

Institut für Europäische
Veränderungsprozesse in
Bund, Land und Kommune

Discussion Paper

14.2014



**Der erweiterte Beurtei-
lungsspielraum
der Europäischen Kom-
mission
durch den
Private Investor Test und
den Abwägungstest
als Teil der verfeinerten
wirtschaftlichen Betrach-
tungsweise**

Ronny Müller M. A.
Carolin Merz

Verfasser

Ronny Müller M. A., Lehrbeauftragter im Masterstudiengang Europäisches Verwaltungsmanagement an der Hochschule Ludwigsburg

Carolin Merz, Studentin im Masterstudiengang Europäisches Verwaltungsmanagement an den Hochschulen Ludwigsburg und Kehl

Institut für Europäische Veränderungsprozesse in Bund, Land und
Kommune

Discussion Paper

14.2014

Kontakt

Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg
Institut für Angewandte Forschung
Reuteallee 36
71634 Ludwigsburg
www.hs-ludwigsburg.de/iaf

Ansprechpartner

Daniel Zimmermann M. A.
Tel.: (07141) 140-505
E-Mail: zimmermann@hs-ludwigsburg.de

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Die Prüfung der Beihilfeneigenschaft durch den Private Investor Test
 - 2.1 Der Private Investor Test
 - 2.1.1 Die Entwicklung des Private Investor Test
 - 2.1.2 Rechtliche Verankerung
 - 2.2 Der erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission durch den Private Investor Test
- 3 Die Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt durch den Abwägungstest als Teil der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise
 - 3.1 Die verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise
 - 3.2 Der Abwägungstest
 - 3.2.1 Aufbau und Funktionsweise
 - 3.2.2 Rechtliche Verankerung
 - 3.3 Der erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission durch den Abwägungstest
- 4 Die Problematik des erweiterten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission
 - 4.1 Das Kompetenzgefüge der Europäischen Union
 - 4.1.1 Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung
 - 4.1.2 Die Implied-Powers-Lehre
 - 4.1.3 Das Kompetenzergänzungsverfahren
 - 4.2 Die Problematik des erweiterten Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission
- 5 Fazit und Ausblick

1 Einleitung

Die Schaffung eines gemeinsamen Marktes stand schon seit der Gründung der EWG im Vordergrund der Integrationsbemühungen des vereinten Europas. Im Vertrag von Lissabon sind heute die Merkmale des Wirtschaftssystems der EU normiert: Wir sprechen von einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 3 EUV, Art. 3-6 und 8 AEUV, Art. 119 AEUV, Art. 26 AEUV). Der freie Wettbewerb stellt also ein konstituierendes Element des Wirtschaftssystems der EU dar, das vor Wettbewerbsverfälschung und Verzerrung geschützt werden muss (Art. 3 Abs. 1 Bst. b AEUV). In diesen Kontext ist das Beihilfenaufsichtssystem der Artikel 107-109 AEUV einzuordnen, welches durch den im Jahr 2005 durch Wettbewerbskommissarin Nelli Kroes verabschiedeten „Aktionsplan staatliche Beihilfen“ tiefgreifend reformiert wird. Das Ziel der Reform im Beihilfenrecht sind weniger und besser ausgerichtete Beihilfen. Um dies zu erreichen, soll verstärkt auf ökonomische Methoden zurückgegriffen werden.¹ In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, inwieweit der Private Investor Test und der Abwägungstest als Teil dieses wirtschaftlichen Ansatzes im Beihilfenrecht einen erweiterten Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission zur Folge haben (Kapitel 2 und 3)². In einem nächsten Schritt soll der erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission problematisiert und auf etwaige Kompetenzüberschreitungen überprüft werden (Kapitel 4).

2 Die Prüfung der Beihilfeneigenschaft durch den Private Investor Test als Vorform der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Der Private Investor Test basiert auf dem Grundgedanken, dass zur Feststellung einer Beihilfeneigenschaft das Handeln des Staates mit dem eines privaten Unternehmens verglichen wird.

