



# Working Papers

*Patrick Stummer*

## **Europäisches Beihilfenrecht und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien**

### **JKU Europe Working Papers:**

Im Rahmen der unregelmäßig erscheinenden *JKU Europe Working Papers* werden Forschungsergebnisse des Instituts für Europarecht der Johannes Kepler Universität Linz der interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Zudem soll damit exzellenten Diplomarbeiten eine Publikationsplattform geboten werden.

### **Der Autor:**

Mag. **Patrick Stummer** hat an der JKU Rechtswissenschaften studiert. Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/16 an der JKU als Diplomarbeit angenommen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>EINLEITUNG.....</b>	<b>5</b>
<b>II</b>	<b>EUROPÄISCHES BEIHILFENRECHT .....</b>	<b>6</b>
A	BEIHILFENRECHTLICHE BESTIMMUNGEN IM AEUV .....	6
B	SEKUNDÄR- UND TERTIÄRRECHTLICHE BEIHILFEBESTIMMUNGEN.....	7
C	BEIHILFEVERBOT GEM ART 107 ABS 1 AEUV .....	8
D	BEGRIFF DER BEIHILFE.....	8
1	<i>Begünstigtenkreis.....</i>	8
2	<i>Finanzierung aus staatlichen Mitteln .....</i>	13
3	<i>Begünstigung als Grundelement des Beihilfenrechts .....</i>	14
4	<i>Bestimmtheit bzw Selektivität.....</i>	17
5	<i>Wettbewerbsverfälschungen und Handelsbeeinträchtigungen .....</i>	18
E	RECHTFERTIGUNGEN FÜR GENEHMIGUNGSPFLICHTIGE BEIHILFEN .....	21
1	<i>Legalausnahmen gem Art 107 Abs 2 AEUV.....</i>	21
2	<i>Ermessensausnahmen gem Art 107 Abs 3 AEUV .....</i>	21
3	<i>Ausgleichszahlungen für Daseinsvorsorgeleistungen.....</i>	22
4	<i>Standardisierte Rechtfertigungsbeurteilung (AGVO) .....</i>	22
<b>III</b>	<b>BEIHILFENRECHT IM ANWENDUNGSBEREICH DER INFRASTRUKTUR.....</b>	<b>23</b>
A	ALLGEMEINES .....	23
B	RECHTLICHE GRUNDLAGEN .....	24
C	INFRASTRUKTUREINRICHTUNGEN UNTER ANWENDUNG DES ART 107 ABS 1 AEUV .....	24
1	<i>Begünstigungen .....</i>	24
2	<i>Unternehmer/wirtschaftliche Tätigkeit.....</i>	26
3	<i>Selektivität.....</i>	27
4	<i>Wettbewerbsverzerrung und Handelsbeeinträchtigung .....</i>	28
5	<i>Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt .....</i>	29
<b>IV</b>	<b>BEIHILFENRECHTLICHE FÖRDERUNG VON FUSSBALLSTADIEN .....</b>	<b>30</b>
A	EINLEITUNG .....	30
1	<i>Direkte Zuschüsse .....</i>	30
2	<i>Gewährung von Ausfallsbürgschaften .....</i>	31
3	<i>Darlehensgewährung .....</i>	31
4	<i>Kapitalbeteiligung an Besitz- bzw Betriebsgesellschaft .....</i>	31
5	<i>Vornahme stadionbezogener Infrastrukturmaßnahmen .....</i>	31
6	<i>Ver- bzw Ankauf des Stadiongrundstücks .....</i>	32
7	<i>Zurverfügungstellung des in öffentlichem Eigentum stehenden Stadions .....</i>	32
8	<i>Gewährung von Steuervorteilen.....</i>	33
B	BEIHILFENRECHT UND DIE STADIONFINANZIERUNG .....	33
C	VORLIEGEN EINER VERBOTENEN BEIHILFE GEM ART 107 ABS 1 AEUV .....	33
1	<i>Anwendungsbereich der Europäischen Beihilfekontrolle .....</i>	33
2	<i>Begünstigung iF typischer staatlicher Fördermaßnahmen im Bereich der Stadionfinanzierung ..</i>	39
3	<i>Selektivität der Beihilfe.....</i>	43
4	<i>Transfer staatlicher Mittel im Hinblick auf die Stadionfinanzierung .....</i>	45

5	<i>Verfälschung des Wettbewerbs im Hinblick auf die Stadionfinanzierung</i> .....	47
6	<i>Mit dem Binnenmarkt vereinbare Sportstättenfinanzierung</i> .....	49
<b>V</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>52</b>

## I Einleitung

Die Wachstumsstrategie der EU für dieses Jahrzehnt heißt „Europa 2020“. Das primäre Ziel dieses auf zehn Jahre (2010-2020) angelegten Projekts ist die Schaffung eines strukturellen europäischen Wachstums auf unterschiedlichen Ebenen. So soll durch die Entwicklung von Wissen und Innovation *intelligentes*, durch die Schaffung einer ressourcenschonenden, ökologischen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft *nachhaltiges* und durch die Sicherung von Beschäftigung sowie den sozialen und wie territorialen Zusammenhalt *integratives Wachstum* geschaffen werden. Diese unterschiedlichen Wachstumsstrategien gelten als entscheidender Faktor der wirtschaftlichen Entwicklung Europas und sollen in den kommenden Jahren zu einem hohen Beschäftigungs- und Produktionsniveau führen<sup>1</sup>. Man darf zu Recht behaupten, dass dieser Strategie „Europa 2020“ im globalen Kontext eine Vorreiterrolle zukommt, denn sie hat nicht nur die Steigerung des Bruttoinlandprodukts (BIB) im Fokus, sondern vielmehr versucht sie die Wettbewerbsfähigkeit der EU, unter Wahrung ihres Modells der sozialen Marktwirtschaft (Art 3 Abs 3 EUV), zu stärken und die Ressourceneffizienz der europäischen Wirtschaft zu verbessern.

Ein entscheidender Faktor für die Realisierung der *nachhaltigen* Wachstumsziele ist ein funktionierender und effizienter europäischer Binnenmarkt. Für einen solchen sieht die EU-Kommission die Erfüllung folgender zwei Voraussetzungen als unbedingt erforderlich vor: Einerseits braucht es einen einzigen integrierten Markt ohne nationale Grenzen, und andererseits braucht es innerhalb dieser gemeinsamen marktwirtschaftlichen Binnengrenzen eine faire Wettbewerbspolitik. Diese Wettbewerbspolitik soll sicherstellen, dass jene wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von europäischen Mitgliedstaaten und deren Unternehmen verhindert werden, die bestimmte Akteure zu Lasten anderer Marktteilnehmer begünstigen.<sup>2</sup>

Exakt diese Prüfung der EU-Konformität von staatlichen, an Unternehmen erteilte Begünstigungen ist der zentrale Gegenstand des europäischen Beihilfenrechts, das bestrebt ist, eine transparente, kohärente und diskriminierungsfreie Anwendung des Beihilfenregulativs zu gewährleisten. Im Rahmen dieser Arbeit werden im ersten Teil die allgemeinen materiellen Beihilfenvoraussetzungen erläutert und dargelegt, unter welchen Voraussetzungen eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe iSd Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union darstellt und damit vom europäischen Beihilfeverbot erfasst ist.

Das Beihilfenrecht gewann gerade als Folge der konsequent vorangetriebenen Liberalisierungspolitik der europäischen Märkte im Bereich der Infrastruktur-Finanzierungsmaßnahmen besondere Bedeutung. Nennenswerterweise stellt sich heute bei

---

<sup>1</sup> Mitteilung der *Kommission*, (2010) 2020 endg.

<sup>2</sup> Mitteilung der *Kommission*, (2012) 209 endg (Rn 2).

nahezu jeder Infrastrukturmaßnahme die Frage, ob sie mit den beihilfenrechtlichen Vorgaben im Einklang steht, gerade weil die europäischen Institutionen im Zusammenhang mit Infrastrukturmaßnahmen in den zurückliegenden Jahrzehnten gewissermaßen einen Sinneswandel durchlebt haben. Nicht zuletzt durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Aéroports de Paris* vom 12. Dezember 2000<sup>3</sup> kam es zu einer Ausdehnung der beihilfenrechtlichen Bestimmungen auch auf Infrastrukturprojekte wie Flughäfen, Autobahnen und Brücken, deren Errichtung, Renovierung oder Modernisierung bis zuletzt als Maßnahme von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verstanden wurde und daher beihilfenrechtlich unbeachtlich blieb. Erst kürzlich wurde der in der Rechtssache *Aéroports de Paris* eingeschlagene Auslegungsansatz in der Entscheidung *Rs Flughafen Leipzig*<sup>4</sup> bestätigt und weiter konkretisiert, womit es speziell im Bereich der Infrastrukturfinanzierung zu der gewünschten Rechtssicherheit im beihilfenrechtlichen Anwendungsbereich gekommen ist. Der Bau und der Betrieb von Infrastruktur gilt nicht weiter ausnahmslos als allgemeine staatliche Maßnahme und ist daher als Infrastrukturfinanzierungsförderung auch einer Wettbewerbsverträglichkeitsprüfung zu unterziehen, womit er grundsätzlich der kommissionellen Notifizierungspflicht unterliegt.

Im Bereich der Sportinfrastruktur sind davon Renovierung, Modernisierung sowie der Neubau von Sportstadien erfasst. Doch speziell im Bereich der Sportinfrastrukturfinanzierung werden durch die neue Gruppenfreistellungsverordnung (VO 651/2014) neue Möglichkeiten zur beihilfenrechtskonformen Finanzierung aufgezeigt. Durch diese AGVO soll nun der weit überwiegende Teil an potenziellen Beihilfefällen erfasst sein.

Im zweiten und dritten Teil dieser Arbeit werden die beihilfenrechtlichen Vorgaben für die Infrastrukturfinanzierung im Allgemeinen und im Besonderen am Beispiel von Sportstadien beleuchtet und dargelegt, wie diese den Schutz des Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt verbessern sollen.

## II Europäisches Beihilfenrecht

### A Beihilfenrechtliche Bestimmungen im AEUV

Eingangs ist festzuhalten, dass sich die Europäische Union in ihrem 4. Satz der Präambel zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union weiterhin zum *redlichen Wettbewerb* bekennt. Der Binnenmarkt umfasst ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützen soll. Der Grundsatz des *unverfälschten Wettbewerbs* findet sich zwar nicht mehr im

---

<sup>3</sup> EuG, Rs T-128/98, *Aéroports de Paris/Kommission*, Slg 2000, II-3929 (Rn 125).

<sup>4</sup> EuGH, Rs C-288/11P, *Freistaat Sachsen, Land Sachsen-Anhalt, Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig Halle GmbH/Kommission*.

Vertragstext selbst, sein primärrechtlicher Rang ist jedoch durch die Aufnahme in das den Verträgen beigefügte „Protokoll Nr 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ erhalten geblieben.<sup>5</sup>

Im Wesentlichen gliedern sich die primärrechtlichen Wettbewerbsregeln in Vorschriften für Unternehmen (Abschnitt 1, Artt 101-106 AEUV) und solche über staatliche Beihilfen (Abschnitt 2, Artt 107-109 AEUV).

Der erste Abschnitt der Wettbewerbsregeln des AEUV umfasst Vorschriften, die sich mit der Bildung von Kartellen (Art 101 AEUV), dem Missbrauch von marktbeherrschenden Stellungen (Art 102 AEUV), Fusionen und anderen formellen Übereinkommen für einen vorübergehenden oder dauerhaften Zusammenschluss von Unternehmen (Fusionskontrollverordnung FusKVO) und solchen, die sich mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf öffentliche Unternehmen (Art 106 AEUV) befassen.

Der zweite Abschnitt erklärt die für diese Arbeit essenziellen Vorschriften über das Europäische Beihilfenrecht. Eine herausragende Stellung nimmt hier Art 107 AEUV ein, der als materieller Kern des Beihilfenrechts das staatliche Beihilfenverbot, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Beihilfe und die Ausnahmen in Form von Legal- und Ermessensausnahmen regelt. Die verfahrensrechtlichen Grundzüge werden in Art 108 AEUV und die Ermächtigungsgrundlage für den Rat, Durchführungsverordnungen sowohl zum materiellen Beihilfenrecht wie auch zum Verfahrensrecht zu erlassen, in Art 109 AEUV geregelt. Gemeinsam mit den Regeln über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr gehören diese Wettbewerbsregeln selbst (Artt 101-109 AEUV) zu den konstitutiven Elementen des Binnenmarktes.

Die Verträge (EUV und AEUV) gehen davon aus, dass die vorgenannten Ziele in aller Regel am schnellsten und sichersten **bei einem freien, redlichen, unverfälschten und wirksamen** Wettbewerb erreicht werden können. Sie erkennen jedoch an, dass den grundlegenden Erfordernissen der Union unter Umständen durch indirekte, fördernde Eingriffe besser gedient ist als durch eine strikte Anwendung der Verbote, woraus sich dann auch vorhandene Verbotsausnahmen sowohl für bestimmte wettbewerbsbeschränkende Absprachen (Art 101 Abs 3 AEUV) als auch für bestimmte Arten von Beihilfen (Art 107 Abs 2 und 3 AEUV) rechtfertigen lassen.

## **B Sekundär- und tertiärrechtliche Beihilfebestimmungen**

Den primärrechtlichen Grundlagen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union folgen im Wesentlichen folgende sekundärrechtliche Rechtsakte:

---

<sup>5</sup> Schröter/Jakob/Klotz, Europäisches Wettbewerbsrecht, Rn 2.

- VO (EU) 651/2014 Allgemeine Gruppenfreistellungs-VO (AG-VO)
- VO (EG) 659/1999 Verfahrensverordnung (VVO)
- VO (EU) 1407/2013 *De minimis*-Verordnung

Als tertiärrechtliche Bestimmungen (Rechtsakte ohne Gesetzgebungscharakter) gelten folgende Leitlinien, Mitteilungen oder Bekanntmachungen:

- Leitlinie zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten
- Leitlinie für regionale Investitionsbeihilfen
- Bürgschaftsmitteilungen uva

### **C Beihilfeverbot gem Art 107 Abs 1 AEUV**

Im Rahmen des Art 107 Abs 1 AEUV wird erklärt, dass Begünstigungen bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind, soweit sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Der Gesetzgeber normiert somit ein generelles Beihilfeverbot mit relativer Wirkung, da in Art 107 Abs 2 und Abs 3 AEUV Legal- und Ermessensausnahmen normiert werden, durch die, trotz Erfüllung des Beihilfetatbestands, eine staatliche Beihilfe gewährt werden kann. Es handelt sich somit lediglich um ein relatives und kein absolutes Beihilfeverbot.

### **D Begriff der Beihilfe**

*„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“*, so Art 107 Abs 1 des Vertrags über die Europäische Union.

Folgt man dem Wortlaut der angeführten Bestimmung, muss man feststellen, dass der Begriff der Beihilfe im AEUV nicht legaldefiniert ist. Der Gesetzgeber verlangt vielmehr die Erfüllung verschiedener, auslegungsbedürftiger Tatbestandselemente, um eine Maßnahme als Beihilfe zu qualifizieren. Auf eine schriftliche Anfrage des Abgeordneten *Burgbacher* an die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahre 1963 behalf man sich mit einer exemplarischen Darstellung von Maßnahmen, die unter den gesetzlichen Beihilfenbegriff fallen. Die Kommission hielt in ihrem Antwortschreiben fest, dass Zuschüsse, Steuer- und Abgabenbefreiungen, Befreiungen von parafiskalischen Abgaben, Zinszuschüsse, Übernahmen von Bürgschaften zu besonders günstigen Bedingungen, unentgeltliche oder besonders preiswerte Überlassung von Grundstücken oder Gebäuden, Lieferung von Gütern oder Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen, Übernahme von Verlusten oder jede andere

Maßnahme mit gleicher Wirkung als staatliche Beihilfe anzusehen sind. Die vom Abgeordneten *Burgbacher* gewünschte allgemeine Definition der Beihilfe blieb somit aus.<sup>6</sup>

Die Judikatur des EuGH stellte hingegen fest, dass der Begriff der Beihilfe einen rechtlichen Charakter aufweist und anhand verschiedener objektiver Kriterien auszulegen ist.<sup>7</sup> Der EuGH folgte weiter seiner uneingeschränkten Auslegungskompetenz<sup>8</sup> und formulierte den Beihilfenbegriff nach seinem Verständnis wie folgt: *„Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist eine Subvention eine Geld- oder Sachleistung, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgelts liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet. In der Beihilfe wird allgemein ein hiermit eng verwandter Vorgang gesehen, der jedoch insofern in stärkerem Maße zweckbetont ist, da Beihilfen speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen werden, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden könnten. Der Begriff der Beihilfe ist jedoch weiter als der Begriff der Subvention, denn er umfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen.“*<sup>9</sup>

Die Aufgabe der Kommission beschränkt sich, basierend auf den Auslegungsparametern, die durch die Judikatur des EuGH aufgestellt worden sind, auf die Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Wettbewerb. Diese Prüfung wird anhand der in Art 107 Abs 1 AEUV festgeschriebenen kumulativ zu erfüllenden Tatbestandselemente wie Unternehmereigenschaft, Finanzierung aus staatlichen Mitteln, Gewährung eines Vorteils, Selektivität der Maßnahme sowie ihre potenzielle Auswirkung auf den Wettbewerb und den Handel innerhalb der Union vorgenommen.

## 1 Beihilfenrechtlicher Begünstigtenkreis (Unternehmen/Produktionszweig)

### a Unternehmen

Entscheidend für die Anwendbarkeit des Beihilfenverbots des Art 107 Abs 1 AEUV sind ausschließlich solche Begünstigungen, die Unternehmen oder Produktionszweigen gewährt werden. Dh der Begünstigungsempfänger muss als Unternehmen eingestuft werden. Nach ständiger Rechtsprechung definiert der Gerichtshof den Begriff des Unternehmens als *jede*

<sup>6</sup> Schriftliche Anfrage (Nr 48) an die Kommission, *Burgbacher*, ABl 1963, 2235.

<sup>7</sup> EuGH, Rs C-83/98 P, *Landbroke Racing Ltd/Kommission*, Slg 2000, I-3271 (Rn 25).

<sup>8</sup> Schriftliche Anfrage (Nr 48) an die Kommission, *Burgbacher*, ABl 1963, 2235.

<sup>9</sup> EuGH, Rs 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Hohe Behörde*, Slg 1961 (Rn 3); vgl *Thurnher*, Der Begriff der Beihilfe ist daher weiter als jener der Subvention, ÖZW 1995, 33.

*eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung.*<sup>10</sup> Dieser Unternehmensbegriff entspricht damit weitgehend jenem des allgemeinen Wettbewerbsrechtes (funktionaler Unternehmerbegriff). Neben der Frage nach der wirtschaftlichen Tätigkeit der Einheit sind folgende drei Konsequenzen beachtlich:

Erstens ist die einzelstaatliche juristische Ausgestaltung der Einheit nicht von Belang. Wird eine Einheit beispielsweise nach einzelstaatlichem Recht als Verband oder Sportverein eingestuft, muss das nicht zwingend bedeuten, dass diese Einheit damit beihilfenrechtlich unbeachtlich ist. Es liegt in diesen Fällen die sogenannte *Rechtsformunerheblichkeit* bei der Einstufung eines Rechtssubjekts als Unternehmen vor.<sup>11</sup> Entscheidend ist danach lediglich, ob diese Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder nicht. Eine solche Einheit gilt dann als wirtschaftlich tätig, wenn sie Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbietet.<sup>12</sup> Zweitens ist eine *Gewinnerzielungsabsicht* für die Anwendung der Beihilfenvorschriften nicht erforderlich. Eine bestehende Gewinnerzielungsabsicht kann allerdings das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit und damit den Unternehmensstatus indizieren. Drittens erfolgt die unternehmerische Zuordnung immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit. Dh wirkt eine Einheit sowohl wirtschaftlich als auch nichtwirtschaftlich, erfolgt die unternehmerische Qualifikation nur hinsichtlich des wirtschaftlich wirkenden Teils.

