

Häufig gestellte Fragen zur Berücksichtigung des EU-Beihilfenrechts bei der Kulturförderung

Ausgangslage

Gemäß Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ex-Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag) sind „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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Von hoher praktischer Relevanz ist diese Regelung im Film- und Rundfunkbereich. In den letzten Jahren hat die Kommission jedoch in Einzelfällen (aufgrund von vereinzelt Notifizierungen oder Beschwerden durch Konkurrenten) auch Fälle aus anderen Kulturbereichen behandelt. Daher sollten die gewährenden Stellen sämtliche Fördermaßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht prüfen.

Zu klären ist zunächst, ob es sich bei den Fördermaßnahmen um Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt (dazu Abschnitt I).

Gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV können als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden „... Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Das heißt, Beihilfen im Kulturbereich können durch den Ausnahmetatbestand dieser sog. Kulturklausel gerechtfertigt sein. Sie sind dazu bei der Europäischen Kommission zu notifizieren und genehmigen zu lassen (dazu Abschnitt II).

Sofern Kulturfördermaßnahmen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifiziert werden können, lassen sie sich zudem nach Art. 106 Abs. 2 AEUV rechtfertigen. Gegenüber der Kulturklausel kann dies den Vorteil haben, dass die Kulturfördermaßnahmen dann – unter bestimmten Voraussetzungen – von der Notifizierungspflicht bei der Kommission freigestellt sind (dazu Abschnitt III). In bestimmten Fällen können Sonderregelungen und Ausnahmen zum Tragen kommen (dazu Abschnitt IV).

Der folgende Katalog häufig gestellter Fragen ist als Arbeitshilfe für die Praxis gedacht. Er steht unter dem Vorbehalt, dass eine rechtsverbindliche Auslegung des europäischen Beihilferechts nur die Europäische Kommission und die europäischen Gerichte vornehmen können.

Gliederung

Ausgangslage	1
I. Liegt überhaupt eine Beihilfe vor?	6
1. An welchen Kriterien erkennt man das Vorliegen einer Beihilfe?	6
2. Wann liegt eine unternehmerische Tätigkeit vor?	6
3. Spielt es beihilferechtlich für die Unternehmenseigenschaft eine Rolle, wenn keine Gewinnerzielungsabsicht besteht?	7
4. In welchen Bereichen hat die Kommission die Unternehmenseigenschaft verneint?	7
5. Was ist eine Begünstigung?	8
6. Liegt eine Begünstigung auch dann vor, wenn ein Vergabeverfahren durchgeführt wird?	8
7. Unterliegt die Förderung aus Strukturfonds-Mitteln den Beihilferegeln, obwohl die Gelder von der EU bereitgestellt und an genaue Vergabekriterien gekoppelt werden?	9
8. Lässt sich im Kulturbereich die Beihilfeeigenschaft mangels Wettbewerbsbeeinträchtigung verneinen?	10
9. Wann liegt eine Handelsbeeinträchtigung mit grenzüberschreitender Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten vor?	11
10. In welchen Fällen hat die Kommission eine Handelsbeeinträchtigung mit grenzüberschreitender Wirkung verneint?	12
11. Wie sind die einzelnen Kriterien bei der Bestimmung des lokalen Charakters eines Kulturangebots zu bewerten?	14
II. Wie können Beihilfen im Kulturbereich gerechtfertigt werden?	14
12. Welche Voraussetzungen prüft die Kommission im Rahmen der sog. Kulturklausel genau?	15
13. Gibt es eine Definition des Begriffs „Kultur“ in Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV? ..	15
14. Welche konkreten Beispiele gibt es, in denen die Kommission eine Beihilfe auf der Basis der Kulturklausel genehmigt hat?	16
15. Welche Maßnahmen werden von der Kommission nicht unter den Kulturbegriff des Art. 107 Abs. 3 lit d) AEUV gefasst?	17
16. Schadet es, wenn eine Kultureinrichtung neben kulturellen Tätigkeiten auch noch nicht-kulturellen Tätigkeiten nachgeht?	18

17.	Kann ein Beihilfegeber neben der Förderung der Kultur gleichzeitig auch andere, industriepolitische Ziele verfolgen? -----	18
18.	Wann ist eine Förderung verhältnismäßig und stellt keine dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufende Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels i.S.v Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV dar? -----	19
19.	Nimmt die Kommission im Kulturbereich häufig eine dem gemeinsamen Interesse widersprechende Wettbewerbsbeeinträchtigung an? -----	19
20.	Wie verläuft das Notifizierungsverfahren? -----	19
21.	Welches Risiko geht der Beihilfegeber ein, wenn er keine Notifizierung vornimmt -----	20
III.	Kultur als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI), Art 106 Abs. 2 AEUV-----	21
22.	Welchen Vorteil bringt es beihilferechtlich, wenn Kultur als DAWI qualifiziert werden kann?-----	21
23.	Wer entscheidet darüber, ob ein Kulturangebot eine DAWI darstellt? -----	21
24.	Auf welche Kriterien kommt es bei einer DAWI im Kulturbereich an?-----	21
25.	Welche rechtlichen Anforderungen sind bei Kultur als DAWI zu beachten? --	22
26.	Welche Rechtsform muss ein ordnungsgemäßer Betrauungsakt haben? ----	23
27.	Lösen Betrauungsakte u.U. umsatzsteuerliche Implikationen aus? -----	24
28.	Reicht es, im Betrauungsakt eine zu erfüllende Aufgabe allgemein festzulegen oder sind „einzelne Tätigkeiten“ festzulegen? -----	25
29.	Wie kann der Betrauungsakt angepasst werden, wenn sich während der Erbringung der DAWI die Gegebenheiten ändern, z.B. die Besucherzahlen extrem absinken oder die Bauunterhaltskosten unerwartet steigen?-----	25
30.	Wie sind Parameter zur Ausgleichsberechnung zu formulieren?-----	25
31.	Wie ist sicherzustellen, dass keine Überkompensation stattfindet? -----	26
32.	Was ist zu beachten, wenn ein Unternehmen auch noch kommerzielle Dienstleistungen anbietet?-----	27
33.	Gibt es in diesem Zusammenhang spätere Kontrollpflichten der Behörden? -	28
34.	Welche verfahrensrechtlichen Wirkungen sind mit der Qualifizierung als DAWI verbunden?-----	28
IV.	Sonderregelungen/Ausnahmen -----	28
35.	Fallen auch kleine Kulturförderbeträge unter die Beihilfenkontrolle? -----	28
36.	Keine Beihilfe wegen Einhaltung der Altmark Trans-Rechtsprechung? -----	29

