

Beihilfenrecht

4. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-75875-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

hatte, da **die relevanten Flughäfen Cagliari-Elmas und Olbia gar nicht im Eigentum der Autonomen Region** standen. Die Ex-ante-Analysen der wirtschaftlichen Rentabilität der zwischen den Flughafenbetreibern und der Klägerin geschlossenen Dienstleistungsverträge waren entsprechend irrelevant, da **die Autonome Region keine Dividenden, Kapitalgewinne oder eine andere Form von Gewinn erwarten konnte**. Eine etwaige Erhöhung der Steuereinnahmen einer öffentlichen Einrichtung wie der Autonomen Region aufgrund des Erlasses politischer Maßnahmen kann insofern mit Gewinnen, die ein privater Kapitalgeber von seinen Investitionen erwartet, weder gleichgesetzt noch verglichen werden. Vielmehr hatte die Autonome Region die streitige Beihilferegulierung ausschließlich im Hinblick auf die wirtschaftliche Entwicklung der Insel Sardinien eingeführt und war entsprechend allein in ihrer Eigenschaft als öffentlicher Hoheitsträger tätig geworden.⁶⁷⁴ In Bezug auf die zweite Maßnahme prüfte das Gericht noch ergänzend, ob die Kostentragung für die letztlich im Auftrag der Autonomen Region durch die Luftverkehrsunternehmen durchgeführten Marketingmaßnahmen für die Region möglicherweise nach dem Private Purchaser Test gerechtfertigt waren, was das Gericht letztlich verneinte, insbesondere weil die Maßnahmen nicht ausgeschrieben worden waren.⁶⁷⁵ Dabei wird nicht ganz klar, ob das Gericht bereits die Anwendbarkeit des Private Purchaser Test verneinte (vermutlich, weil die Kommission in ihrem Beschluss von der Unanwendbarkeit ausging) oder ihn mit negativem Ergebnis anwendete. Festzustellen ist auch, dass das Gericht bei der Anwendbarkeit des MEOT nicht ausdrücklich auf die in der EDF-Rechtsprechung entwickelten Kriterien (Natur und Gegenstand der Maßnahme, usw.) hingewiesen hat, wodurch das Urteil dogmatisch etwas unscharf bleibt. EasyJet hat Rechtsmittel eingelegt.⁶⁷⁶

Ein weiterer Fall, in dem der Gerichtshof Zweifel an der Anwendbarkeit des MEOT hatte, **217** betraf ein italienisches Vorlageverfahren. Im Ausgangsrechtsstreit ging es um das **italienische Stabilitätsgesetz von 2016**, in dem bestimmt wurde, dass das italienische Verkehrsministerium der FSE, einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen öffentlichen Eisenbahngesellschaft, die von der Region Apulien (Italien) damit beauftragt war, eine lokale Eisenbahninfrastruktur mit einer Länge von 474 km zu betreiben und instand zu halten und öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste sowie ergänzend bzw. ersatzweise Straßenverkehrsdienste zu erbringen, mit bis zu EUR 70 Mio. bis zur Umsetzung eines aufzusetzenden Sanierungsplans unterstützen sollte. Aufgrund dieses Gesetzes wurde sodann durch Ministerdekret entschieden, zur Sanierung die staatlichen Anteile an der FSE auf die FSI, die nationale Eisenbahngesellschaft, ohne Entgelt zu übertragen letzterer die EUR 70 Mio. zur weiteren Sanierung zu überlassen. Wettbewerber von FSE und FSI hatten hiergegen geklagt. Auf Vorlage des italienischen Gerichts erinnerte der EuGH an die EDF-Rechtsprechung, nach der der Mitgliedstaat, der sich auf den MEOT beruft, im Zweifelsfall seine Anwendbarkeit nachweisen müsse.⁶⁷⁷ Insofern erinnerte der EuGH daran, dass der Betrag von 70 Mio. Euro laut Stabilitätsgesetz „von 2016 angesichts der ‚ersten finanziellen Lage‘ von FSE bis zur Umsetzung des Sanierungsplans ‚zur Sicherstellung der Aufrechterhaltung [ihres] Betriebs‘ für sie bereitgestellt wurde. Ein privater Kapitalgeber in einer möglichst ähnlichen Lage wie der Staat hätte aber in einer Situation wie der hier in Rede stehenden einem in ersten finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen keinen Betrag von 70 Mio. Euro zur Verfügung gestellt, ohne zuvor die Rentabilität einer solchen Investition bewertet zu haben. [...] Aus den Akten geht jedoch nicht hervor, dass der italienische Staat vor dem Erlass des Stabilitätsgesetzes von 2016 eine solche Bewertung vorgenommen hätte. [...] Unter diesen Umständen, d. h. ohne Anhaltspunkte dafür, dass der Staat die Entscheidung, den in Rede stehenden Betrag für FSE bereitzustellen, in seiner Eigenschaft als deren Anteilseigner getroffen hat – was das vorlegende Gericht jedoch zu überprüfen haben wird –, erscheint es nicht möglich, unter Heranziehung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu dem Schluss zu gelangen, dass diese Bereitstellung keinen selektiven Vorteil darstellte.“⁶⁷⁸ Das Urteil betont nicht den hoheitlichen Charakter des italienischen Stabilitätsgesetzes. Da das Fehlen einer Ex-ante-Bewertung unter besonderen Umständen auch für die Anwendung des MEOT von Bedeutung sein kann,⁶⁷⁹ hätte man sich hier eine ausdrücklichere Abgrenzung gewünscht.

Auch in Bezug auf **Entscheidungen nationaler Gerichte** dürfte die Anwendbarkeit des **218** MEOT zweifelhaft sein. So urteilte der EuGH Rechtsmittelurteil bzgl. der als Beihilfe eingestuftes gerichtlichen Anordnung der Weitergeltung eines Stromsondertarifs zu Gunsten einer griechischen Aluminiumhütte, dass „die fragliche Maßnahme – nämlich ein im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erlassener Beschluss eines nationalen Gerichts, mit dem zugunsten der Rechtsmittelführerin

⁶⁷⁴ EuG Urt. v. 13.5.2020 – T-8/18, ECLI:EU:T:2020:182, Rn. 191–193 – easyJet/Kom.

⁶⁷⁵ EuG Urt. v. 13.5.2020 – T-8/18, ECLI:EU:T:2020:182, Rn. 194–218 – easyJet/Kom.

⁶⁷⁶ Anhängig unter C-343/20 P, ABl.2020 C 297/38.

