

24. Veranstaltung des Berliner Gesprächskreises zum Europäischen Beihilfenrecht

Staatliche Förderung von Infrastrukturen im Wandel

Prof. Dr. Joachim Erdmann

Ministerialrat im Niedersächsischen Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

Berlin, 29. November 2013

Überblick

- I. Einleitung: Problemaufriss
- II. Praxisbeispiel 1: Situation bei sog. Multifunktionsarenen
- III. Praxisbeispiel 2: Finanzierung, Bau und Betrieb eines Liegeplatzes
- IV. Allgemeine Überlegungen zur beihilferechtskonformen Finanzierung von Infrastruktur
- V. Infrastrukturförderung de lege ferenda

Einleitung

Wirtschaftsministerkonferenz am 11. und 12. Dezember 2013 in Dresden:
Zukünftige Infrastrukturförderung unter Beihilfegesichtspunkten

Es wird befürchtet, dass die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Beihilferelevanz der Förderung von Flughäfen und deren beabsichtigte breite Anwendung durch die Kommission auf alle Arten von Infrastrukturen die Durchführbarkeit und Praktikabilität der Infrastrukturförderung stark einschränkt.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

KOM-Entscheidungen vom 20.03.2013, C (2013) 1517 final (**Erfurt**) und C (2013) 1521 final (**Jena**) sowie vom 17.07.2013, C (2013) 4413 final (**Kattowitz**)

Umwandlung bzw. Renovierung und Ausbau oder Neubau von Multifunktionsarenen bzw. -hallen sind Gegenstand jüngerer Entscheidungen der KOM.

Arenen bzw. Hallen sollen für Sportveranstaltungen professioneller bzw. nicht professioneller Art, Konzerte aber auch Firmenveranstaltungen und Kongresse für Unternehmen und sonstige Nutzer erneuert bzw. neu gebaut werden. Regelmäßig gingen Marktanalysen voran, die den Städten Erfurt, Jena und Kattowitz jeweils einen Bedarf für einen Kongress- und Veranstaltungszentrum für mehr als 2.000 Personen bescheinigten. Zudem in der Region kein Vorhandensein von kommerziellem Zentrum oder sonstiger Arena mit einer höheren Kapazität als für rund 500 Personen.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

Kostenvolumen in Erfurt 35,2 Mio. Euro (davon 83,8 % aus GRW-Mitteln), in Jena 34,45 Mio. Euro (davon 76,6 % aus GRW-Mitteln) und in Kattowitz 72 Mio. Euro (davon 73,3 % durch EFRE-Mittel).

In **Erfurt**: Übernahme des Betriebs des Stadions durch eine Betreibergesellschaft, bei der 51 % der Anteile bei der Stadt Erfurt liegen, die übrigen 49 % werden an eine private Handelsgesellschaft veräußert, die durch eine europaweite Ausschreibung gefunden werden soll. Der Pachtbetrag, den die Betreibergesellschaft an die Stadt zu zahlen hat, ermittelt sich aus den Kosten der Stadt für die Unterhaltung des Stadions und der Abschreibung auf ihren Anteil von 16,2 % an den Renovierungskosten über 25 Jahre. In Erfurt wird die Betreibergesellschaft das Stadion an verschiedene Nutzer vermieten, dies betrifft neben dem heimischen professionellen Fußballclub nicht gewerbliche Nutzer für Schulsportveranstaltungen, aber auch kulturelle und gesellschaftliche Veranstaltungen sowie professionelle Nutzer wie Firmenveranstaltungen. Die den professionellen Nutzern in Rechnung gestellten Preise werden marktüblich sein.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

In **Jena** wird das Stadion an nicht professionelle Fußballvereine sowie an nicht gewerbliche Nutzer für Schulsportveranstaltungen und Leichtathletikwettbewerbe sowie für kulturelle und gesellschaftliche Veranstaltungen vermietet. Darüber hinaus wird die Stadt nach einer EU-weiten Ausschreibung eine Verwaltungsgesellschaft damit betrauen, das Stadion gegen eine in der Ausschreibung vorgesehene Verwaltungsgebühr für professionelle Zwecke wie Firmenveranstaltungen und Kongresse zu vermarkten. Die Verwaltungsgebühr wird im Falle eines die Erwartungen übertreffenden Umsatzes leicht angehoben.