2.1 Der Private Investor Test

2.1.1 Die Entwicklung des Private Investor Test

Zwar wurde das Prinzip vom marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber von der Kommission in einem im Jahre 1984 veröffentlichten Standpunkt entwickelt.³ Doch der Private Investor Test wurde schon sehr früh durch die Urteile des EuGH und des EuG rechtlich institutionalisiert. Als wichtigstes Urteil ist der Fall *Boussac* zu nennen, in dem der EuGH im Jahre 1990 erstmals judizierte, dass zur Feststellung der Beihilfeneigenschaft das staatliche Handeln mit dem eines privaten Investors verglichen werden kann, nämlich dahingehend, „[...] ob sich das Unternehmen die betreffenden Beträge auf den privaten Kapitalmärkten hätte beschaffen können“⁴. In seiner *Alfa-Romeo* Entscheidung legte der EuGH jedoch fest, dass der Staat als Marktteilnehmer längerfristige Ziele und Rentabilitäten verfolgt und verfolgen darf, obgleich im Gegensatz dazu private Investoren eher eine Strategie der kurzfristigen Rendite verfolgen.⁵ Der ursprüngliche Private Investor Test wurde für Kapitalbeteiligungen entwickelt. Bis heute sind zahlreiche neue Formen für viele unterschiedliche Wirtschaftsakti-

¹ Vgl. Europäische Kommission, Aktionsplan staatliche Beihilfen, Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009, 2005.

² Anmerkung: Der Private Investor Test ist nicht Teil der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise, sondern gilt als Vorform dieser.

³ Vgl. *Montag/Säcker*: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3, Beihilfen- u. Vergaberecht, 2011, Rn. 158.

⁴ EuGH, Urt. vom 14.02.1990, Rs. C-301/87, *Boussac*, Slg. 1990, S. 361.

⁵ Vgl. EuGH, Urt. vom 21.03.1991, Rs. C-305/89, *Alfa Romeo*, Slg. 1990, S. 1640.

vitäten entwickelt und anerkannt worden, wie z.B. der Private Lender Test (Darlehen) oder der Private Guarantor Test (Garantien).⁶

2.1.2 Rechtliche Verankerung

Der Private Investor Test beruht auf dem Prinzip, dass die Feststellung, ob durch das Handeln des Staates ein Unternehmen begünstigt wird, also eine staatliche Beihilfe gemäß Artikel 107 Absatz 1 AEUV vorliegt, durch den Vergleich mit dem hypothetischen Handeln eines Unternehmens (eines „private investor“) getroffen werden kann. Falls ein privates Unternehmen dieselbe Leistung zu den gleichen Konditionen gewähren würde, agiert der Staat als normaler Marktteilnehmer und das durch die Leistung des Staates betroffene Unternehmen erhält keine Begünstigung, sondern leistet eine entsprechende, marktübliche Gegenleistung. Es handelt sich in dem Fall dementsprechend nicht um eine staatliche Beihilfe gemäß Artikel 107 Absatz 1 AEUV.⁷

In Artikel 107 Absatz 1 AEUV findet sich keine Legaldefinition des Begriffs der Beihilfe, sondern die kumulativ zu prüfenden Tatbestandsmerkmale. Beim Private Investor Test knüpft man an den Tatbestand der Begünstigung an.^{8 9} Denn wenn ein privates Unternehmen nicht dieselbe Leistung gewähren würde wie der Staat, stellt das staatliche Handeln eine Begünstigung und somit eine Beihilfe dar. Beim Private Investor Test handelt es sich also nicht um einen von der Europäischen Kommission und der europäischen Rechtsprechung neu eingeführten Tatbestand, sondern um ein ökonomisches Instrument zur Feststellung, ob eine Begünstigung vorliegt.

