission Staff Working Document, Fitness Check, SWD(2020) 257 final, 20.

Art. 107 AEUV unterliegen). Daraus folgt auch, dass Beihilfen als Steuerungshebel zur Förderung einer nachhaltigen und kompetitiven Standortpolitik aus grundsätzlichen systemischen Gründen der Beihilfenkontrolle nur zulässig sein können, wenn das Standortinteresse bzw. die Inhalte der **Standortpolitik im Interesse der EU** liegen.

Daher gibt die EU den Mitgliedstaaten die Rechtfertigungstauglichen Interessen für Eingriffe in den grenzüberschreitenden Leistungswettbewerb vor. Welche Interessen dies sind, also welche Beihilfen die EU selbst als unterstützungswürdige „good aid“ ansieht, ist auch auf der EU-Ebene **politisch definiert** und demgemäß **wandelbar**. Dies gilt jedenfalls innerhalb der unter Annahme 1 angesprochenen Grenze einer Funktionsentäußerung der Beihilfenkontrolle als Homogenisierungsinstrument, was insbesondere bei einer kleinteiligen Atomisierung oder uferlosen Entgrenzung der von der EU anerkannten Interessen drohen würde.

4.2.5 Annahme 5: Zur Treffsicherheit der Beihilfenkontrolle

Handlungen, die eine legitime Teilhabe der öffentlichen Hand oder privater Akteure am Wirtschaftsleben darstellen, dürfen durch das Beihilfeverbot nicht verunmöglicht und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit dieser Akteure nicht beschnitten werden. Das Beihilfeverbot darf also nicht durch **dysfunktionale, insbesondere überschießende Anwendung** seinerseits in den Leistungswettbewerb eingreifen, indem es legitime wirtschaftliche Verhaltensweisen der öffentlichen Hand oder privater Akteure verunmöglicht. Andernfalls würde die Beihilfenkontrolle selbst zu einem wettbewerbsverzerrenden Faktor am Markt werden, die das Selbstständigkeitspostulat des Wettbewerbsrechts verletzt.

Damit die Beihilfenkontrolle ihrer Aufgabe gerecht werden kann, nur tatsächliche Eingriffe der öffentlichen Hand in den Wettbewerb herauszufiltern, bedarf es einer entsprechend **treffsicheren Auslegung und Anwendung der Tatbestandsmerkmale** des Beihilfeverbots. Dafür Sorge zu tragen ist gemäß Art. 19 Abs. 1 EUV alleinige Aufgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union (GHdEU),²⁰ an dessen Auslegung des Unionsrechts die übrigen Organe und die Mitgliedstaaten weitgehend²¹ ermessenslos gebunden sind.

4.3 Gang der weiteren Untersuchung

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausgangsannahmen ergeben sich für die weitere Analyse die nachfolgenden **drei großen Untersuchungsbereiche**. Der Schwerpunkt wird dabei auf dem ersten Bereich liegen, da die rechtswissenschaftliche Methodik dort die verlässlichsten Aussagen zulässt.

Erstens gilt es, die **Auslegung und Anwendung des Beihilfetatbestands** durch den GHdEU auf ihre Übereinstimmung mit den Zielen und Funktionen der Beihilfenkontrolle hin zu durchleuchten

²⁰ Im Sinne des Art. 19 Abs. 1 EUV bezeichnet dies die Organgesamtheit, also EuG und EuGH gemeinsam.

²¹ Eine faktische Ausnahme bildet die Nachprüfung komplexer wirtschaftlicher Annahmen der Kommission durch den GHdEU, die dieser regelmäßig ablehnt, da er bei seiner diesbezüglichen Kontrolle „[...] nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch seine eigene ersetzen darf“ und damit der Kommission bei der Wahl einer von mehreren gleich verlässlichen wirtschaftlichen Annahmen tatsächlich freie Hand lässt, vgl. z.B. Rs. C-300/16 P, *Kommission/Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 63 m.w.N.

(siehe dazu Abschnitt 5). Da die Kommission bei der Auslegung und Anwendung des objektiven Beihilfetatbestands über kein Ermessen verfügt²² und umfassend an die Rechtsansicht des GHdEU gebunden ist, kann die diesbezügliche Kommissionspraxis dabei grundsätzlich außer Acht gelassen werden. Ziel der Analyse in Abschnitt 5 ist es, **dysfunktionale Elemente** der Tatbestandsauslegung *de lege lata* aufzuspüren und Korrekturbedarf aufzuzeigen. Soweit sich Korrekturbedarf ergibt, ist dieser im eingangs hervorgehobenen Sinne schon rechtlich geboten und keine politische Frage.

Zweitens gilt es, die **EU-eigenen Interessen** an der Beihilfegewährung zu hinterfragen, wie sie derzeit in den primärrechtlichen Rechtfertigungsgründen für Beihilfen sowie in den zugehörigen Ausführungsrechtsakten des EU-Gesetzgebers und vor allem der Kommission niedergelegt sind (siehe dazu Abschnitt 6). Ziel der Analyse in Abschnitt 6 ist es auszuloten, ob die Rechtfertigungsgründe den aktuellen wirtschaftlichen und sozialen Herausforderungen für die mitgliedstaatliche Politik entsprechen und inwieweit eine **Modernisierung** oder ggf. auch bloß weitere Konkretisierung *de lege ferenda* angebracht wäre.

Die Frage der Überarbeitung der Rechtfertigungsgründe ist, da es um die Definition von Allgemeininteressen geht, die das Interesse an unverfälschtem grenzüberschreitendem Wettbewerb im Binnenmarkt zu überragen vermögen, eine **politische Frage**. Untermuert werden kann das politische Argument allenfalls mit **empirischen Erkenntnissen** zur (allenfalls unzureichenden) Wirkungsweise der gegenwärtigen Rechtfertigungs- und Anreizsysteme zur Förderung der anerkannten Allgemeininteressen. Eine entsprechende Untersuchung hat zuletzt auch schon die Kommission im Rahmen eines von ihr so bezeichneten *Fitness Checks* vorgenommen.²³ Dagegen gelangt die rein rechtswissenschaftliche Methode in diesem Punkt rasch an ihre Grenzen. Abschnitt 6 muss sich also darauf beschränken, die Stellschrauben einer Modernisierung oder Konkretisierung der Rechtfertigungsprüfung aufzuzeigen, ohne bestimmte Forderungen zur künftigen Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe aufzustellen.

Drittens und in Verlängerung des zweiten Analysepunkts bzw. der Untersuchung in Abschnitt 6 wird in Abschnitt 7 ergänzend der Frage nachgegangen, ob und wie sich die Beihilfenkontrolle zur Verbesserung der **Position von EU-Unternehmen im globalen Standortwettbewerb** instrumentalisieren lässt. Untersucht wird daher nicht nur, ob das EU-Beihilferegime den aktuellen internen Herausforderungen gewachsen ist (siehe dazu Abschnitt 6), sondern auch den externen Herausforderungen des Welthandelssystems. Denn grundsätzlich unterliegen auch Beihilfen für Exporte in Drittstaaten der EU-Beihilfenkontrolle.²⁴

²² Vgl. z.B. Rs. C-452/10 P, *BNP Paribas und BNL/Kommission*, ECLI:EU:C:2012:366, Rn. 100 („Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Begriff der staatlichen Beihilfe [...] ein Rechtsbegriff und anhand objektiver Kriterien auszulegen. Deshalb hat der Unionsrichter die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV fällt, grundsätzlich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits und des technischen oder komplexen Charakters der von der Kommission vorgenommenen Beurteilungen umfassend zu prüfen“).

²³ Commission Staff Working Document, *Fitness Check*, SWD(2020) 257 final.

²⁴ Vgl. z.B. Rs. T-369/06, *Holland Malt*, ECLI:EU:T:2009:319, Rn. 45 ff.

Insbesondere ist in Abschnitt 7 auszuloten, inwieweit das Beihilfenrecht (allenfalls auch im Verein mit anderen Regimes, etwa der – im Rahmen der vorliegenden Studie allerdings nicht behandelten – Fusionskontrolle) ggf. zu restriktiv ist und EU-Unternehmen im globalen Wettbewerb gegenüber Unternehmen aus Staaten benachteiligt, die Beihilfen erfolgreich zur Stützung ihrer Unternehmen im globalen Kontext einsetzen. Allfällige Möglichkeiten einer **Modernisierung oder Flexibilisierung** der Beihilfenkontrolle im externen Kontext *de lege ferenda* wären allerdings, vor dem Hintergrund empirischer Erkenntnisse, letztlich politisch zu entscheiden. Die rechtswissenschaftliche Analyse kann also auch hier letztlich nur Stellschrauben aufzeigen, aber keine Forderungen begründen.

In den Abschnitt 8 wird abschließend der Spielraum beim Einsatz von **Unionsbeihilfen** skizziert, und abschließend ein Blick auf die **vergangenen Reformbemühungen** der EU seit 2012 geworfen. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob und inwieweit die in der vorliegenden Studie ausgemachten Problemfelder darin bereits Berücksichtigung fanden.

5. Reformbedarf auf Tatbestandsebene

5.1 Einleitung

Der vorliegende Abschnitt untersucht die **Auslegung und Anwendung des Beihilfetatbestands** des Art. 107 Abs. 1 AEUV durch den Gerichtshof der Europäischen Union (GHdEU) auf Übereinstimmung mit den Zielen und Funktionen der Beihilfenkontrolle. Die Anwendungspraxis der weitgehend ermessenslos an diese Rechtsprechung gebundene Kommission bleibt dabei, von Ausnahmen abgesehen, außer Betracht.

Der Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt sich aus sechs Merkmalen zusammen, die kumulativ erfüllt sein müssen: Es sind dies 1) Begünstigung bzw. wirtschaftlicher Vorteil; 2) staatliche Veranlassung und Finanzierung; 3) Unternehmen als Empfänger; 4) Bestimmbarkeit der Empfänger bzw. Selektivität; 5) drohende Wettbewerbsverfälschung; sowie 6) Handelsbeeinträchtigung. **Stellschrauben für eine höhere Treffsicherheit** und stärkere Zielfokussierung der Beihilfenkontrolle finden sich im Grunde bei jedem dieser Merkmale. Die nachfolgende Auseinandersetzung diskutiert mögliche Stellschrauben einer Reform nicht erschöpfend und beschränkt sich auf Bereiche, die in Schrifttum und Praxis besonders der Kritik bzw. dem Verdacht ausgesetzt sind, für allfällige dysfunktionale, insbesondere überschießende, Wirkungen der Beihilfenkontrolle verantwortlich zu sein.

Der folgenden Untersuchung liegt daher folgende **Ausgangsvermutung** zugrunde: Das Beihilfeverbot ist in seiner aktuellen Anwendung durch die Europäischen Institutionen in Einzelbereichen **dysfunktional überschießend** und wirkt zum Teil hinsichtlich legitimer Teilhabe der öffentlichen Hand und bestimmter Privater am Wirtschaftsleben **unsachgemäß restriktiv**. Diesfalls könnten die Aufgriffsschwellen durch eine ziel- und sachgerechtere Ausgestaltung und Handhabung der Tatbestandselemente erhöht werden. Im Folgenden werden daher anhand von Fallbeispielen ausgewählte Probleme bei der Handhabung der Tatbestandselemente aufgezeigt und mögliche Schärfungen skizziert. Im abschließenden Zwischenfazit werden, neben einer Zusammenfassung der zentralen Erkenntnisse, die rechtlichen Handlungsoptionen aufgezeigt.

5.2 Wettbewerbsverfälschung

5.2.1 Einleitung und Thesen

Das Tatbestandselement der Wettbewerbsverfälschung greift das **Kernanliegen der Beihilfenkontrolle** auf, die gerade auf den Schutz des Leistungswettbewerbs und der Sicherung staatlich unbeeinflusster, homogener Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt abzielt. Wird dieses lediglich, wie derzeit, cursorisch geprüft, beschädigt dies die Treffsicherheit der Beihilfenkontrolle durch eine potenziell überschießende Einbeziehung von Maßnahmen, die zu keiner spürbaren Wettbewerbsverzerrung führen (siehe die einleitend ausgeführte Annahme 5).

Anwendungspraxis und Rechtsprechung der Unionsgerichte legen derzeit im Beihilfenrecht, diametral anders als im Rest des Wettbewerbskapitels, keinen Wert auf eine genauere Prüfung

der **ökonomischen Zusammenhänge** hinter einer allfälligen Wettbewerbsverfälschung.²⁵ So sind etwa die kartellrechtlich gängigen Erfordernisse einer genauen Analyse der Angebots- oder Nachfragewettbewerbsbeziehungen, einer Marktabgrenzung oder einer genaueren Erörterung dessen, worin die Wettbewerbsverzerrung in einem konkreten Fall effektiv bestehen soll, bei der Tatbestandsprüfung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV generell unbekannt. Daher kommt dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung in der Praxis auch **keine effektiv tatbestandseingrenzende Wirkung** zu, wie im Folgenden anhand der Rechtsprechung und Anwendungspraxis skizziert wird.

Die diversen Reformbestrebungen der Kommission seit den frühen 2000er Jahren in Richtung einer stärkeren Ökonomisierung der Beihilfeprüfung (im Sinne des sog. **More Economic Approach**) **beschränken sich bislang auf Durchführungsrecht** der Kommission, insbesondere zur Vereinbarkeitsprüfung. Die Tatbestandsebene, und dabei vor allem die Wettbewerbsverfälschung, blieb jedoch von allen Ökonomisierungsbestrebungen des Wettbewerbsrechts gänzlich im Wesentlichen unberührt. So zeigt auch das Tatbestandsverständnis des EuGH weiterhin weder eine Schärfung noch ein Eingehen auf ökonomische Aspekte. Damit verbundene Problemfelder sowie das ungenutzte Potenzial des *More Economic Approach* auf Tatbestandsebene werden im Anschluss an die Rechtsprechungsanalyse dargelegt.

5.2.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

Die Judikatur verlangt, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb „**nicht nur hypothetischer Natur** [sind] **oder vermutet werden**“²⁶. Diese einschränkende Anforderung scheint aber kaum eine Rolle zu spielen. Die mit der Rs. *Philip Morris*²⁷ grundgelegte niedrige Aufgriffsschwelle des EuGH führt dazu, dass laut Kommission die **Gewährung eines finanziellen Vorteils i.d.R. bereits eine Wettbewerbsverfälschung begründet**.²⁸ Die Kommission hat die „Umstände in der Begründung ihrer Entscheidung zumindest anzugeben“²⁹, auf die sie sich stützt, um die Wettbewerbsverfälschung zu bejahen. Mehr verlangt der EuGH allerdings auch nicht.

Dabei genügen in der Rechtsprechung **bereits geringfügige Verfälschungen** des Wettbewerbs, obwohl die Kommission diese mit der *De-minimis*-VO 1407/2013 aus Gründen der Verfahrensökonomie von der Verfolgbarkeit ausgenommen hat (soweit die Formalvoraussetzungen der VO eingehalten werden).³⁰ Zudem reicht die **Eignung** der Verfälschung, ohne dass das tatsächliche Auftreten wettbewerbsverfälschender Effekte nachgewiesen werden muss.³¹ Ob eine Beihilfe nur verhältnismäßig **geringfügig** ausfällt bzw. das begünstigte Unternehmen klein

²⁵ So auch Nitsche – Heidhues (2006), Study on methods to analyse the impact of State aid on competition, Economic Papers

²⁶ Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 90; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 189.

²⁷ Siehe Rs. 730/79, *Philip Morris*, ECLI:EU:C:1980:209, Rn. 11 f.

²⁸ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 187.

²⁹ Rs. C-372/97, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2004:234, Rn. 71.

³⁰ Siehe m.w.N. Rs. T-55/99, *CETM*, ECLI:EU:T:2000:223, Rn. 92.

³¹ Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 65.

ist, die Dienstleistung **örtlichen oder regionalen** Charakter hat, oder das Tätigkeitsgebiet begrenzt ist, schließt die Erfüllung des Tatbestandes nicht aus.³²

Das Urteil **Heiser** aus 2005 verdeutlicht, wie großzügig die Judikatur der Unionsgerichte in dieser Hinsicht ist. Die Rs. behandelt die österreichische Übergangsregelung im Zuge der USt-Befreiung für ärztliche Leistungen ab 1997. Herr Heiser hatte über acht Jahre lang Steuerrabatte i.H.v. ca. 4.000 EUR jährlich erhalten.

Der EuGH bejahte hier die Wettbewerbsverfälschung, da **Betriebsbeihilfen**, also „Beihilfen, die ein Unternehmen von den Kosten befreien sollen, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeiten zu tragen gehabt hätte, **grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen verfälschen**“.³³ Dem Gegenargument, die begünstigten Ärzte seien keinem Preiswettbewerb ausgesetzt, entgegnete der EuGH: „Selbst wenn [...] andere Kriterien als der Preis der ärztlichen Behandlung, wie etwa die Qualität der Behandlung oder das Vertrauensverhältnis zum Arzt, die Arztwahl der Parteien beeinflussen können, kann doch der Preis einen – sogar erheblichen – Einfluss auf diese Wahl haben.“³⁴

Der Fall *Heiser* zeigt, wie leichtfertig und ohne jede Prüfung des tatsächlichen Wettbewerbs bzw. der Marktverhältnisse das Drohen einer Wettbewerbsverfälschung bejaht werden kann. Die Entscheidung hat dementsprechend zu lauter Kritik im Schrifttum geführt.³⁵

Zwar wird bei Einzelbeihilfen gelegentlich eine „konkrete wirtschaftliche Analyse der Marktsituation“ gefordert,³⁶ **ökonomische Analysen spielen bei der Begründung allerdings insgesamt keine Rolle**. Die Rs. *BMW/Kommission und Freistaat Sachsen* aus 2019 veranschaulicht dies: Der EuGH billigte die Vermutung der Kommission, dass sich aus der fehlenden Angemessenheit einer regionalen Investitionsbeihilfe (im Sinne der Mitteilung von 2009³⁷) auch die Eignung zur Wettbewerbsverfälschung ergebe. Eine Marktabgrenzung oder eine Bestimmung der Marktstellung des Unternehmens seien nicht notwendig.³⁸

Auch in den Urteilen zur Förderung diverser Fußballclubs scheiterten wettbewerbsbezogene Argumente der Klägerinnen. Das EuGH billigte, dass die Kommission **keine wirtschaftliche Analyse** der tatsächlichen Marktlage, des Marktanteils der Begünstigten, der Stellung der Konkurrenz oder der Handelsströme vornehmen musste. Vielmehr genügte als Begründung das kurssorische Argument, dass zusätzliche Mittel die Anziehungskraft und Gewinnchancen der Clubs steigern.³⁹

³² Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 68 f; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 192; Rs. C-659/17, *Azienda Napoletana Mobilita*, ECLI:EU:C:2019:633, Rn. 31.

³³ Rs. C-172/03, *Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 55 (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁴ Rs. C-172/03, *Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 57.

³⁵ Vgl. nur m.w.N. Soltész (2018) in *MüKoBeihilfenR*², Art. 107 AEUV, Rz. 649.

³⁶ Rs. T-254/00 ua, *Hotel Cipriani*, ECLI:EU:T:2008:537, Rn. 228.

³⁷ Mitteilung der Kommission betreffend die Kriterien für die eingehende Prüfung staatlicher Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung großer Investitionsvorhaben, ABl. 2009/C 223/3.

³⁸ Rs. C-654/17 P, *BMW/Kommission und Freistaat Sachsen*, ECLI:EU:C:2019:634, Rn. 90 f.

³⁹ Rs. T-679/16, *Athletic Club/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:112, Rn. 73 ff.

Bei einer Beihilfenregelung zugunsten mehrerer französischer Häfen war es zulässig, dass die Kommission die Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel **pauschal bejahte** – trotz der bedeutenden Unterschiede zwischen den Häfen in Bezug auf Größe, Standort, Typ oder Tätigkeiten. Eine **Einzelfallanalyse oder ein Nachweis potenzieller Wettbewerbsverfälschungen seien nicht notwendig**, kursorische Ausführungen zu den Kategorien der Häfen waren ausreichend. Die fehlende Voraussetzung sei im Einzelfall erst bei der Rückforderung durch den Mitgliedstaat zu berücksichtigen.⁴⁰

Ein weiteres rezentes Beispiel für die **Unerheblichkeit der tatsächlichen Marktbedingungen** ist die Rs. *Azienda Napoletana Mobilità*⁴¹: Das 1995 von der Gemeinde Neapel betriebene Nahverkehrsunternehmen profitierte über Jahre von befreiten Sozialabgaben im Rahmen eines Förderprogrammes für junge Arbeitslose. Das Unternehmen machte geltend, dass es im relevanten Zeitraum keinem Wettbewerb ausgesetzt gewesen sei und der italienische ÖPNV-Markt nicht liberalisiert gewesen sei. Der EuGH stützte sich jedoch auf die Ansicht der italienischen Regierung, wonach es Wettbewerbern grundsätzlich erlaubt gewesen wäre, ihre Dienste in Italien anzubieten und es sogar Beispiele dafür gäbe. Innerhalb der EU sei es bereits vereinzelt zu einer Liberalisierung im regionalen bzw. lokalen Nahverkehr gekommen. Da die Gemeinde die Dienste auch an ein anderes Unternehmen hätte vergeben können, könne die Wettbewerbsverfälschung **nicht „ausgeschlossen werden“**⁴² Der konkrete Wettbewerb des Verkehrsunternehmens war also unerheblich, das potenzielle damalige Interesse anderer Unternehmen an Neapels ÖPNV reichte aus.

Genauso verfälschen in der Rs. *Arriva Italia* Kapitalzuschüsse für ein Unternehmen, das im Auftrag einer regionalen Gebietskörperschaft **lokale Eisenbahninfrastruktur** betreibt, den Wettbewerb, wenn das Monopol nicht den Wettbewerb *um den Markt selbst* ausschließt.⁴³ Ebenso großzügig bejahte der EuGH die Handelsbeeinträchtigung in den Rs. *Buonotourist*⁴⁴ und *CSTP*⁴⁵ betreffend lokale und regionale ÖPNV-Konzessionen.

Wie einleitend erwähnt, dürfen die Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel nicht bloß „vermutet werden“.⁴⁶ Dennoch billigen die Unionsgerichte bei Beihilferegulungen *de facto* den **Rückgriff auf Vermutungen**. In der Rs. *Hotel Cipriani* führte das EuG aus, die Kommission sei bei ihrer Prüfung der Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel „nicht verpflichtet, von Amts wegen näherungsweise zu prüfen, welche [...] Gesichtspunkte ihr gegenüber im Verwaltungsverfahren hätten vorgetragen werden können“.⁴⁷ Fehlen bei einer Beihilferegulung „ausreichende

⁴⁰ Rs. T-747/17, *UPF/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:271, Rn. 102 f und 111.

⁴¹ Rs. C-659/17, *Azienda Napoletana Mobilità*, ECLI:EU:C:2019:633.

⁴² Rs. C-659/17, *Azienda Napoletana Mobilità*, ECLI:EU:C:2019:633, Rn. 39.

⁴³ Rs. C-385/18, *Arriva Italia ua*, ECLI:EU:C:2019:1121, Rn. 57 f.

⁴⁴ Rs. C-586/18 P, *Buonotourist/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:152, Rn. 79.

⁴⁵ Rs. C-587/18 P, *CSTP/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:150, Rn. 79.

⁴⁶ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 195.

⁴⁷ Rs. T-254/00 ua, *Hotel Cipriani*, ECLI:EU:T:2008:537, Rn. 234.

Informationen, kann die Kommission nach der Rechtsprechung auf eine Vermutung zurückgreifen, die sie auf die Untersuchung der Merkmale der betreffenden Beihilferegulierung stützt⁴⁸. Der EuGH billigte die Ausführungen des EuG im Grunde mit dem Argument, dass die Kommission „**nicht zum Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung** der Beihilfen“⁴⁹ auf Handel und Wettbewerb **verpflichtet** ist und die Eignung einer Betriebsbeihilfe zur Beeinträchtigung nicht durch die geringe Höhe der Beihilfen oder die lokale Natur der Tätigkeit „ausgeschlossen werden könne“⁵⁰.

In diesem Sinne bejaht der EuGH regelmäßig die Eignung zur Wettbewerbsverfälschung mit der knappen Formulierung, „dass [diese] **nicht ausgeschlossen werden kann**“; etwa bei der Erlaubnis zur Nutzung der Busspuren (nur) für London-Taxis (*black cabs*), die Funkmietwagen (*private hire vehicles*) nicht gewährt wird.⁵¹ Insbesondere der Umstand, dass ein **Sektor EU-weit liberalisiert** wurde, wie der Strommarkt, führt i.d.R. zur knappen Bejahung einer Handelsbeeinträchtigung.⁵² Aber auch bei **fehlender Liberalisierung** eines Marktes zum Zeitpunkt der Beihilfegewährung (wie bei italienischen Fährverbindungen in den 1970er Jahren) könne nicht „ausgeschlossen werden“, dass das begünstigte Unternehmen „im Wettbewerb zu Unternehmen anderer Mitgliedstaaten stand“ bzw. „dass mangels einer getrennten Buchführung [...] die Gefahr von Quersubventionierungen bestand“.⁵³

Die Kommission bleibt in ihren Begründungen zur Wettbewerbsverfälschung – wohl aufgrund der geringen gerichtlichen Prüfdichte – meist kursorisch⁵⁴ und verzichtet zum Teil überhaupt darauf, die festgestellte Wettbewerbsverfälschung zu begründen.⁵⁵

Der auf nachweisbare Fakten gestützte **Gegenbeweis** *ex post*, dass eine Maßnahme im Rückblick tatsächlich keine Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. den Handel im Binnenmarkt hatte, ist nicht möglich. Der EuGH begründet dies bei rechtswidrig (weil ohne vorherige Anmeldung gewährten) Beihilfen damit, dass sonst Mitgliedstaaten, die eine Beihilfe rechtswidrig ohne Anmeldung gewähren, gegenüber jenen Mitgliedstaaten bevorzugt wären, die die Maßnahme ordnungsgemäß notifizieren und so *ex ante* die Eignung der Wettbewerbsverfälschung prüfen lassen.⁵⁶

⁴⁸ Rs. T-254/00 ua, *Hotel Cipriani*, ECLI:EU:T:2008:537, Rn. 235.

⁴⁹ Rs. C-71/09 P ua, *Comitato „Venezia vuole vivere“*, ECLI:EU:C:2011:368, Rn. 134.

⁵⁰ Rs. C-71/09 P ua, *Comitato „Venezia vuole vivere“*, ECLI:EU:C:2011:368, Rn. 135.

⁵¹ Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 70 (wobei hier ein selektiver Vorteil verneint wurde).

⁵² Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 94 ff.

⁵³ Rs. C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 42.

⁵⁴ So auch Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 616.

⁵⁵ Vgl. z.B. Kom., Entscheidung 2008/719/EG, Staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06), ABl. 2008/L 239/32 – Privatisierung Bank Burgenland. Zumindest knapp behandelt wurde das Tatbestandselement zumindest im Prüfungsbeschluss (Kom., Aufforderung zur Stellungnahme, ABl. 2007/C 28/8, Rn. 77 — Privatisierung der Bank Burgenland AG) unter Verweis auf den liberalisierten Bankensektor und die Tätigkeit der Bank in zwei Mitgliedsstaaten, weshalb „sich nicht ausschließen [lässt], dass die zu beurteilende Maßnahme Auswirkungen auf den Handel hat und zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führt.“

⁵⁶ Rs. C-301/87, *Frankreich/Kommission*, ECLI:EU:C:1990:67, Rn. 32 f; Rs. T-298/97 ua, *Alzetta*, ECLI:EU:T:2000:151, Rn. 79.

5.2.3 Problemanalyse

Das weite Verständnis, wonach etwa bereits die Eignung der Wettbewerbsverfälschung reicht und somit eine Prognoseentscheidung getroffen werden muss, ist bereits im Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV angelegt („zu verfälschen drohen“). In Kombination mit dem **niedrigen Begründungsaufwand** und der **Selbstbeschränkung des EuGH** bei der gerichtlichen Überprüfung der Kommissionsentscheidungen sowie der fehlenden Notwendigkeit, handfeste Nachweise oder ökonomische Analysen vorzulegen, verliert das Tatbestandselement jedoch an eigenständiger Bedeutung. Auch in rezenten Entscheidungen führt der EuGH seine mit der Rs. *Philip Morris* begonnene Zurückhaltung bei der richterlichen Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen fort.

Somit begründet im Regelfall das Vorliegen eines selektiven Vorteils bereits die Wettbewerbsverfälschung, untermauert mit lediglich pauschalen Ausführungen zu den Umständen des Falles. Aufgrund des niedrigen Begründungsaufwandes und der *de facto* Anwendung von pauschalen Vermutungsregeln **geht das Tatbestandselement der Wettbewerbsverfälschung im Regelfall in der selektiven Begünstigung auf**.⁵⁷

Zusammenfassend ist dem in der Literatur einhellig geäußerten Befund zuzustimmen, dass das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung (wie das der Handelsbeeinträchtigung, siehe dazu Abschnitt 5.3) **kaum Einfluss auf den Beihilfebegriff** hat und es sich *de facto* um einen „Automatismus“⁵⁸ bzw. um Vermutungen ohne analytischen Aufwand⁵⁹ handelt. Diese fehlende Eingrenzungsfunktion ist im Hinblick auf die einleitend genannte Annahme kritisch zu betrachten, wonach eine überschießende, dysfunktionale Beihilfenkontrolle **selbst wettbewerbsverzerrend** sein kann.

Hier besteht Spielraum, den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf die Ziele der Beihilfenkontrolle hin auszurichten und insbesondere ökonomische Wirkungen stärker (oder vielmehr: überhaupt) zu berücksichtigen. Die Unmöglichkeit des Gegenbeweises *ex-post* spricht dafür, **bereits bei der ex-ante-Prüfung anzusetzen und den Prüfungsmaßstab zu schärfen**.

Damit einhergehen sollte die **Intensivierung der gerichtlichen Nachprüfung**, bei der Zweifelsfälle nicht zulasten, sondern zugunsten der Mitgliedstaaten ausschlagen. Denn die gerichtliche Zurückhaltung bei der Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen ist aus zwei Gründen problematisch: Erstens wird der Kommission ein **faktisches Ermessen bei der Beurteilung der Wettbewerbsverfälschung** eingeräumt, das ihr bei der Prüfung des objektiven Tatbestandselements eigentlich nicht zukommt; folglich schlagen Zweifelsfälle im Regelfall zulasten des Mitgliedstaats aus, was den **Rechtsschutz** der Mitgliedstaaten und der betroffenen Unternehmen verkürzt.⁶⁰ Zweitens schadet die gerichtliche Zurückhaltung der **Rechtssicherheit**, da der große Spielraum der Kommission es den Mitgliedstaaten und Unternehmen selten erlaubt, die Prüfergebnisse vorauszusehen.

⁵⁷ Vgl. auch Unger (2019) in Schmidt - Wollenschläger, 359 (Rz. 25).

⁵⁸ Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR2, Art. 107 AEUV, Rz. 579 und 582.

⁵⁹ Hancher, EStAL 2019, 470 (474).

⁶⁰ Vgl. auch Jaeger, WUV 2008, 1064 (1075).

Ein Lösungsansatz wäre die Forderung nach einer verstärkt **ökonomischen Analyse** auf Tatbestandsebene, kombiniert mit entsprechend auf- und ausgebauter ökonomischer Expertise beim GHdEU.

5.2.4 Potenzial des *More Economic Approach* und Lehren aus dem Kartellrecht

6.2.4.1 Vergleich mit dem Kartellrecht

Während der Einsatz eines „ökonomischen Ansatzes“ (*More Economic Approach*) im Kartellrecht, in der Fusionskontrolle und in der Missbrauchsaufsicht früh und umfassend Einzug hielt,⁶¹ hat sich diese Entwicklung nicht im Beihilfenrecht niedergeschlagen. Die Anforderungen der Unionsgerichte an die ökonomischen Argumente der Kommission weichen massiv von dem ab, was im **Kartellrecht** verlangt wird. Die Unterschiede zwischen dem Beihilfeverbot und dem Kartellverbot sind zwar bedeutsam, weshalb **unterschiedliche Maßstäbe grundsätzlich sachgemäß** erscheinen. So ist die Prüfung, ob eine konkrete Vereinbarung zwischen Unternehmen den Handel beeinträchtigt, schwieriger als die tendenziell leichter anzunehmende Auswirkung eines wirtschaftlichen Vorteils, der von einem rationalen Unternehmen im Regelfall auch zum Nachteil der Mitbewerber eingesetzt werden wird.⁶² Gleichzeitig verfolgen die Bestimmungen jedoch das **gemeinsame Ziel, Wettbewerbsverfälschungen zu unterbinden**, weshalb die Kommission laut EuGH auch die Pflicht trifft, die Einhaltung kartellrechtlicher Regeln bei der Vereinbarkeitsprüfung zu untersuchen.⁶³

Daher lohnt es aufzuzeigen, welche ökonomischen Ansätze, die aus den Art. 101 und 102 AEUV bekannt sind, bei der Prüfung der Wettbewerbsverfälschung gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV gerade nicht verfolgt werden.

6.2.4.2 Bisherige Reformbemühungen und status quo

Die Kommission betonte spätestens ab dem State Aid Action Plan (SAAP) 2005-2009 den Einsatz des *More Economic Approach*.⁶⁴ Nach den ergebnislosen Reformbemühungen "Lesser Amounts of State Aid" (LASA)⁶⁵ und "Limited Effect on intra-community Trade" (LET)⁶⁶ sollten nun u.a. die ökonomischen Auswirkungen einer Beihilfe gegenüber einem formalisierten, abstrakten Ansatz in den Mittelpunkt rücken. Neben **verfahrensökonomischen Gründen** – der *More Economic Approach* sollte es der Kommission erlauben, sich auf für den gemeinsamen Wettbewerb bedeutende Fälle zu konzentrieren –, sollte die Beihilfenkontrolle **treffsicherer** werden.⁶⁷

⁶¹ Vgl. näher Jaeger (2020) in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, 69 (81 f.).

⁶² Soltész (2018) in *MüKoBeihilfenR*?, Art. 107 AEUV, Rz. 580 f und 628.

⁶³ Rs. C-225/91, *Matra SA*, ECLI:EU:C:1993:239, Rn. 41 ff.

⁶⁴ Vgl. den Aktionsplan Staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009, KOM(2005) 107 endg.

⁶⁵ Vgl. den Mitteilungsentwurf der Kommission zu LASA, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/sit_lasa_en.pdf (zuletzt abgerufen am 8.3.2021).

⁶⁶ Vgl. den Mitteilungsentwurf der Kommission zu LET, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/sit_let_en.pdf (zuletzt abgerufen am 8.3.2021).

⁶⁷ Zu diesen für das EU-Wettbewerb generellen Gründen für den *More Economic Approach* siehe näher Jaeger (2020) in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, 69 (79 f.).

Nachdem aufgrund der Finanz- und Bankenkrise das Reformpaket nicht vollständig abgearbeitet werden konnte, startete 2012 das nächste Reformpaket **State Aid Modernisation (SAM)**.⁶⁸ Darin wird zwar nicht mehr explizit auf den *More Economic Approach* Bezug genommen, dennoch haben die Reformbemühungen zum Teil Niederschlag gefunden: So fließt die ökonomische Betrachtung auf der Ebene der Vereinbarkeit bzw. Rechtfertigung einer Beihilfe und bei der Begünstigungsprüfung ein (siehe dazu noch Abschnitt 7.2.3).

Jedoch lässt die Anwendung des primärrechtlichen Beihilfenverbots eine ökonomische Beurteilung auf allen relevanten **Tatbestandsebenen** bislang weiterhin **vermissen**. Lediglich auf der Ebene der **Vorteils-/Begünstigungsprüfung**, nämlich beim *Market Economy Operator Test* (MEOT) oder beim *pari-passu*-Test (siehe dazu noch unten Abschnitt 5.6) bemüht sich die Kommission um eine ökonomische Betrachtungsweise.

Bei der **Wettbewerbsverfälschung fehlt eine ökonomische Analyse** oder der Nachweis mittels Daten jedoch.⁶⁹ Dabei fällt auf, dass der EuGH in früheren Entscheidungen der Kommission zum Teil noch mehr **Begründungsaufwand** abverlangt und die fehlende Beschreibung der Marktverhältnisse gerügt hat.⁷⁰ Nunmehr ist die Begründung der Kommission jedoch darauf reduziert, in ihrem Beschluss die Umstände anzugeben, die zu ihrer Entscheidung geführt haben. Der Unternehmensgegenstand im Sinne des betroffenen Marktes und Allgemeinplätze zu den wettbewerbsverfälschenden Wirkungen von Beihilfen sind dabei ausreichend; bei Beihilfen auf liberalisierten Märkten ist der Begründungsaufwand noch geringer.⁷¹ Beim „Nachweis“ der Wettbewerbsverfälschung durch die Kommission kommt folglich weder ein wirkungsorientierter Ansatz (*effects-based approach*) noch ein formorientierter Ansatz (*form-based approach*) zum Einsatz.⁷² Die Kritik im EU-Wettbewerbsrecht an einer **starrten, formalistischen und abstrakten Prüfung**, die auf *Per-se*-Vermutungsregeln gestützt ist und nicht für mögliche Effizienzgewinne oder eine *rule of reason* (Abwägung einer Wettbewerbsbeschränkung mit legitimen Zwecken) offen ist, trifft auf dieser Ebene des Tatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV also weiterhin zu.

Die gerichtlich geduldete Praxis der Kommission, ohne jede ökonomische Prüfung eine drohende Wettbewerbsverfälschung zu bejahen, wenn die übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen, **entspricht nicht dem selbst gesetzten Ziel einer wirkungsbasierten Beihilfenkontrolle**.⁷³ Wie bereits im Grundsatz ausgeführt, verkürzt die oberflächliche Prüfung insbesondere den **Rechtsschutz**, da von Unternehmen und/oder Mitgliedstaaten vorgelegte ökonomische Analysen nicht aufgegriffen werden müssen und Zweifelsfälle zu ihren Lasten entschieden werden können, ohne dass die Unionsgerichte den diesbezüglichen Spielraum der Kommission wirksam begrenzen.

⁶⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Modernisierung des Beihilfenrechts, COM(2012) 209.

⁶⁹ So auch Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 109 ff; Soltész (2018) in *MÜKoBeihilfenR²*, Art. 107 AEUV, Rz. 617.

⁷⁰ Rs. C-329/93 ua, *Bremer Vulkan*, ECLI:EU:C:1996:394, Rn. 53 ff.

⁷¹ Soltész (2018) in *MÜKoBeihilfenR²*, Art. 107 AEUV, Rz. 622 f.

⁷² Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 111 f.

⁷³ So auch Koenig – Förtsch (2018) in *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rz. 106.

Abhilfe schaffen könnte ein **erhöhter Begründungsstandard der Kommission**, ggf. mit gewissem Spielraum, um in begründeten Einzelfällen bzw. in gewissen Fallgruppen von *in concreto* untauglichen ökonomischen Analysen abzuweichen. Das begründete (und ausnahmsweise) Abweichen von einem erhöhten, ökonomisch geprägten Begründungsstandard wäre jedenfalls dem *status quo* vorzuziehen, der sich dadurch auszeichnet, dass die Kommission ihre Begründungen kaum bis gar nicht ökonomisch untermauern muss und nur in Einzelfällen (freiwillig) vertiefte Analysen anstellt.⁷⁴ Zur notwendigen gerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen wäre auch entsprechende **ökonomische Expertise beim Gerichtshof** auf- und auszubauen.

6.2.4.3 Mögliche ökonomische Ansätze auf Tatbestandsebene

In der Literatur wird vertreten, dass ein wirkungsorientierter Zugang zentral wäre⁷⁵ und eine **ökonomische Analyse** bereits auf Ebene des Tatbestands den Auswirkungen einer konkreten Maßnahme auf dem Markt nachspüren sollte.⁷⁶ Im Folgenden soll hier einigen möglichen Ansätzen nachgegangen werden.

In Frage käme zunächst jedenfalls eine schlichte Marktabgrenzung und Marktanalyse, die aktuell nicht verlangt wird.⁷⁷ Die Notwendigkeit einer **sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung** bereits auf Ebene der Tatbestandsprüfung wird in der Literatur breit vertreten:⁷⁸ Da sich die Wirkungen einer Beihilfe auf verschiedene Märkte ausdehnen können, müssen diesen Wirkungen untersucht werden. Ohne die Bestimmung des relevanten Marktes sei eine ökonomische Beurteilung einer Beihilfe nicht möglich. Daher seien etwa Marktanteile der Begünstigten, die Nachfrage- und Angebots substituierbarkeit, die Marktkonzentration, das Bestehen von Marktzutrittsschranken, das Ausmaß des Wettbewerbs auf dem Markt, die Natur, die Verwendung und der Preis des betroffenen Produkts oder das Ausmaß der Beihilfe zu berücksichtigen.⁷⁹ Die Art. 101, 102 AEUV, Art. 2 Abs. 3 der FusionskontrollVO setzen hier Maßstäbe, die – ggf. sachgerecht modifiziert – in die Tatbestandsprüfung einfließen könnten. Ziel einer solchen **Marktabgrenzung und -analyse** wäre es, zu untersuchen, ob sich die Beihilfe auf den Wettbewerb überhaupt auswirken kann.

Schwierig kann die Marktabgrenzung bei **allgemeinen Beihilferegulungen** sein, bei denen die begünstigten Unternehmen bzw. Wirtschaftszweige nur abstrakt feststehen. Diese Schwierigkeit wird dadurch verstärkt, dass der EuGH bei Beihilferegulungen nur eine cursorische Eingrenzung der Begünstigten verlangt (siehe zum weiten Selektivitätsverständnis sogar bei branchenübergreifend wirksamen Regelungen bzw. Regelungen, die lediglich an Verhaltensweisen anknüpfen und grundsätzlich allen Unternehmen offenstehen, sogleich die Rechtsprechung in Ab-

⁷⁴ Vgl. m.w.N. Jaeger, WUW 2008, 1064 (1075 f).

⁷⁵ Vgl. etwa Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 79.

⁷⁶ Vgl. etwa Unger (2019) in *Schmidt - Wollenschläger*, 359 (Rz. 13).

⁷⁷ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 194.

⁷⁸ Vgl. statt aller nur Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 91 ff und Rz. 113 ff; Koenig - Förtsch in *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rz. 107 f; Soltész (2018) in *MüKoBeihilfenR²*, Art. 107 AEUV, Rz. 617.

⁷⁹ Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 98 ff.

schnitt 5.4.). Nun mag zwar das **Ausmaß der Selektivität** die Beurteilung der Wettbewerbsverfälschung zu beeinflussen; bei einer Beihilfe, die nur ein einziges Unternehmen begünstigt, ist die Wettbewerbsverfälschung leichter zu bejahen als bei Beihilfen, die z.B. alle Unternehmen in einer gewissen Region oder in einem klar umrissenen Sektor begünstigen.⁸⁰ Abhilfe schaffen könnte es, dass die Kommission auch bei breiten Beihilferegulungen zumindest einzelne **Gruppen Begünstigter exemplarisch nachweist** und **anhand dieser Gruppen jeweils die Auswirkungen auf den Wettbewerb prüft**, indem sie u.a. eine Marktabgrenzung vornimmt. Damit wäre bereits auf Ebene der Tatbestandprüfung darzulegen und anhand ökonomischer Analysen nachzuweisen, dass die Beihilferegulung den Wettbewerb zu verfälschen droht.

Ist der relevante Markt sachlich und räumlich abgegrenzt, vergleichbar mit der Marktabgrenzung beim Verbot des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung, kann untersucht werden, ob die Beihilfe eine **signifikante Verfälschung des Wettbewerbs** auslöst oder auszulösen droht. Hierzu ist ebenfalls ein Rückgriff auf Indikatoren bzw. Maßstäbe denkbar, die aus dem Kartellrecht und der Fusionskontrolle bekannt sind: etwa eine Marktanteil-Schwelle und der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI).⁸¹

Zum Teil hat eine fundierte Auseinandersetzung mit und **vertiefte Prüfung von ökonomischen Indikatoren** auch tatsächlich Einzug in die Prüfung durch die Kommission gefunden, allerdings ausschließlich auf der Vereinbarkeitsebene. Zu nennen sind etwa die RegionalbeihilfeLL 2007-2013 und die flankierende Mitteilung von 2009 zu großen Investitionsvorhaben. Dort waren i.Z.m. bestimmten Investitionsbeihilfen insbesondere **Marktanteile** und Marktmacht des Beihilfeempfängers sowie die **Marktstrukturen** als Basis für Prognosen zu den Wirkungen der Beihilfe im Wettbewerb zu prüfen. Etwa galten hohe Marktanteile als Indikatoren *prima facie* gegen eine Zulässigkeit der Beihilfe, wurde die Verdrängungswirkung der Beihilfe für Wettbewerber bei Marktmacht geprüft oder auch der Beitrag der Beihilfe zur Aufrechterhaltung ineffizienter Marktstrukturen.⁸² Einen Teil dieser Anforderungen gab die Kommission in der Folge zwar wieder auf,⁸³ eine fundierte Würdigung der **Marktanteile und Marktstrukturen** spielt für die Vereinbarkeitsbeurteilung von (jedenfalls: großen) Investitionsbeihilfen aber weiterhin eine entscheidende Rolle.⁸⁴

Zur Aktivierung des Tatbestandselements der Wettbewerbsverfälschung sollten solche bereits im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung punktuell vorhandenen Herangehensweisen im Grundsatz **auf die Tatbestandsebene übertragen** werden und in die Tatbestandprüfung einfließen.

⁸⁰ Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 116.

⁸¹ Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004/C 31/5, Rz. 16 und 19; zu alldem Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 114.

⁸² Vgl. RegionalbeihilfeLL 2007-2013, ABl. 2006/C 54/13, Rz. 68; Mitteilung zu Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung großer Investitionsvorhaben, ABl. 2009/C 223/3, Abschnitt 1.2 und 3.

⁸³ Vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht³, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rz. 66.

⁸⁴ Vgl. RegionalbeihilfeLL 2022-2027, ABl. 2021/C 153/1, Rz. 123 ff.; ähnlich schon RegionalbeihilfeLL 2014-2020, ABl. 2013/C 209/1, Rz. 128 ff.

Denkbar ist z.B. ein an vernachlässigbar geringen Marktanteilen des bzw. auch der (ggf. gemeinsam zu betrachtenden) Beihilfeempfänger(s) orientierter **De-minimis-Ansatz – ergänzend** und alternativ zu der derzeit rein betragsorientierten Herangehensweise.

Möglich wäre auch eine **Reaktivierung des gescheiterten „significant impact test“** (SIT) bzw. ein Herauslösen einzelner Elemente hieraus zur Prüfung der „Spürbarkeit“ einer Beihilfe. Anhand von vordefinierten Kriterien, wie der Beihilfesumme, ihrer Intensität, des vorgesehenen Verfahrens usw. könnte in einem ersten Schritt „grob“ geprüft werden, ob die Spürbarkeit verneint werden kann. Ist dies nicht der Fall, wäre eine tiefergehende Untersuchung angezeigt, bei der ökonomische Faktoren einzubeziehen wären (Marktabgrenzung, Marktcharakteristika, Marktmacht, Marktzutrittsschranken, Grad der vertikalen Integration, zu erwartende Preisentwicklung usw.). Stimmen zugunsten dieses Vorschlags kamen bereits von der Monopolkommission des deutschen Bundestages⁸⁵ und aus der Literatur.⁸⁶

Bei alledem muss allerdings in Erinnerung gerufen werden, dass auch im bereits vom *More Economic Approach* geprägten Kartellrecht ökonomische Theorien keine eindeutigen und umfassend vorhersehbaren Vorgaben machen können; vielmehr entsteht durch die Ökonomisierung der Prüfung ein **Grobrahmen**. Ein solcher Grobrahmen wäre allerdings bei Art. 107 Abs. 1 AEUV bereits ein bedeutender Fortschritt, würde er doch dem Tatbestandselement der Wettbewerbsverfälschung **schärfere Konturen verleihen**, als es die aktuellen, schwammigen Vermutungsregeln bzw. Automatismen vermögen.

Anzudenken wäre auch die behutsame Ergänzung von zunächst formalen Vermutungs- bzw. Erfahrungsregeln (selektive Beihilfe verzerrt Wettbewerb) durch eine Art „**Realitätsprüfung“ (rule of reason)**, die untersucht, ob der vermuteten Wettbewerbsverfälschung „nicht Erwägungen des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontexts [...] entgegenstehen“.⁸⁷ Diese von Generalanwalt Bobek in Bezug auf Art. 101 AEUV vorgeschlagene **Flexibilisierung der Vermutungsregeln** könnte auch im Beihilfenrecht herangezogen werden. Sie würde erlauben, die Maßnahme im realen Wettbewerbskontext zu betrachten und die „Ahndung harmloser oder wettbewerbsfördernder“⁸⁸ Beihilfen zu unterbinden. Es wäre also der **Gegenbeweis** möglich, dass die Beihilfe den Wettbewerb gerade nicht zu verfälschen droht. Dabei könnte die Analyse des realen wirtschaftlichen Kontextes in Umfang und Tiefe flexibel ausfallen, angepasst an die vermutete Schädlichkeit der Beihilfe.⁸⁹

Ein Problem, das Ökonomisierung und Einzelfallbezug jedoch mit sich bringen, ist die Gefahr einer Schwächung des normativen Gehalts des Verbotstatbestandes: Aufgrund des i.d.R. fehlenden konzeptuellen und methodischen Konsenses in den Wirtschaftswissenschaften und den bestehenden Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Wettbewerbskonzept der EU, drohen weitere Unschärfen bei der Tatbestandsprüfung und ein wiederum großer **Ermessensspielraum**

⁸⁵ Monopolkommission, Hauptgutachten XVII (2006/2007) Rz. 1106 ff.

⁸⁶ Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 120 ff.

⁸⁷ GA Bobek, Schlussanträge zu C-228/18, *Bank Budapest*, ECLI:EU:C:2019:678, Rn. 43.

⁸⁸ GA Bobek, Schlussanträge zu C-228/18, *Bank Budapest*, ECLI:EU:C:2019:678, Rn. 45.

⁸⁹ Vgl. zu den Vorschlägen des GA Bobek näher Jaeger (2020) in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, 69 (93 f.).

der Kommission bei der Beurteilung, der sich wiederum negativ auf Rechtsschutz und die Gleichbehandlung von Staaten und Unternehmen auswirken könnten.⁹⁰

Daher sind **konkrete Vorgaben für die Kommission** dazu nötig, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln sie auch auf der Tatbestandsebene eine ökonomisch fundierte Begründung der Wettbewerbsverfälschung unter Heranziehung tragfähiger Daten und Analysen herzustellen hat. Je klarer diese Vorgaben, desto weniger droht die Gefahr einer Aushöhlung des Beihilfetatbestands durch Einfügung ökonomischer Kriterien und ein damit verbundenes Kommissionsermessen.

Daher sollten auf der Tatbestandsebene Vorgaben für die Kommission festgelegt werden (etwa durch **Ausführungsgesetzgebung** nach Art. 109 AEUV; siehe dazu unten Abschnitt 7.a), welche ökonomischen Effekte (z.B. entlang des SIT, eines um Marktanteile ergänzten *De minimis*-Ansatzes oder einer *rule of reason*) beachtlich oder unbeachtlich für den Beihilfetatbestand sind und wie diese nachgewiesen werden können (bzw. was zum Nachweis jedenfalls nicht genügt). Tatsächlich gelingt dieser Balanceakt auch im Kartellrecht, sodass er im Beihilfenrecht bei Heranziehung einzelner im Kartellrecht verwandter Kriterien ebenso gelingen sollte. Jedenfalls muss im Rahmen solcher Vorgaben Sorge dafür getragen werden, dass trotz Ökonomisierung (wie im Kartellrecht auch) die **Darlegungslast** für das Ob und Wie der behaupteten ökonomischen Wirkungen **bei der Kommission** verbleibt: Zu weites Ermessen in Gestalt uferloser Kriterien hätte möglicherweise den kontraproduktiven Effekt, dass von Mitgliedsstaaten und Unternehmen dann letztlich verlangt würde, sich von pauschalen **Vermutungsregeln** der Kommission „freizubeweisen“. Auch müsste der EuGH die Ergebnisse der Kommission inhaltlich nachprüfen dürfen und in Zweifelsfällen das Pendel zugunsten des Mitgliedstaates ausschlagen lassen.

Die niedrige Schwelle, die die Unionsgerichte in ihrer Rechtsprechung für den Nachweis einer (drohenden) Wettbewerbsverfälschung anlegen, kann durch **legistische Nachbesserung** angepasst werden. Dabei wäre anzudenken, die strengeren Nachweispflichten nur für die Tatbestandsprüfung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV heranzuziehen, nicht aber für die Anmeldepflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV, da es anderenfalls den Mitgliedstaaten schwerfallen könnte, das Vorliegen der Voraussetzungen korrekt zu beurteilen.⁹¹ Auf juristische Details wird abschließend gesammelt für alle Tatbestandselemente eingegangen.

5.2.5 Ökonomische Methoden zur Bewertung der Wirkungen staatlicher Beihilfen

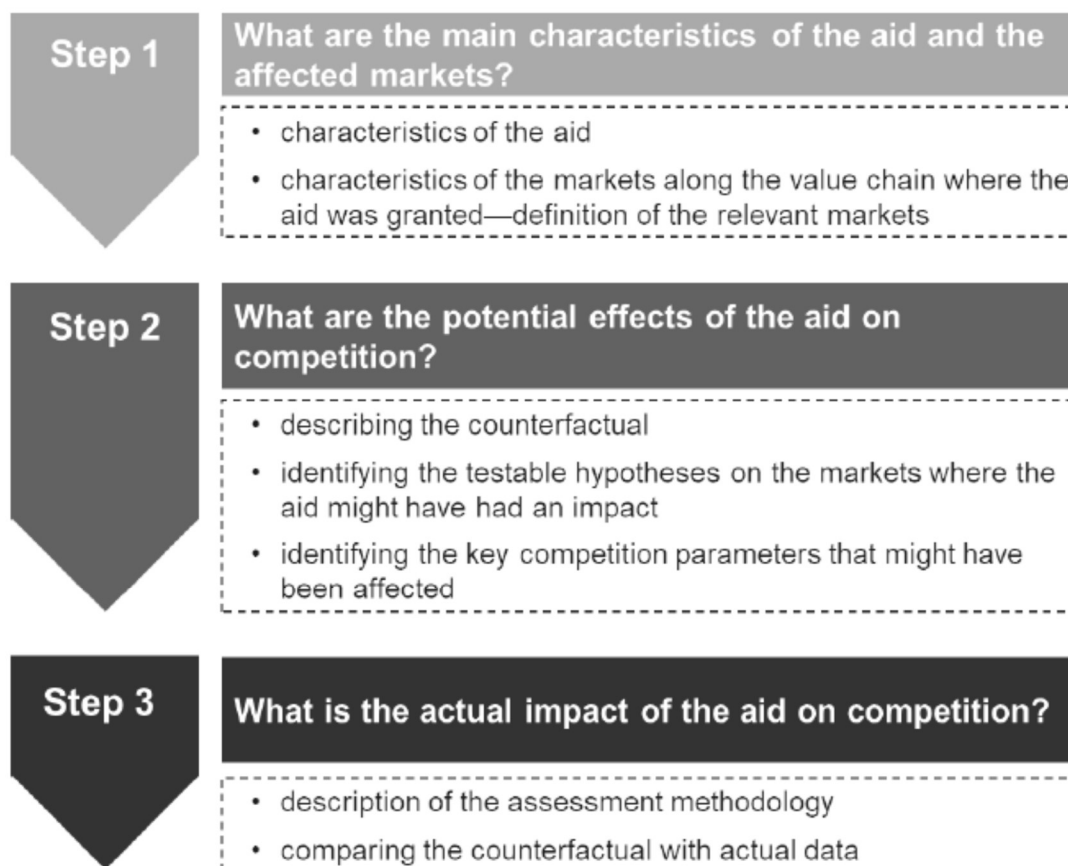
Die Europäische Kommission hat ein Instrument zur (ex post) Bewertung der Wirkungen von staatlichen Beihilfen entwickeln lassen (Oxera, 2017), wobei dabei direkte und indirekte Wirkungen sowie die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Subvention analysiert werden. Bei der ökonomischen Evaluierung kommt ein 3-stufiger Raster zur Anwendung, der erstens die wesentlichen Eigenschaften der staatlichen Beihilfe und betroffenen Märkte festmacht, weiters zweitens die potenziellen Auswirkungen auf den Wettbewerb analysiert und schließlich drittens

⁹⁰ Zu alledem in Bezug auf das Kartellrecht näher Jaeger (2020) in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, 69 (84 f.).