⁶⁷⁷ EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-385/18, ECLI:EU:C:2019:1121, Rn. 48 – Arriva Italia Srl ua.

⁶⁷⁸ EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-385/18, ECLI:EU:C:2019:1121, Rn. 49–51 – Arriva Italia Srl ua.

⁶⁷⁹ → Rn. 230 ff. (232).

einstweilige Anordnungen zum Schutz ihrer sich aus dem Vertrag von 1960 ergebenden finanziellen Interessen erlassen wurden – angesichts ihrer Natur, des Kontexts, in dem sie steht, ihres Zwecks sowie der für sie geltenden Vorschriften die Merkmale einer gerichtlichen Handlung auf, die den hoheitlichen Befugnissen des betroffenen Mitgliedstaats zuzurechnen ist. Demzufolge ist das Kriterium des privaten Kapitalgebers auf diese Maßnahme nicht anwendbar.⁶⁸⁰

- 219 (c) Andere Zweifelsfälle?** Nach der Rechtsprechung trägt der Mitgliedstaat die Beweislast dafür, dass er als Wirtschaftsteilnehmer und nicht in seiner Funktion als Träger öffentlicher Gewalt gehandelt hat, nur **wenn zweifelhaft ist**, ob der MEOT überhaupt anwendbar ist, *insbesondere weil der betroffene Mitgliedstaat beim Erlass der fraglichen Maßnahmen von seinen hoheitlichen Befugnissen Gebrauch gemacht hat*.⁶⁸¹
- 220** Neben den als *insbesondere* erwähnten hoheitlichen Handlungsformen (Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakte und ähnliches) sind bislang nur die Maßnahmen zur Umsetzung von Beihilfenbeschlüssen, die grundsätzlich auch in nichthoheitlicher Form ergehen können, thematisiert worden. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass sie an bereits als nicht MEOT-konform identifizierte (Beihilfen-)Maßnahmen des Mitgliedstaates anknüpfen, also an Maßnahmen, die der Mitgliedstaat als Träger öffentlicher Gewalt durchgeführt hat. Die ihm sodann nach dem beihilfenrechtlichen Regelungsrahmen treffenden Verpflichtungen lassen keinen Platz für die Anwendung des MEOT.
- 221** Ob es darüber vergleichbare Konstellationen gibt, in denen der Anwendbarkeit des MEOT von vornherein ausgeschlossen ist (Umsetzung Beihilfenbeschlüsse) bzw. in denen die Beweislast für die Anwendbarkeit des MEOT den Mitgliedstaat trifft (hoheitliche Handlungsformen) ist bislang ungeklärt.
- 222** Die Kommission hat bisweilen die Anwendbarkeit des MEOT bereits in solchen Fällen in Zweifel gezogen, in denen sich aus den Umständen, insbesondere Presseerklärungen von Politikern und Abschluss einer Gläubigervereinbarung der wesentlichen privaten und öffentlichen Gläubiger zur Verhinderung der Insolvenz, ergeben haben soll, dass die Maßnahmen aus politischen Gründen und daher nicht vom Mitgliedstaat (von staatlichen Unternehmen) als Wirtschaftsteilnehmer, sondern als Hoheitsträger getroffen worden sein sollen, obwohl alle Maßnahmen nicht nur auch von privaten Gläubigern hätten getroffen werden können, sondern tatsächlich auch zum Teil getroffen wurden.⁶⁸² Dieser Ansatz geht indes zu weit, weil danach bereits politische Verlautbarungen zur Umkehr der Beweislast führen würden, was offensichtlich mit der Rechtsprechung nicht vereinbar ist, nach der der MEOT sogar in Fällen Anwendung finden kann, in denen der Mitgliedstaat selbst meint, eine Beihilfe gewährt zu haben.⁶⁸³ Er ist auch nicht zielführend, weil die Durchführung des MEOT in diesen Fällen gerade die Funktion hat zu ermitteln, ob überhaupt ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt wurde. Sofern der Mitgliedstaat hoheitlich handelt, ergibt sich der selektive Vorteil in der Regel bereits aus einem Vergleich mit dem regulatorischen Referenzrahmen (beispielsweise im Falle einer Steuervergünstigung wie im Fall EDF der Steuergesetzgebung des betroffenen Mitgliedstaates). Hier ist es angemessen, vom Mitgliedstaat zu verlangen darzulegen, warum ein Abweichen vom **Referenzrahmen** ausnahmsweise kein hoheitliches, sondern marktkonformes Handeln des Staates als Wirtschaftsteilnehmer sein soll. Sofern kein hoheitliches Handeln vorliegt, gibt es in der Regel keinen regulatorischen Referenzrahmen. Hier ist der Referenzrahmen, an welchem die Kommission das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils zu prüfen hat, dass Handeln eines vernünftigen Wirtschaftsteilnehmers in der Situation des Mitgliedstaates, mithin der MEOT. **Zweifel der Kommission an der Motivationslage des Mitgliedstaates** dürften jedenfalls für sich nicht ausreichen, um die Anwendbarkeit des MEOT in Frage zu stellen. Vielmehr müssen objektive Umstände hinzukommen, die der Vergleichbarkeit des Handels des Mitgliedstaates mit dem eines Wirtschaftsteilnehmers entgegenstehen.
- 223 (2) Anwendung des MEOT.** Ist der MEOT anwendbar, so gehört er zu den Faktoren, die die Kommission **ex officio** berücksichtigen muss, um das Vorliegen einer Beihilfe festzustellen, und

⁶⁸⁰ EuGH Urt. v. 11.12.2019 – C-332/18 P, ECLI:EU:C:2019:1065, Rn. 134 – Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon/Kom.

⁶⁸¹ EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 63 – Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom; unter Verweis auf EuGH Urt. v. 5.6.2012 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 82 – Kom./EDF, sowie EuGH Urt. v. 24.10.2013 – C 214/12 P, C 215/12 P und C 223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 57 – Burgenland ua/Kom.

⁶⁸² Kom., ABl. 2019 L 181/13, Rn. 222 – Olchim SA. Gegen den Beschluss ist ein Klage anhängig unter T-565/19.

