



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER PRAXIS

RA Annika Sokolka und Benedict Ertelt

Europäisches Beihilferecht – Anwaltliches Beratungsfeld
an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Politik

GRUNDLAGEN

Cora Wegemund

Das Verhältnis der *Discorsi* zum *Príncipe* am Beispiel
des Rechts

ZIVILRECHT

Lena Heinisch

Die Haftung für autonome Autos (Level 5) – Darstellung des
geltenden Rechts und Perspektiven seiner Fortentwicklung

Pauline Rufet

Entgelt für Zahlungsmittel bei Flugbuchungsportalen:
Analyse des BGH-Urteils vom 24.8.2021 – X ZR 23/20

ÖFFENTLICHES RECHT

Marcel Kalif

Verfassungsfeindliche politische Parteien

Jonathan Baumer

EU-U.S. Datenübermittlungen. Europäisierung des
U.S.-amerikanischen Datenschutzstandards
im Sinne der Schrems-Rechtsprechung?

STRAFRECHT

Leon Wollenberg

Green Criminology und ihr Platz in der Kriminologie –
ein Überblick, grundlegende Konzepte und aktuelle Themen

5. Jahrgang · Seiten 1–96

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 1/2024

RA Annika Sokolka, LL.M. (UCT) und Benedict Ertelt*

Europäisches Beihilferecht – Anwaltliches Beratungsfeld an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Politik

Staatliche Subventionen sind aus den großen politischen Debatten unserer Zeit nicht mehr wegzudenken: Egal ob Finanzkrise, Coronakrise, Energiekrise oder Klimakrise – eine zentrale politische Forderung zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen ist die staatliche Intervention mittels Subventionen. Dass deren rechtliche Zulässigkeit wesentlich vom Beihilferecht der Europäischen Union abhängt, ist wohl nicht nur der breiten Öffentlichkeit, sondern – mangels Examensrelevanz – auch vielen Jurastudierenden unbekannt. Anliegen dieses Beitrags ist es daher, aus einer praktischen Perspektive heraus eine Einführung in die Rechtsgrundlagen des europäischen Beihilferechts zu geben und Einblicke in die diesbezügliche anwaltliche Beratung zu gewähren. Eine erste Auseinandersetzung mit dem Beihilferecht ist dabei aufgrund der enormen wirtschaftspolitischen Bedeutung für alle Interessierten lohnend. Insbesondere soll der Beitrag eine spannende Möglichkeit aufzeigen, auch abseits des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts im öffentlich-rechtlichen Bereich zu arbeiten und dabei an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und politischem Prozess tätig zu werden.

Inhaltsübersicht

| | |
|---|----|
| A. Einführung: Das Beihilferecht als Mediator zwischen staatlicher Wirtschaftsförderung und europäischem Wettbewerbsschutz | 7 |
| I. Subventionen als Instrument der Wirtschaftsförderung | 7 |
| II. Begrenzung staatlicher Subventionsmöglichkeiten zum Schutz des Wettbewerbs | 7 |
| III. Auflösung des Spannungsverhältnisses von Wirtschaftsförderung und Wettbewerbsschutz in der anwaltlichen Beratung im Beihilferecht | 7 |
| B. Rolle des Beihilferechts in aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen: Das Beihilferecht als Krisen- und Transformationshelfer? | 8 |
| I. Beihilferecht als Krisenhelfer | 8 |
| II. Beihilferecht als Klimaschutzermöglicher | 9 |
| III. Beihilferecht als Doping im Subventionswettbewerb | 9 |
| C. Beihilferegime des Art. 107 AEUV: | |
| Das Beihilfeverbot und seine Ausnahmen | 10 |
| I. Die vier Voraussetzungen des Beihilfeverbots nach Art. 107 Abs. 1 AEUV | 10 |
| 1. Staatliche Mittel | 11 |
| 2. Gewährung eines Vorteils an einen Begünstigten | 12 |
| a) Begünstigter Beihilfeempfänger: Unternehmen oder Produktionszweige | 12 |
| b) Vorteilsgewährung | 12 |
| 3. Selektivität der Beihilfe | 14 |
| 4. Wettbewerbsverfälschung und Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb | 14 |
| II. Ausnahmen vom Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV | 15 |
| 1. Voraussetzungen der Genehmigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV ... | 15 |
| a) Legalausnahmen und Ermessensausnahmen | 15 |
| b) Ermessensbindung durch „Soft Law“ | 16 |
| 2. Freistellung von der Beihilfeanmeldung durch die Europäische Kommission | 16 |
| III. Ökonomische Ausrichtung der Beihilfenprüfung durch die Europäische Kommission | 17 |
| 1. Anreizeffekt von Beihilfen | 17 |
| 2. Verhältnismäßigkeit von Beihilfen | 17 |
| 3. Vermeidung übermäßig negativer Auswirkungen auf den Binnenmarkt | 18 |
| D. Anwaltliche Beratungsmöglichkeiten im Verlauf des Beihilfeverfahrens (Art. 108 AEUV) | 19 |
| I. Beihilfegewährung durch den Mitgliedstaat | 19 |
| 1. Rechtsgrundlagen der Subventionsgewährung in Deutschland | 19 |
| 2. Anwaltliche Beratung bei der Subventionsvergabe | 19 |
| II. Notifizierung der Beihilfe bei der Europäischen Kommission | 20 |
| 1. Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV | 20 |
| 2. Vorläufige Prüfung der Kommission und förmliches Prüfungsverfahren | 21 |
| 3. Anwaltliche Unterstützung bei Notifizierung und Beihilfekontrollverfahren | 21 |
| III. Beihilfenentscheidung der Europäischen Kommission | 22 |
| IV. Rechtsschutz | 23 |
| V. Der Handwerkskasten für anwaltliche Beratung im Beihilfeverfahren | 23 |
| E. Ausblick: Beihilferecht als Motor oder Hemmnis gesellschaftlicher Transformation? | 24 |

* Annika Sokolka, LL.M. (UCT) ist Rechtsanwältin bei Linklaters LLP in Berlin und berät zu Fragen des öffentlichen und europäischen Wirtschaftsrechts. Benedict Ertelt ist Doktorand im Öffentlichen Recht bei Prof. Dr. Gabriele Britz (Goethe-Universität Frankfurt) und wissenschaft-

licher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Bumke für Grundlagen des Rechts an der Bucerius Law School. Zuvor war er ebenfalls bei Linklaters LLP als Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Öffentlichen Wirtschaftsrecht tätig.

A. Einführung: Das Beihilferecht als Mediator zwischen staatlicher Wirtschaftsförderung und europäischem Wettbewerbsschutz

Das europäische Beihilferecht tariert zwei kollidierende Ziele aus, die gleichermaßen im öffentlichen Interesse stehen: Die Förderung der Wirtschaft durch staatliche Subventionen und den Schutz des Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt.

I. Subventionen als Instrument der Wirtschaftsförderung

Unter Subventionen versteht man Leistungen der öffentlichen Hand an natürliche oder juristische Personen, denen keine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht und die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecks gewährt werden.¹ Die verfolgten Subventionszwecke können verschiedenster Art sein; denkbar ist etwa die Förderung strukturschwacher Regionen, die Sicherung von Arbeitsplätzen, die Exportförderung, die hinreichende Gewährleistung preisgünstigen Wohnraums oder die Förderung klimafreundlicher Produktion durch Unternehmen. Häufig adressieren Subventionen aber auch akute Krisenfolgen, etwa von Naturkatastrophen, der Corona-Pandemie oder der Wirtschafts- und Finanzkrise.² Angesichts ihrer elementaren Bedeutung für die Erreichung dieser Ziele sind Subventionen ein zentrales Element staatlicher Wirtschaftspolitik und -lenkung, insbesondere um technisches Marktversagen zu kompensieren oder Marktergebnisse aus sozial- oder verteilungspolitischen und nicht zuletzt auch klimapolitischen Gründen zu korrigieren.³

II. Begrenzung staatlicher Subventionsmöglichkeiten zum Schutz des Wettbewerbs

Angesichts dieser Bedeutung von Subventionierungen mag die unionsrechtliche Regelung des Art. 107 Abs. 1 AEUV

¹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 17 Rn. 3, 5; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 1.

² *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 76; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 17 Rn. 9. Je nach Subventionsziel kann zwischen verschiedenen Subventionsarten und -formen unterschieden werden, s. dazu *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 8. Aufl. 2019, § 21 Rn. 701 oder *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 12. Aufl. 2022, § 25 Rn. 861 ff. Exemplarisch zum Ziel der Sicherung von Arbeitsplätzen durch Subventionen in Zeiten steigender Strom- und Gaspreise siehe *Ackermann/Eickmanns*, EnK-Aktuell 2023, 010169.

³ Eine gute Einführung in die Rolle von Subventionierung in modernen Volkswirtschaften bieten *Frotscher/Kramer* (Fn. 2), 6. Teil Rn. 693 ff.; siehe dazu auch *Bultmann*, Beihilferecht und Vergaberecht, 2014, S. 239 ff.; *Detterbeck*, (Fn. 2), § 25 Rn. 861; *Huber/Unger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schoch/Eifert, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 4, Rn. 379; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 17 Rn. 3.

⁴ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 9; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, A. Beihilfenregeln im System des AEUV, Rn. 5 ff.

⁵ Das Verhältnis der Begriffe „Subvention“ und „Beihilfe“ ist umstritten. Der Begriff der Beihilfe kann aufgrund der spezifischen Zwecksetzung des Beihilfebegriffs gegenüber dem Begriff der allgemeinen Subvention als enger verstanden werden, so etwa *Ziekow*, Öffentliches Wirtschafts-

in Bezug auf bestimmte Subventionen zunächst überraschen: Sie sind im Grundsatz verboten.⁴ Subventionen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV werden „Beihilfen“ genannt.⁵ Hierbei handelt es sich um staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Leistungen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Sie sind mit dem europäischen Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.⁶ Nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV können sie jedoch unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig sein.

Dieses in den Art. 107 ff. AEUV geregelte System zur Verhinderung wettbewerbsverfälschender Beihilfen ist neben dem Kartellverbot und der Fusionskontrolle eine der zentralen Säulen der europäischen Wettbewerbsordnung.⁷ Denn deren Wesensmerkmal ist der Schutz eines unverfälschten Binnenmarktes, vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV, Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV und Art. 119 Abs. 1 AEUV. Darin ist eine unionsrechtliche Systementscheidung zugunsten einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu sehen.⁸ Da funktionierender Binnenmarkt wiederum ein Kernelement der Europäischen Union darstellt, statuieren das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV und die Beihilfekontrolle durch die Europäische Kommission nicht weniger als eine Gelinngsbedingung der Europäischen Union insgesamt.

III. Auflösung des Spannungsverhältnisses von Wirtschaftsförderung und Wettbewerbsschutz in der anwaltlichen Beratung im Beihilferecht

In der Praxis des Beihilferechts, und damit auch der anwaltlichen Beratung, geht es im Kern darum, das Spannungsfeld zwischen europäischem Wettbewerbsschutz und staatlicher Wirtschaftsförderung aufzulösen.⁹

recht, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 2. Umgekehrt wird auch vertreten, dass der Begriff der Beihilfe breiter ist als der der Subvention, da Beihilfen nicht nur positive Leistungen wie etwa Subventionen umfassen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen regelmäßig zu tragen hat, z.B. Steuererleichterungen, vgl. EuGH, Ur. v. 15.7.2004, Spanien/Kommission, C-501/00, ECLI:EU:C:2004:438, Rn. 90. Zur Abgrenzung der Begriffe Subvention und Beihilfe siehe vertiefend *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2021, Kap. 1 § 2 Rn. 168.

⁶ Einführend zu den einzelnen Voraussetzungen des Beihilfenatbestands siehe *Götz*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 59. EL Oktober 2023, H. III. Rn. 53 ff.; *Ludwigs*, in: Immenga/Mestmäcker, MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 126 ff.; *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 80. EL August 2023, Art. 107 AEUV Rn. 30 ff.

⁷ *Hobe/Fremuth*, Europarecht, 10. Aufl. 2020, § 23 Rn. 1; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 19 Rn. 1; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 1; *Götz* (Fn. 6), H. III. Rn. 1.

⁸ *Pache*, NVwZ 1994, 318; *Frenz* (Fn. 5), Kap. 1 § 1 Rn. 1 ff.; *Hobe/Fremuth* (Fn. 7), § 23 Rn. 1; *Schroeder* (Fn. 7), § 17 Rn. 1; *Pieper*, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. 2022, Wettbewerbspolitik; *Säcker*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 1 Rn. 1 ff.

⁹ Zum Verhältnis von Subventionen und Wettbewerb *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 21 Rn. 2.

Wie das konkret in der Praxis aussieht, soll Gegenstand dieses Beitrags sein. Dafür wird zunächst die Rolle des Beihilferechts in aktuellen gesellschaftspolitischen Herausforderungen angerissen (B.). Sodann zu vertiefender Dreh- und Angelpunkt dieser Rollenwahrnehmung sind das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und dessen Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV (C.). Anschließend wird die anwaltliche Beratung entlang eines typischen beihilferechtlichen Verfahrens nachgezeichnet (D.) und abschließend ein Ausblick auf die künftige Entwicklung des europäischen Beihilferechts gegeben (E.).

B. Rolle des Beihilferechts in aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen: Das Beihilferecht als Krisen- und Transformationshelfer?

Trotz des hohen Stellenwerts des Beihilferechts haben die meisten Jurastudierenden allenfalls eine vage Vorstellung davon, was sich hinter diesem Rechtsgebiet verbirgt, da es in der juristischen Ausbildung keine nennenswerte Rolle spielt.¹⁰ Warum lohnt sich gleichwohl eine eingehende Beschäftigung? Sie trägt zu einem besseren Verständnis dafür bei, unter welchen rechtlichen Bedingungen Mitgliedstaaten mittels Subventionen auf wirtschafts-, sozial- und klimapolitische Probleme reagieren können. Besonders deutlich trat die Rolle, die das Beihilferecht in diesem Zusammenhang einnimmt, zuletzt bei den staatlichen Reaktionen auf die Corona-Pandemie, den Ukrainekrieg, die Klimakrise und den globalen Subventionswettbewerb zu Tage.

I. Beihilferecht als Krisenhelfer

Eine Kernaufgabe des Beihilferechts ist es, den Wettbewerbsschutz an sich wandelnde politische Subventionserfordernisse flexibel anzupassen. Es ist also kein starres Korsett, das mit unverrückbaren Maßstäben über die Zulässigkeit von Beihilfen verfügt. Vielmehr hängt die Zulässigkeit einer Beihilfe immer davon ab, welchen Zweck die Subvention erfüllen soll, wie gewichtig dieser Zweck ist und ob die Beihilfe zur Erreichung dieses Zwecks angemessen ist. Welches Gewicht der Zweckerreichung zukommt, ist im Kern eine politische Entscheidung, die den Gesellschaften der Mitgliedstaaten obliegt. Wenn also Staaten zur Bekämpfung der Finanzkrise, Corona-Pandemie oder Energiekrise mittels Subventionen gegensteuern

wollen, muss das Beihilferecht Bedingungen schaffen, wie dies möglichst wettbewerbsschonend erreicht werden kann. So hat es das Beihilferecht Staaten in den Krisen der letzten beiden Jahrzehnte ermöglicht, die Schäden und Folgewirkungen für die Wirtschaft zu lindern, ohne dabei den Wettbewerb übermäßig zu belasten.¹¹

Da Krisen naturgemäß akut auftretende Phänomene sind, besteht ein besonderes Bedürfnis nach einer möglichst schnellen und flexiblen Anpassungsfähigkeit des Beihilferechts auf die jeweiligen Krisenumstände. Hierfür bewährte sich in der Vergangenheit, dass die EU-Kommission ihre Genehmigungspraxis – also die Voraussetzungen, unter denen sie die grundsätzlich verbotenen Beihilfen genehmigt – ohne ein aufwändiges Gesetzgebungsverfahren an die neue Sachlage angepasst hat. Ein wichtiges Arbeitsinstrument ist dabei der Erlass von sog. Krisenrahmen, nach denen sie ihre Beihilfeentscheidungen ausrichtet und dadurch Beihilfen unter erleichterten Bedingungen zulässt. So erarbeitete die Kommission zu Beginn der Corona-Pandemie den befristeten „Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, der Beihilfen in Gestalt von Bürgschaften, Garantien oder Zinsverbilligungen für Darlehen unter erleichterten Bedingungen ermöglichte, um die pandemiebedingten Liquiditätsprobleme von Unternehmen zu lindern.¹² Durch die Vorgaben dieses Krisenrahmens sollte den Mitgliedstaaten in Ergänzung zu den bestehenden Beihilfavorschriften mehr Flexibilität für umfangreiche Unterstützungsmaßnahmen geboten werden, um die sozioökonomischen Folgen der Corona-Pandemie abzufedern.¹³

Auch nach Beginn des russischen Angriffs auf die Ukraine wurde ein Krisenrahmen erlassen, der „Befristete Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine“.¹⁴ Dieser ermöglicht beispielsweise Beihilfen zum Ausgleich von Schäden, die auf direkte Auswirkungen der verhängten Wirtschaftssanktionen zurückgehen.¹⁵ Im Grunde beschreiben die „Krisenrahmen“ also begrifflich auch die Funktion des Beihilferechts an sich in Krisensituationen: Während die Krisenbewältigung primär in die Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt, kommt dem Beihilferecht die Funktion eines Ordnungsrahmens zu, in dem sich die nationale Krisenbewältigungspolitik bewegen muss.¹⁶

¹⁰ So ist beispielsweise in Berlin gem. § 3 Abs. 1, 5 JAO das Wettbewerbsrecht nicht Gegenstand der staatlichen Pflichtfachprüfung. Ein möglicher und in Abschlussklausuren sowie Examenklausuren gelegentlich auch begegnender beihilferechtlicher Einschlag im Studium ergibt sich bei der Rückforderung von Beihilfen nach §§ 48, 49 VwVfG. Zum Ganzen *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 77 ff.; *Müller/Richter/ders.*, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, C. Rn. 135 ff.