37. Gilt das europäische Beihilferecht auch bei Förderungen, die auf Regelungen basieren, die vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags (1958) schon bestanden?----- 30
38. Gibt es noch weitere Möglichkeiten der beihilferechtlichen Absicherung der Kulturförderung? ----- 30

I. Liegt überhaupt eine Beihilfe vor?

1. An welchen Kriterien erkennt man das Vorliegen einer Beihilfe?

Von einer Beihilfe ist dann auszugehen, wenn

- (1.) eine unternehmerische Tätigkeit
- (2.) durch eine Begünstigung
- (3.) zu Lasten staatlicher bzw. dem Staat zurechenbarer Mittel
- (4.) selektiv gefördert wird;
- (5.) hierdurch eine Wettbewerbsbeschränkung eintritt bzw. einzutreten droht und
- (6.) der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.

Alle o.g. Kriterien müssen zugleich erfüllt sein.

2. Wann liegt eine unternehmerische Tätigkeit vor?

Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff umfasst nach ständiger Praxis der Kommission und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit durch Angebot von Waren und Dienstleistungen ausübt – unabhängig von der Art ihrer Finanzierung.¹ Auch die Organisation als juristische Person des öffentlichen Rechts oder unmittelbarer Teil der staatlichen oder Gemeindeverwaltung² schließt die Anwendung des Unternehmensbegriffs nicht aus (z.B. Stiftungen des öffentlichen Rechts, Eigenbetriebe).

Die meisten kommunalen und staatlichen, öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich organisierten Theater, Orchester, Opern und Museen dürften daher unter den beihilferechtlichen Unternehmensbegriff³ fallen, da sie mit entsprechenden öffentlichen oder auch rein privat finanzierten Einrichtungen in anderen Städten und Mitgliedstaaten im Wettbewerb stehen, z.B. um Künstler oder Besucher ebenso wie um die Akquirierung von Sonderausstellungen oder

¹ EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90, Slg 1991 I-1979, Rn. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94, Slg 1995 I-4013, Rn. 14 – *FFSA*; EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96, Slg 1997 I-7119, Rn. 21 – *Job Centre*; KOM 10.10.2007, NN 50/2007, Rn. 22 – *Österreichische Bundesmuseen I*.

² EuGH Rs. C-41/90 Rn. 22 – *Höfner*; KOM 26.11.2008, N 293/2008, Rn. 23 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*; KOM 8.4.2009, N 540/2008, Rn. 12 ff – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*; KOM 10.10.2007, NN 50/2007, Rn. 22 – *Österreichische Bundesmuseen I*.

³ KOM 17.4.2000, N 818/1999 Rn. 17 – *Französische Theater und Variétés*; KOM 10.10.2007, NN 50/2007, Rn. 22 – *Österreichische Bundesmuseen I*.

besonderer kultureller Events. Das reicht für die Einordnung unter den Unternehmensbegriff aus.

3. Spielt es beihilferechtlich für die Unternehmenseigenschaft eine Rolle, wenn keine Gewinnerzielungsabsicht besteht?

Nein, die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ist für die Unternehmenseigenschaft unerheblich.⁴ Kultureinrichtungen sind deshalb auch dann Unternehmen, wenn der Eintritt frei ist und kein Gewinn gemacht wird oder werden soll.⁵ Auch der steuerrechtliche Status als gemeinnützige Einrichtung steht der Unternehmenseigenschaft nicht entgegen.

4. In welchen Bereichen hat die Kommission die Unternehmenseigenschaft verneint?

Bei kleinen, lokal ausgerichteten kulturellen Einrichtungen kann im Einzelfall die Unternehmenseigenschaft als solche zu verneinen sein.⁶ So hat die Kommission etwa bei rein musealen, kulturellen bzw. bildungspolitischen und wissensvermittelnden Tätigkeiten die Unternehmenseigenschaft abgelehnt. In der Entscheidung *Heimatmuseum Sardinien* ging es z.B. um die jährliche Förderung von ca. 400.000 EUR für lokale Museumsaktivitäten. Die Kommission nahm an, dass in Fällen, in denen Museen z.B. von einzelnen Privatpersonen betrieben werden, eine wirtschaftliche Tätigkeit verneint werden muss.⁷ Eine andere Entscheidung, *Digitale Universität Niederlande*, betraf die Förderung einer internetbasierten Bildungseinrichtung. Die Digitale Universität unterstütze den Digitalisierungsprozess innerhalb der Hochschulen des Landes und sei als ein öffentliches System internetbasierter Lerninhalte für die Hochschulbildung zu begreifen.⁸ In einer Entscheidung zu einem ungarischen Förderprogramm⁹ geht die Kommission davon aus, dass private Bürger, Kirchen und lokale Museen hinsichtlich ihrer Denkmalschutzprojekte nicht als Unternehmen anzusehen sind, da sie keine wirtschaftliche Tätigkeit i.S.e. Angebots von Waren und Dienstleistungen ausüben.