2.2 Der erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission durch den Private Investor Test

Es gilt als unbestritten, dass durch den Private Investor Test eine Erweiterung des Beurteilungsspielraumes der Europäischen Kommission erfolgt. Dies hat der EuGH unter anderem im Ryanair Urteil festgestellt. Demnach wird der Europäischen Kommission bei der Feststellung der Beihilfeneigenschaft durch den Private Investor Test ein weites Ermessen eingeräumt.

Die gerichtliche Überprüfung sei darauf zu beschränken, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt, der der getroffenen Entscheidung zu Grunde gelegt wurde, zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhaften Würdigungen dieses Sachverhalts oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt.¹⁰

Das EuG urteilte im Ryanair-Fall, dass sich der weite Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission aus dem Umstand ergibt, dass für die Beurteilung, ob der Staat als privater Marktteilnehmer auftritt, eine umfassende ökonomische Bewertung der Gesamtsituation

⁶ Vgl. Montag/Säcker: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3, Beihilfen- u. Vergaberecht, 2011, Rn. 158, Rn. 181, Rn. 1783.

⁷ Vgl. Calliess/Ruffert: EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, 2011, Rn.11.

⁸ Vgl. Montag/Säcker: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3, Beihilfen- u. Vergaberecht, 2011, Rn. 122.

⁹ Anmerkung: Der Tatbestand der Begünstigung ist der einzige Tatbestand, der eine vertiefte ökonomische Betrachtung erfährt. Also stellt der Private Investor Test einen ökonomischen Ansatz dar, der an der Tatbestandsseite der Beihilfe anknüpft.

¹⁰ Giesbert/Streit: Anforderungen an den Private Investor Test im Beihilfenrecht, EuZW, 2009, Rn. 487-488.

erforderlich ist.¹¹ Mit der Feststellung, dass „ [...] das Gericht die wirtschaftliche Beurteilung des Urhebers der Entscheidung nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen[...]“¹² darf, wird der Europäischen Kommission bezüglich des Private Investor Test das Feld uneingeschränkt überlassen. Dies stellt gleichzeitig den Grund dar, warum man bezüglich des Private Investor Test von einem erweiterten Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission sprechen kann. Bevor es den Private Investor Test gab, wurde die Feststellung der Beihilfeneigenschaft durch die klassischen juristischen Auslegungsmethoden der verschiedenen Beihilfetatbestände vollzogen. Durch den Private Investor Test wird jedoch der Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission dahingehend erweitert, dass nun zur Auslegung des Tatbestands der Begünstigung zusätzlich eine ökonomische Analyse verwendet wird, deren Ergebnis auf Einschätzungen der Europäischen Kommission beruht.

Probleme des Private Investor Tests ergeben sich insbesondere dadurch, dass auf der einen Seite keine rechtlichen Vorgaben zur ökonomischen Beurteilung des staatlichen Handelns bestehen und auf der anderen Seite eine umfassende wirtschaftliche Gesamtbetrachtung notwendig ist. Die Europäische Kommission kann so lange von ihrem erweiterten Beurteilungsspielraum Gebrauch machen, bis sie rechtliche Vorgaben zum Private Investor Test erlässt oder dazu aufgefordert wird. Dies wäre insbesondere aufgrund der hohen Intransparenz der Entscheidungen der Europäischen Kommission wünschenswert.

3 Die Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt durch den Abwägungstest als Teil der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Beim Abwägungstest handelt es sich um eine ökonomische Methode, die mit der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise an Bedeutung gewonnen hat und darauf basiert, dass die positiven mit den negativen Auswirkungen einer Beihilfe verglichen und abgewogen werden, um festzustellen, ob die Beihilfe mit dem Binnenmarkt gemäß Artikel 107 Absatz 3 AEUV vereinbar ist.