¹¹ In Bezug auf die Corona-Pandemie *Bartosch/Berghofer*, EuZW 2020, 453 ff.; *Seitz/Berne*, EuZW 591 (593); *Frenz* (Fn. 5), Kap. 5 § 2 Rn. 244 ff.; *Rosenfeld*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Bd. 5 Teil 9 Rn. 666 ff. Zur Beihilfenkontrolle während der Finanzkrise *Arhold*, EuZW 2008, 713 ff.; *Fehling*, EuR 2010, 598 ff. Zur Beihilfenkontrolle während der Energiekrise *Holle/Linnartz*, NJW 2023, 801 ff.

¹² Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von

COVID-19, 2020 C 91, I/1, ABl. EU C 91/1 v. 20.3.2020, zu den genannten Instrumenten siehe Abschnitt 3.2 und 3.3. Vertiefend dazu *Bartosch/Berghofer*, EuZW 2020, 453 (454 ff.); *Seitz/Berne*, EuZW, 591 (593); *Frenz* (Fn. 5), Kap. 5 § 6 Rn. 2320 ff.; *Hobe/Fremuth* (Fn. 7), § 24 Rn. 66.

¹³ *Holtmann*, in: Immenga/Mestmäcker, MüKo Wettbewerbsrecht 4. Aufl. 2022, Teil 6, Coronabedingte Beihilfen, Rn. 5.

¹⁴ Mitteilung der Kommission, Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine 2022 – Temporary Crisis Framework (TCF), ABl. EU C 131 I/01 v. 24.3.2022. Vertiefend zum TCF *Holle/Linnartz*, NJW 2023, 801 (803 f.); *Lemonnier*, in: Schröter/Klotz/von Wendland, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 107 Rn. 835.

¹⁵ TCF, Rn. 34.

¹⁶ *Hobe/Fremuth* (Fn. 7), § 24 Rn. 66; vgl. *Bleckmann*, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, 1984; *Holle/Linnartz*, NJW 2023, 801 f.

II. Beihilferecht als Klimaschutzermöglicher

Die zentrale Herausforderung der nächsten Jahre wird für das Beihilferecht die Bewältigung des Klimawandels sein. In der Klimaschutzpolitik von Union und Mitgliedstaaten kommt der Beihilfepolitik der EU eine hohe Relevanz zu, da der Weg hin zur grünen Transformation nicht ohne massive öffentliche Investitionen gelingen kann.¹⁷ Um solche staatlichen Investitionen, etwa zur klimafreundlichen Produktionsumstellung oder der Errichtung klimaneutraler Energieinfrastruktur, unter möglichst großer Schonung des Wettbewerbs und nach einheitlichen Maßstäben zu ermöglichen, wurde die europäische Beihilfepolitik in den vergangenen Monaten und Jahren maßgeblich geändert.

Auch hier wählte die Kommission das oben beschriebene Instrument eines Krisenrahmens, als sie 2022 zur erleichterten Ermöglichung grüner Beihilfen den befristeten Krisen- und Transformationsrahmen („TCTF“) entwickelte.¹⁸ Ein weiterer Baustein zur Ermöglichung einer grünen Transformation im Beihilferecht sind die sog. Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen („KUEBLL“) vom 27. Januar 2022.¹⁹ An diesen Leitlinien orientiert die EU-Kommission ihre Entscheidung über die Beihilfekonformität grüner bzw. klimafreundlicher Beihilfen.²⁰ Auch solche Beihilfen unterliegen grundsätzlich dem Beihilfeverbot, können jedoch unter gesonderten und regelmäßig erleichterten Bedingungen gerechtfertigt sein.²¹ Hierfür müssen sie zu den klima-, umwelt- und energiepolitischen Zielen der Union beitragen.²² Im Zentrum dieser Ziele steht der *Green Deal* der Europäischen Union – eine Wachstumsstrategie, mit der die EU zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft werden soll, in der im Jahr 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr freigesetzt werden und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist.²³

¹⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 („KUEBLL“), ABl. EU C 80 v. 18.2.2022, 8; *Frenz* (Fn. 5), Kap 1 § 1 Rn. 16. Zum Klimaschutz als Bestandteil der Wirtschaftspolitik *Calliess/Dross*, ZUR 2020, 456. In Bezug auf die Energiekrise *Holle/Linnartz*, NJW 2023, 801.

¹⁸ Mitteilung der Kommission, Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine, ABl. EU C 131 I/01 v. 24.3.2022. *Meyer/Hoffmann*, EuZW, 413 (416); *Soltész*, EuZW 2024, 5 (9 f.); *Stöbener de Mora*, EuZW 2024, 4 ff.

¹⁹ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 („KUEBLL“), ABl. EU C 80 v. 18.2.2022. Die KUEBLL sind dabei Nachfolger der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen („UEBLL“), ABl. EU C 200 v. 18.2.2022. Einen guten Überblick über die Vorschriften der KUEBLL-Leitlinien bietet *Lemonnier* (Fn. 14), Art. 107 AEUV Rn. 868 ff.

²⁰ Die Leitlinien sind soft-law ohne Wirkung im Außenverhältnis, erzeugen aber ermessenslenkende Bindungswirkung für die Kommission, *Soltész*, EuZW 2013, 881; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 4; *Götz* (Fn. 6), H. III. Rn. 27.

²¹ KUEBLL, Abschnitt 3.

²² *Meyer/Hoffmann*, EuZW 2023, 413 (414).

²³ Mitteilung der Kommission v. 11.12.2019, „Der europäische Grüne Deal“, COM(2019)0640, S. 1; siehe auch Entschließung des Europäischen

Konkret können durch die KUEBLL-Leitlinien beispielsweise der Aufbau von E-Ladeinfrastruktur²⁴, LNG-Terminals²⁵ oder auch der Ausstieg aus dem Kohleabbau²⁶ staatlich gefördert werden. Zudem setzen die Leitlinien auch erste Maßstäbe für neuartige Klimaschutzinstrumente wie die sog. Klimaschutzverträge (*Carbon Contracts for Difference*, abgekürzt CCfDs): Diese Verträge zwischen Staat und Unternehmen der energieintensiven Industrie sollen Mehrkosten klimafreundlicher Produktionsverfahren im Vergleich zu herkömmlichen Verfahren ausgleichen und auf diese Weise einen Transformationsanreiz setzen.²⁷

Es zeigt sich also, dass dem Beihilferecht neben der oben beschriebenen Rahmenfunktion auch eine Anreizfunktion zukommt, indem es durch die Ermöglichung bestimmter staatlicher Beihilfen („grüner Beihilfen“) Anreize für klimaschützende unternehmerische Tätigkeiten setzt.

III. Beihilferecht als Doping im Subventionswettbewerb

Neben der Rahmenfunktion und Anreizfunktion kann dem Beihilferecht auch eine Schutzfunktion gegen solche Beeinträchtigungen zukommen, die von Wettbewerbseinwirkungen durch Drittstaaten ausgehen. Denn staatliche Subventionen müssen nicht nur den Anforderungen an eine Klimatransformation innerhalb des europäischen Binnenmarkts gerecht werden. Vielmehr müssen die Subventionen der EU-Mitgliedstaaten auch in einem sich immer weiter zuspitzenden globalen Subventionswettbewerb mithalten können.²⁸ Während China seine grünen Industrien seit langem massiv subventioniert, zogen im vergangenen Jahr die USA mit dem *Inflation Reduction Act* (IRA) nach, einem etwa 400 Milliarden Dollar starken Subventions- und Steuererleichterungsprogramm.²⁹ Dieses zielt auf eine marktführende Position der USA im Bereich der Umwelttechnologien und eine Senkung der CO₂-Emissionen bis 2030 um 40 % ab.³⁰ Gleichzeitig dient das Programm auch der Schaf-

en Parlaments v. 15.1.2020 zu dem Thema „Der europäische Grüne Deal“ (2019/2956(RSP)), ABl. EU C 270 v. 7.7.2021; s. dazu *Ortlieb*, EWeRK 2020, 20 (25); *Thiel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 338 AEUV Rn. 52.

²⁴ KUEBLL, Abschnitt 4.3.2.

²⁵ KUEBLL, Abschnitt 4.9.

²⁶ KUEBLL, Abschnitt 4.12.

²⁷ *Baums*, EuZW 2023, 349. Einen guten Überblick über Klimaschutzverträge findet sich auf der Seite des BMWK: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Wasserstoff/Foerderung-National/018-pilotprogramm.html>, zuletzt abgerufen am 17.4.2024.

²⁸ *Carnap-Bornheim*, JuS 2013, 215 f.; *Herrmann/Elleemann*, ZEuP 2024, 64 (69); *Meyer/Hoffmann*, EuZW 2023, 413; *Lemonnier* (Fn. 14), Art. 107 AEUV Rn. 836.

²⁹ *Fisahn*, *Bremst EU-Recht die sozial-ökologische Transformation aus? Forschungsförderung Working Paper*, Düsseldorf 2023, abrufbar unter https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008524, zuletzt abgerufen am 14.4.24, S. 4; *Meyer/Hoffmann*, EuZW 2023, 413.

³⁰ *Altenburg/Berger/Brandi*, *Subventionierte Umwelttechnologien, Der internationale Subventionswettbewerb um grüne Technologien, Die aktuelle Kolumne*, IDOS, 17.4.2023, <https://www.idos-research.de/die-aktuelle-kolumne/article/der-internationale-subventionswettbewerb-um-gruene-technologien/>, zuletzt abgerufen am 17.4.2024.

fung und Erhaltung von inländischen Industriearbeitsplätzen, weshalb eine Bedingung für die staatliche Förderung ein Produktionsstandort in den USA ist und hohe Subventionen für die Ansiedlung ausländischer Unternehmen geboten werden.³¹ Die Auswirkungen einer solchen Industriepolitik für den europäischen Binnenmarkt liegen auf der Hand: Da US-Subventionen regelmäßig mit der Bedingung verbunden sind, dass Produktionsort die Vereinigten Staaten sind, entstehen hierdurch Anreize für europäische Unternehmen zur Verlagerung ihres Produktionsstandortes in die USA, sofern sie dort günstigere Wettbewerbskonditionen vorfinden.³²

Damit Letzteres nicht eintritt, muss das Beihilferecht möglichst gleichwertige europäische Wettbewerbskonditionen sicherstellen. Das EU-Beihilferecht wurde somit vor die schwierige Aufgabe gestellt, einerseits standortfördernde Subventionen zuzulassen und Europa als Standort für nachhaltige Industrien zu sichern, gleichzeitig aber die Wettbewerbsverfälschungen innerhalb des europäischen Binnenmarkts weiterhin so gering wie möglich zu halten.³³

Hierfür stellte die EU-Kommission am 1. Februar 2023 den *Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age* vor.³⁴ Dieser sieht mitunter auch eine Vereinfachung des regulatorischen Rahmens für Beihilfen vor.³⁵ Der bestehende Befristete Krisenrahmen, der ursprünglich zur Bewältigung von Folgen des Ukrainekriegs erlassen worden war, wurde aus diesem Grund zu dem oben genannten Befristeten Krisen- und Übergangsrahmen (TCTF) fortentwickelt, der neben der grünen Transformation auch der Standortsicherung in der Union dient.³⁶ Im Rennen um internationale Subventionen soll es den Mitgliedstaaten auf Grundlage des TCTF beispielsweise offenstehen, bestimmten Unternehmen höhere Beihilfen als zuvor zu gewähren, damit die Beihilfe der Höhe nach dem entspricht, was Wettbewerber außerhalb der Europäischen Union für ähnliche Vorhaben erhalten würden (sog. *Matching-Aid-Klausel*).³⁷

³¹ *Altenburg/Berger/Brandt* (Fn. 30); *Lemonnier* (Fn. 14), Art. 107 AEUV Rn. 836.

³² *Fisahn* (Fn. 30), S. 1 ff.; *Lemonnier* (Fn. 14), Art. 107 AEUV Rn. 836.

³³ Dass die Herausforderungen, die sich aus dem globalen Subventionswettbewerb ergeben, ganz oben auf der Agenda der europäischen Wettbewerbspolitik stehen, wird im Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2023 sehr deutlich, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments v. 16.1.2024 zu der Wettbewerbspolitik – Jahresbericht 2023, P9TA(2024)0011, Rn. 2. Zum Green Deal Industrial Plan siehe *Kafsack*, FAZ v. 7.2.2024, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/net-zero-industry-act-europas-antwort-auf-inflation-reduction-act-19503486.html>, zuletzt abgerufen am 17.4.2024, *Lemonnier* (Fn. 14), Art. 107 AEUV Rn. 836.

³⁴ Dies geschah, nachdem die Idee eines Europäischen „Souveränitätsfonds“ oder „Zukunftsfonds“ aufkam, mit welchem die Kommission gezielt Mittel für die grüne Transformation bereitstellen wollte, der jedoch an politischen Widerständen scheiterte, siehe dazu *Volker*, Handelsblatt v. 20.5.2023, <https://www.handelsblatt.com/politik/international/eu-haus-halt-von-der-leyen-gibt-souveraenitaetsfonds-auf-fordert-aber-66-milliarden-euro-von-mitgliedstaaten/29217124.html>, zuletzt abgerufen am 17.4.2024.

³⁵ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 1.2.2023, *The Green Deal Industrial Plan*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_510, zuletzt abgerufen am 20.4.2023.

Die drei Schlaglichter auf die Rolle des Beihilferechts (in der staatlichen Krisenbewältigung in vergangenen Jahren, der grünen Transformation und der Standortsicherung in Zeiten des globalen Subventionswettkampfs) machen deutlich: Kernaufgabe des Beihilferechts ist es, auch in Krisenzeiten und Umbruchprozessen eine möglichst wettbewerbschonende Subventionspolitik zu gewährleisten, um wiederum die mit Wettbewerb verbundenen volkswirtschaftlichen Vorteile (z.B. Innovationsbereitschaft) für die europäische Gesellschaft zu wahren. Angesichts dieser zentralen *Funktion* des Rechtsgebiets lohnt sich daher auch ein genauerer Blick auf dessen *Funktionsweise*, die sich aus Art. 107 ff. AEUV ergibt.