⁴ KOM 15.1.2008, N 393/2007, Rn. 22, 34 – *NL, Subsidy to NV Bergkwartier*; KOM 28.10.2009, N 464/2009, Rn. 12 – *Hungary, Aid to performing arts organisations*; KOM 26.11.2008, N 293/2008, Rn. 23 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*; KOM 8.4.2009, N 540/2008, Rn. 12 ff – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*; KOM 10.10.2007, NN 50/2007, Rn. 22 – *Österreichische Bundesmuseen I*.

⁵ KOM 28.10.2009, N 464/2009, Rn. 13, 15 – *Hungary, Aid to performing arts organisations*.

⁶ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob aufgrund der lokalen Ausrichtung eine grenzüberschreitende Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verneinen ist.

⁷ KOM 18.2.2004, N 630/2003 – *Musei di interesse locale, Sardegna*.

⁸ KOM 15.1.2002, NN 152/2001 – *Digitale Universiteit*

⁹ KOM 18.7.2007, N 276/2007, Rn. 25 – *Hungary, Regional Development Operational Programmes*.

5. Was ist eine Begünstigung?

Eine Begünstigung ist jede Gewährung eines Vorteils ohne angemessene Gegenleistung. Dazu gehören insbesondere öffentliche Zuschüsse an Theater, Opern, Museen, Bibliotheken, Kulturzentren etc. – und zwar unabhängig von der Einordnung als institutionelle Förderung oder Projektförderung sowie unabhängig von der Rechtsgrundlage (z.B. Haushaltsgesetz, Sonderfond mit Vergaberichtlinien, Lottomittel etc.).¹⁰ Daneben werden aber auch Maßnahmen erfasst, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat,¹¹ wie etwa staatliche Garantien für Kultureinrichtungen einschließlich Haftungsübernahmen für Verluste oder Schäden im Leihverkehr, verbilligte Darlehen, selektive Steuervergünstigungen, der Verzicht auf etwaige Ansprüche, die Überlassung von Räumlichkeiten ohne oder gegen geringe Miete usw.¹²

Soweit für eine Dienstleistung ein transparenter Marktpreis gezahlt wird, ist dieser als angemessene Gegenleistung zu werten und eine Begünstigung abzulehnen.¹³

6. Liegt eine Begünstigung auch dann vor, wenn ein Vergabeverfahren durchgeführt wird?

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen ist es möglich, durch ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren nachzuweisen, dass eine Gegenleistung angemessen ist und keine Begünstigung vorliegt.¹⁴ Ein solches Verfahren dürfte v.a. für die Einrichtung und Erhaltung kultureller Infrastruktureinrichtungen in Betracht kommen. So wurde im Fall *Ahoy complex*, einem Komplex aus Sportpalast, Ausstellungshallen und einem großen Kongresszentrum, der eine große Zahl verschiedener Arten von Veranstaltungen wie Ausstellungen, Konferenzen, Messen, Shows, Konzerte, Sport- und gesellschaftliche Veranstaltungen beherbergen sollte, eine Begünstigung wegen Einhaltung der Markt-

¹⁰ KOM 30.4.2008, N 704/2007 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*; KOM 22.2.2008, N 778/2007 und KOM 22.8.2008, N 368/2008 – *Spain, Aid for theatre, dance, music and audiovisual activities in the Basque country*; KOM 30.1.2008, N 357/2007 – *Hungary, Appropriations of the Ministry of Education and Culture and the National Fund*; KOM 27.5.2003, NN 11/2002 – *UK, National Heritage Memorial Fund*.

¹¹ EuGH 23.2.1961, Rs. 30/59, Slg 1961, 3, 19 – *De Gezamenlijke*.

¹² KOM 10.10.2007, NN 50/2007, Rn. 15 – *Österreichische Bundesmuseen I*; KOM 22.7.2010, N 275/2010 – *Österreich Haftungsübernahme für eine Ausstellung der Albertina*.

¹³ Vgl. KOM 26.11.2008, N 293/2008 Rn. 25 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*

¹⁴ Angedeutet in KOM 9.4.2005, N 560/01 und NN 17/12, Rn. 31 – *UK, Brighton West Pier*.

bedingungen durch die Kommission abgelehnt.¹⁵ Es ist daneben grundsätzlich auch möglich, eine Wertermittlung durch ein unabhängiges Sachverständigengutachten einzuholen.¹⁶

Streng zu trennen von der Vergabe öffentlicher Aufträge sind jedoch Ausschreibungen, bei denen Zuwendungen verteilt werden, z.B. Stiftung Kunstfonds, Fonds Darstellende Künste, Hauptstadtkulturfonds. Zuwendungen dienen der Erfüllung bestimmter Zwecke – im Gegensatz zur Vergabe öffentlicher Aufträge steht der Zahlung jedoch keine direkte Gegenleistung gegenüber. Hier wird eine Begünstigung nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Fördermittel nach offener Ausschreibung und festen Kriterien bzw. in einem Wettbewerb mit Juryentscheidung verteilt werden. Lediglich das Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung kann hierdurch verringert werden.¹⁷

7. Unterliegt die Förderung aus Strukturfonds-Mitteln den Beihilferegeln, obwohl die Gelder von der EU bereitgestellt und an genaue Vergabekriterien gekoppelt werden?

