

BRX Update: Beihilferecht

August 2019

Liebe Leser,
mit unserem „BRX Update: Beihilferecht“ möchten wir Sie über aktuelle Entwicklungen und grundsätzliche Fragestellungen des Beihilferecht informieren.

Die Bekämpfung weißer Flecken – Mobilfunkausbau **Seite 2**

Bekanntmachung zur Rückforderung staatlicher Beihilfen **Seite 5**

Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur **Seite 8**



Die Bekämpfung weißer Flecken – Mobilfunkausbau

Wer in Deutschland außerhalb der Stadt telefonieren möchte, dem ist das aufgrund der zahlreichen „weißen Flecken“ in der Mobilfunkinfrastruktur teilweise nicht möglich. In den meisten Gebieten Deutschlands ist eine flächendeckende Infrastruktur nicht gewährleistet. Ein Ausbau ist in den nächsten drei Jahren durch die Telekommunikationsunternehmen (TKU) auch nicht absehbar. Viele Gemeinden und Landkreise möchten deswegen diese „weißen Flecken“ eigenständig schließen.



Christine Grau, LL.M.
Rechtsanwältin
+49 69 975 61-413
c.grau@heuking.de

Die Verfügbarkeit der Frequenzblöcke des 5G-Netz soll erst ab 2021 gegeben sein, sodass auch erst ab diesem Zeitpunkt ein Ausbau möglich ist. Bis der Ausbau beendet ist, kann es also noch einige Zeit dauern. Somit erscheint es sinnvoll, zunächst ein flächendeckendes 3G oder 4G Netz zu gewährleisten, da der flächendeckende 5G Ausbau wohl noch auf sich warten lässt.

Dabei kommen vor allem zwei Modelle in Betracht. Zum einen kann die Gemeinde oder der Landkreis die notwendige Infrastruktur selbst bauen und dann an TKU vermieten. Hierbei muss der Landkreis oder die Gemeinde die Kosten des Ausbaus tragen und sich um die Instandhaltung kümmern, bekommt aber die jeweiligen Mieteinnahmen. Zum anderen kann die Gemeinde oder der Landkreis TKU subventionieren, damit diese den Ausbau betreiben. Dabei ist der Landkreis oder die Gemeinde dann zwar nicht der Eigentümer der Infrastruktur und hat keine Mieteinnahmen, trägt aber auch nicht die Kosten der Infrastruktur.

Hierbei ist zu beachten, dass die Förderung des Mobilfunkausbaus keine unzulässige Beihilfe nach Art. 107 AEUV sein darf. Durch beide Modelle würden Unternehmen Subventionen gewährt, für die es eine rechtliche Grundlage geben müsste. Die Möglichkeiten hierfür sind jedoch eingeschränkt.

Mögliche Modelle für den Ausbau des Mobilfunknetzes der Gemeinden und Landkreise

Aufgrund der bereits ausgekehrten Beihilfen an die einschlägigen Telekommunikationsanbieter, ist nicht damit zu rechnen, dass eine Beihilfe im Rahmen der De-minimis Verordnung erfolgen kann. Ein notifiziertes Bundesförderprogramm für den Mobilfunk ist nicht in Sicht.

Zurzeit bleibt die Möglichkeit, die weißen Flecken durch eine Förderung entsprechend der NGA-Rahmenregelungen zu beseitigen. Ein Ausbau ist aber nur da möglich, wo es noch weiße Flecken gibt. Weiße Flecken sind Gebiete, in denen keine Breitbandinfrastruktur vorhanden ist und voraussichtlich auch in naher Zukunft nicht aufgebaut wird. Somit ist eine Förderung ausgeschlossen, wenn in dem jeweiligen Gebiet bereits eine Infrastruktur besteht. Daher ist die NGA-Rahmenrichtlinie meistens nicht geeignet, um die Mobilfunklücken zu schließen.