C. Beihilferegime des Art. 107 AEUV:

Das Beihilfeverbot und seine Ausnahmen

Die maßgeblichen Vorschriften des europäischen Beihilferechts, Art. 107–109 AEUV, finden sich im ersten Kapitel des siebten Titels des AEUV, also dem Kapitel über Wettbewerbsregeln.³⁸ Während sich das in Art. 101 Abs. 1 AEUV normierte Kartellverbot und das in Art. 102 AEUV geregelte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung unmittelbar an Unternehmen richten, sind Adressaten des Beihilferechts allein die EU-Mitgliedstaaten.³⁹

Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beihilfe und deren Zulässigkeit sind zwar in zahlreichen Sekundärrechtsakten konkretisiert.⁴⁰ Eine Eigenheit des Beihilferechts ist aber gerade, dass ein Großteil der Rechtsfragen im Endeffekt um die Auslegung und Anwendung einer einzigen Norm kreist, nämlich Art. 107 AEUV. Deren Voraussetzungen sollen daher hier umfänglicher dargestellt werden.

I. Die vier Voraussetzungen des Beihilfeverbots nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

Dem Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen jegliche „staatliche oder aus staatlichen Mitteln ge-

³⁶ *Lemonnier* (Fn. 14), Art. 107 AEUV Rn. 836.

³⁷ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission – Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge des Angriffs Russlands auf die Ukraine – Krisenbewältigung und Gestaltung des Wandels, ABl. EU C 101/03 v. 17.3.2023, Rn. 86.

³⁸ *Wollenschläger*, in: Schmidt/Wollenschläger, *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 4. Zu den Art. 101 ff. *Schroeder/Schuhmacher/Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 80. EL August 2023, Art. 101 AEUV Rn. 1 ff. Einen guten Überblick über die Regeln des EU-Wettbewerbsrechts aus volkswirtschaftlicher Sicht bietet *Altmijs*, in: An de Meulen/Christiaans/Wilke/Wohlmann, *Volkswirtschaftslehre*, Wiesbaden 2024, S. 259 ff. Zur Normstruktur der Art. 107–109 AEUV *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 1.

³⁹ *Hobe/Fremuth* (Fn. 7), § 23 Rn. 11.

⁴⁰ Relevant für das Vorliegen einer Beihilfe ist insbesondere die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (von nun an: „Beihilfenbekanntmachung der Kommission“), C 262/01, ABl. v. 19.7.2016.

währte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Beihilfen in diesem Sinne können nicht nur finanzielle Zuwendungen sein, sondern auch sonstige Subventionen wie etwa staatliche Bürgschaften⁴¹, Wechselkursgarantien und verbilligte Darlehen, Schuldenerlasse, Steuervergünstigungen, Befreiungen von Sozialbeiträgen, die Bereitstellung von Dienstleistungen, Verkäufe von Grundstücken oder Waren zu Sonderkonditionen.⁴² Eine Steuervergünstigung mit Beihilfequalität in diesem Sinne ist etwa die in jüngster Zeit prominent gewordene Energiesteuerentlastung für sog. Agrardiesel im Sinne von § 57 EnergieStG, deren geplante Kürzung ab 2026 deutschlandweit zu Protesten aus der Landwirtschaft führte („Bauernproteste“).⁴³

Ob Subventionen den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, wird in der Kommissionspraxis und Rechtsprechung der Europäischen Gerichte üblicherweise vierstufig geprüft:

- (1) Es muss sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln;
- (2) sie muss geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen;
- (3) einem Begünstigten muss durch sie ein Vorteil gewährt werden und
- (4) sie muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.⁴⁴

⁴¹ Zu den einzelnen Formen von Beihilfen existieren dann wiederum regelmäßig eigene Beihilfenbekanntmachungen, etwa in Bezug auf Bürgschaften die Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. EU C 155 v. 20.6.2008, S. 10.

⁴² Zu Steuervergünstigungen etwa EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04; ECLI:EU:C:2006:8; vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, ABl. EU C-384/3 v. 10.12.1998, Rn. 2. Eingehend zu Formen staatlicher Beihilfen *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 43; *Detterbeck* (Fn. 2), § 25 Rn. 861; *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 385; *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 3.

⁴³ Siehe dazu <https://www.agrarheute.com/politik/agrardiesel-beihilfe-fuer-bauern-faellt-weg-showdown-bundesrat-618087>, zuletzt abgerufen am 12.4.2024. Zur Beihilfequalität der Energiesteuerentlastungen für den Agrardiesel *Liebheit*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 123. EL November 2023; WD-BT PE 6 – 3000 – 3/17, S. 34 f.

⁴⁴ Beispielsweise in EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Enirisorse, C-237/04; ECLI:EU:C:2006:197, Rn. 39.

⁴⁵ Zum Merkmal der Staatlichkeit siehe insbesondere *Säcker/Schmitz*, NZKart 2014, 202 ff. und *Schroeder*, EuZW 2015, 207 ff.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, PreussenElektra, C-379/98; ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 58; EuGH, Urt. v. 16.5.2002, Frankreich/Kommission (Stardust), C-482/99; ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 24; EuGH, Urt. v. 19.12.2014, Vent De Colère, C-262/12; ECLI:EU:C:2013:851, Rn. 16 ff.; Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 38 ff.; *Schroeder*, EuZW 2015, 207, 2012; *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 7; *Wallenberg/Schütte* (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 39; *Koenig/Förtsch*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 60 ff.

1. Staatliche Mittel

Dem Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterliegen lediglich „staatliche oder aus staatlichen Mitteln“ gewährte Beihilfen.⁴⁵ Maßgeblich für die Bestimmung der Staatlichkeit von Mitteln sind die Herkunft der Mittel sowie die Zurechnung der Maßnahme zum Staat.⁴⁶

Hiernach sind nicht nur solche Mittel als „staatlich“ im Sinne des EU-Beihilferechts anzusehen, die unmittelbar von einem Gesamt- oder Teilstaat eines EU-Mitgliedstaats gewährt werden, also in Deutschland von Bund, Ländern oder Gemeinden. Beihilfen sind vielmehr auch Subventionen, die aus staatlichen Mitteln stammen.⁴⁷ Das sind etwa Mittel, die durch öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden, die von einem Staat zur Durchführung der Beihilfegewährung errichtet oder beauftragt worden sind, beispielsweise eigens errichtete Stiftungen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁴⁸ Praktisch relevant in Deutschland sind hier beispielsweise Entwicklungsbanken wie die KfW, derer sich der Staat zur Förderung von konkreten Projekten und Vorhaben bedient. Hier liegt die Zuordnung der Mittel zum Staat auf der Hand, da die KfW eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist, die zu 100 % in staatlicher Hand liegt (vgl. § 1 KredAnstWiAG).⁴⁹ Komplexer stellt sich die Beurteilung dar, wenn Vorteile durch öffentliche Unternehmen, etwa ein Finanzunternehmen, gewährt werden.⁵⁰ Hier muss nachgewiesen werden, dass Behörden im konkreten Fall nicht nur die Möglichkeit zur Einflussnahme gehabt haben, sondern *tatsächlich* in irgendeiner Weise am Erlass der Fördermaßnahme beteiligt waren.⁵¹

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 28.03.2019, Deutschland/Kommission, C-405/16 P; ECLI:EU:C:2019:268, Rn. 60; *Ziekow*, (Fn. 5), § 6 Rn. 19; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 32. Zur Differenzierung zwischen den in Art. 107 Abs. 1 AEUV gewählten Begriffen der „staatlichen Beihilfen“ und „aus staatlichen Mitteln stammende Beihilfen“, die wohl nur von dogmatischem Interesse ist, siehe EuGH, Sloman Neptun, C-72/91 u. 73/91; ECLI:EU:C:1993:97, Rn. 19; Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 38; *Koenig/Förtsch* (Fn. 46), Art. 107 AEUV Rn. 60; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 32.

⁴⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.03.2001, PreussenElektra, C-379/98; ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 58; EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Vent De Colère, C-262/12; ECLI:EU:C:2013:851, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 30.5.2013, Doux Élevage, C-677/11, ECLI:EU:C:2013:348, EuZW 2013, 582 (583, Rn. 26); *Schroeder*, EuZW 2015, 207 (208); *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 7; *Ziekow*, (Fn. 5), § 6 Rn. 19; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 32.

⁴⁹ Das geht auch aus dem Finanzbericht der KfW aus dem Jahr 2022 hervor; vgl. zur Beihilfeneigenschaft von KfW-Förderungen auch *Kaltenborn/Nobis*, NZBau 2008, 681, 683; *Soltész*, EuZW 2023, 5 (10).

⁵⁰ Bei öffentlichen Unternehmen können Beihilfen zudem regelmäßig nach Art. 106 Abs. 2 AEUV, d.h. auch ohne vorherige Entscheidung der Kommission, gerechtfertigt werden. Die Vorschrift räumt eine Abweichung von den Vorschriften des Vertrages ein, wenn an der betreffenden Tätigkeit ein „allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich vom Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet.“ Siehe dazu vertiefend *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 80. EL August 2023, Art. 106 Rn. 62 f.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 16.05.2002, Frankreich/Kommission, C-482/99; ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 50; Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 40 f.; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 34; *Unger* (Fn. 1), § 8 Rn. 21; *Wallenberg/Schütte* (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 39.

Die Staatlichkeit der Mittel wird selbst dann angenommen, wenn diese gar nicht unmittelbar aus dem Staatshaushalt stammen, aber gleichermaßen – wie Haushaltsmittel auch – in tatsächlicher Hinsicht dem Staat zur Verfügung stehen.⁵² Erforderlich für die Zurechnung solcher Mittel zum Staat ist eine tatsächliche, ständige Kontrolle durch staatliche Stellen.⁵³ Staatliche Mittel sind somit etwa Finanzmittel, die aus Steuern oder anderen (obligatorischen) Abgaben erlangt und anschließend staatlich verwaltet und verteilt werden.⁵⁴

Hinter der oft streitigen und uneindeutigen⁵⁵ Abgrenzung staatlicher und nichtstaatlicher Mittel steht ein einfacher Grund: Der Staat soll sich nicht seiner beihilferechtlichen Bindungen entziehen können, indem er wettbewerbsverfälschende Mittel nicht direkt aus dem Haushalt an Unternehmen fließen lässt, sondern über den Umweg mittelbar staatlich beherrschter Fonds.⁵⁶

Auch die politischen Implikationen dieser Abgrenzungsfragen können kaum unterschätzt werden. Am Öffnungstor der „Staatlichkeit der Mittel“ entschied sich in vielen gesamtgesellschaftlich relevanten Verfahren vor dem EuGH, ob wirtschaftspolitische Programme in den Mitgliedstaaten rechtskonform waren. Beispielsweise entschied der EuGH über die Beihilfekonformität der deutschen EEG-Umlage nach dem EEG 2012⁵⁷ und verneinte die Beihilfequalität aus dem Grund, dass es sich bei den hierüber erwirtschafteten Mitteln nicht um staatliche Mittel handelte, weil diese auf Konten von Übertragungsnetzbetreibern verwaltet wurden und damit die konkrete Entscheidung über die Verwendung der Mittel nicht unter ständiger staatlicher Kontrolle stand.⁵⁸

2. Gewährung eines Vorteils an einen Begünstigten

Die zweite Voraussetzung des Beihilfetatbestands ist die Gewährung eines Vorteils an einen Begünstigten.

a) Begünstigter Beihilfeempfänger: Unternehmen oder Produktionszweige

Begünstigte in diesem Sinne sind Unternehmen sowie Produktionszweige. Ausreichend für den beihilferechtlichen Unternehmensbegriff ist ein am Markt agierender Wirtschaftsteilnehmer, der selbstständig ist und wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, d.h. Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbietet. Die Rechtsform des Unternehmens ist hierfür unerheblich (sog. funktionaler Unternehmensbegriff).⁵⁹ Die Frage der Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit kann in der Praxis zuweilen Auslegungsfragen aufwerfen, wenn es etwa um Zahlungen an rein soziale oder kulturelle Träger geht, beispielsweise Krankenhäuser oder Museen.⁶⁰ Eine Beihilfe gegenüber einem ganzen Produktionszweig liegt demgegenüber vor, wenn nicht lediglich ein Unternehmen, sondern mehrere Unternehmen oder eine ganze Branche subventioniert wird.⁶¹

b) Vorteilsgewährung

Ein Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten hätte.⁶² Eine wirtschaftliche Vergünstigung gegenüber einem Unternehmen liegt demgegenüber dann nicht vor, wenn der staatlichen Leistung eine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht, denn dann erhält das Unternehmen keinen Vorteil gegenüber anderen Wettbewerbern.⁶³

Der Vorteil des Unternehmens kann dabei nicht nur in einer unmittelbaren staatlichen Zuwendung liegen, sondern etwa auch in einer Steuerentlastung oder dem Verzicht auf die Eintreibung eines Bußgeldes (s.o.). Selbst Entschädigungen, die ein Wirtschaftsteilnehmer als Ausgleich für Verluste durch naturschutzrechtliche Maßnahmen erhält, kön-

⁵² Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.03.2001, PreussenElektra, C-379/98; ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 57 ff.

⁵³ EuGH, Urt. v. 16.5.2002, Frankreich/Kommission (Stardust), C-482/99; ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 52, 57; Frenz (Fn. 5), Kap. 3 § 2 Rn. 1136; Ziekow, (Fn. 5), § 6 Rn. 19; Soltész, in: Immenga/Mestmäcker, MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 393; Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 39.

⁵⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 28.03.2019, Deutschland/Kommission, C-405/16 P; ECLI:EU:C:2019:268, Rn. 57; EuGH, Urt. v. 12.1.2023, „Dobeles Hes“, C-702/20; ECLI:EU:C:2023:1, Rn. 34 ff.; Soltész, EuZW 2024, 5, 6.

⁵⁵ Frenz, EWS 2014, 247; Classen (Fn. 9), § 21 Rn. 7; Nettesheim, NJW 2014, 1847; Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 37.

⁵⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 28.03.2019, Deutschland/Kommission, C-405/16 P; ECLI:EU:C:2019:268, Rn. 54; Soltész (Fn. 53), Rn. 405.

⁵⁷ Zur Beihilfequalität der EEG-Umlage nach EEG 2012 *Ouertani*, Umlagesysteme im Energierecht, 2018. Siehe zudem *Karch*, ZUR 2013, 526; *von Kielmansegg*, WiVerw 2014, 103; *Schroeder*, EuZW 2015, 207 (211 ff.); *Frenz* (Fn. 5), Kap. 3 § 2 Rn. 1123 ff.

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 28.03.2019, Deutschland/Kommission, C-405/16 P; ECLI:EU:C:2019:268, Rn. 73 ff.; *Müller-Terpitz/Ouertani*, EnWZ 2016, 536 (537 ff.); *Palme*, NVwZ 2014, 559 ff.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Kattner Stahlbau, C-350/07; ECLI:EU:C:2009:127, Rn. 34; Urt. v. 1.7.2008, MOTOE, C-49/07; ECLI:EU:C:2008:376,

Rn. 22 f.; Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 6 ff.; *Cronauge*, in: *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, A. Europäisches Recht, Rn. 98; *Schmidt*, Der Unternehmensbegriff, in: *Kube/Reimer*, Das Beihilfenrecht als Innovationsmotor des Steuerrechts, 2018, 63 ff.; *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 1, § 5 Rn. 32. Zum mitunter strittigen Merkmal der „Wirtschaftlichkeit“ jüngst etwa EuGH, Urt. v. 27.4.2023, Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo/Kommission, C-492/21 P; ECLI:EU:C:2023:354; vgl. dazu auch *Soltész*, EuZW 2024, 5 f.

⁶⁰ *Arhold*, in: *Immenga/Mestmäcker*, MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 504.

⁶¹ *Arhold* (Fn. 60), Art. 107 AEUV Rn. 494; *Carnap-Bornheim*, JuS 2013, 215 (216); *Cremer* (Fn. 4) Art. 107 AEUV Rn. 30; *Wallenberg/Schütte* (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 46

⁶² EuGH, Urt. v. 11.7.1996, SFEI, C-39/94; ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 60; EuGH, Urt. v. 29.4.1999, Spanien/Kommission, C-342/96; ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 41; EuGH, Urt. v. 4.3.2021, Kommission/Fútbol Club Barcelona, C-362/19 P; ECLI:EU:C:2021:169, Rn. 58; Beihilfenbekanntmachung der EU-Kommission, Rn. 66 ff.; *Wallenberg/Schütte* (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 59.