Die Beihilferegeln gelten parallel zu und unabhängig von den Vergabekriterien. Dies wird aus Art. 9 Nr. 5 der VO (EG) 1083/2006 abgeleitet, welcher vorschreibt, dass Vorhaben, die Gegenstand einer Finanzierung durch Strukturfonds sind, mit dem Vertrag vereinbar sein müssen. Daher gehört die Frage, ob die Beihilferegeln eingehalten werden, zu den Standardfragen der Umsetzung der Strukturfondsförderung. Mittlerweile hat die Kommission ausdrücklich entschieden, dass es sich bei EFRE-Mitteln um staatliche Mittel handelt – und zwar auch dann, wenn keine nationalen Mittel zur Kofinanzierung verwendet werden.¹⁸ Gleiches dürfte auch für ESF- oder ELER-Mittel gelten. Maßgeblich für die Zurechnung ist, dass nationale Behörden oder zwischengeschaltete private Einrichtungen die Mittel verwalten und auszahlen und Einfluss auf die Vergabe haben.

¹⁵ KOM 30.1.2008 und 21.10.2008, C 4/2008, Rn. 11, 46 ff, 60 – *NL, Ahoy complex*.

¹⁶ Siehe z.B. KOM 11.04.2000, C 28/1998, ABI 2000 L 265, Rn. 85-93 – *Centrale del Latte di Roma*; allerdings hat die KOM betont, ein Ausschreibungsverfahren sei der "best way", um die Angemessenheit der Gegenleistung zu gewährleisten, vgl. z.B. KOM, 29. Wettbewerbsbericht, 1999, SEK(2000)720 endg., Rn. 235.

¹⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn es zu einer Zahlung geringer Fördermittel an eine Vielzahl von Bewerbern kommt, vgl. KOM 22.2.2008, N 778/2007 und KOM 22.8.2008, N 368/2008 – *Spain, Aid for theatre, dance, music and audiovisual activities in the Basque country*; KOM 30.4.2008, N 704/2007 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*; KOM 20.11.2007, N 563/2007 – *Aid for production of theatre, music and dance*; KOM 26.7.2006, N 381/2006 – *Spain, Aid for production of theater, music and dance*.

¹⁸ KOM 27.4.2010, N 564/2009, – *Latvia, Support for private owners of cultural monuments*; KOM 06.07.2010, N 568/2009 – *Poland, Aid measures with a cultural objective under the Regional Development Operational Programme "Innovative Economy"*; vgl. auch KOM 5.7.2005, N 364/2004 - *EFRE-Wachstumsfond Sachsen*

Im Gegensatz dazu könnte eine Zurechnung zu verneinen sein, wenn die Zuteilung der Mittel bereits auf EU-Ebene erfolgt.¹⁹ So wird z.B. das Programm Kultur 2007-2013 teilweise direkt von der Generaldirektion Bildung und Kultur der Kommission verwaltet. Die Durchführung der restlichen Programmaktivitäten wurde der Exekutivagentur übertragen, die ihren Sitz ebenfalls in Brüssel hat und der Kommission unterstellt ist. Dadurch haben die Mitgliedstaaten keinen Einfluss auf die Entscheidung, welche Summe an wen unter welchen Voraussetzungen ausgezahlt wird.

8. Lässt sich im Kulturbereich die Beihilfeeigenschaft mangels Wettbewerbsbeeinträchtigung verneinen?

Da nach dem Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV eine drohende Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits ausreicht, muss die Kommission nur prüfen, ob eine Maßnahme *geeignet* ist den Wettbewerb zu beeinträchtigen.²⁰ Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt vor, wenn die Fördermaßnahme die Stellung des Begünstigten gegenüber gegenwärtigen oder potentiellen Wettbewerbern stärkt. Dies ist der Fall, wenn die Beihilfen unmittelbar zu einer Verbesserung der Produktions- und Absatzbedingungen für die Produkte des Unternehmens im Vergleich zu anderen Wirtschaftsteilnehmern in der EU führen, die nicht über vergleichbare Beihilfen verfügen.²¹

In der Praxis der Kommission führt dieses Kriterium nur äußerst selten zur Verneinung der Beihilfeeigenschaft. Denn auch im Kulturbereich kann Wettbewerb sowohl zwischen den verschiedenen Einrichtungen bei der Errichtung von Kulturinfrastruktur herrschen, als auch beim Betrieb von Kultureinrichtungen. Bei Museen und Ausstellungen wird auf die große Popularität und rege Konkurrenz privater Galerien und kommerzieller Anbieter im Hinblick auf Ausstellungsexponate und Besucher verwiesen. Besonders hat die Kommission die Wechselwirkungen mit wirtschaftlichen Aktivitäten wie Eintrittsgeldern, Führungen, Sponsoring, integrierten Cafés und Museumsshops hervorgehoben.²² Ähnlich ist die Situation bei Theateraufführungen, Musikkonzerten, Tanzdarbietungen und sonstigen Veranstaltungen in Kulturzentren: Auch hier gibt es eine Vermischung mit Freizeitaktivitäten und rege Konkurrenz

¹⁹ Hierzu gibt es derzeit noch keine einschlägige Entscheidung; Ansatzpunkte zur Abgrenzung zwischen Gemeinschaftsmitteln und staatlichen Mitteln finden sich in EuGH, 13.10.1982, Rs. C-213/81 – *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will*.

²⁰ Vgl. EuGH 29.4.2004 – C 298/00 P, Slg. 2004, I-4078, Rn. 49 – *Italien/Kommission*; EuGH 3.3.2005, Rs. C-172/03, Slg. 2005, I-1627, Rn. 54, 55 – *Heiser*.