⁶⁸³ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 26 f. – Kom./Frucona Košice a.s.; EuGH Urt. v. 13.5.2020 – T-8/18, ECLI:EU:T:2020:182, Rn. 185 – easyJet/Kom.; EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 64 – Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom.

stellt somit keine Ausnahme dar, die nur zur Anwendung kommt, wenn sich ein Mitgliedstaat auf sie beruft und festgestellt worden ist, dass die in Art. 107 Abs. 1 AEUV enthaltenen Tatbestandsmerkmale des Begriffs „staatliche Beihilfe“ vorliegen.⁶⁸⁴ Der angebliche Beihilfenempfänger kann sich deshalb in Gerichtsverfahren stets auf den MEOT berufen, selbst wenn der Mitgliedstaat dies im Verwaltungsverfahren nicht getan hat.⁶⁸⁵ Denn es gilt ein **objektiver Maßstab**.⁶⁸⁶ Wenn erwiesen ist, dass eine bestimmte Maßnahme nicht begünstigender Natur ist, weil der Staat wie ein marktwirtschaftlich orientierter Marktteilnehmer gehandelt hat, ist es unschädlich, wenn sich herausstellt, dass er dabei *auch* politische Ziele verfolgt hat, da Art. 107 Abs. 1 nicht nach den Gründen oder Zielen der jeweiligen Maßnahme, sondern nur nach ihren Wirkungen unterscheidet.⁶⁸⁷ Selbst wenn der betroffene Mitgliedstaat im Prüfverfahren die Meinung vertreten hat, eine Beihilfe gewährt zu haben, kann sich der angebliche Beihilfenempfänger im Gerichtsverfahren auf den MEOT berufen. „Ausgangspunkt für die Feststellung, ob das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers anzuwenden ist, [muss] der wirtschaftliche Charakter der Maßnahme des Mitgliedstaats sein [...], und nicht wie dieser Mitgliedstaat subjektiv zu handeln gedachte oder welche Handlungsalternativen er in Erwägung gezogen hat, bevor er die fragliche Maßnahme erließ.“⁶⁸⁸ Die **Unbeachtlichkeit der subjektiven Vorstellung des Mitgliedstaates**⁶⁸⁹ folgt aus der Wirkungsdoktrin (→ Rn. 133) des Beihilfenrechts.⁶⁹⁰

Die **Kommission trägt die Beweislast** dafür, ob der MEOT bestanden ist oder nicht.⁶⁹¹ Das gilt umso mehr, wenn sich der angefochtene Beschluss nicht auf die Nichtvorlage von Beweismitteln, die die Kommission vom betreffenden Mitgliedstaat angefordert hatte, stützt, sondern auf die Feststellung, dass privater Wirtschaftsteilnehmer nicht wie der Mitgliedstaats gehandelt hätte, was voraussetzt, dass die Kommission über alle relevanten Beweismittel verfügte, die für die Ausarbeitung ihrer Entscheidung erforderlich waren.⁶⁹² Wenn die Kommission in ihrem Beschluss die Marktüblichkeit einmal bejaht hat, trägt indes der klagende Wettbewerber vor Gericht die Beweislast dafür, dass der zwischen der öffentlichen Hand und dem angeblichen Beihilfenempfänger geschlossene Vertrag kein normales Handelsgeschäft zwischen marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsteilnehmern war.⁶⁹³

Die Kommission hat dabei eine **Gesamtwürdigung** vorzunehmen und dabei jeden im konkreten Fall erheblichen Anhaltspunkt⁶⁹⁴ zu berücksichtigen, der es ihr ermöglicht, festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen derartige Erleichterungen **offenkundig nicht von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer erhalten hätte**.⁶⁹⁵ Es besteht **keine Notwendigkeit synallagmatischer**

⁶⁸⁴ EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 109 – Comune di Milano/Kom.; EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 26 f. – Kom./Frucona Košice a.s.; EuGH Urt. v. 13.5.2020 – T-8/18, ECLI:EU:T:2020:182, Rn. 185 – easyJet/Kom.; EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 64 – Larko Geniki Metallefiki kai Metallourgiki AE/Kom., unter Verweis auf EuGH Urt. v. 6.3.2018 – C-579/16 P, ECLI:EU:C:2018:159, Rn. 46 – Kom./FIH und die dort aufgeführte Rechtsprechung; EuGH Urt. v. 5.6.2012 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 103 – Kom./EDF; EuGH Urt. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 71 – Frucona Košice/Kom.; EuGH Urt. v. 7.5.2020 – C-148/19 P, ECLI:EU:C:2020:354, Rn. 47 – BTB Holding Investments SA und Duferco Participations Holding SA/Kom.

⁶⁸⁵ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 26 – Kom./Frucona Košice a.s. EuGH Urt. v. 5.6.2012 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 103 und 104 – Kom./EDF; EuGH Urt. v. 13.5.2020 – T-8/18, ECLI:EU:T:2020:182 – easyJet/Kom.

⁶⁸⁶ Hieran angesichts der Kommissionspraxis zweifelnd *Gisberts/Streit* EuZW 2009, 484.

⁶⁸⁷ S. zB EuGH Urt. v. 29.2.1996 – C-56/93, Slg. 1996, I-723, Rn. 78–79 – Belgien/Kom.; EuGH Urt. v. 17.12.2008 – T-196/04, Slg. 2008, II-3643, Rn. 40 – Ryanair/Kom.

⁶⁸⁸ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 27 – Kom./Frucona Košice a.s.

⁶⁸⁹ EuGH Urt. v. 27.4.2017 – T-375/15, ECLI:EU:T:2017:289, Rn. 78 – Germanwings GmbH/Kom.

⁶⁹⁰ *Cyndecka*, EStAL 2019, 157 (162).

⁶⁹¹ EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 110 – Comune di Milano/Kom.; EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 65 – Larko Geniki Metallefiki kai Metallourgiki AE/Kom, unter Verweis auf EuGH Urt. v. 21.3.2013 – C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, Rn. 34 – Kom./Buczek Automotive.

⁶⁹² EuGH Urt. v. 16.3.2016 – T-103/14, ECLI:EU:T:2016:152, Rn. 113 – Frucona Košice/Kom., unter Verweis auf EuGH Urt. v. 21.3.2013 – C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, Rn. 34/35 – Kom./Buczek Automotive. Das Urt. des Gerichts ist iÜ ein Bsp. für die teilweise erhebliche Prüfungsdichte durch das Gericht. Siehe auch EuGH Urt. v. 12.3.2020 – T-901/16, ECLI:EU:T:2020:97, Rn. 137 ff. – Elche Club de Fútbol, SAD/Kom.

⁶⁹³ EuGH Urt. v. 13.1.2004 – T-158/99, Slg. 2004, II-1, Rn. 111 f. – Thermenhotel Stoiser/Kom.

