

AGVO – quo vadis?

Beihilfengesprächskreis, 28. November 2016

ZUKUNFT.

Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.

SACHSEN.

SACHS

AGVO – quo vadis?

Leitfrage: Hat sich die AGVO 2014 bewährt?

→ Praxistauglichkeit (aus Sicht **aller** potenziellen Anwender)?



I Die AGVO im Kontext

Rückmeldung nach einem Tagesseminar für eine sächsische Großstadt September 2016:
„...war die Verwirrung zunächst groß, (da) die neue NoA das System, das man bislang glaubte, verstanden zu haben, wieder teilweise in Frage stellt.“

→ **AGVO 2014** mit erheblichen Ausweitungen (Infrastrukturen, Kultur) in Kraft getreten!
Nicht zuletzt als Konsequenz aus „Leipzig / Halle“.

→ **NoA 2016** relativiert die Bedeutung der neuen Freistellungstatbestände gerade für den kommunalen Bereich erheblich: Insbesondere die Kulturfreistellung (Art. 53 AGVO), die seit 2014 mit viel Aufwand bekannt gemacht worden war (und: Anzeige einer sächsischen Kulturrahmenregelung), hat kaum noch eine praktische Bedeutung. Auch Naturschutzmaßnahmen und typische kommunale Infrastrukturen in den Bereichen Sport etc. (Art. 55, 56 AGVO) sind im Lichte der NoA neu zu bewerten.

AGVO – quo vadis?

Frage: Abgesehen von anfänglicher Verwirrung: Ist der Versuch, den Beihilfebegriff wieder einzugrenzen (vs. „Universumeffekt“) nicht genau das, was die Praxis braucht?

M.E.: Prinzipiell zwar ja, aber was die Praxis vor allem braucht, ist Rechtssicherheit / einfache Anwendbarkeit. Die fundierte Prüfung, ob eine Beihilfe vorliegt, ist in der Mehrzahl der Fälle die größte Herausforderung für die Anwender!

→ Einfache Anwendbarkeit / Rechtssicherheit insb. beim Kriterium der potenziellen Handelsbeeinträchtigung kritisch (trotz der beiden vor allem für die **sektorale** Betrachtung hilfreichen Pressemitteilungen vom 29.04.2015 und vom 21.09.2016): Insbesondere Erfordernis der Einzelfallbetrachtung ist nicht niederschwellig! (vgl. Rz. 195 NoA: „...*muss auf der Grundlage der vorhersehbaren Auswirkungen der Maßnahme festgestellt werden, warum ... sie Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben könnte.*“ – „*Warum*“ heißt in der Sache für den Anwender „*ob*“, da keine Regelvermutung der Beihilfefreiheit).

Daher: Macht es für die Praxis Sinn, ergänzend zur NoA den „alten“ Ansatz der KOM: „Es kann dahinstehen, ob Beihilfe, da jedenfalls vereinbar“ zu nutzen und im Zweifel (z.B.) die AGVO vorsorglich anzuwenden?

AGVO – quo vadis?

II Vor der Antwort auf die Frage, ob es einfacher sein kann, auch in Zweifelsfällen vorsorglich die AGVO anzuwenden, müssen wir uns fragen: Wo stehen wir bei Anwendung der AGVO?



AGVO 2014 enthält m.E. **gute Ansätze**, um den Aufwand für die Anwender vertretbar zu gestalten, **insbesondere**:

(1) **Plankosten statt Istkosten** bei Infrastrukturen: („*Der Betriebsgewinn wird vorab, auf der Grundlage realistischer Projektionen, oder über einen Rückforderungsmechanismus von den beihilfefähigen Kosten abgezogen.*“).

→ Praxisgerechter als DAWI-Freistellungsbeschluss, der spätestens jeweils nach 3 Jahren Istkostenkontrolle verlangt! – Vor dem Hintergrund, dass der DAWI-Freistellungsbeschluss auch für Infrastrukturinvestitionen genutzt wird (z.B. Bau von Jugendherbergen), Anpassungsbedarf im DAWI-Bereich!