²¹ EuG 13.6.2000 – T-204/97 und T-270/97, Slg 2000 II-2267, Rn. 87 – *EPAC*; EuGH 17.9.1980, Rs. 730/79, Slg 1980 2671, Rn. 11 – *Philip Morris*.

²² KOM 30.4.2008, NN 43/2007 - *Compensation for loss and damage on objects provided to large public exhibitions Czech Republic*; 20.06.2001 – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*; KOM 21.04.2010, N 1/2010 – *Spain, State aid to Basque museums*.

privater Veranstalter, sowohl im Wettbewerb um Schauspieler, Sänger, Dirigenten und Regisseure, als auch um Zuschauer.²³ Ausreichend sind einzelne Funktionen wirtschaftlicher Natur und das Bestehen eines noch so kleinen Marktes. So reichen z.B. kostenlose Serviceleistungen aus – und zwar auch dann, wenn die Leistungserbringung durch eine Auftragsvergabe an Dritte „weitergereicht“ wird.²⁴

Lediglich wenn gar kein Markt existiert, d.h. wenn es keine alternativen Anbieter und damit keine konkurrierenden Angebote gibt, kann eine Wettbewerbsbeeinträchtigung verneint werden. So entschied die Kommission im Jahr 1998 im Fall eines Schaubergwerks, dass es mit anderen Attraktionen angesichts der Einzigartigkeit nicht vergleichbar sei und damit nicht in Konkurrenz stehe.²⁵ Im Zusammenhang mit Bibliotheken hat die Kommission noch nicht abschließend entschieden, ob das Fehlen von Bibliotheken und Büchereien in Privatbesitz ausreicht oder ob private Buchhandlungen ähnliche Ersatzgüter anbieten.²⁶ Offen gelassen wurde auch der Fall von Museen, die sich ausschließlich der Verwaltung und Präsentation der eigenen Sammlungen sowie der rein wissenschaftlichen Bearbeitung widmen.²⁷ Die Marktrelevanz kann zudem in Frage gestellt werden, wenn es um die Erhaltung „gewöhnlicher“ historischer Gebäude²⁸ bzw. gefährdeter Dokumente in Archiven geht.²⁹

9. Wann liegt eine Handelsbeeinträchtigung mit grenzüberschreitender Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten vor?

Eine Handelsbeeinträchtigung wird angenommen, wenn eine Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern im europäischen Ausland verstärkt.³⁰ Die Beihilfe muss also grenzüberschreitende Wirkung haben. Dies ist zum einen der

²³ KOM 26.11.2008, N 293/2008 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*; KOM 30.4.2008, N 704/2007 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*; KOM 21.04.2010, N 1/2010 – *Spain, State aid to Basque museums* N 560/01 und NN 17/02

²⁴ KOM 26.11.2008, N 293/2008 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*; KOM 8.4.2009, N 540/2008 – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*.

²⁵ KOM 22.12.1998, N 494/98 – *Salzbergwerk Hallstatt*.

²⁶ KOM 26.11.2008, N 293/2008 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*

²⁷ KOM 10.10.2007, NN 50/2007, – *Österreichische Bundesmuseen I*

²⁸ Als Anhaltspunkte genannt werden z.B. das Fehlen von Eintrittsgeldern und touristischen Führungen bzw. die Nutzung als Verwaltungsgebäude vgl. KOM 8.4.2009, N 540/2008 – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*; KOM 16.05.2007, N 276/2007 – *Hungary, Aid measures with a cultural objective under the Regional Development Operational Programmes*.

²⁹ KOM 8.4.2009, N 540/2008, – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*; KOM 16.05.2007, N 276/2007 – *Hungary, Aid measures with a cultural objective under the Regional Development Operational Programmes*; KOM 30.1.2008, N 357/2007 – *Hungary, Appropriations of the Ministry of Education and Culture and the National Fund*.

³⁰ EuGH 21.7.2005, Rs. 71/04, Slg 2005 I-7419, Rn. 44 – *Xunta de Galicia*; EuGH 15.12.2005, Rs. C-148/04, Slg 2005 I-11137, Rn. 56 – *Unicredito*.

Fall, wenn der Begünstigte seine kulturelle Dienstleistung im Ausland oder in Zusammenarbeit mit ausländischen Personen oder Einrichtungen erbringt. So hat die Kommission z.B. bei der Ausstellungsorganisation auf die Leihobjekte ausländischer Sammler und die Kooperation mit anderen Museen innerhalb Europas³¹ bzw. auf die Auslandsreisen von Künstlergruppen³² abgestellt. Angenommen wurde eine Handelsbeeinträchtigung mit grenzüberschreitender Wirkung auch bei Fördergeldern für die ungarische Teilnahme an der Frankfurter Buchmesse.³³

Zum anderen liegt eine grenzüberschreitende Wirkung vor, wenn die Nachfrage für die Inanspruchnahme der kulturellen Dienstleistung auch im Ausland entsteht. Diesbezüglich genügt es, wenn eine internationale Anziehungskraft gegeben ist und dadurch Touristenströme zumindest potentiell beeinflusst werden.³⁴ So bejaht die Kommission den grenzüberschreitenden Bezug bei Museen, Monumenten und Orchestern mit internationaler Reputation und Veranstaltungen in Großstädten, z.B. bei UNESCO-Weltkulturerbestätten, bei publikumswirksamen Ausstellungen wie „Van Gogh in Budapest“ oder „The Golden Age of the Medicis“, bei Großereignissen wie dem Budapester Frühlingfestival oder einer Konzertserie anlässlich des Bartók-Jahrs sowie bei Veranstaltungen im Rahmen des Kulturhauptstadtprogramms.³⁵

