

**Beihilfenrechtliche Beurteilung**  
**von**  
**Förderungen des Landes Oberösterreich**  
**an die KTM Motohall GmbH**

Jänner 2020

**I. Sachverhalt**

1. Gegenstand dieser im Auftrag des Vereins „Kulturplattform Oberösterreich“ (KUPF) erstellten Beurteilung ist (i) ein **„Antrag auf Gewährung von Förderungsmitteln“** samt „Förderungserklärung“ an das Amt der Oö. Landesregierung vom 24.9.2018, eingegangen am 25.10.2018 und ergänzt durch (ii) eine am 9.9.2019 unterzeichnete **„Ergänzung zur Fördererklärung vom 24.9.2018“**<sup>1</sup>.
2. Auf Grundlage dieser Dokumente wurde eine **Förderung iHv insgesamt EUR 4,5 Mio**, aufgebracht teilweise durch Direktzahlungen des Landes Oberösterreich, teilweise im Wege von sogenannten „Bedarfszahlungen“ der Gemeinde Mattighofen, an KTM Motohall GmbH ausgezahlt. Die Förderung dient laut Förderantrag vom 25.10.2018 der Errichtung eines **„KTM-Museums“ („KTM Motohall“)** in Mattighofen.
3. Die gegenständliche Förderung wurde unter Anwendung der „Allgemeinen Förderungsrichtlinien des Landes Oberösterreich“<sup>2</sup> nach dem Oberösterreichischen Kulturförderungsgesetz<sup>3</sup> als **Kulturförderung** unter dem Titel des Art 53 AGVO

---

1 Beide Dokumente öffentlich verfügbar auf der website des Landes Oberösterreich unter der – uE unzutreffenden – Bezeichnung „Freistellungsanmeldung Einzelfall KTM Museum“ sowie „Ergänzung zur Fördererklärung - KTM Motohall GmbH“, siehe <https://www.land-oberoesterreich.gv.at/215669.htm>. Eine über die öffentlich verfügbaren Informationen hinausgehende Einsicht in die internen Prozesse der zuständigen Stellen des Landes Oberösterreich hatten wir für die Erstellung dieser Beurteilung nicht.

2 Fin-010104/187-2007; abrufbar unter <http://www.land.oberoesterreich.gv.at/Service>Serviceangebote>Förderungen>.

3 OÖ Kulturförderungsgesetz, LGBL.Nr. 7/1987 idgF.

gewährt. Ein **Anmeldeverfahren bei der Europäischen Kommission** wurde vor Auszahlung der Förderung soweit ersichtlich **nicht abgeschlossen**.

## II. Rechtsfrage

4. Zur Begutachtung vorgelegt wurde uns die Frage, ob in der Gewährung der gegenständlichen Förderung eine **unzulässige staatliche Beihilfe bzw ein Verstoß** gegen das europäische **Beihilfenverbot** (Art. 107 AEUV) liegt.
5. Bereits eingangs ist auf die **wettbewerbsrechtliche Problematik öffentlicher Subventionsvergaben nach § 1 UWG** hinzuweisen. Insbesondere hat der OGH entschieden, dass eine Gebietskörperschaft bei der Vergabe von Förderungen einer Verpflichtung zur Gleichbehandlung unterliegt.<sup>4</sup> Ebenso ist auf die **schadenersatzrechtliche Dimension** diskriminierender Förderungsvergaben hinzuweisen.<sup>5</sup>

## III. Ergebnis – Zusammenfassung

6. Die gegenständliche Förderung der KTM Motohall GmbH begünstigt selektiv den KTM-Konzern, unterfällt daher (i) dem **Tatbestand des Beihilfeverbotes** (Art 107 AEUV) und ist nach den uns vorliegenden Informationen mit hoher Wahrscheinlichkeit mangels Anreizeffekt und Qualifikation als Kulturbeihilfe (ii) **nicht nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) freistellungsfähig**.
7. Es ist davon auszugehen, dass die **Europäische Kommission** schon aufgrund der in der AGVO vorgesehenen **Meldepflichten Kenntnis** von der gegenständlichen Förderung hat. Im Rahmen eines **zivilgerichtlichen Verfahrens auf Grundlage des § 1 UWG** könnte die **vorliegende Rechtsfrage** auch unabhängig vom Vorgehen der Europäischen Kommission **entschieden werden. Im Einzelnen:**

## IV. Das Beihilfenverbot des Art 107 AEUV

8. Gemäß dem grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art 107 Abs 1 sind

---

4 Beschluss des OGH vom 16.7.2002, Rs 4 Ob 72/w.

5 Urteil des OGH vom 23.5.2018, 3 Ob 83/18d.

„[s]oweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, [...] staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

9. Dieses Verbot ist jedoch nicht absolut: Art 107 Abs 2 und 3 AEUV sieht **Rechtfertigungsgründe** vor, bei deren Vorliegen auch tatbestandsmäßige Beihilfen ausnahmsweise gewährt werden dürfen. Die Europäische Kommission hat in zahlreichen Dokumenten und Sekundärrechtsakten zum Ausdruck gebracht, unter welchen Bedingungen sie die Anwendbarkeit einer dieser Tatbestandsausnahmen bejaht (zB de Minimis GVO, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)).
  
10. Wenn eine Beihilfe die in einer GVO näher umschriebenen Voraussetzungen erfüllt, gilt sie als automatisch genehmigt, ohne dass das Anmelde- und Genehmigungsverfahren des Art 108 durchlaufen werden müsste. Es besteht dementsprechend für diese Beihilfen auch keine Anmeldepflicht und kein Durchführungsverbot. Im Beihilferecht bestehen zwei zentrale GVO mit breitem, allgemeinem Anwendungsbereich. Es sind dies die **Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) 651/2014**<sup>6</sup> einerseits und die **De Minimis-GVO 1407/2013**<sup>7</sup> andererseits.
  