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über wesentliche gesellschaftliche Einrichtungen und deren beihilfenrechtliche Relevanz gegeben werden.

#### aa Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Ein Ausüben hoheitlicher Befugnisse des Staates selbst oder der aus dem Staat hervorgehenden Behörden in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt“ stellt kein Handeln in Form einer *wirtschaftlichen Tätigkeit* iSd Art 107 Abs 1 AEUV dar. Eine Anwendung der beihilfenrechtlichen Bestimmungen auf das Handeln des Staates als „öffentliche Hand“ scheidet daher aus. Davon erfasst sind zB Tätigkeiten in Zusammenhang mit der staatlichen Polizei respektive Armee,<sup>13</sup> der Kontrolle und Überwachung des Luftraums,<sup>14</sup> der Kontrolle und Überwachung der Seefahrt,<sup>15</sup> der Überwachung zur Bekämpfung von Umweltverschmutzungen,<sup>16</sup> der Organisation, Finanzierung und

<sup>10</sup> EuGH, Rs C-222/04, *Kommission/Italien*, Slg 2006, I-289 (Rn 107).

<sup>11</sup> EuGH, Rs C-309/99, *Kommission/Niederlande*, Slg 2002, I-1577 (Rn 46).

<sup>12</sup> EuGH, Rs C-118/85, *Kommission/Italien*, Slg 1987, I- 2599 (Rn 7).

<sup>13</sup> Beschluss der *Kommission* über die staatliche Beihilfe, SA 32820 (2011/NN).

<sup>14</sup> EuGH, Rs C-364/92, *Kommission/Belgien*, Slg 1994, I-43 ff.

<sup>15</sup> Beschluss der *Kommission* über die staatliche Beihilfe, N438/02.

<sup>16</sup> EuGH, Rs C-343/95, *Kommission/Italien*, Slg 1997, I-1547.

Durchsetzung von Haftstrafen<sup>17</sup> oder der Erfassung von Unternehmensdaten, die auf der Grundlage einer den Unternehmen obliegenden Meldepflicht und entsprechender Durchsetzungsbefugnisse erfolgt.<sup>18</sup>

#### bb Soziale Sicherheit

Die Rechtsprechung differenziert bei der Beurteilung, ob eine der sozialen Sicherheit dienende Einheit (wie zB Kranken-, Unfalls- oder Pensionsversicherung) eine *wirtschaftliche Tätigkeit* ausübt, zwischen einem beihilfenrechtlich unbeachtlichen *System der Solidarität* und einem beachtlichen *wirtschaftlichen System*. Die Rechtsprechung stellt bei der Beurteilung, welches der beiden Systeme zur Anwendung kommt, auf eine Reihe unterschiedlicher Kriterien ab. So stellen etwa die Form der Mitgliedschaft (verbindliche oder optionale Mitgliedschaft), die soziale Ausrichtung der Einheit und eine vorhandene staatliche Kontrolle solche wichtigen Kriterien dar.

#### cc Gesundheitsfürsorge

Öffentliche Krankenhäuser sind in vielen Mitgliedstaaten ein zentraler Bestandteil des nationalen Gesundheitssystems. Auch hier gilt es in erster Linie, die Form der Finanzierung dieser Krankenhäuser zu ermitteln, um die Frage nach der Unternehmereigenschaft beantworten zu können. Die europäische Rechtsprechung differenziert hier zwischen Krankenanstalten, die über Sozialversicherungsbeiträge sowie aus staatlichen Mitteln finanziert werden und daher unentgeltlich, nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsfürsorge, tätig werden<sup>19</sup> und solchen, die ihre Leistungen gegen Entgelt erbringen und damit in einem Wettbewerb zu den weiteren am Markt tätigen Gesundheitsdienstleistern stehen. Auch niedergelassene Ärzte und Apotheker werden wirtschaftlich tätig, vorausgesetzt, sie leisten gegen Entgelt und auf eigenes Risiko.<sup>20</sup>

#### dd Bildungswesen und Forschungstätigkeiten

Die durch die Mitgliedstaaten staatlich finanzierte öffentliche Bildung ist beihilfenrechtlich unbeachtlich, da die Bildungs- und Forschungseinrichtungen nicht in einem Wettbewerb zueinander stehen, denn die Ausbildungskosten werden überwiegend durch den Staatshaushalt gedeckt. Diese Grundsätze gelten auch für private und öffentliche Grundschulen,<sup>21</sup> Kindertageseinrichtungen,<sup>22</sup> nebenberufliche Lehrtätigkeiten an

<sup>17</sup> Beschluss der *Kommission* über die staatliche Beihilfe, N140/06.

<sup>18</sup> EuGH, Rs C-138/11, *Kommission/Österreich*, Slg 2012.

<sup>19</sup> EuGH, Rs T-319/99, *Kommission/Spanien*, Slg 2003, II-357 (Rn 39).

<sup>20</sup> EuGH, Rs C-157/99, *Kommission/Niederlande*, Slg 2001, I-5473 (Rn 53-58).

<sup>21</sup> EuGH, Rs C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg 2007, I-6957 (Rn 65-71).

<sup>22</sup> EFTA Gerichtshof, Rs E-5/07, *EFTA/Norwegen*, EFTA Ct Rep 62.

Hochschulen<sup>23</sup> und Unterricht an Hochschulen.<sup>24</sup> Anders verhält es sich mit öffentlichen Bildungsdienstleistungen, die weitgehend von Eltern oder Schülern bezahlt werden (zB Hochschulstudiengänge). Weitere Ausnahmen bilden Universitäten und Forschungsorganisationen, deren Haupttätigkeit in der Ausbildung von besser qualifizierten „Human Resources“, in der unabhängigen Forschung und Entwicklung oder auch der Verbreitung von Forschungsergebnissen besteht.

#### ee Infrastruktur

Die Erstellung und der Betrieb von Infrastrukturanlagen wurde, wie Nr 12 der Mitteilung der Kommission von 1994 zu entnehmen ist, in der Vergangenheit als eine allgemein wirtschaftspolitische Maßnahme verstanden und war daher beihilfenrechtlich unbeachtlich. Zu einer Änderung dieser bis dahin gültigen Auslegung kam es durch eine Reihe richtungsweisender Entscheidungen um die Jahrtausendwende. In diesen Urteilen stellte der EuGH fest, dass auch öffentliche Infrastrukturförderungen dem Beihilfenrecht unterliegen können, vorausgesetzt, diese Anlagen werden dazu genutzt, Leistungen auf einem Markt anzubieten, wodurch diese wirtschaftlich tätig werden und damit tatbestandsmäßig unternehmerisch handeln. Diese Auslegungspraxis führte zu einer weitreichenden wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des beihilfenrechtlichen Anwendungsregulativs auf Infrastrukturmaßnahmen.

Nicht kommerziell genutzte Infrastruktur (zB öffentliche Straßen, Brücken oder Kanäle), bleibt weiterhin vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgenommen, soweit sie der öffentlichen Verwendung ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt wird.

#### b Produktionszweige

Die zweite Tatbestandsalternative des Art 107 Abs 1 AEUV, in Form der Begünstigung bestimmter Produktionszweige, umfasst solche Beihilfen, die einer ganzen Branche zu Gute kommen. Das bedeutet, dass alle Unternehmen, die in einem bestimmten Bereich tätig werden, von diesem Tatbestandsmerkmal erfasst werden.<sup>25</sup> Dabei ist der Begriff des Produktionszweiges weit auszulegen.<sup>26</sup> Es werden nicht nur produzierende Gewerbe von diesem Tatbestandsmerkmal erfasst, sondern auch sonstige auf Dauer angelegte Wirtschaftstätigkeiten, wie Dienstleistungs- oder Handelsunternehmen und auch die freien Berufe.<sup>27</sup> Die Praxis ist dieser extensiven Auslegung weiter gefolgt, was zur Folge hatte, dass Wirtschaftszweige, wie zB die Landwirtschaft, der Schiffbau, die Textil-, Leder- und

<sup>23</sup> EuGH, Rs C-281/06, *Kommission/Deutschland*, Slg 2007, I-12231.

<sup>24</sup> EuGH, Rs C-109/92, *Kommission/Deutschland*, Slg 1993, I-6447.

<sup>25</sup> Vgl *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art 107AEUV (Rn 25).

<sup>26</sup> Vgl *Ehricke*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art 87 Abs 1 EGV (Rn 86).

<sup>27</sup> Vgl *Wallenberg/Schütte*, GH Art 107 AEUV (Rn 4).

Uhrenindustrie, die Fischerei und die Filmindustrie<sup>28</sup> als solche Produktionszweige eingestuft werden und damit beihilfenrechtlich beachtlich wurden.

## 2 Finanzierung aus staatlichen Mitteln

Weitere im Europäischen Beihilfeverbot vorgesehene Tatbestandselemente sind, nach aktueller Rechtsprechung, die unmittelbare oder mittelbar erfolgte Vorteilsgewährung aus staatlichen Mitteln (Budgetwirksamkeit) und die staatliche Zurechenbarkeit.<sup>29</sup> Es handelt sich hierbei um zwei kumulativ erforderliche Tatbestandselemente (doppelte Staatlichkeitsbedingung), die oftmals gemeinsam gewürdigt werden. Es wird hier auf staatliches Handeln abgestellt. Rein privatwirtschaftlich bewirkte Begünstigungen sind nicht vom Telos des Beihilfebegriffs erfasst.

### a *Gewährung aus staatlichen Mitteln*

Unter *staatlichen Beihilfen* oder *aus staatlichen Mitteln gewährten* Beihilfen versteht man sämtliche Beihilfen, die durch die dem Staat zugeordneten Institutionen erteilt werden.<sup>30</sup> Eine Abgrenzung zwischen staatlichen und nicht staatlichen Institutionen ist immer dann unproblematisch, wenn es sich bei den Institutionen um Behörden iSd § 1 Abs 4 VwVfG (*Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt*) handelt. Dieser Behördenbegriff ist prinzipiell weit zu verstehen. Unstrittig sind davon auch Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts erfasst, wenn diese im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung als eine in die öffentliche Verwaltung eingegliederte Stelle handeln. Ein entscheidendes Kriterium ist, dass es durch die Fördermaßnahme zu einer nachweislichen Belastung des Staatshaushalts (Budgetwirksamkeit) kommt, es sich also um Mittel handelt, die der staatlichen Kontrolle unterliegen und deren Abfluss zu einem Mittelverlust führt.<sup>31</sup>

### b *Zurechenbarkeit zum Staat*

Das zweite erforderliche Merkmal der Staatlichkeit gilt als erfüllt, wenn das als Begünstigter wirkende Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht.<sup>32</sup> Diese Kontrolle muss allerdings tatsächlich ausgeübt werden, denn die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen formal unter staatlicher Kontrolle steht, genügt nicht, um Maßnahmen dieses

<sup>28</sup> Vgl *Frenz*, Europarecht, Bd 3 (Rn 619); vgl *Mederer*, in: Gröben/Schwarze, Art 87 EGV (Rn 35).

<sup>29</sup> EuG, Rs T-139/09, *Kommission/Frankreich*, Slg 2012, II-4095.

<sup>30</sup> Vgl *Kreuzer*, Verunsicherung bei Stadionprojekten im Zuge des europäischen Beihilfenrechts, *causa sport* 2010, 222.

<sup>31</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 95.

<sup>32</sup> EuGH, Rs C-206/06, *Kommission/Niederlande*, Slg 2008, I-5497 (Rn 69ff).

Unternehmens in Form finanzieller Unterstützungsmaßnahmen dem Staat zuzurechnen.<sup>33</sup>

### 3 Begünstigung als Grundelement des Beihilfenrechts

Allgemein wird unter dem zentralen Tatbestandselement der Begünstigung ein finanzieller Vorteil eines Unternehmens in Form einer *positiven Leistung* oder aber einer *Belastungsminderung* aus staatlichen Mitteln verstanden.<sup>34</sup> Diesen staatlich erbrachten Leistungen respektive Belastungsminderungen fehlt es in tatbestandsmäßigen Fällen an einer adäquaten marktüblichen Gegenleistung durch das jeweilige Unternehmen, wodurch es bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zu einem tatsächlichen Missverhältnis zwischen empfangener Leistung und erbrachter Gegenleistung und somit zu einer Begünstigung iSd Art 107 Abs 1 AEUV kommt. Den Begünstigten werden also konkrete Vorteile gewährt, die sie unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht bekommen hätten. Diesem Tatbestandselement kommt weiter objektive Wirkung zu, womit der Form, den Gründen, den intendierten Zielen oder der zugrunde liegenden staatlichen Motivation keine Beachtung geschenkt wird. Diese rein objektive Wirkung ist gerade auch bei Dienstleistungen, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse sind, einschlägig und von Bedeutung.

#### a Positive Leistungen (Subventionen)

Unter positiven Leistungen versteht die Rechtsprechung *unmittelbare, zweckgebundene finanzielle Zuwendungen* des Staates, die an ein Unternehmen geleistet werden. Darunter fallen Zuschüsse, die Gewährung von Darlehen oder Bürgschaften zu günstigeren als zu marktüblichen Konditionen uvm.<sup>35</sup> Diese *Zuwendungen* können aber auch *nicht-finanzieller Natur* ausgestaltet sein, wie zB die Gewährung von logistischer und/oder kommerzieller Unterstützung oder auch Verbesserungen von unternehmerischer Infrastruktur.<sup>36</sup> Letztlich kann es aber auch zu einer *Begünstigung* eines Unternehmens oder Produktionszweiges *durch Unterlassen* einer staatlichen Handlung kommen, bei der der Staat unterlässt, eine ihm zustehende fällige Forderung durchzusetzen.<sup>37</sup>

#### b Verminderung einer Belastung

Der EuGH sieht in einer Begünstigung nicht ausschließlich positive Maßnahmen aller Art, sondern definiert den Begriff der Beihilfen weiter. Er ist der Auffassung, dass auch Maßnahmen jeglicher Art die Belastung eines Unternehmens, die dieses regelmäßig zu

<sup>33</sup> EuGH, Rs C-482/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2002, I-4397 (Rn 52).

<sup>34</sup> Vgl *Bär-Bouyssiére*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, Art 87 EGV (Rn 22).

<sup>35</sup> Mitteilung der *Kommission* über Beihilfen in Form von Bürgschaften, ABI 2008/C155/10.

<sup>36</sup> EuGH, Rs C-39/94, *Kommission/Frankreich*, Slg 1996, I-3547 (Rn 3).

<sup>37</sup> Vgl *Koenig/Ritter*, ZIP 2000, 769.

tragen hätte, vermindert, einer Subvention in seiner Art und Wirkung gleich steht und damit beihilfenrechtlich beachtlich und somit tatbestandsmäßig ist. Gerade bei durch den Staat gewährten Abgabenbefreiungen (zB Steuersenkungen oder Zahlungsaufschüben) ist diese Auffassung einschlägig, da es damit zu einer Besserstellung des Begünstigten gegenüber den übrigen Abgabepflichtigen kommt.<sup>38</sup>

Anwendungsbereiche derartiger Begünstigungen erstrecken sich von Befreiungen der Soziallasten, spezielle Steuer- und Abgabenerleichterungen<sup>39</sup>, Befreiungen von kostenerhöhenden Umweltschutzbestimmungen<sup>40</sup> über öffentliche Auftragsvergaben zu nicht marktgerechten Bedingungen<sup>41</sup> bis hin zu nicht marktgerechtem Verkauf von Grundstücken oder Gebäuden.<sup>42</sup>

#### c *Mittelbare Begünstigung*

Eine mittelbare Begünstigung liegt vor, wenn nicht nur der ursprünglich intendierte Empfänger durch staatliche Mittel begünstigt wurde, sondern darüber hinaus auch bestimmte andere Unternehmen oder sogar ganze Produktionszweige profitiert haben. (sa *Penner*, Kap 1, Rn 1019 ff). Der Nachweis einer tatsächlichen Begünstigung Dritter ist in der Praxis sehr schwer zu erbringen, da es, aufgrund der vielfältigen wirtschaftlichen Verflechtungen der Unternehmen durch erbrachte staatliche Maßnahmen, zu nicht-tatbestandsmäßigen Reflexwirkungen kommen kann. Daher ist auch die Entscheidungspraxis der Kommission im Rahmen der mittelbaren Begünstigung bis dato uneindeutig.<sup>43</sup>

#### d *Fehlen einer marktüblichen Gegenleistung*

Damit eine vom allgemeinen Beihilfenverbot erfasste Begünstigung vorliegt, muss es an einer angemessenen – marktüblichen – Gegenleistung durch das Unternehmen fehlen. Es fehlt somit an einer vollständigen Kompensation der staatlichen Leistung durch das Unternehmen. Um feststellen zu können, ob eine solche Gegenleistung vorliegt, bedient sich die Rechtsprechung unterschiedlicher Bewertungsparameter, wie zB des *Private Investor Tests* (PIT) oder ua des *Private Vendor Tests* (PVT).

##### aa *Private Investor Test*

Dem *Private Investor Test* kommt, gerade bei einer staatlichen Beteiligung an Unternehmen, meist in Form eines Kapitalgebers in wirtschaftlichen Krisenzeiten, eine große Bedeutung zu.

<sup>38</sup> EuGH, Rs C-222/04, *Kommission/Italien*, Slg 2006, I-289 (Rn 131f).

<sup>39</sup> EuGH, Rs C-66/02, *Kommission/Italien*, Slg 2005, I-10901 (Rn 65 ff).

<sup>40</sup> EuGH, Rs C-237/04, *Kommission/Italien*, Slg 2006, I-2843 (Rn 42).

<sup>41</sup> EuGH, Rs C-351/88, *Kommission/Italien*, Slg 1991, I-3641 (Rn 7).

<sup>42</sup> Beschluss der *Kommission*, ABl 1996/L 283/43.

<sup>43</sup> Beschluss der *Kommission*, ABl 1998/L 212/50.

Im Rahmen dieses Tests kommt es zu einer Beurteilung, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber in einer mit dem Staat vergleichbaren Situation ebenso gehandelt hätte. Kommt man nun zu dem Schluss, dass ein privater Investor diese vereinbarten Konditionen akzeptiert hätte, so ist der *Private Investor Test* erfüllt und die Begünstigungsvoraussetzungen iSd Art 107 Abs 1 AEUV aufgrund der erbrachten marktüblichen Gegenleistung, zB in Form von marktüblicher Verzinsung bei marktüblichen Sicherheiten im Rahmen der Gewährung eines staatlichen Darlehens oder staatlicher Investments bei markt- und sektorüblichen Renditen (*Market Economy Investor Test*)<sup>44</sup>, als nicht erfüllt zu betrachten und somit beihilferechtlich unbeachtlich.

