

Univ.-Ass.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ

Julia Eder

Stv. Vorständin des Instituts
für Europarecht
Julia.eder@jku.at

Institutsreferat:

Angela Kostner

T +43 732 2468 3540

F +43 732 2468 23540

europarecht@jku.at

RECHTLICHE BEWERTUNG



**der Finanzierungsvereinbarung für den
Zentralen Speicherkanal iZm der Errichtung
des Murkraftwerks im Lichte des EU-
Beihilferechts.**

RECHTLICHE BEWERTUNG

der Finanzierungsvereinbarung für den Zentralen Speicherkanal iZm der Errichtung des Murkraft- werks im Lichte des EU-Beihilferechts

Inhalt

I. Sachverhalt und Gutachtensauftrag	3
II. Der Beihilfetatbestand	4
A. MKG als Beihilfeempfängerin	5
B. Staatlichkeit	5
C. Selektive Begünstigung	6
1. Darlehen	8
2. Weiterleiten der Landesförderung	9
3. Umgehungskonstruktion: Entschädigungsmodell?	9
4. Kein Fall einer Ausgleichsleistung für DAWI.....	10
D. Wettbewerbsverzerrung / Handelsbeeinträchtigung.....	11
III. Ergebnis	12

I. Sachverhalt und Gutachtensauftrag

Die Murkraftwerk Graz Errichtungs- und BetriebsgmbH (nachfolgend „MKG“ genannt) plant die Errichtung und den Betrieb eines Wasserkraftwerks in Graz Punzigam (**Projekt „Murkraftwerk Graz“**). Durch den Aufstau der Mur im Zuge der Errichtung würde es notwendigerweise zu einer Beeinträchtigung des in Graz bestehenden Mischwasserentlastungssystems kommen. Diesbezügliche Abhilfe könnte durch Planung und Errichtung entsprechender „**einfacher**“ **baulicher Maßnahmen** zur Ableitung der Abwässer in den Bereich des Unterwassers **als Teil des Projekts „Murkraftwerk Graz“** geschaffen werden (1. Variante). Stattdessen wird jedoch seitens der Stadt Graz die gleichzeitige Errichtung eines **Zentralen Speicherkanals (ZSK) im Kraftwerksbereich** mit der Errichtung des Murkraftwerks bevorzugt (2. Variante). Mit dieser zweiten Variante würde nämlich das Kanalsystem an den wasserrechtlichen Stand der Technik herangeführt, da das bestehende Mischwasserentlastungssystem ohne Retention (insbesondere bei starkem Regen) zu Verunreinigungen der Gewässer führt. Auch wenn das bestehende Kanalsystem nach aktuellem Recht noch aufrechterhalten werden darf, wird davon ausgegangen, dass künftige rechtliche Entwicklungen mit aller Wahrscheinlichkeit irgendwann ein Abwasserspeichersystem erforderlich machen. Da eine spätere Errichtung des ZSK unverhältnismäßig aufwändiger und teurer käme als die gleichzeitige Errichtung mit dem Murkraftwerk, ist eine **Kooperation** der Stadt Graz mit der MKG bezüglich der gleichzeitigen Errichtung eines ZSK mit der Kraftwerkserrichtung geplant (vgl. Entschädigungsvereinbarung zum „Kooperationsvertrag iZm Wasserkraftanlage Murkraftwerk Graz“).

Eine derartige Kooperation nahm die Stadt Graz auch mit dem Errichter der **Wasserkraftwerke Gössendorf/Kalsdorf** vor. Damals wurde gleichzeitig mit der Kraftwerkserrichtung in diesem Abschnitt ein **Hauptsammlerentlastungskanal (HSEK)** anstelle eines kleineren Mischwasserableitungskanals, der ursprünglich als Teil des Kraftwerksprojekts zur Erhaltung des Mischwasserentlastungssystems vorgesehen war, errichtet und die dem Kraftwerkserrichter dadurch entstandenen **Mehrkosten von der Stadt Graz ersetzt** (vgl. Bericht des Kanalbauamts an den Gemeinderat vom 25.06.2009, GZ: A8-674/2009-25). Mit dem HSEK wurden bereits die ersten 3,2 km des ZSK errichtet. Daran anschließend soll im Zuge der Errichtung des Murkraftwerks Graz der ZSK für die nächsten 5,2 km errichtet werden (vgl. Bericht an den Gemeinderat vom 25.02.2016, GZ: A8-146581/2015-1).