⁹¹ Vgl. Schwalbe (2016) in *Säcker - Montag*, Introduction, Rz. 124 f.

die tatsächliche Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb bewertet. Dabei werden insbesondere auch der Umfang, die Häufigkeit und die Langfristigkeit von staatlichen Beihilfen gewürdigt (Abbildung 5.1).

Abbildung 5.1: **Ökonomischer Raster zur Bewertung der Auswirkungen von Beihilfen auf den Wettbewerb**



Q: Oxera (2017).

Als ein Beispiel dafür, wie die Europäische Kommission bei der Bewertung von staatlichen Beihilfen im Rahmen des Notifikationsvorhabens vorgeht, sei nachfolgend die Genehmigung des **österreichischen Breitbandförderprogramms** „Breitband Austria 2020 – BBA2020“ angeführt (European Commission, 2015). BBA2020 zielte darauf ab Hochgeschwindigkeits-Breitbanddienste in unversorgten Gebieten einzuführen. Das Programm unterliegt zusätzlich zur Bewertung vor Notifikation als genehmigte staatliche Beihilfe einer laufenden Evaluierung, da sein durchschnittliches Jahresbudget 150 Mio. EUR übersteigt. In Anbetracht der Merkmale der Beihilferegulung, die eine Reihe vertraglicher Garantien enthielt, genehmigte die Kommission die Beihilfe auf der Grundlage, dass die Gesamtauswirkungen auf den Wettbewerb aus den folgenden beiden Gründen positiv sein würden.

Erstens erscheint die Schaffung einer hochwertigen Breitbandinfrastruktur geeignet, wettbewerbsfördernde Auswirkungen zu haben. Insbesondere die Forderung nach einem offenen Zugang zu dem subventionierten Netz zu gleichen und nichtdiskriminierenden Bedingungen würde es den etablierten und neuen Marktteilnehmern ermöglichen, bei den Diensten auf der Endkundenebene miteinander zu konkurrieren.

Zweitens hat die Kommission im Rahmen der Breitbandleitlinien 2013 das Risiko der Verdrängung privater Investitionen als begrenzt eingeschätzt, da die Förderung auf „weiße NGA-Gebiete“, in denen private Investitionen nicht verfügbar oder in den kommenden drei Jahren nicht geplant waren, beschränkt bleibt.

Dieses Beispiel zeigt *pars pro (paene) toto*, dass sich die Europäische Kommission häufig mit einer reduzierten Analyse der Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb zufriedengibt. So wird zwar eine Bewertung des Grades des Wettbewerbs in einem bestimmten Gebiet vorgenommen, eine detaillierte wirtschaftliche Bewertung der Wettbewerbsauswirkungen der Beihilfe wird jedoch nicht immer durchgeführt. Genehmigt die Europäische Kommission die Beihilfe, sind die Interessen jenes Mitgliedsstaates, der die Beihilfe der Europäischen Kommission zur Notifikation vorgelegt hat, durch eine unvollständige ökonomische Analyse nicht negativ betroffen. Ganz anders im Fall einer Untersagung, weshalb diesfalls eine umfassende ökonomische Analyse als Standard normiert werden sollte, um die **Objektivität und Nachvollziehbarkeit der Bewertungsgrundlagen** der Entscheidung zu erhöhen, was insbesondere im Rechtsmittelverfahren von großer Bedeutung sein kann.

Grundsätzlich könnte bei der ökonomischen Analyse an die bewährte Anwendung quantitativer wettbewerbsökonomischer Methoden in der Zusammenschlusskontrolle, bei Kartellen oder der Marktmachtmissbrauchsaufsicht angeschlossen werden. Nachfolgend sind die wichtigsten quantitativen Methoden mit einer Kurzbeschreibung angeführt.⁹²

6.2.5.1. Hypothetischer Monopolistentest (HMT)

Der HMT wird weithin als geeigneter Rahmen für die Berücksichtigung der Nachfragesubstitution und als Hilfe bei der Abgrenzung des relevanten Marktes angesehen. Dieser Rahmen ist bei den nationalen Wettbewerbsbehörden für die Abgrenzung der relevanten Märkte gut etabliert. Er wird häufig durch den SSNIP-Test formalisiert, der eine kleine, signifikante nicht vorübergehende Preiserhöhung (Small Significant Non-transitory Increase in Price) modelliert. Die anfängliche Marktdefinition im SSNIP-Test basiert häufig auf dem Hauptprodukt des vorliegenden Falles, während die Gruppe der engsten Substitute für das Hauptprodukt bzw. die Hauptprodukte anhand der Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten der Nachfrage bewertet wird. Häufig wird ein SSNIP von 5-10% angesetzt; dies kann jedoch je nach der genauen Beschaffenheit des Marktes variieren.

Wenn Unternehmen in der Lage sind, Preisdiskriminierung zu betreiben, kann es notwendig sein, jede Kundengruppe separat zu behandeln und den SSNIP-Test auf jede einzelne anzuwenden. Wenn der hypothetische Monopolist Produkte außerhalb des Kandidatenmarktes verkauft und

⁹² Entnommen aus Hausemer et al. (2021).

wenn die Nachfrage nach diesen und dem Fokusprodukt korreliert (entweder Substitute oder Komplemente), kann es notwendig sein, diese Interaktion zu berücksichtigen.

6.2.5.2. Kritische Verlustanalyse (CLA)

Critical Loss Analysis (CLA) ist eine Methode zur Formalisierung des SSNIP-Tests. Sie beinhaltet die Bewertung des maximalen Umsatzverlustes nach einer Preiserhöhung, damit eine solche Preiserhöhung profitabel bleibt (der kritische Verlust), und vergleicht ihn mit einer Schätzung des „tatsächlichen Verlustes“, der sich wahrscheinlich aus dieser Preiserhöhung ergibt. Wenn der kritische Verlust größer ist als der tatsächliche Verlust, wäre ein SSNIP gewinnbringend, so dass der Markt nicht breiter ist als die derzeit einbezogenen Produkte.

Dieser Ansatz wird von den Nationalen Wettbewerbsbehörden (NWB) sehr häufig verwendet und auch in der Literatur sehr breit diskutiert. Einige NWB erwähnen diese Methode und bieten eine Anleitung zu ihrer Anwendung, wobei sie insbesondere auf mögliche Fallstricke hinweisen. In der MDN wird die Methode nicht explizit erwähnt. In der frühen Literatur wurde eine potenzielle Inkonsistenz in der Art und Weise festgestellt, wie insbesondere fusionierende Parteien den CLA-Test nutzen, indem sie gleichzeitig einen kleinen kritischen Verlust und einen großen geschätzten Verlust geltend machen und so zu breiten relevanten Märkten kommen. Die Inkonsistenz ergibt sich daraus, dass die beiden Seiten des CLA-Tests nicht unabhängig voneinander sind: Ein niedriger kritischer Verlust impliziert hohe Gewinnspannen, während ein hoher tatsächlicher Verlust eine hohe Nachfrageelastizität impliziert. Die Anerkennung dieser Unstimmigkeit führte zu verfeinerten Ansätzen für den CLA, die manchmal als „moderner CLA“ bezeichnet werden. Ein neues Element in diesen Ansätzen ist die Berechnung von aggregierten Umleitungsquoten. Die in der Literatur vorgestellten Standardformeln neigen jedoch dazu, strenge Annahmen bezüglich der Linearität der Nachfrage und konstanter Grenzkosten zu treffen und sollten nicht verwendet werden, wenn diese Annahmen in einem bestimmten Fall wahrscheinlich nicht zutreffen. Schließlich ist es zwar klar, dass fixe und variable Kosten korrekt zugewiesen werden müssen, aber es gibt nur wenig Anleitung zu diesem Punkt in den Richtlinien.

6.2.5.3. Natürliche Experimente

Wenn ein Schock mit geeigneten Eigenschaften (plötzlich, exogen, gut identifiziert) aufgetreten ist und Daten über seine Auswirkungen gesammelt werden können, kann dessen Analyse aussagekräftige direkte Beweise für die Elastizität der Nachfrage und die Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite liefern. In der Praxis gibt es relativ wenige Beispiele für die Verwendung von natürlichen Experimenten, da es keine beobachteten Schocks gibt und keine Daten über solche Schocks vorliegen. In der Market Definition Notice (MDN) wird die Verwendung von natürlichen Experimenten erwähnt: Dieser Hinweis steht im Einklang mit der begrenzten Konzentration auf technische Details in den nationalen Leitlinien. Die MDN beschreibt „eine zeitlich zurückliegende Einführung neuer Produkte“ als geeigneten Schock für die Analyse. Es existieren auch mehrere andere Schocks, die in der Praxis verwendet und in nationalen Leitlinien erwähnt wurden.

6.2.5.4. Verbraucherumfragen

Verbraucherumfragen werden von den nationalen Wettbewerbsbehörden häufig verwendet, um Fragen der Nachfragesubstituierbarkeit bei der Definition der relevanten Märkte zu bewerten (insbesondere im Rahmen des HMT/SSNIP), um eine SSNIP-Frage zu evaluieren sowie allgemein als Möglichkeit zur Schätzung von Eigen- und Kreuzpreis-Nachfrageelastizitäten. Verbraucherumfragen können auch zur Durchführung des CLA-Tests verwendet werden, z. B. zur Schätzung der aggregierten Umleitungsquoten.

Die Schwierigkeiten bei der Durchführung einer repräsentativen Verbraucherumfrage unter den engen Fristen eines Fusionskontrollverfahrens sind allgemein bekannt. Eine ausreichend große Stichprobe ist erforderlich, um sicherzustellen, dass die Umfrageergebnisse robust und statistisch aussagekräftig sind. Insbesondere bei den Stichprobenmethoden sollte darauf geachtet werden, dass sie repräsentativ für die Randgruppen der Verbraucher sind – also für diejenigen, die am ehesten auf ein SSNIP reagieren würden. In der Praxis ist es üblich, in Umfragen nach der Reaktion der Verbraucher auf die Nichtverfügbarkeit des Produkts zu fragen und nicht nach ihrer Reaktion auf einen 5-10%igen SSNIP. Erhebungen werden im MDN als Beweismittel für die Marktdefinition genannt, ohne dass die Methodik genau beschrieben wird.

6.2.5.5. Techniken zur Bedarfsermittlung

Ökonometrische Methoden der Nachfrageschätzung können verwendet werden, um die Eigen- und Kreuzpreiselastizität der Nachfrage zu schätzen. Diese Schätzungen können als direkter Hinweis auf die Substituierbarkeit oder bei der Durchführung eines SSNIP-Tests oder bei der Analyse kritischer Verluste verwendet werden. Die Schätzung der Nachfrage ist eine Herausforderung und es ist häufig notwendig, ökonometrische Techniken, wie z. B. Instrumentalvariablen, einzusetzen, um zwischen angebots- und nachfrageseitigen Faktoren zu unterscheiden. Für eine robuste Analyse sind daher ausreichend Daten, Ressourcen und Zeit erforderlich. Infolgedessen werden ökonometrische Techniken der Nachfrageschätzung zur Marktdefinition in den für diese Studie untersuchten NWB-Fällen nicht häufig verwendet.

Spezifische Hinweise zur Verwendung dieser Techniken werden in den nationalen Leitlinien nicht ausdrücklich erwähnt. Dies mag die Komplexität solcher Modelle widerspiegeln, die zeitaufwendig zu schätzen sind, eine große Menge an Daten erfordern und für Nicht-Ökonometriker möglicherweise nicht einfach zu verstehen sind. Die MDN stellt zwar fest, dass es verschiedene Tests ökonomischer und statistischer Art zur Schätzung der Elastizitäten und Preiskreuzelastizitäten gibt, ähnlich wie der der begrenzten Erwähnung desselben Punktes in den nationalen Leitlinien.

6.2.5.6. Preisreihenanalyse

Eine eigene Klasse von quantitativen Methoden konzentriert sich auf die Analyse von Preiszeitreihendaten. Diese Techniken (wie z. B. Preiskorrelation, Stationaritätstests, Ko-Integrationstests, Granger-Kausalität) stützen sich nicht auf die Schätzung von Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten, sondern gruppieren Produkte in relevante Märkte in dem Maße, in dem sich ihre Preise in einem wohldefinierten Sinne „gemeinsam bewegen“. Preis-Zeitreihen-Analysen sind üblich, weil sie

eine begrenzte Menge an Daten erfordern und sich auf Preisdaten konzentrieren, die typischerweise die am ehesten beobachtbare Variable in einem bestimmten Markt sind.

Es ist allgemein bekannt, dass die Preise verschiedener Produkte eine signifikante Ko-Entwicklung aufweisen können, selbst wenn die Produkte nicht demselben Markt angehören, z. B. aufgrund gemeinsamer Kostenelemente oder weil sie in ähnlicher Weise von Makroschocks betroffen sind. In diesem Sinne sind Preiskorrelationstests zuverlässiger, um auszuschließen, dass zwei Produkte demselben Markt angehören, als um zu bestätigen, dass sie es tun. Preiskorrelationstests leiden auch darunter, dass sie von der Wahl eines willkürlichen kritischen Korrelationsniveaus abhängig sind, oberhalb dessen ein Produkt als demselben relevanten Markt zugehörig betrachtet würde.

Die Literatur zur Zeitreihenanalyse von Preisen zur Marktabgrenzung ist umfangreich. Als Reaktion auf die Kritik an vereinfachenden Korrelationsstudien hat die ökonometrische Literatur eine Reihe von alternativen Zeitreihenverfahren entwickelt, die bessere statistische Eigenschaften erzielen. Insbesondere Studien über langfristige Gleichgewichtsbeziehungen zwischen Variablen haben in der Marktabgrenzungsliteratur große Beachtung gefunden, wobei Preistests zur Untersuchung der Preiskonvergenz im Mittelpunkt stehen.

Preis-Ko-Bewegungs-Techniken werden in den Leitlinien in unterschiedlichem Ausmaß erwähnt. Der MDN verweist auf „Tests, die auf der Ähnlichkeit von Preisbewegungen im Zeitverlauf, der Analyse der Kausalität zwischen Preisreihen und der Ähnlichkeit von Preisniveaus und/oder deren Konvergenz beruhen“, ohne weiteren Kommentar außer der Feststellung, dass solche Methoden einer „strengen Prüfung“ standhalten müssen. Einige wenige nationale Wettbewerbsbehörden erörtern die Methoden in ihren jeweiligen Leitlinien ausführlicher, aber nur sehr wenige nationale Wettbewerbsbehörden gehen dabei ins Detail.

6.2.5.7. Einzugsgebiete

Die Verwendung von Einzugsgebieten zur räumlichen Marktabgrenzung wurde in den untersuchten Fällen der NWB häufig beobachtet. Einzugsgebiete sind besonders in Wettbewerbsfällen, die den stationären Einzelhandel betreffen, von Bedeutung, da hier der Standort und die Transportkosten eine wichtige Rolle für das Verbraucherverhalten spielen. Isochronen (fahrzeitbasierte Einzugsgebiete) sollten zugunsten von entfernungsbasierten Maßen zur Abgrenzung von Einzugsgebieten verwendet werden, wenn geografische und Straßennetzmerkmale des Untersuchungsgebiets wahrscheinlich zu einer erheblichen Diskrepanz zwischen den beiden Maßen führen.

Selbst wenn lokale Einzugsgebiete abgegrenzt werden können, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass die relevanten Märkte eher lokal als regional oder national sind. Die Abgrenzung lokaler Märkte auf der Grundlage von Einzugsgebieten setzt voraus, dass wesentliche Elemente des Wettbewerbs auf lokaler Ebene angesiedelt sind und dass die Anbieter einen Anreiz hätten, ihr Einzelhandelsangebot als Reaktion auf die lokalen Wettbewerbsbedingungen anzupassen. Lokale Märkte können auch dann angemessen sein, wenn die Preise auf nationaler Ebene festgelegt werden, da es neben dem Preis noch andere Aspekte gibt, die den Wettbewerb und die Ergebnisse für die Verbraucher auf lokaler Ebene beeinflussen können.

In den letzten Jahren haben einige NWB aufgrund der besseren Verfügbarkeit von Verbraucherdaten eine Verfeinerung des Einzugsgebietsansatzes auf der Grundlage des tatsächlichen Herkunftsortes der Kunden, die bei den einzelnen Anbietern kaufen, vorgenommen. Einige wenige nationale Wettbewerbsbehörden geben methodische Hinweise zur Verwendung von Einzugsgebieten für die Marktdefinition, während in der MDN Einzugsgebiete nicht erwähnt werden. Einzugsgebiete werden zwar als praktische Methode zur Umsetzung einer geografischen Marktdefinition anerkannt, sind aber auch Gegenstand von Kritik, insbesondere weil ein Schwellenwert von 80% „nächstgelegener“ Kunden keine theoretische Grundlage hat und insbesondere nicht der Umsetzung eines SSNIP-Tests entspricht.

6.2.5.8. Methodologischer Anpassungsbedarf bei der Beurteilung von staatlichen Beihilfen

Die Marktdefinition bei der Beurteilung von staatlichen Beihilfen sollte sich von dem Standardrahmen in anderen Bereichen der Wettbewerbspolitik allerdings in zwei wesentlichen Punkten unterscheiden. Die quantitativen Methoden bedürfen deshalb einer Anpassung auf die spezifischen Charakteristika von staatlichen Beihilfen. Auf der einen Seite erscheint eine verstärkte Konzentration auf die Angebotsseite notwendig, auf der anderen Seite eine akzentuierte Betonung der mittel- und langfristigen Perspektive (Robins – Geldof, 2018).

In der Fusionskontrolle und im Kartellrecht geht es in der Regel darum, potenzielle wettbewerbsverzerrende Wirkungen zu ermitteln, die sich aus einer (erhöhten) Marktmacht ergeben. Folglich liegt der Schwerpunkt bei der Marktabgrenzung häufig auf der Nachfrageseite, da sich die entsprechenden Schadenstheorien häufig auf den Schaden für die Verbraucher in Form höherer Preise oder geringerer Qualität der Produkte beziehen. Im Gegensatz dazu stehen **bei staatlichen Beihilfen die nachfrageseitigen Effekte oft im Mittelpunkt** staatlicher Interventionen, um sicherzustellen, dass bestimmte Produkte oder Dienstleistungen zu einem gewünschten Preis oder in einer Qualität angeboten werden, die sich von dem Niveau unterscheidet, das in einem Umfeld ohne die Beihilfe bestehen würde. Daher müssen sich die Bewertungen staatlicher Beihilfen möglicherweise stärker auf die Identifizierung möglicher Wettbewerbsverzerrungen auf der Angebotsseite konzentrieren.

Verstärkte Konzentration auf die mittlere/langfristige Perspektive: Da staatliche Beihilfen häufig niedrigere Preise, eine bessere Qualität und/oder mehr Innovation ermöglichen, ist es möglich, dass die Beihilfe den Verbrauchern kurzfristig zugutekommt, sich aber längerfristig nachteilig auswirken kann. Daher muss bei der Marktdefinition im Rahmen der Bewertung staatlicher Beihilfen der Schwerpunkt möglicherweise stärker auf die **langfristigen Auswirkungen** der Beihilfe gelegt werden.

5.2.6 De-minimis-Beihilfen

Mit der **De-minimis-VO 1407/2013**⁹³ besteht eine verfahrensökonomisch motivierte Ausnahme für kleine Beihilfen, die nicht der Anmeldepflicht unterliegen. Aufgrund ihrer geringen Größe

⁹³ ABl. 2013/L 352/1.

(200.000 EUR in drei Jahren) nimmt die Kommission an, dass sie nicht den Wettbewerb verfälschen bzw. den Handel beeinträchtigen.⁹⁴ Für gewisse Bereiche bestehen Sonderregelungen, wie die VO 360/2012⁹⁵ für DAWI mit einem höheren Schwellenwert von 500.000 EUR.

Diese von der Kommission erlassene Ausnahme wird vom EuGH gebilligt, was insofern im Konflikt mit der regelmäßig wiederholten Aussage steht, dass auch verhältnismäßig kleine Beihilfen nicht per se die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung ausschließen.⁹⁶ Dieser Grundsatz behält jedoch ohnehin seine Gültigkeit, da die *De-minimis*-VO nur bei Einhaltung der von ihr aufgestellten Formalvoraussetzungen greift; werden diese missachtet, erfolgt die Prüfung am Maßstab des Primärrechts ohne betragliche oder sonstige „Untergrenze“ (zur Ausnahme für Lokalbeihilfen siehe sogleich in Abschnitt 5.3. zur Handelsbeeinträchtigung).

Rechtlich leicht möglich, aber letztlich politisch zu entscheiden, wäre eine **Erhöhung und ggf. Valorisierung der Schwellenwerte**. Bis 2006 lag die *De-minimis*-Schwelle bei 100.000 EUR,⁹⁷ seit der damaligen Erhöhung auf 200.000 EUR wurde sie nicht mehr erhöht bzw. an die wirtschaftliche Entwicklung angepasst. Eine Anpassung wird folglich auch im *Fitness Check* der Kommission in den Raum gestellt.⁹⁸ Ebenso wurde im vorangehenden Abschnitt vorgeschlagen, den rein betragsorientierten *De minimis*-Ansatz durch eine alternativ heranzuziehende Untergrenze für **sehr geringe Marktanteile** der Empfänger zu ergänzen.

Die Effektivität der *De-minimis*-VO einschränkend sind die strengen Formalerfordernisse, wie insbesondere die „*De-minimis*-Erklärung“, die begünstigte Unternehmen vorab abgeben müssen,⁹⁹ und die Voraussetzung, dass das Bruttosubventionsäquivalenz im Voraus genau berechnet werden kann. Möglich wären daher allgemein vereinfachte Regeln, ggf. angepasst an das Ausmaß der Beihilfen. Insbesondere ein **Herabsetzen der Formalerfordernisse** für minimale Beihilfen bzw. für Kleinstunternehmen könnte der VO zu mehr Effektivität und Praxistauglichkeit verhelfen.

5.3 Handelsbeeinträchtigung

5.3.1 Einleitung und Thesen

Das Tatbestandselement der Handelsbeeinträchtigung, wonach staatliche Beihilfen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV „mit dem Binnenmarkt unvereinbar [sind], soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“, fragt nach dem **grenzüberschreitenden Bezug**, d.h. der Auswirkungen der Beihilfe auf die **Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten**.

⁹⁴ Wobei nicht klar ist, welches der beiden Tatbestandsmerkmale von der *De-minimis*-Ausnahme besonders berührt wird, vgl. – mit Argumenten für das Verneinen der Wettbewerbsverfälschung – Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 590.

⁹⁵ ABl. 2012/ L 114/8.

⁹⁶ Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 591.

⁹⁷ VO (EG) 69/2001, ABl. 2001/L 10/30; daraufhin VO (EG) 1998/2006, ABl. 2006/L 379/5.

⁹⁸ Fitness Check, SWD(2020) 257 final, 123.

⁹⁹ Vgl. Art. 6 *De-minimis*-VO; kritisch auch Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 610.

Wie auch die Wettbewerbsverfälschung, mit der es in engem Zusammenhang steht, jedoch nicht gleichzusetzen ist, spielt auch dieses Tatbestandselement im Regelfall keine entscheidende Rolle bei der Beihilfeprüfung. Dies liegt vor allem, wie die Rechtsprechungsanalyse zeigen wird, an den **geringen Anforderungen** an eine Erfüllung des Tatbestandselements. Insbesondere wird die Handelsbeeinträchtigung häufig Hand in Hand mit der Wettbewerbsbeschränkung und lediglich cursorisch geprüft bzw. wird zur Begründung des einen **zirkelschlussartig** auf das Vorliegen des anderen verwiesen.

Während der Prüfung der Handelsbeeinträchtigung grundsätzlich und über viele Jahre kaum Bedeutung zukam, beweist die Kommission seit einigen Jahren vermehrt ihre Bereitschaft, bei **kleinräumigen Lokalbeihilfen** mit lediglich marginalen Auswirkungen auf den Binnenmarkt die Handelsbeeinträchtigung zu verneinen (etwa Kleinstinfrastrukturvorhaben ohne auch nur potenzielle grenzüberschreitende Attraktivität). Effektiv tatbestandsausschließend wirkt das Tatbestandselement der Handelsbeeinträchtigung daher bisher lediglich bei solchen räumlich auf das engste begrenzten Maßnahmen.

Dies scheint insoweit potenziell überschießend (siehe Ausgangsannahme 5), als es wohl nicht nur auf den lokalen Charakter einer Maßnahme, sondern auch auf die **tatsächlichen Gegebenheiten eines Markts** ankommen muss. Auch hier spielen also die schon für die Wettbewerbsverfälschung aufgezeigten Fragen der **Angebots- und Nachfragebeziehungen und der Abgrenzung des relevanten Markts** eine entscheidende Rolle: Weist der Markt nicht über den Mitgliedstaat hinaus, kann es auch zu keiner grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung kommen. Wiederum, wie schon für die Wettbewerbsverfälschung im Detail ausgeführt, legen Kommission und Rechtsprechung der entsprechenden Prüfung jedoch **keinerlei ökonomisch ausgerichtete Maßstäbe** zugrunde, eine ökonomische Nachweisführung ist nicht erforderlich.

5.3.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

Wie auch bei der Wettbewerbsverfälschung, verlangt die Judikatur, dass die Auswirkungen auf den Handel „**nicht nur hypothetischer Natur [sind] oder vermutet werden**“¹⁰⁰. Der Handel wird laut EuGH dann beeinflusst, wenn die Beihilfe „die Stellung bestimmter Unternehmen gegenüber anderen, konkurrierenden Unternehmen in diesem Handel stärkt“.¹⁰¹

Dabei reicht allerdings bereits die **Eignung** der Handelsbeeinträchtigung, ohne dass das tatsächliche Auftreten entsprechender Effekte nachgewiesen werden muss.¹⁰² Auch ist es nicht notwendig, dass die begünstigten Unternehmen tatsächlich am zwischenstaatlichen Handel teilnehmen. Das Bestehen **tatsächlicher grenzüberschreitender Handelsbeziehungen** des Beihilfeempfängers wird **weder verlangt noch geprüft**. Vielmehr genügt die Möglichkeit der Auf-

¹⁰⁰ Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 90; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 189.

¹⁰¹ Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 92; Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 66; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 190.

¹⁰² Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 65; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 190.

rechterhaltung oder Verbesserung der Marktposition, durch die die Marktzutrittschancen anderer Unternehmen geschmälert werden können.¹⁰³ Ob eine Beihilfe nur verhältnismäßig geringfügig ausfällt bzw. das begünstigte Unternehmen klein ist, die Dienstleistung örtlichen oder regionalen Charakter hat, oder das Tätigkeitsgebiet begrenzt ist, schließt die Erfüllung des Tatbestandes nicht aus.¹⁰⁴ Damit gibt es laut EuGH auch bei der Handelsbeeinträchtigung keine allgemeine „Spürbarkeitsgrenze“.

Das bereits im Zusammenhang mit der Wettbewerbsverfälschung angesprochene Urteil **Heiser** aus 2005 betreffend die USt-Befreiung für ärztliche Leistungen kann erneut die großzügige Herangehensweise der Judikatur veranschaulichen. Die österreichische Regierung argumentierte vor dem EuGH, die Maßnahme habe „vorwiegend regionalen Charakter“ und „keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten“.¹⁰⁵ Der EuGH entgegnete, „dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes **keine Schwelle und keinen Prozentsatz** gibt, bis zu der oder dem man davon ausgehen könnte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt ist. Weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließt nämlich von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus“.¹⁰⁶ Zusammengefasst könne die Handelsbeeinträchtigung „unabhängig vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Dienste oder von der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets erfüllt sein“¹⁰⁷.

Der Fall **Heiser** zeigt, wie leichtfertig das bloße Drohen einer Handelsbeeinträchtigung bejaht werden kann, weil sie **potenziell** – weil nicht auszuschließen – sein mag, selbst wenn die wirtschaftliche Aktivität des Begünstigten **regionalen Charakter** hat und die Begünstigung lediglich **kleine Selbstständige** betrifft.

Wie auch bei der Wettbewerbsverfälschung, sind auch die Anforderungen an die Begründung der Handelsbeeinträchtigung gering. **Im Regelfall fehlt es an einer eigenständigen Begründung**, was die Unionsgerichte nicht stört: Die Wettbewerbsverfälschung und die Handelsbeeinträchtigung seien, so das EuG, „im Allgemeinen untrennbar miteinander verbunden“.¹⁰⁸ Dementsprechend werden beide Tatbestandselemente in der Praxis **meist gemeinsam geprüft** bzw. wird auf die jeweils anderen Gründe verwiesen.¹⁰⁹ Soweit in der Rechtsprechung das Vorhandensein einer Wettbewerbsverfälschung festgestellt wird, begründet diese i.d.R. auch eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.¹¹⁰

¹⁰³ Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 93; Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 67; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 191.

¹⁰⁴ Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 68 f; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 192; Rs. C-659/17, *Azienda Napoletana Mobilità*, ECLI:EU:C:2019:633, Rn. 31.

¹⁰⁵ Rs. C-172/03, *Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 30.

¹⁰⁶ Rs. C-172/03, *Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 32 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁷ Rs. C-172/03, *Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 33 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁸ Vgl. nur Rs. T-288/97, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia*, ECLI:EU:T:2001:115, Rn. 41.

¹⁰⁹ Vgl. Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 123 f; auch Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 186.

¹¹⁰ Vgl. etwa Rs. C-659/17, *Azienda Napoletana Mobilità*, ECLI:EU:C:2019:633, Rn. 39.

Eine begrüßenswerte erhöhte Aufmerksamkeit der Kommission in Bezug auf das (fehlende) Tatbestandselement der Handelsbeeinträchtigung lässt die **jüngere Anwendungspraxis zu lokal bzw. regional wirksamen Fördermaßnahmen** vermuten. Denn wenngleich es keine allgemeine Geringfügigkeits- oder Spürbarkeitsschwelle auf Tatbestandsebene des Art. 107 Abs. 1 AEUV gibt, ist dennoch in Einzelfällen die **Spürbarkeit** der Beihilfe relevant, wenn die begünstigte Wirtschaftstätigkeit nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß am Binnenhandel teilnimmt. Trotz der soeben geschilderten weiten Auslegung finden sich in der Kommissionspraxis vereinzelte Beispiele für das Verneinen einer Handelsbeeinträchtigung aufgrund des **lokalen oder regionalen Charakters** der Tätigkeit.¹¹¹

So wurde der Beihilfetatbestand bei tschechischen Krankenhäusern oder deutschen Kliniken, einer lokalen Wirtschaftsförderungsgesellschaft der Stadt Kiel oder kleinen Sporteinrichtungen verneint.¹¹² Auch beim Bau eines betreuten Wohnheimes mit 60 Betten oder der Förderung eines lokalen Fährhafens, der fast ausschließlich für landesinterne Verbindungen genutzt wird, verneinte die Kommission den Beihilfetatbestand.¹¹³ So wird in jüngeren Entscheidungen die Handelsbeeinträchtigung **sogar für Beihilfen verneint, deren Höhe die De-minimis-Grenze weit überschreitet** (z.B. Beihilfen über 20 Mio. EUR¹¹⁴).¹¹⁵

Zwar wird in der Literatur angemerkt, dass der Zugang der Kommission nicht mit der extensiven Auslegung des EuGH vereinbar ist;¹¹⁶ es bleibt abzuwarten, ob auch die Judikatur nachziehen wird. In der Rs. *Marinvest und Porting/Kommission*¹¹⁷ aus 2019 bestätigte das EuG die Einschätzung der Kommission, wonach bei Beihilfemaßnahmen zugunsten eines slowenischen **Yachthafens** keine Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung vorliegen. Wettbewerbsverzerrung lägen höchstens auf **lokaler Ebene** vor und seien **marginal**; aufgrund der geringen Anzahl an verfügbaren Bootsplätzen sei **kein Anreizeffekt** für Freizeitbooffahrer aus anderen Mitgliedstaaten zu erwarten. Hier wurde auch explizit darauf eingegangen, dass die betreffende Tätigkeit nur ca. 1% des nationalen Marktes und 0,05% des adriatischen Marktes ausmache. Eine **abschreckende Wirkung für Investoren** wurde verneint; auch sei auszuschließen, dass das kommunale Unternehmen in ausländische Märkte vordringen würde. Auf diese Entscheidung verweist die Kommission auch selbst, um zu zeigen, dass die Handelsbeeinträchtigung nicht vermutet werden darf.¹¹⁸

Die Kommission scheint anhand der faktischen Umstände auf einen **lokal begrenzten Markt** und lediglich **marginale Wirkungen** der Maßnahme über den lokalen Markt hinaus abzustellen.

¹¹¹ Vgl. bereits Kom., Staatliche Beihilfe N 258/00 – Freizeitbad Dorsten; oder Kom., Entscheidung 2004/114/EG – Jachthäfen ohne Erwerbscharakter in den Niederlanden.

¹¹² Zu diesen und weiteren Beispielen vgl. die Pressemitteilung IP/15/4889.

¹¹³ Zu diesen und weiteren Beispielen vgl. die Pressemitteilung IP/16/3141.

¹¹⁴ Kom., SA.43983 (2015/N), Rn. 4 – BLSV-Sportcamp Nordbayern.

¹¹⁵ Dazu und m.w.N. Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 651 ff.

¹¹⁶ Dekker, EStAL 2017, 154 (157 f).

¹¹⁷ Rs. T-728/17, *Marinvest und Porting/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:325.

¹¹⁸ Kom., DG Competition, Notice to Stakeholder, Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of competition, 18.1.2021, 6.

Entscheidend sind i.d.R. fehlende Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen, ein beschränktes Einzugsgebiet mit relevanter Entfernung der Einrichtung zur nächsten EU-Grenze, auf ein lokales Publikum zugeschnittene Angebote und Werbemaßnahmen usw.¹¹⁹ Im Gegenzug argumentiert die Kommission in Entscheidungen, in denen sie den lokalen Charakter verneint, auch **evidenzbasiert** und stellt auf die **konkreten Umstände** des Einzelfalles ab.¹²⁰

5.3.3 Problemanalyse

Anders als bei der Wettbewerbsverfälschung, bei der die bloße Eignung bereits im Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV angelegt ist, verbietet die Bestimmung Beihilfen ausdrücklich nur, „soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Bei der Handelsbeeinträchtigung wird daher in der Literatur vertreten, dass dem Wortlaut entsprechend eine **tatsächliche Beeinträchtigung** des zwischenstaatlichen Handels und somit eine höhere Schwelle notwendig wäre.¹²¹

Als Hauptproblem sind jedoch, wie auch bei der Wettbewerbsverfälschung, die **geringen Anforderungen des EuGH** an die Begründung der Kommission aufzuzeigen: Zur Begründung der Handelsbeeinträchtigung wird auf dieselben faktischen Umstände verwiesen, die bereits die Eignung zur Wettbewerbsverfälschung begründen sollten, für die wiederum das Vorliegen des selektiven Vorteils genügen kann. Solche **Zirkelschluss-Begründungen** sind nicht nur dogmatisch unbefriedigend, sie verkürzen auch die **Rechtsschutzmöglichkeiten** im Rechtsmittelverfahren und die **Rechtssicherheit** der Betroffenen. Auch hier ist zu kritisieren, dass dem Tatbestandselement – abgesehen der kleinräumigen Lokalbeihilfen – kaum eine eingrenzende Funktion zukommt. Folglich droht die Beihilfenkontrolle, überschießend und dysfunktional (und damit potenziell wettbewerbsverzerrend) auszufallen.

Die Kritik an der fehlenden ökonomischen Analyse verfängt bei der Handelsbeeinträchtigung hingegen nicht im selben Ausmaß, da – wie der Blick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV zeigt – die Prüfung der Handelsbeeinträchtigung als „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ von der Kommission nach **groben Vermutungsregeln zur geografischen Reichweite** einer Beihilfe erfolgt. Daher unternimmt die Kommission auch hier nicht etwa (wie im Kartellrecht) eine fundierte **räumliche Marktabgrenzung**, sondern nimmt als Maßstab **auf Erfahrungen basierende Vermutungen** zu den (für sie gewissermaßen notorisch) „vorhersehbaren Auswirkungen“¹²² der Maßnahme, die sie mit mutmaßlich extrapolationsgeeigneten Beispielen unterlegt. Dagegen ist „[z]ur Feststellung einer Auswirkung auf den Handel [...] weder eine Marktabgrenzung erforderlich noch müssen die Auswirkungen der Maßnahme auf die Wettbewerbsfähigkeit des Beihilfeempfängers und seiner Wettbewerber im Einzelnen geprüft werden.“¹²³

¹¹⁹ Vgl. m.w.N. Petzold, EStAL 2018, 250 (251 ff).

¹²⁰ Vgl. z.B. Kom., SA.33952 (2012/nn) – Kletteranlage des Deutschen Alpenvereins, Rz. 61 ff.

¹²¹ Soltész (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 632 f.

¹²² Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 195.

¹²³ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 194.

Die Auslegung der Handelsbeeinträchtigung durch den EuGH ist allerdings auch im Kartellrecht sehr weit.¹²⁴ Sehr wohl relevant sind dort jedoch die **tatsächlichen Gegebenheiten des betroffenen Markts**; bei der Frage, ob es zu einer grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung kommen kann, spielen die schon für die Wettbewerbsverfälschung aufgezeigten Fragen der Angebots- und Nachfragebeziehungen und der Abgrenzung des relevanten Markts eine entscheidende Rolle. Auf dieser Ebene wird die Handelsbeeinträchtigung allerdings bislang nicht untersucht.

Begrüßenswert ist die **restriktivere Herangehensweise** der Kommission (und, der jüngeren Judikatur nach zu schließen, auch des EuG) an **kleinräumige Lokalbeihilfen**, bei der die Handelsbeeinträchtigung verneint wird. Wenngleich die Prüfung noch nicht dogmatisch gereift sein mag und es noch an einer Definition der „lokalen“ Natur der Maßnahme fehlt, beweist die Kommission in diesen Fällen eine realitätsnahe **Zurückhaltung**, auf der aufgebaut werden kann. Offenbar soll das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung zum Leben erweckt werden.¹²⁵

Diese **geschärfte Prüfung der Handelsbeeinträchtigung** sollte auch über kleinteilige Lokalförderungen hinaus Einzug in die Praxis finden, so dass Beihilfen ohne relevante Auswirkungen auf den Binnenhandel vom Tatbestand ausgenommen werden. Dies würde die Beihilfenkontrolle **treffsicherer** gestalten und es der Kommission erlauben, sich – entsprechend dem selbstgesetzten Ziel – auf große Fälle von besonderer Bedeutung zu konzentrieren. Empfehlenswert wäre es, die aktuell **noch losen Parameter** und Beispielfälle der Kommissionspraxis zu insignifikanten, lokalen Auswirkungen **in Sekundärrecht bzw. Soft Law zu konkretisieren**, um den Mitgliedstaaten Rechtssicherheit zu geben.¹²⁶ Damit könnte die Beihilfenkontrolle effektiver und im Sinne der gemeinsamen Interessen der Mitgliedstaaten zielgerichteter ausfallen.¹²⁷

5.4 Selektivität

5.4.1 Einleitung und Thesen

Nur die Begünstigung „bestimmter“ Unternehmen bzw. Produktionszweige erfüllt den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die Maßnahme muss selektiv sein, also einem begrenzten, zumindest **bestimmbaren Adressatenkreis** zukommen. Über das Kriterium der Selektivität werden verbotene Beihilfen abgegrenzt von allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen, die unterschiedslos alle Unternehmen betreffen. Dies kann räumlich oder sachlich betrachtet werden.

Problematisch, weil aufgrund extrem niederschwellig angelegter Kriterien **letztlich uferlos**, erscheint dabei vor allem die sachliche Selektivitätsprüfung durch den GHdEU. Genauer zu prüfen ist das Tatbestandsmerkmal nur bei allgemeinen Beihilferegelungen, denn bei Einzelbeihilfen „ermöglicht die Feststellung des wirtschaftlichen Vorteils grundsätzlich eine Annahme der

¹²⁴ Vgl. m.w.N. Stockenhuber (2018) in *Grabitz – Hilf - Nettessheim*, Art. 101 AEUV, Rz. 207.

¹²⁵ Vgl. in diesem Sinne auch Götz (2020) in *Dauses - Ludwig*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 92.

¹²⁶ So auch Zelger, *EstAL* 2018, 28 (41).

¹²⁷ Vgl. in diesem Sinne Koenig - Förtsch in *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rz. 114.

Selektivität“.¹²⁸ Im Folgenden wird die Rechtsprechung zur sachlichen Selektivität allgemein dargestellt und analysiert und in einem separaten Kapitel auf Besonderheiten im Zusammenhang mit Steuerbeihilfen eingegangen. Die Unionsgerichte verstehen Selektivität sehr weit, wie die Analyse der Rechtsprechung zeigen wird.

Dadurch droht eine **überschießende Anwendung** des Beihilfeverbots (siehe Ausgangsanahme 5). Grund dafür ist die fehlerhafte Einbeziehung von Maßnahmen, die nicht bestimmte Unternehmen besserstellen wollen als andere, sondern lediglich allgemeine Maßnahmen der Lenkung und Regulierung im Rahmen des legitimen wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraums eines Mitgliedstaats sind.¹²⁹ Zudem schaffen die Unsicherheiten bei der Prüfung **Rechtsunsicherheit**, weshalb die Selektivitätsprüfung von Kritikern als „black box“ bezeichnet wird.¹³⁰

Eine funktionsgerechte Begrenzung des Tatbestandselements der Selektivität in dem Sinne, dass nur Bevorzugungen konkreter Unternehmen gegenüber anderen im Wettbewerb herausgefiltert werden, erfordert dagegen die deutliche Formulierung der Anwendungskriterien und Grenzen des Tatbestandselements. Ebenso naheliegend wie vielversprechend wäre es, die Selektivitätsprüfung zu einer vollwertigen **Diskriminierungsprüfung** weiterzuentwickeln und damit gegenüber dem Status Quo aufzuwerten. Zwar beinhaltet die Selektivitätsprüfung wohl bereits eine verkürzte Form der Diskriminierungsprüfung, ähnlich dem von Steuerbeihilfen bekannten sog. Dreistufentest – diese Diskriminierungsprüfung kommt aber in der Rechtsprechung nur unzureichend und unsauber zum Vorschein und lässt Fragen offen. Dementsprechend werden im Analyseteil Verbesserungsvorschläge unterbreitet.

5.4.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

6.4.2.1 Problembereich 1: Branchenübergreifende Maßnahmen

Ein bekanntes Beispiel für das weite Selektivitätsverständnis der Unionsgerichte ist das **Urteil Adria-Wien**.¹³¹ Die Vorlageentscheidung behandelte die österreichische Elektrizitätsabgabe auf Lieferung und Verbrauch von Strom und Gas. Diese Abgabe sollte auf Antrag rückerstattet werden, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt waren: Die Abgabe musste insgesamt 0,35% des Nettoproduktionswert übersteigen und das Unternehmen musste schwerpunktmäßig körperliche Wirtschaftsgüter für den Primär- und Sekundärsektor herstellen. Begünstigte waren also sämtliche energieintensive Güter produzierenden Unternehmen im Inland, quer über alle Sektoren. Ausgeschlossen waren lediglich energieintensive Dienstleistungen (z.B. Verkehr) und Regelverbraucher. Der EuGH führte zur Selektivität aus, dass diese an sich zu verneinen sei, **wenn sie allen Unternehmen – unabhängig vom Unternehmensgegenstand – gewährt worden wäre**. Anders als der Generalanwalt („Eine höhere Besteuerung von Zahnärzten begünstigt nicht die

¹²⁸ Rs. C-270/15 P, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:489, Rn. 49; Rs. C-15/14 P, *Kommission/MOL*, ECLI:EU:C:2015:362, Rn. 60.

¹²⁹ So auch m.w.N. Arhold (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 467.

¹³⁰ Vgl. Soltész, EuZW 2018, 305 (305).

¹³¹ Rs. C-143/99, *Adria-Wien*, ECLI:EU:C:2001:598.

Fahrradhersteller.“¹³²) bejahte der EuGH eine Vergleichbarkeit von Produktions- und Dienstleistungsunternehmen. Zwar könne die unterschiedliche Behandlung durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des zugehörigen allgemeinen Systems gerechtfertigt sein und die Regelung daher nicht-selektiv sein. Dies liege hier jedoch nicht vor, da (die von der Begünstigung nicht erfassten) Unternehmen des tertiären Dienstleistungssektors genauso Energiegroßverbraucher seien und die Abgabe in der verlangten Höhe aufwenden können. In einer späteren Version der Vergütung waren die Dienstleister zwar einbezogen, jedoch wurde die weiterhin bestehende Verbrauchsgrenze als selektiv beurteilt.¹³³

Somit werden selbst **branchenübergreifende Maßnahmen** großzügig als selektiv beurteilt. Letztlich kann daher nach dieser Rechtsprechung nur noch „eine staatliche Maßnahme, die **unterschiedslos allen Unternehmen im Inland** zugute kommt, keine staatliche Beihilfe darstellen.“¹³⁴ Alles andere erfüllt den solcherart geradezu uferlosen Selektivitätsbegriff. Bereits diese bewusst pointierte Wortwahl veranschaulicht, dass ein derart unspezifisches Verständnis von Selektivität nach den Zielen des Beihilfeverbots nicht richtig bzw. nicht funktionsadäquat sein kann.

Die Judikatur beurteilt dennoch z.B. Begünstigungen für den gesamten Rindfleischsektor¹³⁵ oder den Bankensektor¹³⁶ als selektiv. Selektivität kann sich daraus ergeben, dass eine Regelung nur **verschuldete große Industrieunternehmen**¹³⁷, KMUs¹³⁸, Unternehmen einer bestimmten Rechtsform¹³⁹ oder **umsatzstarke Unternehmensgruppen mit Töchtern in mind. vier Staaten**¹⁴⁰ erfasst. Die Kommission beurteilte z.B. eine KöSt-Senkung für **alle verarbeitenden Gewerbe** in Irland für selektiv, da diese Regelung „Unternehmen aus anderen Wirtschaftsbereichen mit ähnlichen Gewinnspannen begünstig[e]“. ¹⁴¹ In der Rs. *Maribel*¹⁴² wurde eine Ermäßigung der Sozialversicherungsbeiträge für Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes und Sektoren mit internationalem Wettbewerb als selektiv eingestuft, obwohl die Begünstigung **viele Branchen quer durch diverse Wirtschaftszweige** begünstigte (z.B. Bergbau, Chemie, Metallherzeugung und -bearbeitung, Herstellung von Meß-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik, Luft- und Schifffahrt, Pflanzen- und Fortwirtschaft).

Es reicht aus, dass die Maßnahme an **grobe Merkmale** anknüpft, weshalb auch zwischen Unternehmen aus verschiedenen Produktionszweigen nicht so einfach differenziert werden kann. Wie die Beispiele zeigen, muss die Kommission **auch keine konkret Begünstigten nennen**, da sich die Selektivität aus der Wirkung der Regelung ergibt. Umgekehrt ist die Rechtsprechung

¹³² GA Mischio, Schlussanträge zu C-143/99, *Adria-Wien*, ECLI:EU:C:2001:250, Rn. 78.

¹³³ Vgl. Kom., Entscheidung 2005/565/EG, ABl. 2005/L 190/13; und Rs. C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, ECLI:EU:C:2006:644.

¹³⁴ Rs. C-143/99, *Adria-Wien*, ECLI:EU:C:2001:598. Rn. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹³⁵ Rs. C-270/15 P, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:489, Rn. 51.

¹³⁶ Rs. C-148/04, *Unicredito*, ECLI:EU:C:2005:774, Rn. 46.

¹³⁷ Rs. C-200/97, *Ecotrade*, ECLI:EU:C:1998:579, Rn. 38.

¹³⁸ Rs. C-409/00, *Spanien/Kommission*, ECLI:EU:C:2003:92, Rn. 49 f.

¹³⁹ Rs. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze ua*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 135 f, 138.

¹⁴⁰ Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187/Kommission*, ECLI:EU:C:2006:416, Rn. 122.

¹⁴¹ Kom., Entscheidung Staatliche Beihilfen E/2/98 Irland, ABl. 1998/C 395/19.

¹⁴² Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission (Maribel)*, ECLI:EU:C:1999:311, Rn. 29 f.

bei **Einzelbeihilfen** naturgemäß noch großzügiger; hier wird die Selektivität bereits aufgrund der Vorteilsgewährung angenommen, d.h. **vermutet**.¹⁴³

Unerheblich ist die gesetzliche Ausgestaltung der Regelung – sofern eine allgemein anwendbare Regelung **faktisch selektiv wirkt**, ist die Selektivität der Maßnahme zu bejahen (Wirkungsprinzip). So kann etwa eine Ermäßigung der Arbeitgeberbeiträge zur Krankenversicherung, die für weibliche Arbeitnehmerinnen höher ausfällt als für männliche, bestimmte Produktionszweige mit hohem Frauenanteil begünstigen (etwa die Textilindustrie).¹⁴⁴ Ebenso kann **weites Ermessen** der nationalen Behörden in der Anwendung die Selektivität einer allgemeinen Maßnahme bewirken;¹⁴⁵ selbst wenn dieses Ermessen durch ein **Gericht** im Rahmen einer Entscheidung über vorläufigen Rechtsschutz ausgeübt wird.¹⁴⁶

Gerade bei Regelungen, die an die **Aktivitäten bzw. bestimmte Verhaltensweisen** von Unternehmen anknüpfen, die u.U. allen Unternehmen offenstehen, ist die Grenzziehung zwischen selektiven Beihilfen und allgemeinen wirtschaftspolitischen Steuerungsmaßnahmen schwierig. Der EuGH schließt jedoch **auch tätigkeits-/verhaltensbezogene Kriterien**, die von allen Unternehmen erfüllt werden könnten, in die Prüfung mit ein.¹⁴⁷

Ein Beispiel dafür ist der Fall des niederländischen **Emissionshandelsystems für Stickstoffoxide**. Die Regelung sah jährliche Emissionsgrenzwerte pro Anlage vor, die durch Reduktion der Emissionen und/oder Zertifikathandel erreicht werden konnten. Den von der Regelung betroffenen Unternehmen, konkret industriellen Großanlagen mit einem bestimmten Stickoxidausstoß, wurden unentgeltlich Emissionsrechte zugeteilt. Die Niederlande bestritten die Selektivität der Maßnahme, da sie 250 Großunternehmen aus verschiedenen Branchen betraf. **Alle Großanlagen mit hohem Stickoxidausstoß** waren erfasst, diese seien tatsächlich und rechtlich nicht mit anderen Unternehmen vergleichbar. Zudem entspreche das Abzielen auf Unternehmen mit dem höchsten Schadstoffausstoß dem verfolgten ökologischen Ziel der Maßnahme. Im Rechtsmittelverfahren bejahte der EuGH jedoch die Selektivität. Jedes Stickoxide emittierende Unternehmen sei an Reduzierungsvorgaben gebunden, doch nur die begünstigten Unternehmen erhielten Emissionsrechte zugeteilt. Eine solche Differenzierung zwischen **vergleichbaren Unternehmen** nach der quantitativen Ausstoßmenge sei aus dem ökologischen Ziel der Maßnahme heraus **nicht gerechtfertigt**, da jede Stickoxidemission schädlich sei, unabhängig von ihrer Menge oder der Größe des Betriebs.¹⁴⁸

¹⁴³ Rs. C-270/15 P, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:489, Rn. 49; Rs. C-15/14 P, *Kommission/MOL*, ECLI:EU:C:2015:362, Rn. 60.

¹⁴⁴ Kom., ABl. 1980/L 264/28 – Italien, System der teilweisen Übernahme der Arbeitgeberbeiträge zur Krankenversicherung durch den Staat.

¹⁴⁵ Vgl. Rs. C-256/97, *DM Transport*, ECLI:EU:C:1999:332, Rn. 27 m.w.N.

¹⁴⁶ Rs. C-332/18 P, *Mytilinaios Anonymos Etairia*, ECLI:EU:C:2019:1065, Rn. 68 ff.

¹⁴⁷ Rs. C-20/15 P und C-21/15 P, *World Duty Free*, ECLI:EU:C:2016:981, Rn. 87 ff.

¹⁴⁸ Rs. C-279/08 P, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 63 f., 76.

