



Beihilfenrecht versus kommunale Politik

Anna Span

Februar
2018



I. Einleitung

Die wirtschaftlichen Tätigkeiten einer Kommune müssen sich zunehmend am Maßstab des Europäischen Beihilfenrechts messen lassen. Dahinter steht der Gedanke, den Wettbewerb in der Europäischen Union zu schützen. In der Praxis führt dies dazu, dass eine Kommune trotz eines entsprechenden politischen Willens ein Projekt möglicherweise nicht umsetzen kann. Das Europäische Beihilfenrecht – welches oftmals Bürgern und kommunalen Politikern noch gänzlich unbekannt ist –, hat damit ganz praktische Folgen bei der Planung und Umsetzung kommunaler Bestreben. Dieser Aufsatz möchte einen Überblick über die Funktionen und die Zwecke des Europäischen Beihilfenrechts vermitteln und dabei das Augenmerk auf die spezifischen Berührungspunkte zur kommunalen Politik richten.

Die Kommune ist eine lokale Gebietskörperschaft. Sie ist die kleinste politische Einheit in der Bundesrepublik und bildet neben dem föderalen Bund-Länder System eine eigenständige Säule der politischen Organisation. Da die Gemeinderäte von den Einwohnern einer Gemeinde direkt gewählt werden, kann der Bürger auf kommunaler Ebene unmittelbar Einfluss nehmen auf lokale Entscheidungen. Damit ist die Gemeinde die dem Bürger am nächsten stehende demokratische Ebene. Die Idee Kommunen als weitere politische Einheiten einzuführen, stammt in ihrer heutigen Form bereits aus dem 19. Jahrhundert.¹ Heute sind der Bestand der Kommunen und ihre Kompetenzen sogar verfassungsrechtlich geschützt nach Art. 28 Abs. 2 GG.² Ein wesentlicher Bestandteil unseres Alltagslebens wird primär von den Gemeinden organisiert. Dazu gehören etwa die Bauplanung, die Errichtung kommunaler Straßen und Wege oder die Abfallentsorgung. Die Arbeit der Kommunen nimmt daher einen hohen Stellenwert für den Bürger ein.

Auch das Europäische Recht schützt den Bestand der Gemeinden. Nach Art. 4 Abs. 2 EUV hat die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten zu achten, die in deren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Gleichzeitig stellt das Europäische Recht und insbesondere das Beihilfenrecht die Kommunen vor neue Herausforderungen. Das Beihilfenrecht dient vor allem der Realisierung und dem Schutz des Euro-

¹ Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, [Stand: 81. EL 09.2017], Art. 28 Abs. 2 Rn. 2.

² Wolff, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2016, Art. 28 Rn. 8 ff.



päischen Binnenmarktes. Indem das Beihilfenrecht die Vergabe von staatliche Subventionen kontrolliert, versucht es für alle Teilnehmer auf dem Europäischen Binnenmarkt gleiche Voraussetzungen für ihre wirtschaftliche Betätigung zu schaffen. Ohne die beihilfenrechtlichen Vorgaben des Europäischen Rechts sind die wirtschaftspolitischen Ziele der Europäische Union, die in ihrem Ursprung geschaffen wurde um den Handel und die wirtschaftlichen Beziehungen innerhalb der EU zu vereinfachen, schlicht nicht umsetzbar.

Das Thema „Beihilfenrecht versus kommunale Politik“ darf aber nicht als Kampf zwischen widerstreitenden Interessen der EU und der Kommunen verstanden werden. Vielmehr muss das Beihilfenrecht als sinnvolle Beschränkung der politischen Macht der Kommunen bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung und der daraus folgende Nutzen für den Bürger gesehen werden. Das Beihilfenrecht schützt nicht nur den Wettbewerb, der letztlich im Interesse aller Bürger als Verbraucher steht. Darüber hinaus begrenzt es eine übermäßige Ausgabe kommunaler (Steuer-)Gelder und kommt damit ebenfalls dem Bürger zugute.

Die einzelnen Aspekte werden im Folgenden genauer beleuchtet. Zunächst soll das Binnenmarktkonzept dargestellt werden. In einem zweiten Schritt wird ein Blick auf die Funktionsweise und die Schutzzwecke des Beihilfenrechts geworfen. Insbesondere soll dargestellt werden, welche staatlichen Maßnahmen unter das Europäische Beihilfenverbot fallen. Unter dem spezifischen Blickwinkel der Kommune sollen sodann typische Beispiele der Gemeindetätigkeit aufgezeigt werden, bei denen die Kommunen dem Anwendungsbereich der Beihilfenkontrolle unterfällt.

I. Wettbewerbsschutz und Subventionen im europäischen Binnenmarkts

a. Geschichte und Grundprinzipien des europäischen Binnenmarkts

Wie bereits eingangs erwähnt dient das Beihilfenrecht der Realisierung und dem Schutz des Europäischen Binnenmarktes. Seinen Ursprung fand der Binnenmarkt bereits im Vertrag zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) aus dem Jahr 1957. Vertieft wurde das Binnenmarktkonzept durch die Verträge von Maastricht im Jahre 1992. Heute ist



der Begriff des Binnenmarkts in Art. 26 Abs. 2 AEUV definiert. Er umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Europäischen Verträge gewährleistet ist. Oft wird auch der Begriff „Gemeinsamer Markt“ in der allgemeinen Diskussion synonym verwendet. Der Binnenmarkt bildet zugleich die Voraussetzung und Grundlage für die Wirtschafts- und Währungsunion der EU einschließlich der gemeinsamen europäischen Währung.³ Sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die grenzüberschreitende Offenheit der Märkte zu sichern.⁴ Offene Märkte werden unter anderem dadurch geschaffen, dass Handelszölle für Importe aus anderen EU-Ländern in den einzelnen Mitgliedsstaaten entfallen. Handelszölle benachteiligen ausländische Produkte und Dienstleistungen, was im Binnenmarkt nicht gewollt ist. Die gleiche Wirkung wie die von Handelszöllen kann ein Mitgliedstaat - spiegelbildlich - aber auch erreichen, wenn er nationale Unternehmen fördert und damit gegenüber Wettbewerbern aus anderen EU-Staaten bevorzugt. Das Beihilfenrecht stellt daher eines der Werkzeuge dar, um das Bestehen des Binnenmarktes zu gewährleisten.

b. Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt - Durchsetzung durch die EU-Kommission

Ein einheitlicher gemeinsamer Markt zielt darauf ab, allen Teilnehmern auf diesem Markt gleiche Grundvoraussetzungen für ihre wirtschaftliche Tätigkeit zu bieten. Der Binnenmarkt beruht daher auf dem Gedanken der Wettbewerbsfreiheit.⁵ Das Beihilfenrecht soll für einen fairen Wettbewerb der einzelnen Unternehmen sorgen, indem es staatliche Beihilfen grundsätzlich verhindert.⁶

Beihilfen werden als schädlich bewertet, da sie den begünstigten Unternehmen einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern verschaffen.⁷ Denn unliebsame Konkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten lässt sich insbesondere auf zwei Wegen

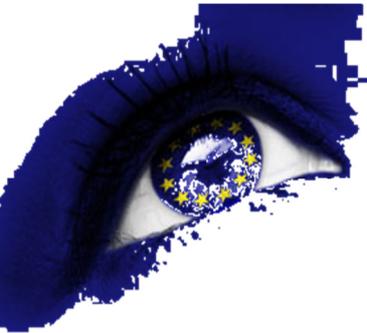
³ *Bergmann*, in: *Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2015, Stichwort „Binnenmarkt“.

⁴ *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, [Stand: 62. EL 07.2017], Art. 26 AEUV Rn. 7.

⁵ *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 1.

⁶ *von Carnap-Bornheim*, *Einführung in das Europäische Beihilfenrecht*, JuS 2013, 215 (216).

⁷ *von Carnap-Bornheim*, *JuS* 2013, 215 (216).



ausschalten. Zum einen kann man ausländische Unternehmen, ihre Produktionen sowie Dienstleistungen belasten, indem man strengere Regeln für sie aufstellt oder Zölle bzw. Einfuhrabgaben erhebt. Ebenso kann man aber auch einheimische Unternehmen bevorzugt unterstützen und damit die gleiche ausschließende Wirkung in Bezug auf ausländische Unternehmen hervorrufen.⁸ Mitgliedsstaaten tendieren dazu, ihren eigenen Unternehmen in konjunkturell schwierigen Zeiten zu helfen. Dies kann auch dann politisch gewollt sein, wenn ein Wirtschaftszweig strukturellen Veränderungen ausgesetzt ist. Doch eine unkontrollierte Vergabe mitgliedstaatlicher Beihilfen würde den Wettbewerbsmechanismus und mithin die Statik des Binnenmarktgebäudes gefährden.⁹

Darüber hinaus ist es Ziel des Europäischen Beihilfenrechts, einen sogenannten Subventionswettbewerb zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten zu verhindern. Seit der Schaffung des europäischen Binnenmarkts stehen diese in einem harten Standortwettbewerb. Um den eigenen Bürgern Beschäftigung zu sichern, aber auch um Steuern einzunehmen, versuchen die Mitgliedsstaaten daher möglichst viele Unternehmen auf eigenem Staatsgebiet zu halten oder dorthin anzuwerben. Es erscheint deshalb verlockend für die Mitgliedsstaaten, sich durch Beihilfen einen Vorteil bei Unternehmensansiedlungen zu verschaffen. Lässt sich jedoch jeder Staat auf ein solches Vorgehen ein, verpuffen die Wirkungen der Beihilfen und sie belasten letztendlich nur den Steuerzahler.¹⁰ Es entsteht ein Wettrennen darum, welcher Staat durch immer höhere Zuwendungen die Unternehmensansiedlungen für sich gewinnen kann. Dies versucht das Beihilfenrecht ebenfalls zu verhindern.

Adressat des Beihilfenrechts sind die einzelnen Mitgliedsstaaten. Die zentrale Durchsetzung des Beihilfenrechts erfolgt gemäß Art. 108 Abs. 1 AEUV durch die Europäische Kommission. Dabei kennt das Beihilfenrecht zwei Formen der Kontrolle. Zum einen sind staatliche Stellen verpflichtet bereits vor Gewährung einer Beihilfe, diese bei der Kommission mittels einer sogenannten Notifizierung anzumelden. Solange die Kommission die Beihilfe nicht genehmigt, gilt ein striktes Durchführungsverbot hinsichtlich der geplanten Maßnahme gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV. Zum anderen existiert auch eine nachträgliche Kontrolle einer gewährten Beihilfe. Stellt sich dabei heraus, dass der ge-

⁸ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 1.

⁹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 1.

¹⁰ *von Carnap-Bornheim*, JuS 2013, 215 (216).



währte Vorteil mit dem Beihilfenrecht unvereinbar ist, entsteht eine Rückzahlungspflicht des Begünstigten gem. Art. 16 VO 2015/1589. In der Praxis kann dies schwerwiegende Folgen haben, denn das Unternehmen ist möglicherweise gezwungen einen hohen Geldbetrag, welchen es schon verplant oder eingesetzt hat, wieder herauszugeben. Hinzu kommt, dass das begünstigte Unternehmen die empfangene Beihilfe zuzüglich Zinsen und Zinseszinsen zurückzahlen muss. Dabei hat die Kommission zehn Jahre lang die Befugnis, gegen rechtswidrige Beihilfen vorzugehen, Art. 17 Abs. 1 VO 2015/1589. Nach einem ablehnenden Beschluss der Kommission müssen rechtswidrige Beihilfen dann in einem weiteren Schritt von den nationalen Behörden von den Unternehmen zurückverlangt werden.¹¹ Dem Unternehmen blüht aber nicht nur die Rückforderung der staatlichen Begünstigung. Darüber hinaus könnten auch Wettbewerber Schadensersatz vom Begünstigten verlangen.

c. Voraussetzungen der Beihilfenkontrolle

Das Beihilfenverbot findet sich in Art. 107 AEUV wieder. Zu beachten ist dabei, dass private und öffentliche Unternehmen nach Art. 106 Abs. 1 AEUV gleichbehandelt werden müssen, sodass sowohl Subventionen an private Unternehmen als auch Begünstigungen öffentlich-rechtlicher Unternehmen unter das Beihilfenverbot fallen, sofern die Voraussetzungen des Art. 107 AEUV erfüllt sind.

