

Dr. Till Müller-Ibold, Brüssel*

Die beihilfenrechtliche Behandlung großer Investitionsvorhaben

Dieser Beitrag beschreibt welche Anforderungen das EU Beihilfenrecht an die Förderung von großen Investitionsvorhaben stellt, die durch staatliche Subventionen zur regionalen Entwicklung benachteiligter Regionen unterstützt werden sollen. Unter Berücksichtigung der sozio-ökonomischen Grundüberlegungen der Kommission, werden die sechs Hauptgenehmigungskriterien – (i) Erforderlichkeit, (ii) Geeignetheit, (iii) Transparenz, (iv) Beitrag zu regionaler Entwicklung, (v) Anreizeffekt und Beschränkung auf das Minimum, sowie (vi) die Vermeidung übermäßiger, schädlicher Auswirkungen auf den Wettbewerb – beschrieben und analysiert.

I. Einleitung

Die Förderung großer Investitionsvorhaben erfolgt zumeist durch Regionalbeihilfen, z. T. ergänzt durch Fördermittel aus „horizontalen“ Programmen, wie der Förderung von Forschung und Entwicklung oder von Umweltschutzmaßnahmen. Die Fördervoraussetzungen für Regionalbeihilfen sind von der Kommission vor nicht allzu langer Zeit überarbeitet worden und haben ihren Niederschlag in den Regionalleitlinien 2014–2020 („RLL“)¹ und der „allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung“² („AGVO“) gefunden.

Dieser Beitrag erläutert die Bedeutung der Regionalleitlinien vor dem Hintergrund der sozio-ökonomischen Grundüberlegungen der Kommission. Ein Schwerpunkt der Änderungen der Regionalleitlinien im Vergleich zu den Vorgängerregelungen betraf große Investitionsvorhaben,³ so dass hier die Fördervoraussetzungen, die für große Vorhaben von besonderer Bedeutung sind, im Mittelpunkt stehen. Das sind: (i) der Beitrag des Vorhabens zur regionalen Entwicklung, (ii) der Anreizeffekt und die Beschränkung der Beihilfen auf das notwendige Minimum und (iii) die Vermeidung negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Wenn es um die Förderung von „Großem“ geht, dann bedarf zunächst die Frage der Klärung, was denn „groß“ eigentlich heißt. *Size matters* – und zwar in dreierlei Form:

– *Große Unternehmen* werden z. T. an anderen Maßstäben gemessen als „kleine und mittlere“ Unternehmen (KMU). KMU sind nach heutigem Recht⁴ solche Unternehmen, die (i) weniger als 250 Beschäftigte haben und (ii) deren Jahresumsatz unter 50 Mio. Euro oder deren Bilanzsumme unter 43 Mio. Euro liegt. Alle anderen Unternehmen sind „groß“.⁵

– Auch die Förderung von *großen Investitionsvorhaben* unterliegt engeren Grenzen. Dabei handelt es sich um Vorhaben deren förderfähigen Kosten 50 Mio. Euro übersteigen.⁶ Ein Vorhaben kann aus mehreren getrennten Projekten bestehen, die von verschiedenen Unternehmen einer Unternehmensgruppe innerhalb von drei Jahren an einem Ort durchgeführt werden (*geänderte Definition* von „Einzelinvestition“).⁷

– Besondere Bedingungen gelten schließlich auch für Investitionsvorhaben, die – z. B. wegen ihrer Größe – der Kommission im Einzelfall notifiziert und von ihr genehmigt werden müssen.

II. Rechtlicher Rahmen für die Genehmigung von Regionalbeihilfen

1. Beihilfenrechtliche Relevanz der Regionalleitlinien

Die Förderung von großen Vorhaben und/oder großen Unternehmen muss entsprechend den allgemeinen Vorgaben des EU Beihilfenrechts erfolgen. Eine „staatliche Beihilfe“ i. S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV⁸ darf daher nur gewährt werden, wenn diese zuvor der EU-Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV notifiziert und von dieser genehmigt wurde.⁹

Die Kommission hat die Regionalleitlinien erlassen, um die vagen Vorgaben von Art 107 Abs. 3 lit. a) und c) AEUV für

* Der Autor ist Senior Counsel der Rechtsanwälte Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in Brüssel und auf Fragen des Beihilfenrechts spezialisiert. Dieser Beitrag enthält eine leicht gekürzte und aktualisierte Fassung seines Vortrags, der 2016 im Rahmen der 8. Speyerer Europarechtstage der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer gehalten wurde. Mehr über den Autor auf S. IV.

1 Europäische Kommission, Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014–2020, (2013/C 209/01), ABl. 2013 C 209/1, („RLL“), mit weiteren Materialien zugänglich unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/regional_aid/regional_aid.html.

2 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. 6. 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt („AGVO“), ABl. 2014, L 187/1.

3 Ähnl. *Junginger-Dittel*, New Rules for the Assessment of Notifiable Regional Aid, EStAL 2014, 677; *Todino/Zanazzo*, New Guidelines on Regional Aid, EStAL 2013, 676.

4 Vgl. Anh. I VO 651/2014 (Fn. 2).

5 Rn. 20 u RLL.

6 Rn. 201 RLL.

7 Rn. 20 t RLL.

8 Zum Begriff der staatlichen Beihilfe siehe die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016 C 262/1.

9 Vgl. Art. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. 7. 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV („VerfahrensVO“), ABl. 2015 L 248/9.