⁶³ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, Altmark Trans, C-280/00; ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 87; EuGH, Urt. v. 27.11.2003, Enirisorse, C-34/01 – C-38/01; ECLI:EU:C:2003:640, Rn. 31; *Cronauge* (Fn. 59), Rn. 101.

nen beihilferelevante Vorteile sein, sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 107 AEUV vorliegen.⁶⁴

Ob diesen Vorteilen wiederum eine marktübliche Gegenleistung gegenübersteht, ist eine im Einzelfall schwierig zu beantwortende Frage, da hierbei neben rechtlichen Fragen vor allem ökonomische Kenntnisse hinsichtlich des Unternehmens und des relevanten Marktes eine zentrale Rolle spielen.⁶⁵ Die detaillierten Einzelfallerwägungen lassen sich jedoch auf einen einfachen Grund herunterbrechen: Ohne Weiteres müssen alle Transaktionen erlaubt sein, bei denen sich der Staat wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhält.⁶⁶ Es macht nämlich dann aus Sicht des Binnenmarkts keinen Unterschied, ob eine Transaktion durch Private oder eben einen Mitgliedstaat durchgeführt wird. Das Beihilferecht berührt also nicht das Recht der Mitgliedstaaten, selbst als Wirtschaftsakteur aufzutreten.⁶⁷ Etwas anderes gilt erst dann, wenn der Staat mit seinem wirtschaftlichen Handeln die Grenze dessen überschreitet, wie sich private Wirtschaftsteilnehmer in vergleichbarer Situation verhalten haben bzw. hätten.

Um nun im Einzelfall zu prüfen, ob eine Transaktion (noch) normalen Marktbedingungen entspricht, wurde in der europäischen Rechtsprechung und Kommissionspraxis der Grundsatz des privaten Investors (*Private Investor Test* – PIT)⁶⁸ bzw. des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten (*Market Economy Operator Principle* – MEOP)⁶⁹ entwickelt.⁷⁰ Wenn ein privater Investor zu vergleichbaren Konditionen wie der Staat investiert hat bzw. hätte, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die staatliche Investition mit der Investition eines privaten Investors vergleichbar ist und somit keine Begünstigung und damit keine Beihilfe vorliegt. Wenn hingegen ein privater Investor bei der zu erwartenden Rendite einen viel geringeren Betrag investiert hätte, dann ist die darüberhinausgehende staatliche Investition als Beihilfe zu qualifizieren, da sie

nach diesem Maßstab gerade nicht zu marktüblichen Bedingungen erfolgte. Verglichen wird also das wirtschaftliche staatliche Handeln mit dem hypothetischen Handeln eines nach Rentabilitäts Gesichtspunkten handelnden Privaten.⁷¹ Gradmesser können dabei längerfristige strategische Überlegungen und Rentabilitätsrechnungen eines privaten Investors sein (*Long-Term-Investor-Maßstab*).⁷²

Die Marktüblichkeit von Investitionen muss der jeweilige Mitgliedstaat nachweisen.⁷³ Die Anforderungen, die an diesen Nachweis gestellt werden, unterscheiden sich abhängig von den Transaktionsumständen: Leicht fällt der Nachweis der Angemessenheit einer Gegenleistung des Begünstigten für eine staatliche Investition dann, wenn ein allgemein anerkannter Börsen- oder Marktpreis existiert, etwa beim Verkauf eines im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Grundstücks.⁷⁴ Gleiches gilt, wenn zwar kein allgemein anerkannter Preis existiert, aber neben den öffentlichen Stellen auch private Stellen zu identischen Konditionen – also „zu gleichem Schritt“ (sog. *pari-passu*-Transaktionen) – Investitionen vornehmen.⁷⁵ Alternativ kann der Nachweis der Marktüblichkeit von Investitionen auch dadurch erbracht werden, dass die Investition der öffentlichen Stelle im Wege eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens zustande gekommen ist.⁷⁶

Anders (und weitaus komplizierter) stellt sich die Lage dar, wenn eine Transaktion weder im Wege eines wettbewerblichen Verfahrens noch zu gleichen Bedingungen von Privaten durchgeführt wird bzw. wurde. In diesem Fall wird die Marktgerechtigkeit häufig mittels sog. *Benchmarkings* überprüft: Dafür wird die staatliche Transaktion vergleichbaren (aber eben nicht gleichartigen) Transaktionen von privaten Wirtschaftsbeteiligten gegenübergestellt, die diese in einer vergleichbaren Lage vorgenommen haben.⁷⁷ Da hierfür in der Regel Einblicke in spezifische Marktdaten er-

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 27.1.2022, Sātiņi-S, C-238/20; ECLI:EU:C:2022:57 = BeckRS 2022, 576, Rn. 52 f. bzgl. einer nach der Vogelschutzrichtlinie in einem Gebiet des Natura-2000-Netzes geltenden Schutzmaßnahme.

⁶⁵ So auch Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 59.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, SFEI, C-39/94; ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 60 und 61.

⁶⁷ So ausdrücklich auch Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 73; vgl. dazu Unger (Fn. 1), § 8 Rn. 17.

⁶⁸ Regelmäßig werden PIT und MEOP gleichgesetzt. Möglich ist auch, zwischen verschiedenen Ausprägungen des Private Investor Tests zu unterscheiden: Dem Grundsatz des privaten Gläubigers bei der Gewährung staatlicher Erleichterungen und dem Grundsatz des umsichtig handelnden Kapitalgebers bei der Zuführung staatlichen Kapitals, vgl. Ziekow (Fn. 5), § 6 Rn. 26. Zur terminologischen Abgrenzung von MEOP und PIT Unger (Fn. 1), § 8 Rn. 17; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 12.

⁶⁹ Gleichbedeutend wird auch von „MEOT“, dem *Market Economy Operator Test*, gesprochen.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 21.3.1990, Belgien/Kommission (Tubemeuse), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, Rn. 29; EuG, Urt. v. 21.1.1999, Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission, T-129/95, T-2/96 und T-97/96, ECLI:EU:T:1999:7, Rn. 104; EuG, Urt. v. 5.8.2003, P&O European Ferries, T-116/01 und T-118/01; ECLI:EU:T:2003:217, Rn. 113. Ein jüngeres Beispiel für die Anwendung des MEOT durch den EuGH ist ein Urt. v. 23.11.2023, Ryanair und Airport Marketing Services, C-758/21

P; ECLI:EU:C:2023:917, Rn. 100 ff. Vertiefend zum MEOP Giesberts/Streit, EuZW 2009, 484 ff.; Arhold (Fn. 60), Art. 107 AEUV Rn. 256 ff.; Cronauge (Fn. 59), Rn. 101; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 12 ff.; Schweitzer/Mestmäcker (Fn. 4), A. Rn. 85 ff.; Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 59.

⁷¹ Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 12; Unger (Fn. 1), § 8 Rn. 17.

⁷² EuGH, Urt. v. 21.3.1991, Italien/Kommission, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Rn. 21 f.; Cremer (Fn. 4) Art. 107 AEUV Rn. 15; Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 59.

⁷³ EuGH, Burgenland/Kommission, C-214/12 P, C-215/12 P, C-223/12 P; ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 57; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 14; Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 59.

⁷⁴ Wallenberg/Schütte (Fn. 6), Art. 107 AEUV Rn. 59.

⁷⁵ Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 86 ff.; Frenz (Fn. 5), Rn. 402, 445; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 18.

⁷⁶ Vgl. EuGH, Burgenland, C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P; ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 93; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 18. Zum Bieterverfahren siehe Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 89.

⁷⁷ Zum Benchmarking siehe Beihilfenbekanntmachung der Kommission, Rn. 98 ff.; Jung/Neckenich, Bestimmung von Referenzsystem und Benchmark zur Ermittlung des Vorteils, in: Kube/Reimer, Das Beihilfenrecht als Innovationsmotor des Steuerrechts, 2018, 7 ff.; Frenz (Fn. 5), Kap. 2 § 3 Rn. 572; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 18 ff.

forderlich sind, werden solche *Benchmarking*-Analysen üblicherweise von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder Investmentbanken durchgeführt. Die Anwendung des MEOP verzahnt also die juristische Arbeit mit der Wirtschaftsberatung. Häufig erfordert dieses Ineinandergreifen rechtlicher und wirtschaftlicher Fragen daher auch die Zusammenarbeit in interdisziplinären Teams.

3. Selektivität der Beihilfe

Eine staatliche Maßnahme fällt nur dann unter Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn eine Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ vorliegt.⁷⁸ Demnach fallen nicht alle Maßnahmen, die Wirtschaftsbeteiligte begünstigen, unter den Begriff der staatlichen Beihilfe, sondern nur solche, die selektiv bestimmten Unternehmen, Unternehmensgruppen oder Wirtschafts- oder Produktionszweigen einen Vorteil gewähren. Kommt eine Maßnahme hingegen unterschiedslos allen Unternehmen im Mitgliedstaat zu, etwa eine allgemeine Senkung von Unternehmenssteuern, handelt es sich gerade nicht um eine selektive, sondern eine allgemeine staatliche Maßnahme.⁷⁹ Somit dient das Selektivitätskriterium insbesondere der Abgrenzung zwischen der Beihilfekontrolle unterliegenden Einzelinterventionen und allgemeiner staatlicher Wirtschaftspolitik durch Wirtschaftslenkung.⁸⁰

Entscheidend für die Selektivitätsprüfung ist die Frage, ob eine Maßnahme dazu geeignet ist, bestimmte Unternehmen bzw. Produktionszweige im Verhältnis zu anderen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation befinden, zu privilegieren.⁸¹ Maßgeblich ist die Wirkung der Maßnahme, wobei eine selektive Wirkung schon durch die rechtlichen Voraussetzungen der Begünstigung indiziert sein kann (*de-jure*-Selektivität), oder aber sich erst aus den faktischen Umständen ergibt (*de-facto*-Selektivität).⁸² In der Praxis hat sich ein relativ weites Verständnis der Selektivität durchgesetzt: In der Regel wird die Selektivität einer Maßnahme bereits dann angenommen, wenn die zugrundeliegende Regelung den nationalen Behörden ein Ermessen einräumt.⁸³

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 20.12.2017, Comunidad Autónoma de Galicia and Retegal/Kommission C-70/16 P; ECLI:EU:C:2017:1002, Rn. 58; *Bartosch*, EuZW 2017, 756; *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 10; *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 168.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 29.6.1999, DMT, C-256/97; ECLI:EU:C:1999:332, Rn. 27; *Cremer*, (Fn. 5), Art. 107 AEUV Rn. 31; *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 168; *Ziekow*, (Fn. 5), § 6 Rn. 33 ff.

⁸⁰ *Arhold* (Fn. 60), Art. 107 AEUV Rn. 493; *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 170.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99; ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 41; EuGH, Urt. v. 13.2.2003, Spanien/Kommission, C-409/00; ECLI:EU:C:2003:92; EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Kommission/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P; ECLI:EU:C:2016:971 EuZW 2017, 195 (198 Rn. 41); *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 168; *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 33.

⁸² *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 183.

⁸³ *Arhold* (Fn. 60), Art. 107 AEUV Rn. 526; *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 183.

⁸⁴ EuG, Urt. v. 15.5.2000, Alzetta, T-298/97, T-312/97 usw., ECLI:EU:

4. Wettbewerbsverfälschung und Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb

Staatliche Förderungen für Unternehmen stellen nur dann staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, wenn sie durch die Begünstigung „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ und nur „soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Dabei handelt es sich um zwei getrennte Voraussetzungen, die beide erfüllt sein müssen, damit eine staatliche Beihilfe vorliegt. In der Praxis werden diese Elemente im Rahmen der beihilferechtlichen Würdigung jedoch aufgrund des engen rechtstatsächlichen Zusammenhangs häufig gemeinsam geprüft und generell als untrennbar verbunden betrachtet.⁸⁴ Für eine Wettbewerbsverfälschung genügt bereits eine drohende Verfälschung des Wettbewerbs aus einer *ex-ante*-Perspektive, ohne dass eine solche spürbar oder tatsächlich eingetreten sein muss.⁸⁵ Dies ist bereits dann der Fall, wenn die Beihilfe die Stellung des Begünstigten oder eines dritten Unternehmens auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt zulasten ihrer (potenziellen) Konkurrenten durch die Beihilfe verbessert.“⁸⁶ Da die Gefahr der wettbewerbsverfälschenden Wirkung bei geringfügigen Beihilfen regelmäßig nicht gegeben ist, hat die Kommission zur Arbeiterleichterung und Effektivität der Beihilfenpolitik jedoch die sog. *De-minimis*-Politik entwickelt, wonach geringfügige Beihilfen ohne spürbare Wettbewerbsauswirkungen nicht durch die Kommission genehmigt werden müssen.⁸⁷

Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten gilt als beeinträchtigt, sobald eine Beihilfe grenzüberschreitende Wirkung hat, d.h. wenn die Stellung des begünstigten Unternehmens gegenüber einem anderen Unternehmen in einem EU-Mitgliedstaat, das mit dem begünstigten Unternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis steht, durch die Beihilfe gestärkt wird.⁸⁸ Es reicht aus, wenn die Maßnahme zur Handelsbeeinträchtigung *geeignet* ist, was wiederum die Kommission nachweisen muss.⁸⁹ Die Voraussetzungen hierfür hängen von der Marktstruktur und den Wettbewerbs-

T:2000:151, Rn. 81; Beihilfenbekanntmachung der EU-Kommission, Rn. 186; *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 294.

⁸⁵ *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 11; *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2019, § 11 Rn. 27; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 35 (37); *Schweitzer/Mestmäcker* (Fn. 4), A. Rn. 295, 299.

⁸⁶ *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 35; vgl. auch *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 27.

⁸⁷ Siehe dazu ursprünglich EU-Kommission, Mitteilung über De-minimis-Beihilfen, ABl. EU C 68/9 v. 6.3.1996 (De-minimis-Mitteilung) und aktuell die neue VO (EU) 2023/2831 der Kommission v. 13.12.2023 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen (De-Minimis-Verordnung), ABl. EU C/2023/9700 v. 15.12.2023; *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 11; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 35.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Xunta de Galicia, C-71/04; ECLI:EU:C:2005:493, Rn.44; *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 29; *Ziekow*, (Fn. 5), § 6 Rn. 37.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Libert, C-197/11 und C-203/11; EU:C:2013:288, Rn. 76; EuGH, Urt. v. 14.1.2015, Eventech, C-518/13; ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 65; *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 38.

bedingungen ab, in denen der Begünstigte agiert.⁹⁰ An den Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb wird in der Praxis vor allem dann Zweifel bestehen, wenn die Beihilfe überwiegend in einen Drittstaat fließt oder aber rein lokale Auswirkungen hat, weil beispielsweise der Beihilfeempfänger seine Waren oder Dienstleistungen nur in einem geografisch eng begrenzten Gebiet anbietet.