Damit stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Beihilfe verboten ist. Art. 107 Abs. 1 AEUV sieht vor, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Im Folgenden sollen die Merkmale im Einzelnen erläutert werden.

Empfänger und Begünstigter einer Beihilfe muss ein Unternehmen sein. Privatpersonen scheiden damit aus. Ansonsten fällt unter den Unternehmensbegriff jede Einheit, die

¹¹ von Carnap-Bornheim, JuS 2013, 215 (216). Im deutschen Verwaltungsrecht stellt § 48 VwVfG die zentrale Rechtsgrundlage der Behörden dar.



eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Eine Tätigkeit ist dann wirtschaftlich, wenn sie darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten.¹² Eine besondere Nachhaltigkeit der Tätigkeit oder Gewinnerzielungsabsicht sind dafür nicht erforderlich. Ebenso werden freie Berufe erfasst wie auch gemeinnützige Unternehmen. Ausgenommen sind lediglich rein soziale Einrichtungen ohne Marktbezug wie z.B. Gesundheitsämter oder dem Solidaritätsprinzip verpflichtete Versicherungsträger.¹³ Auch Betreiber von Infrastrukturen werden nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als Unternehmen angesehen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.¹⁴ An einer wirtschaftlichen Tätigkeit mangelt es schließlich bei Tätigkeiten, die die Ausübung staatlicher Vorrechte beinhalten, wie beispielsweise die maritime Verkehrskontrolle und Sicherheit. Insbesondere muss beachtet werden, dass Art. 107 Abs. 1 gleichermaßen private und öffentliche Unternehmen betrifft.

Im kommunalen Bereich ist eine Reihe von wirtschaftlichen Betätigungen denkbar, die danach potentiell in den Anwendungsbereich der Beihilfenkontrolle fallen. Die Beispiele aus der Entscheidungspraxis der EU-Kommission sind vielfältig und umfassen etwa den Betrieb von kommunalen Krankenhäusern,¹⁵ die Einrichtung des Öffentlichen Personennahverkehrs,¹⁶ den Betrieb von kommunalen Energie- und Fernwärmenetzen¹⁷ oder die Abfallentsorgung.¹⁸ Auch die gemeindliche Errichtung von Museen, Sport- und Multifunktionsarenen¹⁹ oder sogar Schwimmbädern²⁰ wurde von der EU-Kommission bereits untersucht.

Weiterhin kann von einer Beihilfe nur ausgegangen werden, wenn nicht alle Unternehmen einer Branche staatliche Vorteile erlangen. Denn in diesem Falle hätten alle Unternehmen gleiche Voraussetzungen im Wettbewerb. Vielmehr verlangt Art. 107 Abs. 1 AEUV, dass nur bestimmte Unternehmen begünstigt werden. Es muss eine sogenannte

¹² EuGH, Urt. v. 18.06.1998, Az. C-35/96, Rn. 37 – Zollspediteure; von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 107 AEUV Rn. 31.

¹³ Anderes gilt bei Versicherungen, die nach dem Kapitaldeckungsprinzip arbeiten.

¹⁴ Gayger, Infrastrukturförderung zwischen EU-Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik, S. 128 ff., 141.

¹⁵ Kommission, Ent. v. 28.10.2009, Az. NN 54/2009 (ex– CP 244/2005) – IRIS Hospitals Brussels-Capital.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Az. C-280/00 – Altmark Trans.

¹⁷ Kommission, Ent. v. 10.09.2012, Az. SA.34642 2012/N – Greece District Heating Kozani; Kommission, Ent. v. 17.12.2010, Az. N 629/2009 – Electricity and Natural Gas Networks Romania.

¹⁸ Kommission, Ent. v. 17.01.2009, Az. N 390/2009 – Abfallentsorgung Lettland.

¹⁹ Kommission, Ent. v. 02.05.2013, Az. SA.33618 – Uppsala Arena.

²⁰ Kommission, Ent. v. 23.7.2014, Az. SA.33045 – Kristallbäder AG.



Selektivität der Begünstigung bestehen in Abgrenzung zu allgemeinen wirtschaftlichen Maßnahmen, die den Mitgliedsstaaten vorbehalten sind. Die Beurteilung, ob eine Maßnahme bestimmte oder alle Unternehmen begünstigt, ist in der Praxis häufig nur schwer ermittelbar. Jedenfalls muss der Kreis der begünstigten Unternehmen aufgrund gemeinsamer Eigenschaften wie z.B. der Größe des Unternehmens begrenzt sein. Die Begünstigung kann auch, muss sich aber nicht auf ein einzelnes Unternehmen beziehen.²¹

Darüber hinaus muss die Begünstigung des Unternehmens aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Die Vorschrift unterscheidet nicht danach, ob die Beihilfe unmittelbar vom Staat oder von öffentlichen oder privaten Einrichtungen, die vom Staat dafür eingerichtet oder bestimmt wurden, gewährt wird.²² Auch die Form der Gewährung ist nicht entscheidend. Aus diesem Grunde unterfallen nicht nur klassische finanzielle Subventionen der öffentlichen Hand der Beihilfenkontrolle. Vielmehr können auch andere Formen der Begünstigung von Unternehmen beihilfenrelevant sein. So kann die kommunale Gewährung von Bürgschaften ebenso darunter fallen wie die Stellung zinsgünstiger Kredite. Schließlich können sogar privatrechtliche Verträge – z.B. Pacht- oder Kaufverträge – Beihilfenelemente enthalten, wenn eine Kommune sie zu günstigeren Konditionen abschließt als dies typischerweise vergleichbar auf dem freien Markt erfolgen würde.²³

Sofern die genannten Voraussetzungen vorliegen, muss im Grundsatz noch eine (drohende) Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden. In der Praxis bestehen jedoch keine hohen Anforderungen an den Nachweis, sodass eine (drohende) Wettbewerbsbeschränkung in der Regel aufgrund der anderen Voraussetzungen impliziert wird. Gleiches gilt für das Erfordernis einer Handelsbeeinträchtigung, woran die Kommission ebenfalls keine hohen Anforderungen stellt. Es genügt typischerweise, dass eine Auswirkung der staatlichen Maßnahme auf den überstaatlichen Handel oder die Tätigkeit grenzüberschreitender Investitionen nicht ausgeschlossen werden kann. Allerdings hat die Kommission hier im Bereich kommunaler Betätigungen in jüngster Zeit in einigen

²¹ von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 107 AEUV Rn. 44.