Analog zur Kooperation HSEK – Wasserkraftwerk Gössendorf/Kalsdorf hat der Gemeinderat in der Sitzung vom 25.02.2016 (GZ: A8-146581/2015-1) einen **Kooperationsvertrag (I)** beschlossen, wonach die MKG verpflichtet sei, den ZSK im Kraftwerksbereich gleichzeitig mit der Errichtung des Projekts Murkraftwerk Graz auszuführen und herzustellen, wobei die Stadt Graz – über die Holding

Graz – 40,6% der Baukosten zu tragen hat (vgl 9.1.4 Entwurf Kooperationsvertrag I). Als Grundlage für die Ermittlung des Prozentsatzes iHv **59,4%** der Kosten, welche von der MKG endgültig zu tragen sind, wurden die reinen Baukosten für die Errichtung eines Doppelkanals zur reinen Ableitung der Mischwässer in das Unterwasser, also die **Kosten für die „einfache“ bauliche Maßnahme iSd ersten Variante**, den reinen Baukosten für die Synergievariante (ZSK) gegenübergestellt (vgl Bericht an den Gemeinderat vom 25.02.2016). Damit würde die Stadt Graz nur die **Mehrkosten** für die Errichtung des ZSK im KW-Bereich übernehmen und die MKG trägt die Kosten, die sie auch bei der (günstigeren) ersten Variante zu tragen gehabt hätte („**Sowieso**“-Kosten).

Da die MKG diesen Vertrag nicht unterzeichnete, wurde in der Gemeinderatssitzung vom 22.09.2016 eine **Modifizierung der Projektfinanzierung** beschlossen. Nach dem neuen **Kooperationsvertrag (II)** sollen dieselben Baukosten wie im ursprünglichen Kooperationsvertrag (I) für den ZSK im KW-Bereich nun zur Gänze von der Stadt Graz – wiederum über die Holding Graz – getragen werden (vgl 7.1.1 und 9.1.4 Entwurf Kooperationsvertrag II). Hinzu kommt jedoch eine „**Entschädigungsvereinbarung**“, wonach die MKG der Stadt Graz eine Entschädigung zu leisten hat, weil sie durch die Kraftwerkserrichtung in ihrem – durch die (aufrechte) wasserrechtliche Bewilligung eingeräumten – Recht zur Einleitung von Abwasser in die Mur im Kraftwerksbereich wesentlich eingeschränkt ist und eine vorgezogene Investition in den ZSK erforderlich wird. Für den durch die **vorgezogene Investition** verursachten **wirtschaftlichen Nachteil** soll die MKG eine **laufende jährliche Entschädigung über 25 Jahre ab Inbetriebnahme des Kraftwerks** leisten. Zur Höhe der Entschädigung sieht die Entschädigungsvereinbarung (5.1) vor:

„Das Ausmaß der laufenden Entschädigung leitet sich von den tatsächlich abgerechneten Kosten gemäß Leistungsumfang Kooperationsvertrag 9.1.4 ab, wobei hievon **59,4%, abzüglich** der für diesen Teil gewährten **Landesförderung i.H.v. 7 MEUR**, als Basis zu Grunde gelegt werden. Auf dieser Basis wird eine Annuität unter Berücksichtigung eines **Zinssatzes von 2% während 25 Jahren** berechnet.“

Der **Gutachtauftrag** besteht darin, zu prüfen, ob die neue Finanzierungsvereinbarung im Hinblick auf die Aspekte

- der **Verteilung der finanziellen Belastung der MKG auf 25 Jahre mit 2%iger Verzinsung** und
- der **Weiterleitung der Landesförderung** an die MKG

eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV zu Gunsten der MKG darstellt.