6.4.2.2 Problemkreis 2: Ansätze einer Diskriminierungsprüfung?

Trotz der extensiven Erfassung branchenübergreifend wirkender Regelungen betont der EuGH, dass „eine Maßnahme, die **nur einem Produktionszweig oder einem Teil der Unternehmen** dieses Produktionszweigs zugutekommt, **nicht zwangsläufig selektiv**“¹⁴⁹ ist. Vielmehr ist der entscheidende Faktor in der Selektivitätsprüfung, ob die begünstigende Maßnahme diskriminierenden Charakter hat.¹⁵⁰ Die Frage nach dem **diskriminierenden Charakter** der Regelung kommt bereits in der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung wiederholten Formulierung zum Ausdruck, wonach das Tatbestandselement der Selektivität die „Feststellung [verlangt], ob eine nationale Maßnahme [...] geeignet ist, bestimmte Unternehmen gegenüber anderen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden“.¹⁵¹

Diese Ähnlichkeit der Selektivitätsprüfung mit der Diskriminierungsprüfung betonte der EuGH auch selbst im Urteil der Großen Kammer *Hansestadt Lübeck* betreffend die Entgeltordnung eines Flughafens: „Die Prüfung der Frage, ob eine solche Maßnahme selektiv ist, fällt somit im Wesentlichen mit der Prüfung zusammen, ob die Maßnahme für diese Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern **in nicht diskriminierender Weise** gilt [...]. Der Begriff der Selektivität ist also [...] mit dem **Begriff der Diskriminierung verbunden**.“¹⁵² Für die Vergleichbarkeitsprüfung sei zunächst ein Bezugsrahmen zu bestimmen, und zwar – so der EuGH explizit – nicht nur in Steuersachen.¹⁵³

Allgemein wird die **Vergleichbarkeit** der Unternehmen allerdings, wie schon einleitend anhand branchenübergreifender Maßnahmen dargestellt, **sehr großzügig bejaht**. Als Belgien die obligatorischen BSE-Tests für Rinderhalter mit einer Beihilfe finanzierte, folgten die Unionsgerichte der Einschätzung der Kommission, wonach der Rindfleischsektor mit anderen Sektoren, die vor dem Inverkehrbringen ihrer Erzeugnisse Kontrollen vornehmen müssen, vergleichbar seien. Folglich liege ein selektiver Vorteil vor.¹⁵⁴

Verneint wird die **Vergleichbarkeit der Unternehmen** im Hinblick auf das verfolgte Ziel etwa, wenn ein Entgelt für die Nutzung von Binnengewässern zur Stromerzeugung nur von Stromerzeugern geleistet werden muss, die auch Wasserkraft verwenden.¹⁵⁵ Auch das Anknüpfen an die Größe der Verkaufsfläche bei einer umwelt- und raumordnungsbezogenen Abgabe ist nicht selektiv, da große und kleine Einzelhandelseinrichtungen mit Blick auf die verfolgten Ziele nicht miteinander vergleichbar sind.¹⁵⁶ Ebenso verneinte der EuGH die Vergleichbarkeit von

¹⁴⁹ Rs. C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck*, ECLI:EU:C:2016:971, Rn. 58 (Hervorhebung hinzugefügt); ebenso in Rs. C-70/16 P, *Comunidad Autónoma de Galicia ua/Kommission*, ECLI:EU:C:2017:1002, Rn. 61.

¹⁵⁰ So auch Reiter, EuZW 2020, 312 (316).

¹⁵¹ Vgl. nur Rs. C-409/00, *Spanien/Kommission*, ECLI:EU:C:2003:92, Rn. 47; oder Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 55.

¹⁵² Rs. C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck*, ECLI:EU:C:2016:971, Rn. 53 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁵³ Rs. C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck*, ECLI:EU:C:2016:971, Rn. 55.

¹⁵⁴ Rs. C-270/15 P, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:489, Rn. 51; Rs. T-538/11, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:T:2015:188, Rn. 110 ff.

¹⁵⁵ Rs. C-105/18 bis C-113/18, *UNESA*, ECLI:EU:C:2019:935, Rn. 65 ff.

¹⁵⁶ Rs. C-233/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:280; Rs. C-234/15 und C-235/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:281; Rs. C-236/16 und C-237/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:291.

London-Taxis und Funkmietwagen im Lichte einer Regelung, die nur den Taxis die Nutzung der Busspuren erlaubte: Die Vergleichbarkeitsprüfung sei nicht auf Vorbestellungsdienste zu beschränken, da im Lichte des verfolgten Zieles (Sicherheit und Effizienz des Beförderungssystems) alle ihre Fahrten einzubeziehen sein. Nur London-Taxis könnten „auf offener Straße zur Anmietung angeboten werden“, seien zur Beförderung verpflichtet, müssten erkennbar Rollstuhlfahrer befördern können, über ein Taxameter verfügen und „über besonders gründliche Kenntnisse der Stadt London verfügen“.¹⁵⁷ Aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit wurde die Busspurregelung zugunsten der Taxis als nicht-selektiv beurteilt. In diesen – wenn auch **recht offensichtlich** – Fällen, scheiterte es also bereits an der Vergleichbarkeit der Unternehmen.

Weniger eindeutig ist jedoch, ob in der allgemeinen Selektivitätsprüfung die restlichen Schritte einer Diskriminierungsprüfung zum Vorschein kommen, nämlich, dass im Fall der Vergleichbarkeit von den Mitgliedstaaten eine Art **Rechtfertigung** der Ungleichbehandlung verlangt wird, bei der ein sachlich nachvollziehbares Ziel auf verhältnismäßige Weise verfolgt wird. Bei Steuerbeihilfen kommt diese „Rechtfertigungsprüfung“ im Zuge des Dreistufentests vor (siehe dazu noch ausführlich sogleich). Bei der allgemeinen Selektivitätsprüfung scheint der EuGH allerdings entweder bereits die Vergleichbarkeit der Unternehmen (und folglich die Selektivität) zu verneinen, oder die Vergleichbarkeit und dann auch schlicht die Selektivität zu bejahen. Dennoch wird in der Literatur auch für nicht-steuerliche Beihilfen eine dreistufige Prüfung der materiellen Selektivität bejaht.¹⁵⁸

Jedenfalls aber wird das mit der Maßnahme **verfolgte Ziel in der Vergleichbarkeitsprüfung mit einbezogen**: Wenn der EuGH etwa in der Rs. *ANGED* betont, große und kleine Einzelhandels-einrichtungen seien mit Blick auf die verfolgten Ziele (Umweltpolitik und Raumordnung) nicht miteinander vergleichbar, dann fließt das offenbar nicht beanstandete, sachliche Zweck der Regelung indirekt in die Vergleichbarkeitsprüfung ein. In den Schlussanträgen zur Rs. *Eventech* (Nutzung der Busspuren nur für London-Taxis, nicht aber für Funkmietwagen) wendet der Generalanwalt sogar den Dreistufentest unmittelbar auf die nicht-steuerliche Maßnahme an und vertritt, es müsse der **Mitgliedstaat die Rechtfertigung darlegen**, also auch die Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung (im Sinne des **gelindesten Mittels**) nachweisen.¹⁵⁹ Auf die Problematik einer solchen systemwidrigen Beweislastumkehr zugunsten der Kommission, die eigentlich das objektive Tatbestandsmerkmal der Selektivität nachweisen müsste, wird im Zusammenhang mit Steuerbeihilfen noch näher eingegangen.

Somit scheint in der allgemeinen Selektivitätsprüfung bereits in Grundzügen eine **Diskriminierungsprüfung** angelegt zu sein, die darauf abstellt, ob vergleichbare Unternehmen bzw. Sektoren unterschiedlich behandelt (d.h. hier: durch Vorteil begünstigt) werden, ohne dass sich dies sachlich erklären lässt. Dabei endet die Prüfung allerdings auf der Ebene der Vergleichbarkeits-

¹⁵⁷ Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 60.

¹⁵⁸ Vgl. *Bartosch*, EuZW 2015, 99 (100).

¹⁵⁹ *GA Wahl*, Schlussanträge zu C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2014:2239, Rn. 72.

prüfung und es bleibt unklar, welche Bedeutung dem Diskriminierungselement zukommt, welche Maßstäbe der EuGH konkret anwendet und ob eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bereits auf Tatbestandsebene (wie bei Steuerbeihilfen) möglich ist.

5.4.3 Problemanalyse

Dass Maßnahmen, die einen bestimmten Wirtschaftssektor begünstigen, i.d.R. selektiv sind, ist grundsätzlich in Art. 107 Abs. 1 AEUV angelegt, der von „bestimmten Produktionszweigen“ spricht. Dennoch ist eine saubere Selektivitätsprüfung vorzunehmen,¹⁶⁰ um unsachgemäße (selektive) Begünstigungen von allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen abzugrenzen.

Zu beobachten ist in der Anwendungspraxis jedoch, dass die Selektivität einer Maßnahme tendenziell **nur mehr dann verneint** wird, wenn alle Unternehmen, Wirtschaftssektoren und Gebiete **unterschiedslos betroffen** sind; oder wenn die Differenzierung offenkundig dem intrinsischen Regelungsziel der Maßnahme innewohnt (und die Unternehmen daher nicht vergleichbar sind). Bei der Überprüfung der nationalen Regelungen knüpfen die Kommission und die Unionsgerichte ein dichtes Kontrollnetz. Wenn der Staat im Rahmen einer Regelung zwischen Branchen, Unternehmensgruppen oder Regionen differenziert, um damit wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen, setzt die Rechtsprechung dem **wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraum** ein **enges Korsett** an.

Der enge Spielraum der Mitgliedstaaten führt dazu, dass die **beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung einer Fördermaßnahme schwierig** werden kann: Sieht eine Regelung bzw. der Gesetz- oder Verordnungsgeber detaillierte Kriterien für die Förderwürdigkeit vor, an die die ausschüttende staatliche Förderstelle gebunden ist, droht die Kommission aufgrund der vorgenommenen Differenzierungen und festgelegten Kriterien u.U. rasch die Selektivität der Maßnahme zu bejahen; werden der ausschüttenden Stelle wiederum kaum Vorgaben gemacht, droht die Selektivität aufgrund des weiten behördlichen Ermessens bejaht zu werden. In beiden Fällen ist eine zielgerichtete staatliche Förderung im Rahmen der Wirtschaftspolitik aufgrund des weiten Selektivitätsverständnisses schwierig.

Im Allgemeinen bewirkt das Tatbestandsmerkmal der Selektivität daher kaum eine effektive Begrenzung des Anwendungsbereichs des Beihilfeverbots. Dies ist auch insofern problematisch, da die Kommission selbst bei **Rückforderungsentscheidungen** die Begünstigten **nicht genau definieren muss**: Bei Beihilferegelungen genügt es, dass die Adressaten der Rückforderungsentscheidung vom Mitgliedstaat bestimmt werden können, wobei die nationalen Behörden bei Schwierigkeiten bzw. unzulänglichen Informationen der Kommission schlicht nachfragen können.¹⁶¹ Da auch auf Tatbestandsebene eine solche Eingrenzung nicht erfolgen muss, kann das Bestimmbarkeitselement ins Leere laufen. Abhilfe schaffen würde es, auf Tatbestandsebene bei Beihilferegelungen **zumindest den exemplarischen Nachweis einzelner Begünstigter zu fordern** (und, anknüpfend an die Ausführungen zur Wettbewerbsverfälschung, für diese auch die Wettbewerbsverfälschung zu prüfen).

¹⁶⁰ So auch Rs. C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck*, ECLI:EU:C:2016:971, Rn. 58.

¹⁶¹ Rs. C-382/99, *Niederlande/Kommission*, ECLI:EU:C:2002:363, Rn. 92.

Im Schrifttum stößt das exzessive Selektivitätsverständnis zurecht auf Kritik und es wird dort eine Begrenzung und **konzeptionelle Verbesserung des Selektivitätsverständnisses** eingefordert.¹⁶²

In Frage kommt hier insbesondere ein geschärftes Verständnis der Selektivitätsprüfung als **Diskriminierungsprüfung**. Der **Gleichheitsgrundsatz** verlangt von den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts, vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln und in Fällen der Ungleichbehandlung diese objektiv rechtfertigen zu können.¹⁶³ Eine solche Diskriminierungsprüfung scheint in der Selektivitätsprüfung bereits im Grundsatz angelegt zu sein, wobei unklar bleibt, wie wichtig dieses Element in der Rechtsprechung ist.

In einem ersten Schritt würden die **Vergleichspaare** betrachtet werden, um zu untersuchen, ob die begünstigten Unternehmen (bzw. Sektoren) mit nichtbegünstigten Unternehmen (bzw. Sektoren) verglichen werden können, also ob – was bereits jetzt geprüft wird – sie sich im Lichte des verfolgten Ziels in einer **vergleichbaren rechtlichen wie tatsächlichen Lage** befinden. Die Abweichung selbst hingegen wäre bereits im Rahmen der Begünstigung zu prüfen, also verkürzt formuliert, ob das eine Unternehmen einen Vorteil erhalten hat, den das andere nicht erhalten hat.

Im Falle der Vergleichbarkeit der Unternehmen bzw. Sektoren wäre zu fragen, ob die Abweichung bzw. Ungleichbehandlung **aus sachlichen Gründen geboten** und folglich nicht selektiv ist, wobei nicht zuletzt **ökonomische Gesichtspunkte der Vergleichbarkeit** (vor allem die Vergleichbarkeit der Markt- und Wettbewerbsstrukturen) eine Rolle spielen müssen. Auch hier wirkt sich daher die allgemein mangelnde ökonomische Durchdringung des Beihilfetatbestands negativ aus bzw. könne, umgekehrt, von einer Ökonomisierung der Kriterien für die Prüfung der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung ergänzend auch das Merkmal der Selektivität profitieren, um zu klären, ob die Fokussierung einer Maßnahme auf einen bestimmten Empfängerkreis nach deren Gegenstand sachlich geboten ist oder eben nicht (für mögliche ökonomische Ansätze siehe bereits die Ausführungen in Abschnitt 5.2.4).

Zuletzt könnte im Rahmen einer **Verhältnismäßigkeitsprüfung** die Angemessenheit der Ungleichbehandlung untersucht werden. Auch eine **Kohärenzprüfung der Regelung**, wie sie aus der Grundfreiheiten¹⁶⁴ und Grundrechtsprüfung¹⁶⁵ bekannt ist und ebenfalls bereits in der beihilfenrechtlichen Rechtsprechung vorkommt,¹⁶⁶ könnte auf dieser Ebene letztlich erfolgen. Eine unsystematische und offensichtlich inkohärente Zielverfolgung durch den Mitgliedstaat würde

¹⁶² Vgl. etwa bezogen auf steuerliche Maßnahmen Nicolaidis, EStAL 2017, 62 (69 ff.).

¹⁶³ Vgl. Art. 20 GRC und bereits Rs. 117/76 und 16/77, Ruckdeschel, ECLI:C:1977:160, Rn. 7: „Das in der angeführten Vorschrift ausgesprochene Diskriminierungsverbot ist jedoch nur der spezifische Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört. Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.“

¹⁶⁴ Vgl. nur Rs. C-169/07, Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, Rn. 55 m.w.N., wo der EuGH bei der Prüfung der Eignung der Maßnahme zur Zielerreichung verlangte, dass das zur Rechtfertigung geltend gemachte Ziel „tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise“ verfolgt wird.

¹⁶⁵ Rs. C-157/15, Achbita, ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 40.

¹⁶⁶ Siehe zur insbesondere bei der Prüfung von Steuerregelungen vorkommenden Kohärenzprüfung näher noch unten Abschnitt 5.4.4.

nicht nur die Eignung der Zielerreichung in Frage stellen, sondern auch ein Indiz darstellen, dass die Maßnahme eben nur bestimmte Unternehmen bzw. Sektoren zwecks Umgehung des Beihilfenrechts unsachlich bevorzugt (begünstigt) und daher selektiv ist.

Der Prüfmaßstab müsste dabei insgesamt, insbesondere aber bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung, **flexibel** ausfallen, um **Rücksicht** auf die im Einzelfall jeweils geprüfte Maßnahme, die einschlägige **Kompetenzverteilung** zwischen EU und Mitgliedsstaat sowie den **Harmonisierungsgrad** im anwendbaren Rechtsgebiet nehmen zu können.¹⁶⁷ So sollte bei nicht sektorspezifischen Regelungen, die branchenübergreifend Unternehmen erfassen, oder an gewisse vom Unternehmen beeinflussbare Verhaltensweisen anknüpfen, die Kontrolldichte entsprechend reduziert ausfallen. Ist ein Rechtsgebiet kaum bis gar nicht auf Unionsebene harmonisiert und regelt der Mitgliedstaat im Rahmen seiner alleinigen Zuständigkeiten, muss die Diskriminierungsprüfung zurückhaltend ausfallen und sollte lediglich der Verhinderung einer offensichtlichen bzw. **rechtsmissbräuchlichen Umgehung** des Beihilfenrechts dienen. Anstatt die nationale Regelung also auf das „gelindeste Mittel“ zur Zielerreichung hin zu überprüfen, sollte aus Rücksicht vor den nationalen Kompetenzen und im Hinblick auf die Ziele der Beihilfenkontrolle lediglich ein **Korrektiv für offenkundig unangemessene, unverhältnismäßige Differenzierungen** zwischen Unternehmen bestehen.

Damit beinhaltet die Diskriminierungsprüfung auch das Potenzial für eine effektive **Missbrauchs- und Umgehungskontrolle**, bei der Kommission und Unionsgerichte das letzte Wort über nationale Beihilferegulungen und allfällige Umgehungskonstruktionen behielten. Gleichzeitig vermag dieser Zugang die wirtschaftspolitischen **Kompetenzen der Mitgliedstaaten** besser zu wahren als der aktuelle Zugang. Auch wäre eine geschärfte Diskriminierungsprüfung ein methodischer Fortschritt, verglichen mit der zum Teil durchaus leichtfertigen, weit gezogenen Bejahung der Selektivität in der Rechtsprechung.

Ganz besonders zeigt sich das weite Verständnis der Selektivität zu Lasten der nationalen Kompetenzen bei der Selektivitätsprüfung bei Steuern und Abgaben, die aufgrund ihrer vielen Besonderheiten im Folgenden separat untersucht werden.

5.4.4 Selektivität bei Steuern und Abgaben

6.4.4.1 Einleitung und Thesen

Die Frage der Selektivität stellt sich in der jüngeren Anwendungspraxis und Rechtsprechung insbesondere bei **steuerlichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten**. Nationale Steuerregelungen unterliegen uneingeschränkt der Beihilfenkontrolle. Dabei sind nicht nur Steuern im engeren Sinne, sondern auch Gebühren, Beiträge, parafiskalische Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge erfasst. Dabei zeigt sich in der Praxis ein Spannungsverhältnis zwischen den Befugnissen der Kommission im Rahmen der Beihilfenaufsicht und der grundsätzlichen Steuerhoheit der Mitgliedstaaten. Insbesondere wird der Einsatz von Steuern durch die Mitgliedstaaten als **legitimes Instrument der Steuerung und Lenkung** privaten Verhaltens zunehmend eingeengt.

¹⁶⁷ Vgl. für einen ähnlichen Vorschlag der GA Kokott betreffend Steuerbeihilfen unten Abschnitt 6.4.4.3.

Eine Steuer trifft i.d.R. nicht alle Rechtsunterworfenen quantitativ völlig gleich in dem Sinn, dass alle denselben Betrag schulden. Wie die notwendigen Differenzierungen zu treffen sind und auf welchem Weg Besteuerungsgleichheit (oder „**Steuergerechtigkeit**“) herzustellen ist, macht den Kern der mitgliedstaatlichen Steuerautonomie aus. Vor allem ist die Frage, was Besteuerungsgleichheit im Rahmen einer bestimmten Steuernorm bedeutet und bedingt nicht ohne Blick auf die Ziele dieser Steuer zu beantworten. Weil Steuern also typischerweise die **Steuerlast differenziert verteilen** und dies ein Merkmal ihrer normalen Funktionsweise ist, kann aus dem Umstand unterschiedlicher Steuerbelastung also nicht ohne weiteres auf das Vorhandensein einer Beihilfe geschlossen werden.

Daher ist ein besonderer Test für die Beihilfeprüfung von Steuerregelungen erforderlich. Dieser sog. **Dreistufentest** weist jedoch eklatante Unschärfen und konzeptuelle Schwächen auf. Seine Anwendung erscheint **wenig treffsicher** und **kaum vorhersehbar**. Der Dreistufentest schränkt den Rückgriff auf Steuern als Instrumente legitimer Verhaltenssteuerung und damit den jenseits der Beihilfenkontrolle liegenden politischen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten dysfunktional weit ein. Seine Maßstäbe sind derzeit **sowohl inhaltlich** (Definition des Bezugssystems, Definition der steuersystemimmanenten Ziele) **als auch prozedural** (Notwendigkeit eines „Freibeiwes“ durch die Mitgliedstaaten auf der dritten Stufe des Tests) **überdehnt**.

Das derzeitige System gibt der Kommission *de facto* ein Mitspracherecht bei der Ausgestaltung staatlicher Steuerregelungen, da ihre Würdigung der Merkmale einer Steuerregelung in der Anwendungspraxis zumeist den Ausschlag gibt und der Mitgliedstaat gehalten ist, sich freizubeweisen und die von der Kommission angestellten Vermutungen zu Merkmalen und Funktionsweise der betreffenden Steuer zu entkräften. Dies ist schon **konzeptionell fehlgeleitet**, da das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale für ein Eingreifen des Verbots von der Kommission zu belegen wäre und Zweifel daher zugunsten des Mitgliedsstaats ausschlagen müssten. Gleichzeitig ist es in der Praxis auch besonders schwierig, die Annahmen der Kommission zu entkräften, da von ihr erstens wiederum keinerlei ökonomische Analyse bzw. **kein bestimmtes Beweismaß** für die Untermauerung von wirtschaftlichen Annahmen verlangt wird und zweitens gerade dort, wo diese Annahmen komplex werden, **keine gerichtliche Nachprüfung** durch den GHdEU erfolgt.

Eine funktionsgerechte Neujustierung der Beihilfeprüfung von Steuerregelungen würde es bedingen, Breite und Tiefe dieses Tests maßgeblich zu reduzieren. In radikaler Weise könnte dies dahingehen, den **Dreistufentest überhaupt aufzugeben** und stattdessen eine Missbrauchsprüfung vorzunehmen, bei der nur offensichtliche Fehlzuordnungen oder Umgehungsstrukturen aufgegriffen werden. Unter Zuhilfenahme von Vermutungsregeln könnten gewisse Steuerarten für grundsätzlich unverdächtig qualifiziert werden. Alternativ könnte **am Dreistufentest festgehalten**, dieser aber an etlichen Stellen **angepasst** werden. Zu nennen sind eine stärkere Berücksichtigung steuersystemspezifischer Lenkungsziele, die Vermeidung kompetenzüberdehrender Kontrolle nationaler Steuerpolitik durch die Kommission, die Rückverlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf die Kommission für alle drei Stufen des Tests, und verbesserter Vertrauensschutz bei der Rückforderung von Steuerbeihilfen. Die diversen Möglichkeiten werden im Anschluss an die Rechtsprechungsanalyse näher dargelegt.

6.4.4.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

Grundsätzlich erkennt der EuGH an, dass „der Umstand, dass nur Steuerpflichtige, die die Voraussetzungen für die Anwendung einer [Steuer-]Maßnahme erfüllen, diese in Anspruch nehmen können, als solcher dieser Maßnahme keinen selektiven Charakter verleihen kann“.¹⁶⁸ Es wird von der Rechtsprechung also berücksichtigt, dass die Selektivität differenziert beurteilt werden muss, da Steuern typischerweise zwischen verschiedenen Gruppen unterscheiden. Zur Unterscheidung von Belastungsgleichheit herstellenden Steuerdifferenzierungen (nicht selektiv) und Ungleichheit herstellenden Steuerdifferenzierungen (selektiv und beihilfeverdächtig) hat die Anwendungspraxis den sog. **Dreistufentest** entwickelt. Dabei wird zunächst der steuerliche Referenzrahmen ermittelt, also die Steuerart, die für die Bildung von Vergleichspaaren relevant ist. Im zweiten Schritt wird geprüft, ob die Steuerregelung *prima facie* von den Grundsätzen und Regeln des Referenzrahmens abweicht und somit selektiv wirkt. Auf der dritten und letzten Stufe erfolgt eine Feinprüfung der als *prima facie* unsachlich befundenen Differenzierung, um zu ermitteln, ob diese tatsächlich der Herstellung von Besteuerungsgleichheit dient.

Auffällig ist zunächst die in der Praxis vorgenommene **Verbindung der Tatbestandselemente Begünstigung und Selektivität** bei Steuerbeihilfen. Dass sich aus der Selektivität der Vorteil ergibt und umgekehrt, wird bei Beihilferegulungen zwar nicht explizit in Form einer Vermutung ausgesprochen, aber die Untersuchung erfolgt anhand derselben Gesichtspunkte.¹⁶⁹

Das Problem verdeutlicht etwa die **Rs. Gibraltar**, in der ein allgemeines Steuerreformvorhaben als selektiv beurteilt wurde.¹⁷⁰ Die Steuerreform knüpfte an die Lohnsumme und die Gewerbegrundnutzung von allen Unternehmen an, was faktisch die Steuerlast für sog. Offshore-Unternehmen senkte. Obwohl die Steuerregelung allgemein reformiert und in sich schlüssig war, also kein unsachliches Abweichen von der allgemeinen Referenzregelung ersichtlich war, argumentierte die Kommission mit einem **Begünstigungseffekt im internationalen Vergleich** anhand eines hypothetischen KöSt-Standards. Während die Begünstigung unzweifelhaft vorlag, mangelte es jedoch – entgegen der gerichtlich gebilligten Einschätzung der Kommission – an einem diskriminierenden bzw. selektiven Charakter der Steuerregelung.¹⁷¹

Auf der zweiten Stufe werden **tatbestandliche Differenzierungen bei Steuermaßnahmen sehr großzügig als Abweichung** vom allgemeinen System qualifiziert. Die Herangehensweise der Kommission und der Unionsgerichte lässt sich am Beispiel der **spanischen KöSt** veranschaulichen. Spanien beschloss eine Regelung, wonach steuerpflichtige Unternehmen aller Branchen und Größen den immateriellen Geschäfts- oder Firmenwert (sog. *goodwill*), der sich aus der Differenz zwischen gezahltem Preis und Buchwert beim Erwerb von Beteiligungen an im Ausland steuerpflichtigen Unternehmen ergab, abschreiben konnten. Umstritten war, ob das Referenzsystem die Körperschaftsteuerliche Behandlung des Beteiligungserwerbs insgesamt sei oder nur jene von Beteiligungen im Inland. Die Kommission hatte im Ausschluss des Erwerbs von

¹⁶⁸ Rs. C-203/16, *Andres*, ECLI:EU:C:2018:505, Rn. 94; Rs. C-20/15 P und C-21/15 P, *World Duty Free*, ECLI:EU:C:2016:981, Rn. 59.

¹⁶⁹ Vgl. Rs. T-760/15 ua, *Starbucks*, ECLI:EU:T:2019:669, Rn. 129; Rs. T-755/15 ua, *Fiat*, ECLI:EU:T:2019:670, Rn. 360 f.

¹⁷⁰ Rs. C-106/09 P und C-107/09 P, *Gibraltar*, ECLI:EU:C:2011:732.

¹⁷¹ Vgl. näher Jaeger (2021) in MÜKoBeihilfenR⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 16 (i.E.).

Beteiligungen an inländischen Unternehmen die Selektivität der Maßnahme gesehen, während das EuG im Urteil *Autogrill* die Selektivität verneinte, da die Regelung rechtlich und faktisch allen Unternehmen offenstehe.¹⁷² Die Einschränkung auf ausländische Beteiligungen sei tatbestandsimmanent und könne die Regelung für sich alleine noch nicht selektiv machen.¹⁷³ Der EuGH drehte diese Beurteilung im Urteil *World Duty Free* jedoch um: Selbst **Maßnahmen, die allen Unternehmen offenstehen, können selektiv sein**, wenn sie bestimmte Verhaltensweisen gegenüber anderen, rechtlich und faktisch vergleichbaren Verhaltensweisen, begünstigen.¹⁷⁴ Das EuG hätte daher näher prüfen müssen, ob die Maßnahme dem Dreistufentest entspreche, anstatt die Selektivität sofort zu verneinen. Diese Prüfung holte das EuG im (wiederum bekämpften)¹⁷⁵ Zweiturteil *World Duty Free*¹⁷⁶ aus 2018 nach und bestätigte im Ergebnis die Beschlüsse der Kommission.¹⁷⁷

Ein weiteres Beispiel dafür, dass bei großen bzw. gängigen Steuerarten im Grunde **jede Tatbestandseinschränkung als Ungleichbehandlung** beurteilt wird, bietet die Rs. *A-Brauerei* zur Begünstigung konzerninterner Umstrukturierungen bei der Grunderwerbsteuer.¹⁷⁸ Die Schlussanträge betonten die Souveränität der Mitgliedstaaten in Steuersachen und die invasive Natur der beihilfenrechtlichen Prüfung von steuerlichen Maßnahmen durch die Kommission anhand des Dreistufentests; vielmehr sollte die konkrete Steuerregelung nach der „klassischen Prüfmethode“ aufgrund ihrer allgemeinen Verfügbarkeit als nicht-selektiv beurteilt werden.¹⁷⁹ Der EuGH schloss sich dem nicht an und erachtete das System der Grunderwerbsteuer als Referenzpunkt. Dieses böte keinen offensichtlichen Grund, konzerninterne Umstrukturierungen nicht zu besteuern.¹⁸⁰ Erst auf der dritten Stufe des Tests wurde dann die Konzernthematik hinzugenommen und die fragliche Regelung als mit der Logik des Steuersystems übereinstimmend angesehen.¹⁸¹

Auf dieser dritten und letzten Prüfstufe für die Selektivität von Steuernormen erfolgt eine Feinprüfung der als *prima facie* unsachlich befundenen Differenzierung. Dabei wird geprüft, ob die Abweichung vom Referenzsystem „unmittelbar auf den **Grund- oder Leitprinzipien des Bezugssystems** beruht oder sich aus den **systemimmanenten Mechanismen** ergibt, die für das Funkzionieren und die Wirksamkeit des Systems erforderlich sind.“¹⁸² Dabei sind grundsätzlich auch

¹⁷² Rs. T-219/10, *Autogrill España*, ECLI:EU:T:2014:939, Rn. 53 ff; auch Rs. T-399/11, *Banco Santander*, ECLI:EU:T:2014:938, Rn. 57 ff.

¹⁷³ Vgl. in diesem Sinne auch Rs. C-203/16 P, *Andres*, ECLI:EU:C:2018:505, Rn. 96; Rs. C-417/10, *3M Italia*, ECLI:EU:C:2012:184, Rn. 42.

¹⁷⁴ Vgl. Rs. C-20/15 P und C-21/15 P, *World Duty Free*, ECLI:EU:C:2016:981, Rn. 81 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Rechtsmittel anhängig unter C-51/19 P (*World Duty Free*) bzw. unter C-53/19 P (*Banco Santander*).

¹⁷⁶ Rs. T-219/10 RENV, *World Duty Free*, ECLI:EU:T:2018:784, Rn. 59 ff; Rs. T-399/11 RENV, *Banco Santander*, ECLI:EU:T:2018:787, Rn. 57 ff.

¹⁷⁷ Vgl. näher Jaeger (2021) in *MüKoBeihilfenR*⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 61 (i.E.).

¹⁷⁸ Vgl. Rs. C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:1024.

¹⁷⁹ GA Saugmandsgaard Øe, Schlussanträge zu C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741, Rn. 74 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Rs. C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:1024, Rn. 38 ff.

¹⁸¹ Vgl. näher Jaeger (2021) in *MüKoBeihilfenR*⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 61 (i.E.).

¹⁸² Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 138.

„steuerfremde“ Ziele zu berücksichtigen, wie die Rs. *ANGED*¹⁸³ zur Raumordnung zeigt.¹⁸⁴ Großzügig sind Unionsgerichte dann, wenn die nationale Maßnahme zur Umsetzung einer EU-Richtlinie erlassen wurde; dies kann ein Indiz für eine gerechtfertigte Differenzierung darstellen.¹⁸⁵

Problematisch ist hier insbesondere die **Umkehr der Darlegungslast**. Die Mitgliedstaaten müssen nachweisen, dass die Abweichung systemimmanent und daher „gerechtfertigt“ ist: Laut EuG „obliegt es dem Mitgliedstaat, der eine Differenzierung zwischen Unternehmen vorgenommen hat, darzutun, dass diese Unterscheidung durch die Natur oder den inneren Aufbau des fraglichen Systems gerechtfertigt ist.“¹⁸⁶

So wird etwa die Einführung von **umweltbezogenen Abgaben**, sog. Ökosteuern, im Rahmen der Selektivität einer strengen Prüfung unterzogen. Dies veranschaulicht die **Rs. British Aggregates** zur Granulatabgabe in Nordirland. Nachdem die Kommission die Abgabe als „durch die Logik und die Natur des Steuersystems [ge]rechtfertigt“¹⁸⁷ beurteilte, bestätigte das EuG zunächst, dass Mitgliedstaaten sektorielle Abgaben zur Erreichung von (mangels Harmonisierung selbst gewählten) Umweltzielen einführen dürfen. Die Tatsache, dass eine solche Abgabe **punktuell auf bestimmte Gegenstände oder Dienstleistungen abstellt** und nicht auf ein allgemeines Steuersystem zurückgeführt werden kann, sollte nicht zur Annahme der Selektivität (zugunsten ähnlicher, nicht der Abgabe unterliegenden Tätigkeiten) führen.¹⁸⁸ Die im Ergebnis unterschiedliche Abgabenlast auf verschiedenen Erzeugnissen und Tätigkeiten sei hier nicht mit sonstigen Steuerausnahmen vergleichbar, da eine Umweltabgabe „gerade durch den ihr eigenen Anwendungsbereich und die ihr eigene Zielsetzung gekennzeichnet ist“.¹⁸⁹ Die Freistellung gewisser Rohmaterialien laufe nicht den vorgebrachten Umweltzielen entgegen, die Abgabe sei kohärent ausgestaltet.¹⁹⁰ Der EuGH erteilte diesem Zugang jedoch eine Absage: Es sei auf die Wirkungen einer Maßnahme abzustellen, nicht auf ihre Ziele, weshalb letztere die Einordnung als Beihilfe nicht von vornherein ausschließen können. Daher habe das EuG zu Unrecht die Selektivität verneint.¹⁹¹ Auch seien die Differenzierungen zwischen Unternehmen nicht durch Wesen oder Struktur des Systems gerechtfertigt, da von der Regierung teils **nicht umweltbezogene Ziele** – wie der Erhalt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit eines Sektors – geltend gemacht wurden.¹⁹² Der Umweltschutz sei zwar ein wesentliches Ziel der Gemeinschaft;

¹⁸³ Vgl. Rs. C-233/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:280, Rn. 52 ff; Rs. C-234/15 und C-235/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:281, Rn. 45 ff; Rs. C-236/16 und C-237/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:291, Rn. 40 ff.

¹⁸⁴ So auch GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567, Rn. 153.

¹⁸⁵ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 136, Fn. 211.

¹⁸⁶ Rs. T-755/15, *Fiat*, ECLI:EU:T:2019:670, Rn. 203; ebenso Rs. T-760/15 ua, *Starbucks*, ECLI:EU:T:2019:669, Rn. 195; vgl. bereits Rs. C-78/08 ua, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2009:417, Rn. 65.

¹⁸⁷ Kom., Entscheidung C (2002) 1478 final vom 24. April 2002 betreffend die staatliche Beihilfe N 863/01 – Vereinigtes Königreich/Granulatabgabe, ErwG. 43.

¹⁸⁸ Rs. T-210/02, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2006:253, Rn. 115.

¹⁸⁹ Rs. T-210/02, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2006:253, Rn. 116.

¹⁹⁰ Rs. T-210/02, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2006:253, Rn. 123 ff.

¹⁹¹ Rs. C-487/06 P, *British Aggregates*, ECLI:EU:C:2008:757, Rn. 84 ff.

¹⁹² Rs. C-487/06 P, *British Aggregates*, ECLI:EU:C:2008:757, Rn. 88.

das Erfordernis rechtfertige jedoch „nicht die Nichteinbeziehung selektiver Maßnahmen“ in den Beihilfetatbestand. Vielmehr sei das Umweltziel auf der Vereinbarkeitsebene zu berücksichtigen.¹⁹³ Im Zweiturteil folgte das EuG, der allgemeine Referenzrahmen (die Normalbesteuerung) beruhe „auf dem Konzept der gewerblichen Verwertung eines der Abgabe unterliegenden Materials in der Form von ‚Granulat‘ im Vereinigten Königreich“.¹⁹⁴ Die Ungleichbehandlung, die darin lag, dass die Abgabe auf manche verwendete Materialien nicht anwendbar war, sei **nicht aufgrund der Logik des „Normalsteuersystems“ gerechtfertigt**.¹⁹⁵ Der Kommissionsbeschluss wurde aufgehoben. Zwischenzeitlich hatte die Kommission neue Entscheidungen erlassen: Jedes von der Abgabe befreite Material sollte einzeln auf seine Vergleichbarkeit und „Rechtfertigung“ aus der inneren Systemlogik hin untersucht werden (zweite und dritte Stufe des Dreistufentests).¹⁹⁶

Auch die **irische Flughafensteuer** (air travel tax), die 10 EUR pro Passagier für Langstreckenflüge und nur 2 EUR für Kurzstreckenflüge (bis zu 300 km) betrug, wurde als unvereinbare Beihilfe eingestuft. Das Referenzsystem sei die Besteuerung von Passagieren, die von einem in Irland gelegenen Flughafen aus abfliegen, und zwar zum „Normalbetrag“ von 10 EUR. Die Ausnahme liege in der niedrigeren Besteuerung von Kurzstreckenflügen, die bevorzugt würden. Irland begründete die Differenzierung mit der Verhältnismäßigkeit des Betrags in Relation zur Flugentfernung. Die Kommission sah diese Ungleichbehandlung jedoch **nicht als systemimmanent** an; denn die Zuständigkeit der irischen Finanzbehörde, der Steuertatbestand (Abflug von einem irischen Flughafen aus) und die negativen Auswirkungen der Flüge (Lärm- und Umweltbelastung) seien in beiden Fällen dieselben. Für eine Begründung im Sinne der Fluggaststeuerung fehlte an der **Kohärenz** der Maßnahme.¹⁹⁷

Zurückhaltender sind Kommission und Unionsgerichte bei **progressiven Steuersystemen**, bei denen die höchsten Tarifstufen faktisch nur bestimmte Unternehmen bzw. Bereiche belasten.¹⁹⁸

Wie sehr eine **Diskriminierungsprüfung** auch auf der Ebene der Selektivitätsprüfung bereits angelegt ist (dazu allgemein bereits oben Abschnitt 6.4.2.2.) illustriert die Rs. *Tesco-Global Áruházak*¹⁹⁹, betreffend eine ungarische progressive Sonderumsatzsteuer, die faktisch Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten stärker belastet. Zwar wurden die beihilfenrechtlichen Fragen vom EuGH als unzulässig zurückgewiesen, da ein allfälliger Beihilfecharakter der Regelung mangels zwingendem Verwendungszusammenhang zwischen der allgemeinen

¹⁹³ Rs. C-487/06 P, *British Aggregates*, ECLI:EU:C:2008:757, Rn. 92.

¹⁹⁴ Rs. T-210/02 RENV, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2012:110, Rn. 55.

¹⁹⁵ Rs. T-210/02 RENV, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2012:110, Rn. 86 ff.

¹⁹⁶ ABl. 2013/C 348/162, SA.34775; und ABl. 2016/L 59/87, SA.34775. Die Klagen gegen beide Kommissionsbeschlüsse wurden auf Antrag zurückgezogen (Rs. T-101/14 und T-610/15, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2019:79).

¹⁹⁷ Kom., Beschluss C(2012) 5037 vom 25. Juli 2012 über die staatliche Beihilfe SA.29064 (11/C, ex 11/NN) – Differenzierte Fluggaststeuersätze in Irland, Rz. 43 ff; der Beihilfecharakter wurde auch im weiteren Rechtsweg nicht beanstandet, vgl. Rs. T-473/12, *Aer Lingus/Kommission*, ECLI:EU:T:2015:78, Rn. 76; und Rs. C-164/15 P und C-165/15 P, *Aer Lingus/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:990, Rn. 51 ff.

¹⁹⁸ Vgl. etwa Rs. T-836/16 und T-624/17, *Polen/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:338; Rs. T-20/17, *Ungarn/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:448.

¹⁹⁹ Rs. C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2020:140.

Steuer und einer allfälligen Beihilfe das betroffene Unternehmen nicht von der Zahlung befreit hätte; er beurteilte die Regelung jedoch am Maßstab der Niederlassungsfreiheit. Eine **mittelbare Diskriminierung** von ausländisch beherrschten Unternehmen wurde verneint, da die progressive Staffelung des Systems im Ermessen der Mitgliedstaaten liege und die Umsatzhöhe sowohl ein „neutrales Unterscheidungskriterium“ als auch einen „relevante[n] Indikator für die Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen“ darstelle.²⁰⁰ Die faktische Belastung nicht-ungarischer Unternehmen sei darauf zurückzuführen, „dass solche Steuerpflichtige den Einzelhandel in Verkaufsräumen auf dem ungarischen Markt dominieren und dort die höchsten Umsätze erzielen“, wobei dieser „Umstand [...] keinen zwingenden, sondern einen aleatorischen Indikator“ darstellt.²⁰¹ In den Schlussanträge behandelt GA Kokott²⁰² auch den fraglichen **Beihilfecharakter** der Regelung, da die progressive Staffelung umsatzschwächere (*de facto* ungarische) Unternehmen bevorzugen könnte. Sie führte aus: „Im Ergebnis ist diese Selektivitätsprüfung eine **Diskriminierungsprüfung**.“²⁰³ Dabei verweist sie auf die in mehreren Schlussanträgen geäußerten „Bedenken, insbesondere hinsichtlich der Bestimmung des richtigen Referenzrahmens und einer allgemeinen Gleichheitsprüfung aller nationalen Steuergesetze bei gleichzeitiger Steuerautonomie der Mitgliedstaaten“ und schlägt daher „einen **abgemilderten Prüfungsmaßstab** bezüglich der Kohärenz“ vor. Die Selektivität sei zu bejahen, wenn die Differenzierungen „im Hinblick auf das Ziel des Gesetzes auf **keiner rationalen Grundlage** beruhen“.²⁰⁴ Insbesondere die **Inkohärenz einer Regelung indiziere eine missbräuchliche Verwendung** des Steuerrechts zur **Umgehung** des Beihilfenrechts.²⁰⁵ In der Folge verneint sie bereits die Vergleichbarkeit der umsatzstarken mit umsatzschwachen Unternehmen im Hinblick auf ihre Leistungsfähigkeit und bejaht auch (hilfsweise) die sachliche Rechtfertigung der Differenzierung aufgrund der anerkannten Umverteilungslogik progressiver Steuersysteme.

6.4.4.3 Problemanalyse

Das skizzierte Verständnis des Dreistufentests bei Steuerbeihilfen führt zu Problemen auf mehreren Ebenen. Zunächst führt die zweite Stufe dazu, dass insbesondere bei breiten Abgabensystemen (wie der spanischen KöSt) *de facto* **jede tatbestandliche Eingrenzung zu einer selektiven Ungleichbehandlung** führen. Der folglich der Kommission eingeräumte Spielraum erhöht ihren

²⁰⁰ Rs. C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2020:140, Rn. 70.

²⁰¹ Rs. C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2020:140, Rn. 72.

²⁰² GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567.

²⁰³ GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567, Rn. 149 (Hervorhebung hinzugefügt) unter Verweis auf GA Bobek, Schlussanträge zu C-270/15 P, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:289, Rn. 29.

²⁰⁴ GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567, Rn. 151 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁰⁵ GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567, Rn. 155.

Einfluss auf nationale Policy-Entscheidungen im Bereich der Steuern und Abgaben. Ein Gutachten des deutschen Finanzministeriums moniert sogar, die „formaljuristischen Abgrenzung“ von Regel und Ausnahme „führt zu willkürlichen Ergebnissen.“²⁰⁶

Problematisch ist auch die **Vermengung der Begünstigungs- und Selektivitätsprüfung**. Diese gleichzeitige Untersuchung anhand derselben Tatsachen und Methoden ergibt einen **Zirkelschluss**, der nicht nur dogmatisch problematisch ist, sondern ein **Rechtsschutzdefizit** für Mitgliedstaaten und Unternehmen bedeutet. Eine sauber getrennte Prüfung der Tatbestandsmerkmale würde die Verteidigungsmöglichkeiten im Rahmen der Beihilfeprüfung verbessern und die Beihilfenkontrolle treffsicherer gestalten.²⁰⁷

Auch die dritte Stufe des Dreistufentests ist mit Problemen behaftet.

Kommission und Rechtsprechung²⁰⁸ sprechen für den dritten Schritt von einer „Rechtfertigung durch die Natur oder den inneren Aufbau des Bezugssystems“.²⁰⁹ Gleichwohl handelt es sich nicht um eine Rechtfertigungsprüfung, sondern um einen Unterbestandteil der **Tatbestandsprüfung**, was für die Frage der **Darlegungslast** entscheidend ist. Tatsächlich erlegen Kommission und Rechtsprechung für den dritten Prüfschritt die Darlegungslast in **systemwidriger Weise** dem Mitgliedstaat auf.²¹⁰ Hier kommt wieder zum Vorschein, wie sehr die Selektivitätsprüfung und die Beihilfeprüfung insgesamt in Grenz- und **Zweifelfällen zu Lasten der Mitgliedstaaten** ausschlägt: Der oberflächliche Prüfmaßstab der Kommission, die zurückhaltende gerichtliche Überprüfung inkl. Duldung eines faktischen Entscheidungsspielraums der Kommission und die hier sogar den Mitgliedstaaten umgebundene Darlegungslast versetzen die **Kommission in eine komfortable, aber systemwidrige Position**.²¹¹

Zudem ist die Terminologie des GHdEU uneinheitlich: Neben der „innere[n] Logik“²¹² wird z.B. auch von „Natur oder dem inneren Aufbau“,²¹³ „der Systematik“²¹⁴ oder dem „Wesen oder

²⁰⁶ *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, Gutachten 03/2017, 18, abrufbar unter [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Geschaefsbereich/Wissenschaftlicher Beirat/Gutachten und Stellungnahmen/Ausgewaehlte Texte/2017-11-16-Steuerverguenstigungen-und-EU-Behilfeaufsicht-anlage.pdf? blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Geschaefsbereich/Wissenschaftlicher%20Beirat/Gutachten%20und%20Stellungnahmen/Ausgewaehlte%20Texte/2017-11-16-Steuerverguenstigungen-und-EU-Behilfeaufsicht-anlage.pdf?blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 12.3.2021).*

²⁰⁷ Vgl. näher Jaeger (2021) in MÜKoBeihilfenR⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 14 und 80 (i.E.); Jaeger, EStAL 2015, 345 (350 ff.); Schön (2016) in *Hancher – Ottvanger – Slot*, Rz. 13-031 ff.

²⁰⁸ Vgl. z.B. Rs. C-148/04, *Unicredito*, ECLI:EU:C:2005:774, Rn. 51; Rs. C-143/99, *Adria-Wien*, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 42; Rs. C-88/03, *Portugal/Kommission (Azoren)*, ECLI:EU:C:2006:511, Rn. 53; Rs. C-501/00, *Spanien/Kommission*, ECLI:EU:C:2004:438, Rn. 122.

²⁰⁹ Mitteilung Beihilfebegriff, Abschnitt 5.2.3.3.; vgl. Rs. C-78/08 bis C-80/08, *Paint Graphos*, Rn. 69 ff.; Rs. C-88/03, *Portugal/Kommission (Azoren)*, ECLI:EU:C:2006:511, Rn. 81; Rs. C-6/12, *P Oy*, ECLI:EU:C:2013:525, Rn. 27 ff.

²¹⁰ Vgl. Rs. C-106/09 P und C-107/09 P, *Gibraltar*, ECLI:EU:C:2011:732, Rn. 146; Rs. C-159/01, *Niederlande/Kommission*, ECLI:EU:C:2004:246, Rn. 43; Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 141; näher Jaeger, Schwächen der Prüfung von Steuerbeihilfen am Beispiel der Urteile Fiat und Starbucks, EuZW 2020, 18 (24).

²¹¹ Vgl. näher Jaeger (2021) in MÜKoBeihilfenR⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 63 (i.E.).

²¹² Rs. T-210/02, *British Aggregates*, ECLI:EU:T:2006:253, Rn. 152; in der englischen Sprachfassung: „internal logic“.

²¹³ Rs. C-88/03, *Portugal/Kommission (Azoren)*, ECLI:EU:C:2006:511, Rn. 52; in der englischen Sprachfassung: „nature or [...] overall structure“.

²¹⁴ Rs. C-501/00, *Spanien/Kommission*, ECLI:EU:C:2004:438, Rn. 122; in der englischen Sprachfassung: „organisation“.

[den] allgemeinen Zwecke[n]"²¹⁵ des Steuersystems als Prüfgegenstand gesprochen. Allerdings sind Begriffe wie Logik, Aufbau oder gar Zweck, nicht nur in der deutschen Sprachfassung, weder bedeutungsgleich noch austauschbar. Somit bleibt schwammig, was mit diesen Begriffen gemeint sein soll und inwieweit sich die geprüften Gesichtspunkte von dem unterscheiden, was schon unter den ersten beiden Prüfschritten des Dreistufentests bereits mitberücksichtigt wird. Denn die Grundsätze und Ziele der fraglichen Steuerart spielen schon für die Eingrenzung des Referenzsystems und für die Frage einer Abweichung innerhalb des Systems eine Rolle. Zusammengefasst bestehen beim dritten Prüfschritt **semantische Unschärfen** und **substanzielle Unklarheiten**, die zu Unschärfen in der Anwendung und Rechtsunsicherheit führen.²¹⁶ Mit der Umdeutung der Tatbestands- in eine Art Rechtfertigungsprüfung und der damit verbundenen Abwälzung der Beweislast auf die Mitgliedstaaten werden zudem deren **Verteidigungsrechte** beschnitten. Diese Notwendigkeit, die Steuermaßnahme „freizubeweisen“, ist sowohl aus Rechtsschutzgesichtspunkten kritikwürdig als auch als **Konterkarieren des Grundsatzes der Steuerautonomie** der Mitgliedstaaten anzusehen.²¹⁷

Zudem führen die hohen Anforderungen des EuGH an den Grundsatz des **Vertrauensschutzes** dazu, dass auch innerstaatlich **rechtskräftig** gewährte Steuervergünstigungen von den Empfängern rückwirkend rückgefordert werden müssen und der steuerrechtliche Vertrauensschutz in den Mitgliedstaaten empfindlich zurückgedrängt wird.²¹⁸ Dieses Problem berücksichtigt die Praxis bisher nur punktuell.²¹⁹ Daher wäre anzudenken, die Rückforderung bereits gewährter Steuerbeihilfen **nicht rückwirkend anzuordnen**, sondern nur mit Wirksamkeit *ex tunc* anzuordnen²²⁰ bzw. zumindest **großzügigere Vertrauensschutzregeln** in solchen Fällen vorzusehen (angelehnt an die bestehende 10-Jahres-Verjährungsregel in Art. 17 VerfahrensVO 2015/1589).

Mit dem Abstellen der Kommission auf die „**Logik**“ **des Bezugssystems** eröffnet sie sich ein Überprüfen der gesetzgeberischen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers und damit ein ggf. uferloses Eingreifen in die nationale Steuerhoheit. So wird etwa eine differenziert ausgestaltete Umweltsteuer, die auch Aspekte der Wirtschaftslenkung bzw. der Wettbewerbsfähigkeit einbezieht, von den Unionsgerichten auf ihre Kohärenz und „innere Logik“ hin geprüft. Zudem trifft Mitgliedsstaaten die Darlegungslast betreffend die Zulässigkeit der Abweichung vom Referenzrahmen, obwohl das Vorliegen des Tatbestandselements „Selektivität“ eigentlich von der Kommission nachgewiesen werden müsste. Darüber hinaus und ganz grundsätzlich ist eine solche weite „**Sachlichkeitsprüfung**“ **des nationalen Steuerrechts nicht Sinn und Zweck** der EU-Beihilfenkontrolle. Lenkungspolitische Zwecke nationaler Steuermaßnahmen werden zu systemfremden und beihilfeverdächtigen Maßnahmen. Insbesondere ist es nicht ungewöhnlich, dass nationale Steuersysteme ineffiziente Aspekte beinhalten, die im Rahmen punktueller Reformen

²¹⁵ Rs. C-143/99, *Adria-Wien*, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 42; in der englischen Sprachfassung: „nature or general scheme“.

²¹⁶ Näher Jaeger, *EuZW* 2020, 18 (23 f.).

²¹⁷ Vgl. näher Jaeger (2021) in *MüKoBeihilfenR*⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 63 f. (i.E.).

²¹⁸ Vgl. Schnitger, *IStR* 2017, 421 (427).

²¹⁹ Vgl. etwa Kom., Entscheidung 2005/77/EG, *ABl.* 2005/L 29/24 – Steuerrechtliche Regelung in Gibraltar, Rz. 100.

²²⁰ Vgl. die Forderung in *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, Gutachten 03/2017, 37.

abgeschwächt werden sollen: Etwa durch die Einführung von beschleunigten Abschreibungsmöglichkeiten. Die damit einhergehenden Vergünstigungen stehen so nun unter Beihilfeverdacht.²²¹

Die Beihilfeaufsicht wird somit von der Kommission **überdehnt** und faktisch als Maßnahme der **Steuerharmonisierung** eingesetzt.²²² Wie weitgreifend die Kommission hier nationale Steuersysteme überprüfen will, zeigt sich etwa im Fall *Tesco-Global Áruházak* (progressive Umsatzsteuer in Ungarn): Die Kommission argumentierte offenbar in der mündlichen Verhandlung, die Steuer ergebe keinen Sinn und es wäre präziser, Betriebsvermögen zu vergleichen als auf den Nettoumsatz abzustellen. Dem entgegnete die Generalanwältin zu Recht, es sei nicht Aufgabe des Beihilfenrechts, nationale Steuersysteme auf ihre Sinnhaftigkeit oder Präzision hin zu kontrollieren.²²³

Zusammengefasst: Das weite Selektivitätsverständnis führt zu einer Prüfkompetenz der Kommission in so gut wie allen Angelegenheiten der direkten Besteuerung, die jedoch in die nationalstaatlichen Kompetenzen fallen. Damit wird das **institutionelle Gleichgewicht der EU zulasten der Mitgliedstaaten verschoben**.²²⁴ Auf Ebene der Tatbestandsprüfung sollte die beihilfenrechtliche Prüfung den **Lenkungs- und Steuerungszweck** von Steuern und die nationalen **Gestaltungsspielräume** respektieren. Dabei sollte sich die Kommission auf eine Art Missbrauchs- und Umgehungskontrolle beschränken.²²⁵

Aufforderungen dahin, seine weite Auslegung des Selektivitätskriteriums bei Steuern zu überdenken und Maßnahmen, die rechtlich wie tatsächlich von allen Unternehmen im Inland beansprucht werden können (und die daher nach anderen Merkmalen als der Art der Begünstigten differenzieren), aus dem Selektivitätsbegriff herauszunehmen, hat der EuGH bislang nicht aufgegriffen.²²⁶

Eine grundsätzliche Konsequenz aus der (wenngleich von den Unionsgerichten bislang verworfenen)²²⁷ Kritik an der Beihilfenkontrolle von Steuermaßnahmen könnte es sein, den **Dreistufentest überhaupt aufzugeben**. Stattdessen könnte, angelehnt die Beihilfeprüfung von Daseinsvorsorgeleistungen als einem ähnlich sensiblen und verfassungsnahen Bereich, die Beihilfeprüfung von Steuern auf eine grobe **Missbrauchsprüfung** reduziert werden. So wie die Qualifikation einer Leistung als Daseinsvorsorgeleistung also grundsätzlich in der Definitionshoheit der Mitgliedstaaten steht und die Kommission lediglich offensichtliche Fehlzuordnungen korrigiert, könnten auch Steuerregelungen von einer grundsätzlichen **Vermutung der Rechtmäßigkeit** (d.h. einer

²²¹ Vgl. kritisch *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, *Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht*, Gutachten 03/2017, 24.