²² von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 107 AEUV Rn. 31.

²³ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, Rs. C-505/14 – Klausner Holz; EuGH, Urt. v. 14.02.1990, Az. C-301/87 – Frankreich/Kommission; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18.12.2017, Az. OVG 6 B 3.17. Für weitere Beispiele: Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 40 f.



exemplarischen Entscheidungen Grenzen gezogen, um ein Ausufernd der Beihilfenkontrolle bei kleineren kommunalen Vorhaben einzuschränken.²⁴

II. Die deutschen Kommunen als Unternehmer

a. Gründe für wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen - Prinzip der Daseinsvorsorge

Wie bereits eingangs erwähnt sieht das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 GG vor, dass den Gemeinden das Recht gewährleistet werden muss, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Diese Vorgabe des Grundgesetzes versteht man auch als Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.²⁵

Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, weil sie speziell dort der Befriedigung und dem Nutzen der Gemeindeeinwohner dienen.²⁶ Sie betreffen das lokale Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde.

Überwiegend handelt es sich dabei um Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge.²⁷ Ursprünglich beruht die Daseinsvorsorge auf dem Gedanken, die Gemeinde habe den Einwohnern der Kommune die wesentlichen und wichtigen Lebensgrundlagen bereit zu stellen.²⁸ Allerdings ist der Begriff der Daseinsvorsorge stetig gewachsen und geht heute weit über die bloßen Lebensgrundlagen hinaus.²⁹ Nur um einige der vielen Beispiele zu nennen, fallen unter die Aufgaben der Gemeinden das Bauwesen, der Betrieb und Ausbau örtlicher Infrastrukturen, die kommunale Wasser- und Energieversorgung, die Abfallbeseitigung und Straßenreinigung sowie das Sparkassen- und das Krankenhauswesens.

²⁴ S. hierzu Abschnitt IV. b. iv.

²⁵ Dazu *Voßkuhle/Kaufhold*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: JuS 2017, 728.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988, Az. 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83.

²⁷ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.

²⁸ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.

²⁹ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.



In den 1990er Jahren hatten das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Liberalisierung des EU-Binnenmarktes beschlossen mit dem Ziel mehr Wettbewerb dadurch zu schaffen.³⁰ Aus Sorge vor dem Wettbewerb mit nationalen und internationalen Konzernen haben sich daraufhin viele Kommunen von den Strom- und Gasnetzen getrennt.³¹ Es begann damit übergreifend eine Welle von Privatisierungen im Bereich früherer kommunaler Aktivitäten, die bis zu Beginn der internationalen Finanzkrise 2008 vielerorts fortgesetzt wurde.

b. Rekommunalisierung als politischer Trend

Nach zwei Jahrzehnten der Privatisierung, ist heute jedoch ein gegenläufiger Trend zur sogenannten Rekommunalisierung zu vernehmen.³² Wie der Begriff bereits selbst verrät, versteht man unter der Rekommunalisierung das Zurückholen von früher privatisierten Aufgaben oder Einrichtungen in die Hand der Kommune. Die einst vollzogene Privatisierung soll rückgängig gemacht werden, indem die Kommune beispielsweise erneut eigene Unternehmen gründet oder ihre Anteile in privaten Unternehmen zurückkauft bzw. aufstockt.

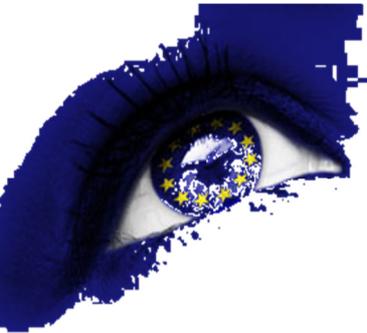
Während die Privatisierung der Daseinsvorsorge mehr Wettbewerb auf den Binnenmarkt bringen sollte, werden nunmehr etliche Gründe für die Rekommunalisierung angeführt.³³ Darunter fällt unter anderem der Wunsch die Qualität bestimmter Leistungen wieder unter die Aufsicht der Kommune zu stellen. In diesem Zusammenhang muss berücksichtigt werden, dass eine Privatisierung aus Sicht des Verbrauchers nicht stets erfolgreich verlaufen ist. Der Private Investor hat in der Regel nur dann ein Interesse in einen Markt zu investieren, wenn er mit seinem Unternehmen Gewinne verzeichnen kann. Dies kann sich auf einem Markt, wo nur wenige Konsumenten zu erwarten sind, als schwer gestalten. Stellt man sich ein Dorf vor mit nur 3000 Einwohnern, so ist es für ein privates Busunternehmen nicht zwingend vorteilhaft eine Strecke dort zu betreiben.

³⁰ Ausführlich hierzu: *Gayger*, Infrastrukturförderung, S. 128 ff.

³¹ *Müller*, Rekommunalisierung, in: VR 2014, 145.

³² *Mundt*, (Re-)Kommunalisierung – Quo Vadis Wettbewerb?, in: EWeRK 2016, 149; *Leisner-Egensperger*, Rekommunalisierung und Grundgesetz, in: NVwZ 2013, 1110.

³³ *Marnich*, Chancen und Risiken der (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung aus Sicht der Gemeinden, in: EnWZ 2015, 62.



Das hat aber zur Folge, dass solche Märkte – oftmals in ländlichen Regionen – durch Private schlechter bedient werden. Sofern ein solcher Markt doch von einem privaten Unternehmen abgedeckt wird, dann wird in der Regel nur ein einziges Unternehmen entsprechenden Gewinn erzielen können, sodass in der Praxis häufig Monopole entstanden sind, die gerade aber einem wettbewerbsorientierten Markt entgegenstehen. Außerdem wird das private Unternehmen regelmäßig auf Subventionen angewiesen sein, um sowohl seine Kosten zu decken als auch noch einen angemessenen Gewinn erzielen zu können. Die öffentliche Hand ist dagegen nicht zwangsläufig an das Ziel der Gewinnerzielung gebunden.