II. Der Beihilfetatbestand

Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, sind gemäß **Art 107 Abs 1 AEUV** mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

beeinträchtigen. Der Anwendungsbereich des europäischen Beihilferechts ist somit an vier kumulative Merkmale geknüpft, nämlich (A) Unternehmen und Produktionszweige als Beihilfenempfänger, (B) Gewährung aus staatlichen Mitteln und Zurechenbarkeit zum Staat, (C) selektive Begünstigung, (D) Beeinträchtigung des Wettbewerbs und des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

Es ist somit zu prüfen, ob diese Tatbestandsmerkmale hinsichtlich der zu prüfenden Aspekte der Finanzierungsvereinbarung allesamt erfüllt sind. Ist dies der Fall, so liegt eine **Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV** vor.

A. MKG als Beihilfeempfängerin

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff des Unternehmens – als potentieller Beihilfeempfänger – jede **eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit**, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.

Vgl EuGH, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, Pavlov ua, ECLI:EU:C:2000:428, Rz 74; EuGH, Rs C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA ua, ECLI:EU:C:2006:8, Rz 107.

Die **MKG** ist zweifellos ein Unternehmen, das sie eine wirtschaftliche Tätigkeit, insbesondere durch das **Produzieren und Anbieten von Strom am Markt**, ausübt. Sie ist somit eine potentielle Beihilfeempfängerin.

B. Staatlichkeit

Eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV muss einerseits unmittelbar oder mittelbar **aus staatlichen Mitteln gewährt** werden – also budgetwirksam sein – und andererseits dem Staat **zurechenbar** sein.

Vgl EuGH, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission (Stardust), ECLI:EU:C:2002:294, Rz 24; EuG, Rs T-351/02, Deutsche Bahn AG/Kommission, ECLI:EU:T:2006:104, Rz 103. Siehe auch *Eder*, Mitteilung Beihilfiebegriff III: Staatlichkeit, in: *Jaeger/Haslinger* (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht (2017), 407 ff.

Die Investition in den ZSK im KW-Bereich durch die Stadt Graz sowie die diesbezügliche Finanzierungsvereinbarung mit der MKG wurde im Gemeinderat der Stadt Graz beschlossen und ist der **Stadt Graz zurechenbar**. Dabei werden staatliche Mittel aus dem **Haushalt der Stadt Graz** in Anspruch genommen, sodass es sich auch um eine **budgetwirksame Maßnahme** handelt. Dass die Holding Graz als Vermittlerin dazwischentritt schadet nicht, zumal es sich bei den Mitteln dieses öffentlichen Unternehmens auch um staatliche Mittel der Stadt Graz handelt, sodass der ZSK letztlich durch Mittel der Stadt Graz zumindest in dem Ausmaß finanziert wird, als die MKG daran nicht über die Entschädigungsvereinbarung beteiligt ist. **Jeder finanzielle Vorteil der MKG aus der Entschädigungsvereinbarung geht daher zu Lasten staatlicher Mittel**. Soweit dieser

Vorteil jedoch aus der **Landesförderung** resultiert, um die sich der Entschädigungsanspruch reduzieren soll, könnte die Beihilfe auch dem Land Steiermark zurechenbar sein, wenn die Stadt Graz nur als Vermittlerin auftritt und keine Kontrolle über die zur Verfügung gestellten Mittel hat. Da es sich sowohl bei der Stadt Graz und dem Land Steiermark um staatliche Stellen handelt, ist die Maßnahme jedenfalls **dem Staat zurechenbar** und sie wird jedenfalls **aus staatlichen Mittel (des Landes bzw der Stadt) finanziert**, womit sich eine weitere Differenzierung für die Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliegt, erübrigt. **Die aus staatlicher Quelle stammenden Mittel sind daher als Einheit zu betrachten.**

C. Selektive Begünstigung

Die Beihilfe muss eine „**Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige**“, eine sog **selektive Begünstigung**, bewirken. Beim gegenständlichen Projekt und der diesbezüglichen Finanzierungsvereinbarung zwischen der Stadt Graz und der MKG handelt es sich um eine potenzielle Einzelbeihilfe zugunsten der MKG und keineswegs um eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme. Daher liegt **Selektivität** zweifellos vor. Fraglich ist allerdings, ob die MKG durch die Kooperation tatsächlich begünstigt ist iSd Beihilferechts.