#### bb Private Vendor Test

Der *Private Vendor Test* findet überall dort Anwendung, wo der Staat als wirtschaftlicher Verkäufer auf einem Markt auftritt. Es wird – wie auch schon im Rahmen des *Private Investor Tests* – ermittelt, ob sich das staatliche Handeln mit dem eines privaten Marktteilnehmers deckt. In concreto, ob ein privater Wirtschaftsteilnehmer das betreffende Gut zu demselben Kaufpreis und denselben Bedingungen wie der Staat veräußert hätte.<sup>45</sup> Bestehende Marktpreise erleichtern diese Prüfung beträchtlich, da in diesen Fällen lediglich der Marktpreis dem vom Staat erzielten Verkaufspreis gegenübergestellt werden muss, um die Frage einer möglichen Begünstigung zu beantworten.<sup>46</sup> Die praktisch wichtigsten Anwendungsbereiche des *Private Vendor Tests* sind der Verkauf öffentlicher Grundstücke und die Privatisierung von staatlichen Unternehmen.

#### cc Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Staatliche Ausgleichsleistungen an Unternehmen für Dienstleistungen, die im Rahmen des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses erbracht wurden, also dem Wohle der Bürger und Bürgerinnen dienen oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes stehen, nehmen eine beihilfenrechtliche Sonderstellung ein, da sie als ein Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells gesehen werden. Diese beiden Tatbestandselemente *Dienstleistung* und *allgemeines wirtschaftliches Interesse* werden weit ausgelegt.<sup>47</sup>

Der durch Generalanwalt *Jacobs* in der Rs GEMO ausgearbeitete Gegenleistungsansatz<sup>48</sup> fand Eingang in der Entscheidung des EuGH in der Rs *Altmark Trans*<sup>49</sup> und legte einen strengen Kriterienkatalog fest, bei dessen Einhaltung das Tatbestandselement der

<sup>44</sup> EuGH, Rs C-482/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2002, I-4397 (Rn 21).

<sup>45</sup> EuGH, Rs C-342/96, *Kommission/Spanien*, Slg 1999, I-2459 (Rn 41).

<sup>46</sup> Vgl *Koenig/Kühling/Ritter*, EG Beihilfenrecht (Rn 72).

<sup>47</sup> Vgl *Koenig/Kühling/Ritter*, EG Beihilfenrecht (Rn 30f).

<sup>48</sup> GA *Jacobs* 30.04.2002 C-126/01 (GEMO), Slg 2003, I-13769 (Rn 119 ff).

<sup>49</sup> EuGH, Rs C-280/00, *Kommission/Deutschland*, Slg 2003, I-7747 (Rn 94).

Begünstigung verneint und das Vorliegen eine Beihilfe gem Art 107 Abs 1 AEUV ausgeschlossen wird. Man spricht sich damit gegen die ältere Auffassung aus, dass allgemein bei Erbringung der staatlichen Ausgleichsleistung einer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse stehenden Dienstleistung zwar der Beihilfentatbestand erfüllt ist, dieser aber ausnahmsweise durch Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt ist. Aktuell finden die Artt 106, 107, 108 und 93 AEUV nur dann Anwendung, wenn folgende *Altmark Trans*-Kriterien nicht gänzlich erfüllt sind:

- *Betrauung*: Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.<sup>50</sup> Formell braucht es eine Übertragung der Aufgabe durch einen Hoheitsakt oder eine öffentlich-rechtliche Konzession.
- *Aufstellung objektiver Ausgleichsparameter*: Es ist unbedingt erforderlich, dass die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, vor dem Leistungszeitpunkt durch den Staat an das Unternehmen objektiv und transparent gemacht worden sind.<sup>51</sup>
- *Mehrkostenprinzip*: Der Leistungsausgleich darf die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen übersteigen.<sup>52</sup>
- *Kostenmaß*: Unerlässlich ist die objektive Ermittlung der exakten Höhe der Ausgleichsleistungen. Als Maßstab für die Berechnung eines solchen Effizienzkriteriums<sup>53</sup> kann ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen herangezogen werden. Leistungen, welche die ermittelten Kosten übersteigen (Überkompensation), sind Begünstigungen und daher zurückzuzahlen.

#### 4 Bestimmtheit bzw Selektivität

Eine Maßnahme fällt nur dann unter Art 107 Abs 1 AEUV, wenn es zu einer Begünstigung *bestimmter* Unternehmen oder Produktionszweige kommt (Bestimmtheitsgebot). Von beihilfenrechtlicher Relevanz sind daher nur jene staatlichen Maßnahmen, die selektiv bestimmte Unternehmen bzw Gruppen von Unternehmen oder bestimmten Wirtschaftszweigen einen Vorteil gewähren. Allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen, zB in Form von Infrastruktur- oder Fördermaßnahmen, erfüllen daher den Beihilfenbegriff nicht, da es zwar zu einer Änderung der Rahmenbedingungen innerhalb eines mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs kommt, diese Änderung jedoch zu keiner

<sup>50</sup> EuGH, Rs C-280/00, *Kommission/Deutschland*, Slg 2003, I-7747 (Rn 94).

<sup>51</sup> EuGH, Rs C-280/00, *Kommission/Deutschland*, Slg 2003, I-7747 (Rn 90).

<sup>52</sup> EuGH, Rs C-280/00, *Kommission/Deutschland*, Slg 2003, I-7747 (Rn 92).

<sup>53</sup> Vgl *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, Art 107 AEUV (Rn 15).

Wettbewerbsverfälschung iSd Beihilfenrechts führt, da dadurch *alle* Unternehmen bzw Produktionszweige gleichermaßen begünstigt sind. Dieses Begriffsmerkmal der Selektivität lässt sich sehr gut an einem sich in Österreich zugetragenem Rechtsstreit (*Adria Wien-Pipeline*<sup>54</sup>) zeigen. Im Zeichen des Umweltschutzes wurde durch ein verabschiedetes Gesetzespaket vorgesehen, dass Verbraucher von Elektrizität und Erdgas eine verbrauchsabhängige Abgabe zu leisten haben. Um den Wirtschaftsstandort Österreich zu schützen, wurde für energieintensive Wirtschaftsbereiche jedoch eine Ausnahmebestimmung geschaffen, die eine Rückvergütung von entrichteten Energieabgaben durch Unternehmen, deren Tätigkeitsschwerpunkt in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern liegt, ermöglicht. Diese Rückvergütung wurde an einen bestimmten Schwellenwert von Energieverbrauch und den Tätigkeitsschwerpunkt des Unternehmens gekoppelt.

Der EuGH musste sich nun mit der Frage auseinandersetzen, ab wann eine selektive Maßnahme zu einer allgemeinen wirtschaftspolitischen und damit beihilfenrechtlich unbeachtlichen Maßnahmen wird. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass weder aufgrund der großen Zahl der begünstigten Unternehmen noch aufgrund der Verschiedenartigkeit und der Bedeutung der Wirtschaftszweige, zu denen diese Unternehmen gehören, der Ausschlussbestand der allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahme gegeben ist.<sup>55</sup> Die Lieferung von Energie zu Vorzugsbedingungen an Unternehmen, die körperliche Güter herstellen, stellen unter dem Gesichtspunkt der Selektivität eine Beihilfe dar.

## 5 Wettbewerbsverfälschungen und Handelsbeeinträchtigungen

Art 107 AEUV normiert des Weiteren, dass selektive staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigungen beihilfenrechtlich erst dann relevant werden, wenn sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind, weil es dadurch zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns kommt. Es handelt sich bei der erforderlichen Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung um zwei eng miteinander verbundene Tatbestandselemente des Beihilfenrechts, die beide kumulativ erfüllt sein müssen. In der Praxis werden diese beiden Tatbestandselemente, im Rahmen der beihilfenrechtlichen Würdigung, gemeinsam geprüft, da sie generell als untrennbar miteinander verbunden gelten.<sup>56</sup>

### a Wettbewerbsverfälschung

Die Rechtsprechung legt bei der Beantwortung der Frage, ob eine staatliche Maßnahme

<sup>54</sup> EuGH, Rs C-143/99, *Kommission/Österreich*, Slg 2001, I-8365.

<sup>55</sup> EuGH, Rs C-143/99, *Kommission/Österreich*, Slg 2001, I-8365 (Rn 48).

<sup>56</sup> EuG, Rs T-298/07, *Kommission/Italien*, Slg 2000, II-2325 (Rn 81).

wettbewerbsverfälschende Wirkung entfaltet, einen sehr großzügigen Maßstab an und bejaht diese bereits bei geringen Vorteilen eines Unternehmens gegenüber den anderen Marktteilnehmern. Bereits aus der Rechtssache der *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)* gegen die EU-Kommission geht hervor, dass auch nur geringe, vom Staat gewährte, Vorteile den Wettbewerb bereits verfälschen. Sie verfälschen ihn zwar nur in einem geringen Ausmaß, aber der Punkt ist, dass er verfälscht wird, und das ist bereits, nach Ansicht des Europäischen Gerichts, ausreichend. Darüber hinaus qualifiziert die Gesetzgebung selbst schon eine drohende Wettbewerbsverfälschung als eine iSd Art 107 Abs 1 tatbestandsmäßige. Dh ihr Eintritt muss nicht zwingend bereits im Leistungszeitpunkt nachgewiesen werden können, womit sich ein sehr breites Anwendungsfeld ergibt. Folgt man dem Wortlaut des Art 107 Abs 1 AEUV, wäre es durchaus möglich anzunehmen, dass neben einer drohenden Wettbewerbsverfälschung die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten unbedingt gegeben sein muss, um damit eine tatbestandsmäßige Beihilfe iSd Art 107 AEUV zu erhalten. In der Rechtsprechung des EuGH wird diese stark am Wortlaut haftende Auslegung aber klar abgelehnt. Folglich reicht nach Ansicht des EuGH die Eignung hinsichtlich einer Handelsbeeinträchtigung und einer Wettbewerbsverfälschung aus, um eine staatliche Maßnahme als Beihilfe einzustufen.<sup>57</sup>

#### *b Handelsbeeinträchtigung (Zwischenstaatlichkeitsklausel)*

Das Tatbestandselement der Handelsbeeinträchtigung erfasst die notwendige grenzüberschreitende Wirkung einer staatlichen Maßnahme auf horizontaler Ebene der Mitgliedstaaten.<sup>58</sup> Begünstigungen mit rein regionaler Wirkung sind daher mangels grenzüberschreitender Wirkung vom EU-Beihilfenverbot ausgenommen. Doch wie auch bereits beim Erfordernis der Wettbewerbsverfälschung, bedient sich die Rechtsprechung bei der Prüfung der Handelsbeeinträchtigung einer sehr extensiven Auslegung des Begriffs; siehe hierzu die Entscheidung des EuGH im Urteil *Heiser*.<sup>59</sup> Diesem Urteil zufolge ist nicht nur eine drohende Handelsbeeinträchtigung, sondern bereits schon eine nicht auszuschließende Handelsbeeinträchtigung für die Tatbestandsmäßigkeit des Art 107 Abs 1 AEUV ausreichend. Das wiederum hat zur Folge, dass nicht nur aufgrund der Tatsache, dass die wirtschaftliche Tätigkeit regionalen bzw örtlichen Charakter aufweist, die Anwendung des Beihilfenrechts ausgeschlossen werden kann. Es erfordert daher selbst bei Vorliegen dieser an sich auf eine bestimmte innerstaatliche Region begrenzte Reichweite der wettbewerbsverzerrenden Maßnahme eine genauere Untersuchung, ob diese möglicherweise nicht doch eine potenziell grenzüberschreitende beeinträchtigende Wirkung auf den zwischenstaatlichen Handel entfalten könnte.

<sup>57</sup> EuGH, Rs C-494/06 P *Kommission/Spanien*, Slg 2005, I-7419 (Rn 44 ff).

<sup>58</sup> EuG, Rs T-93/02, *Kommission/Frankreich*, Slg 2005, II-143 (Rn 82).

<sup>59</sup> EuGH, Rs C-172/03, *Kommission/Österreich*, Slg 2005, I-1627.

In folgenden unternehmerischen Tätigkeitsfeldern wird eine innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen, da es sich um Leistungen handelt, die ausschließlich regionale Wirkung entfalten:

- Beihilfen, die in Zusammenhang mit gesundheitsfürsorglichen Standardleistungen gewährt werden. Eine Handelsbeeinträchtigung wird hier ausgeschlossen, da der Wettbewerb zwischen diesen Leistungen ausschließlich auf lokaler Ebene stattfindet.<sup>60</sup>
- Beihilfen, die im Zusammenhang mit Schwimmbädern und anderen Freizeiteinrichtungen gewährt werden.<sup>61</sup>
- Beihilfen an Museen und andere kulturelle Einrichtungen, die überwiegend von regionalen Gästen besucht werden.<sup>62</sup>
- Beihilfen an Nachrichtenmedien oder kulturelle Erzeugnisse aufgrund des begrenzten Sprachraums.<sup>63</sup>

*c De minimis-Verordnung (VO 1407/2013)*

Diese VO normiert, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine staatliche Maßnahme ausnahmsweise nicht als Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV zu behandeln ist und daher nicht der Notifikationspflicht des Art 108 Abs 3 AEUV unterliegt. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Maßnahme die in der GVO vorgesehenen Bedingungen erfüllt. Diese Gruppe an Beihilfen (*sog De minimis-Beihilfen*) wurde durch den Rat gem Art 109 AEUV bestimmt und durch die Kommission iFd VO 1407/2013 erlassen. Ziel dieser Verordnung ist es, den Mitgliedstaaten durch eine betraglich festgelegte Obergrenze ein effizienteres und transparenteres Beihilfeverfahren zu garantieren. Bei allen staatlichen Maßnahmen, die in einem Zeitraum von drei Steuerjahren den festgelegten Höchstbetrag von € 200.000,- nicht überschreiten, geht der Rat im Wesentlichen davon aus, dass diese Begünstigungen weder Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel der Mitgliedstaaten haben werden, noch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Es fehlt einer solchen Beihilfe somit an der erforderlichen Spürbarkeit.

Eine zwingende Anforderung an die Beihilfe ist, dass es sich dabei um eine iSd Verordnung (VO 1407/2013) transparente Beihilfe handelt. Diese setzt voraus, dass das Bruttosubventionsäquivalent schon bereits im Voraus ohne erforderliche Risikobewertung berechnet werden kann.<sup>64</sup> Beim Bruttosubventionsäquivalent handelt es sich um den Nennwert einer gewährten Beihilfe, der als Prozentsatz der gesamten beihilfenfähigen

<sup>60</sup> Beschluss der *Kommission*, SA 38035.

<sup>61</sup> Beschluss der *Kommission*, N 258/2000.

<sup>62</sup> Beschluss der *Kommission*, N 630/2003.

<sup>63</sup> Beschluss der *Kommission*, N 257/2007.

<sup>64</sup> VO 1407/2013, Art 4 Abs 1.

Projektkosten ausgewiesen wird.

Der die *De minimis-Beihilfe* gewährende Mitgliedstaat muss, bevor er die Beihilfe an das Unternehmen oder den Produktionszweig veranlasst, sämtliche Anforderungen an die Beihilfe und den Beihilfeempfänger prüfen und alle dafür erforderlichen Informationen zehn Steuerjahre ab dem Leistungszeitpunkt aufbewahren. Diese Informationen müssen innerhalb von 20 Arbeitstagen ab Eintreffen des schriftlichen Ansuchens der Kommission übermittelt werden.<sup>65</sup>

## **E Rechtfertigungen für genehmigungspflichtige Beihilfen**

### **1 Legalausnahmen gem Art 107 Abs 2 AEUV**

Die in Art 107 Abs 2 bestimmten Tatbestände stellen eine Ausnahme der prinzipiell genehmigungspflichtigen staatlichen Maßnahmen dar. Dh selbst wenn die in Art 107 Abs 1 festgesetzten Voraussetzungen einer Beihilfe erfüllt sind und diese folglich vom dort statuierten Beihilfenverbot erfasst wäre, ist diese Begünstigung bei Vorliegen der alternativen Ausnahmetatbestände der lit a-c unionsrechtskonform. Diese Legalausnahmen erfahren jedoch, nicht zuletzt durch ihre sehr enge Fassung und die damit einhergehende vergleichsweise geringe Anzahl an Entscheidungen durch die Kommission, eine meist sehr geringe praktische Bedeutung.<sup>66</sup> Der Vollständigkeit halber ist zu sagen, dass die Erfüllung einer dieser drei Ausnahmetatbestände den Begünstigten nicht von der formellen Notifizierungspflicht entbindet.

### **2 Ermessensausnahmen gem Art 107 Abs 3 AEUV**

Entgegen der in Art 107 Abs 2 festgesetzten eng gefassten Legalausnahmetatbestände kommt der Kommission in den unter Art 107 Abs 3 statuierten Ausnahmetatbeständen ein, nach Maßgaben komplexer wirtschaftlicher und sozialer Wertungen, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind, vorzunehmendes, erweitertes Ermessen zu. Dieses Ermessen ist jedoch durch Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingeschränkt.

Der nach dem Wortlaut am weitesten zu verstehende Anwendungsbereich findet sich in Art 107 Abs 3 lit c AEUV und umfasst (lit c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Auch Maßnahmen im Bereich des Sports werden von der Kommission, vorausgesetzt sekundärrechtliche Bestimmungen finden keine Anwendung, nach Art 107 Abs 3 lit c AEUV geprüft. Es ist iSd Abs

---

<sup>65</sup> VO 1407/2013, Art 6 Abs 3-5.

<sup>66</sup> Vgl Koenig/Kühling, in: Streinz (Hrsg), Art 107 AEUV (Rn 102).

3 lit c erforderlich, dass die staatlichen Maßnahmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können, ein damit verfolgtes gemeinsames Interesse vorliegt, die öffentliche Finanzierung geeignet und erforderlich ist, sie verhältnismäßig ist und es damit zu keiner unangemessenen Wettbewerbsverzerrung kommt.<sup>67</sup> Art 107 Abs 3 lit a betrifft nur die an Unternehmen in besonders unterentwickelten Regionen gerichtete Beihilfen. Lit b hat im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise eine herausragende Bedeutung erlangt, da hiervon sämtliche Beihilfen, die der Förderung spezieller europäischer Interessen oder zur Behebung besonders gravierender Störungen gewährt wurden, erfasst sind. Lit d umfasst nur Kulturförderungen und lit e nur jene Beihilfen, die vom Rat einstimmig beschlossen wurden.

### 3 Ausgleichszahlungen für Daseinsvorsorgeleistungen

Ein weiterer Rechtfertigungsgrund findet sich in Art 106 Abs 2 AEUV für Beihilfen an Daseinsvorsorgeunternehmen. Maßgeblich hierfür ist der *Beschluss der Kommission über die Anwendung des Art 106 Abs 2 AEUV*. In diesem Beschluss wird bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine staatliche Beihilfe, an bestimmte mit der Erbringung von Dienstleistungen allgemeinen wirtschaftlichen Interesses betraute Unternehmen, als Ausgleich gewährt wird. Nach Ansicht der Kommission sind diese Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar und damit von der kommissionellen Notifizierungspflicht nach Art 108 Abs 3 S1 AEUV freigestellt.<sup>68</sup>

### 4 Standardisierte Rechtfertigungsbeurteilung (AGVO)

Der Vorteil derartiger standardisierter Rechtfertigungsbeurteilungen liegt in der Verringerung des Verwaltungsaufwandes und der Beschleunigung der Beihilfverfahren, da bei Vorliegen der dort ausgewiesenen Voraussetzungen eine Beihilfe automatisch genehmigt ist und damit nicht mehr bei der Kommission angemeldet werden muss. Darüber hinaus fasst im Speziellen die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung eine Vielzahl an Verordnungen zusammen und erleichtert damit die Rechtsanwendung.<sup>69</sup> Werden die in dieser AGVO (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) bestimmten Voraussetzungen erfüllt, geht die Kommission davon aus, dass dank dieser Beihilfe Maßnahmen ergriffen werden, die ohne diese Beihilfe unterbleiben würden, und dass die Beihilfe die wirtschaftliche Entwicklung fördert, ohne den Wettbewerb übermäßig zu verzerren. Der jeweilige Mitgliedstaat darf die Beihilfe dann sofort gewähren. Es muss lediglich ein einfaches Informationsblatt über die Beihilfe an die Kommission übermittelt werden, jedoch auch erst nach Vergabe der Beihilfen.