Bis dato ist Bayern das einzige Bundesland, in dem es ein Förderprogramm gibt, mit dem die „weißen Flecken“ abgeschafft werden sollen. Das Bayerische Mobilfunk-Förderprogramm sieht eine Förderung des Mobilfunkausbaus vor. Bei diesem können Mobilfunklücken durch LTE- oder 5G-Technik in Regionen geschlossen werden, die nicht eigenwirtschaftlich ausgebaut werden. Das Förderprogramm wurde zum 1. Dezember 2018 gestartet und war zuvor im Rahmen einer Einzelfallnotifizierung von der EU-Kommission genehmigt worden.

Im Bundesland Hessen wurde im September 2018 bekannt gegeben, dass ein Förderprogramm für den Mobilfunkausbau geplant ist. Mit 50 Millionen Euro soll der Bau von Infrastruktur durch die Kommunen gefördert werden. Durch die Förderung sollen bis zu 300 neue Mobilfunkstandorte errichtet werden.

Dieser geförderte Ausbau ist aber nur möglich, wenn in dem jeweiligen Bundesland ein entsprechendes Förderprogramm gegeben ist. Was machen dann die Kommunen, in deren Bundesland keine Förderung auf Landesebene vorgesehen ist?

Ausbau in den übrigen Bundesländern nur durch die Leitlinie der NGA-Rahmenregelung

Förderprogramm in Bayern

Förderung des Mobilfunknetzes in Hessen geplant

Eine Möglichkeit außerhalb der NGA-Richtlinie eine Förderung zu erreichen, ist – ähnlich wie in Bayern oder Hessen – eine Förderung im Rahmen einer Einzelfallnotifizierung von der EU-Kommission genehmigen zu lassen. Dabei können die Kommunen „ihre“ Förderrichtlinie genehmigen lassen. Diesen Notifizierungsprozess können wir rechtlich unterstützen.

Mobilfunkausbau kann aufgrund von Einzelfallnotifizierungen der EU-Kommission gefördert und genehmigt werden



Bekanntmachung zur Rückforderung staatlicher Beihilfen

Stellt die EU-Kommission im Rahmen eines Hauptprüfungsverfahrens fest, dass eine rechtswidrige Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, ist sie nach Art. 16 der VerfahrensVO 2015/1589 verpflichtet, die Rückforderung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat als Folge der Rechtswidrigkeit anzuordnen. Am 23. Juli 2019 hat die Kommission nun die aktualisierte Rückforderungsbekanntmachung (2019/C 247/01) veröffentlicht.

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) hindert die Mitgliedstaaten daran, Unternehmen finanzielle Vorteile zu gewähren und dadurch den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verfälschen. Beihilfen sind – sofern sie nicht freigestellt sind – bei der EU-Kommission zu notifizieren. Bis zum Beschluss über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt ist den Mitgliedstaaten untersagt, die Beihilfemaßnahme durchzuführen (sog. „Durchführungsverbot“). Ein Verstoß hiergegen führt zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Der Mitgliedstaat muss dann regelmäßig die Durchführung der Beihilfe einstellen oder – falls diese bereits erfolgt ist – die Rückforderung der Beihilfe anordnen.

Zwar sieht der AEUV eine Rückforderung nicht ausdrücklich vor. Diese ist jedoch eine notwendige Ergänzung des Beihilfeverbots nach Art. 107 Abs. 1 AEUV und des Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 AEUV. So urteilte der Gerichtshof bereits 1973 (Rs. 70/72, Kommission/Deutschland).

Durch die Rückforderung soll der Empfänger der Beihilfe jeden dadurch erlangten Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verlieren. Insoweit ist die Rückforderung keine Sanktion, sondern lediglich ein Mittel zur Wiederherstellung des wettbewerbsgemäßen Zustandes auf dem Binnenmarkt.



Michael Vetter, LL.M. (Univ. of Miami)
Rechtsanwalt
T +49 211 600 55-535
m.vetter@heuking.de

Allgemeine Grundsätze

Zweck und Umfang der Rückforderung

Die Rückforderungspflicht findet ihre Grenzen in den allgemeinen Grundsätzen der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und der Rechtskraft. Diese werden durch die Unionsgerichte jedoch eng ausgelegt, sodass sie eine Rückforderung nur selten beschränken können. So begründet z.B. ein früherer Beschluss der EU-Kommission, ihr Schweigen zu einer angemeldeten Beihilfemaßnahme oder das Nichttätigwerden in Bezug auf eine nicht angemeldete Beihilfemaßnahme kein schutzwürdiges Vertrauen des Empfängers, welches die Rückforderung ausschließen würde. Die Vertrauensschutztatbestände des deutschen Verwaltungsrechts treten dabei ggf. aufgrund des europarechtlichen Effektivitätsgebotes zurück.