Ganz allgemein wird der Begriff der **Begünstigung** unter Berücksichtigung aller unmittelbaren und mittelbaren Umstände **weit ausgelegt**. Eine Begünstigung kann nicht nur durch positive Leistungen des Staates, sondern auch durch Maßnahmen eintreten, die in verschiedener Form die **Belastungen vermindern**, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Eine Begünstigung liegt vor, wenn das Unternehmen durch die Intervention des Staates eine Vergünstigung erhält, die es nach den **Grundsätzen einer marktwirtschaftlichen Ordnung** nicht erwarten kann. Zu den Grundsätzen einer marktwirtschaftlichen Ordnung gehört auch, dass Unternehmen ihre **Produktions- und Investitionskosten selbst zu tragen** haben. Zu fragen ist stets, mit welchen Konditionen der Nutznießer des staatlichen Engagements am Markt des fraglichen Mitgliedstaates **ohne die konkrete staatliche Intervention** zu rechnen gehabt bzw welche Lasten und Kosten er zu tragen gehabt hätte. Entscheidend für das Vorliegen einer Begünstigung ist außerdem die **Wirkung der staatlichen Maßnahme**. Die Form, Gründe, intendierten Ziele oder die Motivation des staatlichen Handelns sind für das Vorliegen einer Beihilfe unerheblich. Im Sinne dieses wirkungsorientierten Ansatzes ist eine **wirtschaftliche Prüfung** der Begünstigung vorzunehmen.

Vgl *Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht III⁵ (2016), Art 107 Abs 1 AEUV, Rz 42 ff; *Kleine/Sühnel in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg), Europäisches Beihilfenrecht (2013), 128 f. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2016 C 262/1, Rz 66 ff: eine Begünstigung liege auch vor, wenn „**Wirtschaftsbeteiligte bestimmte Kosten nicht tragen müssen, die andere, vergleichbare Wirtschaftsbeteiligte in der jeweiligen Rechtsordnung, in der Regel zu tragen haben**“; EuGH, Rs C-159/01, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:C:2004:246, Rz 51

mwN zur Rsp; EuGH, Rs C-143/99, Adria-Wien-Pipeline, ECLI:EU:C:2001:598, Rz 38 mwN zur Rsp.

Nach dem **wirkungsorientierten Ansatz** ist es also unerheblich, dass mit dem ZSK der Umweltschutz verbessert wird bzw der wasserrechtliche Stand der Technik erreicht werden soll oder der ZSK nach Annahme der Stadt Graz zu einem noch ungewissen Zeitpunkt in der Zukunft ohnehin zu errichten wäre und für sie nun kostengünstiger wird. Die Stadt Graz tätigt die Investition in den ZSK anlässlich und gleichzeitig mit der KW-Errichtung. Diese Investition wirkt sich für die KW-ErrichterIn dann begünstigend aus, wenn sie sich dadurch Kosten, die ohne diese konkrete staatliche Intervention bei der KW-Errichtung angefallen wären, ersparen würde. Dann hätte die KW-ErrichterIn entgegen den Grundsätzen der marktwirtschaftlichen Ordnung die Investitionskosten nämlich nicht zur Gänze selbst zu tragen.

Ohne die Errichtung des ZSK hätte die MKG jedenfalls auch einen **Kanal – wenn auch in anderer Ausführung und Größe – zur Ableitung der Mischwasser** in das Unterwasser errichten müssen, da ansonsten durch den kraftwerksbedingten Aufstau der Mur das Mischwasserentlastungssystem der Stadt Graz nicht mehr funktionieren würde (**Verursacherprinzip**). Diese baulichen Maßnahmen wären somit auch **Teil des Projekts Murkraftwerk Graz** gewesen (vgl 2.2. Entschädigungsvereinbarung), die somit auch zu den **Baukosten dieses Projekts** hinzuzurechnen wären. Diese Kosten hätte die MKG unter normalen Marktbedingungen, also ohne die staatliche Intervention – die Investition der Stadt Graz in den ZSK –, jedenfalls zu tragen gehabt. Ein Vergleich mit der Errichtung des KW Gössendorf/Kalsdorf belegt dies, war doch die Errichtung eines Mischwasserablenkungskanals damals Bestandteil der Projektbewilligung, welche auch von den KW-Errichtern zu finanzieren war (vgl Bericht des Kanalbauamts an den Gemeinderat vom 25.06.2009, GZ: A 8 -674/2009-25).