<sup>67</sup> Vgl Werner, Gelbe Karte durch die EU-Kommission: Der Profi-Fußball im Visier des EU-Beihilfenrechts, SpuRt 2013, 185.

<sup>68</sup> Beschluss der Kommission, K(2011) 9380.

<sup>69</sup> (EU) Nr 651/2014.

Die AGVO gilt für transparente Beihilfenformen, dh Zuschüsse und Zinszuschüsse, Darlehen, Garantieregelungen, steuerliche Maßnahmen und bestimmte rückzahlbare Vorschüsse. Sie gilt für beinahe alle Wirtschaftszweige. Ausgenommen davon sind Fischerei und Aquakultur, Landwirtschaft und (teilweise) der Steinkohlebergbau. Weiters sind von der AGVO nicht erfasst: Regionalbeihilfen für die Stahlindustrie, den Schiffbau und die Kunstfaserindustrie sowie Regionalbeihilfen, die auf bestimmte Wirtschaftszweige ausgerichtet sind. Die Verordnung gilt darüber hinaus weder für Ausfuhrbeihilfen noch für Beihilfen, durch die einheimische Waren Vorrang gegenüber den eingeführten erhalten. Auch auf *Ad hoc*-Beihilfen für Großunternehmen kann die Verordnung nicht angewendet werden (sie gilt jedoch für regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen).

Beihilfen, auf die sich die AGVO nicht erstreckt, sind keineswegs automatisch rechtswidrig. Sie unterliegen lediglich nach wie vor der Anmeldepflicht.

### III Beihilfenrecht im Anwendungsbereich der Infrastruktur

#### A Allgemeines

Da der Begriff der *Infrastruktur* durch das Unionsrecht weder einheitlich noch übergreifend definiert werden konnte, muss man sich gegenwärtig mit einer begrifflich doch sehr groben Festzulegen zufrieden geben. Dieser Festlegung zufolge versteht man unter einer *Infrastruktur einen materiellen bzw organisatorischen Rahmen für eine Vielzahl an unterschiedlichen Nutzungsvorgängen.*<sup>70</sup>

Prinzipiell kann gesagt werden, dass sowohl der Bestand an als auch der Zustand von innergemeinschaftlicher Infrastruktur einen Schluss auf den Zustand und die Zukunftschancen gerade dieser Gemeinschaft zulässt. Es liegt daher im Interesse der europäischen Institutionen, zielgerichtet Infrastrukturinvestitionen voranzutreiben, um die auf europäischer Ebene angestrebten Wachstumsziele erreichen zu können. Der überwiegende Teil der Nutznießer dieser Investitionen sind Unternehmen, die entweder eine Begünstigung durch die Bereitstellung infrastruktureller Einrichtungen erfahren oder in den Genuss staatlicher Maßnahmen kommen, die den Betrieb oder die Errichtung einer Infrastrukturanlage in wirtschaftlicher Hinsicht erleichtern. Bedingt durch die vorangetriebene Liberalisierung der europäischen Märkte wurden viele staatliche Monopolstrukturen aufgebrochen, die dann in weiterer Folge zu einer erhöhten Anwendbarkeit der europäischen beihilfenrechtlichen Bestimmungen geführt hat, gerade weil die Unternehmereigenschaft des Beihilfenempfängers nun vermehrt tatbestandsmäßig war. Tatsächlich stellt sich mittlerweile bei beinahe jeder staatlichen Infrastrukturmaßnahme

<sup>70</sup> Vgl Dörr/Heinemann, KommJur 2006, 41ff.

die Frage, ob sie mit dem geltenden Beihilfenrecht im Einklang steht.

Eine bedeutsame infrastrukturelle Kategorie bildet dabei die Verkehrsinfrastruktur. Diese umfasst laut der durch Parlament und Rat getroffenen Entscheidung über die gemeinschaftliche Leitlinie für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes<sup>71</sup> Straßen-, Eisenbahn- und Binnenwasserstraßennetze, See- und Binnenhäfen, Flughäfen sowie andere Knotenpunkte. Hinzu kommen die Wasserver- und -entsorgung (zB Wasserleitungsnetze), die Telekommunikationsnetze sowie Schulen, Universitäten, soziale Institutionen, Kultur-, Fremdenverkehrs- und Sporteinrichtungen.

## B Rechtliche Grundlagen

Die europäischen Institutionen haben in Ermangelung eines einheitlichen, sekundärrechtlichen Beihilferahmens und fehlender infrastrukturübergreifender Investitionsleitlinien entsprechende Regelungsregime für einzelne Sektoren ausgearbeitet. Solche Sektoren sind bspw der Luftverkehr<sup>72</sup>, der Seeverkehr<sup>73</sup> und die Breitbandkommunikation.<sup>74</sup>

Im Bereich der Verkehrsinfrastrukturinvestitionen gibt es mit **Art 93 AEUV** eine primärrechtliche Sonderregelung, die besagt, dass Beihilfen mit dem Vertrag vereinbar sind und damit keiner beihilfenrechtlichen Prüfung unterzogen werden müssen, wenn diese „den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen, entsprechen“. Die übrigen Infrastrukturinvestitionen werden anhand der allgemeinen Beihilfenregelungen beurteilt. Spezielle Ausführungen zu den einzelnen Tatbestandselementen folgen.

## C Infrastruktureinrichtungen unter Anwendung des Art 107 Abs 1 AEUV

### 1 Begünstigungen

#### a Formen der Begünstigung

Wie bereits zuvor erwähnt, lassen sich grundsätzlich zwei Formen der Begünstigung voneinander unterscheiden. Einerseits die begünstigende Bereitstellung von Infrastruktur durch den Staat an ein Unternehmen und andererseits begünstigende staatliche

<sup>71</sup> Beschluss der *Kommission*, N661/2010.

<sup>72</sup> Mitteilung der *Kommission* – Gemeinschaftliche Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen, ABI 2005 C312/1.

<sup>73</sup> Mitteilung der *Kommission* – Leitlinien der Gemeinschaft für Beihilfen im Seeverkehr ABI 2004 C13/3.

<sup>74</sup> Mitteilung der *Kommission* – Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABI 2009 C170/8.

Maßnahmen, die den Betrieb oder die Errichtung einer Infrastrukturanlage in wirtschaftlicher Hinsicht erleichtern. Das wäre zB der Fall, wenn das Unternehmen staatliche Mittel für den Bau bzw Ausbau von Häfen bzw Flughäfen oder von Telekommunikationsnetzen bzw Sportstätten erhalten würde. Unter der Bereitstellung von Infrastruktur versteht man zB die Erschließung von Industriegebiet durch die öffentliche Hand<sup>75</sup> oder die Schaffung von Infrastrukturanlagen, die der Anbindung bzw dem Betrieb eines Freizeitparks dienen.<sup>76</sup>

*b Begünstigungsempfänger*

Im Bereich der Infrastrukturinvestitionen können im Wesentlichen 4 unterschiedliche Beteiligte als Begünstigte iSd Beihilfenrechts prüfungsrelevant sein und sind daher in die beihilfenrechtliche Analyse miteinzubeziehen. Begünstigte Beteiligte können der **Nutzer** einer Infrastrukturanlage, der **Betreiber** einer Infrastrukturanlage, der **Errichter** einer Infrastrukturanlage wie auch der **Gesellschafter bzw Anteilseigner** der Errichtungs- bzw Betriebsgesellschaft sein.

*c Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung*

Wie bereits bei den allgemeinen beihilfenrechtlichen Ausführungen dargelegt, scheidet eine Begünstigung aus, wenn der Staat für seine Investition eine angemessene und marktgerechte Gegenleistung erhält. Auch in dieser beihilfenrechtlichen Fallgruppe bedient man sich bei der Beurteilung der Äquivalenz der allfälligen Gegenleistung des *Market Economy Investor Tests*. Dh man prüft, ob die durch den Staat erbrachte Leistung aus Sicht eines privaten, unter normalen Wettbewerbsbedingungen handelnden, Marktteilnehmers marktgerecht erscheint.

*aa Errichtung und Betrieb einer Infrastrukturanlage*

*i Grundstücksmitteilung der Kommission*

Ein praktisch relevanter Anknüpfungspunkt für eine solche Beurteilung wurde durch die *Grundstücksmitteilung der Kommission*<sup>77</sup> geschaffen, wonach eine staatliche Beihilfe ausgeschlossen werden kann, wenn ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren stattgefunden hat, und damit allen Interessenten die Möglichkeit eröffnet wurde, sich am Wettbewerb, zB dem Verkauf von Gebäuden oder Grundstücken der öffentlichen Hand oder auch der Vergabe von Bauaufträgen, mit gleichen Erfolgchancen zu beteiligen. Gerade wenn der Staat eine Infrastrukturanlage errichten und betreiben lässt,

<sup>75</sup> Beschluss der *Kommission*, N27/1994.

<sup>76</sup> Beschluss der *Kommission*, (2002) 2980, Terra Mitica, ABl 2003 L91/23.

<sup>77</sup> Mitteilung der *Kommission* betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl 1997 C 209/3.

kommt es in gewisser Weise zu einer Überschneidung beihilfenrechtlicher wie auch vergaberechtlicher Anforderungen. Die Errichtungsleistungen wie auch die Betriebsleistungen fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts. Wurde den europäischen Vergabevorschriften ausreichend entsprochen, scheidet eine Begünstigung im beihilfenrechtlichen Sinn im Regelfall aus.<sup>78</sup> Die Durchführung eines solchen Ausschreibungswettbewerbs dient somit als probates Mittel, um einen Beihilfenverdacht wegen Überkompensation bei Beschaffungsvorgängen bzw den Verdacht einer Beihilfengewährung wegen Unterkompensation bei Veräußerungsvorgängen zu beseitigen.

ii Unabhängiges Sachverständigengutachten

Neben der eben zitierten Grundstücksmitteilung der Kommission stellt auch das *unabhängige Sachverständigengutachten* ein geeignetes Mittel zur Beurteilung einer adäquaten unternehmerischen Gegenleistung dar. Der Sachverständige muss hierfür einerseits über eine ausreichende persönliche Qualifikation verfügen und andererseits seine Expertise unabhängig und neutral erstellen können. Die Unabhängigkeit des Sachverständigen setzt voraus, dass die öffentlichen Stellen keine Möglichkeit haben, auch nur mittelbar Einfluss auf das Ergebnis des Gutachtens zu nehmen. In Frage kommen hier zB unabhängige Experten der Industrie- oder Handelskammer.

bb Nutzung bestehender Infrastruktur

Wird nun einem Unternehmen eine bestehende infrastrukturelle Einrichtung zur Verfügung gestellt, könnte eine Begünstigung unter Umständen alleine in der Nutzungsmöglichkeit dieser Anlage gelegen sein. Auch in diesen Fällen hilft man sich bei der Beurteilung, ob die staatliche Leistung marktgerecht erfolgt ist, mit dem *Market Economy Investor Test*. Entscheidend in diesen Fällen ist die Frage, ob der Nutzer ein für diese Anlage marktübliches Nutzungsentgelt entrichtet hat. Für diese Feststellung kommen grundsätzlich die zuvor skizzierten Instrumente des vergaberechtlichen Verfahrens wie auch das Sachverständigengutachten in Betracht.

## 2 Unternehmer/wirtschaftliche Tätigkeit

Aufgrund der immensen Bedeutung der Infrastrukturförderungen auf kommunaler Ebene stand die Frage nach der unternehmerischen Qualifikation von Infrastruktur immer häufiger im Mittelpunkt von beihilfenrechtlichen Beurteilungen. Wie bereits im ersten Teil erläutert, wurden die Erstellung und der Betrieb von Infrastrukturanlagen in der Vergangenheit als eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme qualifiziert. Für die frühere

---

<sup>78</sup> Vgl Dörr, NZBau 2005, 617.

beihilfenrechtliche Bewertung war demnach ausschließlich maßgeblich, ob zu diesen infrastrukturellen Institutionen ein allgemeiner und diskriminierungsfreier Zugang vorhanden war.<sup>79</sup>

Den bedeutsamen schrittweisen Sinneswandel vollzogen die europäischen Institutionen schließlich mit der Jahrtausendwende. Im Jahr 2000 wurde erstmals in der Rechtssache „*Aéroports de Paris*“ festgestellt, dass ein Flughafenbetreiber *wirtschaftlich* iSd europäischen Wettbewerbsrechts handelt, da dessen Tätigkeit darin bestehe, Flughafenanlagen unterschiedlichen Dienstleistern und insbesondere Fluggesellschaften gegen Zahlung einer Abgabe, dessen Modalitäten und Bedingungen der Flughafenbetreiber selbst festlegen kann, zur Verfügung zu stellen. Nach zutreffender Ansicht ist hier die Tätigkeit des Flughafenbetreibers als eine wirtschaftliche anzusehen.

Die Rechtsprechung hat diesen Ansatz im jüngeren Urteil der Rs *Flughafen Leipzig/Halle*<sup>80</sup> (2011) bestätigt und den Bau jeder Art von Infrastruktur, die in weiterer Folge wirtschaftlich genützt werden soll, wie zB eine kommerziell betriebene Start- und Landebahn, als eine wirtschaftliche und somit beihilfenrechtlich beachtliche Tätigkeit qualifiziert. Während sich die richtungsweisenden Entscheidungen in concreto auf die Flugverkehrsbranche beziehen, scheinen die vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze allgemeinerer Auslegung zu sein, wodurch es zu einer erweiterten Anwendung, auch auf von dieser Branche abweichenden Infrastrukturmaßnahmen (zB Errichtung und Betrieb einer Autobahn<sup>81</sup>, einer Multifunktionsarena<sup>82</sup>, einer Rennstrecke<sup>83</sup> ua), gekommen ist. Eine Trennung zwischen der Errichtung der Infrastrukturanlage und ihrer späteren Nutzung war nach Meinung der Rechtsprechung unzureichend.

### 3 Selektivität

Den allgemeinen Ausführungen zur Selektivitätsprüfung aus dem allgemeinen beihilfenrechtlichen Teil kann hier gefolgt werden. Dh eine Begünstigung ist nur dann beihilfenrechtlich relevant, wenn der Vorteil einem bestimmten Unternehmen respektive Produktionszweig gewährt wird. Einen verhältnismäßig geringen Aufwand verursacht die Selektivitätsprüfung, wenn der Staat dem Errichter bzw Betreiber einer Infrastrukturanlage einen wirtschaftlichen Vorteil einräumt. In diesen Fällen stehen die Profiteure von vornherein fest.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Vgl *Arhold*, Münchner Kommentar, Art 107 AEUV (Rn 325).

<sup>80</sup> EuGH, Rs C-288/11P, *Mitteldeutsche Flughafen AG/Kommission*, Slg 2012.

<sup>81</sup> Beschluss der *Kommission*, N462/2009, (Aid for the construction and operation of the A2 Motorway).

<sup>82</sup> Beschluss der *Kommission*, SA 33728 (Arena Kopenhagen).

<sup>83</sup> Beschluss der *Kommission*, SA 31550 (Nürburgring).

<sup>84</sup> Beschluss der *Kommission*, N309/2010 (Aide au sauvetage en faveur de SeaFrance).

Als wesentlich komplexer erweist sich die Feststellung, dass eine staatliche Maßnahme einen bestimmten *Nutzer* begünstigt. Regelmäßig kommt eine öffentliche bzw öffentlich finanzierte Infrastruktureinrichtung der Allgemeinheit bzw der gesamten Wirtschaft zugute (zB das öffentliche Straßennetz, staatliche Krankenhäuser und Schulen). Investitionen in diese Einrichtungen stellen sich jedenfalls mit Blick auf den Nutzer als sogenannte allgemeine Maßnahmen, nicht jedoch als Beihilfen dar. Steht die Einrichtung jedoch nur einem exklusiven Nutzerkreis zur Verfügung, womit nicht alle potenziellen Nutzer gleichermaßen Zugang zu der Anlage haben, kommt es zu einer tatbestandsmäßigen selektiven Begünstigung dieses Nutzerkreises. Der Nachweis einer solchen Exklusivität ist unschwer zu erbringen, wenn einzelnen Unternehmen ein solches exklusives Nutzungsrecht eingeräumt wurde. Aufwendiger gestaltet sich der Nachweis hingegen, wenn eine an sich zugangsoffene Infrastrukturanlage auf die spezifischen Bedürfnisse einzelner Nutzer zugeschnitten wurde, sprich ein oder ein abgrenzbarer Kreis von Unternehmen, ausschließlich oder im überwiegenden Maße, von der erbrachten Infrastrukturinvestition profitiert. Hierzu hat sich eine umfangreiche Entscheidungspraxis herausgebildet, auf die im Einzelnen im weiteren Verlauf noch eingegangen wird.

#### 4 Wettbewerbsverzerrung und Handelsbeeinträchtigung

Die Kommission stellt namentlich an diese beiden Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverzerrung und Handelsbeeinträchtigung nur sehr geringe Anforderungen, womit es nur in einer sehr geringen Anzahl von Fällen zu einer Unanwendbarkeit der beihilfenrechtlichen Bestimmung im Rahmen von Infrastrukturinvestitionen kommt. Zur besseren Veranschaulichung dient hierfür ein Auszug des Beschlusses der Kommission in der Sache *Newquay Cornwall Airport*: „*Although the measure only affects competition and trade between member states to a very limited extent, if at all, there remains the possible threat of distortion of competition and effect on trade.*“<sup>85</sup>

Für den Anwendungsbereich der Verkehrsinfrastrukturen hat die Kommission vermehrt darauf hingewiesen, dass sowohl die Träger als auch die Betreiber von Infrastrukturanlagen in einem Wettbewerb zueinander stehen, gleich ob es sich bei diesen um gleich- oder verschiedenartige Anlagen handelt. Beispiele hierfür finden sich sowohl in der Entscheidung zur Rs *Cardiff International Airport*, durch die ein Wettbewerbsverhältnis regionaler Flughafenbetreiber untereinander bejaht wurde, und durch die Rs *SeaFrance*, die ein bestehendes Wettbewerbsverhältnis nicht nur unter Schifffahrtunternehmen zueinander („concurrency modale“), sondern auch zwischen Schifffahrt- und Eisenbahnunternehmen („concurrency intermodale“) bejaht hatte.

---

<sup>85</sup> Beschluss der *Kommission*, N269/2009.

Anders gestaltet sich die Beurteilung in Fällen der Infrastrukturinvestitionen, die **ausschließlich regionale Wirkung** entfalten. So hat die Kommission die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei staatlichen Finanzierungshilfen für den Auf- bzw Ausbau von Seilbahninfrastruktur in Wintersportgebieten, die keinen bis wenig Fremdenverkehr aufweisen, verneint, da diese in einem überwiegenden Ausmaß nur von den jeweiligen Anwohnern benutzt werden wird. Analog angewandt wurde dieser Ansatz auch auf kleinere irische Krankenhäuser.<sup>86</sup> In dieser Entscheidung wurde festgestellt, dass die dort erbrachten Leistungen zwar geeignet waren, grenzüberschreitende Wirkung auf andere Krankenhäuser zu entfalten, die Größe der Krankenhäuser aber den Schluss zuließ, dass die gesetzten Maßnahmen ausschließlich regionale Versorgungslücken des Krankenwesens schließen würden und damit keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten angezogen werden.

