Praxisrelevante Schnittstellen zwischen EU-Beihilferecht und Vergaberecht – ein Überblick über die Entscheidungspraxis (Teil 2)

Privatisierungen und PPP-Projekte

Privatisierungen und PPP-Projekte sind wesentliche Aspekte im Beihilfenrecht, die jeweils auch stark mit vergaberechtlichen Grundsätzen und Normen in Zusammenhang stehen. Bei beiden Arten von Projekten ist jeweils zu prüfen, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden und ob ein (ungerechtfertigter) Vorteil ausgeschlossen werden kann.

Von Marlene Wimmer-Nistelberger

ZVB 2018/40

Art 107 AEUV

EuGH 24. 10. 2013, C-214/12P, *Bank Burgenland,* EU-Kommission, C(2008) 1102, Tractorul, ABl L 263/5, EU-Kommission, C(2013) 33546, ANA – Aeroportos de Portugal, ABl C 256/2, EU-Kommission, C(2007) 6072, Citynet Amsterdam

Bietverfahren;

Privatisierung;

PPP-Projekt;

Beihilfe

Inhaltsübersicht:

A. Einleitung
B. Privatisierungen und die Anwendbarkeit der Vergabeprinzipien
  1. Keine Pflicht zur Durchführung eines Bietverfahrens
  2. Offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes Bietverfahren
  3. Bedingungen und das Risiko der Senkung des Verkaufspreises
    a) Allgemeines
    b) Verschiedene Arten von Bedingungen
    c) Beispiele aus der Entscheidungspraxis
C. PPP-Projekte und Beihilferecht
  1. Einleitung
  2. Definition
  3. Ausschluss einer Beihilfe
    a) Privatinvestor-Test
    b) Konkret zu beantwortende Fragen
  4. Mögliche Begünstigte
  5. Mögliche Begünstigte
  6. Conclusio zu PPP-Projekten
D. Conclusio

A. Einleitung

Während sich Teil 1 dieses Artikels primär mit der Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse befasste, widmet sich der gegenständliche zweite Teil des Artikels zwei weiteren praxisrelevanten Schnittstellen.

Eingangs liegt der Fokus dieses Beitrags auf Privatisierungen und der Anwendbarkeit von vergaberechtlichen Prinzipien. Es wird untersucht, wie Privatisierungen im Einklang mit EU-Beihilferecht und Vergaberecht durchgeführt werden können. Dabei liegt der Schwerpunkt auf den Aspekten der Transparenz und Nichtdiskriminierung. Im nächsten Schritt wird analysiert, wie die Kommission mit verschiedenen Arten von Bedingungen im Bietverfahren und mit dem Risiko der Senkung des Kaufpreises umgeht. Der Fokus liegt dabei auf der Frage, ob die Entscheidungen konsistent sind.

Nachfolgend behandelt dieser Teil Public-Private-Partnerships („PPP"), insb die Frage der potenziell Begünstigten und Phasen eines PPP-Projekts, in denen Beihilfe gewährt werden könnte.

B. Privatisierungen und die Anwendbarkeit der Vergabeprinzipien

1. Keine Pflicht zur Durchführung eines Bietverfahrens

Ganz grundsätzlich ist auszuführen, dass das Unionsrecht keine Verpflichtung zur Durchführung eines Bietverfahrens vorsieht. Ein angemessener Preis kann nämlich auch durch ein Sachverständigengutachten ermittelt werden.[1] Wenn aber ein Bietverfahren durchgeführt wird, das den Voraussetzungen des Beihilfenrechts entspricht, dann genießt es die Vermutung, dass keine Beihilfe gewährt wurde. Die Einholung eines Gutachtens zur Prüfung, ob der gebotene Kaufpreis dem Marktwert entspricht, ist nicht einzuholen.[2]

Alternativ zur Durchführung eines Bietverfahrens kann die Prüfung der Marktkonformität der betreffenden Transaktion aber auch durch andere Bewertungsmethoden erfolgen. Die Kommission nennt bspw das Benchmarking,[3] die Berechnung des Barwerts und die Berechnung des internen Zinsfußes zur Ermittlung der (jährlichen) Kapitalrendite.[4] Welches Bewertungsverfahren bei einer Transaktion geeignet ist, hängt nach Ansicht der Kommission von der Marktsituation, der

1) EuGH 24. 10. 2013, C-214/12P, C-215/12P und C-223/P, *Bank Burgenland,* Rn 93.
2) *Bank Burgenland* (n 1), Rn 94, 95.
3) *EU-Kommission,* Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art 107 Abs 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn 98 ff.
4) *EU-Kommission* (n 3), Rn 102.

Art der Transaktion und der Verfügbarkeit von Daten ab.[5]

2. Offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes Bietverfahren

Nach dem 23. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 kann der Verkauf von (Anteilen an) staatlichen Unternehmen zu einem Marktpreis an einer Börse oder nach Durchführung eines Vergabeverfahrens, das die nachfolgenden Kriterium erfüllt, stattfinden:

1. Das Bietverfahren muss allen Interessierten offenstehen, transparent und an keine weiteren Bedingungen geknüpft sein (zB Erwerb anderer Vermögenswerte oder Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten).