Vgl zum **Verursacherprinzip als Grundlage für die „normalen Marktbedingungen“** *Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht III⁵ (2016), Art 107 Abs 1 AEUV, Rz 42; siehe auch die Schlussanträge von *Jacobs* zur Rs C-126/01, GEMO SA, ECLI:EU:C:2002:273, Rz 77.

Folglich würde sich die vorzeitige Investition in den ZSK, welche gerade anlässlich des Murkraftwerks erfolgt, begünstigend für die MKG auswirken, es sei denn, dass sie sich an den Kosten des ZSK in dem Ausmaß der Kosten für die Errichtung des alternativen (kleineren) Kanals („**Sowieso**“-Kosten) beteiligt. Mit anderen Worten: **Nur wenn der Vorteil der Verringerung der Projektkosten aufgrund der staatlichen Intervention im Wege einer finanziellen Beteiligung an dieser staatlichen Intervention zu Gänze ausgeglichen wird, liegt keine Begünstigung vor.**

Wie sich aus dem Bericht an den Gemeinderat vom 25.02.2016 (GZ: A8-146581/2015-1) und dem ursprünglichen Kooperationsvertragsentwurf (I) – ge-

stützt auf das Gutachten von DI Riesel – ergibt, betragen die reinen **Baukosten für die alternative Kanalerrichtung 59,4% der Kosten der Synergievariante**, also für die Errichtung des ZSK im KW-Bereich. Um eine beihilferechtliche Begünstigung auszuschließen, hätte die MKG – **entsprechend dem ursprünglichen Kooperationsvertrag (I)** – diesen Anteil also übernehmen müssen. Nach dem neuen Kooperationsvertrag (II) soll die Stadt Graz nun 100% der Kosten zunächst übernehmen und dafür einen Entschädigungsanspruch gegenüber der MKG erhalten. Durch einen **Entschädigungsanspruch iHv 59,4%** der abgerechneten Kosten würde bei der MKG grundsätzlich dieselbe wirtschaftliche Belastung eintreten. Wie jedoch zu zeigen sein wird, bringt die konkrete Entschädigungsvereinbarung tatsächlich **zwei wirtschaftliche Vorteile für die MKG** gegenüber der Situation der KW-Errichtung ohne staatliche Intervention (alternative Kanalerrichtung als Teil des KW-Projekts iSd ersten Variante).

1. Darlehen

Die Kosten für die Errichtung des alternativen Kanals als Teil des KW-Projekts würden bereits im Zuge der Kraftwerkserrichtung anfallen und nicht verteilt auf 25 Jahre ab Inbetriebnahme. Um die Kosten entsprechend zu verteilen, müsste die MKG ein **Darlehen** am Markt aufnehmen. Würde die MKG am Markt kein Darlehen in dieser Höhe mit einer **Laufzeit von 25 Jahren** und einer **Verzinsung von 2%** erhalten, so würde die Vereinbarung über die Entschädigung während 25 Jahre zu einem Zinssatz von 2% eine **Begünstigung der MKG** darstellen. Die Stadt Graz fungiert (wenn auch nicht in formaler, so doch in materieller Hinsicht) für die MKG quasi als Darlehensgeber, indem sie Kosten übernimmt, welche die MKG im Zuge der Kraftwerkserrichtung sofort zu tragen hätte, nämlich die Kosten für die Errichtung des alternativen Kanals iSd ersten Variante bzw 59,4% der Kosten für den ZSK im KW-Bereich iSd zweiten Variante, und eine Rückzahlung dieser Kosten auf 25 Jahre mit 2%iger Verzinsung verlangt.

Die Kommission prüft das Verschaffen eines beihilferelevanten, wirtschaftlichen Vorteils durch die Gewährung eines Darlehens anhand des **Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers**. Nach diesem Grundsatz ist Fremdkapital, das einem Unternehmen direkt oder indirekt vom Staat zu Bedingungen zur Verfügung gestellt wird, die den **normalen Marktbedingungen** entsprechen, nicht als staatliche Beihilfe zu betrachten. Eine beihilferelevante Begünstigung würde hingegen vorliegen, wenn am Markt ein Darlehen nur zu schlechteren Bedingungen erhältlich wäre, wobei alle maßgeblichen Faktoren für die Verzinsung (Bonität des Unternehmens, Sicherheiten, Laufzeit) zu berücksichtigen sind. Bei Fehlen eines vergleichbaren Marktzinssatzes erfolgt die Beurteilung anhand des Referenzsatzes nach der Referenzsatz-Mitteilung 2008.