## 5 Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

Erfüllt eine Infrastrukturinvestition alle beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale, kann sie, wie bereits gezeigt (II.5.), unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, wenn sie nach Ansicht der Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

### a *Vereinbarkeit gem Art 93 AEUV*

Die primärrechtliche Bestimmung des Art 93 AEUV besagt, dass Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender, Leistungen entsprechen, mit den Verträgen vereinbar sind. In Verbindung mit Art 100 Abs 1 AEUV gelesen, sieht der Vertrag vor, dass diese Bestimmung ausschließlich auf die Beförderung im Straßen-, Eisenbahn- und Binnenschiffverkehrsverkehr zutrifft. Damit soll ein Ausgleich für bestimmte Sonderbelastungen im Bereich der davon erfassten Verkehrsleistungen erbracht werden. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art 93 AEUV ist jedoch das Vorliegen einer Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV.

### b *Vereinbarkeit gem Art 106 Abs 2, 107 Abs 2, 3 AEUV*

Die grundsätzlich für jede Beihilfe geltenden Ausnahmebestimmungen der Artt 106 Abs 2, Art 107 Abs 2 und 3 AEUV gelten uneingeschränkt auch für sämtliche staatliche Infrastrukturinvestitionen. Die überwiegende Zahl der Fälle wird durch die Ermessensausnahme des Art 107 Abs 3 lit c gerechtfertigt.<sup>87</sup> Hiernach werden Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie der Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete dienen, soweit sie geltende Handelsbedingungen

<sup>86</sup> Beschluss der *Kommission*, N543/2001.

<sup>87</sup> *Kommission*, SA 36387 (Alleged aid in favour of three Valencia football clubs), Rn 30ff; *Kommission*, SA 33754, Real Madrid CF, Rn 38ff.

nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

## IV Beihilfenrechtliche Förderung von Fußballstadien

### A Einleitung

Mit dem Vertrag von Lissabon hat das *Sportsegment* als Politikbereich der EU zunehmend an Bedeutung gewonnen. Mit den Artt 6 lit e und 165 AEUV wurde die primärrechtliche Grundlage für die Förderkompetenz der Europäischen Union in diesem Bereich geschaffen.<sup>88</sup> Aus Art 6 lit e AEUV kann ausdrücklich entnommen werden, dass es sich bei dem Bereich *Sport* um eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten selbst handelt, wenngleich die Union sowohl unterstützend wie auch koordinierend zur Förderung der europäischen Dimension des Sports hinzutreten kann. Im Folgenden sollen wesentliche, beihilfenrechtlich relevante Problemstellungen behandelt werden.

Angesichts der überwiegend leeren Staatskassen hat man im Laufe der letzten Jahre zunehmend neuartige Finanzierungsarten und -modelle entwickelt bzw entwickeln müssen, um entsprechende Fördermittel durch die Beteiligung der öffentlichen Hand weiterhin gewährleisten zu können. Diese innovativen Finanzierungsarten bzw -modelle sehen von einer alleinigen Mittelbereitstellung durch die öffentliche Hand ab, vielmehr wird diese in die unterschiedlichsten Finanzierungsstrukturen miteingebunden, und beteiligt sich neben verschiedenen anderen Investoren sowohl an der Errichtung wie auch dem Betrieb des Stadions. Diese Beteiligungen erschöpfen sich jetzt nicht mehr nur in einer Zahlung von finanziellen Zuschüssen, sondern sind wesentlich vielfältiger ausgestaltet. Es erscheint daher zweckmäßig, im Folgenden einen kurzen Überblick über die in der Praxis typischen öffentlichen Beteiligungsformen zu geben.<sup>89</sup>

#### 1 Direkte Zuschüsse

Direkte Zuschüsse sind die am weitest verbreitete Form der Sportstadienfinanzierung.<sup>90</sup> Im Vorfeld der Fußball-WM 2006 in Deutschland wurden bspw von 16 Bewerbern um WM-Spiele – mit Ausnahme von *Bayern München*, *Borussia Dortmund* und *Bayer Leverkusen* – sämtliche Stadionprojekte durch direkte Zuschüsse unterstützt. Insgesamt wurden 570 Mio Euro bei Gesamtkosten von 1,4 Mrd Euro durch den Bund, die Länder und die Kommunen

<sup>88</sup> Vgl *Garcia/Weatherill*, Engaging with the EU in order to minimize its impact: sport and the negotiation of the Treaty of Lisbon, *Journal of European Public Policy* 2012, 238 ff.

<sup>89</sup> Vgl *Kreuzer*, Die öffentliche Förderung von Fußballstadien, 34.

<sup>90</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn 307; *Süßmilch/Elter*, FC Euro AG – Fußball und Finanzen, 142; *Vornholz*, Rentabilität von Stadien, 19.

zum Bau der Sportstadien beigesteuert.<sup>91</sup> Diese Form der staatlichen Unterstützung ist trotz diverser angespannter Budgethaushalte aufgrund der positiven Effekte für die Kommunen, wie zB die Steigerung der Attraktivität und zusätzliche Steuereinnahmen, keine Seltenheit.<sup>92</sup>

## 2 Gewährung von Ausfallsbürgschaften

Die hohe Bonität der Gebietskörperschaften und die unzureichende Kreditwürdigkeit der Vereine veranlasst Bund, Länder und Kommunen immer öfter dazu, die für die Fremdfinanzierung der aufwendigen Multifunktionsarenen erforderlichen Sicherheiten bereitzustellen. Neben der Übernahme von Ausfallsbürgschaften ist auch die Übernahme von Sicherungsgarantien durch die öffentliche Hand bereits gängige Praxis. Gelsenkirchen übernahm bspw beim Bau der *AufSchalke Arena* eine 80%ige Ausfallsbürgschaft in Höhe von 90 Mio Euro.<sup>93</sup> Zu einer 100%igen Absicherung kam es beim Bau vom Berliner und Hannoveraner Stadion.

## 3 Darlehensgewährung

Die öffentliche Hand kann natürlich auch selbst als Kreditgeber auftreten. Hier kann erneut das Beispiel des Hannoveraner Stadionprojekts angeführt werden, bei dem die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW Bankengesellschaft) ein Darlehen in der Höhe von 20 Mio Euro gewährt hat. An der KfW ist der Bund zu 80% und die Länder zu 20% beteiligt.

## 4 Kapitalbeteiligung an Besitz- bzw Betriebsgesellschaft

In der Mehrzahl an Fällen werden Besitz- bzw Betriebsgesellschaften gegründet, an denen sich verschiedene Interessensgruppen beteiligen können. Auch die öffentliche Hand kann in diesen Gesellschaften entsprechend vertreten sein. So ist bspw Berlin mittlerweile alleiniger Gesellschafter der Betreibergesellschaft Olympiastadion Berlin GmbH.

## 5 Vornahme stadionbezogener Infrastrukturmaßnahmen

Aufgrund der immer kommerzielleren Ausgestaltung des Fußballsports gewinnen auch die technischen und infrastrukturellen Rahmenbedingungen, wie zB die Erschließung des Stadions bzw der Arena durch öffentliche Verkehrsmittel wie Bus, Straßenbahn, U-, S- und Bundesbahn, immer mehr an Bedeutung für die Investoren. Diese Erschließung ermöglicht es, zusätzliche Einnahmen zu generieren. Die infrastrukturelle Anbindung des Stadionbaus in Dortmund (*Westfalenstadion*) und München (*Allianz Arena*) wurden zu einem erheblichen Anteil durch die öffentliche Hand finanziert. Im Fall der *Allianz Arena* in München beliefen

---

<sup>91</sup> Vgl *Hansen-Kohlmorgen*, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 42.

<sup>92</sup> Vgl *Hovemann/Pfeiffer*, Bälle, Tore und Finanzen II, 41.

<sup>93</sup> Vgl *Süßmilch/Elter*, FC Euro AG – Fußball und Finanzen, 143.

sich die Kosten auf über 200 Mio Euro.<sup>94</sup>

## 6 Ver- bzw Ankauf des Stadiongrundstücks

In früheren Jahren wurde die Stadionfinanzierung ausschließlich von den Kommunen vorgenommen. Daher sind diese in vielen Fällen auch heute noch Eigentümer der Stadiongrundstücke. In der 1. Deutschen Bundesliga sind bspw nach wie vor acht von 18 Stadiongrundstücken im Eigentum der Kommune bzw des jeweiligen Bundeslandes. In der 2. Deutschen Bundesliga sogar 13 von 18 Liegenschaften.<sup>95</sup> Durch diese Zahl wird die Relevanz der staatlichen Beteiligung an stadionbezogenen Grundstücksgeschäften sehr gut veranschaulicht. Die öffentliche Hand kann in diesen Fällen sowohl als Verkäuferin der Grundstücke an die Vereine als auch als Käuferin von den Vereinen bzw Besitzgesellschaften auftreten. Beihilfenrechtlich relevant ist oftmals der unentgeltliche oder vergünstigte Preis, zu dem die Immobilie den Vereinen bzw Gesellschaften überlassen wird.

Das *Volksparkstadion* des *Hamburger Sport Vereins* mit einem Areal von ca 75.000 m<sup>2</sup> wurde bspw durch den *Hamburger SV* für eine symbolische Mark von der Stadt Hamburg erworben. Tritt die öffentliche Hand hingegen als Käuferin auf, wäre ein beihilfenrechtlich relevantes Rechtsgeschäft der Kauf des Grundstücks durch die Stadt zu einem weit überhöhten Kaufpreis.

So wurde bspw die Kommission aufgrund von Unregelmäßigkeiten beim Verkauf des madrilenischen Trainingsgeländes (*Real Madrid CF*) auf das getätigte Rechtsgeschäft aufmerksam, bei dem die Liegenschaft um 480 Mio Euro verkauft wurde. In diesem Fall nimmt die Kommission an, dass aufgrund der hohen Verschuldung des Vereins das Trainingsgelände zu einem weit überhöhten Preis erworben worden ist.<sup>96</sup>

## 7 Zurverfügungstellung des in öffentlichem Eigentum stehenden Stadions

Stadionprojekte wie in Köln, Frankfurt oder Nürnberg wurden ausschließlich durch öffentliche Investitionen errichtet und finanziert. Diese durch die öffentliche Hand errichteten und finanzierten Anlagen werden in weiterer Folge den Vereinen gegen die Bezahlung eines Pacht- bzw Mietzinses zur Verfügung gestellt.<sup>97</sup> In diesen Fällen bergen die Konditionen der Stadionüberlassung ein gewisses beihilfenrechtliches Konfliktpotenzial in sich, wenn davon ausgegangen werden darf, dass die vereinbarten nicht den marktüblichen Konditionen entsprechen. Man darf jedoch mit Recht annehmen, dass diese Form der Subventionierung aufgrund der angespannten finanziellen Lage der Gebietskörperschaften

<sup>94</sup> Vgl Vornholz, Rentabilität von Stadien, 20.

<sup>95</sup> Vgl die Übersicht bei *Deutsche Fußball Liga*, ABC des Profifußballs, 211.

<sup>96</sup> Vgl Grötke, finanzreform 2004, 146 ff.

<sup>97</sup> Vgl Vornholz, Rentabilität von Stadien, 19.

in Zukunft an praktischer Bedeutung verlieren wird.

## **8 Gewährung von Steuervorteilen**

Die Fördermöglichkeiten können neben direkten oder indirekten Leistungen auch in Form eines Verzichts auf an sich zu erbringende Leistungen bestehen. So kann etwa die öffentliche Hand den Vereinen und Besitz- bzw. Betriebsgesellschaften bspw. Steuerbefreiungen, reduzierte Steuersätze, Steuergutschriften, Sonderabschreibungen und Steuerstundungen gewähren.<sup>98</sup> Als Beispiel soll hier das 2003 durch die Kommission eingeleitete Verfahren nach Art 108 Abs 2 AEUV gegen die italienische Regelung dienen, durch die Vereine Wertverluste der Berufsspieler über einen längeren Zeitraum als üblich gegen künftige Gewinne gegenrechnen durften.<sup>99</sup>

## **B Beihilfenrecht und die Stadionfinanzierung**

Die beihilfenrechtliche Prüfung der Stadionfinanzierung hat in zwei Stufen zu erfolgen: Zunächst muss es sich bei der Fördermaßnahme um eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV handeln. Erfüllt die Fördermaßnahme sämtliche dieser Tatbestandsmerkmale, ist im nächsten Schritt zu untersuchen, ob die Beihilfe unter den Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen ist. Im Speziellen ist hier auf die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) und im Allgemeinen auf die Legal- und Ermessensausnahmetatbestände der Art 107 Abs 2 und Abs 3 AEUV und den Art 106 Abs 2 AEUV hinzuweisen. Eine Fördermaßnahme unterliegt dann dem präventiven Beihilfeverbot mit Genehmigungsvorbehalt, wenn sie aus staatlichen Mitteln gewährt wurde und diese durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige geeignet sind, den Wettbewerb zumindest potenziell zu verfälschen.

## **C Vorliegen einer verbotenen Beihilfe gem Art 107 Abs 1 AEUV**

### **1 Anwendungsbereich der Europäischen Beihilfekontrolle**

#### *a Sektorspezifische Sonderregelungen*

Kommt es zur Anwendung etwaiger Spezialregelungen für bestimmte Wirtschaftszeige, wird der weite und umfangreiche Anwendungsbereich des Beihilfenrechts von diesen überlagert. Derartige Spezialregelungen könnten sich durch Artt 93, 96, 42, 43, 346 und 347 AEUV ergeben. Diese sektorspezifischen Regelungen spielen zumindest nach aktuellem Stand bei der beihilfenrechtlichen Beurteilung der Fördermaßnahmen an Ersteller, Betreiber oder

---

<sup>98</sup> Vgl. Vornholz/Janus, Finanzierung von Fußballstadien, 55.

<sup>99</sup> Vgl. Kommission, Decreto Salva Calcio, ABI 2006 L 353/16.

Nutzer von Fußballstadien keine Rolle.

*b Keine Anwendung auf De minimis-Beihilfen*

Die *De minimis*-Verordnung<sup>100</sup> definiert geringfügige Beihilfen (Bagatellbeihilfen), die nach Ansicht der Kommission bei Unterschreiten eines bestimmten Schwellenwerts nicht geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen oder den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Wird nun der mit 200.000 Euro festgesetzte Schwellenwert nicht überschritten und ausschließlich einem Unternehmen innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren zuteil, so erfüllt die staatliche Maßnahme nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV und unterliegt daher auch nicht der gem Art 108 Abs 3 AEUV vorgeschriebenen Notifizierungspflicht an die Kommission.

Aufgrund der zumeist sehr hohen Finanzierungskosten der Stadionprojekte ist dieser Anwendungsbereich der *De minimis*-Verordnung praktisch nur von sehr geringer Bedeutung, da der Schwellenwert von 200.000 Euro bei direkten Zuschüssen regelmäßig weit überschritten wird.<sup>101</sup>

*c Keine Anwendung auf rein lokale Wirtschaftstätigkeit*

Das europäische Beihilfenrecht schafft durch das allgemeine Tatbestandsmerkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (sog Zwischenstaatlichkeitsklausel) eine Abgrenzung zwischen dem beihilfenrechtlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten.<sup>102</sup> So wurde durch die Kommission klargestellt, dass eine staatliche Fördermaßnahme nur dann der Europäischen Beihilfenkontrolle unterliegt, wenn das begünstigte Unternehmen wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet, „die den Handel zwischen Mitgliedstaaten berühren“.<sup>103</sup> Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Behandlung dieses Tatbestandsmerkmals vor einer Untersuchung des Vorliegens einer tatbestandsmäßigen Beihilfe empfehlenswert. Gem ständiger Rechtsprechung des EuGH reicht es bereits aus, eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu bewirken – sofern die Maßnahme geeignet ist.<sup>104</sup> Die Rechtsprechung bejaht dieses Kriterium immer dann, wenn die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im EU-Binnenmarkt verbessert wird.<sup>105</sup>

Im Wesentlichen ist das der Fall, wenn sich die Beihilfe profitabel auf die Import- oder Exportmöglichkeit eines Unternehmens auswirkt. Da die Kommission nicht die tatsächliche

---

<sup>100</sup> Verordnung (EU) 1407/2013.

<sup>101</sup> Vgl *Hansen-Kohlmorgen*, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 103.

<sup>102</sup> Vgl *Haidenhain*, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, §4 (Rn 67).

<sup>103</sup> Mitteilung *der Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C17/4, Ziff 32f.

<sup>104</sup> EuGH, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769 (Rn40).

<sup>105</sup> Vgl *Lübbig/Martin Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn 235.

Auswirkung einer staatlichen Beihilfe auf dem EU-Binnenmarkt, sondern lediglich die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung nachweisen muss, sind die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an dieses Merkmal durchwegs gering. Die Praxis der Kommission geht davon aus, dass nur noch rein lokale Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich des Art 107 Abs 1 AEUV fallen. Neben der verbesserten Marktstellung des unmittelbar geförderten Unternehmens kann sich die Wettbewerbsverfälschung auch durch eine verbesserte Marktstellung eines dritten Unternehmers ergeben. Daher sind auch mittelbar von der Förderung profitierende Unternehmen in die Prüfung miteinzubeziehen. Der Annahme einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung steht es daher nicht entgegen, wenn das begünstigte Unternehmen selbst in keiner Weise grenzüberschreitend tätig geworden ist.<sup>106</sup>

aa Unterscheidung nach Ersteller-, Betreiber- und Nutzerebene

Neben den im Wettbewerb um die Erbringung von Baumaßnahmen stehenden Unternehmen (Erstellerebene) und den das Stadion nutzenden Vereinen (Nutzerebene) können sich stadionbezogene Fördermaßnahmen auch auf die Ebene der Betreiber auswirken (Betreiberbene). Letztere stehen nicht nur mit anderen Betreibern im Wettbewerb um den Betrieb des Stadions, sondern konkurrieren auch mit Betreibern gleich gearteter Stadien um Nutzer der Infrastruktur.

bb Verbesserung der Exportmöglichkeiten

i Nutzerebene

Durch die erbrachten staatlichen Fördermaßnahmen iFe Stadienneubaus, können die Hauptnutzer (idR die Vereine) mit erhöhten Einnahmen aus dem Ticketverkauf rechnen, vorausgesetzt, der Verein ist Eigentümer des Stadions oder es wurde ihm im Rahmen eines Pachtvertrags überlassen. Einer Kalkulation der NordLB zufolge kommt es nach einem Stadienneubau zu einem Anstieg der Einnahmen durch eine erhöhte Auslastung von rund 20%. Andere Sportstadienprojekte, wie Rostock und Mönchengladbach, belegen diese Zahlen. Dort kam es sogar zu Steigerungen von 51% (Rostock) und 75% (Mönchengladbach). Überhaupt stehen sämtliche Einnahmekategorien in mittel- bzw unmittelbarem Zusammenhang mit der Spielstätte.<sup>107</sup> Die Finanzmittel, die durch die Sportstätte generiert werden, ermöglichen den Vereinen eine erhöhte Aktivität am europäischen Transfermarkt. Die Verpflichtung von herausragenden Spielern führt in weiterer Folge zu einer entsprechenden Absatzsteigerung der vereinsbezogenen Güter, wie zB Übertragungsrechte und Merchandising-Produkte (zB Trikots, Schals etc). Der rein regionale Charakter auf Nutzerebene wird, wenn überhaupt, nur bei unterklassigen Amateurvereinen gegeben sein

<sup>106</sup> EuGH, Rs C-66/02, *Italien/Kommission*, Slg 2005, I-10901 (Rn 117).