2. Das Unternehmen muss an den Meistbietenden veräußert werden und

3. Bieter müssen über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine adäquate Bewertung vornehmen zu können.[6]

Erfüllt eine Ausschreibung diese Bedingungen nicht, so muss der Verkauf bei der Kommission angemeldet werden.[7]

Transparenzgebot

Eine transparente Vorgehensweise ist für alle Phasen des Bietverfahrens notwendig, beginnend bei der Bekanntmachung des Verfahrens bzw Kontaktaufnahme mit (potenziellen) Bietern bis zur Zuschlagsentscheidung.

Bekanntmachung

Eine Bekanntmachung hat grundsätzlich in nationalen Medien stattzufinden. Für den Fall, dass auch internationale Bieter am Unternehmen interessiert sein könnten, hat sie in europaweiten Medien über einen angemessenen Zeitrahmen zu erfolgen, sodass alle potenziellen Bieter die Möglichkeit haben, davon Kenntnis zu erlangen.[8]

Beispiele aus der Entscheidungspraxis

Die Kommission hat im Laufe ihrer Entscheidungspraxis bspw bereits festgehalten, dass es nicht ausreicht, lediglich fünf Bieter zu kontaktieren.[9] Nichtsdestotrotz argumentieren manche Stimmen in der Literatur, dass eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht besteht, wenn der Verkäufer selbst oder ein Berater einen adäquaten Überblick über den Markt hat. Dennoch kann selbst in einem solchen Fall argumentiert werden, dass eine ausreichende Anzahl an potenziellen Käufern zur Abgabe eines Angebots einzuladen sind, da nur dadurch ein funktionierender Preiswettbewerb gewährleistet wird.[10]

Das allumfassende Transparenzkriterium hat die Kommission dazu veranlasst, zahlreiche Entscheidungen zu erlassen und dadurch seine Bedeutung hervorzuheben. Sie befasste sich bspw mit der Praktik der Bekanntgabe von Änderungen hinsichtlich wichtiger Information (zB des Werts des Unternehmens) nur an bestimmte potenzielle Käufer,[11] dem Kontaktieren lediglich bestimmter potenzieller Käufer[12] oder der Diskriminierung potenzieller Bieter in Bezug auf Informationen über das staatliche Unternehmen, die Zuschlagskriterien und individuelle Möglichkeiten für Verhandlungen über bestimmte vertragliche Regelungen.[13] All diese Praktiken haben eines gemeinsam: Es mangelt ihnen an Transparenz. Dies bedeutet, dass das Vorliegen einer Beihilfe nicht ausgeschlossen werden kann.

3. Bedingungen und das Risiko der Senkung des Verkaufspreises

a) Allgemeines

Um das Vorliegen einer Beihilfe auszuschließen, fokussiert die Kommission die beihilfenrechtliche Prüfung von Privatisierungen auf die Einhaltung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, der in den marktwirtschaftlich handelnden Verkäufer abgewandelt wird. Bei Anwendung dieses Grundsatzes vermutet die Kommission, dass ein normaler Verkäufer, um den höchstmöglichen Preis zu erzielen, das Unternehmen ohne Bedingungen verkaufen würde.[14]

Das bedeutet im Umkehrschluss aber nicht, dass jede Art von Bedingung automatisch zum Vorliegen einer Beihilfe führt. Die Kommission prüft nämlich nur, ob ein normaler Verkäufer die Bedingung(en) akzeptieren würde. Wenn dies der Fall ist, ist die Bedingung auch für den Mitgliedstaat zulässig.[15]

b) Verschiedene Arten von Bedingungen

Nach der Entscheidungspraxis der Kommission sind zwei Arten von Bedingungen zu unterscheiden:

1. Bedingungen, die bei Anteilsverkäufen marktüblich sind: Dabei ist bspw an die Einhaltung nationaler Gesetze (zB Arbeitsrecht) zu denken. Diese Bedingungen stehen üblicherweise im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Verkäufers.[16]

2. Marktunübliche Bedingungen: Diese sind dann problematisch, wenn durch sie das Risiko der Senkung des Verkaufspreises und damit das Risiko einer Beihilfe an den potenziellen Käufer besteht.[17]