Regionalbeihilfen zu konkretisieren. Ihr steht hinsichtlich der Genehmigung grundsätzlich ein weites Ermessen zu.¹⁰ Durch die Regionalleitlinien bindet sie sich und ihr Ermessen, sodass (obwohl die Regionalleitlinien kein verbindlicher Rechtsakt sind), eine Abweichung im Einzelfall ohne Änderung der Regionalleitlinien nicht mehr möglich ist.¹¹

Das EU-Recht regelt dabei nur, in welchen Fällen die Kommission solche geplanten staatlichen Beihilfen genehmigen kann. Selbst wenn alle EU-rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ergibt sich daraus kein Anspruch eines potentiellen Beihilfenempfängers darauf, dass der Mitgliedstaat ihm solche Beihilfen auch tatsächlich gewährt. Darüber entscheiden Mitgliedstaaten nach nationalem Recht.¹² Die EU-Genehmigung ist also eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Gewährung staatlicher Beihilfen.

Eine Notifizierung und Genehmigung durch die Kommission im Einzelfall ist nicht erforderlich, wenn (i) die zu gewährende Beihilfe in vollem Umfang von der AGVO¹³ erfasst und deshalb von der Notifizierung freigestellt ist¹⁴ oder (ii) wenn die Beihilfe auf der Grundlage eines von der Kommission genehmigten Beihilfenprogramms des betreffenden Mitgliedstaates gewährt wird, dass hinsichtlich der konkreten Beihilfe keinen Notifizierungsvorbehalt enthält.

In den Regionalleitlinien hat die Kommission auch geregelt, in welchen Fällen geplante Regionalbeihilfen ihr im Einzelfall notifiziert werden müssen, selbst wenn Förderung auf der Grundlage der AGVO oder von genehmigten Programmen bewilligt werden soll (die entsprechende Notifizierungsvorbehalte enthalten müssen, um selbst genehmigungsfähig zu sein)¹⁵:

- Das sind vor allem besonders große Vorhaben, die mit Beihilfen oberhalb der „Anmeldeschwelle“ gefördert werden sollen. Die Anmeldeschwelle entspricht, im Ergebnis, dem Betrag, der sich für eine Investition mit beihilfenfähigen Kosten von 100 Mio. Euro bei Anwendung des „angepassten Beihilfenhöchstsatzes“ ergibt. In einem C-Fördergebiet mit einer Regelbeihilfenintensität von 10% wären das 7,5 Mio. Euro.¹⁶
- Einzelfallnotifizierungen sind auch in anderen Fällen – unabhängig von der Größe des Vorhabens – erforderlich. Das gilt insbesondere für Vorhaben (i) die „ad hoc“ gefördert werden sollen, (ii) hinsichtlich von Verlagerungsinvestitionen im EWR, (iii) von Großunternehmen in sog. C-Fördergebieten zur Diversifizierung bestehender Betriebsstätten oder (iv) in Sondersektoren (z. B. *neu*: u. a. Transport, Energieerzeugung, Flughäfen).

2. Sozio-ökonomische Grundüberlegungen der Kommission zur Rechtfertigung von Regionalbeihilfen

Die Kommission hatte im Rahmen der letzten Runden ihrer Beihilfenreformenanstrengungen einen „*more refined economic approach*“ angekündigt.¹⁷ Die überarbeiteten Regionalleitlinien folgen diesem Ansatz und basieren auf eine Reihe von sozio-ökonomischen Grundüberlegungen,¹⁸ die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

Die Wirtschaftskraft der verschiedenen Regionen der EU ist nicht homogen. Regionale Entwicklungsdefizite widersprechen (i) dem Kohäsionsgedanken der EU-Verträge und sind (ii) teilweise Ausdruck von Marktversagen. (iii) Je größer diese Defizite und Differenzen sind, umso mehr sind staatliche Eingriffe gerechtfertigt (und umso höher ist die mög-

liche Beihilfenintensität). (iv) Beihilfen sollen zur Verringerung von regionalen Differenzen beitragen (Kohäsionsgedanke), Subventionswettläufe helfen nicht (= sind unerwünscht). Beihilfen, die dazu führen, dass sich Unternehmen in EWR-Regionen mit geringeren statt höheren Entwicklungsdefiziten ansiedeln, sind deshalb ebenso unerwünscht wie Beihilfen, die eine reine Verlagerung von Aktivitäten im EWR bewirken.

Regionalbeihilfen sind (v) nur dann effektiv, wenn sie zusätzliche Investitionen in eine Region mit Entwicklungsdefiziten bringen. Deshalb ist es besonders wichtig, dass Regionalbeihilfen einen „Anreizeffekt“ haben und zugleich auf den Betrag beschränkt werden, der gerade groß genug ist, um die gewünschte Verhaltensbeeinflussung zu bewirken (Beschränkung auf das nötige Minimum).

Große Unternehmen haben (vi) geringere Schwierigkeiten bei der Überwindung regionaler Defizite als kleine (u. a. weil sie besseren Zugang zu Kapital und Finanzmärkten haben). Regionalbeihilfen können (vii) besonders starke (und damit unerwünschte) Wettbewerbsverzerrungen auslösen, wenn (a) sie eine besonders starke Marktstellung des Empfängers begründen bzw. verstärken oder (b) zusätzliche Kapazitäten in Märkten schaffen, in denen Überkapazitäten zu befürchten sind.