10. In welchen Fällen hat die Kommission eine Handelsbeeinträchtigung mit grenzüberschreitender Wirkung verneint?

Die Kommission hat in mehreren Fällen eine Handelsbeeinträchtigung mit grenzüberschreitender Wirkung abgelehnt. Sie hat dabei zentral darauf abgestellt, dass die kulturelle Einrichtung bzw. der kulturelle Veranstaltungsbetrieb auf ein lokales Publikum beschränkt ist und keine relevante internationale Anziehungskraft besitzt. Dies führt in der Praxis zu einem gewissen Konflikt: Versuche der Attraktivitätssteigerung und Internationalisierung, die häufig auch die politische Legitimierbarkeit öffentlicher Förderung stützen, können auf der anderen

³¹ KOM 30.4.2008, NN 43/2007 - *Compensation for loss and damage on objects provided to large public exhibitions Czech Republic.*

³² KOM 30.4.2008, N 704/2007 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*

³³ KOM 30.1.2008, N 357/2007 – *Hungary, Appropriations of the Ministry of Education and Culture and the National Fund*

³⁴ KOM 12.1.2001, N 258/00 – *Freizeitbad Dorsten*; KOM 24.2.2010, N 661/2009, Rn. 22 – *Österr. Bundesmuseen II*; KOM 20.12.2006, N 497/2006, Rn. 13 – *Přerov Municipal Hall.*

³⁵ KOM 10.10.2007, NN 50/2007 – *Österreichische Bundesmuseen I.*; KOM 30.4.2008, NN 43/2007 - *Compensation for loss and damage on objects provided to large public exhibitions Czech Republic*; KOM 13.7.2009, NN 27/2009, – *Aid for mobility of museum collections in Hungary*; KOM 20.7.2005, N 123/2005 – *Cultural Heritage Scheme to Promote Tourism, Hungary*; KOM 30.1.2008, N 357/2007 – *Hungary, Appropriations of the Ministry of Education and Culture and the National Fund*; NN 27/2009; KOM 8.4.2009, N 540/2008 – *Hungary, Cultural aid from Norwegian Funds*; KOM 26.11.2008, N 293/2008 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries.*

Seite die Beihilferelevanz einer Maßnahme verstärken, wie z.B. mehrsprachige Websites und überregionale Werbemaßnahmen.

Die Entscheidungen, in denen die Kommission eine lediglich lokale Wirkung festgestellt hat, betrafen z.B. Heimatmuseen auf Sardinien, ein Freilichtmuseum im Elsass, das Museumsschiff *Bataviawerf*, den Betrieb eines Kulturerbezentrums auf dem *Brighton West Pier* oder Zuschüsse für die Restaurierung eines Klosters in Spanien bzw. für den Erhalt von Gebäuden in kleinen Siedlungen als Ausdruck für das örtliche kulturelle Leben in Ungarn.³⁶ In der Entscheidung *Bataviawerf*, die die Förderung eines Museumsschiffes in der niederländischen Stadt Lelystad betraf, sind die Ausführungen der Kommission, warum keine Handelsbeeinträchtigung angenommen wird, besonders ausführlich: Das Angebot zielt nur auf eine lokale Nachfrage, da die wissenschaftlichen und kulturellen Angebote auf lokale und nationale niederländische marinegeschichtliche Aspekte beschränkt sind und das Museumsschiff kein internationales Renommee besitzt, das ausländische Besucher anzieht. In einer Umfrage wurde festgestellt, dass die große Mehrzahl der Besucher nicht mehr als 75 km entfernt wohnt. Ebenso lokal gestaltet sich auch der aus Einzelpersonen und lokalen Unternehmen zusammengesetzte Förderkreis, was beweist, dass wirtschaftliche Vorteile nur auf lokaler Ebene erzielbar sind.³⁷

Im Bibliotheksbereich wurde der grenzüberschreitende Bezug z.B. bei Bücherbussen abgelehnt, die sich nur lokal bewegen.³⁸ Bei Bühnen und Orchestern wird zusätzlich zwischen „barrierefreien“ Kunstformen wie Musik oder Tanz und „sprachgebundenen“ Kunstformen wie Theateraufführungen differenziert. So hat die Kommission den grenzüberschreitenden Bezug beim Flamenco in Andalusien bejaht³⁹ – bei Theaterveranstaltungen u.ä. in regionalen Sprachen wie Valenzianisch oder Baskisch, aber auch Spanisch oder Tschechisch verneint;⁴⁰ eine Entscheidung zur deutschen Sprache steht noch aus.

³⁶ KOM 18.2.2004, N 630/2003, S. 3 – *Musei di interesse locale, Sardegna*; NN 136/A/02; n; KOM 21.01.2003, NN 136/A/02 – *Ecomusée d’Alsace*; KOM 28.11.2007, N 377/2007, Rn. 17 ff – *Bataviawerf*; KOM 9.4.2005, N 560/2001 und NN 17/2002, Rn. 41 – *UK, Brighton West Pier*; KOM 20.7.2005, NN 55/2005, Rn. 17 – *Kulturvego*; KOM N 503/99, ABI 2000 C 33/9 – *Zuschuss für die Restaurierung des Klosters Santa María de Retuerta (Valladolid; N 276/2007)*; vgl. auch betreffend eines Freibads: KOM 12.1.2001, N 258/00 – *Freizeitbad Dorsten*.