II. Ausnahmen vom Beihilfeverbot nach Art. 107

Abs. 2 und 3 AEUV

Bereits das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe wirft also in der Praxis eine Reihe von komplexen Abgrenzungsproblemen auf. Doch selbst wenn eine Subvention den Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt, führt dies nicht automatisch zu ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Vielmehr kann die EU-Kommission Beihilfen genehmigen und damit für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären. Das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist also ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt.⁹¹ Damit die Kommission über die Vereinbarkeit von Beihilfen überhaupt entscheiden kann, müssen Beihilfen grundsätzlich gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV notifiziert, d.h. bei der Kommission angemeldet werden. Ein derartiges Genehmigungsverfahren muss nur ausnahmsweise dann nicht durchgeführt werden, wenn bestimmte Beihilfegruppen generell von der Notifizierungspflicht freigestellt werden.⁹²

1. Voraussetzungen der Genehmigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV

Damit eine Beihilfe durch die Kommission genehmigt werden kann, müssen die Voraussetzungen der Ausnahmen vom Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV erfüllt sein.

a) Legalausnahmen und Ermessensausnahmen

Beide Ausnahmetatbestände unterscheiden sich hinsichtlich des Ermessens, das der Kommission bei der Genehmigungsentscheidung zukommt: Absatz 2 enthält sog. Legalausnahmen, Absatz 3 regelt Ermessensausnahmen.⁹³

Soweit die Voraussetzungen für eine Legalausnahme vorliegen, tritt die Befreiung vom Beihilfeverbot kraft Gesetzes ein; die Kommissionsentscheidung stellt die Beihilfekonformität lediglich deklaratorisch fest. Gleichwohl sind solche Beihilfen ebenfalls zu notifizieren und dürfen vor der Genehmigung nicht durchgeführt werden.⁹⁴ Durch die Legalausnahmen sollen besondere Härten ausgeglichen werden, denen gegenüber dem Wettbewerbsschutz Vorrang einzuräumen ist.⁹⁵ Die Härtefälle nach Art. 107 Abs. 2 lit. a–c AEUV sind abschließend und als gesetzliche Ausnahmen eng auszulegen.⁹⁶ Sie beinhalten etwa Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (lit. a)⁹⁷ oder Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind (lit. b). Die Tatbestände sind wegen der engen Auslegung in der Praxis eher von geringer Bedeutung. Besonders relevant wurde Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV jedoch als Grundlage für Beihilfen zum Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile infolge der Corona-Pandemie.⁹⁸

Bedeutsamer sind die in Art. 107 Abs. 3 AEUV geregelten Fälle sog. Ermessensbeihilfen, bei denen die Entscheidung über ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt im Ermessen der Kommission steht.⁹⁹ Eine der in der Praxis häufigsten Genehmigungsgrundlagen ist dabei Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV, der unter bestimmten Voraussetzungen Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete erlaubt.¹⁰⁰ Auch die Ausnahmetatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV sind abschließend. Bei der Auslegung der enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe kommt der Kommission allerdings ein erheblicher Einschätzungsspielraum zu, den sie „nach Maßgabe komplexer wirtschaftlicher und sozialer Wertungen“¹⁰¹ ausübt.¹⁰² Dabei sind die in Art. 3 EUV normierten Ziele zu berücksichtigen, also u.a. die harmonische, nachhaltige Entwicklung Europas und dessen Wirtschaftslebens und wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt.¹⁰³ Bei ihrer Genehmigungsentscheidung nimmt die Kommission eine umfassende und vielschichtige Abwägung zwischen den Zielen der Beihilfemaßnahme und dem Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb vor.¹⁰⁴

⁹⁰ Vgl. Kluth (Fn. 85), § 11 Rn. 29; Schweitzer/Mestmäcker (Fn. 4), A. Rn. 296.

⁹¹ Kluth (Fn. 85), § 11 Rn. 16; Ziekow, (Fn. 5), § 6 Rn. 17.

⁹² Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 394 f.; Kluth (Fn. 85), § 11 Rn. 31.

⁹³ Gröpl, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 59. EL Oktober 2023, J. Steuerrecht, Rn. 196; Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 392; Säcker, in: Immenga/Mestmäcker, MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 107, Rn. 742 ff.

⁹⁴ Seitz/Berne, EuZW 2020, 591; Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 393; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 1.

⁹⁵ Säcker (Fn. 93), Art. 107 AEUV Rn. 742.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 23.2.2006, Atzeni, C-346/03 u. C-529/03; ECLI:EU:C:2006:130, Rn. 79; Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 393.

⁹⁷ Auf dieser Grundlage wurden beispielsweise genehmigt: Kostenzuschüsse für sozial Bedürftige zur Anschaffung von Empfangsgeräten für Digitalfernsehen, siehe EU-Kommission, Beschl. v. 6.12.2006, N 546/2006, eine Befreiung von Postgebühren für Sehbehinderte und Bibliotheken, siehe EU-Kommission, Beschl. v. 18.12.2008, N 462/2008 sowie Kompensationszahlungen für Busunternehmen, die sozial bedürftigen

Passagieren nur reduzierte Preise berechnen, siehe EU-Kommission, Beschl. v. 13.1.2009, N332/2008.

⁹⁸ Vgl. etwa die Genehmigung einer Beihilfe für Veranstalter, die wegen des Covid-Ausbruchs ihre Veranstaltungen absagen mussten, Kommissionsbeschluss v. 12.3.2020 – SA.56685. Siehe vertiefend zu Katastrophenbeihilfen während der Corona-Pandemie Seitz/Berne, EuZW 2020, 591 f.; Hobe/Fremuth (Fn. 7), § 24 Rn. 67.

⁹⁹ Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 1.

¹⁰⁰ Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 394; Kreuzschitz, in: Immenga/Mestmäcker, MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 1000.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 2.12.2010, Holland Malt, C-464/09 P; ECLI:EU:C:2010:733, Rn. 46.

¹⁰² EuGH, Urt. v. 26. 9. 2002, Spanien/Kommission, C-351/98; ECLI:EU:C:2002:530, Rn. 74; EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Glunz-AG, C-75, 80/05; ECLI:EU:C:2008:482 EuZW 2008, 723 Rn. 59; Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 394; Kluth (Fn. 85), § 11 Rn. 31; Ziekow (Fn. 5), § 6 Rn. 43.

¹⁰³ Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 5.

¹⁰⁴ Kreuzschitz (Fn. 100), Art. 107 AEUV Rn. 795.

b) Ermessensbindung durch „Soft Law“

Gleichwohl ist die Kommission bei der Ausübung ihres Ermessens durch zahlreiche Mitteilungen, Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen¹⁰⁵ gebunden.¹⁰⁶ Hierin informiert die Kommission über ihre Praxis hinsichtlich der Auslegung bzw. Anwendung von Art. 107, 108 und 106 Abs. 2 AEUV.¹⁰⁷ Sie sind teilweise bezogen auf die Art der staatlichen Maßnahme (Risikofinanzierungsleitlinien, Bürgerschaftsmittelung), teilweise auf Unternehmen in besonderen Situationen (Leitlinien für Umstrukturierungs- und Rettungsbeihilfen). Zum Teil beziehen sie sich auf spezifische Sektoren oder Zwecke. Durch diese Akte bindet sich die Kommission selbst und schränkt ihre Ermessensausübung dahingehend ein, dass sie nur in begründeten Einzelfällen und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Vertrauensschutzes von den Mitteilungen abweichen kann.¹⁰⁸ Die Bedeutung dieser Instrumente im Umgang mit dem Beihilferecht und insbesondere auch bei der anwaltlichen Beratung ist deshalb groß: Wenn eine Beihilfemaßnahme nach einer Analyse der ermessenslenkenden Instrumente der Kommission nicht deren Vorgaben entspricht, ist davon auszugehen, dass die Kommission sie auch nicht genehmigen wird, da auf diese Weise eine gleichförmige und diskriminierungsfreie Verwaltungspraxis gewährleistet werden soll.¹⁰⁹ Es geht vielfach also auch darum, gemeinsam mit Kommission und Mandanten die Beihilfemaßnahme so auszuarbeiten, dass sie jedenfalls nicht im Widerspruch zu den für sie maßgeblichen Ermessensvorgaben steht. Die zahlreichen konkretisierenden Beihilferegelungen führen zwar zu mehr Rechtssicherheit und Transparenz, da die Beihilfeentscheidungen der Kommission vorhersehbarer werden. Gleichzeitig entsteht aber aufgrund der Komplexität und Menge der Regelungen auch eine gewisse Unübersichtlichkeit: Bestehende Regeln werden immer technischer und ausdifferenzierter und damit schwieriger zu durchdringen.¹¹⁰ Anwaltliche Beratung im Beihilferecht heißt daher oft auch, sich durch einen „Dschungel“¹¹¹ aus Rechtsakten zu schlagen.

2. Freistellung von der Beihilfeanmeldung durch die Europäische Kommission

Staatliche Beihilfen, welche die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, sind grundsätzlich nach Art. 108 Abs. 3 AEUV bei der Kommission anzumelden (Notifizierung). Der Rat der Europäischen Union kann jedoch nach Art. 109 AEUV Arten von Beihilfen festlegen, die von dieser Anmeldepflicht ausgenommen sind; die Kommission kann wiederum nach Art. 108 Abs. 4 AEUV Verordnungen zu diesen Arten von Beihilfen erlassen.¹¹² Dies dient im Wesentlichen der Verwaltungsvereinfachung, indem die Kommission bestimmte Gruppen von Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären kann, wenn diese vorher definierte Vereinbarkeitskriterien erfüllen. Beihilfen, die vollständig in den Anwendungsbereich solcher Verordnungen fallen, sind folglich von der Anmeldepflicht freigestellt.¹¹³

Neben der Allgemeinen Freistellungsverordnung (AGVO)¹¹⁴ bestehen speziellere Freistellungsverordnungen etwa im Bereich niedrigschwelliger Beihilfen (*De-minimis*-Beihilfen oder auch Bagatellbeihilfen), deren Umfang einen bestimmten Schwellenwert nicht überschreitet.

Grund dafür ist, dass diesen Beihilfen eine so geringe Relevanz für den Wettbewerb zukommt, dass sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Die Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen eine Beihilfe als *De-minimis*-Beihilfe einzustufen ist, richten sich maßgeblich nach der *De-minimis*-Verordnung.¹¹⁵ Werden geringfügige Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge vergeben, gilt die sog. DAWI-De-Minimis-Verordnung: Hiernach sind regelmäßig höhere Beihilfen als unter der regulären De-Minimis-Verordnung zulässig. Hierbei muss man sich verdeutlichen, dass quantitativ der Großteil aller staatlichen Beihilfen unter Freistellungsverordnungen wie die DAWI-Verordnung fallen. Die Praxisbedeutung für die Beihilfeempfänger – regelmäßig kleinere, kommunale Unternehmen – ist also enorm. Große, langfristige Beihilfeverfahren vor der EU-Kommission spielen sich hingegen in der Regel außerhalb der Freistellungsregime ab.

¹⁰⁵ Die Terminologie ist uneinheitlich. Grundsätzlich beziehen sich die Mitteilungen aber auf die Auslegung des Grundtatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV und Leitlinien sowie Gemeinschaftsrahmen auf die Genehmigungstatbestände.

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Glunz-AG, C-75, 80/05; ECLI:EU:C:2008:482, EuZW 2008, 723 Rn. 59, 62; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 4; Kluth (Fn. 85), § 11 Rn. 32; Meyer/Hoffmann, EuZW 2023, 413 (414); Soltész, EuZW 2013, 881.

¹⁰⁷ Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 4; zur Rechtsnatur der Mitteilungen Soltész, EuZW 2013, 881.

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 28.6.2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P; ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 211; EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Expedia, C-226/11; ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 28; Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 4.

¹⁰⁹ Kreuzschitz (Fn. 100), Art. 107 AEUV Rn. 816.

¹¹⁰ Soltész, NZKart 2023, 381 (382).

¹¹¹ Bartosch/Berghofer, EuZW 2020, 453 (454).

¹¹² Hierzu hat der Rat die Kommission im Rahmen einer Durchführungsverordnung ermächtigt, vgl. dazu die VO (EG) 994/98 des Rates v. 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. EU L 142/1 v. 14.5.1998, neu kodifiziert durch die VO (EU) 2015/1588 v. 13.7.2015 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen ABl. 2015 L 248/1 v. 24.9.2015. Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 395.

¹¹³ Frenz (Fn. 5), Kap. 6 § 3 Rn. 2394 ff.; Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 395; Kreuzschitz (Fn. 100), Art. 107 AEUV Rn. 821.

¹¹⁴ VO (EG) 800/2008 der Kommission v. 6. 8. 2008, ABl. EU 2008 L 214 v. 9.8.2008; zur Entstehung und den Vorläufern der AGVO Cremer (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 2.

¹¹⁵ VO (EU) 1407/2013 der Kommission v. 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen, ABl. EU L 352/1 v. 24.12.2013.

Ob ein Anwalt mehr mit DAWI und anderen Freistellungsbeschlüssen zu tun hat oder aber mit Genehmigungsverfahren für Einzelbeihilfen vor der Europäischen Kommission, hängt daher maßgeblich von der Mandantenstruktur der jeweiligen Anwaltskanzlei ab. Grob vereinfachend lässt sich aber sagen: Großkanzleien oder auf Beihilferecht spezialisierte Boutique-Kanzleien werden regelmäßig eher mit großen Einzelbeihilfen zu tun haben, welche die Schwelle von *De-minimis*-Beihilfen bei weitem übersteigen und oft mehrmonatige, wenn nicht sogar jahrelange Genehmigungsverfahren vor der Kommission zum Gegenstand haben. Es kann also sein, dass eine einzige Einzelbeihilfe an ein Unternehmen große Teams in Kanzleien über Monate in Anspruch nimmt; selbiges gilt auf Seiten der Ministerien. Die für die Beihilfekonformität kleinerer Summen maßgebliche Prüfung, ob eine Beihilfe unter einen Freistellungstatbestand fällt, übernehmen hingegen regelmäßig die Rechtsabteilungen von Unternehmen selbst oder auch deren Wirtschaftsberater.

III. Ökonomische Ausrichtung der Beihilfenprüfung durch die Europäische Kommission

Wie die Prüfung des Beihilfetatbestands hängt auch die Prüfung der Ausnahmen vom Beihilfeverbot gem. Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV wesentlich von wirtschaftlichen Faktoren ab. Denn bei der Frage, inwiefern Beihilfen tatsächlich den Wettbewerb verfälschen oder in welcher Höhe die Beihilfe tatsächlich für ein bestimmtes Unternehmen erforderlich ist, nimmt die Kommission eine ökonomisch orientierte Abwägung vor (sog. *more economic approach*).¹¹⁶

Die wirtschaftlichen Fragestellungen werden gleichwohl rechtlich kanalisiert, indem die Kommission ihre einzelnen Prüfschritte mittels diverser Leitlinien näher konkretisiert, die sich je nach Unternehmenssektor oder Beihilfearten unterscheiden können. Allen Leitlinien liegen jedoch im Kern ähnliche Kriterien zugrunde, anhand derer die Kommission die Genehmigungsvoraussetzungen prüft: Den Anreizeffekt der Beihilfe (1.), die Verhältnismäßigkeit der Beihilfe (deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit) (2.) und die Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Binnenmarkt (3). Diese Prüfkriterien sollen nachfolgend schlaglichtartig dargestellt werden.

1. Anreizeffekt von Beihilfen

Beihilfen dürfen nur gewährt werden, wenn sie eine wesentliche Verbesserung herbeiführen, die ohne die staatliche Beihilfe nicht eingetreten wäre, sie müssen also einen sogenannten Anreizeffekt aufweisen.¹¹⁷ Dieser ist dann nicht gegeben, wenn sich ein Unternehmen ohne Beihilfe nicht anders als mit Beihilfe verhalten hätte, d.h. durch die Beihilfe keine unternehmerische Verhaltensänderung eintritt. Auf diese Weise sollen Mitnahmeeffekte vermieden werden.¹¹⁸

Ein Anreizeffekt fehlt regelmäßig dann, wenn bereits vor Stellung des Beihilfeantrags mit den Arbeiten an einem zu subventionierenden Vorhaben oder einer zu fördernden Tätigkeit begonnen wurde.¹¹⁹ Denn dann ist davon auszugehen, dass der Beihilfeempfänger auch ohne Beihilfe das betreffende Vorhaben durchgeführt hätte. Der Beginn der Arbeiten wird regelmäßig definiert als die erste feste Verpflichtung, die eine Investition unumkehrbar macht.¹²⁰ Auch außerhalb des Anwendungsbereichs von Leitlinien und freigestellten Beihilfen ist der Anreizeffekt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 107 AEUV stets zu prüfen.¹²¹

2. Verhältnismäßigkeit von Beihilfen

Bei den praktisch relevantesten Ermessensbeihilfen (Art. 107 Abs. 3 AEUV) führt die Kommission in der Sache immer eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, auch wenn dies teilweise nur als Angemessenheits- oder Erforderlichkeitsprüfung bezeichnet wird.¹²² Auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung wird stark durch ökonomische Erwägungen angeleitet, da hierfür Informationen über den jeweiligen Wettbewerb und die betriebliche Verfasstheit von Unternehmen die zentralen Determinanten sind.