11. Die **AGVO** gilt für **verschiedene Arten von Beihilfen innerhalb großer Gruppen** wie etwa Regionalentwicklung, KMU-Förderung, Gründungsförderung, Umweltschutz, Risikokapitalbereitstellung, FuE, Ausbildung und Beschäftigung sowie – wie im vorliegenden Fall offensichtlich vom Beihilfengeber bemüht – **Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes**. Die Freistellungsbedingungen sind für jede dieser Gruppen unterschiedlich und jeweils in eigenen Kapiteln geregelt. Ein eigenes Kapitel enthält gemeinsame **horizontale Vorschriften**, vor allem über die Berechnung der Beihilfeintensität, Transparenz- und Dokumentationsvorschriften, **Anreizeffekte**, Schwellenwerte für die Einzelanmeldung, Kumulierung und förderfähige Kosten bei Investitionsbeihilfen.
  
12. Der Anwendungsbereich der **De Minimis-GVO** definiert sich nur nach der **Beihilfehöhe**: Sie gilt für Beihilfen an Unternehmen in fast allen Wirtschaftsbereichen und erlaubt die anmeldefreie Gewährung von Beihilfen gleich welcher Art und Zielsetzung, die den Betrag von 200.000 € in dem der Gewährung jeweils vorangehenden Dreijahreszeitraum nicht übersteigen. Die Freistellung nach der *De Mi-*

---

6 ABI 2014 L 187/1.

7 ABI 2013 L 352/1.

*nimis*-GVO gilt **nur für transparente Beihilfen**, also etwa nicht für bestimmte Formen von Darlehens-, Bürgschafts- oder Risikokapitalbeihilfen. Eine Kumulierung von *De Minimis*-Beihilfen mit anderen Beihilfen ist nicht zulässig.

## V. Tatbestand des Beihilfenverbotes erfüllt

**13.** Der Tatbestand des Art 107 Abs 1 AEUV enthält sechs Elemente, die sämtlich (**kumulativ**) vorliegen müssen: (i) **Bestimmter Begünstigtenkreis**, (ii) **Wirtschaftlichen Vorteil (Begünstigung)**, (iii) **Bestimmtheit (Selektivität)**, (iv) **Staatlichkeit der Mittel**, (v) Wettbewerbsverfälschung und (vi) Handelsbeeinträchtigung. Erfüllt eine Maßnahme auch nur eine Tatbestandsvoraussetzung nicht, ist sie nach Art 107 nicht verboten und unterliegt nicht der Anmeldepflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV.

### a. Unternehmen als Begünstigte

**14.** Beihilfeempfänger iSv Art 107 Abs 1 AEUV können nur Unternehmen sein. Nach dem EuGH ist als Unternehmen iSd Wettbewerbsrechts jede **eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit**, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung anzusehen<sup>8</sup>. Das Beihilfeverbot umfasst demnach nicht nur Zuwendungen an private und öffentliche Unternehmen und alle Mischformen zwischen diesen, sondern auch an wirtschaftlich tätige natürliche Personen, etwa Freiberufler<sup>9</sup>. Selbst in die Staatsverwaltung integrierte Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit gelten, wenn sie als Anbieter selbständig am Markt auftreten, als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsvorschriften und damit als potentielle Beihilfeempfänger<sup>10</sup>. Die Grenze des Unternehmensbegriffs liegt in der Staatsverwaltung selbst, also dort, wo typischerweise hoheitliche Tätigkeiten ausgeübt werden<sup>11</sup>.

**15.** Als **wirtschaftliche Tätigkeit** ist nach stRsp jede Tätigkeit anzusehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten<sup>12</sup>. Eine mangelnde Gewinnorientierung bei der Erbringung der wirtschaftlichen Tä-

---

<sup>8</sup> Vgl Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979, Rn 21; Rs C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* ua Slg 1995, I-4022, Rn 14; Rs T-234/95, *Dradenauer Stahlgesellschaft*, Slg 2000, II-2603, Rn 124.

<sup>9</sup> Vgl insb Rs C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg 1998, I-3851, Rn 36 ff; Rs C-49/07, *MOTOE*, Slg 2008, I-4863, Rn 22.

<sup>10</sup> Rs 118/85, *Kommission/Italien* („AAMS“), Slg 1987, 2599, Rn 8.

<sup>11</sup> Rs C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, Slg 1994, I-43, Rn 30; Rs C-113/07 P, *SELEX*, Slg 2009, I-2209, Rn 70; verbRs T-231/06 und 237/06, *NOS*, Urteil v 16.12.2010, Rn 93.

<sup>12</sup> Vgl etwa Rs C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg 1998, I-3851, Rn 36; Rs C-49/07, *MOTOE*, Slg 2008, I-4863, Rn 22.

tigkeit schließt die Unternehmenseigenschaft dann nicht aus, wenn das Unternehmen auf dem betreffenden Markt mit ihrerseits gewinnorientierten Unternehmen konkurriert<sup>13</sup>. Die Tätigkeit muss dabei zumindest grundsätzlich mit der Aussicht auf Gewinn ausgeübt werden können. Nicht als Beihilfeempfänger sind **Endverbraucher** anzusehen.

**16. Mehrere getrennte rechtliche Einheiten** können für die Zwecke der Anwendung der Beihilfenvorschriften als **eine wirtschaftliche Einheit** angesehen werden. Diese wirtschaftliche Einheit ist dann als das relevante Unternehmen anzusehen. In dieser Hinsicht sieht der Gerichtshof das Bestehen von **Kontrollbeteiligungen** und anderen funktionellen, wirtschaftlichen und institutionellen Verbindungen als erheblich an.<sup>14</sup>

**17. Im vorliegenden Fall** ist die **KTM Motohall GmbH** als Teil der wirtschaftlichen Einheit des KTM-Konzerns **als Unternehmen iSd europäischen Wettbewerbsrecht, insbes des Art 107 AEUV, zu qualifizieren**. Der KTM-Konzern steht auf dem Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Motorrädern im Wettbewerb mit anderen Herstellern.