Kommt die EU-Kommission zum Schluss, dass die gewährte Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, erlässt sie einen Rückforderungsbeschluss, in dem sie den betroffenen Mitgliedstaat verpflichtet, die Beihilfe aufzuheben und innerhalb einer Frist zurückzufordern.

Zunächst wird der Rückzahlungsschuldner ermittelt. Als solcher kommt nicht nur der konkrete Beihilfeempfänger in Betracht, sondern die ganze Unternehmensgruppe ist als ein einziges Unternehmen zu behandeln (als wirtschaftliche Einheit). Entscheidend ist somit, wer der Beihilfegünstigte ist. Bei einem Asset Deal prüft die Kommission, ob die wirtschaftliche Kontinuität durch das die Assets erwerbenden Unternehmens gegeben ist. Ggf. erlegt die Kommission im Fall von Fusionen oder Umstrukturierungen dem Mitgliedstaat die Aufgabe auf, den Rechtsnachfolger des Beihilfeempfängers zu bestimmen. Bei steuerlichen Maßnahmen hilft es einem Unternehmen nicht, dass es eine Beihilfe ordnungsgemäß angegeben hat oder ein Steuerbescheid rechtskräftig geworden ist, sondern entscheidend für die Rückforderung ist, ob ein steuerlicher Vorteil vorliegt, der gegen das Beihilferecht verstößt. Bei der Quantifizierung der Rückforderung kann rückwirkend die de-minimis-Regel angewendet werden.

Kann der Empfänger die Beihilfe nicht zurückzahlen, muss er im Wege eines Insolvenzverfahrens ohne rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolger aus dem Binnenmarkt ausscheiden. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens kann die durch die

Grenzen der Rückforderungspflicht

Umsetzung eines Rückforderungsbeschlusses

Beihilfe verursachte Wettbewerbsverfälschung wieder beseitigt werden.

Wurde das Rückforderungsverfahren vorläufig eingestellt oder endgültig abgeschlossen, kann die Kommission das Verfahren dennoch wieder aufgreifen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die entscheidenden Umstände des Falles nachträglich verändert haben.

Der Empfänger der Beihilfe kann gegen nationale Maßnahmen zur Umsetzung eines Rückforderungsbeschlusses gerichtlich vorgehen (wie u.U. auch gegen den Beschluss der Kommission selbst). Um die Gefahr einer Verzögerung der Umsetzung zu minimieren, dürfen nationale Gerichte jedoch vorläufigen Rechtsschutz nur unter den engen Voraussetzungen gewähren, die der Gerichtshof in den Rechtssachen Zuckerfabrik und Atlanta festgelegt hat:

- erhebliche Zweifel an der Gültigkeit des Rückforderungsbeschlusses,
- Dringlichkeit der Entscheidung zur Vermeidung von schweren, nicht wiedergutzumachenden Schäden für den Antragsteller,
- angemessene Berücksichtigung der Interessen der Union durch das nationale Gericht und
- Beachtung der vergleichbaren Entscheidungen der Unionsgerichte, bei denen vorläufiger Rechtsschutz auf europäischer Ebene gewährt wurde.

Bei Nichtumsetzung eines Rückforderungsbeschlusses durch den Mitgliedstaat kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten.

Die aktualisierte Bekanntmachung enthält hilfreiche Grundsatzinformationen und Klarstellungen. In manchen Punkten besteht aber dennoch Klarstellungsbedarf, z.B. hinsichtlich der starren Umsetzungsfrist eines Rückforderungsbeschlusses sowie der Voraussetzungen für ihre Verlängerung, die nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ gewährt wird, beim Vertrauensschutz oder bei der Sanierung eines insolventen Beihilfeempfängers. Abzuwarten bleibt, wie die europäischen Gerichte mit den in der Bekanntmachung getroffenen Vorgaben umgehen.