Für die Verhältnismäßigkeit muss die Beihilfe zur Kompensation bzw. Korrektur eines Marktversagens aus unionsrechtlich anerkannten Gründen geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹²³ Der Staat soll also erst dann durch staatliche Subventionierung in den Wettbewerb eingreifen, wenn der Markt das Ziel der Beihilfe nicht aus eigenem Antrieb erreichen könnte.¹²⁴ Die Beihilfe ist unverhältnismäßig, wenn ein milderer Mittel vorhanden wäre, das eine weniger wettbewerbsverzerrende Wirkung hat.¹²⁵

Beihilfen müssen schließlich der Höhe nach auf das Minimum beschränkt sein, das erforderlich ist, um die zusätzli-

¹¹⁶ *Bulla*, GewArch 2015, 279 (282 f.); *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 35.

¹¹⁷ Zur Anreizfunktion des Wettbewerbs als Schutzziel der Art. 107 ff. AEUV siehe *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 76 (93).

¹¹⁸ Vgl. *Frenz* (Fn. 5), Kap. 5 § 3 Rn. 1570; *Huber/Unger* (Fn. 3), Rn. 394 Fn. 1072.

¹¹⁹ Siehe beispielsweise KUEBLL, Ziff. 3.1.2, Rn. 29. Zum beihilferechtlichen Anreizeffekt und „Beginn der Arbeiten“ nach den KUEBLL-Leitlinien *Janssen/Lawall*, EnK-Aktuell 2023, 010239.

¹²⁰ Vgl. dazu auch Art. 2 Ziff. 23 der AGVO in Bezug auf den Anreizeffekt im Sinne von freigestellten Beihilfen nach der AGVO.

¹²¹ Beispielsweise in den IPCEI-Mitteilungen, siehe dazu Mitteilung der EU-Kommission, Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, C 188/2, ABl. EU v. 20.6.2014, Rn. 26 ff. *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, MüKo Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rn. 39.

¹²² Siehe hierzu exemplarisch KUEBLL, Abschnitt 3.2.1.1.

¹²³ *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 395.

¹²⁴ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 AEUV Rn. 170.

¹²⁵ Vgl. *Bartosch* (Fn. 124), Art. 107 AEUV Rn. 175.

chen Investitionen oder Tätigkeiten durchzuführen. Alles, was darüber hinaus geht, würde dem Beihilfeempfänger unerwartete Gewinne verschaffen, die den Wettbewerb verzerren könnten, und ist daher mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar.¹²⁶ Das erforderliche Minimum ergibt sich häufig aus der sogenannten Finanzierungslücke, die den Bedarf an finanzieller Unterstützung anzeigt, der durch die Beihilfe gedeckt werden soll. Die Finanzierungslücke kann üblicherweise anhand der Kapitalwertmethode¹²⁷ berechnet werden oder sich aus einer sogenannten kontrafaktischen Analyse¹²⁸ ergeben: Wenn der Beihilfeempfänger ohne die Beihilfe ein Alternativvorhaben durchführen würde (sog. kontrafaktisches Szenario), darf der Beihilfebetrug nicht über dem Betrag liegen, der sich aus einem Vergleich zwischen den Nettomehrkosten des Beihilfevorhabens und den Kosten des kontrafaktischen Szenarios ergibt (sog. kontrafaktische Prüfung)¹²⁹; dies ist dann die Finanzierungslücke, die ausgeglichen werden darf. Fehlt es an einem kontrafaktischen Szenario, weil der Beihilfeempfänger nachweist, dass er ohne Beihilfe auch kein Alternativvorhaben umsetzen würde, darf die Beihilfe grundsätzlich alle beihilfefähigen Kosten des Vorhabens ausgleichen. Welche Kosten hierunter fallen, richtet sich im Einzelfall maßgeblich nach den jeweils anwendbaren Leitlinien der Kommission und hängt von der Art der zu gewährenden Beihilfe ab.¹³⁰ Einheitliche Maßstäbe gibt es insoweit nicht.

Die Bestimmung der zulässigen Höhe einer staatlichen Beihilfe verlangt somit immer eine gründliche ökonomische Analyse und erfordert detaillierte Daten des Unternehmens.¹³¹ Die Kommission setzt sich hiermit im Detail auseinander und verlangt, dass umfangreiche Businesspläne mit kontrafaktischen Analysen vorgelegt werden. Häufig basieren diese Pläne auf Prognosen, die sich im Nachhinein auch als unzutreffend erweisen können. Um zu verhindern, dass der Beihilfeempfänger auf diese Weise von einem zu hohen Beihilfebetrug profitieren kann, um also eine Überkompensation auszuschließen, können beispielsweise sogenannte *Clawback*-Mechanismen vorgesehen werden. Diese sehen vor, dass bereits gewährte Beihilfen unter bestimmten Voraussetzungen auf Grundlage einer nachträglichen Bewertung (teilweise) zurückgezahlt werden müssen.¹³²

Diese ökonomisch geprägte Verhältnismäßigkeitsprüfung wirkt sich stark auf den Arbeitsalltag des Anwalts aus, der in diesem Bereich arbeitet: Man arbeitet nicht nur mit juristischer Kommentarliteratur und wertet Rechtsprechung aus, sondern muss Geschäftsberichte, Businesspläne oder

Restrukturierungspläne von Unternehmen auswerten, etwa wenn es darum geht, bis zu welcher Höhe eine Einzelbeihilfe zur Rettung eines Unternehmens in Schwierigkeiten erforderlich und angemessen ist. Bei dieser Arbeit eignet man sich sukzessive auch betriebswirtschaftliche Kenntnisse an und erlangt einen guten Einblick in unterschiedlichste Unternehmensstrukturen. Gleichzeitig erfordert die ökonomisch geprägte Verhältnismäßigkeitsprüfung auch tiefgreifende Marktkenntnisse, da nur auf deren Grundlage abgeschätzt werden kann, ob Beihilfen diesen Markt zu verfälschen drohen. Größere Kanzleien bedienen sich hierbei eigener „*Knowledge-Abteilungen*“ zur Generierung von Wissen, das ein Einzelanwalt sich gar nicht allein aneignen könnte. Daneben gibt es auch Kanzleien, die sich nur auf bestimmte Formen und Beihilfearten spezialisieren, zu welchen sie besondere Wettbewerbskenntnis haben.

3. Vermeidung übermäßig negativer Auswirkungen auf den Binnenmarkt

Die negativen Auswirkungen der Beihilfe auf den Binnenmarkt sollen auf ein Minimum beschränkt sein. Ob dies gewährleistet ist, prüft die Kommission, indem die Effekte der staatlichen Beihilfe auf den Wettbewerb und den innergemeinschaftlichen Handel untersucht werden.¹³³ Beleuchtet wird hierbei etwa die Marktmacht des Beihilfeempfängers, was eine eingehende Analyse des sachlich und räumlich relevanten Markts verlangt.

Nach Art. 9 Abs. 4 VO (EU) 2015/1589 kann die Kommission eine Beihilfe zwar für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären, aber diesen Positivbeschluss auch mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um die Angemessenheit der Beihilfe sicherzustellen und auch die Befolgung des Beschlusses überwachen zu können. Häufig gibt der Mitgliedstaat auch Zusagen gegenüber der Kommission ab, mit denen die negativen Auswirkungen auf den Binnenmarkt abgeschwächt werden sollen. Der Mitgliedstaat lässt sich seinerseits regelmäßig vom Beihilfeempfänger die Einhaltung der Zusagen versprechen. Bei solchen Zusagen kann es sich um die Verpflichtung zur Veräußerung von Tochtergesellschaften oder bestimmter Geschäftssparten handeln oder etwa um das Verbot, neue Gesellschaften zu erwerben (sog. Akquisitionsverbot). Durch solche Zusagen soll sichergestellt werden, dass der Beihilfeempfänger die Beihilfe nicht zum Ausbau seiner Marktposition nutzen kann.¹³⁴

Für die anwaltliche Beratung bedeuten entsprechende Zusagen – wie auch Auflagen und Bedingungen –, dass die Ar-

¹²⁶ Von Wendland/Holzleitner, in: Schröter/Klotz/von Wendland, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 107 AEUV Rn. 276 ff.

¹²⁷ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission, Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, C 188/2, ABl. EU v. 20.6.2014, Rn. 51.

¹²⁸ Vgl. KUEBLL, Rn. 28 sowie Ziff. 3.2.1.3.

¹²⁹ Von Wendland/Holzleitner (Fn. 126), Art. 107 AEUV Rn. 281.

¹³⁰ Investitionsbeihilfen nach KUEBLL decken in der Regel nur die Investitionskosten ab, Betriebsbeihilfen hingegen die Betriebskosten etc.

¹³¹ Von Wendland/Holzleitner (Fn. 126), Art. 107 AEUV Rn. 283.

¹³² Explizit vorgesehen in KUEBLL, Rn. 55; vgl. auch EU-Kommission, SA.55526 (2021/N), LNG Terminal Alexandroupolis in Greece, Rn. 79 ff. Vgl. zum *Clawback* auch *Soltész*, EuZW 2021, 5 (10); *Bartosch* (Fn. 124), Art. 106 AEUV Rn. 16.

¹³³ Von Wendland/Holzleitner (Fn. 126), Art. 107 AEUV Rn. 284.

¹³⁴ Vgl. *Holle/Linnartz*, NJW 2023, 801 (803 f.).

beit nicht mit Erlangung der beihilferechtlichen Genehmigung abgeschlossen ist, sondern sich häufig auch noch über die Geltungsdauer dieser Verpflichtungen hinaus fortsetzt.

D. Anwaltliche Beratungsmöglichkeiten im Verlauf des Beihilfeverfahrens (Art. 108 AEUV)

Die dargestellte Prüfung des Tatbestands einer Beihilfe und deren Genehmigungsvoraussetzungen ist Kern der beihilferechtlichen Anwaltsarbeit. Juristischer Beratungsbedarf kann sich dabei auf der gesamten Wegstrecke einer Beihilfe ergeben: Von der Entscheidung über die Gewährung einer Beihilfe durch den Mitgliedstaat, dem Notifizierungsverfahren bei der EU-Kommission bis hin zu beihilferechtlichen Gerichtsstreitigkeiten.

I. Beihilfegewährung durch den Mitgliedstaat

Am Beginn jeglicher beihilferechtlichen Beratungspraxis steht die Gewährung einer Subvention durch den Staat. Trotz des komplexen Regelungsgeflechts des EU-Beihilferechts bleibt die eigentliche Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses sowie die Regelungen über die Zulässigkeit staatlicher Subventionen den Mitgliedstaaten überlassen.¹³⁵

1. Rechtsgrundlagen der Subventionsgewährung in Deutschland

In Deutschland liegt die zentrale Entscheidung für die Vergabe von Subventionen bei der Legislative, also dem Deutschen Bundestag oder den jeweiligen Landesparlamenten. Auf Bundesebene belässt das Grundgesetz dem Parlament dabei einen weitreichenden Entscheidungsspielraum dahingehend, ob und auf welche Weise und in welcher konkreten Höhe die Zuwendung erfolgen soll.¹³⁶ Einfachrechtlich ergeben sich Vorgaben für die Subventionsvergabe aus einem vielschichtigen Regelungskomplex, wobei insbesondere dem Verfassungsrecht und dem Haushaltsrecht eine maßgebliche Rolle zukommt.¹³⁷ Ein allgemeines Subventionsgesetz besteht in Deutschland, anders als etwa in der Schweiz, nicht.¹³⁸

Rechtsform erlangen die jeweiligen legislativen Zuwendungsentscheidungen, indem für die jeweiligen Förderziele

Mittel im Haushaltsplan des Bundestags vorgesehen werden. Als Rechtsgrundlage der Subventionsgewährung im nationalen Recht genügt also grundsätzlich die Mittelausweisung im Haushaltsplan, der durch das Haushaltsgesetz festgestellt wird (vgl. auf Bundesebene Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG).¹³⁹ Über die Ausweisung im Haushaltsgesetz kann es jedoch aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes in Verbindung mit der Wesentlichkeitstheorie¹⁴⁰ auch einer formellgesetzlichen Grundlage der Subventionsvergabe bedürfen.¹⁴¹ Das ist vor allem dann der Fall, wenn Grundrechte Dritter berührt sind, beispielsweise die durch Art. 12 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit eines Marktkonkurrenten des Subventionsempfängers.¹⁴² Weitere grundrechtliche Bindungen hängen von der konkreten Subventionsgewährung ab. Insbesondere dürfen Subventionen auch nicht gegen den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, der in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG auch die Chancengleichheit aller Wettbewerber schützt.¹⁴³

Die Verteilung der im Haushaltsplan ausgewiesenen Mittel richtet sich dann im Einzelnen nach sog. Subventionsrichtlinien, Vergaberichtlinien oder Förderprogrammen.¹⁴⁴ Breite Aufmerksamkeit erfahren haben diverse Förderprogramme, die zur Bewältigung der Corona-Pandemie ins Leben gerufen wurden, etwa die Corona-Überbrückungshilfen oder Corona-Soforthilfen.¹⁴⁵

2. Anwaltliche Beratung bei der Subventionsvergabe

In der Praxis besteht Beratungsbedarf hinsichtlich der Subventionsvergabe sowohl von Seiten von Privatunternehmen als auch von staatlicher Seite. Mandanten aus der Privatwirtschaft können kleinere Unternehmen bis hin zu internationalen Großkonzernen sein. Im Stadium der Subventionsgewährung treten Unternehmen an Kanzleien heran, um die Beihilfequalität bestimmter Subventionen überprüfen zu lassen oder eine Einschätzung hinsichtlich ihrer Genehmigungsfähigkeit nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV zu erhalten. Regelmäßig geht es in diesem frühen Stadium der Beihilfe auch um die Vertretung von Unternehmen, die Rechtsschutz gegen die (geplante) Subventionierung ihrer Marktkonkurrenten suchen. Hier werden die oben genann-

¹³⁵ Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76; Oberrath, Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2021, Kap. 17 Rn. 8 ff.; zu Möglichkeiten der Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses siehe Frotscher/Kramer (Fn. 2), § 22 Rn. 725 ff.

¹³⁶ Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76 (82); Ziekow, (Fn. 5), § 6 Rn. 13.

¹³⁷ Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76 (81 f.).

¹³⁸ Maurer/Waldhoff (Fn. 1), § 17 Rn. 3.

¹³⁹ So bereits BVerfGE 6, 282 (287 f.); 58, 45 (48); 104, 220 (222); Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76 (82); Detterbeck (Fn. 2), § 25 Rn. 862; Ziekow, (Fn. 5), § 6 Rn. 15.

¹⁴⁰ Grundlegend BVerfGE 33, 125; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.3.2012, OVG 6 B 19/11, NVwZ 2012, 1265 ff.; Huber/Unger (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 381.

¹⁴¹ Beispiele für Spezialgesetze auf Bundesebene, die Grundlagen für die Subventionsvergabe enthalten, sind etwa das Filmförderungsgesetz, das

Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisation oder das Investitionszulagengesetz. Auf Landesebene sind etwa die in vielen Bundesländern bestehenden Mittelstandsförderungsgesetze zu nennen, siehe Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76 (87 ff.).

¹⁴² BVerfGE 110, 274, 288; Knauff, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 6 Rn. 23; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 102. EL August 2023, Art. 12 GG Rn. 136. Die Zuständigkeit für eine formellgesetzliche Grundlage richtet sich dann nach der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung der Art. 70 ff. GG bzw. im Fall von Beihilfen durch sog. „Verschonungssubventionen“, also etwa Steuererleichterungen, nach den Steuergesetzgebungskompetenzen des Art. 105 GG, Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76 (83, 85).

¹⁴³ BVerfGE 27, 375 (385); Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 76 (84).

¹⁴⁴ Oberrath (Fn. 135), Kap. 17 Rn. 12.

¹⁴⁵ Bartosch/Berghofer, EuZW 2020, 453 (454 ff.).

ten gleichheitsrechtlichen Maßstäbe für die Subventionsvergabe relevant, die vor einer Diskriminierung von Wettbewerbern schützen sollen.