³⁷ KOM 28.11.2007, N 377/2007, Rn. 17 ff – *Bataviawerf*

³⁸ KOM 30.1.2008, N 375/2007 – *Hungary, Appropriations of the Ministry of Education and Culture and the National Fund*

³⁹ KOM 21.10.2010, N120/2010 – *Ayudas al sector del Flamenco en Andalucía*

⁴⁰ Vgl. KOM 26.7.2006, N 381/2006 – *Spain, Aid for production of theatre, music and dance*; KOM 27.6.2007, N 257/2007 – *España, Programa: producción teatral en el País Vasco*; KOM 30.4.2008, N 704/2007 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*; KOM 22.2.2008, N 778/2007 und KOM 22.8.2008, N 368/2008 – *Spain, Aid for theatre, dance, music and audiovisual activities in the Basque country*; KOM 20.11.2007, N 563/2007 – *Aid for production of theatre, music and dance*; KOM 20.12.2006, N 497/2006 – *Přerov Municipal Hall*.

Die (zumindest hypothetisch immer vorhandene) Möglichkeit, dass sich in Einzelfällen auch Auswärtige in lokale Einrichtungen „verirren“ könnten, führt nicht zwingend dazu, dass der lokale Bezug zu verneinen ist. Es genügt, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass der europäische Wettbewerb beeinträchtigt wird, vernachlässigbar ist – sie muss nicht vollständig ausgeschlossen sein.⁴¹

11. Wie sind die einzelnen Kriterien bei der Bestimmung des lokalen Charakters eines Kulturangebots zu bewerten?

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass verschiedene Indizien zu berücksichtigen sind: die Zielgruppe (nur örtliche Bevölkerung), die Sprache, Besonderheiten/Einzigartigkeit des Angebots gegenüber anderen Angeboten, Lage (z.B. Insellage), Grenzentfernung etc. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Grenznähe lediglich als zusätzliches Kriterium einen grenzüberschreitenden Bezug stützen kann,⁴² nicht aber zwingend den lokalen Charakter ausschließt. Die Kommission hat z.B. im Fall einer Stadthalle, der *Přerov Municipal Hall* in Tschechien, eine regional begrenzte Bedeutung angenommen, weil das kulturelle Veranstaltungsprogramm an die örtliche Bevölkerung gerichtet und in tschechischer Sprache ist. Dabei erwies es sich als unschädlich, dass die Halle 60-70km von der Grenze entfernt liegt, weil sie kein internationales Publikum anzuziehen sucht.⁴³ Auch bei den *Ecomusée d'Alsace* wurde der lokale Charakter bejaht, obwohl die Region an Deutschland angrenzt.⁴⁴

II. Wie können Beihilfen im Kulturbereich gerechtfertigt werden?

Wenn eine Maßnahme den Beihilfetatbestand erfüllt, kann von der Kommission ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV (sog. Kulturklausel) festgestellt werden. Als mit dem Binnenmarkt vereinbar kann die Kommission danach Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des Kulturellen Erbes ansehen, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

⁴¹ KOM 30.1.2008, N 357/2007 – *Hungary, Appropriations of the Ministry of Education and Culture and the National Fund*

⁴² KOM 26.11.2008, N 293/2008 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries.*

⁴³ KOM 20.12.2006, N 497/2006, Rn. 13 – *Přerov Municipal Hall.*

⁴⁴ KOM 21.01.2003, NN 136/A/02 – *Ecomusée d'Alsace.*

12. Welche Voraussetzungen prüft die Kommission im Rahmen der sog. Kulturklausel genau?

Im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung nach Art 107 Abs. 3 lit. d) AEUV muss die Maßnahme

- (1.) der Verfolgung eines kulturellen Ziels dienen,
- (2.) verhältnismäßig sein und
- (3.) keine dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufende Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels darstellen.⁴⁵

Die Kommission hat bei der Prüfung ein weites Ermessen, dessen Ausübung wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetzt und das – anders als in der Filmförderung⁴⁶ und im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks⁴⁷ – nicht durch Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen konkretisiert worden ist.⁴⁸ Gerade im Bereich der neuen Medien nimmt die Kommission aber auch auf dort genannte Kriterien Bezug.⁴⁹

13. Gibt es eine Definition des Begriffs „Kultur“ in Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV?

Der Begriff „Kultur“ ist vom europäischen Gesetzgeber nicht definiert worden und auch die Kommission sowie die europäischen Gerichte haben sich bislang nicht konkret geäußert. Die Aufzählung einzelner Bereiche in Art. 167 Absatz 2 AEUV ist nicht als eine Umschreibung des Kulturbegriffs zu verstehen, sondern setzt ihn voraus.

Mit der Ratifizierung des UNESCO-Übereinkommens von 2005 über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen haben die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten sich zu ihrer Verantwortung bekannt, kulturelle Werte und künstlerisches Wirken in all seinen Ausdrucksformen als wesentliches identitätsstiftendes Element zu

⁴⁵ Siehe z.B. KOM 26.11.2008, N 293/2008 Rn. 27 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*; KOM 28.10.2009, N 464/2009 Rn. 24 – *Hungary, Aid to performing arts organisations*.

⁴⁶ Mitteilung der KOM zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken, ABI 2002 C 43/06.

⁴⁷ Mitteilung der KOM über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABI 2001 C 320/5.

⁴⁸ Entsprechende Überlegungen der KOM für allgemeine Kulturbeihilfen, vgl. Konsultationspapier, Aktionsplan staatliche Beihilfen, 7.6.2005, KOM(2005) 107 endg, Ziff 35 ff, 62, wurden nie verwirklicht.