3.1 Die verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise

Der Ansatz der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise hielt im Wettbewerbsschutz der Europäischen Union mit dem EU-Kommissar Mario Monti Einzug und wurde für den Beihilfebereich durch den von Nelli Kroes verantworteten „Aktionsplan staatliche Beihilfen“ 2005 weiter entwickelt.¹³ Die verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise, die den wichtigsten Bestandteil des Aktionsplans zur Beihilfenreform darstellt, beinhaltet eine verstärkte Nutzung ökonomischer Modelle in der Beihilfenaufsicht. Sie wird insbesondere beim Abwägungstest angewandt, findet z.B. aber auch Verwendung zur Feststellung eines Marktversagens.¹⁴ Ziel der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es, „ [...] den wirtschaftsbezogenen und wettbewerbsbezogenen Realitäten besser [zu] entsprechen [...]“¹⁵ und damit zu sorgen, Marktversagen durch geeignete Beihilfen besser beheben zu können¹⁶.

¹¹ Vgl. *Giesbert/Kleve*: Der „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht – Das Ryanair-Urteil des EuG, in: *EuZW*, 2009, Rn. 287.

¹² Ebd., Rn. 287.

¹³ Vgl. *Jaeger*: Vier Jahre Beihilfenreform – Eine Bilanz, in: *EuZW*, 2010, Rn. 47.

¹⁴ Vgl. *Fenner/Kese*: Vollzieht sich eine Politisierung beim rechtlichen Vollzug der Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission? Trendanalyse und Kommunalrelevanz (1), in: *apf*, 1/2011, BW 2.

¹⁵ Ebd., BW2.

¹⁶ Vgl. *Montag/Säcker*: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3, Beihilfen- u. Vergaberecht, 2011, Rn. 95.

3.2 Der Abwägungstest

3.2.1 Aufbau und Funktionsweise

Der Abwägungstest, der auch als Balancing Test bezeichnet wird, basiert auf einer kontrafaktischen Analyse, das heißt einer Gegenüberstellung von positiven und negativen Auswirkungen einer Beihilfe. „Dabei wird in verstärktem Maße geprüft, ob die Beihilfe tatsächlich erforderlich war und einen Anreizeffekt hatte oder aber das Unternehmen die geförderte Maßnahme ohnehin durchgeführt hätte.“¹⁷

Bei dem Instrument des Abwägungstests handelt sich um einen dreistufigen Test, der von der Europäischen Kommission durchgeführt wird.

In den beiden ersten Teilen der Prüfung werden die positiven Auswirkungen der Beihilfe untersucht. Zuerst soll festgestellt werden, ob die Beihilfe ein Ziel von gemeinsamem europäischem Interesse verfolgt, dazu gehört auch das Bestreben, ein bestehendes Marktversagen zu beheben.¹⁸

Im zweiten Teil des Abwägungstests wird überprüft, inwiefern die Beihilfemaßnahme das „am besten geeignete Instrument ist, das gegebene Ziel zu erreichen.“¹⁹ Es spielt auch eine Rolle, ob die Beihilfe einen sogenannten Anreizeffekt beinhaltet, also den Beihilfeempfänger zu einer Verhaltensänderung bewegen kann.²⁰ Das bedeutet, dass reine Mitnahmeeffekte nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Deshalb wird auch geprüft, ob derselbe Effekt der Beihilfe nicht auch mit einer geringeren Beihilfeintensität zu erreichen gewesen wäre.²¹ Bei dem dritten Prüfungsschritt des Abwägungstests werden nun die negativen Auswirkungen der Beihilfe untersucht. Besonderer Augenmerk wird auf die Untersuchung gelegt, in welchem Maße Wettbewerbsverzerrungen und -verfälschungen durch die Beihilfe ausgelöst werden. Diese negativen Effekte werden dann mit den positiven Auswirkungen der Beihilfe verglichen und abgewogen. Die Beihilfe kann nur als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, wenn die positiven Auswirkungen überwiegen.²²