⁶⁹⁴ Bei mittelbaren Begünstigungen kann auch die Bonität des Beihilfenmittler ein erheblicher Anhaltspunkt sein, siehe EuGH Urt. v. 12.3.2020 – T-901/16, ECLI:EU:T:2020:97, Rn. 87 ff. – Elche Club de Fútbol, SAD/Kom. und (→ Rn. 183).

⁶⁹⁵ EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 66 – Larko Geniki Metallefiki kai Metallourgiki AE/Kom.

Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Entscheidend ist eine wirtschaftliche Gesamtbeurteilung.⁶⁹⁶

226 Die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses im Bereich staatlicher Beihilfen ist zwar grundsätzlich aufgrund der **Informationen** zu beurteilen, über die die Kommission **bei Erlass der Entscheidung** verfügte.⁶⁹⁷

227 Die Kommission hat jedoch das Verfahren zur Prüfung der beanstandeten Maßnahmen sorgfältig und unvoreingenommen zu führen, damit sie bei Erlass des endgültigen Beschlusses über möglichst vollständige und verlässliche Informationen verfügt.⁶⁹⁸ Wenn sich daher erkennen lässt, dass der MEOT anwendbar sein könnte, hat die Kommission den betroffenen Mitgliedstaat um alle einschlägigen Informationen zu ersuchen, um überprüfen zu können, ob der MEOT bestanden ist (**Untersuchungspflicht**).⁶⁹⁹ Die Kommission kann sich zur Rechtfertigung ihrer Entscheidung nicht auf die Lückenhaftigkeit der ihr im Verwaltungsverfahren übermittelten Informationen berufen, wenn sie nicht alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel genutzt hat, um die erforderlichen Informationen zu erhalten.⁷⁰⁰ Die Unionsgerichte müssen insoweit prüfen, ob die Umstände, deren Außerachtlassen im Verwaltungsverfahren gerügt wird, erheblich sind, und, wenn dies der Fall ist, ob die Kommission die Umstände berücksichtigt hat.⁷⁰¹ Diese Beurteilung der Kommission darf nicht allein auf der Grundlage subjektiver Einschätzungen erfolgen, die von dem betroffenen Mitgliedstaat stammen und auf keinem greifbaren Beweis beruhen, sondern muss außerdem auf objektive und nachprüfbare Anhaltspunkte, die gegebenenfalls von diesem Mitgliedstaat geliefert werden, gestützt oder durch solche Anhaltspunkte untermauert werden.⁷⁰²

228 Selbst **wenn der Mitgliedstaat seine Pflicht zur Zusammenarbeit verletzt** und die angeforderten Auskünfte nicht erteilt, muss die Kommission dennoch ihre Entscheidungen auf **einigermaßen tragfähige und schlüssige Anhaltspunkte** stützen, die eine hinreichende Grundlage für die Annahme bilden, dass einem Unternehmen ein Vorteil zugeflossen ist, der eine staatliche Beihilfe darstellt, und die somit geeignet sind, die Schlussfolgerungen, zu denen sie gelangt ist, zu untermauern.⁷⁰³ Keinesfalls kann die Kommission sich auf den Standpunkt stellen, der Mitgliedstaat habe einen bestimmten Umstand in seinen Stellungnahmen nicht ausdrücklich erwähnt oder sich auf ihn bezogen, wenn sich dieser Umstand den Informationen entnehmen lässt, die im Verwaltungsverfahren verfügbar waren.⁷⁰⁴ Wie in der Literatur zu Recht betont wurde, ist diese seit der Rechtsprechung zum private Creditor Test in Frucona Kosice und nunmehr auf den MEOT im Ganzen ausgeweitete Rechtsprechung zur Beweislast und unparteiischen Untersuchungspflicht der Kommission umso wichtiger, als staatliche Stellen in der Praxis vermehrt dazu übergegangen sind, über die Bande Brüssel unliebsame Folgen vorherigen Handelns (ggf. von Vorgängerregierungen) zu neutralisieren. Häufiger standen sich Mitgliedstaat und (angeblicher) Beihilfeneempfänger dann in einem Interessen-

⁶⁹⁶ S. hierzu *Koenig/Kühling/Ritter* EG-Beihilfen Rn. 71 mit Hinweis auf Kom., ABL 1998 C 147/3 – Casa di cura reunite; Kom., Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn. 197.

⁶⁹⁷ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 70 – Kom./Frucona Košice a.s., unter Verweis auf EuGH Urt. v. 2.9.2010 – C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, Rn. 91 – Kom./Scott und die dort angeführte Rspr.

⁶⁹⁸ EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 67 – Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom, unter Verweis auf EuGH Urt. v. 2.9.2010 – C 290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, Rn. 90 – Kom./Scott; EuGH Urt. v. 7.5.2020 – C-148/19 P, ECLI:EU:C:2020:354, Rn. 51 – BTB Holding Investments SA und Duferco Participations Holding SA/Kom.

⁶⁹⁹ EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 68 – Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom; EuGH Urt. v. 5.6.2012 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 104 – Kom./EDF; EuGH Urt. v. 3.4.2014 – C 224/12 P, ECLI:EU:C:2014:213, Rn. 33 – Kom./Niederlande und ING Groep; EuG Urt. v. 15.9.2016 – T-386/14, ECLI:EU:T:2016:474, Rn. 60 – FIH Holding ua/Kom. EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 23 f. – Kom./Frucona Košice a.s., unter Verweis auf EuGH Urt. v. 21.3.2013 – C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, Rn. 32 f. – Kom./Bucek Automotive. EuG, Urt. v. 12.3.2020 – T-732/16, ECLI:EU:T:2020:98, Rn. 136 – Valencia Club de Fútbol, SAD/Kom; EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 104 – Comune di Milano/Kom.

⁷⁰⁰ EuG, Urt. v. 12.3.2020 – T-732/16, ECLI:EU:T:2020:98, Rn. 136 – Valencia Club de Fútbol, SAD/Kom unter Verweis auf EuGH Urt. v. 13.4.1994 – C-324/90 und C-342/90, EU:C:1994:129, Rn. 29 – Deutschland u. Pleuger Worthington/Kom.

⁷⁰¹ EuG Urt. v. 12.3.2020 – T-901/16, ECLI:EU:T:2020:97, Rn. 87 ff. – Elche Club de Fútbol, SAD/Kom., unter Verweis auf EuGH Urt. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, EU:C:2013:32, Rn. 77 – Frucona Košice/Kom.