In **Kattowitz** soll der Betreiber in einem offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren gewonnen werden. Dieser Betreiber wird die Multifunktionsanlage an verschiedene Nutzer vermieten, solche kommerzieller und solche nicht kommerzieller Art.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

Beihilferechtliche Würdigung

Entsprechend der allgemeinen Tendenz der Kommission, die entscheidenden beihilferechtlichen Fragen von der Tatbestandseite auf die „Rechtfertigungsebene“ zu verlagern, bejaht die Kommission regelmäßig das **Vorliegen einer staatlichen Beihilfe** im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Dies namentlich mit dem „Akzessorietätsargument“, wonach seit der EuGH-Entscheidung zum Flughafen Leipzig/Halle vom 19.12.2012 aus dem wirtschaftlichen Charakter der späteren Nutzung der Infrastruktur die Qualifizierung der Errichtung als wirtschaftliche Tätigkeit abgeleitet wird.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

Beihilferechtliche Würdigung

Im Fall **Erfurt** wird die Vergünstigung für die Betreibergesellschaft damit begründet, dass die Pacht nicht die vollen Kosten für die Errichtung der Infrastruktur umfasst, die die Betreibergesellschaft für ihre wirtschaftliche Tätigkeit nutzt. Auch der Vorteil für die Nutzer lasse sich nicht ausschließen, weil Erklärungen zur Berechnung der Gebühr fehlten. Die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (Rechtfertigungsebene) wird auf der Basis von Art. 107 Abs. 3 lit c AEUV angenommen. Das gemeinsame Interesse wird aus den Zielrichtungen in Art. 165 AEUV für den Sport und in Art. 167 Abs. 4 AEUV für die Kultur abgeleitet. Zudem gäbe es ein Interesse an angemessenen und modernen Einrichtungen für Sport- und Kulturveranstaltungen. Die Erforderlichkeit wird aus der nicht mehr zeitgemäßen Art der bestehenden Einrichtung und daraus abgeleitet, dass es keinen privaten Kapitalgeber gebe, der bereit wäre ein mittelgroßes regionales Mehrzweckstadion zu finanzieren. Hinzu komme, dass durch die EU-weite Ausschreibung für die Gewinnung eines Wirtschaftspartners, der die Arena mit betreiben soll, die Beihilfe für diesen Betreiber gering gehalten würde.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

Beihilferechtliche Würdigung

In ähnlicher Weise wird in Bezug auf die Multifunktionsarena der Stadt **Jena** argumentiert. Die Vermietung an nicht professionelle Nutzer und professionelle Tätigkeiten seien beide als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 107 AEUV anzusehen. Auch hier sei eine mögliche Beihilfe zugunsten der Nutzer nicht auszuschließen, weil Berechnungen zur Gebühr fehlten. Anders als im Fall Erfurt wird in Bezug auf die Verwaltungsgesellschaft bereits tatbestandlich die Annahme einer Beihilfe verneint, weil der Vertrag nach einer Ausschreibung abgeschlossen werde. Die Rechtfertigung wird auch hier über die Vielfalt der Kultur und den Sport und über die genaue Marktbeobachtung in Bezug auf Veranstaltungen mit hauptsächlich lokalem oder regionalem Charakter abgeleitet. Auch weil die professionellen Veranstaltungen nur lokalen Charakter hätten, wird nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keine Handelsbeeinträchtigung in einem Maße angenommen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufe.

Situation bei sog. Multifunktionsarenen

Beihilferechtliche Würdigung

Auch im Fall **Kattowitz** wird in Anlehnung an die Halle/Leipzig-Entscheidung des EuGH der wirtschaftliche Charakter im Hinblick auf die spätere Nutzung der Infrastruktur bejaht, aber eine Vereinbarkeit über Art. 107 Abs. 3 lit c AEUV deshalb angenommen, weil ein gemeinsames Interesse durch die Zielrichtungen auf Kultur, Bildung und Sport unterlegt werde. Auch in Kattowitz wurde eine Marktlücke für das internationale Kongresszentrum angenommen und das überaus hohe Risiko für privates Kapital kontrolliert.

Angesichts des nicht geringen Prüfungsaufwandes seitens der Kommission stellt sich die Frage, ob dieser Bereich nicht durch eine abstrakt-generelle Regelung etwa in der AGVO zur Verfahrenserleichterung und Beschleunigung erfasst werden sollte (vgl. auch Soltész, EuZW 2013, S. 134, 140).