Neben privaten Unternehmen zählen zu den Mandanten auch öffentliche Unternehmen oder der Staat selbst. Auf staatlicher Seite können etwa Gemeinden oder Gemeindeverbände, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, aber auch Ministerien auf Bundes- und Landesebene beraten werden. Diese verfügen gerade bei den quantitativ häufigen Beihilfen, die unter Freistellungsverordnungen fallen, zwar selbst über beihilferechtliche Expertise. Insbesondere bei größeren Beihilfeverfahren ist es jedoch nicht unüblich, dass Ministerien auch externen Sachverständigen einholen und Wirtschaftskanzleien mit der Betreuung des Beihilfeverfahrens beauftragen. In der Beratung zeigt sich dabei eine enge Verzahnung von Beihilferecht und Vergaberecht, denn bei einer beihilferelevanten Subventionsvergabe hat die öffentliche Hand in aller Regel auch vergaberechtliche Bindungen zu wahren und willkürliche Ungleichbehandlungen zu vermeiden.¹⁴⁶

Gerade größere Subventionsverfahren können mitunter auch hochpolitisch sein, was wiederum die anwaltliche Beratung besonders spannend macht. Dies betrifft etwa die Beihilfen zur Rettung von Banken oder Unternehmen während der Finanzkrise, die Beihilfen an große Luftfahrtunternehmen wie *Lufthansa*, *Condor* oder *Ryanair* während der Corona-Pandemie¹⁴⁷ oder die Verstaatlichung und Rekapitalisierung von Energieunternehmen wie *Uniper* und *SEFE* infolge des russischen Angriffs gegen die Ukraine.¹⁴⁸ Die anwaltliche Beratung in solchen Verfahren gibt tiefe Einblicke in die tatsächlichen Abläufe bei der Rettung von Unternehmen durch den Staat und in die Verhandlungen zwischen den Unternehmen und politischen Entscheidungsträgern – man ist also tief involviert in Vorgänge wie die akute Rettung von Energieunternehmen, um ein Zusammenbrechen der Gasversorgung der gesamten Bundesrepublik abzuwenden.

Die anwaltliche Arbeit kann auch die Beratung bei der Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses betreffen. Die Ge-

währung von Subventionen kann durch ein Gesetz geschehen, erfolgt im Regelfall aber erst durch behördliche Umsetzung. Dabei besteht hinsichtlich der Art der Subventionsgewährung grundsätzlich die Formwahlfreiheit der Verwaltung.¹⁴⁹ In der Regel erfolgt die Gewährung durch einen Zuwendungsbescheid (§ 35 VwVfG), der mit Auflagen nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG verbunden wird. Sie kann aber auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (Zuwendungsvertrag) vereinbart werden (§ 54 VwVfG).¹⁵⁰ Daneben sind auch vollständig privatrechtlich oder aber zweistufig ausgestaltete Subventionsverhältnisse möglich, bei denen die Entscheidung über das „Ob“ der Gewährung per Verwaltungsakt erfolgt, das „Wie“ der Subventionsabwicklung aber in einem Vertrag festgelegt wird.¹⁵¹ Gerade bei großen Einzelbeihilfen ist die Ausgestaltung der Beihilfe durch Vertrag in manchen Fällen vorzugswürdig, weil die gegenseitigen Rechte und Pflichten flexibler ausgestaltet werden können, als dies bei einem einseitigen Bescheid der Fall wäre.

II. Notifizierung der Beihilfe bei der Europäischen Kommission

1. Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV

Die Durchsetzung des in Art. 107 AEUV statuierten Beihilfeverbots wird durch die Beihilfekontrolle der Europäischen Kommission gewährleistet. Ihr obliegt ein „Wächteramt“ gegenüber den Mitgliedstaaten und den Marktteilnehmern zur Sicherung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes.¹⁵² Dabei handelt es sich um eines der aufwändigsten Arbeitsfelder der EU-Kommission.¹⁵³ Die Beihilfenverfahrensverordnung (VO (EU) 2015/1589)¹⁵⁴ konkretisiert das Beihilfenaufsichtsregime der Kommission, indem sie die Grundsätze und Abläufe des Beihilfeverfahrens, die sich aus der Kommissionspraxis und Rechtsprechung entwickelt haben, in ein systematisches Regelwerk übersetzt.¹⁵⁵

Die Grundpfeiler des Beihilfekontrollverfahrens vor der EU-Kommission sind dabei in Art. 108 AEUV selbst enthalten: Nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV wird die EU-Kom-

¹⁴⁶ Grundlegend *Bultmann* (Fn. 3); *Wende*, Die einheitliche Auslegung von Beihilfen- und Vergaberecht als Teilgebiete des europäischen Wettbewerbsrechts, Frankfurt am Main 2011. Instruktiv zum Verhältnis und den Wechselwirkungen von Vergabe- und Beihilfenrecht *Guarrata/Wagner*, NZBau 2018, 443 ff. Siehe zudem *Bartosch*, WUW 2001, 673 ff.; *Cremer* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 29.

¹⁴⁷ Zur Beihilfenkonformität der Rekapitalisierung von Lufthansa siehe EuG, Urt. v. 10.5.2023 - C-457/23 P. Allgemein zur Beihilfenpolitik während der Corona-Pandemie *Esser/Wasmeier*, JA 2020, 668 ff.; *Bunte/Poelzig*, in: *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 128 Rn. 53 ff.; *Holtmann* (Fn. 13), Teil 6, Coronabedingte Beihilfen, Rn. 3 ff. Für einen Überblick zu den Corona-Beihilfen des Bundes siehe <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Coronavirus/informationen-zu-corona-hilfen-des-bundes.html>, zuletzt abgerufen am 13.4.2024. Grundlegend zu Kapitalzuführung für Privatunternehmen in Krisenzeiten aus beihilferechtlicher Sicht *Quandt*, Gewa 2020, 305 ff.

¹⁴⁸ EU-Kommission, SA.103791 v. 20.12.2022 (Rekapitalisierung von Uniper SE) und SA.105001 v. 20.12.2022 (Rekapitalisierung von SEFE).

Vertiefend *Holle/Linnartz*, NJW 2023, 801 (804); *Holtmann*, in: *Gerstner/Gundel*, BeckOK Energiesicherungsrecht, 4. Edition, Stand 1.2.2024, § 29 EnSiG Rn. 56 ff. Nähere Informationen zu den Rekapitalisierungsmaßnahmen unter https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-kommission-genehmigt-deutsche-milliardenbeihilfen-fur-uniper-und-sef-e-2022-12-21_de, zuletzt abgerufen am 13.4.2024.

¹⁴⁹ *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 73 (97); *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 398; *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 39.

¹⁵⁰ *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 73 (97); *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 398.

¹⁵¹ *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 43.

¹⁵² *Hobe/Fremuth* (Fn. 7), § 23 Rn. 1; *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 34.

¹⁵³ *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 5.

¹⁵⁴ VO (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU L 248/9 v. 24.9.2015.

¹⁵⁵ *Classen* (Fn. 9), § 21 Rn. 5; *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 76 (93).

mission von den Mitgliedstaaten „von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann“. ¹⁵⁶ Diese Verpflichtung wird auch Notifizierungspflicht genannt und löst das Beihilfekontrollverfahren aus. ¹⁵⁷ Durch die Notifizierungspflicht soll die EU-Kommission in die Lage versetzt werden, präventiv prüfen zu können, ob eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe vorliegt. ¹⁵⁸

In der Praxis erfolgt diese Anmeldung auf elektronischem Wege über die Web-Anwendung *State Aid Notification Interactive 2* („SANI 2“) der Europäischen Kommission, welche die Übermittlung der Anmeldung von staatlichen Beihilfen nach der Verordnung (EG) 794/2004 erleichtern soll. ¹⁵⁹

Um zu verhindern, dass ein Mitgliedsstaat die Beihilfekontrolle der Kommission dadurch umgehen kann, dass er bestimmte Subventionen schlicht nicht notifiziert, kann die Kommission auch von Amts wegen tätig werden, sofern sie Hinweise auf das Vorliegen rechtswidrig erlangter Beihilfen hat. ¹⁶⁰

2. Vorläufige Prüfung der Kommission und förmliches Prüfungsverfahren

Nach der Notifizierung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat findet zunächst eine vorläufige Prüfung der Kommission statt (Art. 4 VO (EU) 2015/1589), woraufhin diese entweder die fehlende Beihilfeeigenschaft feststellen, ¹⁶¹ das Beihilfeverfahren mangels Bedenken über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt bereits in diesem Stadium beenden ¹⁶² oder aber die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens beschließen kann. ¹⁶³ Die Prüfung orientiert sich dabei am Beihilfetatbestand: Es wird zunächst geprüft, ob die angemeldete Maßnahme eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist und anschließend, ob diese nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. ¹⁶⁴ Im Prüfverfahren wird den Mitgliedstaaten und betroffenen Wirtschaftskreisen die Möglichkeit gegeben, Stellungnahmen abzugeben und damit die Kommission umfassend über entscheidungserhebliche Gesichtspunkte zu unterrichten. ¹⁶⁵

Nach Abschluss jenes förmlichen Prüfverfahrens kann die Kommission feststellen, dass die fragliche Begünstigung

keine Beihilfe darstellt (Art. 9 Abs. 2 VO (EU) 2015/1589). Wenn es sich hingegen um eine Beihilfe handelt, kann die Kommission diese entweder für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären (sog. Positiventscheidung nach Art. 9 Abs. 3 VO (EU) 2015/1589), oder für nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären (sog. Negativentscheidung nach Art. 9 Abs. 5 VO (EU) 2015/1589). ¹⁶⁶ Bis die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen, d.h. die Beihilfe im vorläufigen Verfahren gebilligt oder im förmlichen Verfahren einen Beschluss getroffen hat, darf der betreffende Mitgliedstaat gem. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV die beabsichtigte Subvention nicht durchführen (sog. Durchführungsverbot). ¹⁶⁷

3. Anwaltliche Unterstützung bei Notifizierung und Beihilfekontrollverfahren

Die Notifizierung selbst erfolgt durch den Mitgliedstaat, da das Beihilfeverfahren ein bilaterales Verfahren zwischen Mitgliedstaat und EU-Kommission ist. In Deutschland ist auf Bundesebene für die Notifizierung (und auch das weitere Beihilfeverfahren) federführend das Beihilferferat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) zuständig (Referat EA7). ¹⁶⁸ Handelt es sich um Beihilfen auf Landesebene, ist regelmäßig das jeweilige Landeswirtschaftsministerium zuständig. Ansprechpartner auf Seiten der EU-Kommission ist die für die Durchsetzung der EU-Wettbewerbspolitik zuständige Generaldirektion Wettbewerb. ¹⁶⁹

Auch wenn der Wortlaut des Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV das nicht nahelegt – die EU-Kommission ist „zu unterrichten“ –, verbirgt sich hinter der Notifizierung in der Praxis die Übersendung eines umfangreichen Dokuments, auf dessen Grundlage die Kommission dann ihre Genehmigungsentscheidung treffen kann. Hieran wirken Anwälte oftmals unterstützend mit, ebenso wie an dem sich anschließenden sog. Pränotifizierungsverfahren: Der eigentlichen Notifizierung gehen häufig monatelange informelle Abstimmungen mit der Kommission voraus, bei denen sich die Beteiligten darauf einigen, wie eine Beihilfemaßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar und gleichzeitig wirksam ausgestaltet werden kann. Dies dient dazu, einem vermeidbaren frühen Scheitern der Beihilfegenehmigung durch die Kom-

¹⁵⁶ Vgl. Art. 2 VO 2015/1589; dazu *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 399.

¹⁵⁷ Zum Notifizierungsverfahren siehe *Götz* (Fn. 5), H. III. Rn. 345 ff.

¹⁵⁸ *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 48.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 3 VO (EG) 794/2004; zu Sani2 siehe https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Landwirtschaft/EU-Agrarpolitik-Foerderung/HandbuchSANI2.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 20.4.2024.

¹⁶⁰ Art. 12 Abs. 1 VO 2015/1589; vgl. *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 36.

¹⁶¹ Art. 4 Abs. 2 VO 2015/1589.

¹⁶² Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589.

¹⁶³ Art. 4 Abs. 4, Art. 6 VO 2015/1589; siehe zum Vorprüfungsverfahren insgesamt *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 399; *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 35.

¹⁶⁴ *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 399.

¹⁶⁵ Art. 6 Abs. 1 S. 2 VO 2015/1589.

¹⁶⁶ Art. 9 VO 2015/1589; siehe zu den Entscheidungsmöglichkeiten *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 35.

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 38 – SFEI. Siehe auch Art. 3 VO (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU L 248/9 v. 24.9.2015. Zusammenfassend zum Beihilfeverfahren siehe *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 34; *Ziekow* (Fn. 5), § 6 Rn. 53.

¹⁶⁸ *Kluth* (Fn. 85), § 11 Rn. 34; siehe auch der Organisationsplan des BMWK, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/organisationsplan-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=49, zuletzt abgerufen am 21.4.2024.

¹⁶⁹ Nähere Informationen unter https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/competition_de, zuletzt abgerufen am 20.4.2024.

mission vorzubeugen, was gerade bei krisenbedingten Beihilfen fatale Folgen haben könnte. Dieses Wechselspiel zwischen Kommission und Mitgliedstaat ist auch in Teilen bereits in der Beihilfenverfahrensverordnung (VO (EU) 2015/1589) angelegt, wenn etwa in Art. 5 ein Verfahren geregelt ist, wie die Kommission auch nach Notifizierung der Beihilfe sachdienliche Auskünfte vom Mitgliedsstaat einholen kann.

Anwaltskanzleien unterstützen die Ministerien der Mitgliedstaaten in dieser Phase des Beihilfeverfahrens also in zweierlei Hinsicht:

Einerseits bewältigen Kanzleien komplexe beihilferechtliche Prüfungen, bei denen Ministerien auf externe Expertise und Kapazitäten angewiesen sind. Die anwaltliche Beratung kann sich dabei in detaillierte rechtliche Einzelfragen zergliedern, also etwa wie sich bestimmte Auflagen in Förderbescheiden auf die Beihilfequalität auswirken oder welche rechtlichen Instrumente zur Absicherung der Angemessenheit der Beihilfen eingesetzt werden könnten. Denkbar ist auch, dass die Anwaltschaft hier eine Mittlerrolle zwischen Ministerium und beihilfebegünstigten Unternehmen einnimmt. Dies geschieht, indem die anwaltliche Beratung nicht nur auf rechtlicher Ebene die maßgeblichen Vorschriften aufarbeitet, sondern auch auf tatsächlicher Ebene prüft, inwiefern etwa das konkrete Unternehmen, das eine Einzelbeihilfe empfangen soll, aufgestellt ist und welcher Bedarf an staatlicher Unterstützung angesichts der betrieblichen Verfasstheit des Unternehmens erforderlich erscheint.

Andererseits liefern Kanzleien nicht nur rechtliche Expertise unmittelbar gegenüber dem Ministerium, sondern unterstützen dieses auch aktiv in den Beihilfeverhandlungen mit der Europäischen Kommission. Denn die Kommission benötigt für ihre Beihilfeentscheidung rechtliche wie tatsächliche Einschätzungen der Mitgliedstaaten über die Ausgestaltung der Subvention, um deren Rechtmäßigkeit adäquat beurteilen zu können. Solche Informationen umfassen etwa die wirtschaftliche Situation des Beihilfeempfängers und eine Beschreibung des jeweiligen Wettbewerbsumfeldes. Bei der Aufbereitung und Vermittlung dieser Informationen unterstützten dann oftmals Anwaltskanzleien.

Da diese Informationen regelmäßig eine hohe Wettbewerbsrelevanz für die Unternehmen haben und unter Umständen auch Geschäftsgeheimnisse enthalten, finden die (Vor-)Verhandlungen mit der EU-Kommission streng ver-

traulich statt.¹⁷⁰ Die Rolle der anwaltlichen Beratung bei den Verhandlungen mit der Kommission ist dabei weniger mit der eines Prozessvertreters bei gerichtlichen Verfahren zu vergleichen. Vielmehr geht es im Kern darum, die tatsächlichen Informationen über die Beihilfeempfänger und der Ausgestaltung der Beihilfe unter die Voraussetzungen des Beihilferechts zu subsumieren und damit an der beihilfenkonformen Ausgestaltung der Subvention aktiv mitzuwirken.