²²² So auch der Generalanwalt in der Rs. *Gibraltar*, vgl. GA *Jääskinen*, Schlussanträge zu C-106/09 P und C-107/09 P, *Gibraltar*, ECLI:EU:C:2011:215, Rn. 202; kritisch auch Nicolaidis, *EStAL* 2019, 15 (28).

²²³ GA *Kokott*, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567, Rn. 167.

²²⁴ Vgl. auch GA *Kokott*, Schlussanträge zu C-66/14, *Finanzamt Linz*, ECLI:EU:C:2015:242, Rn. 113.

²²⁵ So auch Hummel, *ERA Forum* 2019, 51 (60).

²²⁶ Vgl. Rs. C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:1024, Rn. 113.

²²⁷ Näher Jaeger (2006), *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, Rz. 2 ff, 21 ff und 184 ff.

Beihilfefreiheit der Steuerdifferenzierung) profitieren, sofern diese Vermutung nicht offensichtlich falsch ist und daher ohne verbleibenden Zweifel von der Kommission entkräftet werden kann.

Die Offensichtlichkeit einer Fehlzuordnung könnte etwa durch (gleichermaßen **aus der Anwendungspraxis wie aus der Ökonomik gespeiste**, jedenfalls aber tragfähige) **Vermutungsregeln** vereinfacht und transparent gemacht werden. Bspw. könnten von der Kommission steuerliche Bezugssysteme bei gängigen Steuerarten (z.B. ESt, KöSt) und gewissen gängigen Sondersteuern (z.B. in den Bereichen Umwelt und Energie) vordefiniert und den sie jeweils tragenden Prinzipien (z.B. Progression, Leistungsfähigkeit) zugeordnet werden. Solche Prinzipien könnten auch alternativ genannt werden, sodass den Mitgliedstaaten also **voller Gestaltungsspielraum** bleibt (z.B. wahlweise Progression oder Fixsteuersatz). Nur offensichtliche Abweichungen von diesen Vermutungsregeln wären von der Kommission zu korrigieren.

Soll alternativ am Dreistufentest festgehalten werden, bieten sich auch innerhalb dieses Tests Anpassungen an. So sollten vor allem die **Begünstigungs- und Selektivitätsprüfungen entzerrt werden** und sauber getrennt erfolgen. Dazu könnte der Dreistufentest in die Prüfung der Begünstigung verlagert werden, da das Abweichen vom „Referenzrahmen“ gerade die Begünstigung des Unternehmens bzw. Sektors beschreibt. Der Dreistufentest würde dabei (wie bisher) der Frage nachgehen, ob die Abweichung vom Referenzsystem aus steuerlogischen, systemimmanenten Gründen (quasi aus der inneren „Natur“ des Systems) folgt und erst **Besteuerungs-gleichheit** herstellt; wenn ja, **fehlt es bereits der Begünstigung** eines Unternehmens.²²⁸

Zweitens sollte, wie bereits zur Selektivität im Allgemeinen ausgeführt, die Selektivitätsprüfung, neben der Frage der Bestimmbarkeit der Empfänger, zu einer echten **Diskriminierungsprüfung** aufgewertet werden. Diese ist in der Judikatur bereits angelegt, weshalb in der Literatur auch Parallelen zur Grundfreiheitenprüfung gezogen werden.²²⁹ Im Rahmen einer sauberen Diskriminierungsprüfung wäre es möglich zu untersuchen, ob eine nationale Steuerbehörde ein ihr eingeräumtes Ermessen selektiv (etwa willkürlich) ausgeübt hat bzw. ob unsachliche bzw. unangemessene Unterschiede zwischen Unternehmen gemacht werden, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden. Dabei könnte jedes **sachliche Ziel** des Mitgliedstaates, das auf verhältnismäßige Weise verfolgt wird, herangezogen werden. Auch das Brexit-Nachfolgeabkommen verweist, neben der Systemimmanenzprüfung, auf die Diskriminierungsprüfung einer vom „allgemeinen“ System abweichenden Steuer, wobei jegliches nicht-wirtschaftliche Ziel der Allgemeinheit herangezogen werden kann.²³⁰ Eine solche Diskriminierungsprüfung könnte so eigenständig und sauber von der Begünstigung sowie dem Rest des Dreistufentests getrennt erfolgen.²³¹

²²⁸ Vgl. näher Jaeger (2021) in MÜKoBeihilfenR⁴, Steuerliche Maßnahmen, Rz. 15 (i.E.).

²²⁹ Vgl. nur Bousin -Piernas, EStAL 2008, 634 (642); Frenz (2019) in *Theobald -Kühling*, Art. 107 AEUV, Rz. 224 m.w.N.

²³⁰ Vgl. Art. 363 Abs. 2 lit. c Brexit-Nachfolgeabkommen.

²³¹ Zu alldem näher Jaeger, EuZW 2020, 18 (24).

Nun birgt aber freilich auch eine Diskriminierungsprüfung die Gefahr, dass der EuGH durch entsprechende Bildung der Vergleichspaare und der Bewertung ihrer (un)sachlichen Differenzierung steuerliche Regelungen weiterhin so großzügig aushebelt wie bisher;²³² die Frage, worin der „normale“ Referenzrahmen liegt (bzw. mit welchem Besteuerungssystem die geprüfte Regelung verglichen wird oder ob die verglichenen Unternehmen überhaupt „vergleichbar“ sind), ist oft gerade ein strittiger Punkt beim Dreistufentest (und wohl bei Diskriminierungsprüfungen im Allgemeinen). Der **Prüfmaßstab** sollte daher, wie GA Kokott vorschlägt²³³ und wie bereits oben zur generellen Selektivitätsprüfung ausgeführt, im Lichte der Steuerautonomie der Mitgliedstaaten **abgemildert** ausfallen und vor allem die **Kohärenz der Regelung** (im Sinne der Eignung zur Zielerreichung) überprüfen, um eine **offensichtliche Umgehung** des Beihilfenrechts zu unterbinden. Eine solchermaßen auf den **missbräuchlichen** Einsatz des Steuerrechts fokussierte Beihilfenkontrolle würde der Kompetenzverteilung besser gerecht als die aktuelle Prüfung.

Drittens wäre die **Umkehr der Darlegungslast** für die Systemimmanenz im Rahmen der dritten Stufe des Dreistufentests aufzugeben. Das behauptete Vorliegen einer (systemwidrigen) Ausnahme vom Referenzrahmen ist von der Kommission im Rahmen der Tatbestandsprüfung nachzuweisen, für die sie die Beweislast trifft. Konsequenterweise sollte auch im Rahmen einer echten **Diskriminierungsprüfung** die Darlegungslast bezüglich einer fehlenden Rechtfertigung und dabei insbesondere Verhältnismäßigkeit einer Regelung (d.h. ihrer Eignung inkl. Kohärenz, Erforderlichkeit und Angemessenheit) **bei der Kommission** liegen, da diese eben auf der Tatbestandsebene hineinspielt (und nicht, wie bei den Grundfreiheiten, auf Ebene der Rechtfertigung vom erfüllten Eingriffstatbestand).

Tragfähige, aus der Anwendungspraxis und aus der Ökonomik gespeiste Vermutungsregeln und ggf. weitere (z.B. auch eine Definition der steuerlichen Maßnahmen, eine konzeptionelle Abgrenzung von fiskalischen gegenüber parafiskalischen Maßnahmen, Gebühren, Sozialabgaben, eine Abgrenzung gegenüber dem Tatbestandsmerkmal des Vorteils usw.) oder alternative (bei Festhalten am Dreistufentest) Neujustierungen der Beihilfeprüfung von Steuermaßnahmen sollten jedenfalls in einer als überfällig zu bezeichnenden **Neufassung der Mitteilung Unternehmensbesteuerung** erfolgen. Angesichts der vielen im Steuerbereich nach wie vor bestehenden Unklarheiten und Unschärfen erscheint eine solche spezifische und detaillierte Mitteilung zur Auslegung des Beihilfetatbestands bei Steuern wünschenswert. Die knappen und punktuellen Erörterungen zu Steuerbeihilfen in der Mitteilung zum Beihilfebegriff sind nicht ausreichend, um eine verallgemeinerbare und vorhersehbare Anwendungspraxis anzuleiten.

5.5 Staatlichkeit

5.5.1 Einleitung und Thesen

Unter den Tatbestand des Beihilfeverbots fallen nur Maßnahmen staatlichen Ursprungs: Nichtstaatliche Maßnahmen sind auch dann beihilfefrei, wenn sie im Übrigen gleiche Wirkungen

²³² Zu dieser Gefahr und kritisch gegenüber einer allgemeinen Diskriminierungsprüfung etwa *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, Gutachten 03/2017, 27.*

²³³ GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2019:567, Rn. 151.

haben. Es gibt im Rahmen von Art. 107 Abs. 1 AEUV **kein Konzept von Maßnahmen gleicher Wirkung** wie Beihilfen (wie es etwa beim Warenverkehr existiert).

Für die Abgrenzung von staatlichem gegenüber privatem Handeln ist prinzipiell der allgemein weite Staatsbegriff des Unionsrechts maßgeblich, der etwa in der weitgehenden Einbeziehung privaten Verhaltens in die Grundfreiheiten zum Ausdruck kommt.²³⁴ Daher können auch öffentliche Unternehmen und öffentliche Körperschaften bzw. generell alle offen oder versteckt von Hoheitsträgern beherrschten Einrichtungen das Staatlichkeitskriterium erfüllen. Die Staatlichkeit ist sowohl hinsichtlich der **Initiative** für die Maßnahme als auch hinsichtlich ihrer **Finanzierung** nachzuweisen und ist also doppelt bedingt.

Sind diese Zurechnungskriterien nicht treffsicher, kann es zu überschießenden Wirkungen des Beihilfeverbots dahin kommen, dass auch **selbstbestimmtes oder lediglich gesetzgeleitetes Wettbewerbsverhalten Privater** erfasst wird. Eine überschießende Einbeziehung tatsächlich selbständigen privaten Verhaltens in das Beihilfeverbot liefe dem **Selbständigkeitspostulat des Wettbewerbsrechts**, wonach Unternehmen grundsätzlich eigenständig am Markt auftreten und ihre Unternehmenspolitik selbstständig bestimmen können und sollen, zuwider. Die Beihilfenkontrolle würde somit ihrerseits wettbewerbsbeschränkend wirken bzw. würde die Wettbewerbsverzerrung erst durch eine dysfunktionale Anwendung des Beihilfeverbots hervorgerufen (siehe Ausgangsannahme 5).

Allerdings verfolgt die Rechtsprechung in Teilbereichen einen formalistischen Zugang, der kaum auf die effektiven Wirkungen der Beihilfe Bezug nimmt. Dies zeigt sich insbesondere bei gesetzlichen Regelungen, die Private zur Leistung finanzieller Beiträge verpflichten, mit denen wiederum gewisse Tätigkeiten finanziert werden. Fraglich ist im Zusammenhang mit **parafiskalischen Abgaben**, unter welchen Bedingungen die privaten Beiträge funktional dem Staatshaushalt zugerechnet werden können. Großzügig ist auch die **Einbeziehung von Unternehmen** in die staatliche Sphäre aufgrund des Indizienbeweises. Diese beiden Problemkreise werden im Folgenden getrennt behandelt.

5.5.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

6.5.2.1 Problemkreis 1: Staatliche Finanzierung

Bei der Beurteilung staatlicher Finanzierung durch Kommission und GHdEU kommt es gegenwärtig zu **Wertungswidersprüchen**, da Systeme mit ähnlichen Merkmalen und im Wesentlichen gleicher wirtschaftlicher Wirkungsweise beihilfenrechtlich unterschiedlich beurteilt werden. Dies manifestiert sich besonders bei parafiskalischen Abgaben, die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung von Marktteilnehmern erhoben werden. Hier wird gerade nicht, wie beihilfenrechtlich allgemein geboten,²³⁵ nach den Wirkungen der Finanzierung unterschieden, sondern nach

²³⁴ So können etwa Regeln von europaweit tätigen Sportverbänden, die in ihrem Wirkungsbereich kollektiv wirksame Regeln aufstellen, oder gewerkschaftliche Maßnahmen, an der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemessen werden; vgl. statt aller Rs. 36/74, *Walrave*, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 17; oder Rs. C-438/04, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 33 ff.

²³⁵ Z.B. Rs. C-278/00, *Griechenland/Kommission*, ECLI:EU:C:2004:239, Rn. 52; Rs. C-83/98 P, *Ladbroke*, ECLI:EU:C:2000:248, Rn. 50; verb. Rs. C-399/10 P und C-401/10 P, *Bouygues*, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 110.

den **formalen Gestaltungsmerkmalen** eines Systems: Wenn die beihilfefinanzierenden Gelder auf ihrem Weg von den per Gesetz zur Leistung der Beiträge verpflichteten Privaten (z.B. Stromendnutzern) zu den (ebenfalls gesetzlich festgelegten) privaten Empfängern (z.B. Ökostromerzeugern) über eine im Naheverhältnis zur öffentlichen Hand stehende Abwicklungsstelle fließen, ist das System staatlich.²³⁶ Fließen die Mittel direkt zwischen den Privaten, wird das System als privat angesehen.²³⁷ Diese rein formale Betrachtung vernachlässigt den für die Wettbewerbswirkungen eigentlich maßgeblichen Gesichtspunkt, wem eine **Finanzierung tatsächlich wirtschaftlich zuzurechnen** ist, wer sie also wirtschaftlich am Ende trägt.²³⁸

Konsequent als **nicht-staatlich** werden in der Rechtsprechung etwa Preisregelungen²³⁹ oder Fördermodelle qualifiziert, bei denen es lediglich zu einem Mittelfluss bzw. einer Belastungsverschiebung zwischen Privaten kommt.²⁴⁰ Die gesetzliche Anordnung der Finanzierungspflicht Privater reicht daher für sich genommen nicht aus, um den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu eröffnen. Mit anderen Worten: Privates Verhalten wird nicht dem Staat zugerechnet, nur weil sich Private an staatliche Normen halten. Zwar mag der Staat durch das Erlassen der Gesetze die Begünstigung veranlasst haben (Zurechnung), bei Mittelflüssen zwischen Privaten fehlt es jedoch an der staatlichen Finanzierung, d.h. der Budgetwirksamkeit.

Sehr wohl bejaht die Rechtsprechung allerdings die staatliche Finanzierung in Fällen, in denen eine **zwischengeschaltete, staatlich kontrollierte Abwicklungsstelle in den Mittelfluss einbezogen** wurde.²⁴¹ Wenn der Staat in die Beitragseinhebung und Verteilung – über die Schaffung der gesetzlichen Regelung hinaus – involviert war und so hinreichende „Kontrolle“ über die Mittel innehat, seien auch die privaten Zwangsbeiträge funktional dem staatlichen Haushalt zuzurechnen. Lediglich private Abwicklungsstellen, über die der Staat keine Kontrolle ausüben kann – wie Kammern – bewahren den privaten Charakter der Mittel.²⁴²

Diese fragliche Konsequenz der Rechtsprechung veranschaulicht das **Urteil EEG** aus 2019 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Das geprüfte deutsche Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) verpflichtete Netzbetreiber, Ökostromanlagen an das Netz anzuschließen und deren Strom vorrangig einzuspeisen und zu verteilen. Die Netzbetreiber hatten den Anlagenbetreibern eine gesetzlich festgelegte Vergütung zu zahlen. Diese Vergütung wurde ihnen von den überregionalen Übertragungsnetzbetreibern, die den Strom abnahmen, wiederum ersetzt. Auch war ein bundesweiter Ausgleichsmechanismus vorgesehen; speiste ein Übertragungsnetzbetreiber höhere Ökostrommengen ein als im eigenen Gebiet verbraucht

²³⁶ Vgl. z.B. Rs. C-262/12, *Vent de Colère*, ECLI:EU:C:2013:851, Rn. 26 f. und 35.

²³⁷ Vgl. Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 58; Rs. C-405/16 P, *Deutschland/Kommission (EEG)*, ECLI:EU:C:2019:268, Rn. 48 ff.

²³⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die anhängigen Verfahren zur deutschen Brandlastverbraucherregelung (z.B. Rs. T-238/19, *WEPA*; Rs. T-233/19 und T-244/19, *Infineon*; u.a.) wo genau dies gerügt wird.

²³⁹ Vgl. Rs. C-329/15, *ENEA*, ECLI:EU:C:2017:671.

²⁴⁰ Vgl. Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2001:160; oder Rs. T-182/10, *Aiscat*, ECLI:EU:T:2013:9.

²⁴¹ Rs. C-262/12, *Vent de Colère!*, ECLI:EU:C:2013:851; Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407.

²⁴² Vgl. Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, ECLI:EU:C:2013:348; Rs. C-345/02, *Pearle*, ECLI:EU:C:2004:448.

wurden, bestand ein Ausgleichsanspruch gegenüber den anderen Übertragungsnetzbetreibern. Ein weiteres Element war die **EEG-Umlage**: Die Übertragungsnetzbetreiber waren dazu verpflichtet, Ökostrom auf dem Strombörsenmarkt zu vermarkten. Erzielten sie dabei keinen kostendeckenden Preis, wurde ihnen die Differenz von Energieversorgungsunternehmen nachgezahlt. Diese EEG-Umlage konnte wiederum auf Endverbraucher abgewälzt werden, was praktisch auch geschah. Für bestimmte Sektoren war die EEG-Umlage jedoch gedeckelt, um die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten (z.B. stromintensive Produktion und Eisenbahn). Die Kommission beurteilte die Maßnahmen im EEG insgesamt als rechtswidrige (da nicht angemeldete) Beihilfe, die zum Teil mit dem Binnenmarkt vereinbar sei. Jedoch sei die Verringerung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen mit dem Binnenmarkt unvereinbar.²⁴³ Das EuG bestätigte den Kommissionsbeschluss und bejahte die Staatlichkeit der Mittel; der Staat **organisiere mit der gesetzlichen Regelung den Mitteltransfer und lege die Verwendungszwecke fest**. Die Übertragungsnetzbetreiber handelten lediglich als Verwalter der Beihilfe, die Gelder seien unter dem beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand geblieben und daher als parafiskalische Abgaben zu sehen.²⁴⁴

Der **EuGH verneinte jedoch den Einsatz staatlicher Mittel**. Eine reine Finanzierungspflicht erfülle nur den Tatbestand, wenn die öffentliche Hand sie „tatsächlich zur Unterstützung der Unternehmen verwenden [kann, weil] sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen“.²⁴⁵ Es sei jedoch **keine staatliche Verfügungsgewalt über die Gelder** bzw. Kontrolle über die Übertragungsnetzbetreiber nachgewiesen worden. Auch sah der EuGH in der (freiwillig, aber *de facto* flächendeckend) den Endverbrauchern umgehängten EEG-Umlage keine Abgabe i.e.S., da es an der **staatlichen Anordnung der Umwälzung fehlte**. Damit wurde grundsätzlich die Rechtsprechung seit (spätestens) *PreussenElektra*²⁴⁶ bestätigt, wonach ein gesetzliches Fördersystem für erneuerbare Stromerzeuger nicht unter Einsatz staatlicher Mittel operiert, wenn die verpflichteten Zuschläge ausschließlich und direkt zwischen Privaten abgewickelt werden.²⁴⁷ Die vom EuG noch bejahte abgabengleiche Wirkung der EEG-Umlage verneinte der EuGH also aus formalistischen Gründen.

In der Rs. **Achema**²⁴⁸ bejahte der EuGH hingegen die staatliche Budgetwirksamkeit einer litauischen Regelung. Das Vorabentscheidungsverfahren betraf Mittel zur Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse zur Förderung der Erzeugung von Ökostrom. Die Regierung bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Elektrizitätssektor und ihre Erbringer. Die Erbringer wiederum erhielten finanzielle Mittel, die von den Netzbetreibern erhoben und an einen Mittelverwalter weitergegeben wurden. Der EuGH sah zwei Aspekte entscheidend für die bejahte staatliche Finanzierung: Erstens wurden die von den Netzbetreibern eingehobenen

²⁴³ Beschluss (EU) 2015/1585 im Verfahren SA.33995, EEG, ABl. 2015/L 250/122.

²⁴⁴ Rs. T-47/15, *Deutschland/Kommission (EEG)*, ECLI:EU:T:2016:281.

²⁴⁵ Rs. C-405/16 P, *Deutschland/Kommission (EEG)*, ECLI:EU:C:2019:268, Rn. 57.

²⁴⁶ Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2001:160.

²⁴⁷ Vgl. auch Rs. C-329/15, *ENEA*, ECLI:EU:C:2017:671; Rs. C-262/12, *Vent de Colère!*, ECLI:EU:C:2013:851; Rs. C-279/08 P, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2011:551; Rs. C-345/02, *Pearle*, ECLI:EU:C:2004:448.

²⁴⁸ Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407.

Mittel **verpflichtend den Endverbrauchern umgehängt**, indem der Betrag in den Stromtarif eingerechnet wurde. Zweitens erfolgte die **Tarifberechnung und Festsetzung durch eine staatliche Kommission**. Damit liege staatliche Kontrolle über den Mittelfluss vor und sei die staatliche Finanzierung zu bejahen.

Ebenfalls als parafiskalische Abgabe wurde die **tschechische Abgabe zur Förderung erneuerbarer Energien** bewertet, die gesetzlich den Endkunden auferlegt wurde. Der EuGH sah wiederum in dieser Pflicht einen entscheidenden Faktor zur Abgrenzung vom Urteil *EEG*.²⁴⁹

Die jüngere **Vorabentscheidung Eco TLC**²⁵⁰ hingegen veranschaulicht, dass auch eine zwischengeschaltete Stelle nicht unbedingt zur staatlichen Kontrolle über die Mittel führen muss, wenn sie „privat“ (nicht maßgeblich staatlich kontrolliert) handelt. Im Rahmen des französischen Abfallbehandlungssystems wurden bestimmte Sektoren dazu verpflichtet, einen Beitrag zu Recycling und Abfallbehandlung ihrer Produkte zu leisten. Mit staatlicher Genehmigung hob die private Eco TLC die finanziellen Beiträge ein und übernahm die Abfallbehandlungspflicht der Unternehmen, indem sie Verträge mit Mülltrennungsunternehmen abschloss. Nach einem staatlich festgelegten Koeffizienten wurden die Mülltrennungsunternehmen von Eco TLC vergütet. Der EuGH führte zur fraglichen staatlichen Kontrolle über die Mittel aus, dass die Höhe der von Eco TLC an die Mülltrennungsunternehmen geleisteten Vergütung zwar staatlich festgelegt werde, die Umwelteinrichtung selbst jedoch **indirekt Einfluss auf die Höhe** der Vergütung ausübe und den **Kreis der Begünstigten** durch die privatautonome Festlegung von Kriterien beeinflussen könne. Dementsprechend sei nicht unbedingt von staatlicher Kontrolle über die (stets zwischen Privaten fließenden) Mittel auszugehen.

Zusammengefasst bejaht die Rechtsprechung also die staatliche Finanzierung in Fällen, in denen private Mittel über eine **staatlich kontrollierte Abwicklungsstelle** fließen, oder auch, wenn die Belastung **gesetzlich auf andere Private, wie Endverbraucher, umgewälzt** wird und die zunächst Belasteten „nicht bloß zur Abnahme unter Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel verpflichtet sind“.²⁵¹ Im Gegenzug liegt keine staatliche Finanzierung vor, wenn der Mittelfluss ohne zwischengeschaltete Stelle auskommt, diese Stelle nicht staatlich kontrolliert wird, oder wenn die Belastung der Endverbraucher nur faktisch erzielt wird.²⁵²

6.5.2.2 Problembereich 2: Zurechenbarkeit von Unternehmensentscheidungen

Zum zweiten Problemfeld, der staatlichen Zurechnung von Unternehmensentscheidungen, ist maßgeblich, ob das **Handeln des Unternehmens auf die öffentliche Hand rückverfolgt werden kann**. Dies Frage nach der (auch nur faktischen) Einflussnahme des Staates auf privatrechtliche Rechtsträger stellt sich nicht nur bei öffentlichen, sondern sogar bei privaten Unternehmen. Wurde ihr konkretes Handeln durch staatliche Beherrschungs- bzw. Einflussmöglichkeiten determiniert, kann auch die Maßnahme eines privaten Unternehmens das Tatbestandselement der

²⁴⁹ Rs. T-217/17, *FVE Holýšov I ua/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:633, Rn. 119.

²⁵⁰ Rs. C-556/19, *Eco TLC*, ECLI:EU:C:2020:844.

²⁵¹ Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 55.

²⁵² Vgl. auch Bouchagiar, *EStAL* 2020, 19 (26 ff.).

„staatlichen Zurechnung“ erfüllen. Zur Prüfung hat der EuGH in der Rs. *Stardust Marine*²⁵³ eine **Gesamtwürdigung von Indizien** im Einzelfall entwickelt; zwar kann auch bei öffentlichen Unternehmen die staatliche Kontrolle nicht einfach aufgrund von abstrakt vorliegenden Beherrschungsmöglichkeiten vermutet werden, ein positiver Nachweis der staatlichen Einflussnahme ist allerdings auch nicht erforderlich. Vielmehr ist aufgrund von Indizien aufzuzeigen, dass das Unternehmen und die öffentliche Hand **zusammengewirkt** haben bzw. der **Staat das unternehmerische Handeln maßgeblich bestimmt** hat. Solche Indizien sind bspw. die Pflicht des Unternehmens, Anforderungen der öffentlichen Hand zu folgen, seine Eingliederung in Verwaltungsstrukturen, die Art der Tätigkeit, sein Rechtsstatus oder die Intensität der behördlichen Aufsicht.²⁵⁴

Dementsprechend können etwa Verträge und Geldflüsse zwischen privaten Flughafenbetreibern und Fluglinien dem Staat zugerechnet werden, wenn genügend Indizien dafür vorliegen, dass die Flughäfen lediglich als „unselbstständige“ **Verwalter der staatlichen Beihilfe** fungieren (wie bei einem von der öffentlichen Hand konzipierten, finanzierten und überwachten Maßnahmenpaket zur Förderung des direkten Flugverkehrs nach Sardinien).²⁵⁵

Auch in der Rs. *Comune di Milano* erlaubte der Indizienbeweis ein sachgemäßes Ergebnis: Der Fall betraf Kapitalzuführungen eines (mehrheitlich von der Stadt und der Provinz Mailand gehaltenen) Flughafenbetreibers an sein Tochterunternehmen. Fraglich war, ob die zur Verlustdeckung eingesetzten Mittel der öffentlichen Hand zuzurechnen waren. Kommission und EuGH bejahten die Beteiligung der öffentlichen Hand am Erlass der Maßnahmen: Die Stadt hatte sich als Mehrheitsaktionärin in einer Gewerkschaftsvereinbarung zur Verlustabdeckung verpflichtet und diese **mitverhandelt, abgeschlossen und unterzeichnet**. Auch ihre nachweisbare **Einflussnahme auf den Verwaltungsrat** des Unternehmens sei ein taugliches Indiz.²⁵⁶

In Grenzfällen kann der Indizienbeweis jedoch zu Schwierigkeiten und überschießenden Kommissionsentscheidungen führen. Ein rezentes Beispiel, in dem die Unionsgerichte die weitgehende Einschätzung der Kommission korrigiert haben, findet sich im Rechtsstreit um die Deckung des negativen Eigenkapitals einer italienischen Bank durch das **private Bankenkonsortium FITD**. Die Kommission hatte aufgrund des dem FITD übertragenen Einlagensicherungssystems eine öffentliche Aufgabe gesehen, zudem hätte die Nationalbank die private Maßnahme **genehmigt** und hätten Organwalter der Aufsichtsbehörden den **Verhandlungen beigewohnt**. Daher sei die staatliche Zurechnung zu bejahen. EuG²⁵⁷ und EuGH²⁵⁸ verneinten jedoch die staatliche Zurechnung. Die Ausübung der staatlichen Kontrolle durch die Behörden

²⁵³ Rs. C-482/99, *Kommission/Frankreich (Stardust Marine)*, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 52 ff.

²⁵⁴ Rs. C-482/99, *Kommission/Frankreich (Stardust Marine)*, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 56.

²⁵⁵ Rs. T-8/18, *easyJet Airline/Kommission*, ECLI:EU:T:2020:182, Rn. 120 ff.; Rs. T-716/17, *Germanwings/Kommission*, ECLI:EU:T:2020:181, Rn. 85 ff.

²⁵⁶ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 40 ff., 50 ff.

²⁵⁷ Rs. T-98/16, T-196/16 und T-198/16, *Italien ua/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:167.

²⁵⁸ Rs. C-425/19 P, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2021:154, Rn. 57 ff.

dürfe nicht vermutet werden und „das Fehlen einer Kapitalbeziehung zwischen der betreffenden Einrichtung und dem Staat ist insoweit von gewisser Bedeutung“.²⁵⁹ Zudem könne die Judikatur zum weitem Staatsbegriff bei der unmittelbaren Anwendung von EU-Richtlinien **nicht ohne weiteres umgelegt werden**, da „dieser Begriff nicht mit dem Ziel entwickelt worden, die von solchen Organisationen oder Einrichtungen erlassenen Maßnahmen als staatliche Beihilfe einstufen zu können“.²⁶⁰

5.5.3 Problemanalyse

Wird das Verhalten Privater zu weitgehend in den Tatbestand des Art. 107 AEUV einbezogen, droht nicht nur das Tatbestandselement der Staatlichkeit ausgehöhlt zu werden, sondern auch eine überschießende Beihilfenkontrolle selbst den Wettbewerb zu verzerren (siehe die einleitend ausgeführte Annahme 5). Daher ist es wichtig, den Staatlichkeitsbegriff sauber zu fassen, wobei die Rechtsprechung zwei Problemfelder aufweist: Das weite, formalistische und im Endeffekt inkonsequente Verständnis der **Budgetwirksamkeit**; und die **Einengung von unternehmerischen Entscheidungen** in Unternehmen durch den unscharfen Indizienbeweis.

Eine rein formale Betrachtung der staatlichen Finanzierung vernachlässigt den für die Wettbewerbswirkungen eigentlich maßgeblichen Gesichtspunkt, wem eine **Finanzierung tatsächlich wirtschaftlich zuzurechnen** ist. Auch in dieser Prüfung manifestiert sich ein **Mangel an ökonomischer Fundiertheit** der Tatbestandsprüfung des Beihilfeverbots, wie sie auch bei anderen Merkmalen in problematischer Weise hervortritt (siehe bereits die Ausführungen zu Wettbewerbsverfälschung, Handelsbeeinträchtigung und Selektivität).

So wird teils das **gesetzeskonforme Verhalten Privater** aufgrund von formalistischen Kriterien als staatlich qualifiziert. Ob der Staat – wie beim deutschen EEG – die Einhebung, Berechnung, Verwendung und Bewegung der Mittel über eine detaillierte gesetzliche Regelung vorgibt, so dass das Fördersystem ohne weitere Abwicklungsstelle auf rein privatrechtlicher Ebene zwischen den betroffenen Privaten auskommt, oder die Mittelverwendung einer dafür eingerichteten Einrichtung überträgt, hat jedoch nicht zwingend Auswirkungen auf die **ökonomische Funktionsweise des Systems**. So war bei der EEG-Umlage vom Gesetzgeber durchaus erwartet und geplant, dass es zu einer faktischen Belastung der Endverbraucher kommen würde. Für die allgemeine Systematik der Regelung und die ökonomischen Wirkungen der Beihilfe macht es in einer Gesamtbetrachtung wohl (meist) keinen Unterschied, ob die Finanzierungslast beim Endverbraucher – wie im EEG-Fall – nur *de facto* erzielt wird, oder – wie im tschechischen Beispiel – *de jure* vorgegeben wird. Genauso bewirkt das Abfallbehandlungssystem in *Eco TLC* die Förderung von Mülltrennungsunternehmen, finanziert durch die Beiträge der betroffenen Produktionsunternehmen. Ob nun eine staatlich kontrollierte Abwicklungsstelle, die ohne jedes Ermessen anhand vordefinierter Kriterien agiert, in die Mittelverwaltung einbezogen wird (staatliche Kontrolle bejaht) oder ein durch staatliche Normsetzung präzise vorgezeichneter Mittelfluss zwischen Privaten ohne eine solche Stelle auskommt (staatliche Kontrolle verneint), erscheint

²⁵⁹ Rs. C-425/19 P, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2021:154, Rn. 73.

²⁶⁰ Rs. C-425/19 P, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2021:154, Rn. 77.

zur Abgrenzung unzweckmäßig. Der **formalistische Zugang der Judikatur** erlaubt es gleichzeitig, Förderregelungen durch geschickte Ausgestaltung aus dem Tatbestand des Art. 107 AEUV auszunehmen.

Diese auf die Ausgestaltung des Systems abstellende, formalistische Haltung des EuGH **entspricht nicht dem wirkungsorientierten Grundgedanken des Beihilfenrechts.**²⁶¹ Dehnte man den Staatlichkeitsbegriff noch weiter aus, wären sämtliche staatlichen Regelungen, die zu einer Belastungsverschiebung zwischen Privaten führen, in den Tatbestand einzubeziehen. Dieser Ansatz würde jedoch den Beihilfebegriff so weit ausdehnen, dass so gut wie jede staatlichen Lenkung des Wirtschaftslebens, die zu Mittelverschiebungen zwischen Privaten führt, der Beihilfenkontrolle unterworfen wäre. Dies verneint der EuGH jedoch prinzipiell aus gutem Grund. Daher ist vielmehr eine **Schärfung und Einengung** des Staatlichkeitskriteriums vorzunehmen: So sollte auch bei zwischengeschalteten Abwicklungsstellen genau geprüft werden, ob es tatsächlich zu einer **Belastung des Staatshaushaltes** kommt, oder eben doch nur zu einer Belastungsverschiebung zwischen Privaten.

Als zweiter Kritikpunkt ist die Willensbildung in Unternehmen anzusprechen. Der Indizienbeweis führt zwar im Regelfall, bei eindeutig überwiegenden Indizien, wohl zu sachgemäßen Ergebnissen. In Grenzfällen erscheint er jedoch aufgrund seiner **Ungenauigkeit** der Kommission zu viel Spielraum zu lassen, da gerade keine Nachweise für die staatliche Einflussnahme verlangt werden und die Indizien in Zweifelsfällen – insbesondere bei öffentlichen Unternehmen – tendenziell zu Lasten des Unternehmens auszuschlagen drohen. Auch hier kommt der Kommission also faktischer Entscheidungsspielraum zu, der den **unternehmerischen Spielraum einengt und der Rechtssicherheit abträglich** ist. Zwar werden überschießende Entscheidungen zum Teil, wie im Fall *FITD*, von den Unionsgerichten streng kontrolliert. Es wäre jedoch vorzuziehen, bereits auf Ebene der Tatbestandsprüfung durch die Kommission die **Kriterien enger zu fassen, die Nachweiserfordernisse zu heben** und dem diffusen **Indizienbeweis klarere Konturen** zu geben. Zweifelsfälle sollten dabei zu Gunsten des betroffenen Unternehmens ausgehen. Insofern ist zu begrüßen, dass der EuGH in *FITD* zumindest entsprechende Töne anklingen lässt.

5.6 Begünstigung und Privatinvestortest

5.6.1 Einleitung und Thesen

Die Rechtsprechung stellt beim Tatbestandsmerkmal der Begünstigung bzw. des Vorteils darauf ab, welche **Effekte** eine Maßnahme für das Unternehmen hat; die Intention oder Ziele des Mitgliedstaaten sind dabei unerheblich.²⁶² Gleichzeitig fallen Maßnahmen aus dem Vorteilsbegriff heraus, wenn der Staat lediglich so gehandelt hat, wie es ein **marktwirtschaftlich handelnder, privater Wirtschaftsteilnehmer** als Vergleichsfigur in einer vergleichbaren Situation getan hätte – unabhängig von allfälligen politischen Zielen, die der Staat dabei (auch) verfolgte. Gibt es

²⁶¹ So auch Ludwigs, NVwZ 2019, 909 (911).

²⁶² Rs. 173/73, *Italien/Kommission*, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13.

nämlich eine marktgemäße Gegenleistung, liegt kein wirtschaftlicher Vorteil vor, den der Begünstigte „unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte“.²⁶³ Dazu wird auf den *market economy operator test*, kurz MEOT bzw. die Kriterien des **Privatinvestortests** (oder, je nach Fallkonstellation, Privatgläubigertest, *Private Purchaser*, *Private Supplier Test* usw.) abgestellt. Ist dieser erfüllt, fällt die Maßnahme aus dem Beihilfebegriff und wird wie eine reguläre Markttransaktion angesehen.²⁶⁴

Fraglich ist, wie praktikabel und objektiv die Kriterien der Kommission bzw. der Rechtsprechung sind. Problematisch erscheinen insbesondere die **hohen Anforderungen** der Kommission an die Mitgliedstaaten beim Nachweis der Erfüllung des MEOT und die *de facto* Umkehr der Darlegungslast.

5.6.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

Um die Kriterien des MEOT beurteilen zu können, muss die Kommission alle relevanten Faktoren und den Kontext der Maßnahme beurteilen, inkl. des **relevanten Markts**.²⁶⁵ Sie kann nicht allein auf Mitteilungen oder standardisierte Analyseinstrumente abstellen.²⁶⁶ Hier zeigt sich ein auffälliger Kontrast zur Prüfung der Handelsbeeinträchtigung und Wettbewerbsverfälschung: Während bei letzteren keine Marktabgrenzung notwendig ist und *de facto* Automatismen bzw. Vermutungen geduldet werden, wird beim Privatinvestortest ein **höherer Begründungsaufwand** inkl. ökonomischen Aspekten verlangt.

Zwar muss sich der Mitgliedstaat nicht auf die Anwendung des Tests berufen, ihn trägt jedoch die **Darlegungslast** bei komplexen Fällen. So hat der Mitgliedstaat als Kapitalgeber „im Zweifelsfall **eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise** [zu] belegen, dass er die durchgeführte Maßnahme in seiner Eigenschaft als Anteilseigner getroffen hat“.²⁶⁷ Der Mitgliedstaat muss auch nachweisen, dass er (spätestens gleichzeitig) mit der Gewährung des Vorteils entschieden hat, mit der Maßnahme Kapital in das öffentliche Unternehmen zu investieren; diese Entscheidung muss auf **wirtschaftliche Bewertungen gestützt** sein, „die ein rationaler privater Kapitalgeber in einer möglichst ähnlichen Lage wie dieser Mitgliedstaat hätte erstellen lassen, um die künftige Rentabilität einer solchen Kapitalanlage zu bestimmen“.²⁶⁸

Zur Ermittlung der Marktkonformität greift die Kommission auf die sog. empirisch gesicherte Marktkonformität zurück. Das betrifft einerseits Transaktionen von öffentlichen Stellen und Privaten zu gleichen Bedingungen („**pari passu-Test**“) und offene, transparente, diskriminierungsfreie und bedingungsfreie **Ausschreibungsverfahren**.²⁶⁹ Scheitern diese Nachweise oder sind sie

²⁶³ Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 84.

²⁶⁴ Vgl. Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 73 ff.

²⁶⁵ Vgl. nur T-186/13 ua, *Niederlande/Kommission*, ECLI:EU:T:2015:447, Rn. 87 f.

²⁶⁶ Rs. T-228/99 und T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, ECLI:EU:T:2003:57, Rn. 250 ff.

²⁶⁷ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 106.

²⁶⁸ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 107.

²⁶⁹ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 84.

im konkreten Einzelfall nicht durchführbar, kann die Marktkonformität mittels **Benchmarking** oder anderen Bewertungsmethoden nachgewiesen werden.²⁷⁰

Grundsätzlich unerheblich ist die *ex-post*-Betrachtung, also ob sich die Maßnahme in der Rückschau als rentabel herausstellt. Sie kann eine fehlende Vorabbewertung nicht ersetzen, da die zum Zeitpunkt der Durchführung vorliegenden Informationen und Prognosen maßgeblich sind für den MEOT. Selbst wenn sich eine Maßnahme als profitabel beweist bzw. im Nachhinein entsprechende Studien vorgelegt werden, unterstreicht die Judikatur die **Notwendigkeit einer ex-ante-Bewertung**, die ein rationaler Wirtschaftsteilnehmer vornehmen hätte lassen.²⁷¹

Grundsätzlich gilt für den MEOT ein **objektiver Maßstab**, politische Erwägungen oder Ziele des Staates sind unerheblich. Wie sehr das in der Anwendungspraxis der Kommission zutrifft, ist umstritten.²⁷² Auch kommt der Kommission **kein Ermessen** zu. Die gerichtliche Kontrolle der von der Kommission vorgenommenen Beurteilung ist jedoch sehr beschränkt. Denn nach ständiger Rechtsprechung erfordert die Prüfung der Kommission in diesem Zusammenhang „eine wirtschaftliche Gesamtbeurteilung“ und der Unionsrichter darf „in Bezug auf die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission [...] nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch seine eigene ersetzen“.²⁷³ Die Unionsgerichte beschränken sich daher auf die Prüfung, „ob die wirtschaftlichen Beurteilungen der Kommission [...] mit einem **offensichtlichen Beurteilungsfehler** behaftet sind.“²⁷⁴

An diesem **eingeschränkten Kontrollmaßstab** hält der EuGH auch fest und verneint explizit, die Rechtsprechung zu Art. 101 und 102 AEUV – wonach die Unionsgerichte die sekundärrechtlich eingeräumte Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung innehaben²⁷⁵ – auf die Beihilfenkontrolle zu übertragen.²⁷⁶ Aus alledem ergibt sich für die Kommission in der Praxis ein weiter Beurteilungsspielraum.

Zumindest wird, im Rahmen der Möglichkeiten, die Begründung der Kommission und ihre Auslegung wirtschaftlicher Daten mittlerweile streng geprüft.²⁷⁷ Bei der Prüfung offensichtlicher Beurteilungsfehler im Zusammenhang mit dem MEOT verlangt der EuGH vom EuG, „dass es nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten **Beweise**, deren Zuverlässigkeit und Kohärenz zu prüfen hat, sondern auch zu kontrollieren hat, ob diese Beweise **alle relevanten Daten darstellen**, die für die Bewertung eines komplexen Sachverhalts heranzuziehen sind, und ob sie die aus ihnen **gezogenen Schlussfolgerungen tragen können**“.²⁷⁸ Auch wird in der jüngeren Rechtsprechung von der Kommission verlangt, alle Möglichkeiten zu prüfen, die ein Privater erwogen

²⁷⁰ Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 97.

²⁷¹ Vgl. jüngst Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 122 ff.

²⁷² Vgl. m.w.N. Arhold (2016) in *Säcker-Montag*, Art. 107 AEUV, Rz. 159.

²⁷³ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 100 mit Verweis auf Rs. C-244/18 P, *Larko/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 39.

²⁷⁴ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 101.

²⁷⁵ Vgl. m.w.N. EuGH C-386/10 P, *Chalkor*, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 62 f.

²⁷⁶ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 102.

²⁷⁷ Eine dahingehende Tendenz sieht Arhold (2016) in *Säcker-Montag*, Art. 107 AEUV, Rz. 157.

²⁷⁸ Rs. C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 115.

hätte.²⁷⁹ Dabei wird die **Untersuchungspflicht** der Kommission verstärkt, die notwendig erscheinende Informationen im Verwaltungsverfahren verlangen muss.²⁸⁰ Auch kommt die eingeschränkte materielle Prüfdichte einher mit **strengen Formalerfordernissen**.²⁸¹

Ein Beispiel für eine strenge Prüfung stellt die jüngste Rechtsprechung zu **Bürgschaften für spanische Profifußballvereine** dar.²⁸² Laut Kommission hätte ein privater Wirtschaftsteilnehmer die entsprechenden Bürgschaften nicht übernommen. Es gebe keine vergleichbare Garantieprämie am Markt, die im Gegenzug verpfändeten Aktien seien wertlos gewesen. Das EuG stimmte jedoch den Rügen der Klägerinnen zu: Zunächst sei die Begründung der Kommission nicht hinreichend substantiiert, zudem wurden bei der Bewertung der Aktien maßgebliche Faktoren nicht berücksichtigt. Auch ein hypothekarisch belastetes Grundstück als Gegenleistung blieb in der Kommissionsentscheidung unerwähnt. Insgesamt **mangelte es an einer ausreichenden Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation** der Darlehensnehmerin. Der Befund, kein Finanzinstitut hätte sich für das Unternehmen verbürgt, sei daher unzureichend begründet. Dabei kann sich die Kommission auch nicht auf unzureichende Informationen berufen, da sie diese im Verwaltungsverfahren anfordern hätte müssen.

Ein weiteres rezentes Beispiel für eine begrüßenswerte **Schärfung in der gerichtlichen Prüfdichte** ist die Rs. *Larko* zur Privatisierung des gleichnamigen griechischen Bergbauunternehmens. Darin hielt der der EuGH die Vermutung, ein privater Wirtschaftsteilnehmer – in der Situation des Staates – hätte bei der Privatisierung von den **Schwierigkeiten des Unternehmens wissen müssen**, für unzulässig. Selbst wenn der betreffende Mitgliedstaat „unter Verletzung seiner Pflicht zur Zusammenarbeit die angeforderten Auskünfte nicht erteilt, muss [die Kommission] dennoch ihre Entscheidungen auf einigermaßen tragfähige und schlüssige Anhaltspunkte stützen, [...] die somit geeignet sind, die Schlussfolgerungen, zu denen sie gelangt ist, zu untermauern“.²⁸³ Aus dem Umstand, dass keine Anhaltspunkte für eine behördliche Kenntnis der Schwierigkeiten vorliegen, ließe sich nicht die Vermutung ableiten, ein Privater hätte Kenntnis der Schwierigkeiten haben müssen.²⁸⁴

Jedoch gibt es weiterhin Fälle, in denen der EuGH im Rechtsmittelverfahren schlicht auf die **Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle** auf offensichtliche Fehler und den weiten Beurteilungsspielraum der Kommission verweist.²⁸⁵

Bei den Aktivitäten des Staates als Wirtschaftsteilnehmer bleiben politische bzw. Gemeinwohlerwägungen **außer Betracht**. Daher kann der Staat sozial- oder industriepolitisch motivierte Schritte im Zuge einer Privatisierung oder Umstrukturierung nicht damit rechtfertigen, die (sozial-

²⁷⁹ Rs. C-300/16 P, *Kommission/Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 29.

²⁸⁰ Rs. C-300/16 P, *Kommission/Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 71.

²⁸¹ Arhold (2016) in *Säcker - Montag*, Art. 107 AEUV, Rz. 157.

²⁸² Vgl. insbesondere Rs. T-901/16, *Elche Club de Fútbol*, ECLI:EU:T:2020:97, Rn. 84 ff. und Rs. T-732/16, *Valencia Club de Fútbol*, ECLI:EU:T:2020:98, Rn. 134 f.

²⁸³ Rs. C-244/18 P, *Larko*, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 69.

²⁸⁴ Rs. C-244/18 P, *Larko*, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 71.

²⁸⁵ Vgl. z.B. Rs. C-148/19 P, *BTB Holding Investments und Duferco*, ECLI:EU:C:2020:354, Rn. 54 ff, 61.

oder industriepolitische) Belastung wäre anderenfalls höher ausgefallen. Wären derartige Erwägungen von einem normalen, marktwirtschaftlich handelnden Unternehmer bei seiner Entscheidung unberücksichtigt geblieben, müssen sie auch beim Privatinvestortest unbeachtet bleiben. Dies veranschaulicht die Rs. *Land Burgenland*.²⁸⁶ Im Zuge der Privatisierung der Hypo Bank Burgenland AG blieb die gesetzliche Ausfallhaftung des Landes Burgenland für die Verbindlichkeiten des Unternehmens bestehen. Der EuGH entschied, die Ausfallhaftung der öffentlichen Hand sei in **Ausübung hoheitlicher Befugnisse** gewährt worden und ein **privater Verkäufer** hätte eine derartige Haftung **nie übernommen**. Es konnte gerade nicht nachgewiesen werden, dass die Ausfallhaftung aus Rentabilitätserwägungen gewährt wurde.²⁸⁷

Auch in der Rs. *FIH Holding* zu staatlichen Stützungsmaßnahmen dänischer Banken urteilte der EuGH, dass **Risiken des Staates als Gläubiger, die sich aus früheren gewährten Beihilfen** ergeben, nicht zu berücksichtigen seien, da der Staat als Beihilfegeber i.d.R. nicht mit einem privaten Wirtschaftsteilnehmer vergleichbar ist.²⁸⁸ So wirtschaftlich nachvollziehbar die Berücksichtigung eines bereits übernommenen Risikos aus Sicht des Staates auch sein mag; wenn sie untrennbar mit seiner Eigenschaft als Träger der öffentlichen Gewalt bzw. einer gewährten Beihilfe – mag sie auch genehmigt worden sein – verbunden ist, kann die Maßnahme nicht über den Grundsatz des privaten Wirtschaftsteilnehmers vom Beihilfetatbestand ausgenommen werden.

Politische Ziele einer Maßnahme schaden aber freilich nicht prinzipiell: So billigte die Kommission die Übernahme von Krediten für Bauträger durch die irische National Asset Management Agency (NAMA). Die NAMA wurde von der irischen Regierung 2009 vor dem Hintergrund der Finanzkrise gegründet, um das **irische Bankensystem zu stabilisieren**. Dazu kaufte die NAMA von irischen Banken notleidende Kredite, die mit Grundstücken und Bauvorhaben besichert waren und verwaltet diese Vermögenswerte (durch Veräußerung oder die Gewährung günstiger Kredite zur Fertigstellung begonnener Bauvorhaben). Nach Ansicht der Kommission handelte die NAMA wie ein privater Marktteilnehmer, indem sie nach gründlicher Prüfung **nur rentable Kredite gewährte** und **Immobilien zu Marktpreisen verkaufte**, die von Sachverständigen ermittelt wurden.²⁸⁹

In Grenzfällen kann ein staatliches Interesse, z.B. jenes nach **Schutz des Images des Staates** als globaler Investor, auch das Interesse eines privaten Wirtschaftsteilnehmers sein. Diesfalls verlangt die Judikatur jedoch eine „besonders überzeugend[e] Begründung [...], um die langfristige wirtschaftliche Vernünftigkeit der Tragung von zusätzlichen Kosten wie etwa zusätzlichen Abfindungen zu belegen.“²⁹⁰

²⁸⁶ Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, *Land Burgenland ua/Kommission*, ECLI:EU:C:2013:682.

²⁸⁷ Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, *Land Burgenland ua/Kommission*, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 54 ff.

²⁸⁸ Rs. C-579/16 P, *Kommission/FIH Holding und FIH Erhvervsbank*, ECLI:EU:C:2018:159, Rn. 58 ff.

²⁸⁹ Kom., Beschluss C(2018)464 final, *State Aid SA.43791*, ABl. 2018/C 60/4 – Ireland – Alleged aid to and through the National Asset Management Agency.

²⁹⁰ Rs. C-533/12 P und C-536/12 P, *SNCM*, ECLI:EU:C:2014:2142, Rn. 40.

5.6.3 Problemanalyse

Der MEOT bzw. seine zahlreichen Ausprägungen und Spielarten leiten die Mitgliedstaaten dazu, ihr Handeln anhand – von der Kommission vorgezeichneter – **privatwirtschaftlicher Maßstäbe** anzulegen. Der **weite Beurteilungsspielraum** der Kommission führt jedoch dazu, dass ihre wirtschaftliche Analyse von den Unionsgerichten i.d.R. nicht angegriffen wird. Nur offensichtliche Begründungsmängel bzw. Inkonsistenzen führen zur Aufhebung von Kommissionsbeschlüssen. Daraus folgt für Mitgliedstaaten **fehlende Voraussehbarkeit** der Entscheidungen und eine **Komplexität**, bei der sie zudem (systemwidrig, da auf Tatbestandsebene der Kommission obliegend) die **Darlegungslast** in Zweifelsfällen trifft. Damit gehen Zweifelsfälle auch hier tendenziell zu Lasten der Mitgliedstaaten und Unternehmen aus, obwohl die Kommission eigentlich das Vorliegen des objektiven Tatbestandes nachweisen müsste.

Auch engen die restriktiven Zugänge, etwa bei der fehlenden Berücksichtigung staatlicher **Gemeinwohlziele** einer Maßnahme, nationale Gestaltungsmöglichkeiten ein. Die formalistische Judikatur, etwa betreffend die unzulässige Berücksichtigung von Risiken aufgrund vergangener Beihilfen, lässt jedoch zum Teil gerade ökonomisch sinnvolle und nachvollziehbare Entscheidungen der öffentlichen Hand nicht zu.²⁹¹ Im Gegenzug können solche politische Erwägungen freilich auf Ebene der Vereinbarkeitsprüfung Raum finden, was dem Problem an Dringlichkeit nimmt.

Zwar intensivierten die Unionsgerichte in den letzten Jahren ihre Prüfdichte in Bezug auf den Begründungsaufwand der Kommission und verhindern so bis zu einem gewissen Grad, dass sich Mitgliedstaaten gegenüber oberflächlichen oder inkonsistenten Begründungen „freibeweisen“ müssen, um die Erfüllung des Privatinvestortests zu erzielen; aufgrund des insgesamt aber dennoch niedrigen Kontrollmaßstabs, ist es weiterhin **schwierig, die wirtschaftliche Einschätzung der Kommission**, sofern sie einigermaßen umfassend untermauert wurde, **einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen**. Das faktische Ermessen der Kommission, ihre Analyse in die eine oder andere Richtung ausfallen lassen zu können, besteht somit weiterhin. Daher besteht hier jedenfalls Verbesserungspotenzial.

So müssen beim Privatinvestortest **objektive, praktikable und voraussehbare Maßstäbe** zur Anwendung kommen. Die Zurückhaltung der Unionsgerichte, komplexe wirtschaftliche Beurteilungen einer echten Kontrolle zu unterziehen, sollte aufgegeben werden und zu einer **echten gerichtlichen Nachprüfung** auch der ökonomischen Beurteilungen der Kommission umgebaut werden. Selbst wenn die Unionsgerichte die wirtschaftliche Einschätzung der Kommission nicht durch ihre eigene ersetzen wollen, sollten zumindest **Grenz- und Zweifelsfälle**, in denen beide Ansichten objektiv vertretbar sind, **zugunsten der betroffenen Mitgliedstaaten und Unternehmen** ausschlagen, und nicht zu ihren Lasten. Anderenfalls droht das faktische Ermessen der Kommission die Beihilfenkontrolle zu überdehnen.