3.2.2 Rechtliche Verankerung

Der Abwägungstest wird zur Prüfung verwendet, ob eine Beihilfe aufgrund ihrer positiven Auswirkungen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann. Dies bedeutet, dass wir uns im Bereich des Artikels 107 Absatz 3 AEUV befinden. Denn dass eine Beihilfe gemäß Artikel 107 Absatz 1 AEUV vorliegt, ist Grundvoraussetzung, um ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu überprüfen. Artikel 107 Absatz 3 AEUV beinhaltet die sogenannten Ermessenstatbestände der Europäischen Kommission. Anders als bei den im Artikel 107 Absatz 2 AEUV normierten Legalausnahmen liegt es also in der Hand der Europäischen Kommission, über die Rechtmäßigkeit der Beihilfe zu entscheiden. Und um diese Entscheidung unter einem ökonomischeren Aspekt treffen zu können, wird der Abwägungstest ange-

¹⁷ *Nettesheim* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung- Stand 2013, Rn. 179.

¹⁸ Vgl. *Montag/Säcker*: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3, Beihilfen- u. Vergaberecht, 2011, Rn. 98.

¹⁹ Ebd., Rn.98.

²⁰ Vgl. *Müller/Kese*: Süßer Streit mit bitteren Folgen - Nationale Wirtschaftsförderung versus europäischer Wettbewerbsschutz, in: *apf*, 3/2012, S. 94.

²¹ Vgl. ebd., S. 94.

²² Vgl. ebd., S. 94.

wandt. „ Der gemeinsame Nenner für die Freistellung von Beihilfen i.S. v. Art. 87 Abs. 3 EGV ist, dass die Beihilfen im ‚gemeinsamen Interesse‘ sind.“^{23 24}

Die Durchführung des Abwägungstests wird in einer sogenannten ex-ante Notifizierung vorgenommen. Das bedeutet, dass der Test seine Anwendung während des Notifizierungsverfahrens des Artikels 108 Absatz 3 AEUV findet, wenn die Europäische Kommission über die Durchführung der Beihilfe entscheidet.²⁵

3.3 Der erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission durch den Abwägungstest

Im Gegensatz zum Private Investor Test ergibt sich der erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission bereits aus der Tatsache, dass es sich bei dem Abwägungstest um ein Instrument handelt, das in den Bereich der Ermessenstatbestände des Artikels 107 Absatz 3 AEUV fällt.²⁶

Auch die Begrifflichkeiten des Abwägungstests lassen einen breiten Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission zu.²⁷ Denn es gibt keine einheitlichen Kriterien oder Regelungen, was zum Beispiel unter einem „Ziel von gemeinsamen europäischen Interesse“ zu verstehen ist. Zudem erfordert der Abwägungstest genau wie der Private Investor Test „komplexe wirtschaftliche und soziale Wertungen“²⁸, die nur durch eine Gesamtbetrachtung der Beihilfe möglich sind. Aufgrund des Fehlens von sekundärrechtlichen Grundlagen zum Abwägungstest sowie ökonomischer Definitionen der Begrifflichkeiten kann die Europäische Kommission recht frei beziehungsweise in intransparenter Weise über die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe entscheiden. Deshalb kann man auch von einem erweiterten Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission sprechen, da die Entscheidung, ob eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist oder nicht, noch stärker als zuvor von den Einschätzungen der Europäischen Kommission abhängt. Wie beim Private Investor Test ebenso der Fall, ist die gerichtliche Kontrolle des Abwägungstest als eingeschränkt anzusehen. Denn „ [...] bei Subsumtionen im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV beschränken sich die Richter neben der Prüfung von Form- und Verfahrensfehlern auf die Feststellung von offensichtlichen Irrtümern oder Ermessensmissbrauch“²⁹. Dies lässt der Europäischen Kommission einen enormen Spielraum bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Beihilfe, die aus Kommissionssicht nur unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getroffen werden muss.³⁰

²³ Müller/Kese: Die aktuelle Reform der materiellen und formellen Grundlagen des Europäischen Beihilfenrechts – Unter Berücksichtigung rechtswissenschaftlicher und volkswirtschaftlicher Aspekte, in: apf, 9/2009, S. 304.