Darüber hinaus mussten die Kommunen trotz der Privatisierung in einigen Bereichen immer noch eigenes Personal und eigene Sachkompetenz zur Regulierung und Überwachung der von den Privaten übernommenen Tätigkeiten zur Verfügung stellen. Neben den genannten Aspekten der Qualitätssicherung kann die Rekommunalisierung sich daher sogar kostensenkend auswirken.

Schließlich ist ein Grund für den Rekommunalisierungstrend die Möglichkeit für die Gemeinden wirtschaftliche Gewinne zu erzielen. Im Zuge der Privatisierung hatten sie die Gelegenheit von privaten Unternehmen zu lernen und sehen jetzt ihre Chance auf gewinnbringende Märkte vorzudringen. Bereiche, in denen der Trend zur Rekommunalisierung besonders hervorsticht, sind der Sektor der Abfallwirtschaft sowie der Energiesektor. So haben sich in den vergangenen Jahren bei den turnusmäßigen Vergaben von Konzessionen für den Betrieb von örtlichen Strom- und Gasnetzen vielerorts kommunale Unternehmen beteiligt.³⁴

Aus beihilfenrechtlicher Sicht ist bei der Rekommunalisierung zu beachten, dass auch das (wieder) kommunale Unternehmen wie ein privates Unternehmen behandelt wird. Es besteht nach dem europäischen Beihilfenrecht kein Unterschied auf der Ebene der rechtlichen Bewertung.

³⁴ Siehe dazu z.B. OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12.



III. Beihilfenrechtliche Grenzen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit

a. Die Kompetenzfrage - liegt die Letztentscheidung bei den Kommunen vor Ort oder in Brüssel?

Lange Zeit fand die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen keine schwerpunktmäßige Beachtung in der beihilfenrechtlichen Praxis. Diese Haltung hat die Europäische Kommission allerdings seit den späten 1990er Jahren im Zuge der zunehmenden Liberalisierungen in der Versorgungswirtschaft schrittweise aufgegeben. Eine der zentralen Entscheidungen war in der Folgezeit das Urteil des EuGH in der Sache *Flughafen Leipzig/Halle*,³⁵ in der erstmals ausdrücklich bestätigt wurde, dass die staatliche Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen der Beihilfenkontrolle unterfallen kann. Daraus folgte, dass auch eine Vielzahl kommunaler Maßnahmen im Folgenden uneingeschränkt in den Anwendungsbereich der Beihilfenkontrolle fiel.³⁶

Die Umsetzung eines kommunalen Projektes – in unterschiedlichsten Bereichen, wie etwa bei der Errichtung eines neuen Sportstadions oder aber der Rekommunalisierung eines Energienetzes - kann mit der beihilfenrechtlichen Genehmigung der Kommission stehen und fallen. Sofern die Kommission keine beihilfenrechtliche Freigabe für eine vorgesehene Finanzierung des Projekts erteilt, muss das Projekt trotz oftmals mehrjähriger Planung gestoppt oder jedenfalls umgestaltet werden. Damit hat letztlich die Europäische Kommission es in der Hand, demokratisch legitimierte und in der Kommune vor Ort getroffene Entscheidungen der Kommunen zu stoppen. Ihre Entscheidung ist daher als Grenze der politischen Möglichkeiten der Kommunen zu verstehen.

³⁵ EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Az. C-288/11 P – Flughafen Leipzig/Halle. Dazu *Giesberts/Kleve*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts auf Finanzierungen von Infrastrukturanlagen. Das Urteil des EuGH i.S. Flughafen Leipzig/Halle vom 19. Dezember 2012, in: ZLW 2013, 62 ff.

³⁶ *Gayger*, Infrastrukturförderung, S. 138 ff.



b. Gestaltungsspielräume der Kommunen im Beihilfenrecht

i. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten

Unabhängig von etwaigen Gestaltungsspielräumen der Kommunen, ist zunächst festzuhalten, dass bestimmte Tätigkeiten der Kommunen bereits aus dem Anwendungsbereich des Beihilfenrechts herausfallen. Sofern die Kommune eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit ausübt, muss sie diese nicht notifizieren und auch keine beihilfenrechtlichen Konsequenzen fürchten. Entsprechend dem oben dargestellten Unternehmensbegriff, der im Europäischen Beihilfenrecht sehr weit gefasst ist und weder die Form der ausgeübten Tätigkeit berücksichtigt noch eine Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt, sind die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten einer Kommune restriktiv aufzufassen. Die Europäische Kommission hat nach einer langen Zeit der Rechtsunsicherheit einige Kategorien in einer Bekanntmachung aus dem Jahre 2016 zusammengefasst.³⁷

Ein Bereich, der nicht unter das Beihilfenrecht fällt, umfasst hoheitliche Tätigkeiten.³⁸ Dabei agiert die staatliche Einrichtung in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt. Sie übt also eine Tätigkeit aus, die Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist oder mit solchen Aufgabe spezifisch verbunden ist.³⁹ Aus Sicht der Kommunen fallen unter diese Kategorie insbesondere Tätigkeiten der Ordnungsbehörden, Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung von Umweltverschmutzung, die Erschließung und Revitalisierung öffentlichen Geländes sowie die Erhebung von Unternehmensdaten für öffentliche Zwecke auf der Grundlage einer Meldepflicht der Unternehmen.⁴⁰

Eine zweite Kategorie bildet die Finanzierung des Bildungswesens. Sofern Kommunen Kindergärten und Schulen sowie auch Berufsausbildungen in eigener Regie aufbauen oder bezuschussen, nehmen sie damit klassische Aufgaben der öffentlichen Gewalt

³⁷ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016/C 262/01.

³⁸ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen, Abl. 2016/C 262/01, Rn. 17 f.

³⁹ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen, Abl. 2016/C 262/01, Rn. 17 f.