AGVO – quo vadis?

(2) „**Safe harbour**“-Regelungen bei Infrastrukturen: („Bei Beihilfen von nicht mehr als **1 Mio. EUR** kann der Beihilfehöchstbetrag ... auf 80 % der beihilfefähigen Kosten festgesetzt werden.“).

→ Praxisgerecht, da bei Kleinfällen insbesondere die bei Berechnung der Wirtschaftlichkeitslücke erforderliche Kontrolle der Zweckbindung für den Investitionszeitraum (steuerlichen Abschreibungszeitraum) unverhältnismäßig erscheint,

daher: (+) Geplante Erhöhung auf **2 Mio. EUR** (2. Entwurf Novelle), jedoch zu eng (nur für Kultur / Häfen): → Sinnvoll wäre eine Zulassung bei allen Infrastrukturen (auch bei Art. 56 AGVO, lokale Infrastrukturen) und eine durchgehende Anhebung auf 2 Mio. EUR!

→ Da der safe harbour jedoch nicht alle Kleinfälle erreicht (z.B. Kofi Land / Kommune 100 %), sollte die **Wirtschaftlichkeitslückenberechnung** nicht weiter verkompliziert werden, daher in Novelle Regelung zum **angemessenen Gewinn** (künftig nur noch Abzinsung des Betriebsgewinns vorgesehen) praxisgerecht ausgestalten, i.e.:

- Geeigneten Abzinsungssatz (z.B. 4 %) explizit als safe harbour zulassen (entspr. VO 480 / 2014).

- Alternativ sollte weiterhin Umsatzrendite zugelassen werden: Zur bisherigen Regelung hat KOM in den FAQ zu Rz. 255 gerade die Flexibilität betont und konzidiert: „*For example, for museums and other cultural institutions, rate of return on sales may be easier to use.*“ .

AGVO – quo vadis?

Trotz der guten Ansätze zur Vereinfachung bereitet die Anwendung der AGVO insbesondere solchen Zuwendungsgebern Schwierigkeiten, die nicht täglich mit dem Beihilferecht befasst sind, z.B. Kommunen! Gründe u.a.:

- Anwendung der AGVO setzt gute Grundkenntnisse im Beihilferecht voraus, z.B. Umgang mit der Ebenenbetrachtung (Eigentum, Betrieb, Nutzung).
- Anwendung für Kleinfälle teilweise nicht niederschwellig genug, z.B. enthält Entwurf der AGVO-Novelle zwar (die dringend benötigte!) Regelung zur Transparenz vergünstigter Verträge, jedoch: Marktbenchmark oder Gutachten. Praxisgerechter wäre für Kleinfälle etwa „schwarze Null“ (ggf. zzgl. prozentual geringer Rendite).

Daher: Kann man für „Kleinfälle“ – über Detailverbesserungen hinaus – grundlegender vereinfachen? Dann wäre auch der Ansatz: „Es kann dahinstehen, ob Beihilfe“ durchgehender sinnvoll.

AGVO – quo vadis?

III Aber lohnt es überhaupt, (auch) über „Kleinfälle“ nachzudenken? Dann wird halt einmal ein Kleinfall „falsch“ eingeordnet...



M.E. gilt:

- Die **Akzeptanz** für das Beihilferecht insgesamt setzt auch voraus, dass das System für die direkten Anwender in sich schlüssig erscheint, so dass Einzelfälle durch sie selbst relativ sicher eingeordnet werden können (statt Risikobewertung: „Es wird schon nichts passieren“).
- An Bedeutung gewinnt darüber hinaus der Aspekt der **Gleichbehandlung**, jedenfalls solange Auswahl für Monitorings nur aus der Gruppe der Fälle, die überhaupt angezeigt werden (bzw. beim DAWI – Freistellungsbeschluss, über die berichtet wird). Monitorings treffen nicht nur Großfälle, Bsp.: Parkraumbewirtschaftung in einer sächsischen Mittelstadt im DAWI-Monitoring.
→ Ein Auswahlverfahren nur aus der Gruppe der „Rechtstreuen“ wäre nur akzeptabel, wenn entweder die Compliance bei annähernd 100 % läge **oder** eine Vergleichsgruppe gebildet würde (= Was machen die Kommunen / BL / MS, die diese Fallgruppe nicht anzeigen / nicht berichten?)!