Seehafeninfrastruktur

Finanzierung, Bau und Betrieb eines Liegeplatzes in Niedersachsen

Notwendigkeit zur Unterscheidung der verschiedenen Ebenen:

- Land Niedersachsen (Zuschussgeber)
- NPorts als 100-prozentige Tochter des Landes
(Hafeninfrastruktureigentümerin, in der EU-beihilferechtlichen Entscheidungspraxis „Hafenbehörde“ genannt)
- potentieller Terminalbetreiber (in der EU-beihilferechtlichen Entscheidungspraxis „Hafendienstleister“ genannt)
- Nutzer

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

Angesichts des funktionalen Unternehmensbegriffs ist die Hafenbehörde, auch PortAuthority genannt, als begünstigtes Unternehmen anzusehen, sofern sie nicht hoheitliche Tätigkeiten wie etwa Aufgaben der Hafenpolizei, des Zolls, oder der Sicherheit des Schiffsverkehrs wahrnimmt (vgl. Jennert/Eitner, EuZW 2013, S. 414, 415).

Während die staatliche Errichtung und Bereitstellung anderer Verkehrsinfrastrukturen wie Straßen, Brücken und Tunnel als allgemeine verkehrs- und wirtschaftspolitische Maßnahmen des Staates eingeordnet werden, handelt es sich bei der Bereitstellung von Seehafeninfrastruktur mit Blick auf ihren entgeltlichen Charakter – von den Reedereien werden Hafententgelte erhoben – um wirtschaftliche Tätigkeit (vgl. KOM-Entscheidung vom 17.10.2012, C (2012) 7129 final – Königs Wusterhausen/Wildau – Binnenhafen; Mellwig, Infrastrukturfinanzierung in Häfen und europ. Beihilfenrecht, 2011, S. 29 ff.; Jennert/Eitner, EuZW 2013, S. 414, 415).

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

Nur der unentgeltlichen Bereitstellung von Zugangsinfrastruktur wie Wasserstraßen und Schutzinfrastruktur wie Deichen wird mangels eines spezifischen Vorteils für einzelne Hafennutzer keine wirtschaftliche Tätigkeit beigemessen.

Mit der Entscheidung der Kommission vom 15.12.2009 zum lettischen Hafen von Ventpils (Beschluss vom 15.12.2009 – N 385/2009 ABI. EU Nr. C 62) wird Bau und Betrieb von Hafeninfrastruktur als wirtschaftliche Tätigkeit insbesondere mit Blick auf die Erhebung von selbständig festgesetzten Hafengebühren eingestuft (seitdem ständige Kommissionspraxis vgl. nur KOM-Beschluss vom 15.06.2011 – N 44/2010, ABI. EU Nr. C 215).

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

Die Marktüblichkeit, also die betriebswirtschaftliche Begründung im Verhältnis von öffentlichen Trägern zur Hafenbehörde wird nach Maßgabe des *Private Investor Tests* beurteilt. Dieser gilt als erfüllt, wenn die betroffene Maßnahme eine Rendite in Form von Dividendenzahlungen oder Kapitalzuwächsen für den öffentlichen Investor erwarten lässt, die den Erwartungen eines privaten Investors entspricht.

Im Fall Ventspils ist die Marktüblichkeit der Infrastrukturinvestitionen mit Blick auf eine Amortisationsdauer von 25 Jahren kritisiert worden (KOM-Beschluss vom 13.03.2010, Rdnr. 62 ff.)

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

„Rechtfertigung“ durch Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien

Mit Blick auf die Defizitsituation der Hafeninfrastruktur könnte ein Lösungsansatz über die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV erfolgen.

Trotz des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten für die Einstufung von Tätigkeiten als DAWI und der Tatsache, dass der EuGH nur Umschlagstätigkeiten durch private Hafendienstleistungen als nicht-DAWI eingeordnet hat, entstehen hierbei unüberwindbare Schwierigkeiten.

Denn der Nachweis, dass es sich bei der Hafenbehörde – hier NPorts – um ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ handelt, ist mit Blick auf die Unvergleichbarkeit der jeweiligen Hafenstrukturen schwierig zu führen.

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

Die Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen im Seehafensektor auf der Ebene 1 könnte aber aus Art. 106 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit dem Unionsrahmen als Teil des Almunia-Pakets vom 11.01.2012 sowie über Art. 107 Abs. 3 AEUV erfolgen.

Aussichtsreich ist in Anlehnung an die KOM-Entscheidung vom 17.10.2012, C (2012) 7129 final – Binnenhafen Königs Wusterhausen/Wildau folgendes Prüfungsraster: Art. 93 AEUV sieht vor, dass Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs entsprechen, mit den Verträgen vereinbar sind. Der Begriff „Koordinierung des Verkehrs“ setzt voraus, dass der Staat in die Entwicklung des Verkehrssektors im gemeinsamen Interesse lenkend eingreift.