²⁴ Anmerkung: Der Artikel 87 Absatz 3 EGV entspricht dem heutigen Artikel 107 Absatz 3 AEUV.

²⁵ Vgl. Müller/Kese: Süßer Streit mit bitteren Folgen - Nationale Wirtschaftsförderung versus europäischer Wettbewerbsschutz, in: apf, 3/2012, S. 94.

²⁶ Anmerkung: Siehe Kapitel 3.2.2.

²⁷ Frenz/Ehlentz: Defizitäre gerichtliche Wettbewerbskontrolle durch More-economic-Approach und Vermutungen?, in: EuR, 2010, Rn. 498.

²⁸ Ebd., Rn. 498-499.

²⁹ Ebd., Rn 498.

³⁰ Vgl. ebd., Rn. 499.

4 Die Problematik des erweiterten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission

Um eine Bewertung und Problematisierung des Private Investor Test und des Abwägungstests hinsichtlich des erweiterten Beurteilungsspielraums und etwaiger Kompetenzverletzungen vornehmen zu können, soll zuerst ein Überblick über die Regelungen des Kompetenzgefüges der Europäischen Union erfolgen.

4.1 Das Kompetenzgefüge der Europäischen Union

4.1.1 Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Als eine der wichtigsten Normen des Vertrags über die Europäische Union gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das in Artikel 5 Absatz 1 EUV normiert ist. Es besagt, dass die Europäische Union nur dann Rechtsnormen erlassen darf, wenn sie dazu ausdrücklich durch die Verträge ermächtigt ist. Sie besitzt demnach also keine Kompetenz-Kompetenz, die auch als verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungshoheit bezeichnet wird.³¹

4.1.2 Die Implied-Powers-Lehre

Die Implied-Powers Regel kann mit der deutschen Annexkompetenz oder der Kompetenz kraft Sachzusammenhang bzw. kraft Natur der Sache verglichen werden. Sie wurde auf europäischer Ebene vom EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung als Ergänzung zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung entwickelt und besagt, dass die Kompetenzen der EU auch automatisch die Kompetenzen beinhalten, ohne die die Ausübung der EU-Kompetenzen nicht in sinnvoller, zweckmäßiger und angemessener Weise möglich ist.³²

4.1.3 Das Kompetenzergänzungsverfahren

Das Kompetenzergänzungsverfahren ist in Artikel 352 AEUV rechtlich geregelt. Es stellt ebenfalls eine Ergänzung zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung dar, ist dieser sowie der Implied-Powers-Lehre jedoch nachrangig. „Die Regelung soll zwischen den Zielen der Union und den Befugnissen ihrer Organe bestehenden Diskrepanzen und Lücken durch eine Ausdehnung der Kompetenzen der Unionsorgane überbrücken, um eine fortschreitende Integration der Union zu gewährleisten.“³³

4.2 Die Problematik des erweiterten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission

In den Kapiteln zum Private Investor Test und zum Abwägungstest wurde klar dargestellt, dass die Europäische Kommission durch diese Instrumente als Vorform beziehungsweise Teil der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ihren Beurteilungsspielraum enorm vergrößert hat. Dies geschah jedoch nicht durch den Erlass von Rechtsakten wie z.B. Richtlinien, sondern wurde nach und nach in schleichender Weise durch sogenanntes Soft Law institutionalisiert. Die Europäische Kommission veröffentlicht immer wieder nicht rechtsverbindliche Mitteilungen oder Aktionspläne und führt in diesen neue Begrifflichkeiten und Methoden ein, wie zum Beispiel die des Abwägungstests. Nach und nach werden diese Neuerungen von der Europäischen Kommission auch in der Praxis angewendet und finden dann durch die Rechtsprechung des EuGH eine Institutionalisierung. Somit sind die zu anfangs nicht rechtsverbindlichen Begriffe letztlich im Primärrecht verankert. Dies geschieht zwar im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH, doch es kann kritisiert

³¹ Vgl. *Nettesheim* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung- Stand 2013, Rn. 9.