<sup>107</sup> Vgl *Hovemann/Pfeiffer*, Bälle, Tore und Finanzen II, 38.

können.

ii      Betreiberebene

Auf Betreiberebene ist eine Verbesserung der Exportmöglichkeiten zu bejahen, wenn es durch die Fördermaßnahme zu einer erhöhten, grenzüberschreitenden Nachfrage auf Besucherebene und/oder einer Verbesserung der Position im Anbieterwettbewerb mit ausländischen Konkurrenten hinsichtlich potenzieller Veranstaltungen kommt. Kurzum liegt eine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels vor, wenn es zu einer Steigerung der grenzüberschreitenden Besuchernachfrage respektive einer Besserstellung im grenzüberschreitenden Anbieterwettbewerb kommt. Eine beihilfenrechtliche Tatbestandsmäßigkeit wird in aller Regel dann auszuschließen sein, wenn das Stadion kein Austragungsort internationaler Wettbewerbe bzw. Veranstaltungen ist.

iii     Erstellerebene

Eine öffentliche Investitionshilfe bei Stadionprojekten kann schließlich auch zu einer Beeinträchtigung des europäischen Binnenhandels auf Bestellerebene führen. Bauunternehmen, die für die Errichtung einer Sportstätte in Frage kommen, stehen in einem regelmäßigen, grenzüberschreitenden Wettbewerb zueinander. Das beauftragte Bauunternehmen generiert durch die Beteiligung an einem prestigeträchtigen Bauprojekt internationale Reputation und natürlich auch entsprechendes Know-how, das im grenzüberschreitenden Wettbewerb für die Vergabe weiterer Projekte dienlich sein kann. Eine Verbesserung der Exportmöglichkeit würde nur in diesen Fällen verneint werden müssen, wenn der Bauunternehmer ein künftige Tätigkeit im Ausland ausschließen würde und bis dato nur auf dem nationalen Markt tätig war.<sup>108</sup>

cc     Verschlechterung der Importmöglichkeiten

i       Nutzerebene

Eine Verschlechterung der Importmöglichkeiten auf Nutzerebene scheint für ausländische Vereine möglich, wenn ein Verein verstärkt Investitionen in den eigenen Nachwuchs fließen lässt und damit unabhängiger von bei ausländischen Vereinen unter Vertrag stehenden Spielern wird. Dies müsste verneint werden, wenn der betroffene Verein bislang ausschließlich Spieler nationaler Herkunft eingesetzt hat. Dieser Anwendungsbereich ist jedoch aufgrund der Tatsache, dass mittlerweile auch Vereine niedriger Spielklassen vermehrt am internationalen Transfermarkt tätig werden, nur noch selten gegeben.

ii     Betreiberebene

Eine solche Verschlechterung auf Betreiberebene ist dann gegeben, wenn durch die

---

<sup>108</sup> Vgl. *Kreuzer*, Die öffentliche Förderung von Fußballstadien, 55.

Fördermaßnahmen die Tätigkeitschancen von Anbietern vergleichbarer Dienstleistungen aus anderen EU-Staaten in dem die Beihilfe gewährenden Mitgliedstaat verschlechtert werden. Es stellt sich also auch hier wiederum die Frage, ob am Betrieb des Stadions nur lokale Unternehmen oder auch ausländische Unternehmen Interesse haben. Sind nun auch ausländische Unternehmen am Betrieb des Stadions interessiert und wird der Stadionbetrieb an ein nationales Unternehmen vergeben, wirkt sich dieses negativ auf den EU-Binnenhandel aus. Wichtig bei solchen Stadien ist daher die strikte Trennung des Besucher- vom Betreiberwettbewerbs. Da aber die überwiegende Anzahl an Sportstätten ein Projektvolumen über den vergaberechtlichen Schwellenwerten aufweist und die Vergabe der Bau- wie auch (Betreiber-)Dienstleistungsaufträge somit europaweit ausschreibungspflichtig ist, kann alleine schon deshalb ein grenzüberschreitender Wettbewerb über die Betriebsvergabe angenommen werden.

iii Erstellerebene

Die Ausführungen zur Verschlechterung der Importmöglichkeiten auf Betreiberebene gelten gleichermaßen auch auf Erstellerebene. Besteht für die Erbringung von Bauleistungen an dem jeweiligen Stadion ein grenzüberschreitender Wettbewerb, bei dem das nationale mit dem ausländischen Unternehmen in Konkurrenz steht, so liegt auch nur bei lokaler Besuchernachfrage eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns vor.

d *Persönlicher Anwendungsbereich („Unternehmen oder Produktionszweig“)*

Der persönliche Anwendungsbereich des europäischen Beihilferegimes, dh die Unternehmereigenschaft, ist für sämtliche Begünstigungsempfänger gesondert zu untersuchen.

aa Begünstigungsempfänger auf Ersteller- und Betreiberebene

Zuwendungsempfänger der Fördermaßnahmen im Bereich des Baus und der Modernisierung des Stadions bzw der stadionbezogenen Infrastruktur ist in der Regel der Verein selbst oder eine (Besitz-)Gesellschaft, die für die Abwicklung des Bauprojekts verantwortlich ist. Es handelt sich bei der Planung bzw Umsetzung eines Bauprojekts in dieser Größenordnung unzweifelhaft um eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit. Durch das Prinzip der Rechtsformunerheblichkeit ist es unbeachtlich, ob der Ersteller als gemeinnützig tätiger Verein oder als „Public Private Partnership“ organisiert ist. Entscheidend ist vielmehr, dass es sich bei der ausgeübten Tätigkeit der Stadionerrichtung nicht nur um eine vorübergehende wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Davon ist aber aufgrund der Größenordnungen dieser Projekte in aller Regel nicht auszugehen. Auch der Betrieb eines Stadions ist eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit und daher beihilfenrechtlich relevant. Daran ändert auch nichts, dass der Stadionbetreiber neben rein wirtschaftlichen gegebenenfalls auch mögliche Gemeinwohlinteressen verfolgt, indem er die Infrastruktur neben dem Profiverein auch

Amateurvereinen bzw. gemeinnützigen Einrichtungen zur Verfügung stellt.<sup>109</sup>

bb Begünstigungsempfänger auf Nutzerebene

Auf dieser Ebene wird vorausgesetzt, dass der betroffene Verein gegenüber anderen Stadionbenutzern bevorzugt behandelt wird bzw. die staatliche Fördermaßnahme in besonderer Weise auf ihn zugeschnitten wurde. Aufgrund der Tatsache, dass die hier behandelten Stadien ausschließlich zur Austragung von Fußballspielen errichtet wurden, beschränkt sich die Unternehmereigenschaft auf die dort in Erscheinung tretenden Fußballvereine. Die Unternehmereigenschaft von Fußballvereinen wird in der europarechtlichen Judikatur bzw. Entscheidungspraxis<sup>110</sup> und in der Literatur<sup>111</sup> übereinstimmend dann als gegeben angesehen, wenn diese „mit Hilfe von Berufssportlern öffentliche Wettkämpfe veranstalten oder derartige Darbietungen durch die Vergabe der Übertragungsrechte an Rundfunk- und Fernsehanstalten oder in sonstiger Weise, zB durch die Vermietung von Werbeflächen, vermarkten“.<sup>112</sup>

i Profivereine

Es besteht kein Zweifel, dass sämtliche Profifußballvereine aus den europäischen Ligen wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben und somit regelmäßig unter den europäischen Unternehmensbegriff fallen. Nicht zuletzt dafür spricht, dass die Vereine heutzutage zumeist als gewinnorientierte Kapitalgesellschaft organisiert sind.

ii Amateurvereine

Ist der Hauptnutzer des Stadions ein Amateurverein, so gilt es auch hier – unter Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs – zu untersuchen, ob der betreffende Verein eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Spielklasse allein ist noch kein zuverlässiges Beurteilungskriterium für die Bejahung bzw. Verneinung der Unternehmereigenschaft eines Vereins. Vielmehr braucht es in solchen Fällen eine umfassende Einzelfallbeurteilung.<sup>113</sup> Wie bereits unter II D 1 a ausgeführt, gilt für die unternehmerische Tatbestandsmäßigkeit einerseits das Prinzip der Rechtsformunerheblichkeit, und andererseits kann von einer etwaigen Gewinnerzielungsabsicht abgesehen werden. Einzig erforderlich ist, dass der Verein wirtschaftliche Ziele verfolgt und auf Märkten aktiv ist, in denen mehrere Teilnehmer zueinander in einem Wettbewerb stehen.<sup>114</sup> Auch Amateurvereine erkennen immer öfter,

<sup>109</sup> Vgl. Koenig/Kühling/Scholz, in: Koenig/Kühlin/Theobald, Recht der Infrastrukturförderung, 29.

<sup>110</sup> EuGH, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, I-4921, 5026 (Rn 255).

<sup>111</sup> Vgl. Schwarze/Hetzel, EuR 2005, 581.

<sup>112</sup> Vgl. Kreuzer, Die öffentliche Förderung von Fußballstadien, 61f.

<sup>113</sup> Vgl. Hansen-Kohlmorgen, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 82.

<sup>114</sup> Vgl. Hansen-Kohlmorgen, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 80.

dass die bisherigen Führungsstrukturen optimiert werden müssen, um auf dem Niveau der Konkurrenten mithalten zu können. In der Folge kommt es zum Ausbau von Marketingstrukturen oder der Professionalisierung des Ticketing. In solchen Fällen wird man das wirtschaftliche Tätigwerden kaum noch verneinen können. Dieser Ansicht wird durch einen Beschluss der Kommission, in dem sie die Bejahung der Unternehmereigenschaft bei Amateurvereinen ausdrücklich für möglich hält, entsprochen.<sup>115</sup>

## 2 **Begünstigung iF typischer Fördermaßnahmen der öffentlichen Hand im Bereich der Stadionfinanzierung**

### a *Direkte Zuschüsse*

Wird ein Stadionprojekt durch die öffentliche Hand direkt subventioniert, erhält die Besitz- bzw. Betreibergesellschaft einen geldwerten Vorteil in Höhe einer Zahlung, ohne dass diesem eine adäquate Gegenleistung im Austauschverhältnis gegenübersteht. Bei solchen direkten Zuschüssen handelt es sich somit um Begünstigungen iSd Art 107 Abs 1 AEUV. Zu einem anderslautenden Ergebnis kommt man, wenn das zur Verfügung gestellte Kapital als Kompensation für gemeinwirtschaftliche Gemeinwohlverpflichtungen bestimmt ist. Fraglich ist, ob Maßnahmen im Bereich des Stadionbaus überhaupt als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Betracht kommen würden.

### b *Stellung von Sicherheiten*

Auch die Übernahme von Ausfallsbürgschaften zugunsten einer Besitzgesellschaft bzw. des Vereins muss im Lichte der allgemeinen Grundsätze einer Begünstigung untersucht werden, wengleich man staatliche Ausfallsbürgschaften bei Stadionprojekten bislang als kritisch eingestuft hat, da es an eindeutigen Entscheidungskriterien fehlt. Daraus folgt ein Zustand nicht übersehbarer Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten.<sup>116</sup> Die Begünstigung des kreditnehmenden Unternehmens ist jedenfalls darin zu sehen, dass die Besitzgesellschaft bzw. der Verein unter gewöhnlichen Marktbedingungen den jeweiligen Bankkredit wegen Fehlens ausreichender Sicherheiten nicht erhalten hätte.

Eine Begünstigung in Form einer staatlichen Sicherstellung kann dann ausgeschlossen werden, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Das Unternehmen steht auf wirtschaftlich soliden Beinen und hätte daher auch unter gewöhnlichen Marktbedingungen eine Bürgschaft erhalten
- Das durch den Staat eingegangene Risiko wird durch eine angemessene Prämie

<sup>115</sup> Vgl. *Commission Staff Working Document, The EU and Sport: Background and Context – Accompanying Document to the White Paper on Sport*, SEC (2007)935, 29.

<sup>116</sup> So stellen bspw. *Vorholz/Janus* in einer Studie aus dem Jahre 2001 fest, dass die Ausfallsbürgschaften der Kommunen „hinterfragt“ werden sollten, vgl. *dieselbigem*, Finanzierung von Fußballstadien, 143.

vergütet

- Das Unternehmen hätte auch ohne die Bereitstellung staatlicher Sicherheiten den gewünschten Kredit bekommen
- Der Umfang der Garantie ist auf einen bestimmten Höchstbetrag beschränkt und von begrenzter Laufzeit
- Die Garantie deckt höchstens 80% des ausstehenden Kreditbetrags

Aufgrund der Tatsache, dass subventionierte Vereine sich in aller Regel in wirtschaftlichen Schieflagen befinden, ist die Erfüllung von gerade der ersten Voraussetzung problematisch. Die Kommission empfiehlt daher in Zweifelsfällen die Anmeldung der staatlichen Bürgschaft, zumal sich durch ihre Anmeldung das Risiko einer nachträglichen Rückzahlungspflicht ausschließen lässt.<sup>117</sup>

#### c *Darlehensgewährung*

Der Staat kann nun nicht nur als Ausfallsbürge, sondern auch als Darlehensgeber selbst auftreten. Der geldwerte Vorteil für das begünstigte Unternehmen liegt nun entweder in der Erlangung des Darlehens selbst oder in einer günstigeren Ausgestaltung der Darlehenskonditionen (zB Zinssatz, verlangte Sicherheiten etc). Entscheidend für die Qualifikation als Begünstigung durch Darlehensgewährung ist die Beurteilung, ob das Unternehmen die Kapitalbeträge in gleichem Umfang und zu den gleichen Konditionen auch auf den Kapitalmarkt bekommen hätte (*Private Investor Test*). Ist das der Fall, so ist eine Begünstigung iSd Art 107 Abs 1 AEUV zu verneinen.

#### d *Vertragliche Begünstigungen bei Verkauf des Stadiongrundstücks*

Auch heute noch steht die überwiegende Zahl an Stadiongrundstücken im Eigentum der öffentlichen Hand, womit es natürlich im Rahmen eines Stadionneubaus zu beihilfenrechtlich beachtlichen Vorgängen kommen kann. Bedeutsam für diese Analyse ist die Mitteilung der Kommission aus dem Jahre 1997<sup>118</sup>, in der sie die jeweiligen Beurteilungskriterien für eine begünstigende Veräußerung der Liegenschaft präzisiert und darüber hinaus allgemeine Grundsätze für die beihilfenrechtliche Beurteilung von Grundstücksverkäufen durch die öffentliche Hand festlegt.

Der vermögenswerte Geldwert liegt zweifellos im Erwerb der jeweiligen Liegenschaft. Dabei stellt sich die Frage einer angemessenen Gegenleistung in Form einer Kompensationszahlung. Auch hier kommt es wieder zur Anwendung des *Private Investor Tests*. Eine angemessene Gegenleistung liegt in all jenen Fällen vor, in denen ein öffentliches

<sup>117</sup> Vgl *Harings*, Praxis des EU-Beihilfenrechts, Rn 51.

<sup>118</sup> Vgl Mitteilung der *Kommission* betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand („Grundstücksmittelung“), ABI 1997 C209/3.

Bietverfahren stattgefunden hat und der Verein bzw die Besitzgesellschaft als Meistbieter den Zuschlag erhalten hat. Anforderungen an dieses Bietverfahren sind einerseits eine hinreichende Publizität des Angebots und andererseits die Bedingungsfreiheit der Ausschreibung.<sup>119</sup> Erfolgt die Ermittlung des Marktpreises nicht, wie eben beschrieben, durch ein öffentliches Bietverfahren, kann der Marktpreis auch durch einen unabhängigen Sachverständigen ermittelt werden.<sup>120</sup> Wird die Liegenschaft nun an den Meistbieter, geschweige denn um den durch den unabhängigen Sachverständiger ermittelten Marktpreis an den Verein bzw die Besitzgesellschaft veräußert, liegt keine Begünstigung iSd Art 107 Abs 1 AEUV vor.

*e Vertragliche Begünstigung bei der Stadionvermietung bzw -verpachtung*

Neben dem Verkauf des Stadiongrundstücks können auch Begünstigungselemente durch die Vermietung bzw Verpachtung des Stadionareals an den Verein bzw die Betreibergesellschaft durch die öffentliche Hand vorliegen. Diese Konstellationen weisen eine große Praxisnähe auf, da nicht selten eine im öffentlichen Eigentum stehende Stadioninfrastruktur dem Betreiber bzw Nutzer zu einem symbolischen Betrag oder gar unentgeltlich überlassen wird.<sup>121</sup> Die Erlangung eines geldwerten Vorteils liegt hier in der vermittelten Nutzungsmöglichkeit der Anlage. Um die Höhe der marktadäquaten Gegenleistung feststellen zu können, braucht es nach Ansicht der Kommission entweder ein öffentliches Bietverfahren oder ein durch einen unabhängigen Sachverständiger erstelltes Wertgutachten. Nur wenn einer diesen beiden Anforderungen Genüge getan wurde, liegt beihilfenrechtskonformes Handeln vor.<sup>122</sup>

Dass dieser Anforderung einer marktadäquaten Gegenleistung in der Praxis ausreichend Genüge getan wird, bleibt zu bezweifeln. Der *FC Bayern München* bspw bezahlt für die Nutzung seines Trainingsgeländes lediglich einen Pachtzins iHv 3.000 Euro. Der Wert der Liegenschaft beläuft sich dabei auf 50 Mio Euro.<sup>123</sup>

*f Befreiung von Leistungspflichten, insb Gewährung von Steuervorteilen*

Wie bereits gezeigt, können nicht nur positive Leistungen unter das Beihilfenverbot fallen, sondern auch die dem Unternehmen gewährte Belastungsminderungen iFv Steuerbefreiungen, reduzierte Steuersätze oder Steuerstundungen. Die kommissionelle Grundlage für die Bewertung von beihilfenrechtlichen Belastungsminderungen bildet die

<sup>119</sup> Vgl Grundstücksmitteilung, ABl 1997 C 209/3 (Abschnitt II.1).

<sup>120</sup> Vgl *Kommission*, Centrale del Latte di Roma, ABl L 265/15 (Rn 89).

<sup>121</sup> Vgl *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 638.

<sup>122</sup> Vgl *Kommission*, Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen mbH, ABl 1999 C 280/8, 10.

<sup>123</sup> Vgl *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 638.

Mitteilung aus dem Jahre 1998<sup>124</sup>, in der die maßgeblichen Anwendungskriterien der Beihilfenkontrolle dargelegt wurden. Der geldwerte Vorteil lässt sich in diesen Fällen in der Abweichung des tatsächlich geleisteten Steuerbetrags zum normalerweise zu tragenden Regelsteuersatz erblicken. Ein solcher Vorteil liegt nach Ansicht der Kommission vor, wenn

- es zu einer Minderung der Steuerbemessungsgrundlage kommt (zB besonderer Steuerabzug, außergewöhnliche oder beschleunigte Abschreibung, Aufnahme von Rücklagen in die Bilanz)
- es zu einer vollständigen oder teilweisen Ermäßigung des Steuerbetrags kommt (zB Steuerbefreiung, Steuergutschrift)
- ein Zahlungsaufschub, eine Aufhebung der Steuerschuld oder eine außergewöhnliche Abzahlung der Steuerschuld in Raten vereinbart wurde.