²⁹¹ Kritisch etwa Bonhage, EStAL 2019, 29 (35).

5.7 Daseinsvorsorge

5.7.1 Einleitung und Thesen

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (**DAWI**) haben einen besonderen Status im Unionsrecht. Art. 14 AEUV hebt ihren Stellenwert „innerhalb der gemeinsamen Werte der Union [...] sowie ihr[e] Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts“ hervor und auch Art. 36 der Grundrechtecharta spiegelt diese Bedeutung wider. DAWI unterliegen gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV den Wettbewerbsregeln, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Das Unionsrecht gesteht den Mitgliedstaaten grundsätzlich weites Ermessen bei der Frage ein, welche Dienste sie als DAWI organisieren.

Anhand der bekannten, vom EuGH aufgestellten *Altmark*-Kriterien²⁹² ist zu prüfen, ob eine Ausgleichsleistung für ein DAWI-Unternehmen aus dem unionsrechtlichen Beihilfetatbestand rausfällt. Die kumulativ vorzuliegenden Kriterien sind: (1) **Befraugung** des Unternehmens mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen; (2) **Transparenz und Objektivität** der Parameter zur Berechnung der Ausgleichsleistung; (3) **Erforderlichkeit** der Ausgleichsleistung zur Kostendeckung; (4) öffentliches **Vergabeverfahren oder Effizienz** des Unternehmens. Eine öffentliche Ausschreibung soll einen freien Wettbewerb der Bieter ermöglichen und jenen mit dem niedrigsten Preis feststellen. Will der Mitgliedstaat kein Vergabeverfahren durchführen oder wäre ein solches nicht erfolgversprechend, wird mit dem Effizienzkriterium i.d.R. auf die **hypothetischen Nettokosten** abgestellt, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der Aufgabe hätte. Unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinnes soll so Höhe der zulässigen Ausgleichsleistung bestimmt werden. Sind die Kriterien nicht erfüllt, ist eine Ausgleichsleistung für DAWI am Maßstab der Art. 107 und Art. 106 Abs. 2 AEUV zu messen.

Diese richterlichen *Altmarkt*-Kriterien sind mittlerweile durch **Sekundärrecht und Soft Law überlagert**, die sie konkretisieren. Zu nennen sind der DAWI-Freistellungsbeschluss²⁹³, die DAWI-*De-minimis*-VO²⁹⁴, die DAWI-Mitteilung²⁹⁵ und der DAWI-Rahmen.²⁹⁶ Insbesondere im DAWI-Rahmen verweist die Kommission auf zahlreiche **Kriterien für die Effizienz** des Unternehmens, wie die Einhaltung von Rechnungslegungsgrundsätzen, der Umsatz im Verhältnis zum Kapital,

²⁹² Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 88 ff.

²⁹³ Beschluss 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. 2012/L 7/3.

²⁹⁴ VO (EU) Nr 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. 2012/L 114/8.

²⁹⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. 2012/C 8/4.

²⁹⁶ Mitteilung der Kommission — Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. 2012/C 8/15.

die Gesamtkosten im Verhältnis zum Umsatz, Umsatz und Wertschöpfung pro Mitarbeiter, Personalkosten, Qualität im Vergleich zu den Nutzererwartungen usw.²⁹⁷ Die Beweislast trägt der Mitgliedstaat.²⁹⁸ Diese detaillierten Vorgaben **reduzieren den Gestaltungsspielraum** der nationalen Behörden bei der Ausgestaltung von DAWI. Zudem wird die Ermittlung hypothetischer Vergleichskosten durch Vergaberechtsakte zurückgedrängt, die ggf. ohnehin eine Ausschreibung (oder gelockerte Verfahren) vorsehen und deren Einhaltung i.d.R. zur Erfüllung des vierten *Altmark*-Kriteriums führt.²⁹⁹ Auch sektorenspezifische Rechtsakte zur Liberalisierung bzw. Harmonisierung, insbesondere in den Bereichen Telekommunikation, Elektrizität, Post, Verkehr oder Bankenwesen, enthalten einschlägige Regelungen.

Fraglich ist, ob diese Kriterien in ihrer Anwendung durch die Kommission und die Unionsgerichte mitgliedstaatliche Freiräume und Kompetenzen einengen. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Tauglichkeit des Daseinsvorsorgeregimes (mit Fokus auf den besonderen Bereich des Gesundheitssektors) auch vonseiten der Kommission **rezenten Evaluierung** unterzogen wurde.³⁰⁰ Eine qualitative Analyse der Ergebnisse war für das 1. Quartal 2021 angekündigt, liegt aber zum Zeitpunkt der Erstellung der vorliegenden Studie ebenso wenig vor, wie Anhaltspunkte zu einer möglichen Neuorientierung der Daseinsvorsorgeregeln in Zukunft.

5.7.2 Ausgewählte Rechtsprechung und Anwendungspraxis

Zunächst ist anzumerken, dass auch die – grundsätzlich im mitgliedstaatlichem Ermessen stehende³⁰¹ – **Einstufung einer Tätigkeit als DAWI** der Kontrolle der Kommission auf offenkundige Fehler unterliegt.

In *Zweckverband Tierkörperbeseitigung* verneinten Kommission und EuG die **DAWI-Eigenschaft** eines Finanzierungsmechanismus für die Beseitigung von tierischen Abfällen. Es würden keine hoheitlichen, sondern wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt, die keine spezifischen Merkmale gegenüber anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens aufweisen.³⁰² Hier war insbesondere das umweltrechtliche Verursacherprinzip ausschlaggebend für die strenge Beurteilung. Die Qualifikation von DAWI bzw. „atypischen“ DAWI führt regelmäßig zu Schwierigkeiten, etwa bei Naturschutzmaßnahmen.³⁰³

Besonders jedoch das vierte Effizienzkriterium kann **Probleme und Rechtsunsicherheit** schaffen.³⁰⁴

²⁹⁷ DAWI-Mitteilung, Rz. 72.

²⁹⁸ DAWI-Mitteilung, Rz. 75.

²⁹⁹ DAWI-Mitteilung, Rz. 63 f.

³⁰⁰ Siehe State subsidy rules for health and social services of general economic interest (evaluation) unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11835-State-subsidy-rules-for-health-and-social-services-of-general-economic-interest-evaluation> (zuletzt abgerufen am 17.3.2021).

³⁰¹ DAWI-Mitteilung, Rz. 46.

³⁰² Rs. T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, ECLI:EU:T:2014:676, Rn. 117 ff.

³⁰³ Vgl. Rs. T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters ua*, ECLI:EU:T:2018:680; und Rs. C-817/18 P, *Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland ua*, ECLI:EU:C:2020:637, Rn. 92, 108 ff., 118 ff.

³⁰⁴ Arhold (2018) in *MüKoBeihilfenR*², Art. 107 AEUV, Rz. 348.

Bei der Quersubventionierung von Unternehmen der **Daseinsvorsorge** ist die Feststellung der Marktkonformität schwierig. Hier wird die betreffende Aufgabe nicht unter normalen Marktbedingungen erbracht, weshalb es an einem vergleichbaren Markt fehlt. Daher sind die hypothetischen normalen Marktbedingungen zu ermitteln, wodurch – zumindest in der Rs. *Chronopost* – die **Vollkosten** zum maßgeblichen Standard werden können.³⁰⁵ In der Anwendungspraxis bevorzugt die Kommission jedoch **restriktivere Ansätze** und nimmt Marktvergleiche vor, auch in Fällen der Daseinsvorsorge.

Zunächst können durchgeführte Auswahlverfahren an den strengen Anforderungen scheitern. In der Rs. *SNCM*³⁰⁶ zu Fährdienstleistungen wurde der Anbieter zwar mittels einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt (Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung), doch **fehlte es in dem Auswahlverfahren an einem effektiven Wettbewerb zwischen Anbietern**. Auch die Berechnung basierend auf einer Kostenanalyse wurde nicht akzeptiert. Das EuG stellte fest, dass ein solches Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung „nur in Ausnahmefällen als ausreichend angesehen werden, um das vierte Altmark-Kriterium zu erfüllen.“³⁰⁷ Auch wurde problematisiert, dass im Zuge der Bekanntmachung nur zwei Angebote abgegeben wurden, obwohl mehrere Schifffahrtsunternehmen an der Ausschreibung teilnehmen hätten können. Die hohen und teils sehr spezifischen technischen Anforderungen der Behörden (wie die Schiffslänge beim Verkehr in bestimmten korsischen Häfen) und die etablierte Stellung des letztlich ausgewählten Unternehmens hätten andere Wettbewerber verdrängt und faktisch ausgeschlossen.

Selbst wenn ein offenes und transparentes öffentliches Verfahren durchgeführt wird, um die Unternehmen auszuwählen, kann es an den gewählten Auswahlkriterien scheitern. In der Rs. **Nationales Naturerbe**³⁰⁸ verneinte das EuG die Erfüllung des vierten *Altmark*-Kriteriums. Denn das Bieterverfahren zur Auswahl der begünstigten Naturschutzorganisationen hatte nicht auf den geringsten Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot abgestellt, sondern „nur“ auf das **Eignungsprofil der Organisationen und den Umweltnutzen** der eingereichten Naturschutzprojekte. Da somit nicht gewährleistet war, dass die Dienstleistungen zu den **geringsten Kosten** erbracht wurden, war das vierte Kriterium nicht erfüllt. Deutschlands Einwand, es würden bei mehreren gleichwertigen Projekten das günstigere ausgewählt, überzeugte das EuG nicht, da i.d.R. unterschiedliche Projekte eingereicht werden würden und es jedenfalls an einer Kostenanalyse mangle. Die vorgesehene Kontrolle der Einnahmen und Ausgaben, die Verpflichtung zur getrennten Buchführung oder die regelmäßigen Effizienzkontrollen der ausgewählten Organisationen konnten an diesem Befund nichts ändern.³⁰⁹

³⁰⁵ Vgl. Jaeger (2020), *Materielles Europarecht*², 384 ff.; Rs. C-83/01 ua, *Chronopost*, ECLI:EU:C:2003:388, Rn. 33 ff.

³⁰⁶ Rs. T-454/13, *SNCM/Kommission*, ECLI:EU:T:2017:134.

³⁰⁷ Rs. T-454/13, *SNCM/Kommission*, ECLI:EU:T:2017:134, Rn. 141.

³⁰⁸ Rs. T-347/09, *Deutschland/Kommission* („*Nationales Naturerbe*“), ECLI:EU:T:2013:418.

³⁰⁹ Rs. T-347/09, *Deutschland/Kommission* („*Nationales Naturerbe*“), ECLI:EU:T:2013:418, Rn. 78, 82 ff.

Ökologische oder soziale Kriterien können jedoch grundsätzlich sehr wohl Berücksichtigung in den Vergabekriterien finden, sofern diese „eng mit dem Gegenstand der erbrachten Dienstleistung im Zusammenhang stehen und das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht“.³¹⁰

Das Effizienzerfordernis des vierten Kriteriums lässt sich auch an der Kommissionsentscheidung **Energie** veranschaulichen.³¹¹ Der Fall betraf die Stromversorgung von entlegenen griechischen Inseln, für die das betraute DAWI-Unternehmen eine Ausgleichsleistung erhielt. Die Kommission entschied in ihrem Beschluss, dass es an einer **ausreichenden Kostenanalyse fehle**; das Vorbringen Griechenlands, es seien Anreize zur Kostensenkung vorgesehen, die sicherstellen, dass die Ausgleichsleistung unter den tatsächlichen Kosten liegen, könne nicht den fehlenden Vergleich der hypothetischen Nettokosten wettmachen. Fehlt es aufgrund der besonderen Umstände eines DAWI-Unternehmens, z.B. seiner Monopolstellung, an einer fiktiven oder realen Vergleichsfigur, kann ausnahmsweise der Empfänger selbst der relevante Maßstab sein. Die von den Behörden vorzulegenden Elemente müssen jedoch **objektiv und überprüfbar** sein, um darzulegen, dass sie als die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens berücksichtigt werden können. Das gelang Griechenland im konkreten Fall nicht. Die rechtswidrig gewährte Beihilfe wurde allerdings zum Teil gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV genehmigt.

Auch in der rezenten Rs. *Achema* zur litauischen Ökostromförderung **mangelte es an Informationen** über die Modalitäten zur Berechnung der Ausgleichszahlungen, weshalb das vierte Kriterium nicht erfüllt war.³¹²

Allgemein ist der **Spielraum der Mitgliedstaaten beim Effizienzvergleich sehr eng**. Einen Vergleich mit Unternehmen mit Monopolstellung hält die Kommission etwa für unzulässig, da dessen Kosten höher ausfallen können.³¹³ Auch reicht es nicht, statistische Durchschnittskosten von real in einem Bereich aktiven Unternehmen als Vergleichsgrundlage herzunehmen. Denn die auf dem Markt tätigen Unternehmen – insbesondere in langjährig monopolisierten Märkten – sind nicht unbedingt „gut geführt“.³¹⁴ **Durchschnittsbetrachtungen** kommen in Wettbewerbsmärkten in Frage, der Mitgliedstaat muss jedoch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt analysieren.³¹⁵

Die Schwierigkeiten mit dem vierten *Altmark*-Kriterium verdeutlicht auch der langjährige Rechtsstreit um den **sozialen Wohnbau** in den Niederlanden. Bei den Wohnungsbaugesellschaften („woningcorporaties“ oder „Wocos“) handelt es sich um Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, deren Aufgabe der Erwerb, der Bau und die Vermietung von Wohnungen für benachteiligte Personen und sozial schwache Gruppen ist. Daneben üben sie auch andere Tätigkeiten aus, wie den Bau und die Vermietung von Appartements zu höheren Mieten, den

³¹⁰ DAWI-Mitteilung, Rz. 67.

³¹¹ Kom., Beschluss State aid SA.32060 (2014/NN), ABl. 2015/C 203/1 – Greece, ErwG. 108 f.

³¹² Rs. C-706/17, *Achema*, ECLI:EU:C:2019:407, Rn. 118 ff.

³¹³ DAWI-Mitteilung, Rz. 74.

³¹⁴ Vgl. z.B. Kom., Entscheidung C 16/07, ABl. 2009/L 306/26, Rn. 85 ff. – Postbus im Bezirk Lienz; Kom., Entscheidung 2009/325/EG, ABl. 2009/L 97/14, Rn. 82 – Busunternehmen in Südmähren.

³¹⁵ Wobei wiederum die Anwendungspraxis zu Art. 101 ff. AEUV relevant wird, vgl. Wolf in *Säcker/Montag*, SGEI, Rz. 45.

Bau zum Verkauf bestimmter Appartements sowie Bau und Vermietung dem Allgemeininteresse dienender Gebäude. Die Kommission qualifizierte die diversen Fördermaßnahmen zugunsten der „wocos“ als Beihilfen: Es habe **keine Ausschreibung** gegeben und auch keinen Nachweis, dass die Wohnbaugesellschaften **effiziente Unternehmen** seien.³¹⁶ Daher prüfte die Kommission die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Binnenmarkt und bejahte sie schlussendlich unter zahlreichen Auflagen. Diese Auflagen führten u.a. dazu, dass die Niederlande eine **starre Gehaltsgrenze für 90% der Sozialwohnungen** einführten. In der Literatur führte dies zu Bedenken, die unionsrechtlichen Vorgaben würden soziale Segregation sowie die Gefahr von Leerständen in manchen Regionen fördern und die Mittelklasse vom sozialen Wohnbau ausschließen.³¹⁷

Die Rechtsprechung zeigt zwar eine gewisse Flexibilität, auf die **besonderen Umstände gewisser Sektoren** einzugehen; etwa in der Rs. *BUPA* zum Risikoausgleich bei Krankenversicherungen.³¹⁸ Versuche der Mitgliedstaaten, sich auf diese Flexibilität zu berufen, scheitern jedoch meist.³¹⁹

5.7.3 Problemanalyse

Fraglich ist, wie treffsicher die *Altmark*-Kriterien zur Absicherung von Daseinsvorsorgeleistungen gegenüber einer überschießenden Anwendung des Beihilfeverbots sind. So stellt die Formalvoraussetzung des hinreichend klar definierten Betrauungsaktes die öffentliche Hand, insbesondere kleine Verwaltungseinheiten, vor Herausforderungen.³²⁰ Insbesondere jedoch die **enge Auslegung** des vierten Effizienzkriteriums durch die Kommission schafft hohe Hürden; seine Erfüllung ist bspw. im Verkehrsbereich bislang – soweit ersichtlich – nie gelungen,³²¹ und scheitert auch darüber hinaus oft.³²² Insgesamt gilt das Kriterium als in der Anwendungspraxis **schwer (bzw. jedenfalls nicht rechtssicher vorhersehbar) nachzuweisen**.³²³ Auch kann es gerade in der Daseinsvorsorge schwierig sein, das verlangte Kostenniveau eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens zu erreichen. Vor allem in langjährig monopolisierten Märkten ist der Effizienznachweis schwierig.

Eine Vergabe mittels öffentlicher Ausschreibung kann den Mitgliedstaaten gewisse Sicherheit bieten; doch auch hier ist auf die Art des Verfahrens und die Umstände des Wettbewerbs zu achten, da Ausschreibungen bzw. Vergabeverfahren nicht automatisch die Erfüllung der *Altmark*-Kriterien garantieren. Auch sind etwa **Ausschreibungen nicht immer so durchführbar**, dass sie die hohen Anforderungen der Unionsgerichte erfüllen; etwa bei großen Infrastrukturprojekten und im Verkehr, wenn faktisch nur ein Anbieter ein Angebot abgeben wird bzw. wenn die

³¹⁶ Kom., Beschluss C(2009) 9963 final in Bezug auf die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und besondere Projektbeihilfe für Wohnungsbaugesellschaften, Rn. 89.

³¹⁷ Vgl. nur m.w.N Gallo (2016) in *Hancher – Ottervanger – Slot*, EU State Aids⁵, Rz. 10-117.

³¹⁸ Rs. T-289/03, *BUPA*, ECLI:EU:T:2008:29, Rn. 246 ff.

³¹⁹ Vgl. nur Rs. T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, ECLI:EU:T:2014:676, Rn. 131 ff; Rs. T-347/09, *Deutschland/Kommission („Nationales Naturerbe“)*, ECLI:EU:T:2013:418, Rn. 81.

³²⁰ Unger (2019) in *Schmidt – Wollenschläger*, 359 (Rz. 42).

³²¹ Maxian Rusche – Melcher (2017) in *Grabitz – Hilf – Nettessheim*, Art. 93 AEUV, Rz. 24.

³²² Vgl. auch die Nachweise in Bartosch, *EuZW* 2007, 559 (Fn. 40).

³²³ Vgl. Mestmäcker – Schweitzer (2016) in *Immenga – Mestmäcker*, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rz. 164.

Infrastruktur im Eigentum eines Betreibers steht.³²⁴ Wie die Rs. *SNCM* zeigt, sind in solchen Fällen, in denen es eine Vielzahl an technischen Voraussetzungen und oftmals nur einen bestehenden, erfahrenen Erbringer gibt, die **strengen Maßstäbe des GHdEU nicht praktikabel**. In solchen Ausnahmefällen könnte der Effizienztest beschränkt werden.³²⁵

Wiederum auffällig sind die **hohen Anforderungen** der Kommission und der Unionsgerichte an die Mitgliedstaaten bei der **Kostenberechnung**, die eine Marktanalyse und umfassende Daten verlangt. Vergleichbare ökonomische Ansätze werden bei anderen Tatbestandselementen, insbesondere der von der Kommission darzulegenden Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung, gerade nicht verfolgt.

Die strenge Prüfung auf Tatbestandsebene wird freilich in der Anwendungspraxis durch die (zum Teil durchaus großzügige) **Genehmigung** von Beihilfen für DAWI **kompensiert**. Auch führen der DAWI-Beschluss und der DAWI-Rahmen zu einer gewissen Entschärfung und mehr Rechtssicherheit. Mitgliedstaaten können sich also schlicht auf die Darlegung von Rechtfertigungsgründen konzentrieren. Da der Kommission jedoch auf Ebene der Vereinbarkeitsprüfung **weites Ermessen** zusteht, darf nicht über die Schwächen bei der Tatbestandsprüfung hinweggesehen werden. Im Sinne einer methodisch überzeugenden und die Kompetenzen wahrenden Beihilfenkontrolle ist zunächst der **Tatbestand sauber zu prüfen**.

Es überzeugt nicht, zunächst mit den *Altmark*-Kriterien eine Ausnahme vom Tatbestand zu schaffen, diese zugehörigen Kriterien allerdings so eng und restriktiv zu fassen, dass wiederum so gut wie jede DAWI in den Tatbestand fällt und erst auf Rechtfertigungsebene wieder zugelassen wird. So ist etwa ganz grundsätzlich **fraglich, ob es Aufgabe der Union ist, den Mitgliedstaaten Vorgaben für die Effizienz ihrer Leistungen zu machen** und zu kontrollieren, mit wie viel Aufwand und Mitteleinsatz eine bestimmte DAWI erbracht wird. Art. 14 EUV betont etwa, dass die „Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge [tragen], dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“ Die Festlegung dieser Grundsätze und Bedingungen durch den europäischen Gesetzgeber erfolgte „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“. **Art. 36 GRC** normiert die Achtung vor dem Zugang zu DAWI, „wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist“.

In diesem Licht betrachtet ist die Aufgabe der Union vielmehr, im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht sicherzustellen, dass sich die Aufwendungen für DAWI (unmittelbare Zuwendungen, aber auch Monopolschutz usw.) nicht im Wettbewerb auswirken und diesen verfälschen. Wenn also mit DAWI betraute Unternehmen durch **Quersubventionierungen oder aggressive Praktiken** außerhalb der definierten DAWI den Wettbewerb zu verfälschen drohen, muss dies konsequent unterbunden werden. Darüber hinaus ist allerdings nicht ersichtlich, warum die Union

³²⁴ Vgl. dazu auch DAWI-Mitteilung, Rz. 68.

³²⁵ So auch Arhold (2018) in *MüKoBeihilfenR²*, Art. 107 AEUV, Rz. 348.

innerhalb der DAWI den betrauten Unternehmen und den Mitgliedstaaten strenge Effizienzvorgaben machen kann bzw. soll. Insofern wäre **Zurückhaltung** in dieser Frage geboten, die Hand in Hand mit geschärften und inhaltlich abgesenkten Maßstäben gehen sollte.

Insgesamt wäre es naheliegend, die *Altmark*-Kriterien (ggf. mit einem modifizierten und reduzierten Effizienznachweis) in Form eines Freistellungsbeschlusses **mit klaren Maßstäben anzupassen**. Anknüpfen ließe sich an den **DAWI-Beschluss** der Kommission, der bereits Voraussetzungen aufstellt, unter denen gewisse Beihilfen für DAWI ausgenommen werden. Auf Ebene der Freistellung könnten im Rahmen der Leitlinien wiederum **offenere Kriterien** zugelassen werden.

Abzuwarten bleiben die Ergebnisse der **Konsultation zu DAWI im Bereich Gesundheit und soziale Dienstleistungen aus 2019**, deren Veröffentlichung die Kommission für das 3. Quartal 2021 angekündigt hat.³²⁶

5.8 Zwischenfazit

5.8.1 Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

Grundsätzlich ist der wirkungsbezogene Ansatz der Unionsorgane bei der Beihilfeprüfung zur Vermeidung von Umgehungsstrukturen sachgerecht. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte setzt der Kommission bei der Tatbestandsprüfung jedoch wenige Schranken und billigt auf vielen Ebenen kaum begründete und insbesondere **ökonomisch nicht fundierte Vermutungsregeln**. Dies ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive schon allein deswegen problematisch, da mehrere Tatbestandselemente ihre Ein- und Abgrenzungsfunktion nicht erfüllen können. Zudem wird teils die Beweislast der Kommission auf ein sehr niedriges Maß gesenkt, während umgekehrt von den Mitgliedstaaten (auf Tatbestandsebene) umfassende Daten und Analysen verlangt werden, um sich *de facto* „freizubeweisen“ – etwa bei der zulässigen Differenzierung im Rahmen von Steuerregelungen, bei der Anwendung des MEOT oder bei der Effizienz von DAWI.

Dadurch wirkt die Beihilfenkontrolle zum Teil, aber gerade in sensiblen Bereichen mitgliedstaatlicher Kompetenzen, **überschießend und dysfunktional** in dem Sinn, dass der Wettbewerb tatsächlich eingeeengt anstatt vor Verzerrungen geschützt wird (siehe Ausgangsannahme 5). Es ist mit anderen Worten also in den hier kritisierten Fällen die Anwendungspraxis, die den Wettbewerb zu verzerren droht und damit auch die legitimen **Gestaltungsspielräume sowohl der Mitgliedstaaten als auch privater Marktteilnehmer beschneidet**. Damit einhergehend verschiebt sich das institutionelle Gleichgewicht zulasten der Mitgliedstaaten. Entgegen aktueller Tendenzen, insbesondere bei der Kontrolle nationaler Steuern, sollte das Beihilfenrecht von der Kommission **nicht als Quasi-Regulierungstool** eingesetzt werden, um offene Harmonisierungslücken zu füllen. Auf allfällige Unzulänglichkeiten in diesem Bereich hat der Unionsgesetzgeber zu reagieren.

³²⁶ Vgl. die Timeline in https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/timeline_table_SA_final.pdf (zuletzt abgerufen am 15.3.2021).

Aus diesem Befund folgt, dass bereits auf Tatbestandsebene das bestehende Primärrecht *de lege lata* einigen Spielraum bietet für eine effektivere und treffsichere **Beihilfeprüfung**, die verstärkt auf die Kernziele des EU-Wettbewerbsrechts zugespielt ist; also die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch ungerechtfertigte staatliche Interventionen im harmonisierten Binnenmarkt.

Zusammengefasst ließen sich die Aufgriffsschwellen auf Tatbestandsebene durch folgende **Neuorientierung der Kommissions- und Rechtsprechungspraxis** erhöhen:

1. Wettbewerbsverfälschung: Aktivierung und Ökonomisierung des Tatbestandsmerkmals

- a. Dringend geboten erscheint die Berücksichtigung realer Markt- und Wettbewerbsverhältnisse bei der Beihilfeprüfung (im Sinne des *More Economic Approach*) durch Nutzung wettbewerbsökonomischer Methoden und Analysen. Eine solche Ökonomisierung der Prüfung wäre ein Fortschritt im Vergleich zu aktuell eingesetzten, schwammigen Vermutungsregeln und Automatismen, die dazu führen, dass dieses Tatbestandsmerkmal keine Rolle in der Anwendungspraxis spielt.
- b. Ergänzend könnten Vermutungsregeln eingesetzt werden, die zwar mit ökonomischen Annahmen und Erfahrungsregeln operieren, aber einer Art „Realitätsprüfung“ (rule of reason) unterzogen werden; die Vermutungsregeln wären somit offen für begründete Einwände der Mitgliedstaaten, wobei die Prüfung im Zweifel zugunsten des Mitgliedstaates ausschlagen sollte.
- c. Die Begründungs- und Nachweiserfordernisse der Kommission sollten verschärft werden, gekoppelt mit einer geschärften Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen durch den GHdEU (auch der ökonomischen Analysen und Annahmen). Dabei sollte die Fundierung durch eine quantitative Analyse als *best practice* normiert werden und der Rückgriff auf eine bloß qualitative Begründung einer nachvollziehbaren Begründung bedürfen. Dadurch erhält eine entsprechend geschärfte Nachprüfung der Analyse durch den GHdEU ein objektiviertes Fundament.
- d. Beihilfeempfängern mit vernachlässigbar geringen Marktanteilen könnten, im Sinne eines *De-minimis*-Ansatzes, aus dem Beihilfebegriff ausgenommen werden, soweit bei ihnen keine Wettbewerbsverfälschung droht (ergänzend und alternativ zu der derzeit rein betragsorientierten Herangehensweise im Rahmen der *De-minimis*-VO).
- e. Bei Beihilferegeln sollte die Kommission eine drohende Wettbewerbsverfälschung zumindest bei einzelnen Begünstigten exemplarisch nachweisen müssen.

2. Handelsbeeinträchtigung: Aktivierung und Schärfung des Tatbestandsmerkmals

- a. In die Prüfung der Handelsbeeinträchtigung sollten reale Handelsströme, Marktbeziehungen und Anreizeffekte einbezogen werden; etwa durch ökonomische Analysen, wie es bei der jüngeren Anwendungspraxis zu kleinräumigen Lokalbeihilfen bereits geschieht; die diesbezüglichen Voraussetzungen im Durchführungsrecht sollten präzisiert werden.
- b. Auch hier sollten die Begründungs- und Nachweiserfordernisse der Kommission verschärft werden, gekoppelt mit einer geschärften Nachprüfung durch den GHdEU

(auch der ökonomischen Analysen und Annahmen); aktuell wird oft ohne eigenständige Begründung zirkelschlussartig auf die Wettbewerbsverfälschung verwiesen.

- c. Bei Beihilferegelungen sollte die Kommission eine drohende Handelsbeeinträchtigung zumindest bei einzelnen Begünstigten exemplarisch nachweisen müssen.

3. Selektivität: Reform der allgemeinen Selektivitätsprüfung

- a. Bei branchenübergreifenden Regelungen, die unterschiedlichste Unternehmen in verschiedenen Branchen begünstigen, erscheint die Prüfung unpräzise und mitunter überschießend. Daher sollte die Selektivität von Maßnahmen präziser geprüft werden, um problematische Beihilfen treffsicherer gegenüber (zulässigen) allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten abzugrenzen.
- b. Für die Prüfung der Selektivität wird daher eine echte Diskriminierungsprüfung mit adaptivem Prüfmaßstab empfohlen, bei der auf die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten Rücksicht genommen wird.
- c. Um die wirtschaftliche Realität treffsicherer zu erfassen sollten bei der Frage, ob Begünstigte und Belastete tatsächlich miteinander verglichen werden können (und eine Ungleichbehandlung die Selektivität der Maßnahme begründet), ökonomische Kriterien eingesetzt werden.
- d. Bei Beihilferegelungen sollte die Kommission die Selektivität zumindest bei einzelnen Begünstigten exemplarisch nachweisen müssen.

4. Steuerbeihilfen: Fokussierung und Reform der Prüfung

- a. Die Beihilfeprüfung darf nicht zu einer kompetenzüberdehnenden Kontrolle oder „Sachlichkeitsprüfung“ nationaler Steuerpolitik durch die Kommission führen. Der bei der Prüfung von Steuerbeihilfen eingesetzte „Dreistufentest“ sollte aufgegeben werden und die Selektivitätsprüfung in Form einer Diskriminierungsprüfung erfolgen; eine solche Prüfung sollte die nationalen Kompetenzen im Bereich der Steuerpolitik respektieren und sich folglich darauf beschränken, den Missbrauch des Steuerrechts zur Umgehung des Beihilfeverbots zu unterbinden (bei prinzipieller Vermutung der Beihilfefreiheit).
- b. Falls am Dreistufentest festgehalten wird, sollte dieser umfassend reformiert werden, insbesondere:
 - i. Die Selektivitäts- und die Begünstigungsprüfung sollten entzerrt und sauber getrennt erfolgen; der Dreistufentest könnte in die Begünstigungsprüfung verlagert werden, während die Selektivität im Rahmen einer zurückhaltenden Diskriminierungsprüfung geprüft werden würde (im Sinne der oben genannten Missbrauchskontrolle).
 - ii. Der Dreistufentest sollte die Kompetenzverteilung innerhalb der EU und folglich steuerpolitische Lenkungsziele der Mitgliedstaaten respektieren.
 - iii. Die Beweislast muss konsequent bei der Kommission liegen; es ist höchst problematisch, wenn sich Mitgliedstaaten im Rahmen der Beihilfeprüfung „freibeweisen“ müssen.

- c. Durch eine Präzisierung der Kompetenzen der Kommission sollte verhindert werden, dass sie die Beihilfenkontrolle als Vehikel einsetzt bzw. missbraucht, um fehlende gesetzgeberische Aktivität im Bereich der EU-Steuerpolitik zu kompensieren.
- d. Bei der Rückforderung von Steuerbeihilfen sollte der Vertrauensschutz gestärkt werden (z.B. keine rückwirkende Rückzahlung rechtskräftig gewährter Steuervorteile; Anpassung von Verjährungsfristen).
- e. Die Mitteilung Unternehmensbesteuerung sollte aktualisiert werden, um eine vorhersehbare Anwendungspraxis zu gewährleisten.

5. Staatlichkeit: Präzisierung des weiten Verständnisses

- a. Bei der Frage, wer eine staatliche Maßnahme wirtschaftlich tatsächlich trägt (also ob sie staatlich finanziert, d.h. budgetwirksam ist), sollte von formalistisch-kasuistischer Differenzierung abgesehen werden. Empfehlenswert wäre, insbesondere bei parafiskalischen Abgaben und der Einbeziehung Privater in Umlagesysteme, eine restriktivere und wirkungsbezogene Prüfung der staatlichen Finanzierung, die auf die ökonomische Funktionsweise und faktische Wirkung des Systems abstellt.
- b. Der Indizienbeweis bei der Prüfung der staatlichen Zurechenbarkeit unternehmerischen Handelns sollte präziser und enger gefasst werden, insbesondere durch erhöhte Nachweiserfordernisse. Dies erscheint notwendig, um die Handlungsfähigkeit von (öffentlichen) Unternehmen nicht ungebührlich zu beschneiden.

6. MEOT/Privatinvestortest: Objektivierung und Sicherstellung einer transparenten und praktikablen Ausgestaltung der Anforderungen an staatliches Handeln

- a. Die Anforderungen an privatwirtschaftliches Handeln des Staates sollten rechtssicher und praxistauglich ausgestaltet werden. Dabei sollten spezifische Herausforderungen des Wirtschaftsgebarens der öffentlichen Hand stärker berücksichtigt werden, auch durch Respekt vor gesamtwirtschaftlichen Überlegungen des Staates.
- b. Die Beweislast beim MEOT (Market Economy Operator Test) muss vollumfänglich bei der Kommission liegen; wirtschaftliche Annahmen sollten von ihr benannt und ökonomisch argumentiert werden müssen. Diese Annahmen sollten einer vollwertigen gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, wobei Zweifelsfälle zugunsten des Mitgliedstaates ausschlagen sollten.

7. DAWI und Altmark-Kriterien: Reform und Präzisierung

- a. Praxisferne Anforderungen, die an realen Bedürfnissen der Daseinsvorsorge vorbeigehen und legitime Spielräume der Mitgliedstaaten einengen, sollten bereinigt werden.
- b. Das vierte Effizienzkriterium des Altmark-Tests, das mitunter fragwürdig hohe, realitätsferne Anforderungen an Unternehmen der Daseinsvorsorge stellt, sollte reformiert oder abgeschafft werden.

5.8.2 Rechtliche Umsetzungsmöglichkeiten

Die genannten Vorschläge betreffen größtenteils die Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV durch die Kommission und den GHdEU. Eine Änderung der primärrechtlichen Bestimmungen erscheint für die Umsetzung daher nicht erforderlich.

Fraglich ist jedoch, wie eine Änderung der Anwendungspraxis angestoßen werden kann. In Frage kommt möglicherweise eine **VO des Rates gemäß Art. 109 AEUV**. Mit einer solchen VO kann der Rat der Kommission (materiell- wie formell-rechtliche) Vorgaben zur Anwendung des Beihilfetatbestands machen bzw. sie zum Erlass weiterer Durchführungsrechtsakte ermächtigen; so geschehen zur Freistellung gewisser Beihilfen über die ErmächtigungsVO 2015/1588 (davor VO 994/98) des Rates oder die VerfahrensVO 2015/1589 (davor VO 659/99). Für den Erlass einer solchen VO gemäß Art. 109 AEUV ist eine einfache Mehrheit im Rat notwendig; der Erlass ist allerdings von einem entsprechenden Vorschlag der Kommission abhängig.³²⁷ Anders als der Wortlaut des Art. 109 AEUV („Durchführungsverordnungen“) nahelegt, handelt es sich bei den entsprechenden Rechtsakten aber wohl um **Gesetzgebungsakte** im Sinne des Art. 289 AEUV und gerade nicht um (im Stufenbau untergeordnete) Durchführungsrechtsakte im Sinne des Art. 291 AEUV.³²⁸

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist die **Reichweite der Regelungsbefugnis des Rates nach Art. 109 AEUV zwar strittig**: Direkte inhaltliche Eingriffe in den materiellen Beihilfetatbestand im Sinne einer Reformulierung der Tatbestandselemente des Art. 107 AEUV sieht das überwiegende Schrifttum als unzulässig an.³²⁹ Tatsächlich ist davon auszugehen, dass der Rat im Rahmen von Art. 109 AEUV an den Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV gebunden ist und ihn nicht im Umweg über eine bloße DurchführungsVO aushebeln darf. Innerhalb dieser Grenzen steht der Wortlaut des Art. 109 AEUV („alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Artikeln 107 und 108“) einer **weiten Auslegung der Regelungsbefugnis** problemlos offen.

Daher dürften mehr oder weniger weitgehende **begriffliche Konkretisierungen** in Bezug auf die Auslegung der Tatbestandselemente wohl zulässig sein.³³⁰ Denn die Existenz des Art. 109 AEUV unterstreicht gerade, dass die Beihilfepolitik dem Rat eben nicht gänzlich entzogen ist.³³¹ Damit ist aber auch die Grenze dessen, was der Rat auf Basis des Art. 109 AEUV zulässigerweise an Vorgaben für die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 treffen darf, als **fließend** anzusehen.

Dies gilt umso mehr, als **Rechtsprechung dazu fehlt**, ob bzw. in welchem Umfang eine enge Sichtweise auf die Befugnisse des Rates nach Art. 109 AEUV tatsächlich richtig ist. Die lebhafte Debatte rund um die Vereinbarkeit mancher Durchführungsregelungen mit dem Primärrecht³³² fand also bislang weder in der Anwendungspraxis der Kommission noch in der Rechtsprechung des GHdEU Niederschlag.

³²⁷ Siehe Suttner in Mayer - Stöger, Art. 109 AEUV, Rz. 2 f. (Stand 1.1.2014, rdb.at).

³²⁸ Jedoch strittig; wie hier etwa Gaitanides (2013) in Birnstiel – Bungenberg - Heinrich, Art. 109 AEUV, Rz. 863 m.w.N.

³²⁹ Vgl. von Wallenberg - Schütte (2016) in Grabitz – Hilf - Nettesheim, Art. 109 AEUV, Rz. 6 (59. EL 2016, beck.de).

³³⁰ So etwa Gaitanides (2013) in Birnstie – Bungenberg - Heinrich, Art. 109 AEUV, Rz. 858 m.w.N.

³³¹ So von Wallenberg -Schütte (2016) in Grabitz – Hilf - Nettesheim, Art. 109 AEUV, Rz. 1 (59. EL 2016, beck.de).

³³² Vgl. m.w.N. etwa Cremer (2016) in Calliess -Ruffert⁵, Art. 107 AEUV, Rz. 3 (beck.de).

Auch im **Vergleich mit dem Kartellrecht** scheint die Frage, ob und inwieweit Rat und Kommission in ihrer Anwendungspraxis und durch den Erlass restriktiver Rechtsakte die weite Auslegung des GHdEU zu Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit die Rechtsprechung einhegen und modifizieren können, bloß akademischer Natur: Ein gewichtiges Beispiel für die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Tatbestände des Wettbewerbsrechts durch den EU-Gesetzgeber findet sich mit Art. 1 Abs. 2 **VO 1/2003**, der sich sogar hart an die Grenze eines Widerspruchs zum Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV („können für nicht anwendbar erklärt werden“), jedenfalls aber in Widerspruch zu dessen bis dahin vorherrschender Auslegung und einer entsprechenden älteren Genehmigungspraxis (Einzelfreistellungen und sog. *comfort letters*) setzt,³³³ indem die dort angeführten Rechtfertigungsgründe für Kartelle zu automatischen Legalausnahmen ausweitete wurden.

Sollte Art. 109 AEUV gewisse Eingriffe in den Beihilfetatbestand tatsächlich nicht zu tragen vermögen, scheint nötigenfalls eine **ergänzende Heranziehung** der Rechtsetzungsgrundlage des **Art. 352 AEUV** denkbar. Diese Bestimmung kann herangezogen werden, soweit „ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich [scheint], um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, [...] in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse [aber] nicht vorgesehen“ sind. Anders als im Kartellrecht (dort Art. 103 AEUV), fehlt für das Beihilfenrecht eine allgemeine Rechtsetzungsgrundlage für Ausführungsgesetzgebung.³³⁴ Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die Durchführungsbefugnisse nach Art. 109 AEUV restriktiv verstehen wollte. Der Anwendungsbereich des Art. 352 AEUV wäre dann also eröffnet und ließen sich Rechtsakte zur Vornahme der hier vorgeschlagenen Präzisierungen der Auslegung und Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV (**alleine oder gemeinsam mit Art. 109 AEUV**) auf Art. 352 AEUV stützen.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass eine **Konkretisierung** der Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV **durch den Sekundärrechtsgesetzgeber zulässig** ist. Dies gilt jedenfalls, solange sich die Durchführungsrechtsakte von Rat und/oder Kommission im Rahmen des geschriebenen Primärrechts bzw. (wie im Beispiel der VO 1/2003) seines äußerst möglichen Wortsinns bewegen. In diesem Umfang erscheint auch eine Bindung des GHdEU an solche Vorgaben möglich.³³⁵ Für darüber hinausgehende Änderungen des Art. 107 AEUV, also klare Eingriffe in seinen Wortlaut, bedürfte es dagegen einer Primärrechtsänderung nach Art. 48 Abs. 6 EUV.

³³³ Vgl. Gauer et al, Competition Policy Newsletter No. 2/2004, 5 f.

³³⁴ Vgl. Gaitanides (2013) in *Birstiel-Bungenberg-Heinrich*, Art. 109 AEUV, Rz. 864.

³³⁵ Siehe zum Thema m.w.N. Suttner in *Mayer-Stöger*, Art. 109 AEUV, Rz. 6 (Stand 1.1.2014, rdb.at).

6. Reformbedarf auf Rechtfertigungsebene

Das grundsätzliche Beihilfeverbot wird ergänzt durch die Legalausnahmen des Art. 107 Abs. 2 und die Ermessensausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV. Die Rechtfertigungsmöglichkeiten sind jedoch teils zu restriktiv, teils veraltet und in weiten Teilen praktisch irrelevant. Im Folgenden werden *de lege ferenda* Möglichkeiten skizziert, die Ausnahmetatbestände des Abs. 2 zu aktivieren und die Tatbestände des Abs. 3 zu modernisieren. Nicht näher betrachtet, aber an dieser Stelle aufgezeigt werden soll die Möglichkeit, spezifische Politiken auch außerhalb zu verorten, etwa nach dem Vorbild des Art. 93 AEUV.

6.1 Modernisierung des Art. 107 Abs. 2 AEUV

6.1.1 Problemanalyse

Mit den Bestimmungen des Art. 107 Abs. 2 **lit. a und c** AEUV sind zwei von drei bestehenden Legalausnahmen vom Beihilfeverbot *de facto totes Recht*: Lit. a hat mit Blick auf die Tatbestandsvoraussetzung, dass nur Unternehmen Empfänger von Beihilfen sein können und daher Beihilfen an Verbraucher nie erfasst sind, keinerlei bzw. allenfalls deklaratorische Bedeutung. Lit. c war auf die Wiedervereinigung von BRD und DDR gerichtet und hat seine Praxisrelevanz überlebt.

Diese Bestimmungen sollten *de lege ferenda* gestrichen und durch für die Praxis tatsächlich relevante Legalausnahmen ersetzt werden. Was dies sinnvoller Weise sein kann, ist nicht zuletzt eine **politische und ökonomische Frage** und nicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Analyse.

Aber auch der Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 2 **lit. b** AEUV, dem als einzige Legalausnahme in der Praxis noch gewisse Relevanz zukommt, hat Optimierungsbedarf: In **Krisen**, wie der Finanzkrise 2007-2011 und der SARS-CoV2-Pandemie, sehen Staaten erhöhten Bedarf an Eingriffen bzw. Subventionen, um die Wirtschaft zu stützen und gefährdete Wirtschafts- und Gesellschaftsteilnehmer zu schützen. Diese Notwendigkeit sieht auch die Kommission, wobei sie dabei betont, wie in solchen Situationen die unterschiedlichen finanziellen Möglichkeiten verschiedener Staaten verstärkt sichtbar werden.³³⁶ Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV („Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse“) spielte jedoch in den genannten Krisen bislang eine **untergeordnete Rolle**. Vielmehr wurden die Krisenbewältigungsinstrumente auf Abs. 3 lit. b gestützt (dazu sogleich). Im Zuge der SARS-CoV2-Pandemie wurden nur vereinzelte Kommissionsentscheidungen auf Abs. 2 lit. b gestützt³³⁷ und dabei **restriktive Maßstäbe** gesetzt, wie etwa die Deckelung von Kompensationszahlungen, die Gegenverrechnung mit anderen Vorteilen (wie Versicherungszahlungen) oder Mechanismen zur Verhinderung von Überkompensation.³³⁸

³³⁶ COM (2012) 209 final, Pkt. 3.

³³⁷ Vgl. etwa Kom., Entscheidung vom 28.5.2020, SA.57284 – Finnish damage compensation scheme for restaurants; Kom., Entscheidung vom 12.3.2020, SA.56685 – Danish compensation scheme for cancellation of events.

³³⁸ Vgl. die Nachweise bei Soltész, EuZW 2020, 5 (10).

Die praktische Relevanz des Abs. 2 ist also – trotz konkretisierter Maßstäbe der Kommission in der AGVO, wie z.B. in Art. 50 – nach wie vor gering.³³⁹ Im Gegensatz zu den Vereinbarkeitstatbeständen des Abs. 3 kommt der Kommission bei Abs. 2 **kein Ermessen** zu, was gerade in Krisenfällen von Bedeutung sein kann und den Mitgliedstaaten mehr Spielraum einräumen und rasche **Handlungsfähigkeit** garantieren würde. Von der vorherigen Anmeldepflicht und Prüfung durch die Kommission entbinden aber freilich auch die Ausnahmen in Abs. 2 nicht. Deshalb könnte eine Krisenfreistellung nach dem Muster Art. 50 AGVO (Katastrophenbeihilfen) in Erwägung gezogen werden.

6.1.2 Reformpotenzial

Eine Orientierung für **neue Legalausnahmen** in Abs. 2 können die bestehenden Freistellungen für als gänzlich unschädlich angesehene Beihilfen bieten. Gerade mit Blick auf besonders großzügige und breite existierende Freistellungen, wie sie bspw. im Bereich **Gesundheits- und Sozialdienstleistungen** vorhanden sind,³⁴⁰ könnte die Schaffung einer bereits primärrechtlichen Ausnahme erwogen werden, damit die betreffenden Leistungen von einem einfachen und rechtssicheren Regime profitieren. Ebenso zu denken ist an Tätigkeiten im Nahbereich staatlicher Kernaufgaben, die nach der Rechtsprechung daher in Teilen (z.B. hoheitliche Tätigkeiten wie z.B. Umwelt- oder Luftüberwachung, Kernbereich der Bildung, Grundlagenforschung, solidarische Versicherungssysteme, gewisse kulturelle Tätigkeiten etc.)³⁴¹ schon vom Begriff der Wirtschaftlichkeit bzw. vom Unternehmensbegriff ausgenommen werden. Eine explizite Legalausnahme könnte diese Ausnahmen rechtssicher klarstellen und vor allem auch sachlich so verbreitern, dass Nebenbereiche, die derzeit als wirtschaftlich angesehen werden, mit umfasst wären (z.B. **postgraduale universitäre Weiterbildung, Privatschulbereich, Lehrlingsausbildung, gesetzlich stark reglementierte private Versicherungssysteme in Ergänzung staatlicher Gesundheits-, Sozial oder Altersvorsorge, Umwelt- oder Luftüberwachung, Grundlagenforschung, der Betrieb von Bibliotheken, Museen oder Naturparks** usw.).

Ebenso wäre anzudenken, Maßnahmen auf primärrechtlicher Ebene für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären, die bereits jetzt von der Kommission in der *De-minimis*-VO und der AGVO freigestellt werden. So könnten etwa **De-minimis-Beihilfen** und **gänzliche unschädliche Beihilfen de jure** ausgenommen werden (z.B. Regionalbeihilfen, Investitions- oder Betriebsbeihilfen für KMUs, Ausbildungsbeihilfen, Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen für benachteiligte Gruppen, Sozialbeihilfen für die Beförderung in entlegenen Gebieten, Kultur- und Sportbeihilfen, Beihilfen für lokale Infrastruktur oder regionale Stadtentwicklung usw.). Insbesondere bei „transparenten“ Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent sich im Voraus berechnen lässt, könnte so bereits primärrechtlich mehr Spielraum für die Mitgliedstaaten geschaffen werden.

Zudem erscheint es überfällig, Art. 107 **Abs. 2 lit. b** AEUV relevanter zu gestalten, seinen Anwendungsbereich auszuweiten und die Bestimmung mit praktikablen **Legalausnahmen** für Krisenfälle zu beleben. Dabei könnten etwa demonstrativ aufgezählte, illustrative Anwendungsfälle

³³⁹ So auch Thiele (2021) in *Dausen - Ludwigs*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 168 m.w.N.

³⁴⁰ Vgl. Art. 2 lit. b und c DAWI-Beschluss.

³⁴¹ Vgl. Mitteilung Beihilfebegriff, Rz. 2; z.B. Rs. C-67/96, *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 86.

einfließen. So könnte generell die **Kompensation für unmittelbare Schäden** von Unternehmen aufgrund von außergewöhnlichen Ereignissen, wie **Naturkatastrophen, Wirtschaftskrisen, Pandemien** usw. verankert werden.

6.2 Modernisierung des Art. 107 Abs. 3 AEUV

6.2.1 Problemanalyse

Die Tatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV sind in weiten Teilen eng und kasuistisch gefasst, was die Nutzung der Genehmigungstatbestände einengt. In der Praxis besitzen vor allem die **lit. a** (Regionalbeihilfen) und **lit. c** (Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete) breite Relevanz. **Lit. b** hat in Krisenfällen Bedeutung erlangt, während der Anwendungsbereich von **lit. d** mit dem Kulturbereich kleinräumig geblieben ist.

Ein Hauptproblem der Ermessensausnahmen des Abs. 3 ist es, dass sie besonders **pauschal und unscharf formuliert** sind. Sie bedürfen für ihre Anwendbarkeit und Vorhersehbarkeit ausführlicher Erläuterungen durch die Kommission in Gestalt von Leitlinien. Teils erschließt sich die Anwendung der Rechtfertigungsgründe auch erst über eine mühevollere Sichtung der umfassenden Genehmigungspraxis.

Dieser Zustand ist aus Sicht der Kommission komfortabel, da ihr bei der Anwendung der Rechtfertigungsgründe des Abs. 3 **maximales Ermessen** zukommt, das gerichtlich kaum korrigiert wird. Auch lassen sich die Beurteilungsparameter, da maßgeblich in **Soft Law** verlaubar, rasch und in jede Richtung verändern. Aus Sicht der Mitgliedstaaten und Wirtschaftstreibenden ist die Unschärfe und Pauschalität der Rechtfertigungsgründe jedoch unbefriedigend, da intransparent und kaum Rechtssicherheit bietend.

In der **Wirtschafts- und Finanzkrise** legte die Kommission ein pragmatisches Krisenmanagement an den Tag und genehmigte zur Stabilisierung des Bankensystems Beihilfen auf Grundlage des Art. 107 **Abs. 3 lit. b** AEUV.³⁴² Auch in der **SARS-CoV-2-Pandemie** erklärte die Kommission auf derselben Basis rasch zahlreiche Maßnahmen für mit dem Binnenmarkt vereinbar. Erste Maßnahmen zur Stützung von Luftfahrtunternehmen wurden jüngst durch das EuG bestätigt.³⁴³ Darüber hinaus bestehen bei Abs. 3 lit. b zahlreiche Unsicherheiten, die zu fehlender Planungssicherheit für Mitgliedstaaten führen. Erstens führt das **weite Ermessen** der Kommission zu fehlender Vorausehbarkeit für die Mitgliedstaaten. Die in der Rechtsprechung entwickelte Voraussetzung, dass die „betreffende Störung **das gesamte Wirtschaftsleben des betreffenden Mitgliedstaats beeinträchtigen** [muss] und nicht nur das eines seiner Regionen oder Gebietsteile“³⁴⁴ schränkt die innerstaatlichen Möglichkeiten ein, auf regional beschränkte wirtschaftliche Störungen zu reagieren. So fehlt es etwa an einem Instrument, um das Potenzial der späteren Auswirkung einer **regional beschränkten Störung** auf den gesamten Mitgliedstaaten zu

³⁴² Vgl. Jaeger, *ecolex* 2008, 982; m.w.N. Götz (2020) in *Dausen - Ludwigs*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 12.

³⁴³ Rs. T-238/20, *Ryanair DAC/Kommission*, ECLI:EU:T:2021:91; Rs. T-259/20, *Ryanair DAC/Kommission*, ECLI:EU:T:2021:92.

³⁴⁴ Rs. T-132/96, *Freistaat Sachsen/Kommission*, ECLI:EU:T:1999:326, Rn. 167.

bestimmen (und ggf frühzeitig reagieren zu können).³⁴⁵ Krisenbeihilfen wären daher, wie im Vor-kapitel ausgeführt, systematisch passender unter einem überarbeiteten Abs. 2 in Form von Le-galausnahmen zu verorten.

Konkretisiert und ausgebaut sowie idealerweise auch textlich **verselbständigt** werden sollte au-ßerdem der Rechtfertigungsgrund für Beihilfen für wichtige Vorhaben von gemeinsamem eu-ropäischem Interesse (**IPCEI**), der derzeit ebenfalls in Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV verortet ist. Ge-meint sind derzeit großangelegte grenzübergreifende Vorhaben betreffend strategisch rele-vante Wertschöpfungsketten. Diese Bestimmung hat mit der Vernetzung der europäischen In-dustrien und der gemeinsamen Forschungs- und Innovationstätigkeit in den letzten Jahren zu-nehmend an Bedeutung gewonnen. Dem will die Kommission auch mit einer Überarbeitung ihrer Mitteilung für die Beurteilung solcher Vorhaben Rechnung tragen, etwa durch terminolo-gische Präzisierungen, aber auch durch eine inhaltliche Ausweitung (etwa was die Möglichkeit weiterer Mitgliedstaaten zum Anschluss an laufende Projekte anbelangt).³⁴⁶ Im Rahmen einer noch breiteren Debatte darüber, welche Vorhaben unter welchen Voraussetzungen als wich-tige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse gelten sollen, könnten diese und weitere Überarbeitungen zur **Ausweitung dieses Rechtfertigungsgrunds** auch auf die Tatbe-standsebene gehoben werden (etwa erleichterte Größenanforderungen für grenzüberschrei-tende Vorhaben, Öffnung für Innovation über ein eng gefasstes Verständnis strategischer Re-levanz hinaus usw.). Mittelfristig sollte auch eine **Freistellungsmöglichkeit** für ICPEI bis zu einer bestimmten Größe, insbesondere bei überwiegender Mitwirkung von KMU, überlegt werden.

