

## 2. BEIHILFETATBESTÄNDE NACH ART. 107 AEUV

### 2.1 Merkmale des Beihilfebegriffs

Das Beihilferecht ist nur dann relevant, wenn begrifflich eine Beihilfe vorliegt. Nach den Grundsätzen des AEUV ist die Zahlung von Beihilfen grundsätzlich verboten. Damit stellt sich zunächst die Frage: Wann ist eine Beihilfe i. S. des Europarechts gegeben? Der Beihilfebegriff ist an sich sehr weit definiert, so dass nahezu alle unmittelbaren und mittelbaren Zahlungen und Zuwendungen davon erfasst werden, soweit ihnen keine marktübliche Gegenleistung gegenübersteht.

Eine nach dem Beihilferecht nicht konforme Beihilfe liegt vor, wenn die nachfolgenden sechs Fragen bejaht werden können:

- Gewährt die Kommune dem betrauten Unternehmen – direkt oder indirekt – eine **Begünstigung**?
- Erfolgt die Ausgleichszahlung an ein **wirtschaftliches Unternehmen**, das im Wettbewerb steht?
- Wird durch die **Verwendung staatlicher Mittel** ein Vorteil gewährt?
- Werden durch die Ausgleichszahlung nur **bestimmte Unternehmen** begünstigt?
- Ist die Ausgleichszahlung geeignet, den **Wettbewerb zu verfälschen**?
- Ist die Ausgleichszahlung geeignet, das **gemeinschaftliche Handeln** zwischen den Mitgliedstaaten zu **beeinträchtigen**?

Wird nur eine der vorstehenden Fragen verneint, liegt eine Beihilfe **nicht** vor.

**Merke:** Staatliche Beihilfen können immer dann vorliegen, wenn öffentliche Mittel eingesetzt werden, um Unternehmen zu unterstützen, und diese damit gegenüber anderen Unternehmen einen Vorteil erlangen. Dies kann den Wettbewerb verzerren, was schädlich für Verbraucher und Unternehmen in der EU ist.

#### 2.1.1 Begünstigung

Die Begünstigung ist das Kernelement des Beihilferechts. Es geht darum, ob die Kommune dem betrauten Unternehmen – direkt oder indirekt – eine Begünstigung gewährt. Begünstigung ist jede Maßnahme zur Entlastung von Unternehmen. Dabei stellt sich die Frage, ob sich die öffentliche Hand wie ein privater Kapitalgeber verhält. Die Begünstigung nach dem Beihilferecht geht deutlich weiter als der Begriff der Subvention. Gemeint ist generell **jeder wirtschaftliche Vorteil ohne angemessene Gegenleistung**, den das jeweilige Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (z. B. verlore-

ner Zuschuss, Subvention, Zuwendung, Fördermittel usw.). Keine Begünstigung liegt vor bei einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren.

Zur Prüfung der **Marktüblichkeit** vergleicht die EU-Kommission den jeweiligen Vorgang mit dem Verhalten eines hypothetischen privaten Wirtschaftsteilnehmers (sog. Private Investor Test). Als Maßstab gilt: Hätte die Kommune den jeweiligen Vertrag zu den gleichen Konditionen auch mit einem beliebigen privaten Unternehmen abgeschlossen?

**Beispiele für Begünstigungstatbestände sind:**

- Verlustausgleichszahlungen,
- Geschäftsbesorgungen,
- Kapitaleinlagen in unrentable Unternehmen,
- Grundstücksverkäufe,
- Patronatserklärungen,
- zu niedrige Kapitalverzinsungen,
- Darlehen, Bürgschaften,
- Befreiungen von Gebühren,
- Personalgestellungen,
- Miet- und Pachtverträge,

wenn die vereinbarten Bedingungen **marktunüblich** sind. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn ein privater Dritter sich in einer vergleichbaren Situation wie die jeweilige Kommune nicht genauso verhalten würde (sogenannter Private-Investor-Test oder Market-Economy-Test).

*Beispiel:*

*Ein privater Investor würde einem Unternehmen der Daseinsvorsorge ohne langfristige Renditeaussicht nicht wiederholt Verlustausgleichszahlungen/Kapitaleinlagen zuweisen, sondern das Unternehmen liquidieren oder verkaufen.*

## **2.1.2 Unternehmen**

Weitere Voraussetzung für die Annahme einer Beihilfe ist die Unternehmereigenschaft des Empfängers. Die Unternehmereigenschaft bestimmt sich nicht nach einzelstaatlichem Recht, sondern ausschließlich nach dem Gemeinschaftsrecht, wobei eine funktionale Betrachtung erfolgt, d. h. eine organisatorisch abgrenzbare Einheit reicht aus. Danach ist Unternehmen jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit durch **Angebot von Waren und Dienstleistungen** ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Die Absicht, einen Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich, ebenso ist die

Rechtsform unerheblich. Die Einstufung einer Einheit als Unternehmen erfolgt immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit.