³² Vgl. ebd., Rn 13.

³³ Calliess/Ruffert: EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, 2011, Rn. 10.

werden, dass eine demokratische Legitimierung über das normale Rechtsetzungsverfahren fehlt. Da jedoch das Ermessen, zumindest was den Abwägungstest betrifft, schon im Normtext vorgesehen ist (Artikel 107 Absatz 3 AEUV), ist es schwierig, eine Kompetenzverletzung der Europäischen Kommission festzustellen. Denn klar ist, dass sie als für die Wettbewerbspolitik allein verantwortliches Organ die Handlungsmacht und -Kompetenz im Beihilfenbereich inne hat. Zudem hat der EuGH durch seine Rechtsprechung die Instrumente der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise institutionalisiert. Wir befinden uns hier also in einem Graubereich, in dem eventuell die Implied-Powers-Lehre an ihre Grenzen stößt. Das Problem der Implied-Powers Lehre besteht darin, dass sie sehr weit ausgelegt werden kann. Zuerst wurde sie vom EuGH zwar restriktiv ausgelegt, d.h. man „[...] stellte allein auf den Zusammenhang der in der Frage stehenden Kompetenznorm ab“³⁴. Später jedoch dehnte er den Anwendungsbereich erheblich aus, da er zwar weiterhin von einer konkreten Befugnisnorm ausging, die Notwendigkeit jedoch im Hinblick auf die Ziele des EG-Vertrages in den Art. 2 und Art. 3 EG bestimmte.³⁵ Da die Implied-Powers-Lehre also weit ausgelegt wird, können der Private Investor Test und der Abwägungstest bei entsprechender Begründung von der Europäischen Kommission als notwendig angesehen werden, um ihre Kompetenzen im Bereich der Wettbewerbspolitik ausüben zu können. Das heißt im Umkehrschluss, dass der durch die neuen ökonomischen Ansätze einhergehende erweiterte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission keine Kompetenzverletzung darstellt.

5 Fazit und Ausblick

Zwar kann man bei der vorherrschenden weiten Auslegung der Implied-Powers-Lehre nicht von einer Kompetenzverletzung der Europäischen Kommission bezüglich ihres erweiterten Beurteilungsspielraums ausgehen.

Hinsichtlich der Intransparenz des Vorgehens und der Bewertung der Beihilfen durch die Europäische Kommission durch den erweiterten Beurteilungsspielraum wäre es jedoch wünschens- und empfehlenswert, wenn eine Verrechtlichung stattfinden würde, also konkrete Rechtsakte z.B. zur Anwendung des Abwägungstests erlassen würden.

Dies würde zum einen den Vorwurf beenden, dass der erweiterte Beurteilungsspielraum den Kompetenzregelungen widerspricht, zum anderen auch die Transparenz des Prozesses insbesondere für die Mitgliedsstaaten verbessern. Ein weiterer, wichtiger Vorteil wäre auch, dass der EuGH sich dadurch nicht nur wie bisher auf die Prüfung grober Verfahrens- und Beurteilungsfehler beschränken würde, sondern auch die verfassungsrechtlichen Grenzen der Norm untersuchen könnte und müsste. Dies würde zu einer erhöhten Rechtssicherheit führen und könnte ein gutes Gegenwicht zum weiterhin vorhandenen, aber rechtlich besser verankerten weiten Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission im Beihilfenrecht darstellen.

³⁴ *Nettesheim* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung- Stand 2013, Rn.14.

³⁵ *Ebd.*, Rn. 14.