III. Beihilfenentscheidung der Europäischen Kommission

Am Ende des Genehmigungsverfahrens der EU-Kommission steht die Positiv- oder Negativentscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt.¹⁷¹ Die Entscheidung erfolgt in Form eines Beschlusses, der seiner Wirkung nach mit einem Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) vergleichbar ist.¹⁷² Anschließend wird die Kommissionsentscheidung dem Mitgliedstaat übersandt und im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Vor der Veröffentlichung werden Geschäfts- und Wettbewerbsgeheimnisse geschwärzt.¹⁷³

Die Veröffentlichung von Kommissionsentscheidungen ist auch für die anwaltliche Beratung von großer Bedeutung, da anhand der hieraus ableitbaren Kommissionspraxis abgeschätzt werden kann, ob Subventionen gegenüber einem anderen Mandanten als Beihilfe einzustufen sind bzw. diese Beihilfe nach den Maßstäben der Kommission gerechtfertigt sein wird. Hilfreich ist hierbei, dass die EU-Kommission eine Datenbank eingerichtet hat, die sämtliche genehmigten staatlichen Beihilfen einschließlich Informationen über Beihilfen nach den Gruppenfreistellungsverordnungen seit dem 1. Januar 2000 enthält.¹⁷⁴ Eine Einsicht in laufende Verfahren ist darüber hinaus nicht möglich.

Besonders interessant und bemerkenswert ist hierbei die Machtstellung, die der Europäischen Kommission zukommt. Während dies für langjährige Praktiker des Beihilferechts eine Selbstverständlichkeit sein mag, die wenig hinterfragt wird, ist es für Neueinsteiger in das Beihilfegebiet doch höchst erstaunlich, wie tief die EU-Kommission in den nationalen Entscheidungsprozess eingreift. Selbst in elementaren nationalen Krisen, die etwa wie die Coronapandemie¹⁷⁵ grundlegend ganze Wirtschaftszweige bedrohten, ist die (finanzielle) Reaktionsfähigkeit des Staates ganz wesentlich vom EU-Beihilferecht und damit auch der Beihilfekontrolle der EU-Kommission abhängig. Auch aus

¹⁷⁰ Gleichwohl haben auch die Mitgliedstaaten ab einem bestimmten Schwellenwert Transparenzpflichten zu wahren, da es sich bei Beihilfen um die Vergabe öffentlicher Gelder handelt. Seit dem 1. Juli 2016 müssen öffentliche Stellen daher u.a. Informationen über Empfänger, Ziel und Höhe der Beihilfe veröffentlichen. Dies geschieht über das Beihilfentransparenzmodul der EU, abrufbar unter <https://webgate.acceptance.ec.europa.eu/competition/transparency/public/search/home/>, zuletzt abgerufen am 20.4.2024.

¹⁷¹ *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 399.

¹⁷² *Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, 2. Aufl. 2023, Art. 108 AEUV Rn. 38.

¹⁷³ Dies richtet sich im Einzelnen nach den Vorgaben der Mitteilung der Kommission C(2003) 4582 v. 1.12.2003 zum Berufsgeheimnis in Beihilfeentscheidungen (2003/C 297/03).

¹⁷⁴ Abrufbar unter <https://competition-cases.ec.europa.eu/search?caseInstrument=SA>, zuletzt abgerufen am 20.4.2024.

¹⁷⁵ Noch in Bezug auf 2020 siehe *Bartosch/Berghofer*, *EuZW* 2020, 453 (454).

rechtsvergleichender Sicht ist die Kontrollkompetenz der Kommission eine große Besonderheit, da es für Staaten, die nicht in einen supranationalen Verbund eingegliedert sind, natürlich undenkbar ist, dass beabsichtigte Subventionsvergaben durch eine supranationale Behörde genehmigt werden müssen.¹⁷⁶ Gerade in Krisenzeiten wird auch aus diesem Grund die Beihilfekontrolle als solche immer wieder in Frage gestellt und ihre Beschränkung bzw. Aussetzung bei akuten Krisen gefordert. Man sollte sich jedoch immer wieder die Ziele und Zwecke des Beihilferechts vergegenwärtigen. Gerade in Krisenzeiten dient der Wettbewerbschutz nicht nur der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes (s.o.), sondern auch der Kohäsionspolitik der EU¹⁷⁷, also dem Zusammenhalt der EU-Staaten und EU-Regionen: Die Beihilfekontrolle garantiert gerade, dass in Krisenzeiten nicht nur reiche Staaten ihre Unternehmen unterstützen können und Unternehmen ärmerer Mitgliedstaaten auf der Strecke bleiben. Beihilfekontrolle kann somit in Krisenzeiten integrativ wirken und das wirtschaftliche Zusammenwachsen fördern, indem die Krisenreaktionen der Staaten möglichst wettbewerbschonend ausfallen.¹⁷⁸

IV. Rechtsschutz

Die anwaltliche Beratung in größeren Beihilfeverfahren spielt sich bestenfalls vor allem im außergerichtlichen Bereich ab. Haupttätigkeit ist daher die beihilferechtliche Beratung von Unternehmen und die Mitarbeit am Beihilfeverfahren bei der EU-Kommission.¹⁷⁹ Gleichwohl kommt es auch regelmäßig zu Rechtsstreitverfahren, wobei zwischen drei verschiedenen prozessualen Konstellationen unterschieden werden kann: Rechtsschutz bei Verweigerung einer Beihilfe durch den Mitgliedstaat, Rechtsschutz gegen die Rückforderung einer Beihilfe und Rechtsschutz gegen die Beihilfegewährung gegenüber einem Konkurrenten. Grundsätzlich zuständig sind hierfür die nationalen Gerichte.¹⁸⁰ Bei Fragen zur Auslegung des EU-Rechts, hier also der Art. 107 ff. AEUV, besteht seitens der Gerichte die Möglichkeit der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens des EuGH nach Art. 267 AEUV.¹⁸¹ Beruht eine Nichtgewährung einer Beihilfe hingegen auf einer Negativentscheidung der EU-Kommission, kann der potenzielle Beihilfeempfänger die Kommissionsentscheidung grundsätzlich nicht vor nationalen Gerichten angreifen. Vielmehr muss Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) vor dem EuG erhoben werden.¹⁸²

¹⁷⁶ Vgl. *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 76 ff.

¹⁷⁷ Für einen guten Überblick über die Kohäsionspolitik und insbesondere den Europäischen Kohäsionsfonds siehe <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/96/kohasionsfonds>, zuletzt abgerufen am 20.4.2024.

¹⁷⁸ Vgl. dazu *Bartosch/Berghofer*, EuZW 2020, 453 (454).

¹⁷⁹ Zum Rechtsschutz im Subventions- und Beihilferecht siehe *Weiß*, ZHR 2016, 80 ff.; *Frenz* (Fn. 5), Kap. 8 § 1 Rn. 2765 ff.; *Unger* (Fn. 1), § 8 Rn. 83 ff.; *Heinrich*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilferecht, 1. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 135 ff.

¹⁸⁰ *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 408 ff.

V. Der Handwerkskasten für anwaltliche Beratung im Beihilfeverfahren

Die anwaltliche Beratung innerhalb der einzelnen Abschnitte des geschilderten Beihilfeverfahrens ist vielseitig und mitunter politisch hochbrisant. Nicht selten liest man über Vorhaben, an denen man selbst mitwirkt, auf den Titelseiten der Tageszeitungen. Der Schwerpunkt der Tätigkeit hängt stark von Zuschnitt und Fokus der jeweiligen Kanzlei ab. Ungeachtet dessen ergibt sich die Vielseitigkeit der Arbeit an größeren Beihilfeverfahren vor allem daraus, dass an ihnen immer diverse Akteure mit jeweils verschiedenen, teils konträren Interessen involviert sind. Der jeweils adäquate Umgang mit den Beteiligten erfordert unterschiedliche anwaltliche *Hard Skills* und *Soft Skills*:

Anders als in anderen Rechtsbereichen geht es nicht allein um klassisches juristisches Arbeiten, also etwa das Verfassen von Schriftsätzen, die Vertretung vor Gericht oder das Erstellen von Rechtgutachten. Im Fokus der Arbeit steht vielmehr die Beratung der Mandanten auf dem Weg hin zur rechtssicheren Gewährung der begehrten Beihilfe. Sofern der Mandant ein Unternehmen ist, erfordert dies zunächst die klassische anwaltliche Fertigkeit, komplexe rechtliche Sachverhalte auch Nichtjuristen verständlich zu erklären und eine gemeinsame Strategie für das Verfahren zu entwickeln.

Da das Beihilfeverfahren selbst als ein bilaterales Verfahren zwischen Mitgliedstaat und Kommission konzipiert ist, sind Mandanten häufig Ministerien, auf Bundesebene in der Regel das BMWK. Anders als bei der Beratung von Unternehmen müssen daher die politischen Implikationen von Beihilfeverfahren berücksichtigt werden. Im Verlauf des Beihilfeverfahrens verbringt man viel Zeit in Verhandlungen über die konkrete Ausgestaltung der Beihilfemaßnahme, insbesondere direkt mit der EU-Kommission, die letztlich von der Genehmigungsfähigkeit der staatlichen Unterstützung überzeugt werden muss. Im Umgang mit der EU-Kommission ist daher besonderes Verhandlungsgeschick gefragt. Die Verhandlungen sind dabei allerdings geprägt durch den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 AEUV zwischen Kommission und Mitgliedstaat.

Insbesondere die Beantwortung der Fragen, ob eine Beihilfe überhaupt erforderlich und welcher Beihilfebetrug angemessen ist, erfordert darüber hinaus ein gutes Grund-

¹⁸¹ So etwa in EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-274/12 P (Telefónica SA/Kommission), EuZW 2014, 228; *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 408; *Ziekow*, (Fn. 5), § 6 Rn. 117. Zu Fragen des Vorabentscheidungsverfahrens siehe *Kotzur/Dienelt*, in: *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair*, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 267 AEUV Rn. 6 ff.

¹⁸² EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-274/12 P (Telefónica SA/Kommission), EuZW 2014, 228 (229, Rn. 27 ff.); *Huber/Unger* (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 410; *Ziekow*, (Fn. 5), § 6 Rn. 123 ff.; *Pechstein*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar, 2. Aufl. 2023, Art. 263 AEUV Rn. 5.

verständnis von wirtschaftlichen Zusammenhängen: Beispielsweise verlangt die Kommission als Nachweis für die Angemessenheit von Beihilfen die Vorlage detaillierter unternehmerischer Businesspläne oder Förderlückenberechnungen. Diese Unterlagen werden zwar von Wirtschaftsprüfern oder Wirtschaftsberatern angefertigt; diese sind aber in der Regel an den Verhandlungen mit der Kommission nicht beteiligt. So ist es auch Aufgabe der beauftragten Anwälte, zwischen Kommission und Wirtschaftsberatern zu vermitteln, sodass unabdingbar ist, die entsprechenden Berechnungen nachvollziehen zu können.

Sicherlich kein Alleinstellungsmerkmal, aber doch zu betonen ist die Internationalität der Arbeit: Vielfach hat man mit internationalen Mandanten zu tun, beispielsweise global agierenden Konzernen mit diversen Tochterunternehmen im Ausland. Daher erfolgt ein Großteil der Arbeit auch in englischer Sprache und beinhaltet unter Umständen auch die Zusammenarbeit mit ausländischen Unternehmen und Rechtsanwaltskanzleien. Auch die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission erfolgt in der Regel in englischer Sprache. In der Sache ist das Beihilferecht naturgemäß europäisch und erfordert daher auch Kenntnisse der Spezifika des europäischen Binnenmarkts.

E. Ausblick: Beihilferecht als Motor oder Hemmnis gesellschaftlicher Transformation?

Nach dieser – naturgemäß subjektiv geprägten – Zusammenfassung von Fähigkeiten und Kenntnissen, die in der anwaltlichen Beratung im Beihilferecht gefragt sind, soll abschließend ein kurzer Ausblick gewagt werden: Welche Fortentwicklung des Beihilferechts zeichnet sich derzeit ab, was haben angehende Juristen hier zu erwarten?

Einerseits wird behauptet, dass die Europäische Union das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV in den letzten Jahrzehnten, insbesondere angesichts diverser Krisen, immer weniger streng ausgelegt bzw. immer mehr Ausnahmen zugelassen habe.¹⁸³ Eine zunehmende faktische Abkehr vom grundsätzlichen Dogma des Beihilfeverbots scheint ange-

sichts der beinahe ununterbrochenen Krisenhaftigkeit der Zeit nach der Finanzkrise 2008 jedenfalls nicht unplausibel.¹⁸⁴ Auch das große Gewicht, das staatlichen Subventionen bei der Bewältigung des Klimawandels zugemessen wird, lässt eine weniger strenge Beihilfekontrollpolitik im Zusammenhang mit Klimasubventionen erahnen.¹⁸⁵ Beispielsweise erkennen auch die KUEBLL ausdrücklich an, dass zur Bewältigung der „enormen Herausforderung“ der Verwirklichung der Klimaneutralität der Union bis 2050 „kosteneffizient private und öffentliche Mittel für Investitionen mobilisiert werden müssen“.¹⁸⁶ Nach restriktiver Beihilfepolitik hört sich das nicht an. Aus einer volkswirtschaftlichen Sicht ist Subventionspolitik natürlich immer starker Kritik ausgesetzt: Es wird davor gewarnt, dass sich eine zunehmende „Subventionsmentalität“¹⁸⁷ durchsetzen könnte.¹⁸⁸ Dass sich eine restriktivere Subventionspolitik angesichts der anhaltenden Krisenhaftigkeit unserer Zeit und insbesondere der enormen finanziellen Herausforderung durch die Klimakrise durchsetzen kann, erscheint jedoch unwahrscheinlich.¹⁸⁹

Neben einer sich abzeichnenden weniger strengen Beihilfenkontrolle in Bezug auf bestimmte Subventionsbereiche sind jedoch auch gegenteilige Signalwirkungen in der Kommissionspraxis erkennbar, die insbesondere an der Beihilfeentscheidung des EuG zu den *Lufthansa*-Beihilfen festgemacht werden. Zwar betraf dies keine klimabezogenen Subventionen. Gleichwohl zeigte die Entscheidung, dass die europäischen Gerichte weiterhin hohe Anforderungen an die Rechtfertigung der Ausnahmen vom Beihilfeverbot stellen und die Beihilfeentscheidungen der Kommission auch zu verwerfen bereit sind, selbst wenn diese der Bewältigung massiver Krisen wie der Corona-Pandemie dienen. Wie sich das europäische Beihilferecht angesichts der vielschichtigen globalen Herausforderungen für staatliche Wirtschaftspolitik weiterentwickeln wird, ist somit vollkommen offen und wird sich in den kommenden Jahren zeigen. Hiervon wird auch der Inhalt künftiger anwaltlicher Beratung abhängen.

¹⁸³ Empirische Daten zur Kommissionspraxis lassen sich unter dem nach Art. 6 VO (EU) 794/2004 eingerichteten „State aid Scoreboard“ abrufen unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html, zuletzt abgerufen am 20.4.2024.

¹⁸⁴ *Fisahn* (Fn. 29), S. 4.

¹⁸⁵ Siehe etwa erst kürzlich die Ausführung zu den Subventionserfordernissen aufgrund des EU Green Deals in jüngeren Kommissionsentscheidungen, SA.107835 und SA.107837; siehe dazu Pressemitteilung v. 30.1.2024 unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_24_468, zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

¹⁸⁶ KUEBLL, Rn. 3.

¹⁸⁷ Vgl. Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2021 bis 2024 (29. Subventionsbericht) v. 6.9.2023, S. 11, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/29-subventionsbericht.html, zuletzt abgerufen am 20.4.2024. Gesetzliche Grundlage des Berichts ist § 12 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft.

¹⁸⁸ Grundlegend *Heinrich* (Fn. 178), Einleitung Rn. 86 ff.; siehe dazu auch *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 76 (77), bezugnehmend auf den 23. „Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2009 bis 2012“, veröffentlicht vom Bundestag unter BT-Drs. 17/6795 v. 11.8.2011.

¹⁸⁹ Instruktiv dazu *Frotscher/Kramer* (Fn. 2), 6. Teil Rn. 693 ff.