Doch auch die praktisch bedeutsameren Art. 107 **Abs. 3 lit. c** AEUV und Art. 106 Abs. 2 AEUV bieten den Mitgliedstaaten wenig Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit, was zum Teil durch Sekundärrecht und Kommissionsdokumente aufgefangen wird. Denn bei der Prüfung der Ver-einbarkeit staatlicher Beihilfen gemäß Abs. 3 entscheidet die Kommission nach ihrem **Ermessen**. Ihr kommt damit eine wichtige Rolle zu, bei der auch politische Erwägungen bedeutsam sind. Mit den Worten des EuGH: „Die Kommission verfügt [...] über ein weites Ermessen, dessen Aus-übung wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetzt, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind.“³⁴⁷ Auch hier ist die **gerichtliche Überprüfung** auf offensichtliche Beurteilungs-fehler, Begründungsmängel und die Einhaltung von Verfahrensvorschriften **beschränkt**. Die Uni-onsgerichte prüfen jedoch die Einhaltung der von der Kommission erlassenen Dokumente, die **Selbstbindung** entfalten.³⁴⁸ Ausnahmsweise kann jedoch auch die Berufung auf den primär-rechtlichen Genehmigungstatbestand, an den Durchführungsdokumenten vorbei, zulässig sein.³⁴⁹

³⁴⁵ Vgl. auch Nicolaidis, EStAL 2019, 121 (137).

³⁴⁶ Vgl. Pressemeldung der Kommission vom 23.2.2021, IP/21/689.

³⁴⁷ Rs. C-142/87, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:1990:125, Rn. 56.

³⁴⁸ Rs. T-27/02, *Kronofrance*, ECLI:EU:T:2004:348, Rn. 79.

³⁴⁹ Rs. C-431/14 P, *Griechenland/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:145, Rn. 72.

Als Beispiel für eine tendenziell **großzügige Genehmigungspraxis** der Kommission lassen sich Beihilfen mit **umweltpolitischen Zielen** anführen. So wurden zwischen 2017 bis Anfang 2021 zahlreiche Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energie aus Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen,³⁵⁰ Solarenergie,³⁵¹ Windkraft,³⁵² Erdgas,³⁵³ Biokraftstoffe³⁵⁴ oder zugunsten von Eigenversorgern³⁵⁵ bzw. zur Entsorgung von Atomabfällen³⁵⁶ oder zur Stilllegung von Kohlekraftwerken³⁵⁷ genehmigt.³⁵⁸ Auch im Zusammenhang mit der Förderung umweltfreundlicher Verkehrsmittel³⁵⁹ oder bei der Unterstützung des Breitbandausbaus³⁶⁰ zeigt die Kommission einen großzügigen Zugang. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass sich in der Genehmigungspraxis der Kommission die jeweils aktuellen politischen Schwerpunkte der Kommission bzw. der EU generell widerspiegeln. Dies ist angesichts des im jeweiligen Bereich erlassenen Sekundärrechts auch wenig verwunderlich, müssen doch die Mitgliedstaaten etwa im Bereich der Erneuerbaren Energien ihre unionsrechtlich determinierten Ziele erreichen. Auch die von der Kommission veröffentlichten beihilfenrechtlichen Leitlinien, Mitteilungen usw. sind naturgemäß von rechtlichen und politischen Schwerpunkten geprägt. Jedenfalls folgt daraus, dass Beihilfen **eher genehmigungsfähig**

³⁵⁰ Vgl. die Pressemitteilungen IP/21/762 (Rumänische Beihilfe für Sanierung des Fernwärmenetzes von Bukarest); IP/18/821 (Belgische Zertifikatregelungen für Ökostrom und hocheffiziente KWK in Flandern); IP/18/6847 (Ermäßigungen von Umlagen für Strom aus erneuerbaren Energiequellen und KWK-Kraftwerken zugunsten von energieintensiven Unternehmen in Griechenland); IP/19/2150 (Polnische Beihilfe für Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung sowie der Abgabenermäßigungen für große Energieverbraucher); IP/19/6349 (Unterstützung einer auf Basis von Abfällen betriebenen hocheffizienten KWK-Anlage in Bulgarien); IP/17/483 (Tschechische Förderregelung für Kraft-Wärme-Kopplung); IP/17/1440 (Ermäßigungen bei KWK-Umlagen für energieintensive Unternehmen in Deutschland und Italien).

³⁵¹ Vgl. die Pressemitteilung IP/18/6582 (Unterstützung für innovative Solarenergieanlagen in Frankreich).

³⁵² Vgl. die Pressemitteilungen IP/18/2621 (Ermäßigung der Offshore-Netzzulage für stromintensive Unternehmen und Bahnunternehmen in Deutschland), IP/18/5922 (Unterstützung für drei Offshore-Windparks in Belgien); IP/19/1412 (Förderung von vier schwimmenden Demonstrations-Offshore Windparks in Frankreich); IP/19/4749 (Förderung von sechs Offshore-Windparks in Frankreich); IP/17/782 (Dänische Förderung für Offshore-Windpark Kriegers Flak).

³⁵³ Vgl. die Pressemitteilungen IP/18/6342 (Förderung für Erdgasverbindungsleitung zwischen Griechenland und Bulgarien); IP/17/43 (Förderung für Erdgas- und Stromprojekt auf maltesischer Halbinsel Delimara).

³⁵⁴ Vgl. die Pressemitteilung IP/18/1441 (Förderung für modernes Biomethan und moderne Biokraftstoffe in Italien).

³⁵⁵ Vgl. die Pressemitteilungen IP/18/6168 (Unterstützung für erneuerbare Energien in Höhe von EUR 200 Mio. zugunsten von Eigenversorgern in Frankreich); IP/17/5366 (Schrittweise Anwendung der EEG-Umlage auf bestimmte Elektrizitäts-Eigenversorger in Deutschland).

³⁵⁶ Vgl. die Pressemitteilung IP/17/1669 (Fonds zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung in Deutschland).

³⁵⁷ Vgl. die Pressemitteilungen IP/20/2208 (Ausschreibungsmechanismus zur Gewährung von Stilllegungsprämien für Steinkohlekraftwerke in Deutschland); IP/20/863 (Entschädigung für vorzeitige Stilllegung eines niederländischen Kohlekraftwerks).

³⁵⁸ Kombinierte Maßnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien enthalten diverse genehmigte Maßnahmen ua Dänemarks (IP/18/5042), Estlands (IP/20/2454), Frankreichs (IP/17/1231; IP/17/260; IP/17/3581), Griechenlands (IP/18/5461), Italiens (IP/19/3000), Litauens (IP/19/242 und IP/19/2230), der Niederlande (IP/20/2410), Polens (IP/17/5261), Rumäniens (IP/20/2033), Spaniens (IP/17/4542) oder Ungarns (IP/17/1983).

³⁵⁹ Vgl. die Pressemitteilungen IP/20/2518 (Deutsche Beihilferegulierung zur Förderung des Übergangs zu nachhaltigem öffentlichem Nahverkehr); IP/19/3247 (Förderung umweltfreundlicherer Verkehrsmittel in deutschen Städten); IP/18/1222 (Förderung für Elektrobusse und Ladeinfrastruktur in Deutschland); IP/18/6414 (Förderung für umweltfreundlichere Busse in Deutschland), IP/17/2501 (Tschechisches Förderprogramm für Tank- und Ladestellen für emissionsarme Fahrzeuge).

³⁶⁰ Vgl. nur jüngst die Pressemitteilungen IP/21/186 (Unterstützung für sehr schnelles Internet in italienischen Schulen); oder IP/20/2132 (Regelung zur Förderung des Ausbaus von Gigabit-Netzen in Deutschland).

sind, wenn sie deklarierte Ziele der Union verfolgen.³⁶¹ Dies ist aufgrund der einleitend genannten Annahme 4, wonach die EU selbst ein Interesse an der Gewährung bestimmter Beihilfen hat, nicht verwunderlich.

Allerdings ergibt sich aus dem weiten Ermessen der Kommission und der ihr von den Gerichten zugestandenen Gestaltungsfreiheit eine Steuerungsaktivität, die weit über eine eng verstandene Wettbewerbsaufsicht hinausgeht. Diese auf dem Gerichtsweg kaum aufzugreifende, da laut Judikatur in ihrem Ermessen liegende, Aktivität der **Kommission** führt zu einer de facto „quasi-regulatorische[n]“³⁶² **Steuerung und (Teil-)Harmonisierung** der europäischen Wirtschafts- und zunehmend auch Steuerpolitik. Insbesondere in nicht oder nur teilweise unionsrechtlich harmonisierten Bereichen entfaltet die Beihilfenkontrolle der Kommission harmonisierende Wirkungen. Damit überschreitet die Kommission, so eine wiederkehrende Kritik in der Literatur,³⁶³ die ihr zustehenden Kompetenzen innerhalb der Union, aber auch und insbesondere gegenüber den Mitgliedstaaten. Das Beihilfenrecht ist jedoch von seiner Konzeption aus und im System der europäischen Kompetenz- und Gewaltenteilung **nicht auf regulatorische Zwecke der wirtschaftspolitischen Steuerung ausgelegt**. Vielmehr ist die Beihilfenkontrolle als reaktive, repressive Verwaltungsaufgabe angelegt (siehe Ausgangsannahme 3). Zudem wirft das weite Ermessen der Kommission Fragen im Zusammenhang dem Grundsatz der **Nichtdiskriminierung** auf. So wird kritisiert, dass die Vereinbarkeitsentscheidungen zum Teil aufgrund nationaler bzw. politischer Aspekte sehr unterschiedlich ausfallen.³⁶⁴

Trotz dieser zutreffenden Kritikpunkte ist jedoch ganz grundsätzlich nicht zu übersehen, dass sowohl die Ziele des Beihilfenrechts als auch die Genehmigung von Ausnahmen **politischer Natur** sind und der Kommission im Gefüge der Beihilfenkontrolle folglich eine politische Funktion zukommt.³⁶⁵ Dies ist solange unproblematisch, als den Zielen und Zwecken der Beihilfenkontrolle insgesamt entsprochen wird, das institutionelle Kompetenzgefüge gewahrt bleibt und bei der Anwendung die Grundsätze der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung geschützt werden.

6.2.2 Reformpotenzial

Fraglich ist, wie der Tatbestand des Art. 107 Abs. 3 AEUV insgesamt zum Leben erwecket werden kann und wie die faktische regulatorische Macht der Kommission bei seiner Anwendung so eingehegt werden kann, sodass es zu keiner Ungleichbehandlung zwischen den Mitgliedstaaten kommt und die bei den Mitgliedstaaten liegenden Kompetenzen nicht ungebührlich beschnitten werden.

³⁶¹ So auch Kreuzschitz (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 875.

³⁶² Unger (2019) in Schmidt - Wollenschläger, 359 (Rz. 13); siehe auch Soltész, EuZW 2016, 87 (94): „geradezu unbegrenztes Spiel- und Experimentierfeld“.

³⁶³ Siehe nur Götz (2020) in Dausen - Ludwigs, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 9; Arhold (2018) in MÜKoBeihilfenR², Art. 107 AEUV, Rz. 127; oder Koenig, EStAL 2014, 611 (611): „State aid law has become an all-purpose tool to camouflage policy-making“.

³⁶⁴ Kritisch etwa Soltész, EuZW 2015, 277 (279 f.).

³⁶⁵ Vgl. näher Soltész - Schilling, EuZW 2016, 767 (767 ff.).

Zunächst ist vor allem auf Ebene der geschärften **Tatbestandsprüfung** anzusetzen: Fallen unschädliche Maßnahmen erst gar nicht in den Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV, erübrigt sich die breite Genehmigungspolitik. Werden nur mehr treffsicher problematische Beihilfemaßnahmen vom Tatbestand erfasst (siehe Abschnitt 5), ist ein gewisser politischer Spielraum beim Ermessenstatbestand des Art. 107 Abs. 3 AEUV weder problematisch noch systemwidrig.

Darüber hinaus ist *de lege ferenda* anzudenken, bereits auf Primärrechtsebene die **Rechtfertigungstatbestände zu schärfen** und das Ermessen der Kommission so auf ein vorhersehbares Maß einzufassen bzw. es ihr zum Teil zu nehmen, indem Ermessensausnahmen **zu Legalausnahmen transformiert** werden. Bei dieser Schärfung könnte auch das Problem der fehlenden Relevanz vieler Genehmigungstatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV aufgegriffen werden und ein **zeitgemäßer Katalog an Allgemeininteressen** geschaffen werden. Eine Konkretisierung und Modernisierung der Tatbestände entlang der gängigen Kategorien unproblematischer Beihilfen bzw. nach erwünschten Tätigkeiten würde nicht nur die Vorhersehbarkeit und Transparenz der Beurteilung erhöhen, sondern könnte auch die **politischen Prioritäten der EU unterstützen** und einen Lenkungseffekt dahin bringen, gewünschte Aktivitäten durch die Mitgliedstaaten verstärkt und einfacher als bisher zu fördern. Wiederum gilt, dass die Entscheidung, welche Ermessensausnahmen sinnvoller Weise formuliert werden sollten, eine **politische und ökonomische Frage** und nicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Analyse ist.

Dabei ist im Licht der einleitend dargelegten Grundannahmen festzuhalten, dass rein einzelstaatliche Interessen keine staatliche Marktintervention mittels Beihilfen rechtfertigen können. Nationale Alleingänge im (alleinigen) Interesse jedes einzelnen Mitgliedstaats generell zu erlauben hieße, die EU-Beihilfenkontrolle abzuschaffen. Vielmehr können und müssen sich verfolgte Ziele und Standortinteressen in den **gemeinsamen Zielen und Interessen der Union widerspiegeln**, um eine Beihilfe zu rechtfertigen. Eine nationale Standortpolitik muss sich also in das gemeinsame Gefüge der Unionsinteressen und des Binnenmarktes einfügen.

Bei den genannten „gemeinsamen Interessen“ und den Anforderungen an deren Erfüllung ist jedoch zu **differenzieren**: Die Kommission untersucht bei der Vereinbarkeitsprüfung im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV, orientiert am *More Economic Approach*, i.d.R. zunächst, ob die geplante Maßnahme einem genau definierten **Ziel von gemeinschaftlichem Interesse** dient. Sie muss erforderlich (i.d.R. Marktversagen) und geeignet sein, dieses Ziel zu verwirklichen. Hier werden auch Anreizeffekt und Verhältnismäßigkeit (Beschränkung auf das erforderliche Minimum) der Maßnahme geprüft. Schließlich dürfen die resultierenden Wettbewerbs- bzw. Handelsverfälschungen nicht gegenüber den positiven Folgen überwiegen.³⁶⁶ Hier fließen in die Abwägung ökonomische Erwägungen und politische Wertungen ein.

Diese hohen Anforderungen an eine Maßnahme und das zwingende Abstellen auf ein **gemeinsames Ziel** verlangt zumindest der **Wortlaut** des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV **nicht**, der nur voraussetzt, dass die Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder

³⁶⁶ Vgl. z.B. FuEuI-Rahmens, Rz. 36; oder Umweltschutz- und EnergiebeihilfenLL, Rz. 27.

Wirtschaftsgebiete „die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“.³⁶⁷ Es würde demnach also ausreichen zu prüfen, ob die Schädlichkeit der Maßnahme für die gemeinsamen Interessen nicht gegenüber den (u.U. auch nur im einzelstaatlichen Interesse liegenden) positiven Wirkungen überwiegt. Darüber hinaus hat der EuGH in der Rs. *Hinkley Point* festgehalten, dass **Art. 107 Abs. 3 lit. c für sich genommen nicht auf ein gemeinsames Interesse abstellt**, weshalb auch die Förderung der Kernenergie darunter fällt.³⁶⁸ Insofern besteht Spielraum für politische Ziele, die – wenn sie auch nicht von allen Mitgliedstaaten verfolgt werden – zumindest von der Union **geduldet** werden. Daher erscheint ein **Lockern der strengen Voraussetzungen** der Vereinbarkeitsprüfung zumindest möglich, wenn nicht sogar rechtlich geboten (etwa im FuEuL-Rahmen oder den Umwelt- und EnergiebeihilfeLL).

Im *Fitness Check* aus 2020 betont die Kommission selbst, dass das Beihilferegime zum Teil jüngeren politischen, legislativen und technologischen **Entwicklungen nachhinkt**.³⁶⁹ So wird etwa in den Bereichen der AGVO, der RegionalbeihilfeLL, dem FuEuL-Rahmen oder der Umweltschutz- und EnergiebeihilfenLL Bezug auf Reformbedarf aufgrund des **Green Deals sowie der Digital- und Industriestrategie** genommen.³⁷⁰ Damit zielt die Kommission auf eine Präzisierung, Flexibilisierung bzw. Modernisierung ihrer Leitlinien und Mitteilungen ab. Auf dieser Ebene besteht fraglos Spielraum, wobei auf die mögliche Ausweitung der Tatbestände in **sekundärrechtlichen Freistellungsmechanismen** hinzuweisen ist. Exemplarisch genannt seien die Erhöhung von Schwellenwerten, Ausnahmen vom Nachweis eines Anreizeffekts (Art. 6 Abs. 5 AGVO), oder mehr bzw. großzügigere Freistellungen für Forschungsvorhaben (Art. 25-30 AGVO) und Umweltbeihilfen (Art. 36-49 AGVO).

Eine Modernisierung und Präzisierung wäre jedoch auch unmittelbar im **Primärrecht** vorzunehmen. Zur Modernisierung des Abs. 3 hinzu einem zeitgemäßen Katalog an Allgemeininteressen lohnt der Blick auf die politischen Ziele des **EU-Haushalts 2021-2027**,³⁷¹ **das Aufbau-Instrument „NextGenerationEU“**,³⁷² **die Strategie für nachhaltiges Wachstum 2021**³⁷³ und die **aktualisierte Industriestrategie 2021**.³⁷⁴ Demnach sind aufgrund der COVID-19 Pandemie und ihren wirtschaftlichen Folgen politische Maßnahmen notwendig, um nachhaltiges Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und Widerstandsfähigkeit anzukurbeln. Exemplarisch genannt werden können daraus die Bereiche **Forschung und Innovation**, strategische Investitionen (inkl. **Digitalisierung**)

³⁶⁷ Vgl. Maxian Rusche (2016) in *Immenga -Mestmäcker*, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rz. 63 ff.

³⁶⁸ Rs. C-594/18 P, *Hinkley Point*, ECLI:EU:C:2020:742, Rn. 39.

³⁶⁹ *Fitness Check*, SWD(2020) 257 final, 133.

³⁷⁰ *Fitness Check*, SWD(2020) 257 final, 123 ff.

³⁷¹ Vgl. Kom., Mitteilung – Ein moderner Haushalt für eine Union, die schützt, stärkt und verteidigt. Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2027, COM(2018) 321 final; VO 2020/2093 des Rates vom 17. Dezember 2020 zur Festlegung des mehrjährigen Finanzrahmens für die Jahre 2021 bis 2027, ABl. 2020/L 433/11; VO 2020/2094 des Rates vom 14. Dezember 2020 zur Schaffung eines Aufbauinstruments der Europäischen Union zur Unterstützung der Erholung nach der COVID-19-Krise, ABl. 2020/L 433/23.

³⁷² Vgl. zur politischen Einigung über die Aufbau- und Resilienzfähigkeit die Pressemitteilung IP/20/2397.

³⁷³ Mitteilung der Kommission, Jährliche Strategie für nachhaltiges Wachstum 2021, COM(2020) 575 final.

³⁷⁴ Vgl. die Pressemitteilung IP/21/1884 und die Mitteilung der Kommission – Aktualisierung der neuen Industriestrategie von 2020: einen stärkeren Binnenmarkt für die Erholung Europas aufbauen, COM(2021) 350 final.

und **strategische Autonomie**, die Stärkung des Binnenmarktes, Kohäsion und **Regionalförderung**, Förderung in den Bereichen Jugend, **Gesundheit** und Migration/Integration, uvm.

Besonderen Fokus legt die EU dabei auf **Klimaschutzziele** und den **digitalen Wandel**. So werden mit dem Programm „Connecting Europe“ (CEF) Investitionen in Verkehrs-, Energie- und digitale Infrastrukturnetze i.H.v. 33,7 Mrd. Euro gefördert.³⁷⁵ In der Strategie für nachhaltiges Wachstum 2021 werden den Mitgliedstaaten konkrete Leitlinien für ihre Aufbau- und Resilienzpläne vorgelegt, aus denen Inhalte für reformierte Beihilfe-Genehmigungstatbestände abgeleitet werden könnten (erneuerbare Energie inkl. Wasserstoff; Förderung von Gebäuderenovierung; nachhaltige Elektro- und Wasserstoff-Mobilität; Breitband- und Glasfaserausbau; Ausbau europäischer Zukunftsindustrie in den Bereichen Prozessoren, Halbleiter, Cloud-Dienste, Big Data usw.; inklusive und zukunftsgerichtete Bildungs- und Arbeitsmarktmaßnahmen etc.). Die **aktualisierte Industriestrategie** betont die Notwendigkeit, Unternehmen (und insbesondere KMUs) beim ökologischen und digitalen Wandel zu unterstützen. Diese und weitere gemeinsame politische Ziele, wie ein international wettbewerbsfähiger Industriestandort, könnten bereits auf **primärrechtlicher** Ebene stärker berücksichtigt werden.

Als Beispiel *de lege ferenda* kann der Bereich **Forschung und Innovation** genannt werden. Dabei erscheint es ratsam, sich an den bestehenden Dokumenten der Kommission zu orientieren. Bereits jetzt erkennt die Kommission in ihrem FuEul-Rahmen an, dass staatliche Beihilfen bei **Marktversagen** mit dem Binnenmarkt vereinbar sein können und stützt sich dabei insbesondere auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV. Freigestellte FuEul-Beihilfen sind in den Art. 25 bis 30 AGVO geregelt. Umfasst sind insgesamt Grundlagenforschung, industrielle Forschung und experimentelle Entwicklung. Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit ist u.a. der **Anreizeffekt** der Beihilfe, der gegeben ist, „wenn die Beihilfe zu einer Verhaltensänderung eines Unternehmens in dem Sinne führt, dass es zusätzliche Tätigkeiten aufnimmt, die es ohne die Beihilfe nicht, nur in geringerem Umfang oder auf andere Weise ausüben würde.“³⁷⁶ Zudem muss die Beihilfe **angemessen** sein³⁷⁷ und die **positiven Folgen** müssen die negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel überwiegen.³⁷⁸ Diese Voraussetzungen ließen sich in einem Genehmigungstatbestand für Forschung, Entwicklung und Innovation verankern.

Dabei ließen sich allgemein **Innovationsanreize** zur Entstehung neuer oder Weiterentwicklung bestehender Produkte einbinden. Anleihe genommen werden kann in diesem Zusammenhang bei der **essential facilities-Doktrin** des Kartellrechts, wonach marktbeherrschende Unternehmen die Mitnutzung eigener Einrichtungen oder Gegenstände dulden müssen (Kontrahierungszwang), wenn diese **unerlässlich für das Funktionieren des Wettbewerbs** sind. Eine der kumulativen Voraussetzungen dabei ist die Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs am nachgelagerten Markt aufgrund der Zugangsverweigerung. Bei Immaterialgüterrechten wird daher gefragt, ob „die Weigerung das Auftreten eines neuen Produkts verhindert, nach dem eine potenzielle

³⁷⁵ Vgl. die Pressemitteilung IP/21/1109.

³⁷⁶ FuEul-Rahmen, Rz. 62.

³⁷⁷ FuEul-Rahmen, Rz. 72 ff.

³⁷⁸ FuEul-Rahmen, Rz. 94 ff.

Nachfrage der Verbraucher besteht“.³⁷⁹ Umgelegt auf das Beihilfenrecht, ließe sich somit prüfen, ob die Beihilfe notwendig ist für die **Entstehen eines neuen Produkt** (oder auch bereits die **qualitative Verbesserung** eines bestehenden Produkts³⁸⁰). Damit würde im Grunde auf ein Marktversagen und den Anreizeffekt abgestellt, wie es die Leitlinien der Kommission bereits vorsehen.

Ebenso ist als gemeinsames Interesse die Stärkung des europäischen Standorts im globalen Wettbewerb bzw. die Sicherung des **globalen level playing fields zwischen der EU und Drittstaaten** ins Treffen zu führen (siehe dazu noch ausführlich Abschnitt 7.2).

Wie bereits ausgeführt wurde, sollte außerdem der Rechtfertigungsgrund für Beihilfen für wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (**IPCEI**), der derzeit ebenfalls in Art. 107 **Abs. 3 lit. b** AEUV verortet ist, konkretisiert, ausgebaut und textlich verselbstständigt (im Sinne von losgelöst von Krisenbeihilfen) werden. Zudem käme eine Lockerung der aktuellen Anforderungen des Art. 107 **Abs. 3 lit. b** zur Förderung gemeinsamer europäischer Vorhaben bzw. „European champions“ in Frage (siehe dazu und zur IPCEI-Mitteilung noch näher Abschnitt 7.3).

6.2.3 Der More Economic Approach

Wie bereits im Ansatz dargelegt (siehe Abschnitt 6.2.4), spielt der *More Economic Approach* spätestens seit dem State Aid Action Plan (SAAP) 2005-2009 eine Rolle im Beihilfenrecht, genauer auf der Ebene der Vereinbarkeitsprüfung.³⁸¹ Hinter diesem Begriff der wirtschaftlich(er)en Betrachtungsweise steht das Anliegen, die ökonomischen Auswirkungen einer Beihilfe gegenüber einem formalisierten, abstrakten Ansatz in den Mittelpunkt zu stellen und die Beihilfeprüfung anhand von **ökonomischen Methoden und Analysemodellen nachvollziehbarer und treffsicherer** zu gestalten. Hinzu traten verfahrensökonomische Gründen – der *More Economic Approach* sollte es der Kommission erlauben, sich auf für den gemeinsamen Wettbewerb bedeutende Fälle zu konzentrieren.³⁸²

Das Durchführungsrecht wurde dementsprechend an mehreren Stellen von ökonomischen Ansätze durchdrungen; so findet sich z.B. der **Anreizeffekt** in der AGVO³⁸³ und die Kommission stellt in ihren Mitteilungen und Leitlinien regelmäßig auf ein **Marktversagen** ab, das Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar machen kann.³⁸⁴ Bei der **Vereinbarkeitsprüfung** einer Beihilfe wägt die Kommission nach ökonomischen Maßstäben Vorteile und Nachteile der Maßnahme ab („*Balancing Test*“). Im Rahmen der Genehmigung gemäß Art. 107 **Abs. 3 lit. c** AEUV prüft sie, ob die

³⁷⁹ Rs. T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 332.

³⁸⁰ Vgl. im Kartellrecht die Prioritätenmitteilung, ABl. 2009/C 45/7, Rz. 87.

³⁸¹ Vgl. den Aktionsplan Staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009, KOM(2005) 107 endg.

³⁸² Zu diesen für das EU-Wettbewerb generellen Gründen für den *More Economic Approach* siehe näher Jaeger (2020) in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, 69 (79 f.).

³⁸³ Vgl. Art. 6 AGVO 651/2014.

³⁸⁴ Siehe etwa den Abschnitt 4.3. des FuEul-Rahmens; oder den Abschnitt 3.1.1. der Rettungs und UmstrukturierungsLL; oder Abschnitt 3.1. der Umweltschutz- und EnergiebeihilfenLL; oder Abschnitt 3 der RegionalbeihilfeLL 2014-2020. M.w.N. zu dieser „Durchökonomisierung“ Soltész, *EuZW* 2015, 277 (279).

Beihilfen „die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Hier verlangt die Kommission die Vorlage von Marktstudien und bewertet umfassend Marktprognosen, die Marktstruktur, das Wettbewerbsumfeld, die Größe und Stellung des Unternehmens auf dem Markt, Kapazitätsdaten, Preis- oder Nachfrageschwankungen, voraussichtliche Angebots- und Nachfrageentwicklungen usw.³⁸⁵ Auch bei der Vereinbarkeitsprüfung von **Kulturbeihilfen** gemäß Abs. 3 lit. d wird eine Marktabgrenzung durchgeführt.³⁸⁶

Bei alledem ist allerdings fraglich, ob die stärker ökonomisch geprägte Abwägung im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung zu bedeutsamen Änderungen oder konzeptuellen Verbesserungen in der Entscheidungspraxis geführt hat.³⁸⁷ Vielmehr erscheint die Anwendung des *More Economic Approach* im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung uneinheitlich und intransparent, was unter den Grundsätzen der **Rechtssicherheit, Kohärenz und Nichtdiskriminierung** problematisch ist.³⁸⁸

Diese Probleme hängen zum Teil mit der Verwendung u.U. umstrittener und uneinheitlich gewählter ökonomischer Methoden zusammen, die dazu führen können, dass der *More Economic Approach* die normativen, rechtlichen Grundlagen der Beihilfenkontrolle untergräbt. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn die Kommission **keine einheitliche, stringente Linie** bei der Auswahl der ökonomischen Ansätze und Methoden verfolgt bzw. diese **nicht transparent** macht. Eng mit diesem Problem verbunden ist die **geringe gerichtliche Kontrolldichte**, also die Freiheit der Kommission im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung, da die Unionsgerichte komplexe ökonomische Erwägungen nicht überprüfen und der Kommission somit (auch) beim Einsatz des *More Economic Approach* weitgehend freie Hand lassen.

Aufgrund dieses uneinheitlichen Bildes scheint der *More Economic Approach* von der Kommission bislang letztlich als Vehikel eingesetzt zu werden, um **gewünschte Entscheidungen feigenblätternartig zu rechtfertigen**,³⁸⁹ und komplexe, politisch geprägte Abwägungen bei der Genehmigungsprüfung nur scheinbar zu objektivieren. Im Gegenzug dürfte sich die Menge und Komplexität der von Mitgliedstaaten vorzulegenden Daten und der **administrative Aufwand** in diesem Zusammenhang deutlich erhöht haben.³⁹⁰ Die ursprüngliche Funktion eines ökonomisch nachvollziehbaren, kohärenten Prüfrasters mit dem Ziel, Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz zu stärken, erfüllt der *More Economic Approach* somit bislang nicht.

Gleichzeitig und wie bereits zur Tatbestandsebene ausgeführt (siehe Abschnitt 6.2.4) wird das **Potenzial des More Economic Approach auf der Tatbestandsebene nicht ausgeschöpft**: Dort wäre eine sachverhaltsbezogene Einzelfallprüfung (insbesondere der Wettbewerbsverfälschung) anhand eines ökonomisch geprägten, transparenten Analyse(grob)rasters mit ent-

³⁸⁵ Vgl. zu Umstrukturierungsbeihilfen für ein Unternehmen in Schwierigkeiten etwa Kom., Entscheidung 2005/345/EG, ABl. 2005/L 116/1, Rn. 161 ff. – Bankgesellschaft Berlin.

³⁸⁶ Rs. T-155/98, *SIDE/Kommission*, ECLI:EU:T:2002:53, Rn. 56 ff.

³⁸⁷ Vgl. kritisch und m.w.N. Götz (2020) in *Dausies - Ludwig*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 11.

³⁸⁸ Vgl. bereits Jaeger, WUW 2008, 1064 (1076).

³⁸⁹ So auch Colomo, JECLAP 2020, 473 (474).

³⁹⁰ Maxian Rusche (2016) in Immenga - Mestmäcker, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rz. 52; Soltész, EuZW 2015, 277 (279).

sprechend nachvollziehbarer Begründung und gerichtlicher Überprüfung der Kommissionsentscheidungen ein Fortschritt gegenüber den aktuell vorherrschenden pauschalen Vermutungsregeln und Zirkelschlussbegründungen. Hier wäre aber freilich darauf zu achten, die soeben beschriebenen Defizite bei der Vereinbarkeitsprüfung nicht auf der Tatbestandsebene zu reproduzieren.

6.3 Zwischenfazit

6.3.1 Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

Die Genehmigungstatbestände des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sind teils praktisch **bedeutungslos**, teils mit Blick auf die aktuellen politischen Prioritäten der EU selbst und globale Herausforderungen **veraltet** oder schlicht auch zu **pauschal oder unscharf** geraten. Folglich gewähren die aktuellen Tatbestände der Kommission beim Erlass der Mitteilungen und Leitlinien bzw. bei deren Anwendung massive Gestaltungsspielräume und lassen **Rechtssicherheit und Transparenz** vermissen.

Die Festlegung eines **modernen und transparenten Katalogs von Allgemeininteressen**, die aus einer gemeinsamen EU-Perspektive zur Rechtfertigung einzelstaatlicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen taugen, ist zunächst eine ökonomische und politische Frage und kann nicht Folgerung einer isoliert rechtswissenschaftlichen Analyse der Materie sein. Gleichwohl lassen sich anhand der Anwendungspraxis einzelne Schlaglichter auf mögliche Ansatzpunkte einer Modernisierung werfen. Hervorzuheben sind folgende Empfehlungen:

1. **Belebung der Legalausnahmen** vom Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 2 AEUV durch
 - a. Streichung veralteter Tatbestände (Abs. 2 lit. a und c);
 - b. Präzisierung und Erweiterung des Tatbestands für Krisenfälle (Abs. 2 lit. b), um den Mitgliedstaaten die Kompensation unmittelbarer Schäden aufgrund von Krisen (Naturkatastrophen, Pandemien usw.) vereinfacht und rechtssicher zu ermöglichen; und
 - c. Aufnahme praxisrelevanter neuer Tatbestände, etwa für gänzlich unschädliche Beihilfen nach dem Vorbild bestehender Freistellungen (z.B. im Gesundheits- und Sozialbereich) sowie im Nahebereich zu nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten bzw. Kernaufgaben der öffentlichen Hand (z.B. Bildung, solidarische Versicherungssysteme, Grundlagenforschung usw.).
2. **Modernisierung der Ermessenstatbestände** des Art. 107 Abs. 3 AEUV oder darüber hinaus durch
 - a. Schaffung eines an den heutigen politischen Prioritäten der EU orientierten Katalogs an zeitgemäßen gemeinsamen Interessen, die die Genehmigungsfähigkeit gewisser erwünschter Beihilfen bereits primärrechtlich anzeigen (z.B. Beihilfen im Zusammenhang mit Klima- und Umweltschutz, digitalem Wandel, Forschung und Innovation, Arbeitsmarkt, Inklusion usw.);
 - b. Konkretisierung und Verselbstständigung des Rechtfertigungsgrunds für Beihilfen für wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI); und

- c. Einbeziehung des Gesichtspunkts des internationalen Wettbewerbs und der Wahrung eines globalen *level playing fields* gegenüber Drittstaaten, um Mitgliedstaaten zu ermöglichen, auf wettbewerbsverfälschende Drittstaatssubventionen zu reagieren.

Unterhalb der Ebene des Primärrechts ist der Gestaltungsspielraum möglicher Überarbeitungen *de lege ferenda* aufgrund der größeren Flexibilität der Rechtserzeugung und Rechtsänderung größer. Ansatzpunkte einer Reform auf unterprimärrechtlicher Ebene nachgedacht bietet insbesondere eine

3. **Modernisierung** des Durchführungsrechts, der Mitteilungen und Leitlinien durch
 - a. Ausweitung der bestehenden **Freistellungen** sachlich (AGVO), etwa für Forschungs- und Umweltbeihilfen, und/oder betraglich (*De Minimis*), ggf. Herabsetzen von Formerfordernissen;
 - b. Anpassung hoher materieller **Anforderungen** im Durchführungsrecht (z.B. im FuEuL-Rahmen im Umwelt- und EnergiebeihilfeLL); exemplarisch genannt seien die teils überzogene Notwendigkeit eines „Ziels von gemeinschaftlichem Interesse“ oder mögliche Ausnahmen vom Nachweis eines Anreizeffekts;
 - c. Anpassung an **politische und technologische Entwicklungen** (siehe auch den *Fitness Check* der Kommission und die aktualisierte Industriestrategie 2021) und Flexibilisierung, etwa durch stärkere Einbeziehung von Innovationsanreizen.

6.3.2 Rechtliche Umsetzungsmöglichkeiten

Auf das Primärrecht betreffende Änderungsvorschläge, insbesondere zu Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV, wurde in den Vorkapiteln bereits an jeweiliger Stelle hingewiesen. An dieser Stelle sei jedoch einleitend betont, dass es für Änderungen der Genehmigungspraxis nicht notwendigerweise eine umfassende Vertragsreform benötigt. Zunächst besteht bereits *de lege lata* die Möglichkeit, dass die Kommission **über Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV** – mit der Zustimmung des Rates – **neue Genehmigungstatbestände** schafft.

Auch kann der Rat eine **VO gemäß Art. 109 AEUV** erlassen; siehe dazu bereits die Ausführungen in Abschnitt a, wobei hiermit keine völlig neuen Genehmigungstatbestände geschaffen werden können.³⁹¹ Anders bei Festlegungen betreffend den Tatbestand ist es hier nicht zweifelhaft, dass sich die Befugnis des Rates nach Art. 109 AEUV insbesondere darauf bezieht, der Kommission Vorgaben für die Handhabung der Genehmigungstatbestände zu machen.

Zudem kann die Kommission gemäß **Art. 108 Abs. 4 AEUV**, gestützt auf eine Ermächtigung des Rates gemäß Art. 109 AEUV in Bezug auf gewisse Beihilfenarten, **FreistellungsVO** erlassen.

Details zur Anwendung allfälliger neuer (oder Flexibilisierung/Vereinfachung bestehender) Genehmigungstatbestände wären wiederum in **Mitteilungen und Leitlinien der Kommission** zu regeln, die Selbstbindungskraft für die Kommission entfalten.

³⁹¹ Siehe Suttner in Mayer - Stöger, Art. 109 AEUV, Rz. 5 (Stand 1.1.2014, rdb.at).

Darüber hinaus kann anstelle einer umfassenden Vertragsreform (bzw. ordentlichen Vertragsänderung gemäß Art. 48 EUV Abs. 2 bis 5 EUV) eine **vereinfachte Primärrechtsänderung** gemäß Art. 48 Abs. 6 EUV angedacht werden. Diese kann u.a. von der Kommission oder der Regierung eines Mitgliedstaats angestoßen werden. Daraufhin kann der **Europäische Rat** einstimmig einen Beschluss „zur Änderung aller oder eines Teils der Bestimmungen des Dritten Teils des [AEUV] erlassen“³⁹² was die beihilfenrechtlichen Bestimmungen des AEUV umfasst. Der Beschluss „tritt erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft“.

³⁹² Auf diesem Weg wurde etwa Art. 136 AEUV um den Abs. 2 ergänzt und der Europäische Stabilitätsmechanismus eingeführt, siehe Beschluss 2011/199/EU des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABl. 2011/L 91/1.

7. Globaler Standortwettbewerb: Potenzial des EU-Beihilfenrechts

Das Beihilferegime der EU ist international einzigartig. Im Ansatz vergleichbare Systeme sind weitaus weniger entwickelt und im Vollzug gelähmt. Zudem beschränkt sich die das EU-Beihilfenrecht auf die interne Dimension, also von Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen. Von Drittstaaten gewährte Subventionen werden nicht erfasst, was bspw. von China subventionierten Unternehmen massive Vorteile verschaffen kann (vgl. bereits Abschnitt 3.1). Nur vereinzelt knüpfen Instrumente des Beihilfenrechts an die externe Dimension, d.h. **wettbewerbsverzerrende Subventionen von Drittstaaten**, an. Im Folgenden soll der Handlungsbedarf und Reformpotenzial in diesem Bereich aus rechtswissenschaftlicher Perspektive aufgezeigt werden.

7.1 Die EU-Beihilfenkontrolle und Drittstaaten

Die Beihilfenkontrolle steht in engem Zusammenhang mit dem Binnenmarktziel, wonach die EU nach innen einen homogenen Wirtschaftsraum umfasst, in dem die Verwaltungsgrenzen zwischen den Mitgliedstaaten für wirtschaftliche Aktivitäten grundsätzlich nicht spürbar sein sollen. Im Gegensatz dazu benötigen **Nationalstaaten sowie Freihandelszonen**, die hinsichtlich ihrer Integrations- und Homogenitätsziele weniger ambitioniert sind, typischerweise entweder überhaupt **keine Subventionskontrolle** oder sie können diese (wie etwa die WTO) auf ein materiell wie prozedural stark reduziertes Regime beschränken.

So ist etwa beim **Kontrollregime der WTO** nach dem WTO-Subventionskodex (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, ASCM) der Tatbestand weitaus **enger gefasst** und erfasst z.B. nur die Subvention von Waren. Zudem wird die WTO-Subventionskontrolle nur durch Staaten geltend gemacht, nicht durch Private oder ein aus eigenem Antrieb handelndes Aufsichtsorgan. Sanktionen beschränken sich auf staatliche Gegenmaßnahmen (Ausgleichszölle und Streitbeilegung durch den *Dispute Settlement Body*) und die Beseitigung des Verstoßes hat i.d.R. nur Wirkung *ex nunc*. Ein präventives Kontrollsystem ist nicht eingebaut.³⁹³ Die Ausgestaltung der Beweislast führt dazu, dass die Auswirkungen schädlicher Subventionen nur schwer nachgewiesen werden können. Insgesamt gibt es nur wenige Verfahren auf WTO-Ebene, zwischen 1995 und Jänner 2021 waren es lediglich 132 Fälle zum ASCM.³⁹⁴ Da die EU-Mitgliedstaaten ohnehin der dichten Beihilfenkontrolle der EU unterliegen (und für den **EWR** gewissermaßen eine Parallelordnung besteht³⁹⁵), ist die WTO-Streitbeilegung für Mitglieder der EU (bzw. der EWR/EFTA) nur selten relevant.³⁹⁶ Insgesamt können die strengen Regeln des EU-Kontrollregimes bei entsprechend restriktiver Handhabung durch die Kommission **europäische**

³⁹³ Schuette (2016) in *Säcker - Montag*, Art. 107 AEUV, Rz. 98 f.

³⁹⁴ Vgl. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A20 (zuletzt abgerufen am 22.2.2021).

³⁹⁵ Vgl. Art. 61-62 EWR-Abkommen, ABl. 1994/L 1/3.

³⁹⁶ Götz (2020) in *Dausen - Ludwigs*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 43.

Standorte im globalen Wettbewerb benachteiligen.³⁹⁷ Gegenüber Importen aus Drittstaaten greift die VO (EU) 2016/1037.³⁹⁸

Auf politischer Ebene gibt es dementsprechend bereits Vorstöße der EU hinzu einer **Reformierung der WTO-Regeln**, u.a. gemeinsam mit den USA und Japan.³⁹⁹ Auf Reformvorschläge zur WTO-Subventionskontrolle kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden;⁴⁰⁰ zu bedenken ist jedenfalls, dass die grundsätzlichen Unterschiede der Systeme eng mit den verschiedenen **Zielsetzungen verknüpft** sind – während das WTO-System auf die Beeinträchtigung von Handelsströmen zulasten eines Mitglieds abzielt, ist die EU-Beihilfenkontrolle zentraler Bestandteil des gemeinsamen Binnenmarktes.⁴⁰¹

Die wichtige Rolle der EU-Beihilfenkontrolle zeigt sich auch darin, dass **Freihandelsabkommen** der EU mit Drittstaaten Vorschriften zu Beihilfen enthalten, die zum Teil über die WTO-Regeln hinausgehen und z.B. auch Dienstleistungen erfassen.⁴⁰² Das Withdrawal Agreement mit dem Vereinigten Königreich (im Zuge des sog. „**Brexit**“)⁴⁰³ sah vor, dass die Kommission und die Unionsgerichte für bestimmte Beihilfen, die vor Ende der Übergangsperiode gewährt wurden, weiterhin zuständig bleiben (Art. 92-95). Im Zusammenhang mit **Nordirland** bleibt die EU-Beihilfenkontrolle sogar zum Teil anwendbar (Art. 10 des IE/NI Protokolls). Die Beihilfenkontrolle ist hier auf Maßnahmen beschränkt, die den Handel zwischen Nordirland und der EU berühren. Dort, wo also der Wettbewerb am gemeinsamen Binnenmarkt betroffen ist, werden auch mit Drittstaaten Maßnahmen zur Beihilfenkontrolle vorgesehen – worin sich wiederum die eingangs skizzierten Ziele des Beihilfenrechts widerspiegeln (vgl. auch Kapitel 3 zur Subventionskontrolle des Brexit-Nachfolgeabkommens, ABl. 2021/L 149/10).

Neben dem forcierten Abschluss von Freihandelsabkommen mit Beihilferegeln kann auch die **Unterstützung von Vorhaben** in relevanten Drittstaaten in Bezug auf Beihilfenkontrolle und die **Vorbildwirkung** des EU-Beihilfenrechts genannt werden; beispielweise der Austausch zwischen China und der EU und die jüngste Reform des chinesischen Wettbewerbsrechts, die zumindest erste, zaghafte Schritte hin zu einer Art Beihilfenkontrolle zeitigt.⁴⁰⁴ Dabei ist die EU freilich in der schwierigen Rolle, ihre eigene – von außen oft mehr als Koordinierungs- denn als Verbotspolitik betrachtete – Genehmigungspraxis rechtfertigen zu müssen, da diese in der Perspektive von Drittstaaten einen Wettbewerbsvorteil ihnen gegenüber darstellen kann.⁴⁰⁵

³⁹⁷ Götz (2020) in *Dauses - Ludwigs*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 44.

³⁹⁸ VO (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. 2016/L 176/55.

³⁹⁹ Vgl. das Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14.1.2020.

⁴⁰⁰ Siehe für Vorschläge etwa *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIII (2020) Rz. 716 ff.

⁴⁰¹ So auch Schuette (2016) in *Säcker - Montag*, Art. 107 AEUV, Rz. 65.

⁴⁰² Vgl. zu den Abkommen mit Südkorea und Singapur etwa Weck - Reinhold, *EuZW* 2015, 376 (380).

⁴⁰³ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. 2019/C 384/1.

⁴⁰⁴ Vgl. näher zu Ähnlichkeiten und Unterschieden die Untersuchung von Lyu, *EstAI* 2019, 37.

⁴⁰⁵ Zu dieser Ambivalenz Weck - Reinhold, *EuZW* 2015, 376 (376 f.).

Eine interne Reform des EU-Beihilfenrecht kann jedoch nicht zu einem globalen Beihilfenkontrollsystem führen oder unmittelbar dazu beitragen. Auch ist nicht an einen grundsätzlichen Systemwechsel zu denken, der nationale Standortpolitik innerhalb der EU ermöglicht – dies würde Sinn und Zweck der Beihilfenkontrolle untergraben. Vielmehr ist zu fragen, ob und wie das EU-Beihilferegime **an die globalen Herausforderungen angepasst** werden kann und auf welchen Wegen **Flexibilität im internationalen Wettbewerb** geschaffen werden kann. Hier sind zwei Elemente besonders hervorzuheben: Der Umgang mit aggressiver Subventionspolitik von Drittstaaten auf Ebene der EU-Beihilferegeln einerseits und die Behandlung von gemeinsamen europäischen Vorhaben oder „European champions“, insbesondere zur Stärkung der strategischen Autonomie Europas, andererseits. Zu diesen Punkten sollen im Folgenden bestehende Probleme und Instrumente skizziert und deren Praktikabilität untersucht sowie mögliche Maßnahmen aufgezeigt werden.

7.2 Umgang mit schädlicher Marktintervention durch Drittstaaten

Handlungsbedarf besteht in Bezug auf weitreichende **Subventionen von Drittstaaten** zugunsten der jeweiligen eigenen Industrie oder in der EU tätigen Unternehmen, die nicht der regulären Beihilfenkontrolle unterliegen, aber der europäischen Wettbewerbsfähigkeit schaden. Die Debatte wird insbesondere durch die globalen Wirtschaftsaktivitäten Chinas und die massive staatliche Subvention chinesischer Unternehmen dominiert, die in Europa aktiv werden und europäische Unternehmen aufkaufen.⁴⁰⁶ Auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zeigt sich das Problem, dass drittstaatssubventionierte Unternehmen Konditionen bieten können, die für viele europäische Unternehmen nicht tragbar sind, wodurch es zu Verzerrungen auf den Beschaffungsmärkten kommen kann.⁴⁰⁷ Insbesondere im EU-Beihilfenrecht nur restriktiv zulässige Finanzierungsmodelle, wie staatliche Garantien, bieten ausländischen Unternehmen großzügige Sicherheiten, die zu Asymmetrie im internationalen Wettbewerb führen. Bislang nimmt das Beihilfenrecht jedoch kaum Rücksicht darauf, ob das europäische Unternehmen unmittelbar mit einem Unternehmen aus einem Drittstaat konkurriert oder nicht.

Hier verfolgt die Kommission die grundsätzliche Linie, einerseits den internen Standortwettbewerb weiterhin konsequent zu unterbinden und **nicht an der internen Beihilfenkontrolle zu rütteln**, bei Bedarf aber **Gegenmaßnahmen** zu setzen.⁴⁰⁸ Auf dieser Linie besteht Spielraum für angemessene Maßnahmen. Die Kommission hat bereits die Gefahr erkannt, „dass ausländische Investoren in Einzelfällen bestrebt sind, europäische Unternehmen, deren Aktivitäten Auswirkungen auf kritische Technologien, Infrastruktur, Ressourcen oder vertrauliche Informationen

⁴⁰⁶ Vgl. m.w.N. Kühling et al., EStAL 2020, 403 (404).

⁴⁰⁷ So etwa die Kommission selbst im Weißbuch Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 13 f.

⁴⁰⁸ Vgl. die Aussage der Kommissarin Vestager: „What happens when our companies compete with rivals benefiting from unchecked subsidies? We want our openness to remain a strength, but if foreign subsidies are distorting the Single Market, we need to respond.“ Speech on State Aid at the event organised by the Berliner Gesprächskreis zum Europäischen Beihilfenrecht, 30.10.2020, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-executive-vice-president-margrethe-vestager-state-aid-event-organised-berliner-gesprachskreis_en (zuletzt abgerufen am 15.2.2021).

haben, unter ihre Kontrolle zu bringen oder Einfluss über sie zu gewinnen".⁴⁰⁹ Auch der *Fitness Check* identifiziert Reformbedarf bei den RegionalbeihilfeLL, da etwa das **kontrafaktische Szenario**⁴¹⁰ unterstützte Regionen in einen Wettbewerb mit Drittstaaten wie den USA oder China stelle.⁴¹¹ Bisherige Rechtsakte, wie die VO zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen,⁴¹² schaffen aber keine substantielle Vereinheitlichung der bestehenden innerstaatlichen Schutzmechanismen oder ein eigenständiges, effektives Kontrollregime.⁴¹³

7.2.1 Ausbau bestehender Instrumente

Das Beihilfenrecht bietet bereits **Vorlagen für mögliche Instrumente**, die berücksichtigen, dass ein Drittstaat die Wettbewerber außerhalb der Union entsprechend subventioniert und den internationalen Handel verzerrt: So erlaubt etwa Nr. 34 der **IPCEI-Mitteilung** der Kommission, „der Tatsache Rechnung [zu] tragen, dass Wettbewerber außerhalb der Union (in den vergangenen drei Jahren) für vergleichbare Vorhaben direkt oder indirekt Beihilfen gleicher Intensität für ähnliche Vorhaben erhalten haben bzw. noch erhalten werden.“ Auch Nr. 92 des **FuEuL-Rahmens** lässt zur „Vermeidung tatsächlicher oder potenzieller direkter oder indirekter Verfälschungen des internationalen Handels“ die Genehmigung **höherer Beihilfeintensitäten** zu und knüpft an Subventionen für Drittstaatsunternehmen an.⁴¹⁴

Vergleichbare Klauseln könnten auch in anderen Durchführungsrechtsakten und Mitteilungen/Leitlinien verankert werden.

7.2.2 Beihilfen zum Ausgleich wettbewerbsverzerrender Drittstaatssubventionen

Darauf aufbauend könnte in weiteren Bereichen der Beihilfenkontrolle ausnahmsweise eine Beihilfe **genehmigt** werden, wenn dies zur **Sicherung des globalen level playing fields** geboten erscheint, weil Drittstaatssubventionen einzelnen Unternehmen unfaire Vorteile gegenüber europäischen Unternehmen einräumen.

Zwar könnten entsprechende Beihilfen zum Ausgleich von **Drittstaatssubventionen** bereits gestützt auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV genehmigt werden;⁴¹⁵ ein entsprechender Genehmigungstatbestand könnte aber auch primärrechtlich **in Art. 107 Abs. 3 AEUV verankert** werden, um Rechtssicherheit zu erhöhen.

Abgesehen davon kann – auch ausgehend von bestehenden Primärrecht – ein solcher Ausgleichsmechanismus verstärkt **sektorenspezifisch in den Leitlinien und Mitteilung** vorgesehen werden.

⁴⁰⁹ COM(2017) 494 final, 5 f.

⁴¹⁰ Vgl. RegionalbeihilfeLL, Rz. 66, 68, 139.

⁴¹¹ Fitness Check, SWD(2020) 257 final, 62.

⁴¹² VO (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. 2019/L 79I/1.

⁴¹³ Vgl. näher Jaeger, *ecolex* 2019, 286.

⁴¹⁴ Im Bereich der Exportkreditgarantien können Abweichungen von den OECD-Vorgaben zulässig sein, wenn ein Anbieter aus einem Nicht-OECD-Land günstigere staatliche Bedingungen erhält, vgl. VO (EU) 1233/2011.

⁴¹⁵ Siehe auch *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIII (2020) Rz. 757.

Bei den zwei vorgenannten Punkten ist jedoch auf die **Gefahr von „Subventionswettläufen“** zwischen den jeweiligen Drittstaaten und EU-Staaten hinzuweisen; werden großzügige Beihilfemaßnahmen der Mitgliedstaaten als Reaktion auf Drittstaatssubventionen breit zugelassen, droht ein Schlagabtausch zwischen (insbesondere finanzstarken) Mitgliedstaaten und Drittstaaten, der zu Lasten des homogenen, fairen Wettbewerbs innerhalb der EU und der nationalen Haushalte, aber auch zu Lasten des globalen Wettbewerbs ausgetragen würde.

Diese Möglichkeit muss daher **ultima ratio** bleiben und nur zum Einsatz kommen, wenn alle anderen Maßnahmen zur Beseitigung des unfairen Wettbewerbsvorteils ausgeschöpft sind und nicht zum Erfolg geführt haben. Bei der Analyse muss ein strenger ökonomischer Bewertungsmaßstab zur Anwendung kommen. Ein **„Subventionswettlauf“ ist ökonomisch kontraproduktiv** und unter allen Umständen zu vermeiden. In der Praxis sollte eine „Gegensubvention“ deshalb die seltene Ausnahme bleiben, insbesondere, weil es minimalinvasiver wirkende alternative Fördermöglichkeiten gibt.