Jede Einheit, auch möglicherweise ein Verband oder ein Sportverein, der eine DAWI anbietet, kann als Unternehmen klassifiziert werden, wenn diese Einheit eine **wirtschaftliche Tätigkeit** ausübt. Der bloße Besitz von Beteiligungen stellt kein Unternehmen dar. Bei der öffentlichen Hand unterfallen **Regie- und Eigenbetriebe** oder **Anstalten des öffentlichen Rechts** dem Unternehmensbegriff, so z. B. die Stadtentwässerung oder der städtische Bauhof. Die Abfallentsorgung ist aufgrund des Anschluss-/Benutzungszwangs nach nationalem Recht zz. noch eine hoheitliche Tätigkeit; nach Auffassung der EU-Kommission handelt es sich aber um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Die Einstufung als nicht wirtschaftliche Tätigkeit nach Kommunalrecht ist bedeutungslos, ebenso die Behandlung als steuerpflichtiger Betrieb gewerblicher Art nach Steuerrecht. In der Praxis wird hier oftmals übersehen, dass sich die Beurteilung der Unternehmereigenschaft ausschließlich nach dem Gemeinschaftsrecht bestimmt.

Der Betrieb von Bädern durch eine Kommune begründet als eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem kommunalen Teilbereich eine Unternehmereigenschaft. Somit erfüllen Ausgleichszahlungen innerhalb der Kommune an den Bäderebereich die Voraussetzungen einer Beihilfe. Nicht wenige Berater empfehlen inzwischen, diesen Mitteltransfer beihilfekonform zu gestalten: Um Risiken abzuwenden, sollten die Verantwortlichen in Kommunen und kommunalen Bäderebetrieben eine beihilferechtliche Betrauung von Bädereubventionierungen ernsthaft erwägen. Die meisten Bedenken lassen sich ausräumen. So wird in der Regel keine Trennungsrechnung erforderlich sein, um die Daseinsvorsorgetätigkeit „Bad“ von (angeblich) kommerziellen Zusatzangeboten wie Badgastronomie, Sauna oder Parkplätzen abzugrenzen. Zudem akzeptiert auch die Finanzverwaltung in steuerlichen Abstimmungsverfahren immer häufiger, dass beihilferechtliche Betrauungen – bei richtiger Ausgestaltung – keine steuerschädlichen Leistungsaustauschverhältnisse begründen.

Eine Einheit, die sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist nur im Hinblick auf erstere als Unternehmen anzusehen. In diesem Fall ist die Transparenzrichtlinie zu beachten mit der Folge einer getrennten Buchführung. Zwei getrennte rechtliche Einheiten können durchaus auch als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden.

Generell ist aber die wirtschaftliche von der hoheitlichen Tätigkeit abzugrenzen. Die Abgrenzung ist in der Regel schwierig: Jedenfalls Tätigkeiten, die zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehören und ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach typischerweise mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängen, weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf. Innerhalb der EU

besteht kein konsensfähiger Kanon dieser öffentlichen Aufgaben. Der Begriff unterliegt nach Auffassung der Kommission einer dynamischen Interpretation im Lichte der Entwicklung des Binnenmarktes, insbesondere der fortschreitenden Liberalisierung von immer mehr Wirtschaftssektoren.

*Beispiele:*

für **nicht wirtschaftliche Tätigkeiten** sind nach Auffassung der Kommission:

- Soziale Einrichtungen,
- Tätigkeiten der Armee oder Polizei,
- Aufrechterhaltung und Verbesserung der Flugsicherung, der Sicherheit, der Überwachung des Luft- und Seeverkehrs und der Seeverkehrssicherheit,
- Überwachung zur Bekämpfung von Umweltverschmutzung,
- Öffentliches Krankenhauswesen (in Deutschland allerdings wirtschaftliche Tätigkeit),
- Bildungswesen.

Von entscheidender Bedeutung ist letztlich der **Wettbewerbsbezug der Tätigkeit**, d. h. das Anbieten oder Nachfragen von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt im potenziellen oder tatsächlichen Wettbewerb zu privaten Anbietern.