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

Die Erforderlichkeit und Angemessenheit der staatlichen Maßnahme wird an folgenden Voraussetzungen gemessen:

- Die Beihilfe trägt zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse bei.
- Die Beihilfe ist erforderlich und hat einen Anreizeffekt.
- Die Beihilfe ist angemessen.
- Die fragliche Infrastruktur ist allen Nutzern diskriminierungsfrei zugänglich.
- Die Beihilfe bewirkt keine Wettbewerbsverzerrung, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Ein gemeinsames Interesse als ein Unionsinteresse wird man mit Blick auf die angemessene Verteilung effizienter Häfen an den Küsten der EU als ein Schlüsselinstrument des umweltschonenden Kurzstreckenseeverkehrs (Short Sea) einstufen (KOM-Entscheidung zum Jade-Weser-Port vom 10.12.2008, N 110/2008, ABI. EU, C 137).

Seehafeninfrastruktur

Erste Ebene – Finanzierung von NPorts durch das Land Niedersachsen

Die Schaffung eines ausgewogenen Multimodalen Verkehrssystems und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des kombinierten Verkehrs gegenüber dem Straßenverkehr mit der Verringerung verkehrsbedingter Treibhausgasemissionen können herangezogen werden (KOM-Entscheidung zu Königs Wusterhausen vom 17.10.2012, Rdnr. 33).

Im Fall Königs Wusterhausen hat die KOM unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Beihilfemaßnahme sogar eine 75 %ige Beihilfenintensität wegen bestmöglichen Funktionierens des Multimodalen Verkehrszentrums (anderenfalls weniger Verlagerung von der Straße) bejaht.

Die Vermietung des Liegeplatzes durch NPorts an einen Terminalbetreiber stellt nur dann keine Beihilfe dar, wenn entweder ein bedingungsfreies Auswahlverfahren oder mittels Erstellung eines Gutachtens durch einen unabhängigen Sachverständigen die fehlende Begünstigung festgestellt wird (dazu Mellwig, Seite 66 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Seehafeninfrastruktur

Zweite Ebene – NPorts/Terminalbetreiber

Mit Blick auf das Erfordernis objektiver Kriterien ist die Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und objektiven Auswahlverfahrens gegenüber dem Sachverständigengutachten vorzugswürdig. In der KOM-Entscheidung vom 15.12.2009 – Ventspils ist jedoch das Sachverständigengutachten als weiterhin mögliche Alternative eingestuft worden.

Nach der Entscheidungspraxis der Kommission ist auch eine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ausgeschlossen, weil der EuGH in seiner Entscheidung zum Hafen von Genua klargestellt hat, dass Umschlagstätigkeiten in einem Hafen keine gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale aufweisen (EuGH, Urteil vom 10.12.1991, Rs-179/90, Rdnr. 27).

Seehafeninfrastruktur

Dritte Ebene – rechtliche und wirtschaftliche Beziehung zwischen den Hafendienstleistern und den Hafennutzern

Das Verhältnis zwischen Terminalbetreiber = Hafendienstleister und Nutzern wird durch strenges Wettbewerbsrecht bestimmt. Zu den Hafennutzern gehören sowohl Unternehmen, die in einem Hafen hafenspezifische Dienstleistungen anbieten, als auch diejenigen, die einen Hafen wasserseitig anlaufen, also die Reedereien.

Wenn die Suprastrukturnutzer eine angemessene Gegenleistung erbringen müssen, die Nutzungsgebühren also so berechnet sind, dass sich die Anfangsinvestition innerhalb eines angemessenen Zeitraumes amortisiert, liegt nach Maßgabe des Private Investor Tests keine Beihilfe vor (KOM-Vademecum zu den Vorschriften des EG-Vertrages über staatliche Beihilfen und die Finanzierung von Seehafeninfrastruktur der Kommission aus dem Jahre 2004, Rdnr. 29; zu alledem Mellwig, S. 175 ff.). Hinsichtlich der Begünstigung der Betreiber von Suprastruktur verweist das Vademecum der Kommission auf die Mitteilung staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken der öffentlichen Hand aus 1997, wonach bei inneren Erschließungsmaßnahmen nur dann eine Begünstigung vorliegt, sofern kein marktübliches Entgelt entrichtet wird.