#### *b. Wirtschaftlicher Vorteil*

**18.** Art 107 Abs 1 AEUV liegt ein **weiter Beihilfebegriff** zugrunde<sup>15</sup>. Erfasst sind keineswegs nur direkte Zuschüsse<sup>16</sup>, sondern **alle Formen wirtschaftlicher Vorteile** für Unternehmen. Eine **Verringerung von Belastungen**, die ein Unternehmen im Rahmen seiner normalen Geschäftstätigkeit zu tragen gehabt hätte, stellt also jedenfalls einen beihilferelevanten wirtschaftlichen Vorteil dar<sup>17</sup>.

**19.** Ein beihilferelevanter Vorteil liegt ferner im Verzicht des Staates auf ein **angemessenes Entgelt** bei Rechtsgeschäften, wie zB einer unentgeltlichen Übernahme von Bürgschaften, der Gewährung zinsbefreiter oder begünstigter Darlehen, oder einer unentgeltlichen oder besonders günstigen Zurverfügungstellung<sup>18</sup> von Immobilien, Infrastruktur, Arbeitskräften und anderen Produktionsfaktoren.

---

<sup>13</sup> Vgl KomE 98/353/EG, *Gemeinnützige Abfallverwertung Aachen*, ABI 1998 L 159/58, 62.

<sup>14</sup> Rs C-480/09 P, *AceaElectrabel Produzione SpA/Kommission*, ECLI:EU:C:2010:787, Rn. 47 bis 55; Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 112.

<sup>15</sup> Vgl Rs C-379/98, *PreussenElektra*, Slg 2001, I-2099, Rn 62; Rs C-280/00, *AltmarkTrans*, Slg 2003, I-7747, Rn 63, 108; Rs C-482/99, *Frankreich/Kommission (Stardust Marine)*, Slg 2002, I-4397, Rn 57; Rs C-345/02, *Pearle*, Slg 2004, I-7139, Rn 61.

<sup>16</sup> Vgl schon Rs 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, Slg 1961, 3, 42.

<sup>17</sup> Vgl zB Rs C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Slg 1999, I-3913, Rn 19; T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA*, Slg 2010, II-3229, Rn 57.

<sup>18</sup> Für viele zB Rs T-95/94, *Sytraval*, Slg 1995, II-2651. Näher *Soltész*, EuZW 2001, 107.

**20.** Nach diesem weiten Beihilfebegriff sind zusammenfassend also all jene Maßnahmen als beihilferelevante wirtschaftliche Vorteile anzusehen, die einzelne Unternehmen in eine **wirtschaftlich günstigere Lage** versetzen. Welche Form eine solche Maßnahme annimmt, ist irrelevant. Es kommt alleine auf die Wirkungen an. Als **Vergleichsmaßstab**, ob eine marktunübliche Begünstigung vorliegt, dienen die wirtschaftlichen oder rechtlichen Bedingungen, wie sie ohne die betreffende Maßnahme unter den gegebenen Umständen geherrscht hätten. Es erfolgt maW eine Gegenüberstellung mit den **üblichen Bedingungen am Markt** oder der üblichen Rechtslage. Wesentlich ist also, dass der Begünstigte keine marktgerechte Gegenleistung erbringt.

**21.** Im vorliegenden Fall stellen die ausgezahlten direkten Förderungen iHv insgesamt EUR 4,5 Mio für die Errichtung eines monothematischen, allein der Präsentation der Marke KTM gewidmeten „Museums“ bzw Ausstellungshalle einen wirtschaftlichen Vorteil dar. Das **begünstigte Unternehmen erspart sich** aufgrund der Förderung durch das Land Oberösterreich den für die gegenständliche Marketing- und Werbemaßnahme notwendigen **finanziellen Aufwand aus Eigenem zu erbringen** und kann die gegenständlichen Mittel anderweitig im Wettbewerb mit anderen Motorradherstellern einsetzen.

### c. Selektivität

**22.** Das Beihilfeverbot erfasst nur Begünstigungen für **bestimmte** Unternehmen: Die Adressaten einer Maßnahme müssen hinreichend ermittelbar sein. Dies kann sich aus dem Regelungsgegenstand (**materielle Selektivität**)<sup>19</sup>, aus dem erfassten Gebiet (**territoriale Selektivität**)<sup>20</sup> oder auch daraus ergeben, dass den zuständigen Behörden bei der Anwendung einer allgemeinen Norm **Ermessen** eingeräumt ist, das eine selektive Begünstigung im Einzelfall erlaubt<sup>21</sup>. Umgekehrt sind allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen vom Beihilfeverbot grundsätzlich nicht erfasst.

---

<sup>19</sup> Vgl zB Rs C-75/97, *Maribel*, Slg 1999, I-3671, Rn 23 ff; Rs C-251/97, *Frankreich/Kommission*, Slg 1999, I-6639, Rn 23 ff; Rs C-6/97, *Italien/Kommission*, Slg 1999, I-2981, Rn 17; Rs T-55/99, *CETM*, Slg 2000, II-3207, Rn 39 ff; Rs T-335/08, *BNP*, Slg 2010, II-3323, Rn 160; verbRs C-106/09 P und C-107/09 P, *Gibraltar*, Urteil v 15.11.2011, noch nicht in Slg veröff, Rn 116 ff; Rs C-487/06 P, *British Aggregates*, Slg 2008, I-10515, Rn 82 f; *Bartosch*, EuZW 2010, 12; *Cruz Vilaca*, EstAL 2009, 443.