III. Voraussetzungen für die Genehmigung von Regionalbeihilfen

1. Überblick

Auf der Grundlage dieser Überlegungen legen die Regionalleitlinien sechs Grundbedingungen fest, die grundsätzlich von allen Regionalbeihilfen erfüllt werden müssen.

- *Erforderlichkeit*: Ein staatlicher Eingriff muss zur Überwindung von Marktversagen oder Kohäsionsproblemen erforderlich sein (Rn. 26 b RLL).

10 Vgl. etwa EuG, 1. 12. 2004 – Rs. T-27/02, Kronofrance SA, ECLI:EU:T:2004:348, Slg. 2004, II-4177, Rn. 79: „Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kommission zwar bei der Anwendung des Art. 87 Abs. 3 EG über ein weites Ermessen verfügt, dessen Ausübung wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetzt, (...)“, unter Hinweis auf EuGH, 5. 10. 2000 – Rs. C-288/96, Deutschland/Kommission, ECLI:EU:C:2000:537, Slg. 2000, I-8237, Rn. 62, und EuGH, 7. 3. 2002 – Rs. C-310/99, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:2002:143, Slg. 2002, I-2289, Rn. 45 und 52).

11 Vgl. etwa EuG Rs. T-27/02, Kronofrance SA, ECLI:EU:T:2004:348, Rn. 79: „Präzisiert die Kommission in Leitlinien, die mit dem Vertrag in Einklang stehen, die Kriterien, die sie für die Ausübung ihres Ermessens heranziehen möchte, so führt dies zu einer Selbstbeschränkung dieses Ermessens, da sie sich an die leitenden Regeln, die sie sich selbst auferlegt hat, halten muss“ (unter Hinweis auf EuG, 12. 12. 1996 – Rs. T-380/94, AIIUFFASS, ECLI:EU:T:1996:195, Slg. 1996, II-2169, Rn. 57).

12 In Deutschland insbesondere der Koordinierungsrahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ vom 4. 8. 2016, veröffentlicht u. a. unter http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/J-L/koordinierungsrahmen-gemeinschaftsaufgabe-verbesserung-regionale-wirtschaftsstruktur-ab-010714.pdf;jsessionid=56465262A21533CE6D4366576F21069C?__blob=publicationFile&v=3.

13 VO (EU) Nr. 651/2014 (Fn. 2).

14 Vgl. Art. 2 VerfahrensVO (Fn. 9).

15 Vgl. dazu näher Junginger-Dittel, ESTAL 2014, 677 680.

16 Rn. 20 n RLL.

17 Vgl. z. B. Commission, State aid action plan – Less and better targeted state aid COM/2005/0107 final, Rn. 21 und 22; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0107&from=EN>.

18 Rn. 3–6, 26 RLL; für eine umfassendere Analyse der ökonomischen Begründung für Regionalbeihilfen vergl. Friederiszick/Merola, Regional aid, in: Werner/Verouden, EU State aid control – Law and Economics, 2017, S. 330 ff.

- *Geeignetheit*: Die gewählte Art der Regionalbeihilfe muss das geeignetste Mittel zur Überwindung von Marktversagen und Kohäsionsproblemen sein (Rn. 26 c RLL).
- *Transparenz* (Rn. 26 g RLL).
- Die geplante Beihilfe muss einen *Beitrag zur regionalen Entwicklung* (Rn. 26 a RLL) bewirken.
- *Anreizeffekt*: Der Beihilfenempfänger muss zur der beabsichtigten Investition angeregt (Rn. 26 d RLL) werden; zugleich muss die *Beihilfe angemessen*, also auf das *erforderliche Minimum beschränkt* sein (Rn. 26 e RLL).
- *Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen* auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten (Rn. 26 f RLL)

Die ersten drei Bedingungen werden in der Regel bereits bei der Erstellung der Fördergebietskarten und der Genehmigung der nationalen Beihilfensysteme geprüft. Sie spielen deshalb bei der Prüfung von Einzelvorhaben und speziell von großen Einzelvorhaben meist keine hervorgehobene Rolle. Demgegenüber werden die drei weiteren Kriterien gerade bei großen Vorhaben von großen Unternehmen besonders intensiv geprüft. Im Einzelnen gilt Folgendes:

2. Anforderungen an die „Erforderlichkeit“

Das Fördervorhaben muss in einem Gebiet mit regionalen Entwicklungsdefiziten liegen, das in der genehmigten Fördergebietskarte des betroffenen Mitgliedstaats als Fördergebiet¹⁹ bezeichnet ist. Dort wird die Erforderlichkeit von Beihilfen unterstellt, weil dort ein staatlicher Eingriff zur Überwindung von Marktversagen oder Kohäsionsproblemen notwendig ist.²⁰

Die maximale Beihilfenintensität (also das Verhältnis von Förderung zu förderfähigen Investitionskosten) wird durch die Fördergebietskarte auf Beihilfehöchstsätze begrenzt, die sich im Wesentlichen aus dem im Fördergebiet erwirtschafteten Bruttoinlandsprodukt (BIP) ableiten. Dabei gilt für große Vorhaben ein „angepasster Beihilfehöchstsatz“. Der angepasste Beihilfehöchstsatz entspricht für Investitionskosten bis 50 Mio. Euro 100 %, für Kosten zwischen 50 Mio und 100 Mio. Euro nur 50 % und für Kosten von über 100 Mio Euro nur 34 % des normalerweise zulässigen Beihilfehöchstsatzes.²¹ Dabei ist gerade für den angepassten (degressiven) Beihilfehöchstsatz wichtig, dass dieser je „Einzelinvestition“ zu berechnen ist, die sich aus allen Vorhaben einer Unternehmensgruppe innerhalb eines Dreijahres-Zeitraums an einem Ort zusammensetzt.²²