*Beispiel:*

*Die Gemeinnützige Abfallverwertung GmbH Aachen (GAV) befindet sich im Alleineigentum des Sozialwerk Aachener Christen e. V. Es ist kein gewinnorientiertes Unternehmen, das zu 25% Behinderte und zu 50% Langzeitarbeitslose beschäftigt. Ziel ist die Integration dieses Personenkreises in den regulären Arbeitsmarkt. Die GAV sammelte, sortierte und verkaufte im Rahmen des Dualen Systems wiederverwertbaren Abfall. Die EU-Kommission nahm ungeachtet des sozialen Charakters eine wirtschaftliche Tätigkeit an, weil ein Konkurrenzverhältnis zu vergleichbaren Privatunternehmen gegeben war.*

**Weitere Beispiele aus der Kommissionspraxis:**

**Wirtschaftliche Tätigkeiten** wurden in folgenden Fällen **bejaht**:

- Arbeitsvermittlung,
- Rettungs- und Patiententransporte,
- Betrieb einer Verkehrsinfrastruktureinrichtung,
- (Sozialer) Wohnungsbau, Bereitstellung von Sozialwohnungen,
- Bereitstellung von Infrastruktureinrichtungen in räumlicher Nähe zu Sozialwohnungen,
- Flughafenbetrieb,

- Bereitstellung spezifischer Tourismusinfrastruktur,
- Kulturzentren,
- Museen,
- Öffentliche Büchereien,
- Theater und Kinos,
- Zirkussektor,
- Kommunale Kulturzentren, die Theaterveranstaltungen und Musikkonzerte anbieten.

**Wirtschaftliche Tätigkeiten** wurden dagegen in folgenden Fällen **verneint**:

- Förderbanken,
- Tätigkeiten von Gemeinden, Vereinen und Kirchen, die der Bewahrung des nationalen Kulturerbes auf gemeinnütziger Basis dienen, soweit es sich um rein kulturelle oder denkmalpflegerische Tätigkeiten handelt,
- Behinderschulen und -werkstätten, die behinderten Menschen Beschäftigung und medizinische Betreuung bieten, um ihnen ein unabhängiges Leben sowie die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt zu ermöglichen.

Mit Beschl. vom 25. 4. 2012 (- C (2012) 2557 - endgültig) hat die Europäische Kommission festgestellt, dass öffentliche Zuwendungen in Form von jährlichen Ausgleichszahlungen durch die beteiligten Kommunen an den Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz gegen die EU-Beihilfavorschriften verstoßen. Die Kommission stellt in dem Beschluss detailliert dar, unter welchen Voraussetzungen öffentliche Zuwendungen als Ausgleich für Unternehmen, die Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringen, geleistet werden dürfen. Der Beschluss ist damit über den konkreten Fall hinaus von Bedeutung für kommunale Unternehmen, die entsprechende öffentliche Zuwendungen als Ausgleichsleistungen für die Durchführung öffentlicher Dienstleistungen erhalten (s. Erl. 4.10).

Mit Urt. vom 19.12.2012 (- C-288/11 P - Mitteldeutsche Flughafen u. a./Kommission) hat der EuGH bestätigt, dass die öffentliche Finanzierung von Regionalflughafeninfrastruktur dem Beihilferecht unterfällt. Der Betreiber eines Flughafens übt eine verkehrs-, wirtschafts- und regional politische Tätigkeit aus, von der der Bau und Ausbau von Flughafeninfrastruktur nicht losgelöst betrachtet werden kann. Start- und Landebahnen sind für die wirtschaftliche Tätigkeit eines Flughafenbetreibers „wesentlich“, da erst der Bau von Start- und Landebahnen einem Flughafen die Ausübung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit erlaubt. Diese weite Auslegung des Unternehmensbegriffs unterstützt die bisherige Politik der Kommission in diesem Bereich und hat zur Folge, dass künftig die öffentliche Finanzierung einer Vielzahl

von öffentlichen Infrastruktureinrichtungen dem Beihilferecht unterfällt.

Nach EuGH vom 12.9.2013 (– T-347/09 –) üben die Naturschutzorganisationen neben der Naturschutz Tätigkeit, die ausschließlich sozialen Charakter hat, weitere Tätigkeiten – wie Verkauf von Holz, Jagd- und Fischereipacht sowie Tourismus – aus, die wirtschaftlichen Charakter haben und bezüglich deren sie als Unternehmen anzusehen sind. Wenn sie bei der Ausübung dieser Tätigkeiten mit Wirtschaftsteilnehmern im Wettbewerb stehen, die eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, spielt es keine Rolle, dass sie ihre Güter und Dienstleistungen ohne Gewinnerzielungsabsicht anbieten.