<sup>20</sup> Vgl Rs C-88/03, *Portugal/Kommission („Azoren“)*, Slg 2006, I-7115., Rn 56 ff; EuGH, verb. C-78/08 bis 80/08, *Paint Graphos*, Urteil v 8.9.2011, Rn 49.

<sup>21</sup> Vgl Rs C-295/97, *Piaggio*, Slg 1999, I-3735, Rn 39; Rs C-241/94, *Kimberley Clark*, Slg 1996, I-4551, Rn 23 f; StRsp, Rs C-256/97, *DMT*, Slg 1999, I-3913, Rn 27 mwN; Rs T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Territorio Histórico de Álava*, Slg 2002, II-1275, Rn 154.

**23.** Im vorliegenden Fall ist auch das Kriterium der Selektivität erfüllt. Die Förderung wurde **ausschließlich an KTM-Motohall** GmbH bzw den KTM-Konzern gewährt.

*d. Staatlichkeit der Mittel*

**24.** Die Staatlichkeitsbedingung des Art 107 Abs 1 AEUV **besteht aus zwei kumulativen Elementen**, der staatlichen Veranlassung (**Zurechnung**) der Gewährungsentscheidung und der nachfolgenden staatlichen Finanzierung (**Budgetwirksamkeit**) des Beihilfenvorteils. Der EuGH stellt im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen in seiner Rsp zur Frage der Zurechnung auf einen Komplex von **Indizien** ab, aus denen abzuleiten ist, ob die **öffentliche Hand letztlich die Kontrolle** über das Unternehmen, das die Begünstigung gewährt, hat. So werden zB Kriterien wie die Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art seiner Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern, der Rechtsstatus des Unternehmens, ob es also dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt, oder die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung genannt.<sup>22</sup>

**25.** Im konkreten Fall wurden die Förderungen – soweit öffentlich erklärt – zum größeren Teil aus **unterschiedlichen Budgetpositionen des Landes Oberösterreich**, zum kleineren Teil aus „**Bedarfszuweisungen**“ der **Gemeinde Mattighofen** finanziert. Jedenfalls handelt es sich in beiden Fällen um Gebietskörperschaften, deren Budgetmittel zweifellos als staatliche Mittel iSd Art 107 AEUV zu sehen sind.

*e. Wettbewerbsverfälschung / Handelsbeeinträchtigung*

**26.** Das Tatbestandselement der **Wettbewerbsverfälschung** fragt nach den Wirkungen der Beihilfe für den Wettbewerb zwischen Unternehmen am betroffenen **sachlichen Markt**<sup>23</sup>. Dabei legt der Gerichtshof einen **großzügigen Maßstab** an, für den auch ganz geringfügige Vorteile hinreichen, um die Spürbarkeitschwelle zu überspringen: „*Gewährt der Staat einem Unternehmen einen nur geringen Vorteil, so wird der Wettbewerb zwar auch nur gering verfälscht, jedenfalls*

---

22 Rs C-482/99, Kommission/Frankreich (Stardust Marine), Slg 2002, I-4397, Rz 56.

23 Vgl Soltész in Montag/Säcker, Münchener Kommentar, Bd 3, Art 107, Rn 404 ff; Cremer in Calliess/Ruffert, Art 107, Rn 30 ff; Kritisch Koenig/Kühling, EuZW 1999, 517.

aber wird er verfälscht.“<sup>24</sup> Zugleich genügt bereits eine drohende Wettbewerbsverfälschung, ihr Eintritt braucht nicht nachgewiesen zu werden<sup>25</sup>.

**27.** Das Tatbestandselement der **Handelsbeeinträchtigung** betrachtet die Ebene der Mitgliedstaaten und grenzt den Anwendungsbereich des Beihilfeverbots gegenüber dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten ab (**grenzüberschreitendes Element**)<sup>26</sup>: Beihilfen mit rein regionaler Wirkung sollen zwar nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots fallen. Wie dem Tatbestandselement der Wettbewerbsverfälschung, legt die Rsp allerdings auch der Handelsbeeinträchtigung eine beinahe ausufernd **weite Auslegung** zugrunde.

**28.** Eine Wettbewerbsverfälschung ergibt sich im vorliegenden Fall jedenfalls auf dem **Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Motorrädern**<sup>27</sup>, auf dem KTM im Wettbewerb mit anderen Herstellern steht, die nicht von der gegenständlichen Förderung profitieren können. Die Förderung einer monothematischen Ausstellungshalle für die Marke KTM erspart dem begünstigten KTM-Konzern eigene Kosten und ist somit ein unmittelbarer Vorteil für das begünstigte Unternehmen, der anderen Wettbewerbern nicht zur Verfügung steht.

## VI. Freistellung nach der AGVO fraglich

### a) Anreizeffekt fraglich

**29.** Die Anwendbarkeit der AGVO dürfte schon am **zentralen Kriterium des fehlenden Anreizeffekts scheitern**. Das Erfordernis eines Anreizeffekts ist letztlich eine Konkretisierung der **Notwendigkeit der Beihilfe** für die Umsetzung des gegenständlichen Vorhabens<sup>28</sup> und solle „Mitnehmeffekte“ vermeiden. Es soll ausgeschlossen werden, dass der Empfänger das Vorhaben auch ohne Beihilfen unter Marktbedingungen durchführen würde.<sup>29</sup>

---

24 Rs T-55/99, *CETM*, Slg 2000, II-3207, Rn 92.

25 Vgl zB Rs C-148/04, *Unicredito*, Slg 2005, I-11137, Rn 54 f; Rs C-66/02, *Italien/Kommission (Italienische Bankenstiftungen)*, Slg 2005, I-10901, Rn 111; Rs C-372/97, *Italien/Kommission*, Slg 2004, I-3679, Rn 44.