5) *EU-Kommission* (n 3), Rn 103.
6) *EU-Kommission* (n 3), Rn 90–96; *EU-Kommission,* XXIII. Bericht über Wettbewerbspolitik 1993, https://publications.europa.eu/de/related-publications?p_p_id=portal2012searchExecutor_WAR_portal2012portlet_INSTANCE_AOrXQXg7DLjE&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_col_id=maincontentarea&p_p_col_count=3&_portal2012documentDetail_WAR_portal2012portlet_cellarId=7db4a243-39f3-4ba4-a5b7-1cb48f8ca6d3&_portal2012documentDetail_WAR_portal2012portlet_language=en&facet.issn=0259-3157(abgefragt am 22. 12. 2017), 271.
7) *EU-Kommission,* Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zu beihilfenkonformer Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_de.pdf (abgefragt am 22. 12. 2017), 13.
8) *EU-Kommission* (n 3), Rn 91, *EU-Kommission* (n 7), Seite 14.
9) *Gothaer Fahrzeugtechnik GmbH* (Aktenzeichen K[2002]316) Entscheidung der Kommission 2002/896/EG (2002) ABl L 314/62, para 29.
10) *Alexander Egger,* Beihilfenverbot und Privatisierungen: Bank Burgenland und die aktuelle Praxis (Teil I), (2008) 1 Zeitschrift für Beihilfenrecht, Seite 34–35.
11) *Société de Banque Occidentale (SDBO)* (Aktenzeichen K[1998] 2406) Entscheidung der EU-Kommission 1999/262/EG (1999) ABl L 103/19, Teil V.ii.
12) *Gothaer Fahrzeugtechnik GmbH* (n 9), para 29.
13) *Automobile Craiova* (Aktenzeichen C[2008] 700) Entscheidung der EU-Kommission C 46/07 (ex NN 59/07) (2008) ABl L 239/12, para 66–67.
14) *EU-Kommission* (n 7), Seite 11.
15) *EU-Kommission* (n 5), Seite 11.
16) *Tractorul* (Aktenzeichen C[2008] 1102) Entscheidung der EU-Kommission C 41/07 (ex NN 49/07) (2008) ABl L 263/5, para 41.
17) *Tractorul* (n 16), para 41.

c) Beispiele aus der Entscheidungspraxis

Um diese Ausführungen mit konkretem Inhalt zu füllen, werden nachfolgend einige Entscheidungen der Kommission dargestellt und auf Konsistenz überprüft.

Bedingungsfreie Bietverfahren

- Ein Bietverfahren wird dann als bedingungsfrei betrachtet, wenn jeder potenzielle Käufer das staatliche Unternehmen kaufen kann, und zwar unabhängig davon, ob er in der Branche tätig ist. Darüber hinaus muss es dem potenziellen Käufer freistehen, ob oder wie er das Unternehmen weiter betreibt. Bedingungen, die aus einem wie immer gearteten öffentlichen Interesse herrühren, führen zu einem nichtbedingungsfreien Verfahren.[18)]
- In der Rechtssache *Tractorul* hat die Kommission ausgesprochen, dass die Bedingungen des Bietverfahrens hinsichtlich des Going-Concern-Prinzips für zehn Jahre und die fortgesetzte Beschäftigung der Mitarbeiter nicht bindend waren, sondern lediglich Bemühenszusagen. Daraus hat die Kommission abgeleitet, dass diese Bedingungen (i) keinen potenziellen Käufer an der Abgabe eines Angebots gehindert haben und (ii) sie kein Risiko einer Senkung des Verkaufspreises beinhalten.[19)]
- In *Centrale del Latte di Roma* hat die Kommission betont, dass Bedingungen bezüglich des Verkaufs von öffentlichen Gütern zulässig sind, wenn sie nicht zu einer Diskriminierung zwischen potenziellen Käufern führen. So wurde angenommen, dass die Bedingungen bezüglich
  - der Erhaltung von Arbeitsplätzen,
  - der Zugeständnisse, nicht weniger als 80% des Rohmaterials von regionalen Produzenten zu kaufen,
  - der Umsetzung eines Businessplans und
  - des Zugeständnisses innerhalb der nächsten fünf Jahre nicht zu übersiedeln,

  nicht zu einer Diskriminierung führten.[20)]
  Nichtsdestotrotz führte die Kommission aus, dass eine Beihilfe auch dann vorliegen könnte, wenn das staatliche Unternehmen an den meistbietenden Käufer verkauft wird und obwohl der erzielte Preis weit über dem erwarteten Verkaufspreis liegt. Dies wäre der Fall, wenn der Käufer im Vergleich zum ansonsten bezahlten hypothetischen Preis einen niedrigeren Preis bezahlt hat.[21)]
- Im Fall der Privatisierung einer portugiesischen Bank hat sich die Kommission mit zwei Bedingungen beschäftigt: Die erste Bedingung bezog sich auf die Größe des Käufers bzw seine Erfahrung mit dem Betrieb eines Flughafens. Nach Ansicht der Kommission war diese Bedingung gerechtfertigt, da Portugal den Betrieb des Flughafens sicherstellen musste. Die zweite Bedingung betraf den Ausschluss einer Änderung der Eigentümerstruktur innerhalb von fünf Jahren. Da diese Bedingung aus einem Konzessionsvertrag stammte, der vor der Privatisierung abgeschlossen wurde und als übliche Bedingung in dieser Art von Verträgen betrachtet werden konnte, war auch diese Bedingung nach Ansicht der Kommission gerechtfertigt. Darüber hinaus war in diesem Fall das höchste Angebot wesentlich höher als der geschätzte Wert, was eine weitere Indikation dafür darstellt, dass die Bedingungen den Kaufpreis nicht gesenkt haben.[22)]