Rechtsschutz gegen Rückforderungsbeschlüsse

Fazit



Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur

Die Europäische Kommission hat nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union nur begrenzte Befugnisse im Bereich der Infrastrukturpolitik hat (diese fällt nach wie vor in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten). Dennoch haben die jüngsten Urteile des EuGH zu Häfen und Flughäfen es ihr ermöglicht, ihre Rolle in diesem Bereich zu erweitern, indem sie die Vorschriften über staatliche Beihilfen auf die Finanzierung von Infrastrukturen anwendet. Im Jahr 2016 legte die EU-Kommission in ihrer Mitteilung über den Begriff der Beihilfe ihre Überlegungen in Bezug auf verschiedene Arten von Infrastrukturen dar, darunter Häfen, Flughäfen, Breitband, Energie, Forschung, Eisenbahn, Straßen, Wasserwege und Wasserversorgung.

Staatliche Beihilfen für Infrastrukturen sind auf drei verschiedenen Ebenen zu finden. Es können Beihilfen für den Bau von Infrastrukturen (einschließlich Modernisierung und Verbesserung) gewährt werden, von denen **die Bauherren oder Eigentümer** profitieren. Wenn Beihilfen für den Infrastrukturbetrieb gewährt werden, profitieren die **Betreiber**. Schließlich kann die öffentliche Finanzierung auch den **Endverbrauchern**, die sie nutzen, zugutekommen.

Nach einem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz fallen Beihilfen für den Infrastrukturbau in den Anwendungsbereich der Regeln für staatliche Beihilfen, wenn sie untrennbar mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden sind. Der Bau von Infrastrukturen gilt jedoch als nichtwirtschaftliche Tätigkeit, wenn sie mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (z.B. militärische Einrichtungen, Zoll, Flugsicherung) oder wenn es nicht beabsichtigt ist, die Infrastruktur zu nutzen, um Waren und Dienstleistungen auf einem Markt anzubieten (z.B. Straßen zur unentgeltlichen Nutzung).



Ursula O'Dwyer
Lawyer/Solicitor Ireland
T +32 2 646 20-00
u.odwyer@heuking.de

Drei mögliche Gruppen von Beihilfeempfängern

Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit

Eine Förderung, die einem Unternehmen einen Vorteil verschafft, gilt als staatliche Beihilfe, wenn sie dem Staat zugerechnet werden kann und aus staatlichen Mitteln finanziert wird. Darüber hinaus muss dieser Vorteil selektiv sein (also nicht für alle zugänglich) und geeignet sein, den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Die Regeln für staatliche Beihilfen gelten nicht für Situationen, in denen ein überwiegend lokales Einzugsgebiet betroffen ist und wo nachgewiesen wird, dass die betreffende Infrastruktur nur geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Dies kann der Fall sein, wenn die Infrastruktur nur über sehr wenige Nutzer außerhalb des betreffenden Mitgliedstaats verfügt oder wenn grenzüberschreitende Investitionen auf dem relevanten Markt nicht möglich oder sehr gering sind.

Die Vorschriften für staatliche Beihilfen gelten nicht, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Staat bei der Finanzierung der Infrastrukturentwicklung wie ein privater Investor aufgetreten ist (d.h. ein privater, marktwirtschaftlich orientierter Investor hätte in gleicher Weise gehandelt). In diesem Fall ist das Kriterium "wirtschaftlicher Vorteil" nicht erfüllt und die Vorschriften für staatliche Beihilfen sind nicht anwendbar.

Im Falle einer gemischten Nutzung (wirtschaftlich und nicht-wirtschaftlich), muss insbesondere durch getrennte Buchführung gewährleistet werden, dass die staatlichen Zuwendungen nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten nicht zur Quersubventionierung der wirtschaftlichen Tätigkeiten genutzt werden, es sei denn die wirtschaftliche Tätigkeit hat einen so geringen Umfang, dass sie eine reine Nebentätigkeit darstellt. Die EU-Kommission vermutet eine Nebentätigkeit, wenn für beide Arten von Tätigkeiten gleiche Produktionsfaktoren erforderlich sind (z.B. Forschungseinrichtungen, die gelegentlich ihre Ausrüstungen vermieten) oder wenn es sich um übliche Zusatzleistungen (z.B. Restaurants, Parkplätze) handelt. Es wird hierbei grundsätzlich davon ausgegangen, dass solche Zusatzleistungen nicht dazu dienen, Kunden aus anderen Mitgliedsstaaten anzuziehen.