26 Auch Zwischenstaatlichkeitsklausel, vgl Rs T-93/02, *Crédit Mutuel (Livret bleu)*, Slg 2005, I-143, Rn 82.

27 Siehe die Fusionskontrollentscheidung der Europäischen Kommission zu COMP/M.3570, *Piaggio/Aprilia* vom 22.11.2004.

28 Vgl *Jennert/Püstow* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, § 1 Rz 2216ff.

29 Vgl 18 ErwG zur AGVO, ABI 2014 L 187/1, Satz 1. In diesem Zusammenhang ist auch auf den im OÖ Kulturförderungsgesetz festgelegten „**Subsidiaritätsgrundsatz**“ hinzuweisen. § 5 Abs 3 leg cit bestimmt: „In Fällen, in denen eine Eigenleistung in Betracht kommt, ist eine solche in zumutbarer Höhe Voraussetzung für die Förderung“



**30.** Gemäß Art. 6 der AGVO kann eine Beihilfe nur dann in den Genuss der Gruppenfreistellung kommen, wenn der Beihilfeempfänger **vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben** oder die Tätigkeit einen **schriftlichen Beihilfeantrag in dem betreffenden Mitgliedstaat** gestellt hat.

**31.** Der Beihilfeantrag muss mindestens die folgenden Angaben enthalten:

- a. Name und Größe des Unternehmens,
- b. Beschreibung des Vorhabens mit Angabe des Beginns und des Abschlusses,
- c. Standort des Vorhabens,
- d. die Kosten des Vorhabens,
- e. Art der Beihilfe (z. B. Zuschuss, Kredit, Garantie, rückzahlbarer Vorschuss oder Kapitalzuführung) und Höhe der für das Vorhaben benötigten öffentlichen Finanzierung.

**32.** Der „Beginn der Arbeiten“ wird in der AGVO wie folgt definiert:

*„Entweder der Beginn der Bauarbeiten für die Investition oder die erste rechtsverbindliche Verpflichtung zur Bestellung von Ausrüstung oder eine andere Verpflichtung, die die Investition unumkehrbar macht, wobei der früheste dieser Zeitpunkte maßgebend ist; der Kauf von Grundstücken und Vorarbeiten wie die Einholung von Genehmigungen und die Erstellung vorläufiger Durchführbarkeitsstudien gelten nicht als Beginn der Arbeiten.“*

**33.** Im vorliegenden Fall liegt der **veröffentlichte Förderantrag vom 25.10.2018 lange nach dem Baubeginn im Jahr 2016**. Ob und in welcher Form es einen früheren Förderantrag gibt, der den Erfordernissen des Art 6 AGVO genügt, kann im Rahmen der vorliegenden Beurteilung nicht endgültig überprüft werden. Jedenfalls wird der Planungsbeginn laut dem Factsheet der Architekten der Motohall mit Frühjahr 2014, der Baubeginn mit März 2016 angegeben. Daraus ergibt sich **ein starkes Indiz** dafür, dass der Beginn der Arbeiten gem Art 6 AGVO lang vor der Auszahlung der gegenständlichen Mittel erfolgt ist.

**34.** An dem Befund, dass die AGVO im vorliegendem Fall mangels Anreizeffekt iSd Art 6 AGVO nicht anwendbar ist, ändert uE auch der Umstand nichts, dass die Kommission gem Art 6 Abs 5 lit h leg cit bei **Beihilfen für Kultur** und Erhaltung des kulturellen Erbes gem Art 53 AGVO (siehe dazu sogleich unten) **von einem Anreizeffekt ausgeht**. Die Kommission sieht die Förderung von „kultureller Infra-

struktur“ nämlich prinzipiell **im Fall von bzw im Rahmen von Marktversagen** für die entsprechende Einrichtung als **gerechtfertigt** an.<sup>30</sup>

**35.**Wie unter VI. b) unten sogleich näher zu erörtern ist, ist aber gerade die prinzipielle Eignung des gegenständlichen Vorhabens (KTM-Motohall) als Kultureinrichtung – insbesondere Museum – iS des Art 53 AGVO überaus fraglich. Zudem wurde die Planung und Umsetzung des „KTM-Museums“ wie oben gezeigt mit großer Wahrscheinlichkeit bereits **vor und unabhängig von einer Förderung** durch das Land Oberösterreich begonnen so dass mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass das gegenständliche Projekt **auch nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen** (ohne Förderung, die dafür einen Anreiz hätte geben müssen) **umgesetzt worden** wäre.

*b) Thematische Rechtfertigung als Kulturförderung fraglich*

**36.**Letztlich ist fraglich, ob die gegenständliche Einrichtung **tatsächlich als Museum iSd Freistellungsnorm des Art 53 AGVO** von einer Gruppenfreistellung profitieren kann. Obwohl die einschlägigen Bestimmungen der AGVO zwar ausdrücklich auf Beihilfen zugunsten von „Museen“ abstellen, enthalten sie **keine Definition dieses Begriffes**.<sup>31</sup> In den von der Kommission bislang behandelten Fällen, die Museen betrafen, handelte es sich jedenfalls immer um **Museen im „klassischen Sinn“ und nicht um Einrichtungen, die allein der Präsentation der Produkte eines einzigen Unternehmens** dienten.<sup>32</sup>

**37.**Diese grundlegende Frage ist zudem unabhängig von der tatsächlichen Nutzung der „KTM Motohall“ iSd Art 53 Abs 4 lit a) AGVO zu beurteilen. Die dort für die Gewährung von Investitionsbeihilfen vorgesehene **Bedingung, die Einrichtung für kulturelle Zwecke zu öffnen**, wird uE erst dann relevant, wenn eine Einrichtung grundsätzlich als kulturelle- oder Einrichtung zur Erhaltung des kulturellen Erbes beihilfenfähig iSd Art 53 Abs 1 ist.