In diesem Sinne wäre eher anzudenken, die Möglichkeiten zur Förderung von Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse zu erweitern und den Aufbau von „European champions“ zu ermöglichen (siehe dazu Abschnitt 8.3).

7.2.3 Prävention und Neutralisierung von Drittstaatssubventionen

Im Hinblick auf die Gefahr von Subventionswettläufen ist auf Vorschläge hinzuweisen, die auf eine **Kontrolle und Neutralisierung von Drittstaatsbeihilfen** abzielen. Diesbezügliche Vorstöße wollen die **Beihilfenkontrolle auf von Drittstaaten gewährte Subventionen ausdehnen**. Dabei wären solche Drittstaatsbeihilfen ebenfalls notifizierungspflichtig, Wettbewerber könnten sich bei der Kommission über rechtswidrig (weil nicht angemeldete) Beihilfen beschweren. Fiele die Beihilfe nicht unter einen Genehmigungstatbestand bzw. wird sie von der Kommission nicht vollumfänglich genehmigt, könnte die Kommission **Gegenmaßnahmen** setzen.⁴¹⁶ So hat etwa die Monopolkommission des deutschen Bundestags einen Vorschlag veröffentlicht, der die Rückzahlung von bestimmten, wettbewerbsverzerrenden Subventionen verlangt.⁴¹⁷

Die Kommission selbst plädiert im Weißbuch „Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten“ vom Juni 2020 bei Subventionen aus Drittstaaten ebenfalls für einen Ansatz, der auf die **Beseitigung von Vorteilen** abzielt, die Unternehmen⁴¹⁸ von Drittstaaten gewährt werden, die nicht derselben, strengen Beihilfenkontrolle unterliegen wie EU-Mitgliedstaaten.⁴¹⁹ Das im Weißbuch beschriebene „Teilinstrument 1“⁴²⁰ soll drittstaatliche Subventionen, die zu Verzerrungen im Binnenmarkt führen, einer Prüfung unterziehen; bei der Be-

⁴¹⁶ Siehe für einen solchen Vorschlag etwa Wambach, Wirtschaftsdienst 2020, 9 (9 f.).

⁴¹⁷ Siehe Monopolkommission, Hauptgutachten XXIII (2020) Rz. 960.

⁴¹⁸ Dabei können entweder nur in der EU ansässige Unternehmen, oder auch in der EU tätige Unternehmen erfasst werden, siehe COM(2020) 253 final, 17.

⁴¹⁹ COM(2020) 253 final, 16 ff.

⁴²⁰ Die Teilinstrumente 2 und 3, die an dieser Stelle nicht näher behandelt werden, behandeln die Kontrolle des subventionierten Erwerbs von Unternehmen sowie die Stellung subventionierter Bieter in der öffentlichen Auftragsvergabe.

urteilung sollen auch potenzielle positive Auswirkungen der Investition für die EU und ihre gemeinsamen Interessen einfließen.⁴²¹ Schädliche Drittstaatssubventionen soll mit „Abhilfemaßnahmen“ zur Beseitigung der Handelsverzerrung begegnet werden.⁴²²

Darauf aufbauend präsentierte die Kommission am 5. Mai 2021 schließlich ihren Vorschlag für eine **VO gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten**.⁴²³ Dieser Vorschlag greift viele der im Weißbuch genannten Vorschläge auf. Erfasst sind finanzielle Beiträge von Drittstaaten an Unternehmen bzw. Wirtschaftszweige, die im Binnenmarkt wirtschaftlich aktiv sind.

Art. 6 des VO-Entwurfs listet demonstrativ „commitments or redressive measures“, welche die Kommission dem begünstigten Unternehmen auferlegen kann. Da die Rückzahlungspflicht bei Drittstaaten wenig praktikabel und kaum zu überwachen ist, schlägt die Kommission alternative **Abhilfemaßnahmen** vor: etwa die Veräußerung von Vermögen, Beschränkungen der Marktpräsenz oder Kapazitäten, Investitionsverbote, den erzwungenen Zugang Dritter zu Diensten bzw. Infrastruktur, die Pflicht zur Lizenzvergabe, Verhaltensverbote, die Veröffentlichung bestimmter Forschungsergebnisse oder schlicht Ausgleichszahlungen. Die Art. 7 ff. regeln das amtswegige Prüfverfahren der Kommission, das einstweilige Maßnahmen und notwendige Inspektionen innerhalb und sogar außerhalb des Unionsgebietes umfasst.

Im Gegensatz zur regulären Beihilfenkontrolle sieht Art. 15 des VO-Entwurfs sogar (umsatzabhängige) **Geldbußen und Zwangsgelder** vor. Die Art. 17 ff. widmen sich schließlich der Kontrolle von **Zusammenschlüssen**, während die Art. 26 ff. auf die **öffentliche Auftragsvergabe** eingehen.

7.3 Schlüsselsektoren, IPCEI und strategische Autonomie

Innerhalb der EU ist die Verhinderung eines marktschädlichen Wettlaufs der Subventionen für „national champions“ zentrales Anliegen der Beihilfenkontrolle. Die Förderung einzelner nationalstaatlicher Unternehmen bzw. Projekte vor dem Hintergrund, sie im internationalen (und europäischen) Wettbewerb zu stärken, widerspricht also den einleitend beschriebenen Zielen des EU-Beihilferegimes.

Daher gestaltet sich auch der gezielte, **staatlich subventionierte Aufbau europäischer Industrie schwierig**. Die Thematik erinnert an die bereits in Abschnitt 3.3 angeführte und 2019 von der EU-Kommission untersagte Fusion der Zugsparten von Siemens und Alstom,⁴²⁴ die politische Forderungen nach einer Lockerung des Wettbewerbsrechts ausgelöst hat.⁴²⁵ Das Beihilfenrecht

⁴²¹ COM(2020) 253 final, 21.

⁴²² COM(2020) 253 final, 23 f.

⁴²³ Siehe die Pressemitteilung IP/21/1982 und näher Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, COM(2021) 223 final.

⁴²⁴ Kom., Beschluss C (2019) 921, Sache M.8677, ABl. 2019/C 300/14 – Siemens/Alstom.

⁴²⁵ Vgl. nur Heide, Altmaier gegen Vestager – Streit um europäische Industrie-Champions, Handelsblatt 14.3.2019, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/international/wettbewerbsrecht-altmaier-gegen-vestager-streit-um-europaeische-industrie-champions/24102482.html?ticket=ST-5185305-59xW0M5UGR1badIPJU2G-ap5> (zuletzt abgerufen am 15.2.2021).

könnte ein im Vergleich zur Fusionskontrolle **geeigneteres Instrument** darstellen, den Spielraum für Unternehmen bzw. staatliche Fördermaßnahmen zu erhöhen.⁴²⁶

Anzudenken wären beihilfenrechtsspezifische Antworten, um die markt- und wettbewerbsorientierte Entwicklung von strategischen Schlüsselsektoren – und unternehmen („**European Champions**“) zu unterstützen, diese bzw. den gemeinsamen europäischen Standort im internationalen Wettbewerb international wettbewerbsfähig(er) zu machen und die **strategische Autonomie** Europas zu stärken. Hier kämen eigene Genehmigungstatbestände und Mechanismen in Frage, die sicherstellen, dass die Kommission EU-interne Wettbewerbsverfälschungen und Nachteile für Verbraucher effektiv unterbinden kann (z.B. durch Pflichten betreffend Buchführung und Quersubventionierung, Auflagen betreffend den Binnenmarkt usw.). Auch regulatorische Gesetzgebungsakte könnten dazu beitragen, dass der Leistungswettbewerb im europäischen Innenverhältnis gewahrt bleibt. Jedenfalls wäre die **Entwicklung eines eigenen Regimes bzw. eines Freistellungsmechanismus** empfehlenswert, um den gemeinsamen europäischen Standort im internationalen Wettbewerb zu verteidigen und die europäische Industrie gegenüber aggressiver Konkurrenz aus Drittstaaten zu wappnen. Dieses **defensive Element** ist bei „European Champions“ hervorzuheben, da eine Förderung von europäischen Unternehmen unabhängig von Drittstaatsaktivitäten oder strategischen Autonomie- und Standortüberlegungen ungerechtfertigt in den Leistungswettbewerb eingreifen würde und den Zielen der Beihilfenkontrolle widerspräche (vgl. bereits die ökonomische Analyse in Abschnitt 3.3).⁴²⁷

Will man den Aufbau europäischer Industrie bzw. die Stärkung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit mit den Mitteln des Beihilfenrechts vorantreiben, kann zumindest zum Teil an bestehende Instrumente angeknüpft werden.

Anknüpfungspunkte bietet etwa Art. 107 **Abs. 3 lit. b** AEUV, laut dem „Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse“ von der Kommission als vereinbar erklärt werden können. Dies wurde auch zuvor i.Z.m. einer möglichen Reform der primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe schon angesprochen und dort für eine **Verselbständigung und inhaltlich ausweitende Präzisierung** dieses Rechtfertigungsgrunds bzw. seiner Anwendungsvoraussetzungen schon in Art. 107 Abs. 3 AEUV selbst plädiert.

Als existierendes Instrument hervorzuheben ist die **Mitteilung über wichtige Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse (IPCEI-Mitteilung)**.⁴²⁸ Sie soll, wie bereits in Abschnitt 3.5 ausgeführt, IPCEI (Important Projects of Common European Interest) ermöglichen, um die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie zu stärken. Die IPCEI-Mitteilung berücksichtigt in Rz. 34 bereits die **Problematik globaler Wettbewerbsverfälschungen:**

⁴²⁶ Auch die Bundeswettbewerbsbehörde sieht die deutsch-französischen Vorschläge für eine gelockerte Fusionskontrolle kritisch und betont die potenziellen Nachteile für die österreichische und europäische Wirtschaft, insbesondere für KMUs, vgl. BWB, Positionspapier zu nationalen und europäischen Champions in der Fusionskontrolle (2019) 31, abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/bfneu_Positionspapier_European_Champions_DE.pdf (zuletzt abgerufen am 21.2.2021).

⁴²⁷ Dementsprechend kritisch gegenüber der Förderung von „European champions“ etwa *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIII (2020) Rz. 770 ff.

⁴²⁸ Mitteilung Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, ABl. 2014/C 188/4.

So kann die Kommission, um internationale Handelsverzerrungen zu vermeiden, „der Tatsache Rechnung tragen, dass Wettbewerber außerhalb der Union (in den vergangenen drei Jahren) für vergleichbare Vorhaben direkt oder indirekt Beihilfen gleicher Intensität für ähnliche Vorhaben erhalten haben bzw. noch erhalten werden.“ Dabei kann sich die Kommission auch auf Indizienbeweise stützen.

Wie die Kommission im *Fitness Check* von 2020 selbst betont, ist die **Anwendungspraxis zur IPCEI-Mitteilung bislang beschränkt**. Zwar wurde kürzlich ein zweites IPCEI im Zusammenhang mit Batterieherstellung genehmigt, an dem auch Österreich beteiligt ist.⁴²⁹ Aus der Mitteilung ergeben sich aber **hohe Anforderungen**, etwa betreffend die Zahl der beteiligten Mitgliedstaaten⁴³⁰ oder das „integrierte Vorhaben“, was ihre Breitenwirksamkeit stark einschränkt.

Eine **Flexibilisierung und Senkung der materiellen Anforderungen** wäre ein naheliegender Schritt, um gemeinsame Vorhaben zu ermöglichen und damit (auch) internationalen Handelsverfälschungen entgegenzuwirken. Die Kommission scheint anzuerkennen, dass Reformbedarf besteht, und hat im Februar 2021 eine öffentliche Konsultation zur IPCEI-Mitteilung gestartet.⁴³¹ Der *Fitness Check* der Kommission erwähnt in diesem Zusammenhang auch die von Stakeholdern vorgebrachten Bedenken betreffend die Zugangsbedingungen. Im *Fitness Check* finden sich zwar Vorschläge betreffend die Klärung mancher Unsicherheiten und die **Stärkung von KMUs** in IPCEI; jedoch wird auch die Erhöhung der Mindestanzahl der beteiligten Mitgliedstaaten angedacht, was nicht zur Praktikabilität der IPCEI-Mitteilung beitragen würde.⁴³² Zwar verlangt das EuG die Beteiligung mehrerer Mitgliedstaaten an solchen gemeinsamen Vorhaben,⁴³³ in der Literatur wird allerdings zu Recht auch die **Erfassung rein nationaler Maßnahmen mit entsprechend geeigneter Zielsetzung an IPCEI** gefordert.⁴³⁴

Einer Senkung der materiellen Anforderungen der IPCEI-Mitteilung steht entgegen, dass Vorhaben, an denen etwa nur zwei wohlhabende Mitgliedstaaten beteiligt sind, bestehende wirtschaftliche Ungleichheiten in der Union vertiefen könnten und die positiven Effekte des Projekts u.U. nicht ausreichend breit wirken können. Dieser Aspekt, den die Kommission im *Fitness Check* betont,⁴³⁵ ist freilich zu berücksichtigen, steht Vorhaben von z.B. nur einem Mitgliedstaat aber nicht *per se* entgegen. Vielmehr könnten die Auswirkungen des Projekts im Einzelfall ohnehin von der Kommission untersucht werden.

Darüber hinaus könnte die **strategische Autonomie bestimmter Sektoren** dadurch gestärkt werden, dass die materiellen Anforderungen für sektorenspezifische staatliche Förderungen in international bedeutsamen und zukunftssträchtigen Branchen – etwa in den Bereichen Digitalisierung, Umwelt/Energie und Forschung/Entwicklung/Innovation etc – angepasst werden.

⁴²⁹ Vgl. die Pressemitteilung IP/21/226.

⁴³⁰ Rz. 16 der IPCEI-Mitteilung verlangt: „An dem Vorhaben muss in der Regel mehr als ein Mitgliedstaat beteiligt sein“.

⁴³¹ Vgl. die Pressemitteilung IP/21/689.

⁴³² *Fitness Check*, SWD(2020) 257 final, 126.

⁴³³ Rs. T-21/06, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:T:2009:387, Rn. 70 zur Förderung zugunsten deutscher Rundfunkanbieter, die das digitale terrestrische Rundfunknetz (DVB-T) in der Region Berlin-Brandenburg verwenden.

⁴³⁴ Vgl. Thiele (2021) in *Dausen - Ludwigs*, H.III. Staatliche Beihilfen, Rz. 206 m.w.N.

⁴³⁵ *Fitness Check*, SWD(2020) 257 final, 73.

In der **aktualisierten Industriestrategie** der EU vom 5. Mai 2021 betont die Kommission die Notwendigkeit, den Binnenmarkt resilienter zu machen und die **strategische Autonomie der Union** dort zu stärken, wo technologische und industrielle Abhängigkeiten bestehen (siehe dazu bereits die ökonomischen Ausführungen im Abschnitt 2).⁴³⁶ Schlüsselement der Strategie ist die im Vorkapitel beschriebene VO gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten. Besondere Abhängigkeiten wurden bei energieintensiven Industrien, pharmazeutischen Wirkstoffen und im Bereich der **fortschrittlichen Technologien** ausgemacht. Die Strategie betont die Rolle von Rohstoffen, Batterien, pharmazeutischen Wirkstoffe, Wasserstoff, Halbleitern sowie Cloud- und Spitzentechnologien. Neue **Industrieallianzen** sollen Aktivitäten beschleunigen; konkret genannt werden bspw. die Allianz für Prozessoren und Halbleitertechnologien und die Allianz für Industriedaten, Spitzen- und Cloudcomputing.

7.4 Zwischenfazit

Zusammengefasst kann das international einzigartige und durchaus restriktive Beihilfenregime der EU die europäische Industrie im internationalen Standortwettbewerb benachteiligen. Um diese potenziellen Wettbewerbsnachteile adäquat zu adressieren, ist eine **großzügigere Linie bei Drittstaatsbezug** anzudenken, bei der zwar der unverfälschte Wettbewerb und Handel innerhalb der EU bewahrt bleiben, aber sich die Union und ihre Mitgliedstaaten gegenüber aggressiven Wirtschaftspolitiken von außen wappnen. Auch ist eine flexiblere Förderung von IPCEIs und sog. „**European Champions**“ anzudenken. Abseits der politischen Stärkung der Vorbildwirkung der EU-Beihilfenkontrolle, könnten den Mitgliedstaaten und der Union selbst Spielräume geschaffen werden, um das Beihilfenrecht an die Herausforderungen des globalen Wettbewerbs anzupassen; dabei ist zunächst auf die Modernisierung, Präzisierung und Flexibilisierung der inhaltlichen Anforderungen von **Durchführungsrecht** hinzuweisen. Dabei sind folgende Stellschrauben zu nennen:

1. Reform und Flexibilisierung bestehender rechtliche Instrumente bzw. Einführung neuer Instrumente **zur Wahrung des globalen level playing fields**: Behutsame Öffnung des Beihilfenrechts für Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs durch Schaffung **neuer bzw. erweiterter Freistellungen oder vereinfachter Genehmigungen** für
 - a) Beihilfen in Fällen von potenziell wettbewerbsverzerrenden Drittstaatssubventionen, d.h. zur Wahrung des globalen level playing fields gegenüber Unternehmen, die von Staaten, die nicht der EU-Beihilfenkontrolle unterliegen, wettbewerbsverfälschende Subventionen erhalten (z.B. durch Einführung entsprechender Klauseln in den diversen Leitlinien/Mitteilungen nach dem Vorbild von Nr. 34 der IPCEI-Mitteilung oder Nr. 92 des FuEul-Rahmens);
 - b) Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI);

⁴³⁶ Vgl. die Pressemitteilung IP/21/1884 und Mitteilung der Kommission – Aktualisierung der neuen Industriestrategie von 2020: einen stärkeren Binnenmarkt für die Erholung Europas aufbauen, COM(2021) 350 final.

- c) Unternehmen von großer aktueller oder potenzieller Bedeutung für die globale Wettbewerbsfähigkeit der EU (sog. European champions) zur Stärkung des gemeinsamen europäischen Standorts, insbesondere in Branchen von strategischer Bedeutung für die Autonomie der EU und zur Verteidigung der europäischen Wirtschaft vor aggressiven Handelspraktiken aus Drittstaaten (Überarbeitung der IPCEI-Mitteilung und/oder Erlass neuer Durchführungsrechtsakte bzw. Leitlinien/Mitteilungen, z.B. zur Freistellung oder vereinfachten Genehmigung von strategisch bedeutsamen Beihilfen);
- d) bereits freigestellte Beihilfen: sachlich (insbesondere Allgemeine Gruppenfreistellung) und/oder nach ihrer Höhe oder Bedeutung für den Markt (*De Minimis*).

Zudem könnten die primärrechtlichen **Rechtfertigungstatbestände** nachgeschärft und an die Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs angepasst werden. Die Gefahr wettbewerbsgefährdender Auswirkungen auf dem Binnenmarkt wiederum könnten auf Ebene der Vereinbarkeitsprüfung berücksichtigt und ggf. durch Auflagen unterbunden oder reduziert werden.

- 2. Einbeziehung der **Sicherung des globalen level playing fields** gegenüber Drittstaaten in Art. 107 Abs. 3 AEUV (oder darüber hinaus).

Darüber hinaus ist, ebenfalls *de lege ferenda*, hinzuweisen auf die Möglichkeit von:

- 3. **Gegenmaßnahmen bei Drittstaatssubventionen**, die nicht der regulären EU-Beihilfenkontrolle unterliegen, um Wettbewerbsverfälschungen am Binnenmarkt zu neutralisieren (vgl. den Entwurf der Kommission für eine VO gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten vom 5. Mai 2021).

Zu den rechtlichen Handlungsmöglichkeiten, insbesondere betreffend die **vereinfachte Primärrechtsänderung** oder **Durchführungsrechtsakte** des Rates und/oder der Kommission kann auf die Ausführungen in den Abschnitten a und 6.3.2 verwiesen werden. Im Gesamtfazit werden die entsprechenden Handlungsempfehlungen zusammengefasst.

8. Sonstige Themen

8.1 Spielraum durch Unionsbeihilfen

Spielraum für eine Subventions- und Standortpolitik besteht bei der Förderung durch die Union selbst. Denn **Unionsbeihilfen**, also Subventionen der EU-Institutionen, sind nicht von Art. 107 AEUV erfasst. Allerdings muss sich die EU selbst an die WTO-Regeln halten. Hier besteht mehr **Gestaltungsspielraum zur Förderung** bestimmter Politiken (wie Investitionen in den Klima- und Umweltschutz, Digitalisierung usw.), aber auch zur Stärkung des europäischen Standorts.

Als Beispiel kann das Forschungsförderprogramm „Horizon 2020“ genannt werden. Beachtlich ist dabei, dass die Union ihre Subventionskompetenz aus ihren laut Verträgen übertragenen Politikbereichen ableiten und die Grundsätze der **Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit, Gleichbehandlung und Transparenz** beachten muss; diese Grundsätze stehen Unionsbeihilfen aber klarerweise nicht prinzipiell entgegen.⁴³⁷

Allerdings lassen Unionsbeihilfen gerade **keine Steuerung durch einzelne Mitgliedstaaten** zu: Üben nationale Stellen Ermessen bei der Mittelvergabe aus, handelt es sich um staatliche Beihilfen.⁴³⁸ Die Mitgliedstaaten können lediglich im **dezentralen Vollzug** an der Verwaltung der Unionsbeihilfe beteiligt sein. Nationale Stellen können also auf EU-Ebene auf entsprechende gemeinsame Förderstrukturen hinwirken, die **freigestellt** sind, wie der Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER).⁴³⁹ Ebenso verbleibt Mitgliedstaaten der politische Prozess auf europäischer Ebene, um die gemeinsame Förderung bestimmter Vorhaben oder Bereiche durch Unionsbeihilfen voranzutreiben bzw. diese von den Art. 107 ff. AEUV auszunehmen.

8.2 Reformbestrebungen seit 2012

Das Beihilfenrecht hat in den vergangenen Jahrzehnten einige Reformansätze erlebt, die sich in unterschiedlicher Weise ausgewirkt haben.⁴⁴⁰ An dieser Stelle soll das 2012 eingeleitete Reformpaket **State Aid Modernisation (SAM)**⁴⁴¹ im Hinblick auf die im Rahmen dieser Studie aufgezeigten Problemfelder in aller Kürze evaluiert werden. Die Kommission nahm eine Evaluierung des SAM in ihrem *Fitness Check* von 2020 vor. Dieser soll abschließend ebenfalls miteinbezogen werden, um festzustellen, ob und inwieweit die im Rahmen der vorliegenden Studie aufgezeigten Schwachstellen auch von der Kommission als solche identifiziert werden.

Ziele des SAM-Pakets waren u.a. die **Fokussierung der Beihilfenkontrolle** „auf Fälle mit besonders großen Auswirkungen auf den Binnenmarkt“ sowie die **Straffung komplexer Regeln** und

⁴³⁷ Jung (2019), Die Vergabe von Unionsbeihilfen, 158 f.

⁴³⁸ Mitteilung Beihilfegriff, Rz. 60.

⁴³⁹ Vgl. Art. 81 Abs. 2 VO (EU) Nr 1305/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), ABl. 2013/L 347/487.

⁴⁴⁰ Zu Reformen vor 2012, insbesondere in Bezug auf den *More Economic Approach*, siehe bereits Abschnitt 6.2.4.2.

⁴⁴¹ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Modernisierung des Beihilfenrechts, COM(2012) 209.

Verfahrensbeschleunigung.⁴⁴² Es solle nicht zu einer „Mikrokontrolle“⁴⁴³ der öffentlichen Ausgaben kommen.

Niederschlag fanden die Vorschläge aus SAM bis 2014 an mehreren Stellen, wobei die Kommission ein beachtliches Tempo an den Tag legte: Zu nennen sind etwa die Überarbeitung der *De-minimis*-VO⁴⁴⁴ – wobei auf eine Erhöhung der Schwellenwerte verzichtet wurde –, die Reform der AGVO 651/2014, die Reform der Verfahrens VO⁴⁴⁵ und die Erneuerung zahlreicher (größtenteils komplexer geratener) Leitlinien.⁴⁴⁶ Insbesondere die qualitative und quantitative Ausweitung der Freistellungen in der reformierten AGVO führte zu einer pragmatischen und begrüßenswerten Herausnahme zahlreicher unproblematischer bzw. erwünschter Beihilfen. Aufgrund der kleinteiligen, kasuistischen Gestaltung der VO und den teils durchaus komplexen Anforderungen bei ihrer Anwendung wurde sie jedoch dem **Ziel, die Beihilfenkontrolle straffer und einfacher zu gestalten, nicht umfassend gerecht.**⁴⁴⁷

Ins Treffen führte die Kommission in SAM auch eine **Präzisierung des Beihilfebegriffs** gemäß Art. 107 AEUV, die sich jedoch „auf die „Klarstellung ihres Verständnisses und ihrer Anwendung der Vertragsbestimmungen gemäß der Auslegung durch den Gerichtshof“⁴⁴⁸ beschränkte. Das in SAM genannte Vorhaben mündete in der Mitteilung Beihilfebegriff von 2016,⁴⁴⁹ die eine nützliche Orientierungshilfe für die Anwendungspraxis darstellen mag; darüber hinaus wurde jedoch die Tatbestandsprüfung nicht angegriffen. Insbesondere wurde die **Erwartung enttäuscht, die Mitteilung würde zu einer Fokussierung und Eingrenzung des Beihilfebegriffs führen.**⁴⁵⁰ Lediglich in Bezug auf lokale Beihilfen mit geringen Auswirkungen auf den Binnenhandel, bei denen zunehmend das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung verneint (und somit „aktiviert“) wird, lässt sich der Fokus auf große, bedeutsame Fälle wiederfinden. Die Kommission selbst nimmt die Mitteilung Beihilfebegriff von der Evaluierung im *Fitness Check* von 2020 bedauerlicherweise aus, da es sich bei der Mitteilung lediglich um eine Zusammenfassung der Rechtsprechung handle.

Wie bereits zur Wettbewerbsverfälschung (Abschnitt 5.2) ausgeführt, hat der in früheren Reformpaketen noch stärker (und explizit) verfolgte **More Economic Approach** durchaus Eingang in die Vereinbarkeitsprüfung und ansatzweise in die Begünstigungsprüfung (im Rahmen des

⁴⁴² Mitteilung Modernisierung des Beihilfenrechts, COM (2012) 209, Rz. 8.

⁴⁴³ Mitteilung Modernisierung des Beihilfenrechts, COM (2012) 209, Rz. 19.

⁴⁴⁴ VO (EU) 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen, ABl. 2013/L 352/1.

⁴⁴⁵ VO (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2015/L 248/9; davor VO (EU) 734/2013 des Rates vom 22.7.2013 zur Änderung der VO (EG) Nr 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV, ABl. 2013/L 204/15.

⁴⁴⁶ Überblickartig zu den gesetzten Akzenten in den verschiedenen Leitlinien etwa Soltész, NJW 2014, 3128 (3131 f.).

⁴⁴⁷ Vgl. auch Soltész, EuZW 2015, 277 (278 f.).

⁴⁴⁸ Mitteilung Modernisierung des Beihilfenrechts, COM (2012) 209, Rz. 23.

⁴⁴⁹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, C/2016/2946, ABl. 2016/C 262/1.

⁴⁵⁰ Siehe etwa Soltész, NJW 2014, 3128 (3129).

Market Economy Operator Tests) gefunden. Im Kontrast dazu spielen jedoch ökonomische Beurteilungen **bei der Prüfung der meisten Tatbestandsmerkmale keine Rolle**. In dieser Hinsicht haben die Reformen der letzten Jahre leider keine Veränderung gebracht – und auch auf Ebene der Vereinbarkeitsprüfung bestehen Probleme im Zusammenhang mit dem *More Economic Approach* (siehe Abschnitt 7.2.3).

Bewusst war der Kommission bereits 2012 das Problem von **wettbewerbsverfälschenden Drittstaatssubventionen**; hierzu verweist die SAM-Mitteilung jedoch schlicht auf die WTO-Regeln.⁴⁵¹ Diese sind aber, wie bereits ausgeführt wurde, in Effektivität und Durchschlagkraft nicht vergleichbar mit der EU-Beihilfenkontrolle. Es scheint daher angezeigt, (auch) mit den Mitteln des Beihilfenrechts auf wettbewerbsverfälschende Drittstaatssubventionen zu reagieren und wirksame Instrumente in diesem Zusammenhang zu entwickeln. Die in diesem Bereich mittlerweile entstandene Regelungsaktivität zeigt jedoch, dass die Kommission die Dringlichkeit dieses Problems erkannt hat.

Die im Rahmen dieser Studie **aufgezeigten Probleme**, insbesondere was die Anwendung des Beihilfiebegriffs selbst und die teils dysfunktionale Prüfung vieler seiner Tatbestandsmerkmale angeht, haben bislang **kaum Niederschlag in den Reformbestrebungen der Kommission gefunden**. Insbesondere ist es leider nicht gelungen, die ökonomischen Auswirkungen einer Beihilfe gegenüber einem formalisierten, abstrakten Ansatz in den Mittelpunkt zu rücken. Dies entspräche dem selbsterklärten Ziel der Kommission, sich auf für den gemeinsamen Wettbewerb bedeutende Fälle zu konzentrieren, und würde die Beihilfenkontrolle treffsicherer machen.⁴⁵² Insgesamt bleibt auch nach SAM die Kritik bestehen, dass die Kommission unter dem Deckmantel der Beihilfenkontrolle nationale Wirtschafts- und Steuerpolitiken einer umfassenden Kontrolle unterziehen, die nicht dem Zweck des Beihilfenrechts entspricht.⁴⁵³

Auch in aktuellen Modernisierungsprozessen zeigt die Kommission in genannten Punkten keine Neuorientierung oder nennenswerte Initiative zur Stärkung der Treffsicherheit und Funktionalität der Beihilfenkontrolle auf der Tatbestandsebene durch Schärfung einzelner Tatbestandselemente. Dies dürfte allerdings zumindest in Teilen auch daran liegen, dass sich die Kommission (zurecht) an die, ebenfalls tendenziell pauschale und tatbestandsausweitende **Rechtsprechung des GHdEU** gebunden sieht und daher nur einen begrenzten Spielraum hat, etwa in Mitteilungen eine restriktivere oder anspruchsvollere Herangehensweise zu wählen. Hier könnte ein **Eingreifen des Sekundärrechtsgesetzgebers**, der nach Art. 109 AEUV insbesondere auch zur Präzisierung der Tatbestände im Weg von Durchführungsgesetzgebung befugt ist, Abhilfe schaffen und so die Tätigkeit sowohl der Kommission als auch des GHdEU verbindlich anleiten.

Insgesamt lässt die Anwendung des Art. 107 Abs. 1 AEUV also eine **ökonomische, wirkungsbegrenzende und damit treffsichere Beurteilung auf allen relevanten Tatbestandsebenen** – trotz zahlreicher Reformen – bislang **vermissen**.

⁴⁵¹ Mitteilung Modernisierung des Beihilfenrechts, COM (2012) 209, Rz. 17.

⁴⁵² Zu diesen für das EU-Wettbewerb generellen Gründen für den *More Economic Approach* siehe näher Jaeger (2020) in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, 69 (79 f.).

⁴⁵³ Siehe dazu bereits insbesondere Abschnitt 5.4 Vgl. auch kritisch Soltész, *EuZW* 2015, 277 (277 f.).

9. Gesamtfazit

Die Funktion des Beihilfenrechts besteht in der **Wahrung eines Wirtschaftsraums mit homogenen Wettbewerbsbedingungen**. Auf diesem europäischen **Binnenmarkt** soll insbesondere der Leistungswettbewerb nicht durch staatliche Subventionen verfälscht und der gemeinsame Markt nicht aufgespalten werden. Daher kann das Beihilfenrecht kein Instrument der Standortpolitik der einzelnen Mitgliedstaaten sein und auch nicht zu einem solchen umgebaut werden.

Innerhalb dieser Grundausrichtung bleibt aber genügend Raum und Bedarf für Reformen dahin, den Mitgliedstaaten **mehr beihilfenrechtlichen Spielraum und mehr wirtschaftspolitische Entscheidungsfreiheit** zu vermitteln. Dazu lassen sich vor allem auf der Tatbestandsebene die **Trefferbarkeit verbessern (I.)** und die **Genehmigungstatbestände modernisieren (II.)**. Obwohl die Beihilfenkontrolle grundsätzlich ein bewährtes funktionierendes System darstellt, gibt es auch Bereiche, in denen sie dysfunktional, überschießend und veraltet ist. Gleichzeitig wird der Europäischen Kommission in vielen Aspekten massiver Spielraum und quasi-regulatorische Aktivität bei der Anwendung der Art. 107 ff AEUV zugestanden, während den Mitgliedstaaten im Rahmen der Wirtschafts- und Steuerpolitik ein enges Korsett angelegt wird. All dies erscheint mit Blick auf die Ziele der Beihilfenkontrolle, die Gewalten- und Kompetenzverteilung innerhalb der Union und den Grundsatz der Rechtssicherheit problematisch. Zudem stellt sich die Frage, inwieweit das **Beihilfenrecht im globalen Standortwettbewerb (III.)** eingesetzt werden kann, um die EU gegenüber Drittstaaten mit aggressiver Subventionspolitik zu positionieren, und wie industriepolitisch mit **aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen** umzugehen ist **(IV.)**.

Eine Verbesserung der Trefferbarkeit auf Tatbestandsebene kann durch **Anpassung der Bestimmungen im AEUV** erfolgen. Dies muss kein aufwändiger Prozess sein, sondern ließe sich in einem raschen, **vereinfachten Änderungsverfahren** über den Europäischen Rat realisieren. Aber auch ohne direkte AEUV-Reform lässt sich möglicherweise eine Verbesserung bewirken, und zwar durch **engere Vorgaben für die Anwendung** des Beihilfeverbots über **Durchführungsrechtsakte** des Rates (v.a. betreffend den Tatbestand). Auch in flankierenden Bereichen, etwa beim Beihilfevollzug oder den (außerhalb von Art. 107 AEUV stehenden) unionseigenen Förderpolitiken, bestehen Handlungsmöglichkeiten.

Dementsprechend werden an die im Folgenden skizzierten Probleme und Verbesserungsvorschläge jeweils rechtliche Handlungsempfehlungen angeschlossen. Unterlegt werden die rechtlichen Handlungsempfehlungen durch eine ökonomische Analyse; denn nicht alles, was politisch gewünscht ist, ist rechtlich möglich und nicht alles, was rechtlich möglich ist, ist ökonomisch sinnvoll. Die auf diese Weise destillierten Handlungsempfehlungen können als Grundlage der **Erörterung von Reformoptionen im Rat** der EU dienen und z.B. in eine **Aufforderung des Rates an die Kommission** münden, Vorschläge für eine Primärrechtsänderung gem. Art. 48 EUV und/oder für Legislativ- oder Durchführungsrechtsakte nach Art. 109 oder 352 AEUV auszuarbeiten und vorzulegen. Hinsichtlich der Art. 109 und 352 AEUV ist eine Vorlage durch die Kommission Voraussetzung für ein Handeln des Rates. Dagegen kann ein Vorschlag nach Art. 48 Abs. 6 EUV **auch unmittelbar durch Österreich** an den Europäischen Rat herangetragen werden.

Die hier identifizierten Problemfelder und die darauf gerichteten Handlungsempfehlungen stützen sich auf eine **umfassende rechtswissenschaftliche und ökonomische Analyse der beihilfenrechtlichen Anwendungspraxis**, insbesondere des Gerichtshofs der Europäischen Union (GHdEU, also EuG und EuGH). Welche der Ansatzpunkte und Empfehlungen aufgegriffen werden sollten, ist nur zu einem geringeren Teil (d.h. nur betreffend die Beseitigung von Funktionswidersprüchen im Recht) eine rechtswissenschaftliche Fragestellung und muss im Übrigen ökonomisch und (wirtschafts-)politisch beantwortet werden.

I. Vorschläge für eine widerspruchsfreie und zweckmäßige EU-Beihilfenkontrolle

Die Tatbestandselemente des Art. 107 Abs. 1 AEUV (also die **Komponenten dessen, was verbottene Beihilfen ausmacht**) werden in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabt. Zum Teil führt die Anwendungspraxis zu überschießenden und daher dem Zweck des Beihilfeverbots widersprechenden (d.h. dysfunktionalen) Ergebnissen. Zur Beseitigung dieser Widersprüche sind schon aus rechtswissenschaftlicher Sicht einige **Präzisierungen** beim Verständnis und der Handhabung dieser Komponenten durch die Kommission und den GHdEU geboten. Für die Umsetzung dieser Präzisierungen sind vorliegend in Grundzügen Handlungsempfehlungen skizziert.

Die Untersuchung der Anwendungspraxis zu Art. 107 Abs. 1 AEUV hat folgenden auf den Tatbestand bezogenen Reformbedarf ergeben:

1. Aktivierung des Tatbestandselements der Wettbewerbsverfälschung:

- a. Dringend geboten erscheint die Berücksichtigung realer Markt- und Wettbewerbsverhältnisse bei der Beihilfeprüfung (im Sinne des *more economic approach*) durch Nutzung wettbewerbsökonomischer Methoden und Analysen. Eine solche Ökonomisierung der Prüfung wäre ein Fortschritt im Vergleich zu aktuell eingesetzten, schwammigen Vermutungsregeln und Automatismen, die dazu führen, dass dieses Tatbestandsmerkmal keine Rolle in der Anwendungspraxis spielt.
- b. Ergänzend könnten Vermutungsregeln eingesetzt werden, die zwar mit ökonomischen Annahmen und Erfahrungsregeln operieren, aber einer Art „Realitätsprüfung“ (rule of reason) unterzogen werden; die Vermutungsregeln wären somit offen für begründete Einwände der Mitgliedstaaten, wobei die Prüfung im Zweifel zugunsten des Mitgliedstaates ausschlagen sollte.
- c. Die Begründungs- und Nachweiserfordernisse der Kommission sollten verschärft werden, gekoppelt mit einer geschärften Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen durch den GHdEU (auch der ökonomischen Analysen und Annahmen).
- d. Beihilfeempfängern mit vernachlässigbar geringen Marktanteilen könnten, im Sinne eines *De-minimis*-Ansatzes, aus dem Beihilfebegriff ausgenommen werden, soweit bei ihnen keine Wettbewerbsverfälschung droht (ergänzend und alternativ zu der derzeit rein betragsorientierten Herangehensweise im Rahmen der *De-minimis*-VO).
- e. Bei Beihilferegulungen sollte die Kommission eine drohende Wettbewerbsverfälschung zumindest bei einzelnen Begünstigten exemplarisch nachweisen müssen.

2. **Aktivierung und Schärfung des Tatbestandselements der Handelsbeeinträchtigung:**
 - a. In die Prüfung der Handelsbeeinträchtigung sollten reale Handelsströme, Marktbeziehungen und Anreizeffekte einbezogen werden; etwa durch ökonomische Analysen, wie es bei der jüngeren Anwendungspraxis zu kleinräumigen Lokalbeihilfen bereits geschieht; die diesbezüglichen Voraussetzungen im Durchführungsrecht sollten präzisiert werden.
 - b. Auch hier sollten die Begründungs- und Nachweiserfordernisse der Kommission verschärft werden, gekoppelt mit einer geschärften Nachprüfung durch den GHdEU (auch der ökonomischen Analysen und Annahmen); aktuell wird oft ohne eigenständige Begründung zirkelschlussartig auf die Wettbewerbsverfälschung verwiesen.
 - c. Bei Beihilferegelungen sollte die Kommission eine drohende Handelsbeeinträchtigung zumindest bei einzelnen Begünstigten exemplarisch nachweisen müssen.

3. **Reform der allgemeinen Selektivitätsprüfung:**
 - a. Bei branchenübergreifenden Regelungen, die unterschiedlichste Unternehmen in verschiedenen Branchen begünstigen, erscheint die Prüfung unpräzise und mitunter überschießend. Daher sollte die Selektivität von Maßnahmen präziser geprüft werden, um problematische Beihilfen treffsicherer gegenüber (zulässigen) allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten abzugrenzen.
 - b. Für die Prüfung der Selektivität wird daher eine echte Diskriminierungsprüfung mit adaptivem Prüfmaßstab empfohlen, bei der auf die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten Rücksicht genommen wird.
 - c. Um die wirtschaftliche Realität treffsicherer zu erfassen sollten bei der Frage, ob Begünstigte und Belastete tatsächlich miteinander verglichen werden können (und eine Ungleichbehandlung die Selektivität der Maßnahme begründet), ökonomische Kriterien eingesetzt werden.
 - a. Bei Beihilferegelungen sollte die Kommission die Selektivität zumindest bei einzelnen Begünstigten exemplarisch nachweisen müssen.

4. **Neujustierung der Prüfung von Steuerbeihilfen:**
 - a. Die Beihilfeprüfung darf nicht zu einer kompetenzüberdehrenden Kontrolle oder „Sachlichkeitsprüfung“ nationaler Steuerpolitik durch die Kommission führen. Der bei der Prüfung von Steuerbeihilfen eingesetzte „Dreistufentest“ sollte aufgegeben werden und die Selektivitätsprüfung in Form einer Diskriminierungsprüfung erfolgen; eine solche Prüfung sollte die nationalen Kompetenzen im Bereich der Steuerpolitik respektieren und sich folglich darauf beschränken, den Missbrauch des Steuerrechts zur Umgehung des Beihilfeverbots zu unterbinden (bei prinzipieller Vermutung der Beihilfefreiheit).
 - b. Falls am Dreistufentest festgehalten wird, sollte dieser umfassend reformiert werden, insbesondere:
 - i. Die Selektivitäts- und die Begünstigungsprüfung sollten entzerrt und sauber getrennt erfolgen; der Dreistufentest könnte in die Begünstigungsprüfung verlagert werden, während die Selektivität im Rahmen einer zurückhaltenden Diskriminierungsprüfung geprüft werden würde (im Sinne der oben genannten Missbrauchskontrolle).

- ii. Der Dreistufentest sollte die Kompetenzverteilung innerhalb der EU und folglich steuerpolitische Lenkungsziele der Mitgliedstaaten respektieren.
 - iii. Die Beweislast muss konsequent bei der Kommission liegen; es ist höchst problematisch, wenn sich Mitgliedstaaten im Rahmen der Beihilfeprüfung „freibeweisen“ müssen.
 - c. Durch eine Präzisierung der Kompetenzen der Kommission sollte verhindert werden, dass sie die Beihilfenkontrolle als Vehikel einsetzt bzw. missbraucht, um fehlende gesetzgeberische Aktivität im Bereich der EU-Steuerpolitik zu kompensieren.
 - d. Bei der Rückforderung von Steuerbeihilfen sollte der Vertrauensschutz gestärkt werden (z.B. keine rückwirkende Rückzahlung rechtskräftig gewährter Steuervorteile; Anpassung von Verjährungsfristen).
 - e. Die Mitteilung Unternehmensbesteuerung sollte aktualisiert werden, um eine vorhersehbare Anwendungspraxis zu gewährleisten.
5. **Eingrenzung des weiten Verständnisses der Staatlichkeit:**
- a. Bei der Frage, wer eine staatliche Maßnahme wirtschaftlich tatsächlich trägt (also ob sie staatlich finanziert, d.h. budgetwirksam ist), sollte von formalistisch-kasuistischer Differenzierung abgesehen werden. Empfehlenswert wäre, insbesondere bei parafiskalischen Abgaben und der Einbeziehung Privater in Umlagesysteme, eine restriktivere und wirkungsbezogene Prüfung der staatlichen Finanzierung, die auf die ökonomische Funktionsweise und faktische Wirkung des Systems abstellt.
 - b. Der Indizienbeweis bei der Prüfung der staatlichen Zurechenbarkeit unternehmerischen Handelns sollte präziser und enger gefasst werden, insbesondere durch erhöhte Nachweiserfordernisse. Dies erscheint notwendig, um die Handlungsfähigkeit von (öffentlichen) Unternehmen nicht ungebührlich zu beschneiden.
6. **Transparenterer und praxistauglicherer Einsatz des MEOT/Privatinvestortests:**
- a. Die Anforderungen an privatwirtschaftliches Handeln des Staates sollten rechtssicher und praxistauglich ausgestaltet werden. Dabei sollten spezifische Herausforderungen des Wirtschaftsgebarens der öffentlichen Hand stärker berücksichtigt werden, auch durch Respekt vor gesamtwirtschaftlichen Überlegungen des Staates.
 - b. Die Beweislast beim MEOT (Market Economy Operator Test) muss vollumfänglich bei der Kommission liegen; wirtschaftliche Annahmen sollten von ihr benannt und ökonomisch argumentiert werden müssen. Diese Annahmen sollten einer vollwertigen gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, wobei Zweifelsfälle zugunsten des Mitgliedstaates ausschlagen sollten.
7. **Reform und Präzisierung der Altmark-Kriterien:**
- a. Praxisferne Anforderungen, die an realen Bedürfnissen der Daseinsvorsorge vorbeigehen und legitime Spielräume der Mitgliedstaaten einengen, sollten bereinigt werden.
 - b. Das vierte Effizienzkriterium des Altmark-Tests, das mitunter fragwürdig hohe, realitätsferne Anforderungen an Unternehmen der Daseinsvorsorge stellt, sollte reformiert oder abgeschafft werden.

Da die Kommission in ihrer Anwendungspraxis an die Rechtsprechung der Unionsgerichte gebunden ist, verlangen die genannten Vorschläge zumindest teilweise (auch) **Reformen des rechtlichen Rahmens**. Dabei erscheint, wie einleitend hervorgehoben, keine umfassende Vertragsreform notwendig: Art. 48 Abs. 6 EUV sieht für geringfügige Primärrechtsänderungen ein **vereinfachtes Verfahren vor** (durch einstimmigen Beschluss des Europäischen Rates und nachfolgender Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten⁴⁵⁴), das für diesen Zweck genützt werden könnte.

Zudem erscheint es denkbar, dass der Rat eine **VO gemäß Art. 109 AEUV** erlässt, über die der Kommission und dem GHdEU **Vorgaben** für die Auslegung und Anwendung der Einzelkomponenten des Art. 107 AEUV gemacht werden. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist zwar strittig, wie weit diese Regelungsbefugnis reicht. Allerdings fehlt Rechtsprechung dazu, ob eine enge Sichtweise auf die Regelungsbefugnis des Rates tatsächlich richtig ist. Der Wortlaut des Art. 109 AEUV („alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Artikeln 107 und 108“) steht jedenfalls für eine weite Auslegung offen. Außerdem schiene nötigenfalls eine ergänzende Heranziehung der Rechtsetzungsgrundlage des **Art. 352 AEUV** denkbar. Insgesamt sollte daher die Möglichkeit, eine Änderung der Anwendungspraxis zu Art. 107 AEUV durch einen Legislativ- oder Durchführungsrechtsakt des Rates anzustoßen, erwogen werden.

Handlungsempfehlungen zu I.

Die Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV sollte präzisiert werden, um die Beihilfenkontrolle treffsicherer und zweckmäßiger zu gestalten. Empfohlen werden daher:

I.1. Die Verankerung der oben unter den **Pkt. 1 bis 7 genannten Vorschläge** zur Auslegung und Anwendung des Beihilfetatbestands in einer **VO des Rates gemäß Art. 109 AEUV** (nötigenfalls alternativ auf Basis des Art. 352 AEUV);

I.2. nötigenfalls weitere Spezifizierung in darauf gestützten **Durchführungsrechtsakten** der Kommission.

II. Modernisierung der Rechtfertigungsgründe für Beihilfen

Ist der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt und eine Beihilfe gegeben, kann diese gerechtfertigt sein. Auf der Rechtfertigungsebene besteht zunächst Modernisierungsbedarf im Sinne einer direkten **Anpassung des Wortlauts des AEUV**. Eine Reform wäre, wie schon hervorgehoben, im Rahmen eines vereinfachten Primärrechtsänderungsverfahrens möglich.

Die Genehmigungstatbestände des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sind teils praktisch bedeutungslos, teils mit Blick auf die aktuellen politischen Prioritäten der EU selbst und globale Herausforderungen **veraltet** oder schlicht zu unscharf geraten. Folglich gewährt das Primärrecht der Kom-

⁴⁵⁴ Dafür gibt es mit der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 AEUV (zugunsten des ESM) auch bereits einen Präzedenzfall.

mission beim Erlass der Mitteilungen und Leitlinien bzw. bei deren Anwendung massive Gestaltungsspielräume und lässt die Genehmigungspraxis **Rechtssicherheit und Transparenz** vermissen.

Die Festlegung eines **modernen und transparenten Katalogs von Allgemeininteressen**, die aus einer gemeinsamen EU-Perspektive zur Rechtfertigung von Beihilfen taugen, ist zunächst eine ökonomische und politische Frage und kann nicht Folgerung einer isoliert rechtswissenschaftlichen Analyse der Materie sein. Gleichwohl lassen sich anhand der Anwendungspraxis einzelne Schlaglichter auf mögliche Ansatzpunkte einer Modernisierung werfen. Hervorzuheben sind folgende Empfehlungen:

8. **Belebung der Legalausnahmen** vom Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 2 AEUV durch
 - a. Streichung von obsoleten Tatbestände (Abs. 2 lit. a und c);
 - b. Präzisierung und Erweiterung des Tatbestands für Krisenfälle (Abs. 2 lit. b), um den Mitgliedstaaten die Kompensation unmittelbarer Schäden aufgrund von Krisen (Naturkatastrophen, Pandemien usw.) vereinfacht und rechtssicher zu ermöglichen; und
 - c. klare Abgrenzung nicht-wirtschaftlicher und damit beihilfefreier Tätigkeiten, insbesondere in den Kernfunktionen der Öffentlichen Hand (wie z. B. innere Sicherheit, Bildung, Gesundheitsfürsorge, Soziales und Grundlagenforschung) von wirtschaftlichen und damit potenziell beihilfenrelevanten Tätigkeiten (etwa im Bereich öffentlicher Dienstleistungen und Infrastrukturmaßnahmen).
9. **Modernisierung der Ermessenstatbestände** des Art. 107 Abs. 3 AEUV oder darüber hinaus durch
 - a. Schaffung eines an den heutigen politischen Prioritäten der EU orientierten Katalogs an zeitgemäßen gemeinsamen Interessen, die die Genehmigungsfähigkeit erwünschter Beihilfen bereits primärrechtlich anzeigen (z.B. Beihilfen im Zusammenhang mit Klima- und Umweltschutz, digitalem Wandel, Forschung und Innovation, Arbeitsmarkt, Inklusion usw.);
 - b. Konkretisierung und Verselbstständigung des Rechtfertigungsgrunds für Beihilfen für wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI); und
 - c. Einbeziehung des Gesichtspunkts des internationalen Wettbewerbs und der Wahrung eines globalen level playing fields gegenüber Drittstaaten, um Mitgliedstaaten zu ermöglichen, auf wettbewerbsverfälschende Drittstaatssubventionen zu reagieren.

Unterhalb der Ebene des Primärrechts, also auf Ebene einer **VO des Rates gemäß Art. 109 AEUV** und insbesondere der Durchführungsrechtsakte der Kommission, ist der Gestaltungsspielraum möglicher Überarbeitungen *de lege ferenda* aufgrund der größeren Flexibilität der Rechtserzeugung und Rechtsänderung größer. Anders als bei Präzisierungen betreffend den Tatbestand ist es hier nicht zweifelhaft, dass sich die Befugnis des Rates nach Art. 109 AEUV insbesondere darauf bezieht, der Kommission Vorgaben für die Handhabung der Genehmigungstatbestände zu machen. Zudem kann die Kommission gemäß **Art. 108 Abs. 4 AEUV**, gestützt auf eine Ermächtigung des Rates gemäß Art. 109 AEUV in Bezug auf gewisse Beihilfenarten, **FreistellungsVO** erlassen. Details zur Anwendung allfälliger neuer Genehmigungstatbestände wären wiederum in **Mitteilungen und Leitlinien der Kommission** zu regeln, die Selbstbindungskraft für die Kommission entfalten.

Zudem hat die Kommission erst rezent eine Evaluierung der bestehenden Rechtsvorschriften und Instrumente unterhalb der Primärrechtsebene unternommen (allgemeiner sog. **Fitness Check** sowie Daseinsvorsorge im Besonderen). Auf diese Evaluierungen und die entsprechenden Erkenntnisse der Kommission kann daher über die vorliegenden Ausführungen hinaus verwiesen werden, wenn über Ansatzpunkte einer Reform auf unterprimärrechtlicher Ebene nachgedacht wird.

10. **Modernisierung** des Durchführungsrechts, der Mitteilungen und Leitlinien durch

- a. Ausweitung der bestehenden Freistellungen; dies umfasst sachliche Freistellungsmöglichkeiten (Allgemeine Gruppenfreistellung), etwa für Forschungs- und Umweltbeihilfen, betragsliche Freistellungen („de minimis“), die Freistellung von Krisenbeihilfen sowie für KMU-Beihilfen im Rahmen von IPCEI. Im Rahmen einer Modernisierung und dem Ziel einer unbürokratischen Beihilfenkontrolle sollten Formalerfordernisse, die die Effektivität der Freistellungsinstrumente behindern, herabgesetzt werden.
- b. Anpassung überzogen erscheinender materieller Anforderungen im Durchführungsrecht (zB im FuEuI-Rahmen oder in den Umwelt- und EnergiebeihilfeLL); exemplarisch genannt seien die teils rechtlich nicht gebotene Notwendigkeit eines „Ziels von gemeinschaftlichem Interesse“ oder mögliche Ausnahmen vom Nachweis eines Anreizeffekts;
- c. Anpassung an politische und technologische Entwicklungen (siehe auch den *Fitness Check* der Kommission und die aktualisierte Industriestrategie 2021) und Flexibilisierung, etwa durch stärkere Einbeziehung von Innovationsanreizen.

Handlungsempfehlungen zu II.

Die Rechtfertigungs-/Genehmigungstatbestände im AEUV sollten reformiert werden, insbesondere durch eine Präzisierung der Legalausnahmen und eine Modernisierung der Ermessenstatbestände. Empfohlen werden daher:

II.1. Die Verankerung der oben unter **Pkt. 8 und 9 genannten Vorschläge** in Art. 107 Abs 2 und 3 AEUV (oder an anderer Stelle politikenspezifisch, etwa nach dem Vorbild des Art. 93 AEUV) unter Vornahme einer **vereinfachten Primärrechtsänderung** gemäß Art. 48 Abs. 6 EUV.