3. Anforderungen an Eignung und Transparenz

Die gewählte Art der Regionalbeihilfe (z. B.: verlorener Zuschuss statt Zinssubvention statt allgemeine Maßnahmen zur Verbesserung der Infrastruktur) muss das am wenigsten wettbewerbsverfälschende, geeignete Mittel zur Überwindung von Marktversagen und Kohäsionsproblemen sein.²³ Das wird unterstellt, wenn Beihilfen aus EU-Mitteln (EFRE, Sozialfonds etc.) kofinanziert werden. Ansonsten muss die Geeignetheit nachgewiesen werden (z. B. durch Folgenabschätzungsanalysen, ex-post Evaluierung von Vorgängerprogrammen etc.). Dies geschieht in der Regel im Zusammenhang mit der Genehmigung der Beihilfenregelung des betreffenden Mitgliedstaates, auf deren Grundlage die Beihilfen gewährt werden.

Außerdem müssen die Transparenzanforderungen erfüllt sein, d. h. die Förderregeln und eine Zusammenfassung der

wichtigsten Förderentscheidungen müssen veröffentlicht werden.²⁴

4. Anforderungen an den Beitrag zur regionalen Entwicklung

Regionalbeihilfen müssen in eine Strategie zur Förderung der regionalen Entwicklung eingebettet sein. Für Beihilfen, die im Rahmen eines von der EU kofinanzierten operationellen Programms der Kohäsionsfonds (EFRE etc.) gewährt werden, gilt diese Voraussetzung als erfüllt.²⁵ In allen anderen Fällen muss die Kohärenz der geplanten Förderung mit der Entwicklungsstrategie für die entsprechende Region durch den Mitgliedstaat im Rahmen der Genehmigung der zugrundeliegenden Förderregelungen (oder für Ad-hoc-Beihilfen) nachgewiesen werden.²⁶

Durch die Regionalleitlinien neu eingeführt ist die Bedingung, dass Förderung von großen Unternehmen in C-Fördergebieten nur noch für Erstinvestitionen in „neue wirtschaftliche Tätigkeiten“ möglich ist (also nicht für (Erweiterungs-)Investitionen in Tätigkeiten gewährt werden kann, die im Fördergebiet bereits ausgeübt werden).²⁷

Beihilfen sollen nur nachhaltige Investitionen begünstigen,²⁸ deshalb ist (i) ein Eigenanteil (Eigenkapital oder beihilfenfreie Finanzierung) von 25 % erforderlich, werden (ii) im Prinzip nur neue Wirtschaftsgüter gefördert, die mindestens fünf Jahre (für KMU 3 Jahre) im Fördergebiet verbleiben, und müssen (iii) Umweltvorschriften (einschl. UVP) und Genehmigungen eingehalten werden.

Für *anzumeldende Einzelbeihilfen*²⁹ wird der konkrete Beitrag des Vorhabens zur regionalen Entwicklung im konkreten Einzelfall geprüft. Prüfungskriterien sind z. B.:³⁰

- die Zahl der geschaffenen direkten und indirekten Arbeitsplätze;
- Ausbildungszusagen (soweit nicht selbstständig gefördert);
- Laufzeit der Investition.
- „Clustereffekte“ (positive Externalitäten die sich aus Know-how und Erfahrungstransfers zwischen Unternehmen ergeben);
- Technologie- und Know-how-Transfer in die Region sowie Auswirkungen auf lokale Innovation (z. B. durch Zusammenarbeit mit lokalen Universitäten).

Der Nachweis der positiven Regionaleffekte kann z. B. durch den Business-Plan des Investors und dessen Finanzplanung geführt werden. Weitere relevante Kennzahlen sind u. a. Lohnsumme (als Indikator für Vermögensbildung privater Haushalte der Region), Umsatz, Bezugsmengen von

19 Die Kriterien für die Bestimmung von Fördergebieten sind in Abschnitt 5 RLL geregelt.

20 Rn. 49 RLL.

21 Siehe Rn. 20 c RLL und die dort enthaltene und erläuterte Berechnungsformel.

22 Rn. 20 t RLL; darin liegt eine Veränderung der Regel gegenüber den RLL 2007–2013, vgl. *Junginger-Dittel*, EStAL 2014, 677, 679.

23 Abschnitt 3.4 RLL.

24 Durch Einrichtung entsprechender Websites, vgl. Rn. 141 RLL.

25 Rn. 32 f. RLL.

26 Rn. 33 RLL.

27 Rn. 34 RLL, siehe dazu näher *Junginger-Dittel*, EStAL 2014, 677, 679 f.; von *Todino/Zanazzo*, EStAL 2013, 676, 679, als „major change“ bezeichnet.

28 Rn. 36–39 RLL.

29 Siehe dazu oben II.1. a. E. (Text mit Fn. 15).

30 Rn. 40 RLL.

Anbietern aus der Region sowie das regionale Steueraufkommen.