AGVO – quo vadis?

Frage: Weist nicht zuletzt unter dem genannten Aspekt „Verbesserung der Compliance → Gleichbehandlung in der Kontrolle“ die „strenge“ Auslegung des EuGH in Sachen „**Dilly`s Wellnesshotel**“ (C-493/14), wonach der MS sich bereits bei **formalen** Verstößen gegen die AGVO nicht auf die Ausnahme von der Notifizierungspflicht berufen kann, nicht in die richtige Richtung?

M.E. ist zwar das **Ziel** (= möglichst lückenlose Kontroll**m**öglichkeit der KOM) des Urteils richtig, der **Weg** dahin jedoch nicht überzeugend:

Verbesserung der Zielerreichung?

Tendenziell ja, da es für die MS wichtiger wird, auch die formalen Bestimmungen der AGVO zu beachten, wie sie derzeit in Art. 3 der AGVO in Bezug genommen werden (dazu zählen auch die neuen Transparenzvorschriften des Art. 9 AGVO).

Wichtiger wird es, da es für Wettbewerber attraktiver wird, vor dem nationalen Richter zu klagen. Der nationale Richter ist bereits aufgrund des im formalen Verstoß gegen die AGVO zugleich liegenden Verstoßes gegen das Durchführungsverbot **verpflichtet**, Maßnahmen zu ergreifen, wie dies u.a. im Urteil des EuGH vom 21.11.2013, C-284/12 (Deutsche Lufthansa gegen Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH) beschrieben wird: „*Das Einschreiten der nationalen Gerichte beruht auf der unmittelbaren Wirkung, die dem in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ausgesprochenen Verbot der Durchführung der beabsichtigten Beihilfemaßnahme zuerkannt wird.*“

AGVO – quo vadis?

Aber der mit dem Urteil „Dilly`s Wellnesshotel“ beschrittene **Weg** birgt die Gefahr, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen:

- Zwar ist zu bedenken, dass der nationale Richter nach der CELF-Rechtsprechung auch bei einer bereits vorliegenden Genehmigung der KOM dem Beihilfenempfänger für die Zeit der Rechtswidrigkeit wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot die Zahlung von Zinsen aufgeben muss. Und Art. 3 AGVO knüpft die Freistellungswirkung nun einmal an formale **und** materielle Voraussetzungen. Wird gegen Art. 3 AGVO verstoßen, ist es bereits dem Wortlaut der AGVO nach konsequent, eine Berufung auf die Freistellung zu versagen.
- Jedoch: Das **Durchführungsverbot** erfüllt keinen Selbstzweck, sondern soll nach seinem Sinn und Zweck sicherstellen, dass keine mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfen eingeführt werden. Plastisch EuGH, CELF I vom 12.2.2008, Rz. 48: „... *ist darauf gerichtet, dass nur mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfen durchgeführt werden. ... wird die Einführung ... ausgesetzt, bis die **Zweifel** an ... Vereinbarkeit durch die abschließende Entscheidung der Kommission beseitigt sind.*“

AGVO – quo vadis?