Vgl Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze, ABI 2008 C 14/6. Siehe auch Beschluss (EU) 2015/1824 der Kommission vom 23. Juli 2014 über die Maßnahmen Deutschlands zugunsten des Flughafens Niederrhein (Weeze) und der Flughafen Niederrhein GmbH — SA.19880 und SA.32576 (ex NN/2011, ex CP/2011), ABI 2015 L 269/1, Rz

158 ff; EuGH, Rs T-16/96, Cityflyer Express Ltd/Kommission, ECLI:EU:T:1998:78, Rz 51 ff.

Die Beurteilung, ob das der MKG durch die Finanzierungsvereinbarung de facto gewährte Darlehen dem Grundsatz des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers entspricht, also unter normalen Marktbedingungen gewährt würde, ist nicht Gegenstand des Gutachtens, sodass eine abschließende beihilferechtliche Bewertung zu diesem Aspekt nicht geleistet werden kann.

2. Weiterleiten der Landesförderung

Die Entschädigungsvereinbarung führt außerdem zu einer weiteren Verringerung der Investitionskosten, welche die MKG für das KW-Projekt ohne staatliche Intervention jedenfalls zu tragen hätte. Die MKG soll nämlich nicht den Anteil von 59,4% der Baukosten des ZSK, der den Kosten der einfacheren baulichen Maßnahme entspricht, sondern bloß einen um die Landesförderung verringerten Betrag entrichten. Dadurch würden sich die **Investitionskosten** für die MKG um **7 MEUR verringern**. Dabei handelt es sich jedenfalls um eine **aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung der MKG**.

3. Umgehungskonstruktion: Entschädigungsmodell?

Die neue Finanzierungsvereinbarung täuscht durch die Konstruktion als Entschädigungsvereinbarung auf den ersten Blick darüber hinweg, dass die MKG die „Sowieso“-Kosten für die alternative bauliche Maßnahme zu leisten hat. Es wird so dargestellt, als hätte die Stadt Graz als Inhaberin des Kanalsystems die vollen Kosten zu tragen und würde sich nur den wirtschaftlichen Nachteil der kraftwerksbedingten vorzeitigen Investition in den ZSK ersetzen lassen. Die Festsetzung eines über 25 Jahre hinweg jährlich fälligen Entschädigungsanspruch iHv 59,4% der abgerechneten Kosten, abzüglich der Landesförderung, unter Aufschlag eines Zinssatzes von 2%, scheint jedoch nahezu willkürlich. Sie **entspricht nicht dem wirtschaftlichen Nachteil der vorzeitigen Investition**, deren Ermittlung zum jetzigen Zeitpunkt angesichts der Ungewissheit der künftigen Investition außerdem fragwürdig erscheint. Jedenfalls verwirklicht sich dieser wirtschaftliche Nachteil für die Stadt Graz bereits zum Zeitpunkt der Rechnungslegung und nicht erst bei Inbetriebnahme des Kraftwerks, also jenem Zeitpunkt, in dem der Entschädigungsanspruch erstmals fällig wird. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass der wirtschaftliche Nachteil der Stadt Graz wegen der vorzeitigen Investition mit den Kosten der einfacheren baulichen Maßnahme, die von der MKG anstelle des ZSK auszuführen gewesen wäre, (abzüglich der Landesförderung) gleichzusetzen ist. Die **Überführung des ursprünglichen Aufteilungsschlüssels** (59,4%: MKG; 40,9%: Stadt Graz) gemäß Kooperationsvertrag (I) in die Entschädigungsvereinbarung zeigt vielmehr, dass die Stadt Graz tatsächlich nicht ihren wirtschaftlichen Nachteil, sondern den **Vorteil der MKG** aufgrund der vorzeitigen ZSK-Errichtung **auszugleichen** versucht. Der **zur Vermeidung einer beihilferelevanten Begünstigung** erforderliche, **vollständige** Vorteilsausgleich

gelingt aber, wie bereits dargestellt, durch die Entschädigungsvereinbarung letztlich nicht.