Unterhalb der Ebene einer Primärrechtsreform kann eine **VO des Rates** gemäß **Art. 109 AEUV** erlassen werden. Die Kommission kann, gestützt auf eine Ermächtigung des Rates, wiederum **FreistellungsVO** gemäß Art. 108 Abs. 4 AEUV erlassen. Details zur Anwendung allfälliger neuer Genehmigungstatbestände wären wiederum in **Mitteilungen und Leitlinien der Kommission** zu regeln. Auf dieser unterprimärrechtlichen Ebene wird empfohlen:

II.2. Die Verankerung der unter **Pkt. 10 genannten Vorschläge** im reformierten **Durchführungsrecht** und **Soft Law** der Kommission.

III. Globale Aspekte des Beihilfenrechts

Das Beihilferegime der EU ist international einzigartig. Im Ansatz vergleichbare Systeme sind weitaus weniger entwickelt und im Vollzug gelähmt. Zudem beschränkt sich das EU-Beihilfenrecht auf die interne Dimension, also von Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen. Von Drittstaaten gewährte Subventionen werden nicht erfasst, was bspw. von China subventionierten Unternehmen massive Vorteile verschaffen kann. Im Folgenden wird auf Möglichkeiten hingewiesen, das Beihilfenrecht für diese externe Herausforderung, d.h. wettbewerbsverzerrende Subventionen von Drittstaaten und insgesamt Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs, zu wappnen.

11. Das Beihilfenrechts sollte behutsam für **Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs geöffnet und gewappnet werden**, insbesondere durch Schaffung **neuer bzw. erweiterter Freistellungen oder vereinfachter Genehmigungen für:**

- a. Beihilfen der Mitgliedstaaten in Fällen von potentiell wettbewerbsverzerrenden Drittstaatssubventionen, d.h. zur Wahrung des globalen level playing fields gegenüber Unternehmen, die von Staaten, die nicht der EU-Beihilfenkontrolle unterliegen, wettbewerbsverfälschende Subventionen erhalten;
- b. Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI);
- c. Unternehmen von großer aktueller oder potenzieller Bedeutung für die globale Wettbewerbsfähigkeit der EU (sog. European Champions) zur Stärkung des gemeinsamen europäischen Standorts, insbesondere in Branchen von strategischer Bedeutung und zur Verteidigung der europäischen Wirtschaft vor aggressiven Handelspraktiken aus Drittstaaten; und
- d. bereits freigestellte Beihilfen: sachlich (insbesondere Allgemeine Gruppenfreistellung) und/oder nach ihrer Höhe oder Bedeutung für den Markt („*de minimis*“).

Aus ökonomischer Sicht muss allerdings betont werden, dass europäische Unternehmen von Weltgeltung nicht durch den massiven Einsatz von den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt verzerrende Subventionen, sondern besser durch die **Stärkung der Innovationskraft des Binnenmarkts** in ihrer Entwicklung gefördert werden. Um die wettbewerbsverzerrenden staatlichen Unterstützungsleistungen von Drittstaaten ausgleichen zu können, müsste zur Stärkung der Innovationskraft des Binnenmarkts der Beihilfenrahmen gezielt im Forschungs- und Innovationsbereich adaptiert werden, mit dem Ziel die Unternehmen über den gesamten Lebenszyklus bestmöglich zu unterstützen. Der **bestehende wettbewerbsorientierte EU-Beihilfenrahmen** bietet **ausreichend ökonomisch fundierte Ansatzpunkte**, um Unternehmen bei der Bewältigung der großen Herausforderung der digitalen und ökologischen Transformation insbesondere durch die Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation zu unterstützen. Aus ökonomischen Gründen macht deshalb nur eine **graduelle Evolution** des EU-Beihilfenrahmen Sinn und nicht eine disruptive Revolution. Als dbzgl. Schritte in die richtige Richtung kann sicher die Einführung einer neuen Förderkategorie betreffend wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (Important Projects of Common European Interest (**IPCEI**)) gelten. Ein solcher Ansatz, der stärker an Schlüsseltechnologien als an Schlüsselunternehmen orientiert ist, ist jedenfalls die aus ökonomischer Sicht überlegene und zu präferierende Strategie. Subventionen an einzelne Unternehmen, so bedeutend sie auch sein mögen, müssen den Kriterien der

einschlägigen Beihilfenrahmen entsprechen, sonst richten sie langfristig mehr ökonomischen Schaden an, als sie kurzfristig Vorteile verschaffen mögen.

Anknüpfungspunkte für Maßnahmen auf der politischen Ebene bieten darüber hinaus:

12. Initiativen zur **Reduktion der Förderbürokratie** durch stärkere Standardisierung der Notifikationsverfahren sowie Anhebung bzw. Valorisierung der Schwellenwerte für Beihilfen von geringer Höhe („*de minimis*“)
13. die Debatte rund um die grundsätzliche Frage, wie **wettbewerbsverzerrenden Drittstaats-subsventionen**, die nicht der regulären EU-Beihilfenkontrolle unterliegen, durch neue Kontrollmechanismen und effektive Abhilfemaßnahmen begegnet werden kann;
14. die Stärkung des Wirtschaftsförderungspotenzials von **Unionsbeihilfen** durch
 - a. sachliche und territoriale Ausweitung der EU-eigenen Förderprogramme; und
 - b. spezifische Freistellungen oder vereinfachte Genehmigungen für nationale kofinanzierte Teile von Unionsbeihilfen sowie von sonstigen Unionsbeihilfen ergänzenden nationalen Maßnahmen.

Handlungsempfehlungen zu III.

Das Beihilfenrechts sollte behutsam für Herausforderungen des globalen Standortwettbewerbs geöffnet werden, insbesondere durch Schaffung **vereinfachter Freistellungs- und Genehmigungsmöglichkeiten** für:

III.1. Beihilfen, die der Herstellung eines globalen *level playing fields*, also dem Ausgleich wettbewerbsverzerrender Subventionen aus Drittstaaten dienen: ggf. Verankerung unmittelbar in Art. 107 Abs. 3 AEUV durch **vereinfachte Primärrechtsänderung**; alternativ Nutzung des bestehenden **Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV** zur Genehmigung „sonstiger Arten von Beihilfen“ durch den Rat; Erlass einer **VO des Rates** gemäß Art. 109 AEUV und **FreistellungsVO** der Kommission gemäß Art. 108 Abs. 4 AEUV; Verankerung höherer Beihilfesummen bzw. vereinfachter Genehmigungsmöglichkeiten zum Ausgleich internationaler Wettbewerbsverzerrungen in **Durchführungsrechtsakten** der Kommission nach dem Vorbild von Nr. 34 der IPCEI-Mitteilung oder Nr. 92 des FuEul-Rahmens;

III.2. Beihilfen zur Stärkung von **Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse** / Important Projects of Common European Interest: Präzisierung und vor allem Flexibilisierung der hohen Anforderungen der **IPCEI-Mitteilung und Freistellung für KMU-Beihilfen im Rahmen von IPCEI**; ggf. Verankerung als Genehmigungstatbestand im Primärrecht, z.B. in Art. 107 Abs. 3 AEUV (siehe oben II.);

III.3. Beihilfen für Schlüsselsektoren und -unternehmen (**„European Champions“**), also Branchen und Unternehmen von großer aktueller oder potenzieller Bedeutung für die globale Wettbewerbsfähigkeit und strategische Autonomie der EU: Schaffung eigener Genehmigungsinstrumente, z.B. in Form von einer **VO des Rates** gemäß Art. 109 AEUV und **Durchführungsrechtsakten** der Kommission;

III.4. Beihilfen, die bereits sachlich/betraglich freigestellt sind (ggf. Entschlackung und Ausweitung der **AGVO** und Erhöhung bzw. Valorisierung der Schwellenwerte der **De-minimis-VO**) inklusive **Entbürokratisierung** von Formalerfordernissen.

Darüber hinaus empfohlen werden:

III.5. Die Schaffung neuer Instrumente abseits der Art. 107 bis 109 AEUV, um wettbewerbsverzerrenden **Drittstaatssubventionen** zu prüfen und ggf. mit Abhilfemaßnahmen effektiv zu **neutralisieren** (vgl. den Entwurf der Kommission für eine VO gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten vom 5. Mai 2021);

III.6. Der Einsatz von **Unionsbeihilfen**, die nicht der Beihilfenkontrolle des Art. 107 AEUV unterliegen.

Alle vorgeschlagenen Maßnahmen betreffend Lockerungen des EU-Beihilfenrahmens bedürfen einer umfassenden ökonomischen Wettbewerbsanalyse sowohl vor deren rechtlicher Implementierung in den europäischen Verträgen, Verordnungen und Richtlinien als auch bei der Bewertung der Gewährung solcher Beihilfen im Einzelfall.

IV. Markt- und Wettbewerbsorientiert durch die Herausforderungen der Digitalisierung und des Klimawandels

Eine Industriepolitik neuen Zuschnitts lässt die Staatsinterventionen zugunsten einzelner Sektoren und Unternehmen aus der Vergangenheit hinter sich und trägt den systemischen Zusammenhängen im (supra)nationalen Innovationssystem Rechnung, indem sie zu einer „Systemischen Industrie- und Innovationspolitik“ (Aiginger, 2015) bzw. „Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT)“ (Peneder et al., 2021) verdichtet wird. Diese modernen industriepolitischen Ansätze sind **grundsätzlich marktorientiert** und damit mit einer antiprotektionistischen Wettbewerbspolitik und einem (adaptierten) EU-Beihilfenrahmen kompatibel.

Definiert man Industriepolitik als Summe aller „*Maßnahmen der öffentlichen Hände, welche den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmungen des industriell-gewerblichen Sektors sicherstellen sollen*“ (Bayer, 2017), steht die **Wettbewerbsfähigkeit** einzelner Unternehmen, Branchen und Wirtschaftsräume (Standorte) im Mittelpunkt der Betrachtung. Dabei verbindet die Industriepolitik in neueren Ansätzen zunehmend die Bewältigung großer gesellschaftlicher Herausforderungen, wie jene der **Digitalisierung und des Klimawandels**, mit dem Ziel einer hohen **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im internationalen Wettbewerb**. In diesem Zusammenhang lassen sich als Orientierung fünf Grundsätze einer „Neuen europäischen Industriepolitik“ als Handlungsempfehlung ableiten.

Handlungsempfehlungen zu IV.

IV.1. Eine ökonomisch fundierte Reformagenda für den EU-Beihilfenrahmen besteht in der **Erhaltung der bewährten Wettbewerbsorientierung des EU-Beihilfenrahmens** unter innovativer Einbeziehung legitimer industriepolitischer Interessen vor dem Hintergrund einer globalisierten Weltwirtschaft.

IV.2. Das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik ist (und bleibt) die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen. Um (rezenten) industriepolitischen **Initiativen von Drittstaaten in Form von wettbewerbsverzerrenden Subventionen** entgegentreten zu können, muss die EU-Beihilfenkontrolle über den Binnenmarkt hinauswirken, damit auch im globalen Maßstab faire Wettbewerbsbedingungen („global level playing field“) vorliegen.

IV.3. Der Zugang zu **kritischen Rohstoffen**, der Zugriff auf **Schlüsseltechnologien** (Key Enabling Technologies – KETs bzw. Advanced Technologies for Industry - ATI) sowie die Entwicklung von **Schlüsselsektoren und -unternehmen** („European Champions“) bilden Kernelemente einer Neuen Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT) der Europäischen Union.

IV.4. Bedeutende **Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse** (IPCEI) können als freigestellte Beihilfen maßgeblich zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union beitragen. Das im Rahmen von IPCEI etablierte Konzept, staatliche Beihilfen stärker an **Schlüsseltechnologien** als an Schlüsselunternehmen auszurichten, stellt die aus ökonomischer Sicht überlegene und zu präferierende Strategie dar. Eine Erweiterung und Vertiefung dieses Förderinstruments sowie ein vereinfachter Zugang dazu wird nachdrücklich empfohlen.

IV.5. Da das Wettbewerbsrecht gemäß Art. 3 Abs.1 lit. b AEUV als ausschließliche Kompetenz der EU angelegt ist, muss sich auch die **Standortpolitik der EU-Mitgliedsstaaten im adaptierten und modernisierten EU-Beihilfenrahmen bewegen** und diesen auf der Grundlage der ökonomischen Standortvorteile für den betreffenden Wirtschaftsraum optimal nutzen.

Referenzen

Wissenschaftliche Literatur

Kommentare und Monographien

- Antràs, P. (2016), *Global Production. Firms, contracts and Trade Structure*, Princeton
- Arhold, C. (2016), Art. 107 AEUV, B. The definition of State aid. In Säcker, F.J., Montag F. (Eds.), *European State Aid Law*, C.H.Beck
- Arhold, C. (2018), Art. 107 AEUV, B.II. Begünstigung und B.IV. Selektivität. in Säcker, F.J., (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5: Beihilfenrecht, C.H.Beck
- Bartosch, A. (2020), *EU-Beihilfenrecht: EU-BeihilfenR*, C.H.Beck
- Cremer, W. (2016), Art. 107 AEUV. In Calliess, C., Ruffert, M. (Hrsg.), *EUV/AEUV*, C.H.Beck
- Deffains B., d'Ormesson O., Perroud T. (2020), *Competition Policy and Industrial Policy: for a reform of European Law*. Fondation Robert Schuman, Brussels
- Emiliewicz, J.U., Le Maire, B., Altmaier, P. (2019), *Pour une politique européenne de la concurrence modernisée*. Paris
- Frenz, W. (2019), Art. 107 AEUV. In Theobald, C., Kühling, J. (Hrsg.), *Energierecht*, C.H.Beck
- Gaitanides, C. (2013), Art. 109 AEUV. In Birnstiel, A., Bungenberg, M., Heinrich, H. (Hrsg.), *Europäisches Beihilfenrecht*, Nomos
- Gallo, D. (2016), Chapter 10: Social Services of General Interest. In Hancher, L., Ottervanger, T., Slot, P.J. (Eds.), *EU State Aids*, Sweet&Maxwell
- Götz, V. (2020), H.III. Staatliche Beihilfen, 1. Grundlagen. In Dausen, M., Ludwigs, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C.H.Beck
- Hausemer, P., Fina, D., Sigismondo, R., Ramada, P., Williams, R., Hodok, J., Nett, L., Fourberg, N., Böheim, M., Noti, K., Sciaudone, F., Zambuco, F., D'Andrea, G., Medolago Albani, A., Pavelka, T., Cimbi, F., Restori, A. (2021), *Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, Luxembourg
- Jaeger, T. (2006), *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*. NWV Verlag
- Jaeger, T. (2020), *Materielles Europarecht*. LexisNexis ARD ORAC
- Jaeger, T. (2021), *Steuerliche Maßnahmen*. In Säcker, F.J., Karpenstein, U., Ludwigs, M. (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5: Beihilfenrecht, C.H.Beck
- Jung, N. (2019), *Die Vergabe von Unionsbeihilfen. Dargestellt am Beispiel der Landwirtschaftssubventionen der Europäischen Union*. Nomos
- Kreuschitz, V. (2018), Art. 107 AEUV, D. Ermessensausnahmen. In Säcker, F.J., (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5: Beihilfenrecht, C.H.Beck
- Klien, M., Böheim, M., Firgo, M., Reinstaller, A., Reschenhofer, P., Wolfmayr, Y., (2021), *Stärkung der Unabhängigkeit des Wirtschaftsstandortes Österreich bei kritischen Produkten*, WIFO, Wien
- Koenig, C., Förtsch, B. (2018), Art. 107 AEUV, III. 4. und III.5. In Streinz, R. (Hrsg.), *EUV/AEUV*, C.H.Beck
- Lippert, B., von Ondarza, N., Perthes, V. (Hg.) (2019), *Strategische Autonomie Europas. Akteure, Handlungsfelder, Zielkonflikte*, Berlin
- Mestmäcker, E-J., Schweitzer, D. (2016), B. Art. 107 Abs. 1 AEUV. In Immenga, U., Mestmäcker E-J. (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*. C.H.Beck
- Naughton, B. (2021), *The Rise of China's Industrial Policy 1978-2020*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Economía, Ciudad Universitaria, México City
- Oxera (2017), *Ex post assessment of the impact of state aid on competition*¹, prepared for the European Commission, December 2017, <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0617275enn.pdf>

- Peneder, M., Polt, W. (2020), Important Projects of Common European Interest (IPCEI) als Instrument einer neuen europäischen Industrie- und Innovationspolitik, Inputpapier für das Projekt "Neue Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik" im Auftrag des Rates für Forschung und Technologieentwicklung (RFTE), Wien
- Peneder, M., Polt, W., Prem, E. (2021), Neue europäische Industrie-, Innovations- und Technologiepolitik (NIIT), Eine Diskussion zentraler Aspekte mit Blick auf Österreich, Studie im Auftrag des Rates für Forschung und Technologieentwicklung (RFTE), Wien
- Maxian Rusche, T. (2016), D. Art. 107 Abs. 3 AEUV. In Immenga, U., Mestmäcker E.-J. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht. C.H.Beck
- Maxian Rusche, T., Melcher, P. (2017), Art. 93 AEUV. In Grabitz, E., Hilf, M., Nettesheim, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, C.H.Beck
- Sachs, A., Funke, C., Kreuzer, Ph., Weiss, J. (2020), Globalisierungsreport 2020. Wer profitiert am stärksten von der Globalisierung? Bertelsmann Stiftung, Gütersloh
- Schön, W. (2016), Chapter 13: State Aid in the Area of Taxation. In Hancher, L., Ottvanger, T., Slot, P.J. (Eds.), EU State Aids, Sweet&Maxwell
- Schuetten, N. (2016), Art. 107 AEUV, A. III. Relationship to the WTO Rules (Anti-Subsidy Rules), In Säcker, F.J., Montag F. (Eds.), European State Aid Law, A Commentary, C.H.Beck
- Schwalbe, U. (2016), Introduction, B. Economic Principles of State Aid Control. In Säcker, F.J., Montag F. (Eds.), European State Aid Law, A Commentary, C.H.Beck
- Soltész, U. (2018), Art. 107 AEUV, B.V. Wettbewerbsverfälschung und B.VI. Zwischenstaatlichkeitsklausel. In Säcker, F.J., (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, C.H.Beck
- Stockenhuber, P. (2018), Art. 101 AEUV, IV. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. In Grabitz, E., Hilf, M., Nettesheim, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, C.H.Beck
- Suttner, N. (2014), Art. 109 AEUV. In Mayer, H., Stöger, K. (Hrsg.), Kommentar zu EUV und AEUV, MANZ Verlag, rbd.at
- Thiele, A. (2021), H.III. Staatliche Beihilfen, 4. Vereinbarkeit und Unvereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 AEUV. In: Dausen, M., Ludwigs, M. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C.H.Beck
- Unger, S. (2019), § 8 Subventions- und Beihilfenrecht. In Schmidt, R., Wollenschläger, F. (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, Springer
- Wallenberg, G., Schütte, M. (2016), Art. 109 AEUV. In Grabitz, E., Hilf, M., Nettesheim, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, C.H.Beck

Beiträge in Fachzeitschriften und Sammelbänden

- Aiginger K. (2015) Industrial policy for a sustainable growth path. In: Bailey D, Cowling K, Tomlinson P (eds) New perspectives on industrial policy. Oxford University Press, Oxford, S. 365–394
- Aiginger, Rodrik, D. (2020), Rebirth of Industrial Policy and an Agenda for the Twenty-First Century, Journal of Industry, Competition and Trade (2020) 20:189–207, <https://doi.org/10.1007/s10842-019-00322-3>
- Bartosch, A. (2007), Sozialer Wohnungsbau und europäische Beihilfenkontrolle, EuZW 2007, S. 559-564
- Bartosch, A. (2015), Die Selektivität der Selektivität – Wie ist es um die Gestaltungsfreiräume der Mitgliedstaaten in der Wirtschaftsförderung bestellt? Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 26(3), S. 99-104
- Bayer K., (2017), Sechzig Jahre österreichische Industriepolitik, in: Mesch M., Brait R. (Hg.) Der Wandel des industriepolitischen Leitbilds der Arbeiterbewegung, Wien: Verlag des ÖGB.
- Böheim, M. (2011), Die Privatisierung öffentlichen Eigentums als Instrument der Wirtschaftspolitik: Privat- versus Staatseigentum an Unternehmen – theoretische Grundlagen, WIFO-Monatsberichte, 84(9), S. 593-604
- Bonhage, J. (2019), Previous State aid and Subsequent Financial Assistance. The FIH Judgment and the Future of the MEOP. European State Aid Law Quarterly 18(1), S. 29-36. <https://doi.org/10.21552/estal/2019/1/5>
- Bouchagiar, A. (2020), When Do Funds Become State Resources, European State Aid Law Quarterly 19(1), S. 19 – 28. <https://doi.org/10.21552/estal/2020/1/6>
- Bousin, J./Piernas, J. (2008), Developments in the Notion of Selectivity. European State Aid Law, 7(4), S. 20. <https://doi.org/10.21552/ESTAL/2008/4/129>

- Brinkmann, H., Harendt, C., Heinemann, F. (2017), Ökonomische Resilienz — Schlüsselbegriff für ein neues wirtschaftspolitisches Leitbild?. *Wirtschaftsdienst* 97, S. 644–650
- Colomo, P.I. (2020), Whatever Happened to the 'More Economics-Based Approach'?, *Journal of European Competition Law & Practice* 11(9), S. 473-474
- Dekker, C. (2017), The 'Effect on Trade between the Member States' Criterion: Is It the Right Criterion by Which the Commission's Workload Can Be Managed? *European State Aid Law Quarterly*, 16(2), S. 154-163
- Fidrmuc, J., Hainz, C., & Hözl, W. (2018), Individual credit market experience and perception of aggregate bank lending: Evidence from a firm survey. *WIFO Working Papers*, 574/2018
- Gauer, C., Kjolbye, L., Dalheimer, D., De Smijter, E., Schnichels, D., Laurila, M., (2004), Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004, *Competition Policy Newsletter* No.2/2004
- Hancher, L. (2019), The Role of Presumptions and the Burden of Proof in Recent State Aid Cases – Some Reflections. *European State Aid Law Quarterly* 18(4), S. 470 – 488. <https://doi.org/10.21552/estal/2019/4/5>
- Herman, A. (2019), America Needs an Industrial Policy, *American Affairs Journal*, November 20, S. 2-29, <https://americanaffairsjournal.org/2019/11/america-needs-an-industrial-policy/>
- Hözl, W., Klien, M., & Kügler, A. (2021), Konjunktüreinschätzungen bleiben skeptisch. Ergebnisse des WIFO-Konjunkturtests vom Februar 2021. *WIFO-Konjunkturtest*, 2/2021
- Hözl, W., & Meyer, B. (2021), Staatliche Hilfsmaßnahmen für Unternehmen in der COVID-19-Krise: Befragungsupdate Februar 2021 [Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen]. *Austrian Institute of Economic Research (WIFO)*
- Hözl, W., Michael, B., Friesenbichler, K., Kügler, A., & Leoni, T. (2020), Staatliche Hilfsmaßnahmen für Unternehmen in der COVID-19-Krise: Eine begleitende Analyse operativer Aspekte und Unternehmenseinschätzungen [Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen]. *Austrian Institute of Economic Research (WIFO)*
- Hözl, W., & Schwarz, G. (2014), Der WIFO-Konjunkturtest: Methodik und Prognoseeigenschaften. *WIFO-Monatsberichte*, 87(14), S. 835–850
- Hummel, D. (2019), Die Begriffe Selektivität und Vorteil bei Steuerbeihilfen unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung. *ERA Forum* 20, S. 51–61. <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00554-0>
- ISDP – Institute for Security and Development Policy (2018), *Made in China 2025: Backgrounder*, June, <https://isdpeu.org/content/uploads/2018/06/Made-in-China-Backgrounder.pdf>
- Jaeger, From Santander to LuxLeaks – and Back, *EstAL* 2015, S. 345-357
- Jaeger, T. (2008), Bankenkrise: Stößt die Wettbewerbsaufsicht an ihre Grenzen? Einige Beobachtungen zum Anteil der Kom als Wettbewerbsbehörde an der Krisenbewältigung *Ecolex* 19(10), S. 982 - 983
- Jaeger, T. (2008), Systemfragen des More Economic Approach im Beihilferecht. *WuW* 58 (10), S. 1064 - 1077
- Jaeger, T. (2019), Russen und Chinesen, von Gaißau bis Piräus. Instrumente zum Schutz strategischer EU-Interessen gegen Einflussnahme von Drittstaaten. *ecolex* 2019(3), S. 286
- Jaeger, T. (2020), Schwächen der Prüfung von Steuerbeihilfen am Beispiel der Urteile Fiat und Starbucks. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 31(1), S. 18-24
- Jaeger, T. (2020), Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Wettbewerbsrecht. In *WIR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg.), S. 69
- Koenig, C. (2014), Where is State Aid Law heading to? *European State Aid Law Quarterly*, 13(4), S. 611-613
- Kühling, J., Reinhold, P., Weck, T. (2020), State Capitalism and Level Playing Field: *European State Aid Law Quarterly* 19(4), S. 403 – 417. <https://doi.org/10.21552/estal/2020/4/3>
- Ludwigs, M. (2019), Die Förderung erneuerbarer Energien vor dem EuGH – Luxemburg locuta, causa non finita! *NVwZ*, S. 909-914
- Lyu, S., Buts, C., Jegers, M. (2019), Comparing China's Fair Competition Review System to EU State Aid Control, *European State Aid Law Quarterly* 18(1), S. 37-60, <https://doi.org/10.21552/estal/2019/1/6>
- Nicolaides, P. (2017), Excessive Widening of the Concept of Selectivity, *European State Aid Law Quarterly* 16(1), S. 62-72. <https://doi.org/10.21552/estal/2017/1/9>

- Nicolaides, P. (2019), Can Selectivity Result from the Application of Non-Selective Rules?, *European State Aid Law Quarterly* 18(1), S. 15-28. <https://doi.org/10.21552/estal/2019/1/4>
- Nicolaides, P. (2019), Ten Years of State Aid to Financial Institutions, *European State Aid Law Quarterly* 18(2), S. 121-137. <https://doi.org/10.21552/estal/2019/2/3>
- Nitsche, R, Heidhues, P. (2006), "Study on methods to analyse the impact of state aid on competition," *European Economy - Economic Papers* 2008 - 2015 244, Directorate General Economic and Financial Affairs (DG ECFIN), European Commission
- Petzold, H. (2018), The Difficulty of Being 'Local': An Essay on an Unknown Friend. *European State Aid Law Quarterly*, 17(2), 250-258. Retrieved June 24, 2021, from <https://www.istor.org/stable/26694237>
- Reiter, L. (2020), Beihilfen zugunsten von Produktionszweigen: zur sektoralen Selektivität im Beihilferecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 31(8), S. 312-316.
- Robins, N., Geldof, H. (2018), Ex post assessment of the impact of state aid on competition, *European State Aid Law Quarterly* 17.4, S. 494-508.
- Rubio, M. (2019) 2025 and the Future of American industry. U.S. Senate Committee on Small Business & Entrepreneurship. https://www.rubio.senate.gov/public/_cache/files/0acec42a-d4a8-43bd-8608-a3482371f494/262B39A37119D9DCFE023B907F54BF03.02.12.19-final-sbc-project-mic-2025-report.pdf
- Schnitger, A. (2017), Der Einfluss des Beihilferechts auf die direkten Steuern in Deutschland, *IStR* 2017, S. 421
- Soltész, U. (2014), Das neue europäische Beihilferecht, *NJW* 2014, S. 3128
- Soltész, U. (2015), Nach der Reform ist vor der Reform – Herausforderungen für die künftige europäische Beihilfenkontrolle, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 26, S. 277
- Soltész, U. (2018), "Mixed Messages" aus Luxemburg – Beihilferechtliche Selektivitätsprüfung als Quadratur des Kreises, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, S. 305-306.
- Soltész, U., Schilling, S. (2016), Europäisches Wettbewerbsrecht und Politik – ein unzertrennliches Paar? *EuZW* 2016, S. 767.
- Wade, R.H., (2014), The paradox of US industrial policy: The developmental state in disguise, in: José M. Salazar-Xirinachs, Irmgard Nübler and Richard Kozul-Wright (eds), *Transforming Economies: Making industrial policy work for growth, jobs and development*, 379-400, International Labour Organization, Geneva
- Wambach, A. (2020), China: Zur Notwendigkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments, *Wirtschaftsdienst* 100(9), S. 646-647
- Warren, E (2019) Defend & create American jobs. <https://medium.com/@teamwarren/a-plan-for-economic-patriotism-13b879f4cfc7>
- Weck, T., Reinhold, P. (2015), Europäische Beihilfenpolitik und völkerrechtliche Verträge, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 26, S. 376
- Zelger, B. (2018), The 'Effect on Trade' Criterion in European Union State Aid Law: A Critical Approach, *European State Aid Law Quarterly* 17(1), S. 28-42. <https://doi.org/10.21552/estal/2018/1/5>

Unionsrecht und sonstige Akte der Unionsorgane

Rechtsakte und weitere Dokumente (Verordnungen, Mitteilungen, Leitlinien, usw.)

- Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. 2019/C 384/1
- Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, ABl. 2021/L 149/10 (Brexit-Nachfolgeabkommen)
- Aktionsplan Staatliche Beihilfen - Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009 (Konsultationspapier), KOM(2005) 107 endg
- Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, C/2016/2946, ABl. 2016/C 262/1 (Mitteilung Beihilfebegriff)

- Commission Staff Working Document, Fitness Check, SWD(2020) 257 final
- European Commission, Directorate-General Competition, Notice to Stakeholders: Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of competition, 18.1.2021
- Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, ABl. 2020/L 444/14
- Kommission, Weißbuch Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final
- European Commission (2021a), Communication 'The European economic and financial system: fostering openness, strength and resilience', COM(2021) 32 final, Brussels 19.01.2021
- European Commission (2021b), Communication 'Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy', COM(2021) 66 final, Brussels 18.02.2021
- European Commission (2020a), Advanced Technologies for Industry – Methodological Report, Brussels
- European Commission (2020b), 2020 Strategic Foresight Report. Strategic Foresight – Charting the Course towards a more resilient Europe, COM(2020) 493 final, Brussels 09.09.2020.
- European Commission (2020c), Critical Raw materials for Strategic Technologies and Sectors in the EU. A Foresight Study, Brussels.
- European Commission (2020d), Communication 'Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards greater Security and Sustainability', COM(2020) 474 final, 03.09.2020.
- European Commission (2020e), Communication 'Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation', COM(2020) 456 final, 27.05.2020.
- European Commission (2020f), White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies, COM(2020) 253 final, 17.06.2020
- European Commission (2018), Re-finding Industry. Defining Innovation. Brussels
- European Commission (2017), Communication „Investing in a smart, innovative and sustainable Industry A renewed EU Industrial Policy Strategy, COM(2017)479 final, 13.09.2017
- European Commission, State Aid SA.41175 (2015/N) – Broadband Austria 2020, 17 December 2015, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/259470/259470_1726891_122_2.pdf
- European Commission (2014), Communication „Criteria for the analysis of the compatibility with the internal market of State aid to promote the execution of important projects of common European interest ". COM(2017)479 final, 13.09.2017
- European Commission (2009), Communication „Preparing for our future: Developing a common strategy for key enabling technologies in the EU", COM(2009) 512 final, 30.09.2009
- Mitteilung der Kommission – Aktualisierung der neuen Industriestrategie von 2020: einen stärkeren Binnenmarkt für die Erholung Europas aufbauen, COM(2021) 350 final
- Mitteilung der Kommission – Ein moderner Haushalt für eine Union, die schützt, stärkt und verteidigt. Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2021, COM(2018) 321 final
- Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009/C 45/7 (Prioritätenmitteilung)
- Mitteilung der Kommission – Jährliche Strategie für nachhaltiges Wachstum 2021, COM(2020) 575 final
- Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, ABl. 2014/C 188/4 (IPCEI-Mitteilung)
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABl. 2013/C 209/1 (RegionalbeihilfeLL 2014-2020)
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für Regionalbeihilfen 2022-2027, ABl. 2021/C 153/1 (RegionalbeihilfeLL 2022-2027)
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013, ABl. 2006/C 54/13 (RegionalbeihilfeLL 2007-2013)

- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. 2014/C 249/1 (Rettungs und UmstrukturierungsLL)
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. 2014, C 200, 1 (Umweltschutz- und EnergiebeihilfenLL)
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004/C 31/5
- Mitteilung der Kommission – Modernisierung des Beihilfenrechts, COM(2012) 209 final
- Mitteilung der Kommission – Offenheit für ausländische Direktinvestitionen bei gleichzeitigem Schutz grundlegender Unionsinteressen, COM(2017) 494 final
- Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. 2012/C 8/15 (DAWI-Rahmen)
- Mitteilung der Kommission – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. 2014/C 198/1 (FuEul-Rahmen)
- Mitteilung der Kommission betreffend die Kriterien für die eingehende Prüfung staatlicher Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung großer Investitionsvorhaben, ABl. 2009/C 223/3
- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. 2012/C 8/4 (DAWI-Mitteilung)
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, COM(2021) 223 final
- Revised text of the Political Declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, TF50 (2019) 65 – Commission to EU 27
- Verordnung (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. 2016/L 176/55
- Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. 2019/L 79/1
- Verordnung (EU) Nr. 1233/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über die Anwendung bestimmter Leitlinien auf dem Gebiet der öffentlich unterstützten Exportkredite sowie zur Aufhebung der Beschlüsse 2001/76/EG und 2001/77/EG des Rates, ABl. 2011/L 326/45
- Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), ABl. 2013/L 347/487
- 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. 2006/L 379/5
- Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. 2013/L 352/1 (De-minimis-VO 1407/2013)
- Verordnung (EU, Euratom) 2020/2093 des Rates vom 17. Dezember 2020 zur Festlegung des mehrjährigen Finanzrahmens für die Jahre 2021 bis 2027, ABl. 2020/L 433/11
- Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfen, ABl. 2001/L 10/30
- Beschluss 2011/199/EU des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABl. 2011/L 91/1
- Beschluss 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. 2012/L 7/3 (DAWI-Freistellungsbeschluss)

Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. 2012/L 114/8 (DAWI-De-minimis-VO)

Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. 2013/L 204/15

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

Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14. Dezember 2020 zur Schaffung eines Aufbauminstruments der Europäischen Union zur Unterstützung der Erholung nach der COVID-19-Krise, ABl. 2020/L 433/23

Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. 1994/L 1/3 (EWR-Abkommen)

Beihilfenrechtliche Beschlüsse der Kommission

Kommission, Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV vom 31. Juli 2013, SA.34775 (2013/C) (ex 2012/NN), ABl. 2013/C 348/162 – Vereinigtes Königreich/Granulatabgabe

Kommission, Entscheidung 80/932/EWG vom 15. September 1980, ABl. 1980/L 264/28 – Italienisches System der teilweisen Übernahme der Arbeitgeberbeiträge zur Krankenversicherung durch den Staat

Kommission, Staatliche Beihilfen E/2/98, ABl. 1998/C 395/19 – Irische Körperschaftsteuer

Kommission, Entscheidung SG(2001) D/285046 vom 12. Jänner 2001, Staatliche Beihilfe N 258/00 – Freizeitbad Dorsten

Kommission, Entscheidung C (2002) 1478 final vom 24. April 2002 betreffend die staatliche Beihilfe N 863/01 – Vereinigtes Königreich/Granulatabgabe

Kommission, Entscheidung 2004/114/EG vom 29. Oktober 2003, ABl. 2004/L 34/63 – Jachthäfen ohne Erwerbscharakter in den Niederlanden

Kommission, Entscheidung 2005/345/EG vom 18. Februar 2004, ABl. 2005/L 116/1 – Bankgesellschaft Berlin

Kommission, Entscheidung 2005/565/EG vom 9. März 2004, ABl. 2005/L 190/13 – Österreichische Energieabgabenvergütung auf Erdgas und Elektrizität

Kommission, Entscheidung 2005/77/EG vom 30. März 2004, ABl. 2005/L 29/24 – Steuerrechtliche Regelung in Gibraltar

Kommission, Aufforderung zur Stellungnahme vom 20. Dezember 2006, Staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06), ABl. 2007/C 28/8 — Privatisierung der Bank Burgenland AG

Kommission, Entscheidung 2008/719/EG vom 30. April 2008, Staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06), ABl. 2008/L 239/32 – Privatisierung Bank Burgenland

Kommission, Entscheidung C 16/07 vom 26. November 2008, ABl. 2009/L 306/26 – Postbus im Bezirk Lienz

Kommission, Entscheidung 2009/325/EG vom 26. November 2008, ABl. 2009/L 97/14 – Busunternehmen in Südmähren

Kommission, Beschluss C(2009) 9963 final vom 15. Dezember 2009 in Bezug auf die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und besondere Projektbeihilfe für Wohnungsbaugesellschaften

Kommission, Beschluss C(2012) 5037 vom 25. Juli 2012 über die staatliche Beihilfe SA.29064 (11/C, ex 11/NN), ABl. 2013/L 119/30 – Differenzierte Fluggaststeuersätze in Irland

Kommission, Entscheidung C(2012) 8761 final vom 5. Dezember 2012, SA.33952 (2012/NN), ABl. 2013/C 21/1 – Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins

Kommission, Entscheidung vom 16. September 2014, SA.32060 (2014/NN), ABl. 2015/C 203/1 – Greece

Kommission, Beschluss (EU) 2015/1585 vom 25. November 2014 über die Beihilferegulierung SA.33995, ABl. 2015/L 250/122 – EEG

Kommission, Beschluss (EU) 2016/288 vom 27. März 2015, SA.34775 (13/C) (ex 12/NN), ABl. 2016/L 59/87 – Vereinigtes Königreich/Granulatabgabe

Kommission, Entscheidung C(2016) 5105 final vom 9. August 2016, SA.43983 (2015/N), ABl. 2016/C 406/14 – BLSV-Sportcamp Nordbayern

Kommission, Entscheidung vom 25. Jänner 2018, SA.43791, ABl. 2018/C 60/4 – Ireland – Alleged aid to and through the National Asset Management Agency

Kommission, Beschluss C (2019) 921 vom 6. Februar 2019, Sache M.8677, ABl. 2019/C 300/14 – Siemens/Alstom

Kommission, Entscheidung vom 12. März 2020, SA.56685, ABl. 2020/C 125/8 – Danish compensation scheme for cancellation of events

Kommission, Entscheidung vom 28. Mai 2020, SA.57284, ABl. 2020/C 198/9 – Finnish damage compensation scheme for restaurants

Pressemitteilungen der Kommission

Pressemitteilung der Kommission vom 29.4.2015, IP/15/4889

Pressemitteilung der Kommission vom 21.9.2016, IP/16/3141

Pressemitteilung der Kommission vom 11.1.2017, IP/17/43

Pressemitteilung der Kommission vom 10.2.2017, IP/17/260

Pressemitteilung der Kommission vom 7.3.2017, IP/17/483

Pressemitteilung der Kommission vom 28.3.2017, IP/17/782

Pressemitteilung der Kommission vom 5.5.2017, IP/17/1231

Pressemitteilung der Kommission vom 23.5.2017, IP/17/1440

Pressemitteilung der Kommission vom 16.6.2017, IP/17/1669

Pressemitteilung der Kommission vom 11.7.2017, IP/17/1983

Pressemitteilung der Kommission vom 11.8.2017, IP/17/2501

Pressemitteilung der Kommission vom 29.9.2017, IP/17/3581

Pressemitteilung der Kommission vom 10.11.2017, IP/17/4542

Pressemitteilung der Kommission vom 13.12.2017, IP/17/5261

Pressemitteilung der Kommission vom 19.12.2017, IP/17/5366

Pressemitteilung der Kommission vom 26.2.2018, IP/18/1222

Pressemitteilung der Kommission vom 1.3.2018, IP/18/1441

Pressemitteilung der Kommission vom 27.3.2018, IP/18/2621

Pressemitteilung der Kommission vom 17.8.2018, IP/18/5042

Pressemitteilung der Kommission vom 4.1.2018, IP/18/5461

Pressemitteilung der Kommission vom 27.9.2018, IP/18/5922

Pressemitteilung der Kommission vom 22.10.2018, IP/18/6168

Pressemitteilung der Kommission vom 8.11.2018, IP/18/6342

Pressemitteilung der Kommission vom 14.11.2018, IP/18/6414

Pressemitteilung der Kommission vom 27.11.2018, IP/18/6582

Pressemitteilung der Kommission vom 18.12.2018, IP/18/6847

Pressemitteilung der Kommission vom 16.2.2018, IP/18/821

Pressemitteilung der Kommission vom 8.1.2019, IP/19/242

Pressemitteilung der Kommission vom 25.2.2019, IP/19/1412

Pressemitteilung der Kommission vom 15.4.2019, IP/19/2150

Pressemitteilung der Kommission vom 23.4.2019, IP/19/2230

Pressemitteilung der Kommission vom 14.6.2019, IP/19/3000
Pressemitteilung der Kommission vom 19.6.2019, IP/19/3247
Pressemitteilung der Kommission vom 26.7.2019, IP/19/4749
Pressemitteilung der Kommission vom 25.11.2019, IP/19/6349
Pressemitteilung der Kommission vom 12.5.2020, IP/20/863
Pressemitteilung der Kommission vom 6.11.2020, IP/20/2033
Pressemitteilung der Kommission vom 13.11.2020, IP/20/2132
Pressemitteilung der Kommission vom 25.11.2020, IP/20/2208
Pressemitteilung der Kommission vom 14.12.2020, IP/20/2410
Pressemitteilung der Kommission vom 16.12.2020, IP/20/2454
Pressemitteilung der Kommission vom 18.12.2020, IP/20/2397
Pressemitteilung der Kommission vom 22.12.2020, IP/20/2518
Pressemitteilung der Kommission vom 21.1.2021, IP/21/186
Pressemitteilung der Kommission vom 26.1.2021, 2021, IP/21/226
Pressemitteilung der Kommission vom 23.2.2021, IP/21/689
Pressemitteilung der Kommission vom 23.2.2021, IP/21/762
Pressemitteilung der Kommission vom 12.3.2021, IP/21/1109
Pressemitteilung der Kommission vom 5.5.2021, IP/21/1884
Pressemitteilung der Kommission vom 5.5.2021, IP/21/1982

Rechtsprechung des EuGH

Rs. 173/73, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:1974:71
Rs. 36/74, Walrave, ECLI:EU:C:1974:140
Rs. 117/76 und 16/77, Ruckdeschel, ECLI:C:1977:160
Rs. 730/79, Philip Morris, ECLI:EU:C:1980:209
Rs. C-301/87, Frankreich/Kommission, ECLI:EU:C:1990:67
Rs. C-142/87, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1990:125
Rs. C-225/91, Matra SA, ECLI:EU:C:1993:239
Rs. C-329/93 ua, Bremer Vulkan, ECLI:EU:C:1996:394
Rs. C-200/97, Ecotrade, ECLI:EU:C:1998:579
Rs. C-75/97, Belgien/Kommission (Maribel), ECLI:EU:C:1999:311
Rs. C-256/97, DM Transport, ECLI:EU:C:1999:332
Rs. C-67/96, Albany, ECLI:EU:C:1999:430
Rs. C-83/98 P, Ladbroke, ECLI:EU:C:2000:248
Rs. C-379/98, PreussenElektra, ECLI:EU:C:2001:160
Rs. C-143/99, Adria-Wien, ECLI:EU:C:2001:598
Rs. C-482/99, Kommission/Frankreich (Stardust Marine), ECLI:EU:C:2002:294
Rs. C-382/99, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:C:2002:363
Rs. C-409/00, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:2003:92

Rs. C-83/01 ua, Chronopost, ECLI:EU:C:2003:388
Rs. C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415
Rs. C-372/97, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:2004:234
Rs. C-278/00, Griechenland/Kommission, ECLI:EU:C:2004:239
Rs. C-159/01, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:C:2004:246
Rs. C-501/00, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:2004:438
Rs. C-345/02, Pearle, ECLI:EU:C:2004:448
Rs. C-172/03, Heiser, ECLI:EU:C:2005:130
Rs. C-148/04, Unicredito, ECLI:EU:C:2005:774
Rs. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze ua, ECLI:EU:C:2006:8
Rs. C-182/03 und C-217/03, Belgien und Forum 187/Kommission, ECLI:EU:C:2006:416
Rs. C-88/03, Portugal/Kommission (Azoren), ECLI:EU:C:2006:511
Rs. C-368/04, Transalpine Ölleitung, ECLI:EU:C:2006:644
Rs. C-438/04, Viking Line, ECLI:EU:C:2007:772
Rs. C-487/06 P, British Aggregates, ECLI:EU:C:2008:757
Rs. C-110/05, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:2009:66
Rs. C-169/07, Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141
Rs. C-78/08 ua, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2009:417
Rs. C-71/09 P ua, Comitato „Venezia vuole vivere“, ECLI:EU:C:2011:368
Rs. C-279/08 P, Kommission/Niederlande, ECLI:EU:C:2011:551
Rs. C-106/09 P und C-107/09 P, Gibraltar, ECLI:EU:C:2011:732
Rs. C-386/10 P, Chalkor, ECLI:EU:C:2011:815
Rs. C-417/10, 3M Italia, ECLI:EU:C:2012:184
Rs. C-452/10 P, BNP Paribas und BNL/Kommission, ECLI:EU:C:2012:366
Rs. C-399/10 P und C-401/10 P, Bouygues, ECLI:EU:C:2013:175
Rs. C-677/11, Doux Élevage, ECLI:EU:C:2013:348
Rs. C-6/12, P Oy, ECLI:EU:C:2013:525
Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, Land Burgenland ua/Kommission, ECLI:EU:C:2013:682
Rs. C-262/12, Vent de Colère, ECLI:EU:C:2013:851
Rs. C-533/12 P und C-536/12 P, SNCM, ECLI:EU:C:2014:2142
Rs. C-518/13, Eventech, ECLI:EU:C:2015:9
Rs. C-15/14 P, Kommission/MOL, ECLI:EU:C:2015:362
Rs. C-431/14 P, Griechenland/Kommission, ECLI:EU:C:2016:145
Rs. C-270/15 P, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:2016:489
Rs. C-524/14 P, Hansestadt Lübeck, ECLI:EU:C:2016:971
Rs. C-20/15 P und C-21/15 P, World Duty Free, ECLI:EU:C:2016:981
Rs. C-164/15 P und C-165/15 P, Aer Lingus/Kommission, ECLI:EU:C:2016:990
Rs. C-157/15, Achbita, ECLI:EU:C:2017:203
Rs. C-329/15, ENEA, ECLI:EU:C:2017:671

Rs. C-300/16 P, Kommission/Frucona Košice, ECLI:EU:C:2017:706
Rs. C-70/16 P, Comunidad Autónoma de Galicia ua/Kommission, ECLI:EU:C:2017:1002
Rs. C-579/16 P, Kommission/FIH Holding und FIH Erhvervsbank, ECLI:EU:C:2018:159
Rs. C-233/16, ANGED, ECLI:EU:C:2018:280
Rs. C-234/15 und C-235/16, ANGED, ECLI:EU:C:2018:281
Rs. C-236/16 und C-237/16, ANGED, ECLI:EU:C:2018:291
Rs. C-203/16, Andres, ECLI:EU:C:2018:505
Rs. C-374/17, A-Brauerei, ECLI:EU:C:2018:1024
Rs. C-387/17, Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA, ECLI:EU:C:2019:51
Rs. C-405/16 P, Deutschland/Kommission (EEG), ECLI:EU:C:2019:268
Rs. C-706/17, Achema, ECLI:EU:C:2019:407
Rs. C-659/17, Azienda Napoletana Mobilita, ECLI:EU:C:2019:633
Rs. C-654/17 P, BMW/Kommission und Freistaat Sachsen, ECLI:EU:C:2019:634
Rs. C-105/18 bis C-113/18, UNESA, ECLI:EU:C:2019:935
Rs. C-332/18 P, Mytilinaios Anonymos Etairia, ECLI:EU:C:2019:1065
Rs. C-385/18, Arriva Italia ua, ECLI:EU:C:2019:1121
Rs. C-323/18, Tesco-Global Áruházak, ECLI:EU:C:2020:140
Rs. C-587/18 P, CSTP/Kommission, ECLI:EU:C:2020:150
Rs. C-586/18 P, Buonotourist/Kommission, ECLI:EU:C:2020:152
Rs. C-244/18 P, Larko, ECLI:EU:C:2020:238
Rs. C-148/19 P, BTB Holding Investments und Duferco, ECLI:EU:C:2020:354
Rs. C-817/18 P, Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland ua, ECLI:EU:C:2020:637
Rs. C-594/18 P, Hinkley Point, ECLI:EU:C:2020:742
Rs. C-556/19, Eco TLC, ECLI:EU:C:2020:844
Rs. C-160/19 P, Comune di Milano, ECLI:EU:C:2020:1012
Rs. C-425/19 P, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:2021:154

Rechtsprechung des EuG

Rs. T-132/96, Freistaat Sachsen/Kommission, ECLI:EU:T:1999:326
Rs. T-298/97 ua, Alzetta, ECLI:EU:T:2000:151
Rs. T-55/99, CETM, ECLI:EU:T:2000:223
Rs. T-288/97, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, ECLI:EU:T:2001:115
Rs. T-155/98, SIDE/Kommission, ECLI:EU:T:2002:53
Rs. T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale, ECLI:EU:T:2003:57
Rs. T-27/02, Kronofrance, ECLI:EU:T:2004:348
Rs. T-210/02, British Aggregates, ECLI:EU:T:2006:253
Rs. T-201/04, Microsoft, ECLI:EU:T:2007:289
Rs. T-289/03, BUPA, ECLI:EU:T:2008:29
Rs. T-254/00 ua, Hotel Cipriani, ECLI:EU:T:2008:537

Rs. T-369/06, Holland Malt, ECLI:EU:T:2009:319
Rs. T-21/06, Deutschland/Kommission, ECLI:EU:T:2009:387
Rs. T-210/02 RENV, British Aggregates, ECLI:EU:T:2012:110
Rs. T-182/10, Aiscat, ECLI:EU:T:2013:9
Rs. T-347/09, Deutschland/Kommission („Nationales Naturerbe“), ECLI:EU:T:2013:418
Rs. T-309/12, Zweckverband Tierkörperbeseitigung, ECLI:EU:T:2014:676
Rs. T-399/11, Banco Santander, ECLI:EU:T:2014:938
Rs. T-219/10, Autogrill España, ECLI:EU:T:2014:939
Rs. T-473/12, Aer Lingus/Kommission, ECLI:T:2015:78
Rs. T-538/11, Belgien/Kommission, ECLI:EU:T:2015:188
Rs. T-186/13 ua, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2015:447
Rs. T-47/15, Deutschland/Kommission (EEG), ECLI:EU:T:2016:281
Rs. T-454/13, SNCM/Kommission, ECLI:EU:T:2017:134
Rs. T-79/16, Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters ua, ECLI:EU:T:2018:680
Rs. T-219/10 RENV, World Duty Free, ECLI:EU:T:2018:784
Rs. T-399/11 RENV, Banco Santander, ECLI:EU:T:2018:787
Rs. T-679/16, Athletic Club/Kommission, ECLI:EU:T:2019:112
Rs. T-98/16, T-196/16 und T-198/16, Italien ua/Kommission, ECLI:EU:T:2019:167
Rs. T-747/17, UPF/Kommission, ECLI:EU:T:2019:271
Rs. T-728/17, Marinvest und Porfing/Kommission, ECLI:EU:T:2019:325
Rs. T-836/16 und T-624/17, Polen/Kommission, ECLI:EU:T:2019:338
Rs. T-20/17, Ungarn/Kommission, ECLI:EU:T:2019:448
Rs. T-217/17, FVE Holýšov I ua/Kommission, ECLI:EU:T:2019:633
Rs. T-760/15 ua, Starbucks, ECLI:EU:T:2019:669
Rs. T-755/15 ua, Fiat, ECLI:EU:T:2019:670
Rs. T-901/16, Elche Club de Fútbol, ECLI:EU:T:2020:97
Rs. T-732/16, Valencia Club de Fútbol, ECLI:EU:T:2020:98
Rs. T-716/17, Germanwings/Kommission, ECLI:EU:T:2020:181
Rs. T-8/18, easyJet Airline/Kommission, ECLI:EU:T:2020:182
Rs. T-238/20, Ryanair DAC/Kommission, ECLI:EU:T:2021:91
Rs. T-259/20, Ryanair DAC/Kommission, ECLI:EU:T:2021:92

Schlussanträge

GA Bobek, Schlussanträge zu C-228/18, Bank Budapest, ECLI:EU:C:2019:678
GA Bobek, Schlussanträge zu C-270/15 P, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:2016:289
GA Jääskinen, Schlussanträge zu C-106/09 P und C-107/09 P, Gibraltar, ECLI:EU:C:2011:215
GA Kokott, Schlussanträge zu C-323/18, Tesco-Global Áruházak, ECLI:EU:C:2019:567
GA Kokott, Schlussanträge zu C-66/14, Finanzamt Linz, ECLI:EU:C:2015:242
GA Mischo, Schlussanträge zu C-143/99, Adria-Wien, ECLI:EU:C:2001:250

GA Saugmandsgaard Øe, Schlussanträge zu C-374/17, A-Brauerei, ECLI:EU:C:2018:741

GA Wahl, Schlussanträge zu C-518/13, Eventech, ECLI:EU:C:2014:2239

Sonstige Quellen

BWB, Positionspapier zu nationalen und europäischen Champions in der Fusionskontrolle (2019), abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/bfneu_Positionspapier_European_Champions_DE.pdf

European Parliament (2021), Post Covid-19 value chains: options for reshoring production back to Europe in a globalised economy, Study requested by the INTA committee, PE 653.626, March 2021, Strasbourg

Heide, Altmaier gegen Vestager – Streit um europäische Industrie-Champions, Handelsblatt 14.3.2019, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/international/wettbewerbsrecht-altmaier-gegen-vestager-streit-um-europaeische-industrie-champions/24102482.html?ticket=ST-5185305-59xWOM5UGR1badIPJU2G-ap5>

Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14.1.2020, abrufbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158567.pdf

Michel, C (2020), "'Strategic autonomy for Europe - the aim of our generation' - speech by President Charles Michel to the Bruegel think tank", 28 September

Monopolkommission, Hauptgutachten XVII (2006/2007), abrufbar unter <https://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG17/1610140.pdf>

Monopolkommission, Hauptgutachten XXIII (2020), abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/HG23/HGXXIII_Gesamt.pdf

Vestager, Speech on State Aid at the event organised by the Berliner Gesprächskreis zum Europäischen Beihilfenrecht, 30.10.2020, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-executive-vice-president-margrethe-vestager-state-aid-event-organised-berliner-gesprachskreis_en

Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, Gutachten 03/2017, 18, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Geschaeftsbereich/Wissenschaftlicher_Beirat/Gutachten_und_Stellungnahmen/Ausgewaehlte_Texte/2017-11-16-Steuerverguenstigungen-und-EU-Behilfeaufsicht-anlage.pdf?__blob=publicationFile&v=2

WTO, Disputes by agreement, Subsidies and Countervailing Measures (SCM), abrufbar unter https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A20