Nicht bedingungsfreie Bietverfahren

- Ein Bietverfahren kann nicht als bedingungsfrei betrachtet werden, wenn Bedingungen/Regelungen enthalten sind, die den Kaufpreis mindern, selbst wenn diese nicht ausdrücklich als Bedingung formuliert sind, sich de facto aber so auswirken. Das betrifft insb Regelungen, die die Zahl der potenziellen Bieter beeinflussen, oder Fälle, in denen spezifische Geschäftsstrategien bevorzugt werden.[23)]
- Ferner ist ein Bietverfahren nicht bedingungsfrei, wenn die Bonität des Bieters über die Fähigkeit zur Kaufspreiszahlung hinaus Bedeutung hat.[24)]
- Ein Bietverfahren ist auch dann nicht bedingungsfrei, wenn ein Mitgliedstaat die Abgabe eines Businessplans verlangt, der Details über Zugeständnisse bezüglich Aufbau und Erhaltung von Arbeitsplätzen und zukünftige Investitionen enthält. Im entscheidungsgegenständlichen Fall wurde davon ausgegangen, dass diese Zugeständnisse Einfluss auf den Verkaufspreis hatten, insb, weil bestimmte Bieter zu Verhandlungen über ihre Zugeständnisse eingeladen wurden.[25)]
- Ganz grundsätzlich kann auch das Risiko, dass das aufsichtsbehördliche Genehmigungsverfahren länger dauert, zu einer Wertberichtigung des Angebots führen. Im Fall *Bank Burgenland* hat das EuG (mit späterer Bestätigung durch den EuGH) ausgeführt, dass zwar ein Prognosespielraum besteht, doch Beweise für die Wahrscheinlichkeit der Versagung der Genehmigung vorliegen müssen. Werden die Preiseffekte und das konkrete Risiko nicht ausreichend begründet, so kann die Dauer des Genehmigungsverfahrens nicht als Zuschlagskriterium herangezogen werden.[26)]
- Bei der Durchführung des Bietverfahrens ist auf die Verwendung angemessener Zuschlagskriterien besonderer Bedacht zu nehmen. So hat der EFTA-Gerichtshof im Fall einer Konzessionsvergabe festgehalten, dass zwar qualitative Zuschlagskriterien zulässig sind; im gleichen Atemzug hat er aber auch ausgesprochen, dass eine Gewichtung von nur 15% für den Preis und von 85% für verschiedene regulatorische Zuschlagskriterien (zB Stimulation des Wettbewerbs, Beginn des Service, Tarifeinheitlichkeit, etc)[27)] nicht von privaten Verkäufern vorausgesetzt werden würden.[28)] Diese Ansicht spiegelt sich

18) *EU-Kommission* (n 3), Rn 94, *EU-Kommission* (n 7), Seite 14.
19) *Tractorul* (n 16), para 43, 44, 46.
20) *Centrale del Latte di Roma* (Aktenzeichen C[2000] 1173) Entscheidung der EU-Kommission 2000/628/EC (2000) ABl L 2265/15, para 91.
21) *Centrale del Latte di Roma* (n 20), para 36.
22) *ANA – Aeroportos de Portugal* (Aktenzeichen C[2013] 3546 final) Entscheidung der EU-Kommission N/2013 (2013) ABl C 256/2, para 52, 57–59, 61.
23) *Automobile Craiova* (n 13), para 60.
24) *Bank Burgenland* (n 1); s auch *Jaeger,* Neues an der Schnittstelle von Vergabe- und Beihilfenrecht, wbl 214, 493 (500).
25) *Gröditzer Stahlwerke GmbH* (Aktenzeichen C[1999] 2264) Entscheidung der EU-Kommission 1999/720/EC, ECSC (1999) ABl L 292/27, para 87.
26) *Bank Burgenland* (n 24), Rz 136–140.
27) EFTA-Gerichtshof 27. 1. 2014, E-1/13, *Mila,* para 98.
28) *Mila* (n 27), para 82, 99.

auch in einer Bekanntmachung der Kommission wider, worin festgehalten ist, dass bei Ausschreibungsverfahren der Preiskomponente besonderes Gewicht zukommt.[29)]

Analyse der Entscheidungen

Aus den oben dargestellten Entscheidungen kann abgeleitet werden, dass eine Privatisierung dann wenig problematisch ist, wenn sie nach Durchführung eines transparenten, strukturierten und bedingungsfreien Bietverfahrens abgeschlossen wird, sofern dem Verkaufspreis besonderes Gewicht zukommt. Das bedeutet, dass im Idealfall ausschließlich der Verkaufspreis als Zuschlagskriterium dienen sollte.