Bewertungskriterien für staatliche Beihilfen

Wettbewerbsverzerrung und Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel

Private Investor Test

Abgrenzung bei gemischter Nutzung

Wenn die Maßnahme, durch die der Staat den Projektentwickler oder Eigentümer der Infrastruktur unterstützt, als staatliche Beihilfe angesehen wird, weil sie die oben genannten Kriterien erfüllt (Artikel 107 Absatz 1 AEUV), gilt dieser als Begünstigter, unabhängig davon, ob er die Infrastruktur selbst nutzt oder sie Dritten zur Verfügung stellt.

Die Kommission nimmt eine staatliche Beihilfe für Infrastrukturbetreiber an, wenn sie durch die Nutzung der Infrastruktur Vorteile erhalten, die sie unter „normalen Marktbedingungen“ nicht erhalten hätten.

Sie geht davon aus, dass ein wirtschaftlicher Vorteil ausgeschlossen werden kann, wenn die Konzession für den Betrieb der Infrastruktur aufgrund eines ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahrens zu einem vorteilhaften Preis vergeben wird.

Endnutzer profitieren von einer öffentlichen Finanzierung, wenn einer der o.g. Begünstigten staatliche Beihilfen erhält oder über staatliche Mittel verfügt, die dem Endnutzer einen Vorteil verschaffen. Dies setzt voraus, dass der Endnutzer ein Unternehmen ist und die Infrastruktur ihm nicht zu Marktbedingungen zur Verfügung gestellt wird. Staatliche Beihilfen sind in der Regel ausgeschlossen, wenn die für die Nutzung der Infrastruktur gezahlten Gebühren im Wege eines ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahrens festgesetzt worden sind.

Die jüngste Rechtsprechung neigt dazu, der Kommission mehr Befugnisse in diesem Bereich zu übertragen. Die Entwicklung und Finanzierung von Infrastruktur ist daher kein exklusives Vorrecht der Mitgliedstaaten mehr. Finanzierende Einrichtungen müssen sich der Notwendigkeit bewusst sein, die beihilferechtlichen Regeln einzuhalten, wenn die wirtschaftliche Nutzung der Infrastruktur zu erwarten ist. Heutzutage scheint dies für die meisten Infrastrukturen (mit Ausnahme von Straßen) der Fall zu sein.

Das BRX Update Beihilferecht beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

Projektentwickler oder Eigentümer als Begünstigte staatlicher Beihilfen

Infrastrukturbetreiber als Begünstigte staatlicher Beihilfen

Endnutzer von Infrastrukturen als Begünstigte staatlicher Beihilfen

Fazit



Lawyer
Ursula O'Dwyer
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40
u.odwyer@heuking.de



Rechtsanwältin
Christine Grau, LL.M.
T +49 69 975 61-413
F +49 69 975 61-400
c.grau@heuking.de



Rechtsanwalt
Michael Vetter, LL.M.
T +49 211 600 55-535
F +49 211 600 55-530
m.vetter@heuking.de

**Ihre Ansprechpartner
zu diesem Thema**

BRX Update: Beihilferecht

- bestellen (kostenlos, unverbindlich, jederzeit kündbar)
- abbestellen

Fax-Antwort an: +49 211 600 55-535

E-Mail-Antwort an: m.vetter@heuking.de

Informationen darüber, wie Heuking Kühn Lüer Wojtek mit Ihren personenbezogenen Daten umgeht, zu welchen Zwecken Ihre Daten verarbeitet werden, die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung und welche Rechte Sie haben, können Sie unter www.heuking.de nachlesen.

Versandservice und Kontakt

Name:

.....

Email-Adresse:

.....

Adresse:

.....

www.heuking.de

Berlin
Chemnitz
Düsseldorf
Frankfurt

Hamburg
Köln
München
Stuttgart

Brüssel
Zürich