Anders als z. B. im früheren Multisektoralen Rahmen³¹ regeln die Regionalleitlinien nicht, welchen Umfang diese Beiträge zur regionalen Entwicklung genau haben müssen und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen müssen. Die Kommission will sich hier offenbar in der Ausübung ihres Beurteilungsermessens nicht binden, nachdem die europäischen Gerichte die Einhaltung solcher Vorgaben, z. B. im Zusammenhang mit dem Multisektoralen Rahmen, sehr genau überprüft hatten.³²

5. Anforderungen an Anreizeffekt und Verhältnismäßigkeit

Die Regionalleitlinien unterscheiden zwischen Anreizeffekt – „ob“ eine Beihilfe eine gewünschte Verhaltensänderung bewirkt – und Verhältnismäßigkeit – „wie hoch“ die Beihilfe sein muss, damit der Anreizeffekt (gerade noch) bewirkt wird („Begrenzung auf das Minimum“). Beide Fragen sind inhaltlich eng verbunden.

a) Anforderungen an den Nachweis des Anreizeffekts

Ökonomischer Ausgangspunkt für die Kommission ist, dass Regionalbeihilfen nur dann effektiv sind, wenn sie *zusätzliche* Investitionen in die Region bringen. Die Beihilfe muss also, um genehmigungsfähig zu sein, des Verhalten des Investors so beeinflussen, dass er mehr in der Förderregion investiert als ohne die Beihilfe.³³

Dabei unterscheidet die Kommission zwei Fälle:³⁴

- Szenario 1: Die Beihilfe dient als Anreiz, überhaupt zu investieren; ohne Beihilfe würde es keine Investition geben (z. B. mangels Profitabilität) (sog. „*Investitionsentscheidung*“).
- Szenario 2: Die Beihilfe dient als Anreiz, in der Förderregion zu investieren, d. h. auch ohne Beihilfe würde investiert, aber woanders (sog. „*Standortentscheidung*“).

Die Kommission betont, dass Vorhaben, mit deren Durchführung vor Antragstellung begonnen wird, nicht förderfähig sind (mangels Anreizeffekts).³⁵ Die Regionalleitlinien stellen aber erhöhte Anforderungen an den Antrag: Die Mitgliedstaaten müssen ein Antragsformular einführen, in dem u. a. erläutert werden muss, welche Investitions- (Szenario 1) oder Standortalternativen (Szenario 2) für den Antragsteller bestehen.³⁶ Die Angaben von KMU und großen Unternehmen müssen „kontrafaktisch“ ausgestaltet sein (müssen also die Alternativen konkret benennen); große Unternehmen müssen dazu auch Nachweise vorlegen (in der Regel unternehmensinterne Unterlagen, z. B. Entscheidungsvorlagen für das Management, Korrespondenz zu Standortalternativen).

Bei Vorhaben, die keiner Notifizierung im Einzelfall bedürfen, müssen die Förderbehörden der Mitgliedstaaten die Angaben prüfen und ihre Plausibilität feststellen.

b) Verhältnismäßigkeit oder Begrenzung auf das Minimum

Die Kommission genehmigt Regionalbeihilfen nur, soweit sie nicht über das notwendige Minimum zur Erreichung der gewünschten Verhaltensänderung hinausgehen.³⁷ Als erste Grenze dienen dafür die regionalen Beihilfenhöchstsätze laut Fördergebietskarte (einschließlich der degressiven „angepassten“ Beihilfenhöchstsätze).³⁸ Die Beihilfenhöchstsätze

sind in den neuen Regionalleitlinien etwas niedriger ausgefallen als in den Vorgängerregelungen.³⁹

Zweitens ist genereller Ausgangspunkt der Kommission, dass Beihilfen nicht höher sein sollen als die *Nettomehrkosten* der Investition im Fördergebiet, verglichen mit der Handlungsalternative des Investors.⁴⁰ Das bedeutet:

- *Szenario 1*: Die Beihilfe darf höchstens die mangelnde Profitabilität der Investition ausgleichen.
- *Szenario 2*: Die Beihilfe darf nicht höher sein als der Unterschied zwischen dem Kapitalwert (Nettobarwert) der Investitionskosten im Fördergebiet und am Alternativstandort.

Die Anwendung dieser Obergrenzen im Einzelfall hängt von der Größe des Unternehmens und des Investitionsvorhabens ab. Die Kommission unterscheidet zwischen KMU und großen Unternehmen einerseits und kleineren und großen Investitionsvorhaben andererseits:

(i) KMU:

Für KMU gelten die Beihilfenhöchstsätze der Fördergebietskarte als „*safe harbour*“, d. h. eine Prüfung der Nettomehrkosten für Szenario 1 oder 2 findet nicht statt (Rn. 82 RLL). Für *kleinere Vorhaben* können die Beihilfenhöchstsätze um bis zu 20 Prozentpunkte erhöht werden (Rn. 177 RLL). Für *große Vorhaben* gelten die Standard-Beihilfenhöchstsätze ohne Erhöhung für KMU (Rn. 87 RLL).