### 3 Selektivität der Beihilfe

Der selektive Charakter einer Fördermaßnahme kann sich entweder aus einer ausdrücklich an ein Unternehmen gerichteten Einzelmaßnahme oder – bei allgemein gefassten Maßnahmen – aus der tatsächlichen Begrenzung des Begünstigtenkreises ergeben.<sup>125</sup>

Recht einfach lässt sich die Selektivität einer Maßnahme ermitteln, wenn die Begünstigung an einen speziellen Kreis an Unternehmen oder aber an ein spezielles einzelnes Unternehmen gerichtet wurde. Letzteres trifft auf die überwiegende Zahl an Förderungen im Bereich der Stadionsubvention zu. Darunter fallen direkte Zuschüsse, Darlehensvergaben, Staatsbürgschaften sowie Vorteilsgewährungen bei Grundstücksgeschäften durch die öffentliche Hand. Komplexer gestaltet sich die Analyse, wenn die Fördermaßnahmen allgemeinen Charakter aufweisen, sprich nicht namentlich an ein spezielles oder einen Kreis von Unternehmen gerichtet wurde. Häufig handelt es sich bei derartigen Maßnahmen um Maßnahmen der staatlichen Infrastrukturförderung.<sup>126</sup>

#### *a Selektivitätskriterium iRd beihilfenrechtlichen Beurteilung von (Sport-)Infrastrukturmaßnahmen*

Da staatliche Infrastrukturmaßnahmen klassischerweise im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und damit der gesamten Wirtschaft zugutekommen, fehlt es in aller Regel an der erforderlichen Selektivität der Maßnahme. Exemplarisch sind hier die zahlreichen öffentlich betriebenen (Freizeit-)Sportinfrastrukturen, die der Allgemeinheit zur Verfügung stehen und daher keinem einzelnen Unternehmen oder Unternehmenskreis zugutekommen.

<sup>124</sup> Mitteilung der *Kommission* über Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung („Unternehmensbesteuerungsmitteilung“), ABl 1998 C 384/3.

<sup>125</sup> Vgl *Zeits*, Der Begriff der Beihilfe, 199.

<sup>126</sup> Zu den Schwierigkeiten bei der Anwendung des Bestimmtheitskriteriums auf Maßnahmen der Infrastrukturförderung vgl *Modlich*, Nationale Infrastrukturmaßnahmen, 243.

Dem Selektivitätskriterium kommt bei der beihilfenrechtlichen Beurteilung eine sehr große Bedeutung zu, da im Rahmen dieses Tatbestandselements diejenigen Maßnahmen aus dem Beihilfenverbot herausgenommen werden, von der unterschiedslos die gesamte Wirtschaft profitiert.

Die gewichtige Bedeutung des Bestimmtheitsmerkmals bei der beihilfenrechtlichen Bewertung von Infrastrukturmaßnahmen wird bereits bei der Untersuchung der begünstigenden Wirkung der Maßnahme deutlich, denn bereits bei der Bejahung der begünstigenden Wirkung wird eine beiläufige Untersuchung des selektiven Charakters vorausgesetzt und damit das Selektivitätskriterium bereits ausnahmsweise auf der Begünstigungsebene relevant.

*b Selektivitätskriterium bei unternehmensspezifischen Zuschnitt der Infrastruktur*

Im Wesentlichen bietet es sich an, zwischen einer *allgemeinen*, dh unterschiedslos der Allgemeinheit zugutekommenden, und einer *unternehmensspezifischen*, dh selektiven, Infrastrukturmaßnahme zu unterscheiden. Damit eine entsprechende Zuordnung vorgenommen werden kann, muss geprüft werden, ob die jeweilige Maßnahme besonders auf die Anforderungen des Unternehmens zugeschnitten worden ist, womit dieses zum alleinigen Nutznießer dieser Maßnahme wird, oder ob sie aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung vielmehr dem Interesse der Allgemeinheit zugutekommt. Dh je eher eine Infrastrukturmaßnahme durch mehrere Unternehmen genutzt werden kann, desto eher ist sie als allgemeine Maßnahme einzustufen. Eine alleinige Nutznießung solcher allgemeinen Fördermaßnahmen kann auch in diesen Fällen gegeben sein, wenn die Sportstätte scheinbar für die Allgemeinheit errichtet worden ist, tatsächlich aber nur ein oder mehrere Unternehmen spezifisch davon profitieren.<sup>127</sup>

Entscheidend für die Selektivitätsprüfung ist immer die tatsächliche Wirkung solcher Fördermaßnahmen, dh planerische Absichten, die durch die Mittelbereitstellung verfolgt wurden, und die Deklaration als „allgemeine Maßnahme“ spielen für die beihilfenrechtliche Beurteilung keine Rolle. Folgt man sowohl der Literatur als auch der Rechtsprechung bzw der Entscheidungspraxis, sind die selektive Tatbestandsmäßigkeit typischerweise im Rahmen von Stadionprojekten bei folgenden Infrastrukturmaßnahmen zu prüfen:

- Selektiver Charakter der Stadionbereitstellung durch die öffentliche Hand
- Selektiver Charakter der öffentlich erbrachten bzw finanzierten stadionbezogenen Erschließungsmaßnahmen
- Selektiver Charakter der auf dem (in Vereins- bzw Privateigentum stehenden) Stadiongrundstück vorgenommenen inneren Erschließungsmaßnahmen

<sup>127</sup> Vgl Koenig/Kühling, SpuRt 2002, 53; vgl Frenz, Handbuch Europarecht, Rn 644.

*c Typische Infrastrukturmaßnahmen der öffentlichen Hand bei Stadionprojekten*

aa Bereitstellung des durch die öffentliche Hand errichteten Stadions

Ausgehend vom allgemeinen Abgrenzungskriterium der potenziellen Nutzungsmöglichkeit kann der selektive Charakter einer solchen Bereitstellungsmaßnahme einerseits durch eine multifunktionale Nutzungsmöglichkeit der prüfungsrelevanten Anlage und andererseits durch eine offene und diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung konkretisiert werden.

i Multifunktionale Nutzbarkeit

Die Multifunktionalität eines Sportstadions, dh die vielseitige Verwendbarkeit der Anlage, ist ein Indiz für den allgemeinen Charakter dieser Infrastruktureinrichtung. Dieser Ansatz deckt sich auch mit der Ansicht der Kommission, die bestätigt, dass die Selektivität von Investitionen in Sportstätten dann verneint werden muss, wenn die betreffende Einrichtung nicht nur einer bestimmten Sportart dient, sondern darüber hinaus zB auch für Musik- oder Politikveranstaltungen oder für den Breitensport genutzt werden kann oder darf.<sup>128</sup> Aktuell erfüllen nur zwei der achtzehn Erstligastadien in Deutschland diese Anforderungen an die Multifunktionalität, nämlich das Berliner *Olympiastadion* und das Nürnberger *easyCredit-Stadion* (beides Stadien mit Leichtathletikbahnen).

ii Offener und diskriminierungsfreier Zugang

Auch bei einer in diesem Sinne multifunktionalen Ausrichtung eines Stadions muss sichergestellt werden, dass allen Nutzern ein Zugang zu gleichen Bedingungen gewährt wird. Gelten hingegen für einen Nutzer bzw eine Nutzergruppe Vorzugskonditionen, stellt sich auch die staatliche Förderung von Mehrzweckanlagen grundsätzlich als selektive Begünstigung dar.<sup>129</sup> Diese Prüfung erfolgt aufgrund eines zweistufigen Prüfungssystems. In erster Linie muss geprüft werden, *ob* allen potenziell an der Nutzung Interessierten der Zugang zur Anlage gewährt wird. In zweiter Linie wird geprüft, *wie* die Konditionen der Nutzungsbereitstellung ausgestaltet sind. Dh allen potenziellen Nutzern muss die Stadionnutzung zu gleichen Bedingungen (zB Mietgebühren, Nutzungszeiten) ermöglicht werden.

bb Verkehrsmäßige Erschließung des Stadions durch die öffentliche Hand

Neben der Beteiligung an der Errichtung des Stadions kann die öffentliche Hand auch beihilfenrechtlich prüfungsrelevante infrastrukturelle Erschließungsmaßnahmen (äußere Erschließung) vornehmen. Eine Abgrenzung zwischen allgemeinen verkehrspolitischen Maßnahmen und unternehmensspezifischen Maßnahmen ist in diesen Fällen äußerst

<sup>128</sup> Vgl *Bartosch*, Kommentar zum EU-Beihilferecht, Art 87 Abs 1, Rn 109.

<sup>129</sup> Vgl *Koenig/Kühling/Scholz*, in: *Koenig/Kühling/Theobald*, 23.

schwierig, da diese Vorteile natürlich einerseits dem Stadionnutzer, andererseits aber auch dem allgemeinen Verkehr zugutekommen. Die häufigsten in der Praxis vorkommenden Maßnahmen sind die Errichtung einer Autobahnauffahrt, einer Zubringerstraße oder einer Bahnlinie vom und zum Stadion.<sup>130</sup> Die Selektivität ist immer dann zu bejahen, wenn die Erschließungsmaßnahmen auf ein bestimmtes Unternehmen zugeschnitten worden sind.

cc Erschließungsmaßnahmen auf dem Stadiongrundstück selbst

Erschließungsmaßnahmen (innere Erschließung), die auf dem Grundstück eines bestimmten Unternehmers durchgeführt werden, erfüllen das Kriterium der Selektivität dann, wenn es sich bei den durchgeführten Arbeiten regelmäßig um unternehmensbezogene Maßnahmen handelt, die ausschließlich dem Eigentümer bzw den Betreibern und Nutzern des Stadiongrundstücks zugutekommen. Um solche inneren Erschließungsmaßnahmen handelt es sich zB bei Begradigungs- und Befestigungsarbeiten, Netzanschlüssen, Anschlüssen zu einem Weg ua. Als Beispiel der Stadionpraxis kann hier die Errichtung von Parkplätzen am Grundstück des Berliner *Olympiastadions* genannt werden. Von der Errichtung der unter- und oberirdischen Stellplätze profitierten ausschließlich die Nutzer und Besucher des Berliner *Olympiastadions*, womit es sich hierbei zweifelsfrei um eine selektive Maßnahme handelt.<sup>131</sup>

#### 4 Transfer staatlicher Mittel im Hinblick auf die Stadionfinanzierung

a *Staatliche Zurechenbarkeit der Fördermaßnahme*

Der überwiegende Teil an staatlichen Fördermaßnahmen im Rahmen von Stadioninvestitionen wird durch den Bund bzw seine staatlichen Untergliederungen gewährt, womit in den meisten Fällen von einer Zurechenbarkeit iSd Art 107 Abs 1 AEUV ausgegangen werden kann. Der Bund selbst tritt in der Regel selten als Beihilfengeber auf. So beschränkte sich sein Engagement bei der Finanzierung der deutschen WM-Stadien auf eine Beteiligung an den Stadionbauprojekten in Leipzig und Berlin, während in den meisten anderen Austragungsstätten die Länder und die Austragungsorte selbst die Stadionbauten gefördert haben. Die Auswirkung auf die beihilfenrechtliche Beurteilung bleibt davon unberührt, denn auch die finanziellen Mittel, die durch die Länder und Gemeinden (Kommunen) zur Verfügung gestellt werden, fallen unter das Staatlichkeitserfordernis.

b. *Belastung des staatlichen Haushalts*

Regelmäßig führen die im Rahmen der Stadionprojekte getätigten Fördermaßnahmen mittelbar, zB in Form von Direktzuschüssen, Kapitalbeteiligungen, Darlehensgewährungen

<sup>130</sup> Beispiele bei *Hansen-Kohlmorgen*, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 90.

<sup>131</sup> Vgl *Hansen-Kohlmorgen*, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 90.

oder durch die Finanzierung bzw. Vornahme von Infrastrukturmaßnahmen, zu einem Abfluss staatlicher Mittel.

## 5 Verfälschung des Wettbewerbs im Hinblick auf die Stadionfinanzierung

Im Hinblick auf den oben ermittelten Kreis der möglichen Begünstigten ist auch hier, im Rahmen der Untersuchung einer möglichen Wettbewerbsverzerrung, zwischen den Ebenen der Stadionbenutzer, -betreiber und -ersteller zu unterscheiden.

### *a Wettbewerbsverfälschung auf der Nutzerebene*

Eine Wettbewerbsverfälschung auf Nutzerebene ist dann gegeben, wenn sich die Lage des begünstigten Vereins auf den relevanten sachlichen wie auch räumlichen Märkten verbessert. Der **sachliche Markt** umfasst dabei sämtliche Bereiche, in denen der Verein als Anbieter oder Nachfrager von Produkten bzw. Dienstleistungen tätig ist bzw. werden könnte. Bei Fußballvereinen ergeben sich daraus folgende sachliche Nachfrage- bzw. Angebotsmärkte:

- Nachfragemarkt nach Sportausrüstungen und -geräten,
- Nachfrage nach Berufs- bzw. Arbeitsleistungen von Spielern und Trainern,
- Angebotsmarkt für Berufs- bzw. Arbeitsleistungen von Spielern und Trainern
- und der Angebotsmarkt für Merchandising-Artikel.

Wie bereits erwähnt, reicht die Möglichkeit aus, auf diesen sachlichen Märkten als Verein tätig werden zu können; eine tatsächliche Tätigkeit ist für die Erfüllung des gegenständlichen Tatbestandelements nicht zwingend erforderlich.

Der relevante *räumliche Markt* bestimmt, wie weit die gerade ermittelten sachlich relevanten Angebots- und Nachfragemärkte distanzmäßig mit Wettbewerbern aus dem In- und gegebenenfalls Ausland konkurrieren. Überwiegend sind Vereine auf den *nationalen Märkten* tätig. Auf diesen treten sie als Nachfrager von Sportgeräten, als Anbieter von Merchandising-Artikeln und als Konkurrenten um Arbeitsleistungen von Spielern und Trainern auf. Eine grenzüberschreitende Wirkung bei der Ausübung der genannten wirtschaftlichen Tätigkeitsfelder kann jedoch nicht ausgeschlossen werden. Das gilt vor allem für die Arbeitsleistung von Spielern und Trainern, die auf dem *europaweiten Transfermarkt* nachgefragt und angeboten werden. Auch der Verkauf von Merchandising-Artikeln erlangt zunehmend große wettbewerbsrechtliche Bedeutung durch die verstärkten Vermarktungsaktivitäten der DFL (Deutsche Fußball Liga) im Ausland. Auch der Beschaffungsmarkt von Sportgeräten entfaltet grenzüberschreitende Wirkung, da die europäischen Vereine zumindest potenziell den gleichen, dh europaweiten Waren- und

Dienstleistungsmarkt nutzen.<sup>132</sup>

Wie trägt die an den Verein erbrachte staatliche Fördermaßnahme jetzt zur Verfälschung des Wettbewerbs bei? Die finanzielle Lage der Vereine verbessert sich durch die erhaltene Maßnahme um genau diesen Wert der Beihilfe. Diese ersparten finanziellen Ausgaben können jetzt genau in diese relevanten sachlichen Märkte investiert werden. Den Vereinen stehen damit mehr Geldmittel für die Beschaffung von Sportgeräten iFv hochwertiger Trainingsausrüstung und darüber hinaus für ein umfangreiches Tätigwerden am einheitlichen europäischen Transfermarkt, das zu einer Erhöhung der Marktanteile zu Lasten anderer Wettbewerbsteilnehmer führt, zur Verfügung.<sup>133</sup> Dass auch der Absatzmarkt für Merchandising-Artikel durch eine staatliche Fördermaßnahme betroffen sein kann, zeigt sich durch folgenden Wirkungszusammenhang: Der überwiegende Anteil der dem Verein zur Verfügung stehenden Mittel wird in die Verpflichtungsgeschäfte von Spielern investiert werden. Diese Investitionen führen zu einer Erhöhung der Qualität der Mannschaft. Trägt ein Verein nun seine Spiele in einem (öffentlich finanzierten) modernen Stadion aus, hat er vielseitigere Möglichkeiten, Umsatzerhöhungen zu generieren. Diese Mittel stehen dem Verein wiederum beim Tätigwerden auf dem Transfermarkt zur Verfügung. Durch diese gesteigerte Möglichkeit, Spieler zu verpflichten, wird die Mannschaft mittel- bis langfristig größere sportliche Erfolge verbuchen können.<sup>134</sup> Folglich wird sich das Zuschauerinteresse an Spielen dieser Mannschaft auch entsprechend steigern. Durch dieses gesteigerte Zuschauerinteresse aus dem In- und Ausland werden die Einnahmen des Vereins durch den Verkauf von Merchandising-Artikeln angekurbelt, so dass es im Ergebnis zu einer, bedingt durch die Fördermaßnahme, sportlichen Besserstellung des Nutzers auf den entsprechenden Märkten kommt.

Als internationale Beispiele dienen hier die Erlöse aus dem Trikotverkauf von Spitzenspielern wie Cristiano Ronaldo (Real Madrid CF), Lionel Messi (FC Barcelona) und Neymar da Silva Santos Júnior (FC Barcelona), deren Transfersummen von bis zu 94 Mio Euro alleine durch den Verkauf der Trikots bereits in der ersten Saison gänzlich amortisiert waren.

Als weiteres Praxisbeispiel kann der *TSG 1899 Hoffenheim* angeführt werden. Durch den privaten Geldgeber Dietmar Hopp war es dem Klub aus dem 3300 Einwohner zählenden Sinsheimer Stadtteil Hoffenheim möglich, durch die Verpflichtung zahlreicher Topspieler innerhalb von sieben Jahren aus der deutschen Oberliga (fünfhöchste Spielklasse) in die 1. Bundesliga aufzusteigen um schließlich die Hinrunde sogar als Tabellenführer zu beenden.

---

<sup>132</sup> Vgl hierzu die schriftliche Anfrage P-2491/02 von *Peter Esteve* (ELDR) an die Kommission vom 02.09.2002, abgedruckt in ABI 2003 C 137E, 86f.

<sup>133</sup> Vgl *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, §43 (Rn 80); siehe auch *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 638 (Rn 211).

<sup>134</sup> Vgl *Hansen-Kohlmorgen*, *Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur*, 103.

Ohne die finanziellen Mittel von Dietmar Hopp wären diese Spielerinvestitionen nicht möglich gewesen, so hat der Verein in der Saison 2007/2008 alleine mehr Geld für Neuverpflichtungen ausgegeben als alle übrigen Zweitligisten zusammen.<sup>135</sup>

*b Wettbewerbsverfälschung auf der Betreiberebene*

Der für die Beurteilung einer möglichen Wettbewerbsverzerrung relevante *sachliche Markt* umfasst alle Veranstaltungsstätten bzw deren Betreiberunternehmen, die in gleicher Weise für die gleichen Veranstaltungskategorien geeignet sind. Erfasst sind hiervon jedoch nicht alle nur denkbaren Veranstaltungskategorien, sondern nur jene Veranstaltungen bzw deren Veranstalter, die üblicherweise auch ein solches vom begünstigten Unternehmen betriebenes Stadion nutzen und daher als potenzielle Nachfrager in Betracht kommen.

Für die erforderliche *räumliche Markt*abgrenzung bietet es sich an, zwischen kleinen und großen internationalen Stadien zu differenzieren, da gerade aufgrund der unterschiedlichen Stadiengrößen auch die Nachfragen entsprechend divergieren. Kleinere Stadien werden idR als Austragungsort für inländische und international weniger bekannte Veranstaltungen gebucht und konkurrieren daher kaum mit Stadien aus anderen Mitgliedstaaten. Die Konkurrenz ist in diesen Fällen vielmehr am nationalen Markt zu finden. Demgegenüber konkurrieren große internationale Stadien nicht nur mit den heimischen Stadionbetreibern, sondern durchaus auch mit dem europäischen Ausland.<sup>136</sup> So ist es durchaus denkbar, dass sich ein international anerkannter Künstler bei der Auswahl seiner Tourstadien für ein modernisiertes und sich auf dem neuesten technischen Stand befindendes Stadion zu Lasten eines anderen „schlechteren“ europäischen Stadions entscheidet. Somit liegt hier eine Konkurrenzsituation mit anderen Mitgliedstaaten vor.