Der EuGH bestätigt die Entscheidung der Kommission, dass die von Deutschland vorgenommene unentgeltliche Übertragung von Flächen des Nationalen Naturerbes an Naturschutzorganisationen eine staatliche Beihilfe darstellt. Da diese Organisationen Güter und Dienstleistungen unmittelbar auf Wettbewerbsmärkten anbieten, sind sie als Unternehmen anzusehen. Mit seinem Urt. weist das Gericht die Klage Deutschlands ab.

### 2.1.3 Staatliche Mittel

Staatliche Mittel sind jedwede Belastungen des öffentlichen Haushalts. Hierunter fallen nicht nur Haushaltsmittel der betreffenden Kommune, sondern grundsätzlich auch die Mittel öffentlicher Unternehmen. Dies ist etwa bei der Verlustfinanzierung über Ergebnisabführungsverträge nach § 302 AktG oder bei der Ausreichung von Bürgschaften zugunsten einer Tochtergesellschaft des kommunalen Unternehmens von Bedeutung. Voraussetzung ist, dass die Verwendung der Unternehmensmittel dem kommunalen Gesellschafter anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zugerechnet werden kann. Hierfür lässt es die Kommission allerdings regelmäßig ausreichen, dass die beschließenden Organe mit Vertretern der öffentlichen Hand besetzt sind. Bei den Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen, die neben den Vertretern der Belegschaft typischerweise mit Ratsmitgliedern besetzt werden, ist dies regelmäßig der Fall.

Für eine **Beihilfe** sprechen folgende Merkmale:

- Unentgeltlichkeit,
- Leistung an bestimmte Unternehmen, Branchen, Regionen,
- finanzielle Belastung öffentlicher Mittel,
- Eignung zur Verfälschung des Wettbewerbs,
- Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.

**Keine Beihilfe** ist bei folgenden Merkmalen anzunehmen:

- Gegenleistung (z. B. Anstrich des Rathauses wird übersteuert bezahlt),

- allgemeine Maßnahmen (z. B. Steuern, klassische Infrastrukturprojekte, evtl. besonders niedrige Gewerbesteuer-Hebesätze; eine Beihilfe ist aber immer dann gegeben, wenn der **allgemeine Haushalt fehlende Mittel ausgleicht**),
- haushaltsneutrale Maßnahmen,
- Subventionen außerhalb des Wettbewerbs mit nur regionalen Auswirkungen.

Als **Beihilfearten** kommen z. B. in Betracht:

- (verlorene) Zuschüsse,
- Darlehen, wenn Zinsvorteil vorhanden ist (Kommunalkredit),
- Bürgschaften, Garantien, Patronatserklärungen, Risikokapitalhilfen,
- Forderungsverzicht der öffentlichen Hand,
- Grundstücksübertragungen der öffentlichen Hand bei Verkauf unter dem Verkehrs-/Marktwert,
- Beteiligungen der öffentlichen Hand an Dauerverlustgesellschaften; Zahlungen nur zulässig, wenn langfristige Renditen zu erwarten sind,
- Verlustfinanzierung über Ergebnisabführungsverträge.

*Beispiel:*

*Eine typische beihilfebehaftete Vertragsklausel lautet etwa: „Der Pachtzins beträgt 300 000 EUR jährlich. Er fällt an und ist zu entrichten nur in den Jahren, in denen er erwirtschaftet worden ist. Das ist dann der Fall, wenn die Erträge die Aufwendungen – vor Abzug des Pachtzinses, der Körperschaft- und Gewerbesteuer – übersteigen.“*

*Wird diese Regelung mit einem strukturell dauerdefizitären Unternehmen – etwa einem kommunalen Bäderbetrieb – abgeschlossen, ist von vornherein klar, dass der Pachtzins faktisch nie bezahlt werden wird. Ein privater Verpächter als hypothetischer Vergleichsmaßstab würde einen solchen Vertrag nicht abschließen. Sofern die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, liegt daher eine Beihilfe zugunsten des Bäderbetriebs vor, die jedoch als Ausgleichszahlung für DAWI-Leistungen von der Notifizierungspflicht befreit sein kann.*

### 2.1.4 Selektive Förderung

Eine selektive Förderung ist anzunehmen, wenn **nur bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige** von der Begünstigung profitieren, also lediglich einzelne Unternehmen durch die staatliche Maßnahme im Verhältnis zur Gesamtheit aller Unternehmen in eine