Zusätzlich können auch Bemühenszusagen zulässig sein, sofern angenommen wird, dass diese den Verkaufspreis nicht negativ beeinflussen. Ergänzend ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass der bloße Fakt, dass ein Mitgliedstaat Bedingungen voraussetzt, noch nicht automatisch zur Annahme führt, dass Beihilfe vorliegt. Werden Bedingungen vorgeschrieben, so trägt der Mitgliedstaat die Beweislast, dass die Bedingungen (i) entweder auch bei privaten Verkäufern marktüblich sind oder (ii) sie kein Risiko einer Kaufpreisminderung beinhalten.

Aus dem oben Gesagten kann abgeleitet werden, dass Mitgliedstaaten einen (kleinen) sicheren Hafen bei der Durchführung von Bietverfahren zur Privatisierung von staatlichen Unternehmen ansteuern können.

Nichtsdestotrotz besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der Ansicht der Kommission, wonach der Käufer den (allfälligen) Fortbetrieb des Unternehmens selbst bestimmen kann,[30)] und dem schlichten Fokus in den Entscheidungen auf Nichtdiskriminierung zwischen potenziellen Käufern. Es zeigt sich jedoch relativ offensichtlich, dass die Unternehmen mehr oder weniger wie zuvor betrieben werden sollen (s dazu *Centrale del Latte di Roma, Gröditzer Stahlwerke* und *ANA – Aeroportos de Portugal*).

Letztlich scheint die Entscheidungspraxis sehr stark von den Umständen des Einzelfalls abzuhängen.

C. PPP-Projekte und Beihilferecht

1. Einleitung

Gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen werden nicht immer direkt durch die öffentliche Hand bereitgestellt. Stattdessen sucht die öffentliche Hand vermehrt private Partner, um diese Aufgaben in Form einer Public-Private-Partnership („PPP“) zu erfüllen. Die Umsetzung von PPP-Projekten betrifft eine Vielzahl an Rechtsmaterien. Dieser Beitrag fokussiert jedoch ausschließlich auf die spezifisch beihilferechtlichen Aspekte.

Die erste Frage, die es in diesem Zusammenhang zu beantworten gilt, ist, ob das Beihilferecht bspw auf die Finanzierung von Infrastrukturprojekten überhaupt anwendbar ist. Nach Ansicht der Kommission sind die Beihilferegeln nämlich ausschließlich auf jene Projekte anwendbar, die der Verwirklichung oder Erweiterung von Infrastruktur dienen, die nach Fertigstellung wirtschaftlich genutzt wird. Dann wird nämlich angenommen, dass das Unternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.[31)] Liegt keine wirtschaftliche Tätigkeit vor, so ist das Beihilferecht nicht anzuwenden.

Im Lauf der letzten Jahre ist die Zahl der PPPs innerhalb der EU gestiegen. Einerseits liegt dies an Budgetengpässen der öffentlichen Hand. Andererseits sollen das Know-how und die Arbeitsmethoden der privaten Unternehmen verstärkt auch für die öffentliche Hand genutzt werden.[32)] Daneben besteht deren Vorteil auch darin, dass PPP-Projekte außerhalb der Bilanz umgesetzt werden können und durch den Lebenszyklusansatz bereits vor Projektbeginn die zu erwartenden Projektkosten einigermaßen bestimmt werden können.[33)]

2. Definition

Die Kommission definiert PPPs als langfriste Verträge zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft, in der ein (privater) Partner ein Wirtschaftsgut kauft, errichtet, finanziert, betreibt und nach einer bestimmten Zeitspanne an den anderen (öffentlichen) Partner übergibt.[34)]

In der Literatur wird unter PPP eine vertragliche Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und einem privaten Partner zur Umsetzung von öffentlichen Aufgaben verstanden, wobei die benötigten Ressourcen gleich welcher Art in einem Organisationszusammenhang (oftmals in Form einer Projektgesellschaft) dargestellt werden und die jeweiligen Risiken im Zusammenhang mit der Umsetzung des Projekts auf die Projektpartner verteilt werden. Typisch ist dabei die funktionale Leistungsbeschreibung, bei der die öffentliche Hand lediglich Standards vorschreibt, nicht aber, wie diese zu erreichen sind.[35)]

Für die vertragliche Ausgestaltung können verschiedene Modelle herangezogen werden. So ist dabei zum Beispiel an das Inhabermodell, Erwerbermodell oder FM-Leasing-Modell zu denken. Diese Modelle unterscheiden sich insbesondere durch den Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums an der betreffenden Infrastruktur. Sämtliche vorzitierten Modelle können mit einem Gesellschaftermodell kombiniert werden. Dieses Gesellschaftermodell stellt die Beteiligung des öffentlichen Partners an einer Zweckgesellschaft („SPV“) dar, die der Auftragnehmer beim umzusetzenden Projekt