## **VII. Anmeldepflicht und Durchführungsverbot**

<sup>30</sup> Vgl etwa die Ausführungen der Kommission zur Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf Kulturbeihilfen im „Infrastructure Analytical Grid for Culture, Heritage and Nature Conservation“.

<sup>31</sup> Der „Infrastructure Analytical Grid for Culture, Heritage and Nature Conservation“, enthält ebenfalls keine nähere Definition des Museumsbegriffs der AGVO.

<sup>32</sup> Vgl die Entscheidung N 630/2003 - Italia, *Musei di interesse locale – Regione autonoma della Sardegna* oder SA. 37043 (2013/N) – Hungary – Aid for multifunctional community cultural centres, museums, public libraries.

- 38.** Mangels Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellung ist **im vorliegenden Fall** von einer **Anmeldepflicht** des gegenständlichen Fördervorhabens bei der Europäischen Kommission als Neubeihilfen gem. Art. 108 AEUV auszugehen. Vor einer Genehmigung des Fördervorhabens durch die Kommission hätte die Auszahlung der Förderung nicht ausgezahlt werden dürfen.
- 39.** Neubeihilfen sind nach der Definition des Art. 1 lit. c Beihilfe-VerfahrensVO<sup>33</sup> (VVO) alle Beihilfen, also Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen, die **keine bestehenden Beihilfen** sind, einschließlich Änderungen bestehender Beihilfen. Für solche neuen Beihilfevorhaben sehen Art. 108 und die VVO ein Regime der präventiven Kontrolle vor, d.h. dass sie vor ihrer Durchführung grundsätzlich von der Kommission überprüft werden müssen.
- 40.** Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 enthalten Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot tatbestandsmäßiger Beihilfen nach Art. 107 Abs. 1. Diesen Legal- bzw. Ermessensausnahmen ist gemeinsam, dass ihre Anwendbarkeit auf eine konkrete Beihilfemaßnahme von der Kommission bestätigt werden muss. **Neue Beihilfen, für die keine solche Bestätigung bzw. Genehmigungsentscheidung vorliegt**, sind auch dann **rechtswidrig**, wenn sie im Grunde für eine Ausnahme in Frage kämen. Über diese strenge Rechtsfolge wird das ausschließliche Recht der Kommission zur Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt abgesichert. Die **Beurteilung seitens der Kommission kann also insbesondere nicht durch die Beurteilung nationaler Behörden oder Gerichte ersetzt** werden.
- 41.** Vor diesem Hintergrund sieht Art. 108 Abs. 3 eine **Pflicht der Mitgliedstaaten** vor, neue **Beihilfevorhaben bei der Kommission zur Überprüfung anzumelden**. Die Anmeldepflicht bezieht sich aber nur auf nach Art. 107 Abs. 1 tatbestandsmäßige Beihilfen: Sind nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, besteht die Anmeldepflicht nicht und die Maßnahme kann gleich durchgeführt werden. Die Erfüllung des Beihilfentatbestands ist allerdings völlig objektiv zu beurteilen, d.h. dass es auf eine etwa mangelnde Erkennbarkeit der Beihilfeneigenschaft bei der Beurteilung der Verletzung der Anmeldepflicht nicht ankommt.<sup>34</sup>

---

33 VO (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI 2015 L 248/9.

34 In diesem Sinne Rs T-46/97, Sociedade Independente de Comunicação („SIC“), Slg 2000, II-2125, EU:T:2000:123, Rn 83 mwN. Dazu auch *Jaeger*, Durchführungsverbot und rückwirkende Beihilfengenehmigung, ZfV 2003, 645, 652.

42. Die in Art. 108 Abs. 3 vorgesehene Anmeldepflicht enthält als letzten Satz ein **Verbot der Durchführung von Beihilfen ohne bzw. vor Genehmigung der Kommission**.<sup>35</sup> Maßnahmen, bei denen sich herausstellt, dass es sich nicht um tatbestandsmäßige Beihilfen handelt, unterliegen von Anfang an keinem Durchführungsverbot. Für alle anderen Maßnahmen muss die **verbindliche Entscheidung der Kommission abgewartet werden**. Auch wenn die Kommission eine Beihilfe im Ergebnis genehmigt, bleiben wegen des Durchführungsverbots die vor dieser Genehmigung gewährten Zuwendungen trotzdem rechtswidrig.<sup>36</sup> Wettbewerber können sich vor den nationalen Gerichten auf das Durchführungsverbot berufen, um rechtswidrige Beihilfen zu verhindern oder zurückfordern zu lassen.<sup>37</sup>

### VIII. Verfahren vor nationalen Gerichten

43. Eine Verletzung der Beihilfenbestimmungen kann auch vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden und ist dort in erster Linie für Konkurrenten interessant, die eine **Rückzahlung** der Beihilfe erwirken wollen<sup>38</sup>.

44. Grundlage dieser Klagen ist im Unionsrecht das **Durchführungsverbot** des Art 108 Abs 3 letzter Satz<sup>39</sup>. Es ist dies die einzige Norm des Beihilfekapitels, auf die sich Einzelne vor den nationalen Gerichten unmittelbar berufen können. Gleichzeitig ist die auf das Durchführungsverbot gestützte Zuständigkeit der nationalen Gerichte von großer praktischer Bedeutung für die Beihilfekontrôle und wird vom EuGH auch in stRsp als gegenüber der Kommission eigenständige und davon unabhängige Befugnis hervorgehoben<sup>40</sup>. Dies hat der EuGH ua in der Rs *van Calster* klargestellt.<sup>41</sup>

45. Die Verletzung des Durchführungsverbots durch die nationalen Behörden bewirkt die **Ungültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfe**<sup>42</sup>. Welche

---

35 Dazu auch *Kühling/Rüchardt* in Streinz, Kommentar, Art 108 AEUV<sup>3</sup>, Rn 14 ff; *Jaeger*, ZfV 2003, 645.

36 Rs C-261/01 und C-262/01, *van Calster*, Slg 2003, I-12249, EU:C:2003:571, Rn 56 und 73; ebenso SA von GA Geelhoed v 4.3.2004, Rs C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, Slg 2005, I-85, EU:C:2005:10, Rn 26f.