⁴⁰ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen, Abl. 2016/C 262/01, Rn. 17 f.



wahr.⁴¹ Bewegt sich die Kommune in diesen beiden Bereichen, spielt das Beihilfenrecht keine Rolle für sie.

ii. Die Kommunen als private Investoren

Eine kommunale wirtschaftliche Betätigung fällt auch dann nicht unter den Beihilfentatbestand, wenn die Kommune sich dabei wie ein vergleichbarer typischer privater Investor in einer vergleichbaren Situation verhält (sog. Private-Investor-Test)⁴². Dahinter steht der Gedanke, dass die Kommunen bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht aufgrund des Beihilfenrechts schlechter gestellt werden sollen als vergleichbare private Unternehmen. Ob das Handeln einer Kommune mit dem eines privaten Investor vergleichbar ist, also ob es marktüblich und marktkonform ist, lässt sich jeweils nur im Einzelfall beurteilen. In der Praxis wird hierzu regelmäßig eine Begutachtung erstellt, in der etwa mittels sog. Benchmarking die Konditionen des geplanten kommunalen Vorhabens mit ähnlichen vergleichbaren Projekten von Privatunternehmen verglichen werden, soweit solche Daten verfügbar sind.⁴³

Bei der Anwendung des Private Investor Tests ist zu beachten, dass das Handeln der Kommune nicht zwangsläufig dem eines gewöhnlichen Investors entsprechen muss, der Kapital zum Zweck seiner mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung anlegt. Vielmehr kann die kommunale Wirtschaftsbetätigung mit einer privaten Holding oder einer privaten Unternehmensgruppe verglichen werden, die eine globale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt.⁴⁴

Keine Berücksichtigung im Rahmen des Private Investor Tests finden auf der anderen Seite rein wirtschaftspolitische Ziele einer Kommune, wie etwa die Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen oder die Einnahme von Steuern. Derartige rein wirtschafts-

⁴¹ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen, Abl. 2016/C 262/01, Rn. 28, 29.

⁴² EuGH, Urt. v. 21.01.1999, Az. T-129/95, T-2/96 und T-97/96, Rn. 105 – Neue Maxhütte. Ausführlich *Gayger*, Infrastrukturförderung, S. 205 ff.

⁴³ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen, Abl. 2016/C 262/01, Rn. 97 ff.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 25.04.2002, Az. C-323/00 P, Rn. 42 – DSG Dradenauer Stahlgesellschaft; EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Az. C-329/93, C-62/95 u. C-63/95, Rn. 36 – Bremer Vulkan; EuGH, Urt. v. 21.03.1991, Az. C-303/88, Rn. 21f. – Italien/Kommission.



politische Überlegungen würde nämlich ein vergleichbarer privater Investor nicht in seine Betrachtung einbeziehen.⁴⁵

Außerdem muss auch bei dieser langfristigen Betrachtung eine Rentabilisierung des kommunalen Projekts überhaupt erreichbar bleiben, denn auch ein langfristig orientierter privater Investor zielt schlussendlich auf die Erzielung positiver Erträge ab. In der Praxis wird insoweit eine darstellbare Rentabilisierung in einem Zeitraum von höchstens 20 – 30 Jahren nach zur Einhaltung der Anforderungen des Private Investor Tests vorausgesetzt.⁴⁶ Für die Kommune bedeutet dies in der Praxis, dass auch sie die Möglichkeit hat Gelder sinnvoll anzulegen, solange sie dabei primär den wirtschaftlichen Nutzen eines Projektes verfolgt. Aus Sicht des Bürgers ist dies eine sinnvolle Einschränkung bei der Verwendung kommunaler Gelder.

iii. Daseinsvorsorge / Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Ferner bestehen im Rahmen der Daseinsvorsorge zwei wesentliche Ausnahmen, die die Anwendung des Beihilfenrechts entfallen lassen. Zum einen sieht das Gesetz in Art. 106 Abs. 2 AEUV vor, dass die Regeln des Beihilfenrechts ausnahmsweise dann nicht anwendbar sein sollen, soweit Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, dadurch die ihnen übertragenen besonderen Aufgaben nicht mehr erfüllen könnten.

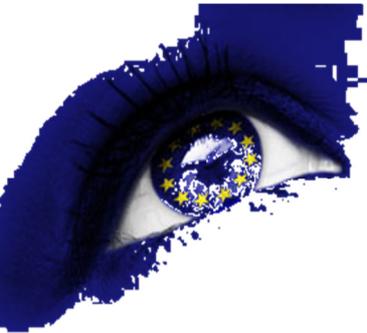
Es stellt sich also zunächst die Frage, was unter einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen ist. Die Europäische Kommission fasst darunter solche Tätigkeiten, die erstens dem Allgemeinwohl dienen und zweitens ohne staatliche Eingriffe in den Markt überhaupt nicht oder nicht in derselben Form durchgeführt werden würden.⁴⁷ Mit dem letzteren Zusatz bezieht sich die Kommission auf die Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit der Leistung sowie ihrem Zugang.⁴⁸

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 14.09.1994, Az. C-280/92, Rn. 22 – Hytasa; EuGH, Urt. v. 10.07.1986, Az. 234/84, Rn. 14 – Meura.

⁴⁶ Kommission, Ent. v. 15.12.2009, Az. N 385/2009, ABl. 2010 C62/7, Rn. 62ff. – Ventspils Port.

⁴⁷ Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 106 AEUV Rn. 37 ff.

⁴⁸ Bartosch, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 106 AEUV Rn. 8 ff.



Bei der Frage, ob eine dem Allgemeinwohl dienende Tätigkeit vorliegt, genießen die Mitgliedstaaten ein weites Ermessen, welches von der Kommission lediglich auf das Vorliegen offenkundiger Fehler überprüft werden darf.⁴⁹ Zwar würde dieser Umstand in der Regel den Anwendungsbereich der Norm des Art. 106 Abs. 2 AEUV erweitern, doch den Mitgliedsstaaten obliegt die Nachweispflicht. Zudem legt die Kommission einen strengen Maßstab bei der Prüfung offenkundiger Fehler an.⁵⁰ Aus diesem Grunde wurden Ausnahmen auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV nur in wenigen Fällen angenommen. Um ein Beispiel zu nennen wurde die staatliche Subvention eines privaten Betriebs von Postnetzen für zulässig erachtet,⁵¹ da ansonsten kein Betreiber diese Aufgabe verrichtet hätte oder jedenfalls die Postnetze nicht flächendeckend betrieben hätte. Aus Sicht der Kommunen ist eine weitere Entscheidung erwähnenswert. Und zwar hat die Kommission die Bezuschussung öffentlicher Krankenhäuser ausnahmsweise als zulässig erachtet.⁵² Eine zweite Ausnahme hat sich aus der berühmten "Altmark Trans" Rechtsprechung des EuGH gebildet.⁵³ Nach dieser Rechtsprechung müssen vier Voraussetzungen kumulativ vorliegen, um den Begünstigungscharakter auszuschließen und so das Beihilfenrecht auszuschließen.⁵⁴ Erstens muss das begünstigte Unternehmen seitens des Mitgliedstaats tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein. In Hinblick auf die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ist die Rechtsprechung deckungsgleich mit der zuvor dargestellten Voraussetzung der im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse stehenden Tätigkeit aus Art. 106 Abs. 2 AEUV.⁵⁵