Auch wenn man davon ausgeht, dass sich der wirtschaftliche Nachteil der Stadt Graz wegen der Landesförderung um 7 MEUR verringert und daher vom Entschädigungsanspruch in Abzug zu bringen wäre, darf nicht darüber hinweggesehen werden, dass der Schadensausgleich iHv 7 MEUR, welcher eigentlich von der MKG zu leisten wäre, wiederum durch den Einsatz staatlicher Mittel – wenn auch aus anderer Quelle – erfolgt. Aus Sicht des Beihilferechts macht es nämlich keinen Unterschied, ob die Stadt Graz den wirtschaftlichen Nachteil, den ihr die MKG zufügt, aus eigenen Mitteln oder ursprünglichen Landesmitteln ausgleicht, um den Entschädigungsanspruch gegen die MKG in dieser Höhe zu verringern. **In jedem Fall wird die MKG aus staatlichen Mitteln selektiv begünstigt.**

4. Kein Fall einer Ausgleichsleistung für DAWI

Eine Begünstigung und damit eine Beihilfe liegen nicht vor, wenn ein Unternehmen mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) betraut wurde und ihm dafür bloß eine Ausgleichsleistung vom Staat gewährt wird, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Vgl EuGH, Rs C-280/00, Altmark Trans GmbH, ECLI:EU:C:2003:415, Rz 87 ff.

Die Kommission definiert **DAWI** als wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen (nicht zufriedenstellenden) Standards durchgeführt würden.

Vgl Qualitätsrahmen der Kommission für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa vom 20.12.2011, KOM(2011) 900 endg.

Da die Stromproduktion spätestens mit der Liberalisierung des Energiebinnenmarktes eine **normale wirtschaftliche Tätigkeit** in einem Wettbewerbsrahmen darstellt und daher von unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen tätigen Unternehmen in zufriedenstellender Weise erbracht werden, handelt es sich um **keine DAWI**. Außerdem wurde der MKG auch keinerlei Verpflichtung auferlegt, Strom zu erzeugen, diesen Strom in bestimmtem Umfang zu erzeugen oder ihn auf den Markt zu bringen.

Ähnliche Erwägungen finden sich im Beschluss (EU) 2015/658 der Kommission vom 08.10.2014 über die vom Vereinigten Königreich geplante staatliche Beihilfe SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C, ABI 2015 L 109/44, Rz 305 ff; siehe auch das diesbezügliche Gutachten von Dr. Dörte Fouquet, Becker Büttner Held vom 05.04.2014, abrufbar unter: [https://www.bmwfw.gv.at/Wirtschaftspolitik/EUBeihilfenrecht/Documents/Anlage_2_Gutachten_\(BMLFUW\).pdf](https://www.bmwfw.gv.at/Wirtschaftspolitik/EUBeihilfenrecht/Documents/Anlage_2_Gutachten_(BMLFUW).pdf).

Auf das (Nicht-)Vorliegen der übrigen Voraussetzungen betreffend die Ausgleichsleistung braucht daher hier nicht mehr eingegangen zu werden.

D. Wettbewerbsverzerrung / Handelsbeeinträchtigung

Eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV muss infolge der Begünstigung eines bestimmten Unternehmens einerseits den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und andererseits den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Ist eine vom Staat gewährte Maßnahme geeignet, die **Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern**, so wird sie als Maßnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. In der Praxis wird daher im Allgemeinen eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Artikels 107 Abs 1 AEUV festgestellt, wenn der Staat einem Unternehmen in einem **liberalisierten Wirtschaftszweig**, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.

Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI 2016 C 262/1, Rz 187; EuGH, Rs 730/79, Philip Morris, ECLI:EU:C:1980:209, Rz 11; EuG, verb Rs T-298/97, T-312/97 usw, Alzetta, ECLI:EU:T:2000:151, Rz 80, 141 - 147; EuGH, Rs C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415, Rn 79.