37 *Jaeger*, Nachträgliche Beihilfengenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten, EuZW 2004, 78, 79.

38 Vgl zum Folgenden auch *Schroth/Koch*, Subventionsbeschwerde, 18 ff.

39 Dazu näher *Lang* in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilfenrecht, 70 ff; *Jaeger*, ZfV 2003, 645, 649 ff; *Jaeger*, EuZW 2004, 78, 79 f; *Jaeger*, eolex 2008, 489; vgl auch Bekanntmachung der Kommission über die Durchführung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABI 2009 C 86/1.

40 StRsp, vgl va Rs C-301/87, Frankreich/Kommission(„*Boussac*“), Slg 1990, I-307, Rn 9–24.

41 Ebenso SA von GA Geelhoed, Rs C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, Slg 2005, I-85, Rn 26 f.

42 Mit Verweis auf den dtBGH dazu näher *Quardt/Nielandt*, EuZW 2004, 201, passim; *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 323, passim; *Rennert*, EuZW 2011, 576, passim; *Martin-Ehlers*

Rechtsfolge aus dieser Ungültigkeit konkret zu ziehen ist (also zB absolute oder bloß relative Nichtigkeit), hängt vom jeweiligen nationalen Zivil- (für Verträge) bzw Verwaltungsrecht (für Bescheide und Gesetze) ab<sup>43</sup>. Dasselbe gilt für die Frage, ob der gesamte oder bloß ein Teil des Gewährungsakts ungültig ist und welches Schicksal gegebenenfalls den beihilfefreien Teilen dieses Rechtsakts widerfährt.

**46.** Der EuGH hat dabei allerdings die Anforderungen an die Strenge der Sanktion abgesehen: Der **telos des Durchführungsverbots** besteht demnach nur in der Hintanhaltung von Wettbewerbsverzerrungen und gerade nicht auch in der Sanktionierung von Anmeldeverstößen bzw einem generalpräventiven Charakter<sup>44</sup>. Einem solchen reduzierten Zweck genügen zumindest in Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit der Beihilfe mangels Kommissionsprüfung noch nicht feststeht, gelinde Rechtsfolgen, etwa eine schwebende **Unwirksamkeit** des Vertrages, das einstweilige Einfrieren der Beihilfe und das Abschöpfen von Rechtswidrigkeitszinsen. Insoweit ist eine Forderung<sup>45</sup> nach absoluter **Nichtigkeit** als weitergehende Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot in dieser Pauschalität zumindest unionsrechtlich nicht gedeckt<sup>46</sup>.

**47.** Steht die **Rechtswidrigkeit der Beihilfe aber bereits fest**, ist nach der Rechtslage in Österreich<sup>47</sup> zivilrechtlich **absolute Nichtigkeit** anzunehmen. Die Rechtsakte sind daher ohne weiteren Formalakt gegenüber jedermann wirkungslos. Maßnahmen des öffentlichen Rechts sind dagegen in Österreich<sup>48</sup> mit bloß relativer Nichtigkeit (also Aufhebbarkeit auf Antrag) behaftet. Die Nichtigkeit erfasst alle auf die Gewährung der Beihilfe im vom Durchführungsverbot erfassten Zeitraum gerichteten Teile eines Rechtsakts. Handelt es sich bei Verträgen um Grundlagen des Vertrags (zB bei bestimmten Investitionsbeihilfen), so fällt damit der ganze Vertrag. Bilden die erfassten Bestimmungen dagegen nur einen sonsti-

---

EuZW 2011, 583; *Koenig/Hellstern*, GRURInt 2012, 14, passim. Zur Nichtigkeitsfolge im Beihilfenrecht vgl *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung – Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften 2000 (Schriftenreihe Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Hrsg Koppensteiner), 74f.

43 Vgl etwa Rs C-39/94, *Syndicat français de l'Express international* („*SFET*“), Slg 1996, I-3547, Rn 40; Rs C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* („*FNCE*“), Slg 1991, I-5505, Rn 12.

44 Vgl. Rs C-199/06, *CELF*, Slg 2008, I-469, Rn 47.

45 *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804, Pkt. C.1.a; a.A. schon davor *Wöllik*, in *Jaeger*; *Jahrbuch Beihilferecht* 08, 349 ff; *Rüffler*, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilferecht*, 158 f.

46 Näher *Jaeger*, *wbl* 2012, 9.

47 Vgl OLG Wien 5.2.2007, 2 R 150/06b (Bank Burgenland); auch *Roniger/Maier* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilfenrecht*, 128 ff; *Eilmansberger*, *Zivilrechtsfolgen*, 74 f; vgl auch Rs C-224/97, *Erich Ciola*, Slg 1999, I-2517, Rn 34.

48 Näher *Jaeger*, *ecolex* 2006, 808 f.

gen Bestandteil (zB wenn die Beihilfe nur in einem Aspekt eines Kauf-, Haftungs- oder Darlehensvertrag besteht), so bestimmt sich die Reichweite der Nichtigkeit nach dem Grundsatz der **geltungserhaltenden Reduktion anhand des hypothetischen Parteiwillens**<sup>49</sup>.