⁷⁰² EuG Urt. v. 27.4.2017 – T-375/15, ECLI:EU:T:2017:289, Rn. 77 – Germanwings GmbH/Kom.

⁷⁰³ EuGH Urt. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 69 – Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom, unter Verweis auf EuGH Urt. v. 17.9.2009 – C-520/07 P, EU:C:2009:557, Rn. 54 bis 56 – Kom./MTU Friedrichshafen; EuGH Urt. v. 7.5.2020 – C-148/19 P, ECLI:EU:C:2020:354, Rn. 49–50 – BTB Holding Investments SA und Duferco Participations Holding SA/Kom.

⁷⁰⁴ EuG Urt. v. 12.3.2020 – T-901/16, ECLI:EU:T:2020:97, Rn. 117 – Elche Club de Fútbol, SAD/Kom.

konflikt, der nicht dazu angetan war, den Mitgliedstaat zur Offenlegung aller Informationen zu bewegen.⁷⁰⁵ Eine Entscheidung allein auf den vom Mitgliedstaat unaufgefordert vorgelegten Informationen ist nach dieser Rechtsprechung nicht mehr möglich.⁷⁰⁶ Allerdings ist die Kommission nicht verpflichtet, vom Beihilfenempfänger im Verwaltungsverfahren verspätet vorgetragene Argumente zur wirtschaftlichen Rechtfertigung des Vorteils zu berücksichtigen.⁷⁰⁷

Da die Rückforderung der fraglichen Beihilfe vom Begünstigten gerade die durch einen bestimmten Wettbewerbsvorteil verursachte Wettbewerbsverzerrung beseitigen und auf diese Weise den Zustand vor der Gewährung der Beihilfe wiederherstellen soll, darf die Kommission nicht einfach von der Annahme, dass einem Unternehmen ein Vorteil zugeflossen ist, der eine staatliche Beihilfe darstellt, ausgehen, indem sie sich, weil sie nicht über Informationen für eine mögliche gegenteilige Schlussfolgerung verfügt, in Ermangelung anderer Anhaltspunkte für die positive Feststellung eines solchen Vorteils auf eine negative Vermutung stützt.⁷⁰⁸ Einen solchen Verstoß gegen das **Verbot, die notwendige positive Feststellung eines wirtschaftlichen Vorteils auf eine negative Vermutung zu stützen**, erkannte der Gerichtshof beispielsweise in der Rechtssache Larko (→ Rn. 214). Dort hatte der angebliche Beihilfenempfänger Larko geltend gemacht, die ihm vom griechischen Staat gewährte Darlehensgarantie hätte den MEOT bestanden. Die Kommission hatte das bezweifelt, weil sich – wie sich aus Daten nach der Gewährung der Garantie ergaben – Larko bereits zum Zeitpunkt der Gewährung in erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden hatte und ein privater Wirtschaftsteilnehmer dies aufgrund von eigenen Analysen vor oder zum Zeitpunkt der Gewährung gewusst hätte, Griechenland aber keine solchen ex ante Analysen vorlegen konnte. Das Gericht folgte dieser Begründung unter Hinweis auf die EDF-Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des MEOT (→ Rn. 211), ohne dass es tatsächlich einen Anhaltspunkt dafür gab, dass Griechenland zum Zeitpunkt der Gewährung dieser Maßnahme Kenntnis von den Schwierigkeiten gehabt hatte. Damit hatten Kommission und Gericht sich auf eine bloße negative Vermutung gestützt, die im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit des MEOT möglicherweise ausreichend gewesen wäre, nicht aber bei der Anwendung desselben, im Rahmen derer sich die Kommission in den Kontext der Garantiegewährung hätte versetzen müssen, um zu eruieren, ob Griechenland tatsächlich Kenntnis hatte oder nicht⁷⁰⁹ (zur Bedeutung des Umstandes, dass sich das zu kapitalisierende Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet im Rahmen des Private Investor Tests: (→ Rn. 273).

Denn maßgeblich für den MEOT ist der **Zeitpunkt der Maßnahme**. Folglich sind nur die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vornahme der fraglichen Maßnahme verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen relevant.⁷¹⁰ Somit können Umstände, die nach dem Erlass der betreffenden Maßnahme eintreten, bei der Würdigung anhand des Grundsatzes des privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht berücksichtigt werden,⁷¹¹ es sei denn, sie waren vorhersehbar, was jedenfalls der Fall ist, wenn sie gerade Zweck der Maßnahme waren.⁷¹² Maßgeblich ist der Kontext der Zeit, in der die Maßnahmen beschlossen wurden.⁷¹³ Das Verhalten des öffentlichen

229

230

⁷⁰⁵ Siehe zB *Geiss/Siakka*, ECLR 2018, 297 (301).

⁷⁰⁶ EuGH UrT. v. 11.12.2019 – C-332/18 P, ECLI:EU:C:2019:1065, Rn. 124 – *Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon/Kom.*

⁷⁰⁷ EuGH UrT. v. 11.12.2019 – C-332/18 P, ECLI:EU:C:2019:1065, Rn. 125–127 – *Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon/Kom.*

⁷⁰⁸ EuGH UrT. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 70 – *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom.*, unter Verweis auf EuGH UrT. v. 17.9.2009 – C-520/07 P, EU:C:2009:557, Rn. 57 und 58 – *Kom./MTU Friedrichshafen*. EuGH UrT. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 111 – *Comune di Milano/Kom.*; EuGH UrT. v. 7.5.2020 – C-148/19 P, ECLI:EU:C:2020:354, Rn. 48 und 75 – *BTB Holding Investments SA und Duferco Participations Holding SA/Kom.*

⁷⁰⁹ EuGH UrT. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 71 – *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom.*

⁷¹⁰ EuGH UrT. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 31 – *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom.*

⁷¹¹ EuGH UrT. v. 26.3.2020 – C-244/18 P, ECLI:EU:C:2020:238, Rn. 32 – *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Kom.*, unter Verweis auf EuGH UrT. v. 30.11.2016 – C-486/15 P, EU:C:2016:912, Rn. 139 – *Kom./Frankreich und Orange*.

⁷¹² EuG UrT. v. 12.3.2020 – T-901/16, ECLI:EU:T:2020:97, Rn. 115 – *Elche Club de Fútbol, SAD/Kom.*

⁷¹³ EuGH UrT. v. 16.5.2002 – C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 71 – *Frankreich/Kom. (Stardust Marine)*. So erstmals für Kapitalzuführungen und Darlehen *Kom.*, Mitteilung der *Kom.* an die Mitgliedstaaten – Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/3, Rn. 28, 37 u. 42. Für Garantien s. Punkt 2.1 der Garantiemitteilung, ABl. 2008, C 155/10: „Ob eine Garantie eine staatliche Beihilfe darstellt und, falls dies der Fall ist, auf welchen Betrag sie sich beläuft, muss zum Zeitpunkt der Übernahme der Garantie beurteilt werden“. S. auch *NoA-Bekanntmachung*, Rn. 78.