Als zweite Voraussetzung müssen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, objektiv und transparent aufgestellt werden. Dies muss vor der Realisierung des Projekts und insbesondere vor Leistung der Begünstigung geschehen. In der Praxis muss die Kommune hierfür genau darlegen, wie die Begünstigung gestaltet sein wird und auf welchen Berechnungen sie beruht.

⁴⁹ *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 106 AEUV Rn. 8 ff.

⁵⁰ *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 106 AEUV Rn. 8 ff.

⁵¹ Kommission, Ent. v. 28.03.2009, Az. SA.33054. – Post Office Limited.

⁵² Kommission, Ent. v. 28.10.2009, Az. NN 54/2009– IRIS Hospitals Brussels-Capital.

⁵³ EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Az. C-280/00 – Altmark Trans.

⁵⁴ *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 17.

⁵⁵ *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Rn. 8 ff.



Dabei darf drittens der geleistete finanzielle Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken (sog. "Nettomehrkosten-Prinzip"). Im Rahmen dieser Beschränkung sind sowohl die durch die Tätigkeit erzielten Einnahmen als auch ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen.

Viertens ist die Höhe des Ausgleichs – sofern die Auswahl des Unternehmens nicht im Rahmen einer Ausschreibung erfolgt – auf Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, welches so ausgestattet ist, dass es den an die Dienstleistung gestellten Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung hätte (sog. Effizienzkriterium/Benchmarking). Die Altmark Trans Rechtsprechung ist noch wesentlich enger gefasst als die erste Ausnahmekonstellation. Entsprechend sind Fälle zur Altmark Trans-Rechtsprechung bis jetzt selten.⁵⁶ Aus Sicht der Kommune können und sollten diese Ausnahmetatbestände in Erwägung gezogen werden, doch kann die Kommune sich aufgrund der engen Voraussetzungen der Ausnahmen häufig nicht auf ihre Anwendbarkeit verlassen.

iv. Lokale Infrastrukturen - Ausnahmen für kleine Projekte (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung)

Für die kommunale Tätigkeit sind vielmehr zwei andere Ausnahmekategorien wesentlich wichtiger, da sie die Anwendung des Beihilfenrechts entfallen lassen. Diese finden sich in der die Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)⁵⁷ sowie in den sogenannten "7 Zwerge Entscheidungen" der Europäischen Kommission. In beiden Fällen handelt es sich um eine Privilegierung von lokalen Projekten, die geboten ist, da von geographisch beschränkten Vorhaben nur eine geringe Gefahr ausgeht den Handel zwischen den Mitgliedstaaten wesentlich zu beeinträchtigen.

Aus den "7 Zwerge Entscheidungen", die die Kommission im Jahre 2015 erlassen hat, kann exemplarisch die Entscheidung zum *Medizinischen Versorgungszentrum Durmers-*

⁵⁶ Ein Beispiel ist etwa Kommission, Ent. v. 03.05.2005, Az. N382/2004 – Breitband Dorsal Frankreich.

⁵⁷ VO (EU) Nr. 651/2014.



heim hervorgehoben werden.⁵⁸ Die Gemeinde stellte dem Zentrum ein Gebäude zu einem unter dem Marktpreis liegenden Mietzins zur Verfügung, ohne die Begünstigung zuvor angemeldet zu haben. Dennoch war das Beihilfenverbot in diesem Fall nicht einschlägig, da nach Ansicht der Kommission das Zentrum nur einem Wettbewerb auf lokaler Ebene ausgesetzt war. Wettbewerber aus anderen Mitgliedsstaaten wären ohnehin nicht auf einen derart kleinen Markt vorgedrungen. Ähnlich wurde auch in einem anderen "Zwergenfall" argumentiert, in dem die Stadt Kiel für Startups aus einem Kieler Stadtteil kostenlose Informationsdienste anbot.⁵⁹ Für die Ausnahme der Kommission lassen sich daher zwei wesentliche Punkte ausmachen. Der Beihilfeempfänger darf seine Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbieten, sodass er damit wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anziehen wird. Zweitens darf die Maßnahme keine oder nur geringfügige vorhersehbare Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen in dem Sektor bzw. auf die Gründung von Unternehmen im EU-Binnenmarkt haben.

Die AGVO stellt dagegen eine gesetzliche Gruppenfreistellungsverordnung aus dem Jahre 2014 dar und betrifft Beihilfen bis zu einer gewissen Höhe. Für regionale Stadtentwicklungsbeihilfen gilt beispielsweise eine Begünstigungshöhe von 20 Mio. EUR, Investitionsbeihilfen für den Umweltschutz sind auf 15 Mio. EUR, Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzprojekte sowie für lokale Infrastrukturen auf 10 Mio. EUR gedeckelt. Diese Schwellen dürfen auch nicht durch eine künstliche Aufspaltung der Beihilferegelungen oder Fördervorhaben umgangen werden.

Aus kommunaler Sicht ist vor allem die Privilegierung lokaler Infrastrukturen hervorzuheben, Art. 56 AGVO. Der Bau oder die Modernisierung lokaler Infrastrukturen, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten, gelten als mit dem Binnenmarkt vereinbar und sind daher von der Anmeldepflicht freigestellt. Lediglich muss die Gemeinde die Infrastruktur Interessenten zu fairen und transparenten Bedingungen zur Verfügung stellen. Gleiches gilt für die Konzessionsvergabe.