Allgemeine Überlegungen zur beihilferechtskonformen Finanzierung von Infrastruktur

Der wirtschaftliche Charakter von Infrastrukturmaßnahmen und die Selektivität werden mit Blick auf den Wettbewerb der Infrastrukturen und die Einordnung durch EuG/EuGH, dass die Errichtung, Ausbau und spätere Nutzung von Infrastruktur untrennbar miteinander verbunden sind, zunehmend bejaht, sog.

Akzessorietätsargument: Aus dem wirtschaftlichen Charakter der späteren Nutzung der Infrastruktur wird die Finanzierung der Errichtung oder des Ausbaues als wirtschaftliche Tätigkeit abgeleitet.

Probleme auf der ersten Ebene bestehen:

- Sorgfältige Unterscheidung der Beihilfeebenen: Errichter, Betreiber und Endnutzer.
- Bei der klassischen Infrastruktur wie Straßen nur, soweit Wettbewerb der Infrastrukturen – wie beim intermodalen Verkehr, dazu KOM-Entscheidung Königs Wusterhausen – besteht oder die Infrastruktur ausschließlich einem Unternehmen dient (s. dazu Entscheidung der Kommission vom 18.07.2002, 2002/142/EG, ABI. EG Nr. 448, S. 20 – Valamont Nederland BV).

Allgemeine Überlegungen zur beihilferechtskonformen Finanzierung von Infrastruktur

Auf der Ebene zur Gewinnung eines Betreibers gelten die Kernprinzipien des Vergaberechts, also Transparenz, Ergebnisoffenheit und Diskriminierungsfreiheit.

Auf der dritten Ebene, also in Bezug auf die Endnutzer, scheidet die Beihilferelevanz aus, wenn lediglich Verbraucher auftreten. Bei wirtschaftlicher Tätigkeit gilt das gleiche, sofern ein marktübliches Entgelt gezahlt wird. Die sog. inneren Erschließungskosten müssen vom Endnutzer getragen werden.

Bei der „Beeinträchtigung des gemeinsamen Handelns“ muss regelmäßig von der Bejahung ausgegangen werden. Die Annahme der Kommission etwa in der Jena-Entscheidung vom 20.03.2013, wonach professionelle Veranstaltungen in der dortigen Arena lokalen Charakter haben und folgerichtig die Beihilfe die Handelsbedingungen nicht in einem Maße beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, ist lediglich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu sehen.

Allgemeine Überlegungen zur beihilferechtskonformen Finanzierung von Infrastruktur

Die Einstufung der Finanzierung von Infrastrukturmaßnahmen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist mit Blick auf den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten möglich, begegnet aber unter dem Gesichtspunkt „Manifest errors“ folgenden Grenzen:

- Voll funktionsfähiger Markt, z.B. bei Breitbandverkabelung in städtischen Ballungsgebieten,
- Verletzung des Verursacherprinzips (z.B. Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz) und
- mangelnder Nutzen für die Allgemeinheit wie bei Breitbandverkabelung in Gewerbegebieten.
- Das gemeinsame Interesse wird man bei mangelnden privaten Kapitalgebern demgegenüber bejahen können.

Allgemeine Überlegungen zur beihilferechtskonformen Finanzierung von Infrastruktur

Danach bestehen fünf Kriterien für beihilfekonforme Infrastrukturen:

1. Die Infrastrukturmaßnahme dient einem klar definierten gemeinsamen Interesse.
2. Sie ist für die Erreichung des beabsichtigten Ziels erforderlich und angemessen (Marktversagen).
3. Die Perspektiven für die Nutzung der Infrastruktur sind nachhaltig und gut.
4. Alle potentiellen Nutzer erhalten einheitlichen und diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur.
5. Die Entwicklung des Handelsverkehrs wird nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinschaftlichen Interesse zuwiderläuft.

Infrastrukturförderung de lege ferenda

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Verlagerung von der Tatbestands- auf die „Rechtfertigungsebene“, mit welcher ein „lebhaftes und buntes Case law“ verbunden ist, sollte mit Blick auf die große Bedeutung der beihilferechtlichen Fragen auch für die beteiligten Unternehmen ***dadurch Rechtssicherheit geschaffen werden, dass abstrakt-generelle Regelungen etwa in der AGVO gefunden werden.*** Dies würde auch dem Gedanken der Verfahrensvereinfachung und dem Prinzip, dass die Wettbewerbshüter ihre knappen Ressourcen auf wichtige Fälle konzentrieren können, dienen (vgl. Soltész, EuZW 2013, S. 134, 140).