Kapitalgebers ist daran zu messen, wie sich ein privater Kapitalgeber angesichts der zum entsprechenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen verhalten hätte.⁷¹⁴ Dies gilt sowohl für den Fall, dass die wirkliche Entwicklung hinter einer gerechtfertigten Prognose zurückbleibt, denn in einem solchen Fall verwirklicht sich nur das jeder kaufmännischen Entscheidung inhärente Risiko, als auch für den Fall, dass die tatsächliche Entwicklung die Rentabilität der Maßnahme – entgegen der zum relevanten Zeitpunkt vorliegenden Informationen – nachzuweisen scheinen. Im letzteren Fall sollte es indes für die Kommission in der Praxis schwierig werden nachzuweisen, dass die Maßnahme von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer offenkundig nicht getroffen worden wäre.

231 In ihrer NoA-Mitteilung hat die Kommission unter Ausblendung der Unterscheidung zwischen Anwendbarkeit und Anwendung des MEOT aus der EDF-Rechtsprechung die generelle **Unbeachtlichkeit nachträglicher wirtschaftlicher Rechtfertigungen** im Rahmen des MEOT abgeleitet. Denn ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter würde in der Regel eine Ex-ante-Bewertung der Strategie und der finanziellen Aussichten eines Vorhabens zum Beispiel anhand eines Geschäftsplans vornehmen.⁷¹⁵ Angesichts der neueren Rechtsprechung lässt sich die von der Kommission vertretene Position jedenfalls nicht mehr so pauschal aufrechterhalten. Wie der Gerichtshof der Sache *Comune di Milano* klargestellt hat, kommt es für die Anwendung des MEOT zwar nur auf die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vornahme der fraglichen Maßnahme verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen an, die wirtschaftliche Beurteilung, die die Kommission im Verwaltungsverfahren vornimmt, erfolge im Fall von Beihilfen, die unter Verstoß gegen die Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 gewährt wurden, jedoch notwendigerweise nach dem Erlass der betreffenden Maßnahmen und sei daher immer ex post.⁷¹⁶ „Daher können wirtschaftliche Studien und Analysen, auf die sich diese wirtschaftliche Beurteilung der Kommission stützt, ebenso wie etwaige Gegengutachten gleicher Art, auf die sich der betroffene Mitgliedstaat oder der Beihilfeempfänger beruft, um auf die Studien einzugehen, auf die sich die Kommission stützt, für die Anwendung des Grundsatzes des privaten Wirtschaftsteilnehmers relevant sein, soweit sie allein auf den zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung über die Vornahme der fraglichen Maßnahme verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen beruhen.“⁷¹⁷ Entsprechend sind entgegen der NoA-Bekanntmachung **Ex-post-Gutachten zulässig, solange sie auf der Informationsbasis zur Maßnahme-Zeit** ergehen.⁷¹⁸

232 In der Sache *Comune di Milano* hat der EuGH allerdings auch entschieden, dass das **Fehlen einer Ex-ante-Bewertung unter besonderen Umständen auch für die Anwendung des MEOT von Bedeutung** sein kann. In Streit standen mehrere Kapitalmaßnahmen der staatlichen Mailänder Flughafengesellschaft zu Gunsten ihrer im Zuge der von der EU vorgegebenen Liberalisierung der Bodenabfertigungsdienste abgespaltenen Bodenabfertigungstochtergesellschaft. Diese nahm sie in Ausführung einer Vereinbarung mit der Gewerkschaft vor, weil sie sich darin u.a. dazu verpflichtet hatte, für einen Zeitraum von wenigstens 5 Jahren mögliche Verluste der Tochter auszugleichen, wenn diese den Fortbestand der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochter beeinträchtigen konnten. Der Gerichtshof entschied, dass ein privater Kapitalgeber eine solche Verpflichtung nicht übernommen hätte, ohne zuvor deren Rentabilität und wirtschaftliche Rationalität angemessen zu bewerten. Unter diesen Umständen konnte das Fehlen einer angemessenen vorherigen Bewertung der Rentabilität bzw. wirtschaftlichen Rationalität solcher Kapitalanlagen ein wesentlicher Beleg dafür sein, dass ein privater Kapitalgeber unter ähnlichen Umständen keinen gleich hohen Betrag wie der öffentliche Kapitalgeber zugeführt hätte.⁷¹⁹ Da die Entscheidung zu berücksichtigen ist, die der private Kapitalgeber zum Zeitpunkt der Vornahme der Kapitalanlage getroffen hätte, kann das Fehlen einer vorherigen Bewertung, auch wenn es für sich genommen nicht entscheidend ist, ein relevanter Gesichtspunkt für die Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Beurteilungen sein, die die Kommission im

⁷¹⁴ EuG Urt. v. 30.4.1998 – T-16/96, Slg. 1998, II-757, Rn. 76 – Cityflyer Express/Kom. S.e hierzu auch T-228/99 u. T-233/99, Slg. 2003, II-435, Rn. 246 – Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kom.

⁷¹⁵ NoA-Bekanntmachung, Rn. 78, unter ausdrücklichem Verweis auf EuGH Urt. v. 5.6.2012 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 85 – Kom./EDF.

⁷¹⁶ EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 123 – Comune di Milano/Kom.

⁷¹⁷ EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 124 – Comune di Milano/Kom.

⁷¹⁸ *Dekker* (EStAL 2020, 346(350)) gibt richtiger Weise zu bedenken, dass eine Nichtzulassung von ex-post-Bewertungen nicht mit der Wirkungsdoktrin im Einklang wäre. Denn wenn sich nachweisen läßt, dass die Maßnahme zum Zeitpunkt ihrer Gewährung keinen wirtschaftlichen Vorteil darstellte, konnte von ihr auch keine Wettbewerbsverfälschung ausgehen, auch wenn der Mitgliedstaat keine ex-ante-Bewertung vorgenommen hat.

⁷¹⁹ EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 117 – Comune di Milano/Kom.