(ii) Große Unternehmen:

Für große Unternehmen gilt eine doppelte Obergrenze: Die Förderung darf weder (i) die Nettomehrkosten in Szenario 1 oder 2 noch (ii) die Beihilfenhöchstsätze überschreiten (Rn. 83, 88 RLL). Für *kleinere Vorhaben* gelten die Standard-Beihilfenhöchstsätze. Für *große Vorhaben* gilt der „angepasste Beihilfenhöchstsatz“ (Rn. 89 RLL).

c) Zusätzliche Prüfung von Anreizeffekt und Verhältnismäßigkeit bei Notifizierungspflicht

Für im Einzelfall notifizierungspflichtige Beihilfen (insbesondere solche oberhalb der Anmeldeschwelle oder bei Verlagerungsinvestitionen) prüft die Kommission selbst, ob die geplante Förderung den erforderlichen Anreizeffekt hat und verhältnismäßig ist. Dazu müssen der Mitgliedstaat und das Unternehmen sehr detaillierte Angaben machen und „eindeutige Beweise“ (Rn. 69 RLL) für die notwendigen Bedingungen vorlegen:

- *Szenario 1*: Der Mitgliedstaat muss nachweisen, dass die Investition *ohne die Beihilfe nicht rentabel wäre*. Die *Beihilfe darf nicht höher sein, als zur Erreichung einer ausreichenden Rentabilität erforderlich ist*. (Rn. 70, 73, 83 RLL).

31 Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilfenrahmen für große Investitionsvorhaben (MSR), ABl. 2002 C 70/8, bzw. dessen Vorgänger, ABl. 1998 C 107/7.

32 Vgl. etwa EuGH, 11. 9. 2008 – verb. Rs. C-75/05 P und C-80/05 P; Deutschland und Glunz AG, ECLI:EU:C:2008:482, Slg. 2008 I-6619, Rn. 60 ff. unter Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung des EuG Rs. T-27/02, Kronofrance/Kommission, ECLI:EU:T:2004:348, Slg. 2004, II-4177; sowie EuG, 1. 12. 2004 – Rs. T-304/08, Smurfit Kappa/Kommission, ECLI:EU:T:2012:351, Rn. 83 ff.

33 Z. B. Rn. 60, 62 RLL.

34 Rn. 61 RLL.

35 Rn. 64, 65 RLL.

36 Rn. 66 ff. RLL mit Anhang V RLL.

37 Rn. 77 RLL.

38 Vgl. oben III.2. (Text mit Fn. 21).

39 Vgl. *Friederisick/Merola*, Regional aid (Fn. 18), S. 368.

40 Rn. 78–80 RLL.

- *Szenario 2*: Der Mitgliedstaat muss nachweisen, dass die Investition ohne die Beihilfe an einem anderen Standort erfolgen würde und dass die *Beihilfe nicht höher* ist als die *Differenz* zwischen dem *Netto-Barwert der Investition im Fördergebiet* und am *Vergleichsstandort*. Beihilfen am Vergleichsstandort (nur innerhalb des EWR!) bleiben unberücksichtigt (kein Förderwettbewerb im EWR) (Rn. 69, 71, 83 RLL).⁴¹

6. Vermeidung negativer Auswirkungen

Regionalbeihilfen werden nur genehmigt, wenn damit nur begrenzte negative Auswirkungen auf den Wettbewerb einhergehen, die durch positive Effekte (regionale Entwicklung und Kohärenz) ausgeglichen bzw. überwogen werden.⁴²

a) Grundsätzliche Unterscheidung zwischen den Szenarien 1 (Investitionsentscheidung) und 2 (Standortentscheidung)

Die Kommission unterscheidet hinsichtlich der zu berücksichtigten negativen Effekte zwischen den beiden Investitionsszenarien und hebt folgende potentiell negative Auswirkungen hervor.⁴³ Hinsichtlich *Szenario 1* (Investitionsentscheidung):

- Besteht die Gefahr, dass die geförderte Investition zu Überkapazitäten führt oder solche verstärkt, und welche Auswirkungen haben diese auf den Wettbewerb?
- Besteht die Gefahr, dass die geförderte Investition erhebliche Marktmacht (eine marktbeherrschende Stellung) des Investors erzeugt oder verstärkt?

Hinsichtlich *Szenario 2* (Standortentscheidung) stehen Verlagerungsinvestitionen als negative Auswirkungen im Fokus. Die Schaffung von Überkapazitäten oder Marktmacht ist hier meist irrelevant, weil die Investition ja ohnehin erfolgen würde, nur der Standort wird von Beihilfen beeinflusst.

Die Prüfungsintensität der potentiellen negativen Auswirkungen variiert danach, ob eine Einzelfallnotifizierung erforderlich ist oder nicht.

b) Vermeidung negativer Auswirkungen bei Einzelfallnotifizierungen

Die Kommission unterscheidet hier „*deutlich negative Auswirkungen*“ (die regelmäßig eine Genehmigung des Vorhabens ausschließen) von *sonstigen negativen Auswirkungen*, hinsichtlich derer die Vor- und Nachteile abzuwägen sind („*balancing test*“).⁴⁴ Die relevanten negativen Auswirkungen unterscheiden sich in *Szenario 1* von denen in *Szenario 2*.