29) *EU-Kommission* (n 3), Rn 96.
30) *EU-Kommission* (n 3), Rn 94, *EU-Kommission* (n 7), Seite 14.
31) *EU-Kommission,* Analytical Grids on the application of State aid rules to the financing of infrastructure projects, Version: September 2015 www.rpo.lodzkie.pl/images/2016/130-siatki-analityczne/siatki-analityczne-wersja-anglojezyczna.pdf (abgefragt am 29. 12. 2017), 5, 10, 16, 28, 34.
32) EU-Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen /* KOM/2004/0327 endg */, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN (abgefragt am 29. 12. 2017), para 3.
33) *EU-Kommission,* Präsentation des EPEC-Eurostat-Leitfadens für die statistische Behandlung von ÖPP http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16–3224_de.htm (abgefragt am 29. 12. 2017).
34) EUROSTAT, European system of accounts: ESA 2010, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5925693/KS-02–13-269-DE.PDF/44cd9d01-bc64–40e5-bd40-d17df0c69334 (abgefragt am 29. 12. 2017), 344.
35) *Astrid Rauchenwald,* Neues im Bereich PPP, 2. Beitragsteil: Vertiefung ausgewählter Themen, Jahrbuch Beihilferecht, 2010, 407 mwN.

sein wird.[36] Bei der Errichtung des SPV können die öffentliche Hand und das/die private/n Unternehmen verschieden hohe Anteile halten, zB in Höhe von 50%/50% oder Minderheitsanteile oder 100% Management durch den privaten Partner.[37] Der wesentliche Vorteil an einer Beteiligung der öffentlichen Hand am SPV liegt darin, dass die öffentliche Hand weiterhin Einfluss auf das Projekt hat.

3. Ausschluss einer Beihilfe

Aufgrund der spezifischen Eigenschaften und der vielen Facetten eines PPPs ist die Überprüfung, ob Beihilfe gewährt wurde, vielschichtig.

a) Privatinvestor-Test

Die Kommission untersucht eingangs wie in anderen beihilferechtlichen Fragen, ob die öffentliche Hand wie eine private Investorin gehandelt hat, insb wenn sie Kapital in eine Projektgesellschaft investiert oder als „Verbraucherin" Produkte/Services des PPPs in Anspruch nimmt. Dabei wird die Prüfung auf Basis der vorhandenen Daten zum Zeitpunkt vorgenommen, zu dem die öffentliche Hand beschließt, sich am PPP-Projekt zu beteiligen. Gewinne oder Verluste, die sich danach einstellen, sind daher nicht mehr relevant. Die Beweislast, dass keine Beihilfe gewährt wurde, trägt die öffentliche Hand, die ja angibt, sich wie eine private Investorin zu verhalten. Die Kommission akzeptiert diesbezüglich weder Spekulationen noch unbelegte Behauptungen. Daher müssen Argumente und Erwartungen, wie sich das PPP entwickelt, „vernünftig" sein und durch zuverlässige Daten abgesichert sein. „Vernünftig" ist in diesem Zusammenhang, was der restliche Markt annimmt.[38]

Die öffentliche Hand kann ihre Annahme, sich wie eine private Investorin zu verhalten, durch Einholung von Analysen, Reporten oder Erklärungen von unabhängigen Banken, Venture-Capital-Unternehmen, Beratern oder anderen wirtschaftlichen Experten absichern lassen.[39]

b) Konkret zu beantwortende Fragen

Die Kommission stellt zur Beantwortung der Frage, ob sich die öffentliche Hand wie eine private Investorin verhält, folgende Fragen:

1. Hat die Investition des privaten Partners signifikante Bedeutung für das Projekt? Die Signifikanz ist einerseits in absoluten Zahlen und andererseits in Relation zur Finanzkraft des privaten Partners zu messen.[40]

2. Findet die Investition sowohl vom privaten als auch öffentlichen Partner zur gleichen Zeit statt?[41]

3. Sind die Bedingungen für die Investition für alle Partner ident?[42]

4. Gibt es Gründe, an der Gleichwertigkeit der Bedingungen zu zweifeln? Dies betrifft vor allem Fälle, in denen die öffentliche Hand, andere Investoren oder Begünstigte Beziehungen außerhalb des konkreten Projekts zueinander haben (zB durch einen Sideletter, der eine staatliche Garantie regelt).[43]

In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass eine Investition insb dann nicht pari passu ist, wenn (i) die öffentliche Beteiligung Kapitalbeteiligung risikoreicher ist als die des privaten Partners, (ii) das Verlustrisiko des privaten Investors beschränkt(er) ist, (iii) die private Beteiligung durch Sicherheiten abgesichert ist, während die öffentliche Beteiligung unbesichert ist, (iv) der private Partner über vorrangige Rechte auf Verteilung von Dividenden verfügt, (v) der private Partner eine bestimmte Rendite garantiert bekommt oder (vi) sich der private Partner zuerst aus dem Projekt zurückziehen kann.[44]