→ Andere Marktteilnehmer sind jedoch nicht der Gefahr ausgesetzt, dass eine unvereinbare Beihilfe (ggf. „nur“: zu früh) eingeführt wird, wenn an der materiellen Vereinbarkeit der Maßnahme **zu keinem Zeitpunkt** vernünftige **Zweifel** bestehen können. **Sowohl der MS als auch der nationale Richter als auch andere Marktteilnehmer können unschwer die materiellen Voraussetzungen der AGVO überprüfen, aus deren Vorliegen Art. 3 AGVO die Folgerung zieht, dass eine Maßnahme als mit dem Binnenmarkt vereinbar gilt.** → Dies ist m.E. ein wesentlicher Unterschied zu den „klassischen“ Fällen, in denen gegen eine Notifizierungspflicht verstoßen worden ist und erst durch Entscheidung der KOM geklärt wird/ wurde, ob eine mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe vorliegt. Nur in letztgenannten Fällen gibt / gab es tatsächlich eine Phase des Zweifels, die andere Marktteilnehmer dem Risiko der Einführung nicht mit dem Binnenmarkt vereinbarter Beihilfen aussetzt bzw. ausgesetzt hat bzw. nur in diesen Fällen wurde die Einführung vereinbarter Beihilfen vor den sonst überhaupt nur möglichen Zeitpunkt (der Genehmigung) vorgezogen.

Bei dieser Sichtweise unterstelle ich, dass der formale Verstoß gegen die AGVO materiell nichts am Bewertungsmaßstab ändern kann, der KOM bereits zur allgemeinen Vereinbarkeitserklärung in der AGVO veranlasst hat.

Dazu **Hinweis**: Im beim EuG anhängigen Verfahren BMW / KOM, T-671/14 hat KOM – wie bereits in zahlreichen Regionalbeihilfeverfahren zuvor - streitig gestellt, dass die Vereinbarkeitserklärung für anmeldefreie Beträge nach Art. 3 der AGVO „weitergilt“, wenn der MS einen höheren Betrag notifiziert. Eine Vereinbarkeitserklärung nach der AGVO sei nicht mit einer Genehmigung vergleichbar, KOM könne daher den freigestellten Betrag in der Einzelprüfung unterschreiten.

AGVO – quo vadis?



IV Kleines Fazit:

→ Kontrollmöglichkeiten für die KOM werden m.E. am sinnvollsten dadurch gesichert, dass im Regelwerk auf Verständlichkeit, Kohärenz und Verhältnismäßigkeit geachtet wird, was die Akzeptanz und damit die Compliance tendenziell erhöht.

→ Beihilfefreiheit nach NoA (pot. Handelsbeeinträchtigung) teilweise nicht einfach / rechtssicher feststellbar. Bei Unsicherheit / zu hohem Aufwand kann Ausweichen auf AGVO praxismgerechter sein.

→ AGVO enthält gute Vereinfachungsansätze, aber diese erreichen nicht alle „Kleinfälle“. Ferner setzt das Zurechtfinden in der AGVO bereits gute Kenntnisse im Beihilferecht voraus, insb. kleinere Kommunen sind häufig überfordert. **Weniger „Perfektionismus“ möglich?**

→ **Ansatz für groberes Raster bei „Kleinfällen“: Regelvermutung** der Vereinbarkeit für die AGVO konzipieren, deren Voraussetzungen auch durch Anwender ohne besondere Vorkenntnisse einfach „abgehakt“ werden können, denkbare Eckpunkte z.B.:

- Beihilfeempfänger: z.B. Umsatzgrenze und alternativ: bietet Güter/DL nur in Region an;
- (breite) sektorale Eingrenzung bzw. sektorale Ausschlüsse;
- max. x Mio. EUR / x Jahre, egal, ob Investitions- oder Betriebsbeihilfen, bei vergünstigten Verträgen BSÄ = Differenz zur „schwarzen Null“;
- safe harbour 80 % der Kosten, sonst Wirtschaftlichkeitslückenberechnung, ggf. mit begrenztem Betrachtungszeitraum, z.B. 5 Jahre; wenn keine Einnahmen erzielt werden, 100 %.



Kontakt

MR`in Monika Weskamm

Leiterin SMWA Referat 15

Beihilferecht, Folgen europäischer Beihilfeentwicklung

Tel.: 0351/564-8150

monika.weskamm@smwa.sachsen.de