Szenario 1 (der Investor würde ohne Beihilfe gar nicht investieren):

- Als *deutlich negative Auswirkungen* gilt der Fall, dass durch die Investition in einem absolut schrumpfenden Markt (negatives Wachstum im EWR) neue Kapazitäten geschaffen werden.⁴⁵
- *Sonstige negative Auswirkungen (balancing test)*:
 - Unternehmen, die von der wiederkehrenden Gewährung von Beihilfen abhängig sind.⁴⁶
 - Schaffung neuer Kapazitäten in einem „relativ schrumpfenden“ Markt (ein Markt, der langsamer wächst als das BIP im EWR).⁴⁷
 - Die durch die geförderte Investition geschaffenen neuen Kapazitäten schaffen oder verstärken die erhebliche Marktmacht des Investors.⁴⁸

In *Szenario 2*-Fällen (der Investor würde ohne Beihilfe an anderer Stelle investieren) nennt die Kommission zwei Fälle von *deutlich negativen* Auswirkungen:

- wenn die Investition ohne Beihilfe in einem ebenso oder stärker benachteiligten Gebiet (gleich hohe oder höhere Förderintensität, wohl nur innerhalb des EWR) erfolgt wäre⁴⁹ oder
- wenn die Beihilfe eine Verlagerung einer vergleichbaren Tätigkeit von einem anderen Standort im EWR ins Fördergebiet bewirkt, in einem Zeitraum von zwei Jahren vor oder nach der Investitionsentscheidung.⁵⁰

Demgegenüber erwähnt die Kommission keine Beispiele für *sonstige negative Auswirkungen* in *Szenario 2*, sondern betont, dass Marktstrukturfragen (Überkapazitäten und Marktmacht) für *Szenario 2* in der Regel keine Rolle spielen.⁵¹

c) Vermeidung negativer Auswirkungen außerhalb von Einzelfallnotifizierungen

Soweit Vorhaben nicht im Einzelfall notifiziert werden müssen, verlangt die Kommission, dass die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der Förderprogramme die vorgenannten Überlegungen hinsichtlich beider Szenarien berücksichtigen und in den Regelungen reflektieren.⁵² Dass dies geschehen ist, wird durch die Genehmigung der Beihilfenregelung des Mitgliedstaats durch die Kommission dokumentiert.

Eine Prüfung der negativen Auswirkungen in von den *Beihilferegelungen gedeckten Einzelfällen* müssen die Behörden der Mitgliedstaaten aber nur hinsichtlich einzelner „*deutlich negativer Auswirkungen*“ vornehmen, also die Frage prüfen, ob ohne die Beihilfe die Investition in einem stärker benachteiligten anderen Regionalfördergebiet im EWR erfolgt wäre.⁵³

IV. Bewertung und Thesen

Der Kommission ist es gelungen, ihre Beurteilung von Regionalbeihilfen auf im Wesentlichen nachvollziehbaren sozio-ökonomischen Überlegungen aufzubauen, die auch zu entsprechenden Überlegungen in anderen Förderbereichen konsistent sind. Die koordinierte Anpassung von Regionalleitlinien und AGVO hat auch zu einer erweiterten Freistellung von kleineren Vorhaben von Notifizierungspflichten geführt, was Verfahren beschleunigt, vereinfacht und vorhersehbarer macht. Umgekehrt ergeben sich – gerade für große Vorhaben – drei Problemfelder.

41 Hier ist von Bedeutung, dass Beihilfen, die von Nicht-EWR-Staaten gewährt würden, offenbar von den Investitionskosten an dort gelegenen Alternativstandorten abgezogen werden können, was die Kostendifferenz und damit das mögliche Fördervolumen i. d. R. vergrößert.

42 Rn. 113–117 RLL.

43 Vgl. *Friederiszick/Merola*, Regional aid (Fn. 18), S. 369.

44 Vgl. etwa Rn. 128 RLL sowie dazu *Junginger-Dittel*, EStAL 2014, 677, 687.

45 R. 120, 133 ff. RLL; für Fälle von (geographisch) weltweiten Produktmärkten sind zusätzliche Überlegungen denkbar: Weil der schrumpfende EWR-Markt keine geeignete Messgröße ist, wird dann die Kommission Auswirkungen auf die Marktstruktur prüfen (Rn. 137 RLL).

46 Rn. 131 RLL.

47 Rn. 135 RLL.

48 Rn. 138 RLL.

49 Rn. 121 RLL, dazu näher *Junginger-Dittel*, EStAL 2014, 677, 680, 687.

50 Rn. 122 RLL.

51 Rn. 139 RLL.

52 Rn. 124–125 RLL.

53 Rn. 126 RLL, mit Bezug auf die *deutlich negativen Auswirkungen* in Rn. 121; nicht erwähnt werden die in Rn. 120 bzw. 122.

Zum einen ist das Ergebnis der Prüfung bei Einzelfallnotifizierungen wenig vorhersehbar (Rechtsunsicherheit). Für die Kommission mag das Folge der Überlegung sein, durch die neuen Regionalleitlinien ihre Prüfungen auf die komplexeren und potentiell problematischeren Fälle zu konzentrieren. Dabei hat die Kommission einerseits auf Regelungen für die quasi automatische Einleitung von (besonders zeitintensiven) Hauptprüfverfahren verzichtet.⁵⁴ Auf der anderen Seite hat sie sich offenbar bewusst einen großen Ermessensspielraum z. B. für (i) die Anerkennung ausreichender Beiträge zur regionalen Entwicklung, (ii) die Berechnung des „notwendigen Minimums“ und (iii) die Abwehr „übermäßiger“ negativer Auswirkungen (balancing test) vorbehalten, in Reaktion auf die Rechtsprechung, die das Ermessen der Kommission nach Erlass der Vorgängerversionen der Regionalleitlinien eher begrenzt hatte.⁵⁵

Zweitens kommt hinzu, dass die Komplexität und Vielfalt an ökonomischen und anderen Daten, die im Rahmen von Einzelfallnotifizierungen vorgelegt werden müssen, Antragsteller und selbst die Behörden der Mitgliedstaaten oft überfordert. Das führt auch zu einem erheblichen Kostenaufwand bei der Vorbereitung einer Notifizierung. Angesichts des ungewissen Ausgangs (u. a. wegen der Unwägbarkeiten bei der Ermessensausübung) entsteht dadurch ein Abschreckungseffekt, der regionalpolitisch eigentlich unerwünscht ist.