Die staatliche Beihilfe muss also geeignet sein, den Wettbewerb zwischen den begünstigten Betreiberunternehmen auf dem ermittelten relevanten Markt zu verfälschen. Es ist dabei, wie bereits auf Nutzerebene gezeigt, irrelevant, ob das Unternehmen nur mit inländischen Stadionbetreibern oder auch mit Stadionbetreibern aus dem europäischen Ausland in einem Konkurrenzverhältnis steht. Gleichwohl müsste bei einer rein nationalen oder regionalen Wettbewerbsverzerrung mit Blick auf das grenzüberschreitende Tatbestandsmerkmal nach der sogenannten Zwischenstaatlichkeitsklausel zumindest die Eignung der Beeinträchtigung des europäischen Binnenhandels gegeben sein.

Fest steht, dass die Wettbewerbsstellung des Stadionbetreibers, unabhängig von der Größe der Stadien, durch die staatliche Subventionsmaßnahme gerade im Bereich der Akquise in jedem Fall verbessert ist. Das zeigt sich zum Beispiel auch an der Tatsache, dass

<sup>135</sup> Vgl Kreuzer, Die öffentliche Förderung von Fußballstadien, 247.

<sup>136</sup> Vgl Hansen-Kohl Morgen, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 105.

Großveranstaltungen wie Olympische Spiele respektive Fußball-Weltmeisterschaften regelmäßig in neugebauten bzw modernisierten Stadien stattfinden. Somit kommt es zweifelsfrei zu einer (drohenden) Wettbewerbsverfälschung durch die verbesserte Ausgangsbasis im Bereich der Akquise des Stadionbetreibers gegenüber seinen Konkurrenten.<sup>137</sup>

*c Wettbewerbsverfälschung auf der Erstellerebene*

Der *sachlich* relevante Markt erstreckt sich auf Erstellerebene über alle Bauunternehmen, die mit dem begünstigten Unternehmen in einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis stehen. Als Marktabgrenzungskriterium gilt, dass das potenzielle Unternehmen ebenso in der Lage gewesen wäre, die Errichtung des Stadions zu übernehmen. In *räumlicher* Hinsicht ist von einem europaweiten Markt der nationalen Bauunternehmen auszugehen.

Es liegt nun eine Wettbewerbsverzerrung vor, wenn die Stellung eines begünstigten Bauunternehmens gegenüber seinen Konkurrenten durch eine staatliche Mittelzuführung verbessert wird und das Bauunternehmen durch die Auftragserteilung damit aus Nachfragesicht eine assoziierte Expertise in diesem Bereich vorzuweisen hat, die sich weiter positiv auf die zukünftige Auftragslage auswirken wird. Man spricht in solchen Fällen von einer reputationsbedingten Ausweitung des Auftragsvolumens.

**6 Mit dem Binnenmarkt vereinbare Sportstättenfinanzierung**

*a Anwendungsbereich der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) am Beispiel von Sportinfrastrukturen und multifunktionalen Freizeitinfrastrukturen*

Die wichtigsten Instrumente der alten AGVO wurden im Zuge der Gesamtreform des Beihilfenrechts, die unter dem Begriff „SAM“ (*State Aid Modernisation*) vorgenommen worden ist, überarbeitet. Die AGVO sieht generell eine beihilfenrechtlich zulässige Förderung dann vor, wenn die in der Verordnung vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Einhaltung bestimmter Transparenzvorschriften und eine multifunktionale Verwendung der Anlage. Somit stellt die Einhaltung der folgenden Voraussetzungen eine gute Alternative zur Abstimmung der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit durch die Kommission dar. Für Sportinfrastrukturen gelten nach der neuen allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)<sup>138</sup> entsprechende Besonderheiten. Der gesellschaftlich hohe Stellenwert des Sports ist durch die *Erklärung von Amsterdam zum Sport* und durch *Art 165 Abs 2 AEUV* auf europäischer Ebene untermauert. Wie bereits dargelegt, kann die Errichtung einer Einrichtung für Sportveranstaltungen auch als Aufgabe

---

<sup>137</sup> Vgl Hansen-Kohlmorgen, Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur, 105.

<sup>138</sup> VO (EU) Nr 651/2014.

des Staates der Allgemeinheit gegenüber angesehen werden.<sup>139</sup> Kann eine Sportarena über ihre sportspezifische Widmung hinaus auch für Kulturveranstaltungen wie Konzerte und Shows eingesetzt werden, kommt als zweites förderungswürdiges Ziel die „Vielfalt der Kulturen“ iSd Art 167 Abs 4 AEUV hinzu. Wie bereits dargelegt, entfaltet eine Fördermaßnahme für den Ausbau der Infrastruktur dann keine beihilfenrechtlich relevante Wirkung, wenn die Anlage allen potenziellen Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung steht.

Für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen stellt Art 55 AGVO eine Reihe von Transparenzpflichten auf. Art 5 sieht bspw vor, dass die finanziellen Konditionen, zu denen ein Profisportverein eine Sportinfrastruktur nutzen darf, öffentlich zugänglich gemacht werden müssen. Weiters fordert Art 6, dass die Vergabe von Aufträgen für Baumaßnahmen oder den Betrieb der Sportstätte ebenfalls offen, transparent und diskriminierungsfrei zu erfolgen hat.

Besondere Bedeutung kommt Art 55 Abs 2 AGVO zu. Danach darf die Sportinfrastruktur nicht ausschließlich von einem Profisportverein genutzt werden, sondern muss vielmehr im Laufe eines Jahres mindestens zu 20% der verfügbaren Nutzungszeiten von anderen Profi- oder Amateursportvereinen genutzt werden können. Wird die Infrastruktur nun von mehreren Nutzern gleichzeitig genutzt, sind zudem nach Art 55 Abs 2 AGVO die entsprechenden Anteile ihrer Nutzungszeiten an den Zeitkapazitäten der Infrastruktur zu berechnen. Offen ist, wie die prozentuelle Nutzungszeitberechnung erfolgen soll. Bspw könnte eine Berechnung auf Basis der Heimspiele des Vereins durchgeführt werden. Eine solche Berechnung würde eine Nutzungszeit in Tagen bei etwa 20 (Heim-)Spielen plus jeweils ein Tag Vor- und Nachbereitungszeit von 60 ergeben. Nutzt nun ein Dritter das Stadion für 15 Tage, so wird das Stadion in Summe für 75 Tage genutzt. Dem Anfordernis von mindestens 20% würde in diesem Fall Genüge getan werden, da auf den Profiverein 80% entfallen würden.<sup>140</sup>

Von Bedeutung sind schließlich noch die im Rahmen der AGVO in Art 4 Abs 1 lit z unter bb ausgewiesenen Schwellenwerte, die sich bei Investitionsbeihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen auf 15 Mio Euro pro Unternehmen und Jahr oder Gesamtkosten von 50 Mio Euro pro Vorhaben belaufen. Bei Betriebskosten für Sportinfrastrukturen beträgt dieser 2 Mio Euro pro Infrastruktur und Jahr. Diese Schwellenwerte verfolgen das Ziel, große Infrastrukturvorhaben, wie das bei international spielenden Erstligaclubs der Fall ist, von sonstigen Infrastrukturvorhaben zu trennen, bei denen es überwiegend an einer großen Wettbewerbsbeeinträchtigung fehlen wird.

<sup>139</sup> *Kommission*, SA 35135, Investment in Ahoy by the Municipality of Rotterdam – C4/2008 (Rn 67).

<sup>140</sup> Vgl *Wittig*, Die neue AGVO und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien, EuZW 2015, 53.

Seit 1. Juli 2014 können nun staatliche Maßnahmen, die gerade erläuterte Voraussetzungen erfüllen, ohne vorherige Anmeldung bei der Europäischen Kommission umgesetzt werden. Sind die Voraussetzungen der AGVO nicht erfüllt, muss die geplante staatliche Maßnahme hingegen der Kommission regulär gemeldet werden. Diese überprüft in weiterer Folge die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt.

*b Genehmigung nach Art 107 Abs 3 lit c AEUV*

Gemäß des Durchführungsverbots des Art 108 Abs 3 AEUV dürfen Maßnahmen, die sämtliche beihilfenrechtliche Tatbestandselemente des Art 107 Abs 1 AEUV erfüllen, nicht umgesetzt werden, es sei denn, die Kommission lässt diese im Rahmen einer speziellen Genehmigung zu.<sup>141</sup> Beihilfen für den Sektor Sport können angesichts des klaren, auf Kultur und kulturelles Erbe ausgerichteten, Wortlauts nicht unter die „Kulturmaßnahme“ des Art 107 Abs 3 lit d AEUV subsumiert werden.<sup>142</sup> Daher werden Maßnahmen aus dem Bereich des Sports von der Kommission nach Art 107 Abs 3 lit c AEUV geprüft. Entscheidend für die Vereinbarkeit mit dem europäischen Binnenmarkt ist, dass die Maßnahme ein gemeinsames Ziel verfolgt, die öffentliche Finanzierung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist und keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung vorliegt.<sup>143</sup>

Das *gemeinsame Interesse* im Bereich des Sportstadienbaus ist – wie im Rahmen der AGVO-Erläuterungen gezeigt – gegeben, da dessen gesellschaftliche Bedeutung einerseits aus Art 165 AEUV herausgelesen werden kann und andererseits der Sport ein Wirtschaftszeug mit hoher integrativer, sozialer, gesellschaftlicher und gesundheitlicher Funktion ist. Werden diese Aspekte des Sportes durch eine Maßnahme in besonderer Weise gefördert, so lässt sich damit ein besonderes Ziel von gemeinsamem Interesse begründen.<sup>144</sup>

Die öffentliche Finanzierung ist *geeignet und erforderlich*, wenn nachgewiesenermaßen ein Mangel an entsprechenden Einrichtungen besteht<sup>145</sup> oder diese nicht mehr zeitgemäß sind.<sup>146</sup> Im Falle eines Sportstättenneubaus untersucht die Kommission, ob der Kapazitätsbedarf nicht auch durch Aus- bzw Umbau bereits bestehender Anlagen abgedeckt

<sup>141</sup> Vgl Otter/Glavanovits, Sportfinanzierung im Visier der EU-Beihilfenkontrolle, causa sport 2013, 281.

<sup>142</sup> Vgl Kühling, Art 107, in: Streinz (Hrsg), Art 107 AEUV, Rn 133; Schröder, Art 107 Abs 3 lit d AEUV, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg), Europäisches Beihilfenrecht 2013, Rn 2106; Egger/Barrett, Neue Freistellungsmöglichkeiten im Beihilfenrecht, in: Jaeger/Haslinger (Hrsg), Jahrbuch Beihilfenrecht 2014, 326.

<sup>143</sup> Vgl Werner, Gelbe Karte durch die EU-Kommission: Der Profi-Fußball im Visier des EU-Beihilfenrechts, SpuRt 2013, 185; Otter/Glavanovits, Sportfinanzierung im Visier der EU-Beihilfenkontrolle, causa sport 2013, 281; Wittig, Die neue AGVO und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien, EuZW 2015, 53.

<sup>144</sup> Vgl Kommission, SA 37109, Rn 30ff (Football stadiums in Flanders); Kommission, SA 35440, Rn 15 (Multifunktionsarena der Stadt Jena); Kommission, SA 35135, Rn 14 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt); Kommission, SA 36105, Rn 19 (Fußballstadion Chemnitz).

<sup>145</sup> Vgl Kommission, SA 35440, Rn 16 (Multifunktionsarena der Stadt Jena).

<sup>146</sup> Vgl Kommission, SA 37109, Rn 35 (Football stadiums in Flanders).

werden hätte können. Die Mitgliedstaaten müssen zudem nachweisen, dass die Beihilfe ein Marktversagen behebt, da sich kein privater Geldgeber für das geplante Vorhaben finden würde.<sup>147</sup>

Im Rahmen der *Verhältnismäßigkeit* prüft die Kommission, dass die Fördermaßnahme nicht über das erforderliche Maß hinausgeht. Die Maßnahme muss zielgerichtet sein und sich auf jene Finanzierungslücken beschränken, die nicht durch private Investoren gedeckt werden konnten.<sup>148</sup> Schlussendlich müssen die Fördermaßnahmen eine positive Gesamtbilanz nachweisen können, dh die positiven Auswirkungen müssen die negativen überwiegen.<sup>149</sup>

## V Zusammenfassung

Die Förderung der Infrastruktur ist, wie sich gemäß meiner Ausführungen am Beispiel von deutschen Sportstadien zeigt, beihilfenrechtlich von hoher Relevanz. Die bisherigen Aktivitäten der Kommission deuten darauf hin, dass der Profisportsektor dem EU-Beihilfenrecht vollständig unterworfen wird. Es wurde gezeigt, dass nicht nur die mit dem Bau und Betrieb der Stadien betrauten Unternehmen als Empfänger von beihilfenrechtlich beachtlichen Fördermaßnahmen in Frage kommen, sondern auch die hauptsächlich nutzenden Vereine vom Kontrollstrahl der Kommission erfasst sind. Es ist somit eine sorgfältige Prüfung aller möglichen Handlungsoptionen auf allen unterschiedlichen Ebenen (Ersteller, Betreiber und Nutzer) vorzunehmen. Es liegt nun an den beteiligten Empfängern, die Beihilfe vollständig zu vermeiden (vor allem über den PIT), eine vorhandene Beihilfe zu rechtfertigen (insbesondere über die AGVO) oder in einer Abstimmung mit der Kommission beihilfenrechtliche Zweifelsfragen zu klären.

Ich teile die Meinung<sup>150</sup>, dass der Profisportsektor völlig zu Recht dem Beihilfenrecht unterliegt, da es sich um einen Wirtschaftsfaktor von enormer Bedeutung handelt. Bei Fußballproficlubs handelt es sich vielmehr um Wirtschaftsunternehmen, die sogar zum größten Teil an der Börse tätig sind. Die besondere gesellschaftliche Bedeutung des Sports soll jedoch bei der Beihilfenprüfung berücksichtigt werden. Dass gewisse Beihilfen für Sportinfrastrukturprojekte gem der neuen allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung von der kommissionellen Notifikationspflicht ausgenommen sind, ist im Sinne der Verfahrensökonomie positiv zu bewerten.

Auch ist der besonderen Stellung des Sports durch die Regelung des Art 107 Abs 3 lit c AEUV

<sup>147</sup> Vgl *Kommission*, SA 37342, Rn 64 (Regional Stadia Development in Northern Ireland).

<sup>148</sup> Vgl *Kommission*, SA 35440, Rn 21 (Multifunktionale Arena der Stadt Jena).

<sup>149</sup> Vgl *Heithecker*, Art 107 Abs 3 AEUV, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg), *Europäisches Beihilfenrecht* 2013, Rn 1487.

<sup>150</sup> Vgl *Leeb*, in: Jaeger/Haslinger (Hrsg), *Beihilfenrecht* 2015, 399 ff.

entsprechend und meiner Meinung nach ausreichend Rechnung getragen worden. Fest steht, dass der Sportsektor ein besonderer Markt ist, nicht zuletzt deswegen, weil es im Vergleich zu anderen Sektoren kein Vorteil ist, wenn Konkurrenten aus dem Markt verdrängt werden, da der Sport Konkurrenz braucht, um den sportlichen Wettkampf überhaupt erst ermöglichen zu können. Die Existenz anderer Clubs ist daher wesentlich, um selbst wirtschaftlich tätig werden zu können. Ein gewisses Maß an Kooperation ist daher selbst zwischen konkurrierenden Clubs erforderlich.<sup>151</sup> Darüber hinaus erfordert die Sportökonomie eine gewisse Ausgeglichenheit der Liga, damit der Ausgang des Spiels nicht bereits im Vorhinein feststeht. Damit ist das erforderliche Maß an Spannung und Zuschauerinteresse garantiert. Damit gerade diese Spannung beibehalten werden kann, darf die finanzielle Schlagkraft der einzelnen Vereine nicht zu stark divergieren, da die zahlungskräftigsten Clubs auch die besten Spieler verpflichten können, womit wiederum die Wahrscheinlichkeit eines ungewissen Ausgangs der Spiele verringert wird.<sup>152</sup> Es kann daher davon ausgegangen werden, dass es im Interesse der Profisportvereine liegt, dass Konkurrenten keine staatlichen Beihilfen erhalten, wodurch es zu einer Verzerrung des Wettbewerbs kommen kann. Der Sport lebt von einem fairen und spannenden Wettkampf, denn nur wenn die Rahmenbedingungen für alle Akteure annähernd gleichwertig sind, können Leistungen der Ausnahmetalente sowohl auf Spieler- wie auch auf Trainerseite entsprechend honoriert werden und diese aus dem Schatten des Durchschnitts hervortreten.

---

<sup>151</sup> Vgl. *Drewes*, Fußball Bundesliga: Zentralvermarktung und Beihilfen fördern Dominanz einzelner Clubs, Wirtschaftsdienst 2014, 588.

<sup>152</sup> Vgl. *Drewes*, Fußball Bundesliga: Zentralvermarktung und Beihilfen fördern Dominanz einzelner Clubs, Wirtschaftsdienst 2014, 589.

## Literaturverzeichnis

Drewes: Fußball Bundesliga: Zentralvermarktung und Beihilfen fördern Dominanz einzelner Clubs, in: Wirtschaftsdienst 2014, 588-593

Hansen-Kohlmorgen: Staatliche Förderung von Sportinfrastruktur – Europarechtliche Probleme dargestellt am Beispiel der FIFA WM 2006, Baden-Baden 2007

Kerschner: Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen, Wien 2014

Kreuzer: Die öffentliche Förderung von Fußballstadien, Baden-Baden 2011

Tüllmann: Die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge im Kontext des europäischen Beihilfenrechts, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEus) 2008, 469-525

Weilguny: Sportstättenbau in Deutschland – 1.Teil:Stadionprojekte für 500 Mio. Euro geplant, in: SPONSORs – Wissen für Sportbusiness, Ausgabe 11/2006, 38-40

Weilguny: Businessplan für Stadionbau – Schlösser für die Provinz, in: SPONSORs – Wissen fürs Sportbusiness, Sportstättenreport, 4-5

Werner: Gelbe Karte durch die EU-Kommission: Der Profi-Fußball im Visier des EU-Beihilfenrechts, in: Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt), Heft 5/2013, 181-186

Wittig: Die neue AGVO und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) Heft 2/2015, 53-58

### Sammelwerke:

Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri: Materielles Europarecht, Wien 2009

Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg): Europäisches Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2014

Birstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg): Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden, 2013

Callies/Ruffert (Hrsg): EUV/AEUV, München 2011

Jaeger/Haslinger (Hrsg): Beihilferecht. Jahrbuch 2015, Wien 2015, 399-418

### Onlinerecherche:

<http://kreuzer.de/uploads/files/Publikationen/WK/CausaSport.pdf>

[http://s.bundesliga.de/assets/doc/501988\\_original.pdf](http://s.bundesliga.de/assets/doc/501988_original.pdf)

<http://www.berliner-gespraechskreis.eu>

<http://rsw.beck.de/rsw/upload/euzw/euzw-dreifachsynopse.pdf>