Hinsichtlich des zweiten Kriteriums ist nach ständiger Rechtsprechung nicht festzustellen, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hat, sondern lediglich, ob sie **Auswirkungen auf diesen Handel haben könnte**. Eine staatliche Förderung kann selbst dann, wenn der Empfänger nicht unmittelbar am grenzübergreifenden Handel teilnimmt, als Maßnahme erachtet werden, die sich auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken könnte. So kann ein staatlicher Zuschuss, durch den das **örtliche Angebot aufrechterhalten oder ausgeweitet wird**, dazu führen, dass es für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten **schwieriger wird, in den Markt einzutreten**.

Vgl EuGH, Rs C-518/13, Eventech/The Parking Adjudicator, ECLI:EU:C:2015:9, Rz 65 ff; EuGH, verb Rs C-197/11 und C-203/11, Libert ua, ECLI:EU:C:2013:288, Rz 76 ff; EuGH, Rs C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415, Rz 78.

Auf dem Weg zu einem **europäischen Energiebinnenmarkt** sind Wettbewerb und Handel beinahe automatisch von Beihilfen an Energieerzeuger betroffen. Soweit die MKG, wie zuvor dargestellt, durch die vorgezogene staatliche Investition der Stadt Graz in den ZSK und die diesbezügliche Kooperations- und Entschädigungsvereinbarung begünstigt wird, und sich die Investitionskosten für das KW-Projekt verringern, **verbessert sich ihre Wettbewerbsposition am Strommarkt**, einem liberalisierten und internationalem Handel ausgesetzten Wirtschaftszweig. Folglich ist einerseits von einer zumindest **drohenden Wettbewerbsverfälschung** und andererseits von einer potentiellen **Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Stromhandels** auszugehen ist. Eine verbesserte Wettbewerbsstellung ist etwa auch ganz konkret gegenüber den Errichtern und Betreibern des Wasserkraftwerks Gössendorf/Kalsdorf zu konstatieren, da diesen bei der KW-Errichtung keine derartigen Vergünstigungen gewährt wurden.

Sie hatten die Kosten für alternative Kanalmaßnahmen (zur Gänze) zu tragen, sodass die Stadt Graz nur die Mehrkosten für den Speicherkanal übernommen hat. Durch die zusätzlichen Stromerzeugungskapazitäten in Graz wird auch **ausländischen Wettbewerbern der Eintritt in den Markt erschwert** und der **zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt**. Es kommt somit zwangsläufig durch die Begünstigung der MKG zu **Marktverzerrungen**.

III. Ergebnis

- Durch die aktuelle Kooperations- und Entschädigungsvereinbarung würde jedenfalls insofern eine Beihilfe gewährt, als sich der Entschädigungsanspruch bzw die die Investitionskosten der MKG um die **Landesförderung** iHv 7 MEUR verringern, zumal diese Maßnahme sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV erfüllt.
- Hinsichtlich der Rückzahlung der sonstigen Investitionskosten, welche die MKG zu tragen hat und vorläufig von der Stadt Graz übernommen werden, ist zu beurteilen, ob die **Zahlungsbedingungen gemäß der Entschädigungsvereinbarung** einem **marktüblichen Darlehen** entsprechen, also das sohin de facto gewährte Darlehen (über eine Laufzeit von 25 Jahren mit einem Zinssatz von 2%) den Marktbedingungen entspricht. Nur wenn dies nicht der Fall ist, liegt eine selektive Begünstigung der MKG und damit eine Beihilfe vor.
- Beihilfen sind mit dem Binnenmarkt gemäß Art 107 Abs 1 AEUV grundsätzlich unvereinbar und dürfen daher nur und erst gewährt werden, wenn sie der **Kommission** gemäß **Art 108 Abs 3 AEUV** **notifiziert** und von dieser **genehmigt** wurden. Bis dahin besteht ein **Durchführungsverbot**.
- Die Anmeldepflicht sowie das Durchführungsverbot würden nur entfallen, wenn die Beihilfe unter eine Ausnahme der **Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 651/2014** fällt. Gegebenenfalls müssten die allgemeinen und besonderen Freistellungs Voraussetzungen, insbesondere Höchstintensitäten gewahrt und eine **Mitteilung über die Gewährung der Beihilfe veröffentlicht** werden. Eine diesbezügliche Prüfung ist jedoch nicht mehr Gegenstand der vorliegenden rechtlichen Bewertung.

Julia Eder