Rahmen der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers vorzunehmen hat.⁷²⁰ Ex-ante Bewertungen werden auch regelmäßig bei der finanziellen Unterstützung von (Tochter-)Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten verlangt.⁷²¹

Soweit ein privates Unternehmen in der Position des Staates die betreffende Leistung nicht in diesem Umfang erbracht hätte, liegt eine **Vermutung für das Vorliegen einer Beihilfe in Höhe der Differenz** zwischen der staatlichen und der Leistung, die ein marktwirtschaftlich orientierter Wirtschaftsteilnehmer in der Position des Staates gewährt hätte,⁷²² vor. Der Vertragspartner kann jedoch versuchen zu beweisen, dass er nicht oder nicht in diesem Umfang begünstigt ist, weil der Marktwert seiner Gegenleistung tatsächlich höher ist, er beispielsweise die dem Staat erbrachten Leistungen oder Güter auf dem Markt zu demselben Preis hätte verkaufen können, und der MEOT nur wegen einer besonderen Interessensituation aufseiten des Staates gescheitert ist.⁷²³ Bei der gedanklichen Nachprüfung, ob ein Geschäft unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen abgewickelt worden ist, kann nämlich nicht allein auf den Kapitalgeber oder das von der Anlage begünstigte Unternehmen abgestellt werden, da für die Marktwirtschaft gerade die Interaktion der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer kennzeichnend ist. Die Kommission muss **alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes**, prüfen, um zu beurteilen, ob dem Unternehmen ein Vorteil verschafft wird, den es unter normalen Marktbedingungen nicht hätte erhalten können.⁷²⁴ Die Kommission kann hierbei insbesondere prüfen, ob das Unternehmen bei anderen Investoren Kapital hätte aufnehmen können, das für sie die gleichen Vorteile geboten hätte, und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen, da eine Maßnahme keine staatliche Beihilfe sein kann, wenn sie das Unternehmen nicht in eine günstigere Lage versetzt, als sie ohne Eingreifen des Staates bestanden hätte.⁷²⁵

Bei Anwendung des MEOT sind alle Sonderumstände des konkreten Falles zu berücksichtigen. Es reicht nicht aus, allein auf die typologisierenden Mitteilungen oder anderweitig entwickelte standardisierte Analyseinstrumente der Kommission abzustellen.⁷²⁶ Das liegt schon daran, dass die Frage des Vorliegens des Beihilfentatbestandes vollständig justitabel ist. Der Kommission kommt dabei grundsätzlich **kein Ermessen** zu, sodass ihre entsprechenden Auslegungsmitteilungen weder die Mitgliedstaaten noch die Unionsgerichte noch sie selbst binden können.⁷²⁷ Anders als im Rahmen der Ausnahmebestimmungen des Art 107 Abs. 3 sind die Mitteilungen zum Beihilfentatbestand daher nur unverbindliche Hinweise.⁷²⁸ Die Kommission darf sich solche **Orientierungen** auferlegen, sofern diese Regeln enthalten, die auf die von ihr einzuschlagende Richtung hinweisen und nicht gegen den AEUV verstoßen.⁷²⁹ Die Unterscheidung zwischen den ermessenslenkenden Mitteilungen und den Orientierungen, wie die Kommission bestimmte komplexe wirtschaftliche Beurteilungen im Rahmen des MEOT vornehmen wird, wird in der Rechtsprechung nicht immer sauber eingehalten. So meint das EuG etwa in der Sache Valencia Club de Fútbol in Bezug auf die Bürgschaftsmittelteilung, dass die Kommission im speziellen Bereich der staatlichen Beihilfen durch

⁷²⁰ EuGH Urt. v. 10.12.2020 – C-160/19 P, ECLI:EU:C:2020:1012, Rn. 114 – Comune di Milano/Kom.

⁷²¹ Siehe zB EuG Urt. v. 25.6.2015 – T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, Rn. 179 ff. – SACE/Kom. (→ Rn. 273); bestätigt durch EuGH Urt. v. 23.11.2017 – C-472/15 P, ECLI:EU:C:2017:885, Rn. 107 – Servizi assicurativi del commercio estero SpA (SACE) und Sace BT SpA/Kom. Die Urteile beziehen sich allerdings zu Unrecht auf die EDF-Rechtsprechung (→ Rn. 210 ff.), die die Notwendigkeit einer Ex-ante-Bewertung im Rahmen der Untersuchung, ob der MEOT in Zweifelsfällen überhaupt anwendbar ist, betrifft. Nach dieser Logik wäre eine Ex-ante-Bewertung immer zwingende Voraussetzung für das Bestehen des MEOT. Das kann im Lichte der neueren Rechtsprechung, wonach es insbesondere auch auf die subjektive Vorstellung des Mitgliedstaates gar nicht ankommt, nicht richtig sein; so aber noch *Cyndecka*, EstAL 2018, 546(547) und *Bengt Jespersen*, EstAL 2019, 458(465). Siehe auch EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-385/18, ECLI:EU:C:2019:1121, Rn. 49–51 – Arriva Italia Srl ua (→ Rn. 217).

⁷²² EuG Urt. v. 30.4.1998 – T-16/96, Slg. 1998, II-757, Rn. 51 ff. – Cityflyer/Kom. Zur genauen Berechnung nach der Net Present Value Methode vgl. die Entscheidungen Kom., ABl. 2008 L 247/27 – Citynet Amsterdam, und Kom., Staatliche Beihilfe NN 34/2007 – Nord/LB.

⁷²³ Weitergehend *Koenig/Kühling/Ritter* EG-BeihilfenR Rn. 76, die auch eine Umkehr der Beweislast, also eine Vermutungswirkung, ausschließen.

⁷²⁴ EuG Urt. v. 6.3.2003 – T-228/99 und T-233/99, Slg. 2003, II-435, Rn. 251 – Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kom.; EuG Urt. v. 30.6.2015 – verb. T-186/13, T-190/13 und T-193/13, ECLI:EU:T:2015:447, Rn. 87 f. – Niederlande ua/Kom.

⁷²⁵ S. EuG Urt. v. 3.3.2010 – T-163/05, Slg. 2010, II-387, Rn. 36 f. – Bundesverband deutscher Banken/Kom.

⁷²⁶ EuG Urt. v. 6.3.2003 – T-228/99 u. T-233/99, Slg. 2003, II-435, Rn. 251 – Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kom.

⁷²⁷ NoA-Bekanntmachung, Rn. 4.

⁷²⁸ NoA-Bekanntmachung, Rn. 3.