4. Mögliche Begünstigte

Aufgrund der vielen Facetten eines PPPs ist es möglich, dass mehrere Akteure begünstigt werden. Nach der Entscheidungspraxis der Kommission kann das Vorliegen einer Beihilfe dann ausgeschlossen werden, wenn keiner der involvierten Akteure einen Vorteil erhält. Als Akteure gelten insb:[45]

1. (zukünftige) Endverbraucher;

2. Eigentümer und Betreiber der betreffenden Infrastruktur;

3. Anteilseigner;

4. Investoren/Konzessionäre.

In Bezug auf Endverbraucher ist auszuführen, dass die Infrastruktur ohne jegliche Diskriminierung für alle potenziellen Endverbraucher zugänglich sein muss. In diesem Zusammenhang hat die Kommission zB in der Rechtssache *Terra Mitica SA* ausgesprochen, dass Mitgliedstaaten ihre Liegenschaften frei entwickeln können, wenn dies der gesamten Bevölkerung dient. Wenn die Entwicklung jedoch nur einem bestimmten Unternehmen dient, hat dieses Unternehmen die Infrastruktur selbst zu finanzieren.[46]

Auf der Ebene der Infrastruktureigentümer und Betreiber kann ein (ungerechtfertigter) Vorteil dann ausgeschlossen werden, wenn die öffentliche Hand lediglich den Marktpreis bezahlt.[47]

Und letztlich ist hinsichtlich der Anteilseigner noch notwendig, dass diese keine bevorzugten Konditionen bei Verwendung der Infrastruktur haben und dass sie die Ausgestaltung der Infrastruktur nicht beeinflussen können.[48] ➜

36) *Astrid Rauchenwald* (n 36), 410.
37) *Phedon Nicolaides/Sarah Schoenmaekers,* Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship, (2014) 1 EPPPL, 58.
38) *Phedon Nicolaides/Sarah Schoenmaekers* (n 38), 60.
39) *Phedon Nicolaides/Sarah Schoenmaekers* (n 38), 60.
40) *Citynet Amsterdam* (Aktenzeichen C[2007] 6072 final), Entscheidung der EU-Kommission C 53/2006 (ex N 262/2005, ex CP 127/2004), para 91.
41) *Citynet Amsterdam* (n 41), para 92.
42) *Citynet Amsterdam* (n 41), para 93.
43) *Citynet Amsterdam* (n 41), para 94.
44) *Phedon Nicolaides/Sarah Schoenmaekers* (n 38), 59.
45) *InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH* (Aktenzeichen K[1998] 3840) Entscheidung der EU-Kommission 1999/646/EG (1999) ABl L 260/1, Punkt 3., *Phedon Nicolaides/Sarah Schoenmaekers* (n 38), 60; *Jasmin Battista,* The respect of State aid rules in PPPs (2007) 2 EPPL, 75; *JadeWeserPort* (Aktenzeichen K[2008] 7826 endgültig), Entscheidung der EU-Kommission N 110/2008, Punkte 3.1 und 3.2.
46) *Terra Mitica SA* (Aktenzeichen K[2002] 2980) Entscheidung der EU-Kommission 2003/227/EG (2003) ABl L 91/23, para 64.
47) *Jasmin Battista* (n 46), Seite 75.
48) *Jasmin Battista* (n 46), 75.

5. Mögliche Begünstigte

Ein weiterer wichtiger Aspekt bei der beihilferechtlichen Prüfung von PPPs sind die verschiedenen Phasen, in denen (rechtswidrige) Beihilfe gewährt werden könnte. PPPs sind grundsätzlich auf einen langen vertraglichen Zeitraum angelegt,[49] deshalb kann Beihilfe in mehr als einer Phase des gesamten Zyklus gewährt werden. Daher argumentiert *Battista*[50] auch, dass Mitgliedstaaten die Beihilferegeln während des Vergabeprozesses, während der Errichtung des partnerschaftlichen Vertragsverhältnisses (zB Gründung des SPV und vertragliche Ausgestaltung), der Finanzierung des PPP und während der Ausführungsphase zu beachten haben.

Nachdem das Verhältnis zwischen Vergabeverfahren und Beihilferecht bereits in Teil 1 dieses Artikels näher erläutert wurde, befasst sich dieser Teil des Beitrags mit den anderen Phasen eines PPP-Lebenszyklus.