⁵⁸ Kommission, Ent. v. 29.04.2015, Az. SA.37904 – Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim.

⁵⁹ Kommission, Ent. v. 29.04.2015, Az. SA.33149 – Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Gaarden“ (Kiel).



Für die Kommunen ist dies eine wichtige Entwicklung im Beihilfenrecht, da Infrastrukturen in Deutschland zu einem großen Teil von den Gemeinden entweder selbst betrieben werden oder zumindest organisiert werden. Deutlich wird auch, dass die Rechtspraxis der Kommission den Kommunen insoweit wieder mehr eigene Handlungsspielräume einräumt.

v. Sektorspezifische Regelungen - Umweltschutz, Regionalförderung

Wenn eine kommunale Maßnahme dem Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfällt, bedeutet dies gleichwohl nicht, dass das Vorhaben aus beihilfenrechtlichen Gründen nicht realisiert werden kann. Vielmehr prüft die Kommission dann zunächst, ob eine Rechtfertigung der Beihilfe insbesondere nach dem Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV in Betracht kommt. So sind etwa Beihilfen Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind nach Art. 107 Abs. 2 AEUV zulässig. Nach Art. 107 Abs. 3 AEUV können beispielsweise Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, gerechtfertigt sein oder Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Die Kommission hat die insoweit wenig anschaulichen Vorgaben des Art. 107 Abs. 3 AEUV in einer Reihe sektorspezifischer Leitlinien näher konkretisiert. Für die kommunale Wirtschaftspraxis haben insoweit insbesondere die Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen,⁶⁰ die Leitlinien für Breitband-Infrastrukturen⁶¹ und vor allem die Leitlinien für die Regionalförderung⁶² von Bedeutung. Diese Leitlinien umfassen jeweils umfangreiche Vorgaben für die Freistellung von Beihilfen in den spezifischen Sektoren. In

⁶⁰ ABI. EU 2014/C 200/01.

⁶¹ ABI. EU 2013/C 25/01.

⁶² Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABI. EU 2013/C 209/01.



der Rechtspraxis haben sie sich als verbindliche Vorgaben entwickelt, die die Kommission in ihrer Ermessensentscheidung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV berücksichtigen muss.⁶³

c. **Ausblick - Fokussierung der EU-Kommission auf große Vorhaben?**

Ursprünglich waren Kommunen gar nicht im beihilfenrechtlichen Blickwinkel der Kommission. Dann gerieten einzelne Projekte in den Fokus der Beihilfenkontrolle der Kommission. Unter anderem setzte sich die Kommission im Zuge dieser Entwicklung selbst mit Kleinprojekten wie der Begünstigung eines Freizeitbades auseinander.⁶⁴ Dieser Trend nahm seinen Lauf und die Kommission untersuchte in der Folgezeit eine Vielzahl kleiner und regional beschränkter Projekte. Es drohte die Gefahr der grenzenlosen Ausuferung ohne Rücksicht auf den ursprünglichen Schutzzweck, den das Beihilfenrecht verfolgt. Denn nicht jede staatliche Subvention ist geeignet den freien Wettbewerb auf dem Markt zu beeinträchtigen. Praktisch hatte dies zur Folge, dass die Kommission mit ihrer Arbeit aufgrund der Vielzahl von Fällen überfordert war und sich nicht mehr ausreichend auf die wesentlichen Fälle konzentrieren konnte, obwohl diese weitaus größere Risiken für den Binnenmarkt beinhalteten. Ebenso wurden auch die Kommunen politisch gelähmt, da sie bei jedem noch so kleinen Projekt der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht nachkommen mussten.

Um den "Kosten-Nutzen Faktor" des Beihilfenrechts zu sichern, wurden daher die beihilfenrechtlichen Leitlinien überarbeitet, eine Freistellungsverordnung verabschiedet (siehe oben: die AGVO) und die Rechtspraxis wieder zu Gunsten der Kommunen gelockert (vgl. "Zwergenentscheidungen"). Daraus lässt sich schließen, dass die Kommission derzeit versucht, ihre beihilfenrechtliche Arbeit wieder stärker zu fokussieren. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Freifahrtschein für die Kommunen besteht. Denn stets besteht weiter vor allem die Möglichkeit, dass ein Wettbewerber aus der privaten Wirtschaft sich über das wirtschaftliche Handeln einer Kommune bei der Kommission beschwert, wenn er dadurch in seinem Geschäft eingeschränkt wird. Die Kommission kann dann ein Überprüfungsverfahren einleiten. Den Kommunen kann daher nur empfohlen werden

⁶³ Kühling, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 108 ff.

⁶⁴ Kommission, Ent. v. 29.01.2001, Az. SG(2001) D/ 285046 – Freizeitbad Dorsten.



ihre Projekte beihilfenrechtlich abzusichern. Die Folgen einer rechtswidrigen Beihilfe sind gravierend und rechtfertigen den Mehraufwand bei der Planung der Projekte.

IV. Fazit

Das Beihilfenrecht beschränkt tatsächlich die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit der Kommunen. Trotz politischem Willen bestimmte Projekte kommunal zu fördern oder gar selbst von der Kommune durchführen zu lassen, liegt die letzte Entscheidung bei der Europäischen Kommission, sofern eine selektive Begünstigung vorliegt. Dabei geht der Begriff der Begünstigung weit über eine finanzielle Subvention hinaus. Schon ein vergünstigter Mietvertrag kann eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung darstellen. Allerdings ist die jüngste Entwicklung der Rechtspraxis aus Sicht der Kommunen durchaus positiv. Kleine lokale Projekte, die ohnehin keinen großen Einfluss auf den Wettbewerb haben, wurden aus dem Anwendungsbereich des Beihilfenrechts herausgenommen. Auch bestehen sektorspezifische Ausnahmen, die es den Kommunen weiterhin ermöglichen beispielsweise regionale Förderung zu betreiben. Ferner ist es der Kommune nicht verwehrt ihre Gelder wie ein privater Investor wirtschaftlich sinnvoll anzulegen. In der Gesamtschau sind die beihilfenrechtlichen Einschränkungen daher vielmehr als sinnvolle und notwendige Beschränkung der kommunalen Tätigkeit im Sinne der Interessen der Bürger zu verstehen.