**48.**Das nationale Prozessrecht muss jedermann (also nicht nur Wettbewerbern) die Möglichkeit einräumen, das Durchführungsverbot und die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen auch effektiv gerichtlich geltend machen zu können<sup>50</sup>. In Österreich etwa besteht mit dem **UWG** eine geeignete Rechtsgrundlage für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche<sup>51</sup>, die von den österreichischen Gerichten allerdings zT eng ausgelegt wird (va in Bezug auf das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagtem<sup>52</sup>).

**49.**Nach UWG passivlegitimiert sind der Staat und das begünstigte Unternehmen<sup>53</sup>, die Aktivlegitimation steht Mitbewerbern des Beihilfeempfängers iSd § 14 UWG zu<sup>54</sup>. Der **Unterlassungsanspruch** gegen laufende oder bevorstehende Zuwendungen ist auf Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV iVm §§ 1 und 14 UWG zu stützen; zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs stehen nach § 24 UWG einstweilige Maßnahmen zur Verfügung. Der **Beseitigungsanspruch** ist auf Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV iVm §§ 1 und 15 UWG zu stützen, der **Schadenersatzanspruch** auf Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV iVm §§ 1 und 16 UWG. Der Schadenersatz umfasst auch den entgangenen Gewinn (§ 16 UWG), Beihilfegeber und -empfänger haften außerdem zur ungeteilten Hand (§ 17 UWG). In ähnlichem Umfang sind grundsätzlich auch unmittelbar auf ABGB fußende Ansprüche in Fällen denkbar<sup>55</sup>, in denen die Anwendung des UWG ausscheidet (zB bei Verneinung des Wettbewerbsverhältnisses).

**50.**Die mit dem Beseitigungsanspruch geltend zu machende, **gerichtliche Rückabwicklung** der Beihilfe hat grundsätzlich nach §877 ABGB zu erfolgen<sup>56</sup>. Sie zielt auf die Wiederherstellung der Lage vor Verletzung des Durchführungsverbots

---

49 Vgl zB OGH v 26.1.1995, 6 Ob 506/95.

50 Vgl Rs C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, Slg 2005, I-85, Rn 21.

51 Vgl grundlegend *Rüffler*, Einfluss des Europarechts auf das österreichische UWG, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften 2000 (Schriftenreihe Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Hrsg Koppensteiner), 475ff.

52 Siehe dazu zuletzt OGH v 19.01.2010, 4 Ob 154/09i, *Landesforstrevier*.

53 ZB OGH v 16.7.2002, 4 Ob 72/02w; OGH v 22.3.2001, 4 Ob 43/01d; OGH v 11.3.1997, 4 Ob 68/97x; OGH 9.12.1989, 4 Ob 50, 51/89.

54 Auch Konsumenten kommt eine Aktivlegitimation für Schadenersatzklagen nach UWG zu, vgl OGH v 24.2.1998, 4 Ob 53/98t.

55 Näher *Jaeger*, wbl 2012, 9

56 Ausführlich begründet bei *Eilmansberger*, Zivilrechtsfolgen, 107 ff.

ab<sup>57</sup>, wirkt daher immer (auch bei Dauerschuldverhältnissen)<sup>58</sup> *ex tunc* und hat den gesamten Beihilfenbetrag (bzw den Wert des Vorteils) samt (Zinses-)Zinsen (abzüglich etwaiger Aufwendungen auf die Beihilfe, zB Steuern) zu umfassen<sup>59</sup>. Die Zinsen fallen ab dem Zeitpunkt zu dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand bis zur tatsächlichen Rückzahlung an. Der Normzweck des Durchführungsverbots, der nationale Gerichte dazu verpflichtet, „sämtliche Folgerungen“<sup>60</sup> zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung zu ziehen, streitet darüber hinaus wohl auch für eine Herausgabe all jener Vorteile, die in hinreichend manifester Weise nur aufgrund der Beihilfe erlangt werden konnten (zB Investitionsgewinne). Über die vollständige Neutralisierung der Wettbewerbsverzerrung hinaus besitzt die Beihilfenrückforderung aber nach hM keinen Sanktionscharakter<sup>61</sup>.

## IX. Handlungsoptionen für KUPF

**51.** Um die gegenständliche Thematik aus beihilfenrechtlicher Sicht aufzugreifen bzw die Auszahlung der Förderungen zu bekämpfen, könnte KUPF

- a) die oben erörterten **Umstände der Europäischen Kommission aufzeigen** und so die **Entscheidungsgrundlage der Kommission**, die aufgrund der Mitteilungspflichten des Art 9 AGVO auch von Amts wegen Kenntnis vom vorliegenden Fall erlangen kann bzw erlangt hat, **zu verbreitern** und weiteren Input liefern.
- b) vor dem **zuständigen Zivilgericht** Unterlassungs-, Beseitigungs- und eventuell auch Schadenersatzansprüche geltend machen. Ein Zivilverfahren in Österreich wäre jedenfalls unabhängig von den Verfahren zwischen der Republik Österreich und der Kommission zu führen.

*RA Dr. Peter Thyri, LL.M. (NYU), LL.M. (DUK)*

---

57 ZB Rs C-382/99, *Niederländische Tankstellen*, Slg 2002, I-5163, Rn 89; Mitteilung Zinssätze, ABI 2003 C 110/21.

58 Vgl *Eilmansberger*, *Zivilrechtsfolgen*, 111.

59 ZB RsC-74/00 P ua, Falck, Slg 2002, I-7869, Rn 159.

60 Rs C-393/04 ua, *Air Liquide*, Slg 2006, I-5293, Rn 42 mwN; ebenso Rs C-174/02, *SWNB*, Slg 2005, I-85, Rn 17; stRsp.

61 Vgl *Quardt* in Heidenhain, *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, § 50, Rn 5; *Sinnaeve*, *Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen*, 40.