Drittens ist die Ermittlung der maximalen Förderintensität nicht frei von inneren Widersprüchen. Die Förderung hat eine doppelte Obergrenze: Sie darf weder (i) den Beihilfeshöchstsatz noch (ii) das notwendige Minimum überschreiten. Während das notwendige Minimum sich an dem (aufwendig zu ermittelnden) Anreizbedarf des Beihilfempfangers bestimmt, wird der Beihilfeshöchstsatz (i) auf der Grundlage nur einer Kenngröße (BIP der jeweiligen Region) (ii) nach recht pauschalen Kriterien ermittelt und dann (iii)

(in der Form des „angepassten Beihilfeshöchstsatzes“) für große Vorhaben weiter pauschaliert abgesenkt. Die Anknüpfung nur an das BIP⁵⁶ und die pauschalisierte Ableitung und Absenkung des Beihilfeshöchstsatzes wirkt sehr mechanisch und orientiert sich gerade nicht an ökonomischen Kriterien.

Dabei kommt es, gerade in C-Fördergebieten, auch zu erheblichen Diskrepanzen zwischen dem notwendigen Minimum einerseits und dem zulässigen Beihilfeshöchstsatz andererseits. Beamte der Kommission haben deshalb Zweifel geäußert, ob eine Förderung großer Vorhaben in C-Fördergebieten überhaupt sinnvoll sei.⁵⁷ Hier stellt sich aber eher die Frage, ob es nicht die pauschalen Absenkungen sind, die zu einem *too little, too late*-Problem⁵⁸ führen; gerade weil die durch Einzelfallnotifizierung erreichbare „Mehrförderung“ großer Vorhaben in einem problematischen Verhältnis zu den Kosten und Unsicherheiten steht.

Es kommt ein weiterer Widerspruch hinzu. Während bei der Bestimmung des notwendigen Minimums konkurrierende Förderangebote aus Nicht-EWR-Staaten den „Förderbedarf“ entsprechend erhöhen, ist eine solche Flexibilität („*matching clause*“) bei der Bestimmung des Beihilfeshöchstsatzes nicht vorgesehen. Im internationalen Förderwettbewerb stellt das, gerade hinsichtlich zukunftsweisender Schlüsselindustrien (für deren Ansiedlung z. B. in China und den USA erhebliche Anreize gewährt werden) einen erheblichen Nachteil dar.

54 Vgl. *Fiona Wishlade*, To What Effect? The overhaul of the Regional Aid Guidelines, EStAL 2013, 659, 671. Demgegenüber befürchten *Todino/Zanazzo*, EStAL 2013, 676, 684 es werde künftig mehr Hauptprüfverfahren geben.

55 Siehe z. B. oben III.4. (Text mit Fn. 32); ähnlich *Friederisick/Merola*, Regional aid (Fn. 18), S. 356.

56 Kritisch auch *Friederisick/Merola*, Regional aid (Fn. 18), S. 373.

57 *Junginger-Dittel*, EStAL 2014, 677, 688.

58 *Fiona Wishlade*, EStAL 2013, 659, 673.

Christoph von Donat, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Carsten Kruppe, Berlin*

Investitionsentscheidungen der Öffentlichen Hand unter der EU-Beihilfenkontrolle

Der Market Economy Operator Test bei alternativen Projekten

Im Rahmen der EU-Beihilfenkontrolle beurteilt die Europäische Kommission mit Hilfe des Market Economy Operator Tests die Wirtschaftlichkeit von Finanzmaßnahmen der Öffentlichen Hand als Wirtschaftsteilnehmer. Der erfolgreiche Nachweis des „wirtschaftlichsten Investitionsszenarios“ hängt wesentlich vom gewählten Investitionsrechenverfahren ab. Dabei ist zu untersuchen, in welchen Investitions-szenarien die Investitionsrechenverfahren aussagefähig sind.

I. Einleitung

Das Vertrauen der Steuerzahler in die Fähigkeit staatlicher oder kommunaler Institutionen, im konkreten Einzelfall die

wirtschaftlichste Investitionsentscheidung zu treffen, dürfte eher gering ausgeprägt sein. Mit der Europäischen Kommission gibt es allerdings eine Institution, die für sich in Anspruch nimmt, genau dieses bewerten zu können, obwohl ihr eigentlich (nur) die Kompetenz für die Wettbewerbskontrolle zugewiesen ist.¹ Als Bewertungsmaßstab nutzt sie den Market Economy Operator Test („MEO-Test“). Die nachfol-

* *Christoph von Donat* ist Rechtsanwalt in Berlin und Partner von Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte. Prof. Dr. *Carsten Kruppe* ist Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Finance an der FOM Hochschule für Oekonomie & Management in Berlin. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

1 Der Schutz des Steuerzahlers (statt des Wettbewerbs) wird in der Öffentlichkeitsarbeit der Kommission immer wieder besonders hervorgehoben: vgl. Rede der Wettbewerbskommissarin *Margarete Vestager* vom 18. 12. 2014 beim *High Level Forum* der Mitgliedstaaten, veröffentlicht unter: <https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announce>