⁷²⁹ Vgl. EuG Urt. v. 12.12.2000 – T-296/97, Slg. 2000, II-3871, Rn. 99 – Alitalia/Kom. und die dort zitierte Rspr.

die von ihr erlassenen Rahmen und Mitteilungen gebunden ist, soweit sie nicht von den Vorschriften des Vertrags abweichen,⁷³⁰ wobei es darauf abstellt, dass die Kommission über ein weites Ermessen bei Bewertungen wirtschaftlicher Art verfügt.⁷³¹ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, auf die sich das Gericht bezieht, ist indes zu den Freistellungsregeln nach Art. 107 Abs. 3 ergangen.⁷³² Unabhängig von dieser dogmatischen Unterscheidung sind die Ausführungen der Kommission zur Anwendung des MEOT in ihren Mitteilungen, Rahmen und Bekanntmachungen ernst zu nehmen, da sie einen Hinweis darauf geben, wie die Kommission den MEOT anzuwenden gedenkt, was schon deshalb besonders wichtig ist, weil die Nachprüfung der Beurteilung durch die Unionsgerichte beschränkt ist (hierzu sogleich). Zu dem diesbezüglichen Soft law gehören z.B. die NoA,⁷³³ die Bürgerschaftsmittlung,⁷³⁴ die Referenzzins-Mitteilung,⁷³⁵ die Risikokapitalleitlinien,⁷³⁶ die FuE-Leitlinien,⁷³⁷ die Breitband-Leitlinien⁷³⁸ sowie die Flughafen-Leitlinien.⁷³⁹ Ungeklärt ist die Frage, ob die Mitteilungen aufseiten des Mitgliedstaates und der betroffenen Unternehmen berechtigtes Vertrauen begründen können, welches der Möglichkeit einer Rückforderung entgegensteht, wenn sich später herausstellt, dass die entsprechende Mitteilung insoweit gegen Unionsrecht verstoßen hat. Jedenfalls soweit eine staatliche Maßnahme nach den Vorgaben der Mitteilung eindeutig als beihilfenfrei einzustufen gewesen ist, sollte dies eigentlich zu bejahen sein.⁷⁴⁰

235 Es entspricht indes ebenso ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die von der Kommission vorzunehmende Prüfung der Frage, ob eine Maßnahme dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers entspricht (MEOT), eine **komplexe wirtschaftliche Beurteilung** umfassen kann,⁷⁴¹ nicht jedoch in jedem Fall muss. Es ist im Rahmen der

⁷³⁰ EuG, Urt. v. 12.3.2020 – T-732/16, ECLI:EU:T:2020:98, Rn. 58 – Valencia Club de Fútbol, SAD/Kom.

⁷³¹ EuG, Urt. v. 12.3.2020 – T-732/16, ECLI:EU:T:2020:98, Rn. 61 – Valencia Club de Fútbol, SAD/Kom. Zur Frage des Beurteilungsspielraums der Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen siehe sogleich. Es ist anzumerken, dass in der unionsrechtlichen Judikatur keine klare terminologische Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum besteht.

⁷³² EuGH Urt. v. 11.9.2008 – C-75/05 P und C-80/05 P, EU:C:2008:482, Rn. 61 und 65 – Deutschland ua/Kronofrance; EuGH Urt. v. 2.12.2010 – C-464/09 P, EU:C:2010:733, Rn. 47 – Holland Malt/Kom.

⁷³³ Kom., ABl. 2019 C 262/01, Rn. 73 ff. – Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. (2016/C 262/01. Nicht im Amtsblatt, sondern nur auf der Website der GD Wettbewerb veröffentlicht (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html, letztmals abgerufen am 22.3.2021) und daher lediglich als Verständnishilfe gedacht sind die *Analytical grids on state aid to Infrastructure 2016 – 2017*. Dies sind Arbeitsdokumente, die von den Diensten der GD Wettbewerb zu Informationszwecken erstellt worden sind und die weder eine offizielle Position der Kommission zu diesen Thema ausdrücken, noch eine solche Position vorwegnehmen (siehe Disclaimer in der allgemeinen Einführung, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/intro_grid_en.pdf, letztmals abgerufen am 22.3.2021). Auch sie geben indes einen guten Überblick darüber, wie die Kommission die Beihilfenregeln auf Infrastrukturprojekte anzuwenden gedenkt. Sie beziehen sich auf Infrastrukturprojekte in den Bereichen Seehäfen, Kultur, kulturelles Erbe und Naturschutz, Flughäfen, Breitband, Forschung, Sport und Multifunktionales, Energie, Abfallmanagement, Wasserinfrastruktur, Straßen, Brücken, Tunnel und Binnenwasserstraßen, Eisenbahn, U-Bahnen und lokaler Transport.

⁷³⁴ Kom., ABl. 2008 C 155/02 – Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften. → Rn. 285 ff. sowie Teil 7 D.

⁷³⁵ Kom., ABl. 2008 C 14/02 – Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze. → Rn. 282.

⁷³⁶ Kom., ABl. 2014 C 19/04, insb. Rn. 29 ff. – Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen. Teil IV AGVO Art. 24.

⁷³⁷ Kom., ABl. 2014 C 198/01, Rn. 16 ff. – Mitteilung der Kommission, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation. → Rn. 512 sowie Teil IV AGVO Art. 30.

⁷³⁸ Kom., ABl. 2013 C 25/01, Rn. 16/17 – Mitteilung der Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau. → Rn. 349 sowie Teil IV AGVO Art. 14, Rn. 109 ff.

⁷³⁹ Kom. ABl. 2014 C 99/3, Rn. 46 ff. – Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften. → Rn. 517 sowie Teil 9, K.

⁷⁴⁰ Leider schweigt auch die neue Rückforderungsmittlung hierzu, siehe Kom., ABl. 2019 C 247/01, Rn. 39 ff. – Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen. Vgl. allg. zur Wirkung von Mitteilungen und Leitlinien *Thomas* EuR 2009, 423.

⁷⁴¹ EuGH Urt. v. 29.2.1996 – C-56/93, Slg. 1996, I-723, Rn. 10 f. – Belgien/Kom.; EuG Urt. v. 12.12.1996 – T-358/94, Slg. 1996, II-2109, Rn. 71 – Air France/Kom.; EuG Urt. v. 15.9.1998 – T-126/96 u. T-127/96, Slg. 1998, II-3437, Rn. 81 – BFM und EFIM/Kom.; EuGH Urt. v. 7.5.2020 – C-148/19 P, ECLI:EU:C:2020:354, Rn. 59 – BTB Holding Investments SA und Duferco Participations Holding SA/Kom.