Bei der Errichtung der vertraglichen Beziehung haben Mitgliedstaaten insb auf eine adäquate Risikoverteilung, dh Errichtungsrisiko, Finanzierungsrisiko, Nachfragerisiko und Restwertrisiko, zu achten.[51] Für den Fall, dass die öffentliche Hand ein PPP auch noch außerhalb der Bilanz führen möchte, müssen dem privaten Partner jedenfalls das (i) Errichtungsrisiko und (ii) entweder das Verfügbarkeits- oder das Nachfragerisiko übertragen werden.[52] Wer welches spezifische Risiko trägt, muss im Einzelfall geprüft werden. Generell indizieren Zahlungen an den privaten Partner, die unabhängig vom Baufortschritt oder von der Verfügbarkeit stattfinden, dass die öffentliche Hand das Risiko trägt.[53]

In Bezug auf die Finanzierung argumentiert *Battista* außerdem, dass die öffentliche Hand keine finanziellen Mittel zur Verfügung stellen soll, bevor nicht auch die Mittel des privaten Partners verfügbar sind.[54]

Letztendlich hat die öffentliche Hand während der Ausführung des Projekts sicherzustellen, dass gewünschte Änderungen des Projekts dieses nicht signifikant verändern, da dies zu einer Bieterkreisveränderung hätte führen können und/oder dazu, dass dadurch ein (unzulässiger) Vorteil gewährt wird.[55]

6. Conclusio zu PPP-Projekten

Obwohl die obige Analyse auf den ersten Blick relativ nachvollziehbar erscheint, ist die konkrete Prüfung der verschiedenen Kriterien und Risiken im Einzelfall insb aufgrund vager bzw unklarer Vertragsbestimmungen kompliziert. Es wird umso komplizierter, wenn die öffentliche Hand das PPP-Projekt außerhalb des Haushalts ausführen will, da die vertraglichen Bestimmungen in diesem Fall besonders streng sein müssen. Nichtsdestotrotz ist zu bedenken, dass, wenn die vertragliche Ausgestaltung zu Lasten des privaten Partners zu streng ausgestaltet ist, es möglicherweise schwierig sein kann, einen adäquaten Partner zu finden, oder dass dieser einen hohen Risikoaufschlag einkalkuliert. In Hinblick auf große Infrastrukturprojekte ist klar, dass Projektänderungen unausweichlich sind. Dennoch ist darauf zu achten, dass daraus keine Verzerrung des Wettbewerbs resultiert.

D. Conclusio

Aus den obigen Kapiteln kann abgeleitet werden, dass die Entscheidungspraxis der Kommission durchaus (leicht) variiert und diese Schnittstellen oftmals nicht einfach für die betroffenen Mitgliedstaaten und Unternehmen handzuhaben sind.

Wie bereits in Teil 1 dargelegt, hängt die beihilferechtliche Einschätzung auch bei diesen Schnittstellen maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls und wohl auch dem Gesamteindruck der Kommission ab.

So scheinen Bedingungen in Bietverfahren insb dann nachsichtiger behandelt zu werden, wenn der tatsächlich erzielte Verkaufspreis höher als erwartet oder zumindest zufriedenstellend ist. Ähnliches gilt bei PPP-Projekten: Wenn die konkrete Ausgestaltung nicht indiziert, dass einer der Akteure in einer der Phasen des Projekts begünstigt wird und die vertragliche Ausgestaltung insb hinsichtlich der Risikoverteilung ausreichend streng ist, wird ein allfälliges Prüfverfahren eher nicht zu einem positiven Ergebnis führen.

Wenngleich aufgrund der Komplexität der Projekte oftmals keine absolute Rechtssicherheit geschaffen werden kann, so ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Ermessenspielraum durch die öffentliche Hand nicht überstrapaziert werden sollte. Die Kommission kann dem betroffenen Mitgliedstaat nämlich auftragen die Beihilfe zurückzufordern. Kommt der Mitgliedstaat dieser Verpflichtung nicht nach, so kann dies in letzter Konsequenz zu einem Vertragsverletzungsverfahren und erheblichen Strafzahlungen (zB Pauschalbetrag zuzüglich Zwangsgelder pro Halbjahr der Verspätung) führen.[56]

49) *Phedon Nicolaides/Sarah Schoenmaekers* (n 38), Seite 59.
50) *Jasmin Battista* (n 46), 74.
51) *Christopher H. Bovis,* Risk in Public-Private Partnerships and Critical Infrastructure (2015) 1 EJRR, 202.
52) EUROSTAT, press release STAT/04/18, http://europa.eu/rapid/press-release_STAT-04–18_en.htm (abgefragt am 29. 12. 2017).
53) *Christopher H. Bovis* (n 52), 203.
54) *Jasmin Battista* (n 46), 74.
55) *Jasmin Battista* (n 46), 74.
56) Siehe dazu bspw EuGH 17. 9. 2015, C-367/14, *Kommission/Italien.*

➜ In Kürze

Die Entscheidungspraxis in diesem Bereich lässt selten allgemeine Rückschlüsse zu. Sie hängt meist stark vom Einzelfall ab (zB Risikoverteilung in PPP-Projekten und konkrete Ausgestaltung des Bietverfahrens).

➜ Zum Thema

Über die Autorin:
Mag. Marlene Wimmer-Nistelberger, LL.M., ist Rechtsanwaltsanwärterin in der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien.
Kontaktadresse: Gauermanngasse 2, A-1010 Wien.
Tel: +43 (0)1 40 443 1850, Fax: +43 (0)1 40 443 91 850,
E-Mail: marlene.wimmer-nistelberger@cms-rrh.com