⁴⁹ KOM 11.12.2007, 2008/354 EG, C 47/2006 (ex N 648/2005), ABI 2008 L 118/16 Rn. 65 – *Jeux vidéo*.

schützen und kulturelle Verhaltensmuster, Werte und Traditionen gegenüber einer rein wirtschaftlichen Betrachtung zu stärken. Damit besteht ein völkerrechtliches Instrumentarium zum Schutz der Kulturförderung, das auch Binnenwirkung innerhalb der Europäischen Union entfaltet.

Dem Aspekt des Schutzes und der Förderung der Kultur in ihren vielfältigen Ausprägungen hat die Europäische Union auch im Rahmen der europäischen Kulturförderung entsprochen und jeweils auf einen weiten Kulturbegriff abgestellt (z.B. in den Förderprogrammen Raphael, Kaleidoskop, Ariane, Media, Media+, Kultur 2000 und Kultur 2007-2013).

Aus der Aufzählung in Art 167 Abs. 1 AEUV lässt sich eine Verpflichtung der Europäischen Union zur Entfaltung der Kulturen in ihren Mitgliedstaaten sowie zum Erhalt der nationalen und regionalen kulturellen Vielfalt ablesen. Der Kulturbegriff kann daher auf europäischer Ebene nicht vereinheitlicht werden, sondern hat die komplexen Kulturen der Mitgliedstaaten zu reflektieren und zu respektieren. Entsprechend hat die Europäische Kommission bisher pragmatisch sämtliche Bereiche, in denen die Mitgliedstaaten nationale Kulturpolitik betreiben, unter den Kulturbegriff gefasst. Folglich ist ein dynamischer Kulturbegriff zugrunde zu legen, welcher sich auch durch Offenheit gegenüber neuen kulturellen Ausdrucksformen auszeichnet. .

14. Welche konkreten Beispiele gibt es, in denen die Kommission eine Beihilfe auf der Basis der Kulturklausel genehmigt hat?

Beispiele sind u.a. die Förderung zugunsten von Theater, Musik, Tanz und Zirkus⁵⁰, von Museen⁵¹, von Kulturzentren und öffentlichen Bibliotheken⁵², des Betriebs einer Stadthalle, soweit sich der öffentliche Betreiber verpflichtet, eine bestimmte Anzahl an kulturellen Veranstaltungen im Jahr zu präsentieren⁵³, der kulturellen und sprachlichen Vielfalt⁵⁴, des Verlags-

⁵⁰ KOM 12.1.2006, N 448/2005, Rn. 16 und KOM 26.7.2006, N 381/2006 – *Spain, Aid for production of theater, music and dance*; KOM 26.11.2008, N 336/2008, Rn. 28 – *Spain, Aid to experimental theatre, music and dance performances in Andalusia*; ; KOM 28.10.2009, N 464/2009, Rn. 27 – *Hungary, Aid to performing arts organisations*; KOM 17.4.2000, N 818/1999 Rn. 20 – *Französische Theater und Variétés*; KOM 11.11.2003, N 463/2003, Rn. 26 – *France, Production de spectacles en France* ; KOM 16.5.2006, N 45/2006, Rn. 26 ff, 16.7.2008, N 760/2007, 4.3.2009, N 42/2009, Rn. 20 ff und KOM 8.12.2009, N 593/2009 – *Production phonographique*

⁵¹ KOM 21.9.2010, N 158/2010, Rn. 22 – *Fußballmuseum Dortmund*; KOM 21.1.2003, NN 136/A/02 S. 4 – *Ecomusée d'Alsace*; KOM 25.8.2005, N 216/05, Tz. 3.1 – *Danmark, Støtte til Geocenter Møns Klingt*; KOM 21.4.2010, N 1/2010, Rn. 24 ff – *Spain, State aid to Basque museums*; KOM 11.2.2009, N 471/2008, Rn. 15 f – *Slovenia, Lipica Horses*.

⁵² KOM 26.11.2008, N 293/2008, Rn. 27 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*.

⁵³ Darunter Konzerte und Schulveranstaltungen; KOM 20.12.2006, N 497/2006, Rn. 19 – *Prerov Municipal Hall*

wesens sowohl in Form von Einzelbeihilfen an Kulturzeitschriften als auch von Förderprogrammen für die Publikationen im Bereich von Literatur, Kunst und Kultur⁵⁵ und schließlich auch zugunsten des Denkmalschutzes und des Kulturerbes⁵⁶.

15. Welche Maßnahmen werden von der Kommission nicht unter den Kulturbegriff des Art. 107 Abs. 3 lit d) AEUV gefasst?

Die Kommission fasst die Förderung von bildungspolitischen⁵⁷ und pädagogischen⁵⁸ Bedarfen grundsätzlich nicht unter die Kulturausnahme. Bei Bildung, Jugend und Sport handelt es sich um eigene Politikbereiche (Art 165 und 179 AEUV), deren Förderung in der Regel keine Beihilfe darstellt (v.a. bei reiner Bildungspolitik).

Anders jedoch im Bereich der kulturellen Bildung: Hier wird häufig ein enger Sachzusammenhang mit der Kultur angenommen. So finden sich in einzelnen Entscheidungen unter den geförderten kulturellen Aktivitäten u.a. Aufführungen und begleitende Lehrveranstaltungen für Schulen⁵⁹, Projekte im Bereich Training und Forschung⁶⁰ sowie die Modernisierung von Klassenräumen und Werkstätten für Hobbykurse.⁶¹ Insbesondere bei Museen geht die Kommission häufig unabhängig vom jeweiligen Inhalt von einer kulturellen Maßnahme aus.. So stellt sie im Fall eines Fußballmuseums darauf ab, dass dieses „Objekte von kulturellem

⁵⁴ vgl. z.B. KOM 21.3.2007, N776/06, Rn. 22 ff – *La langue basque dans le monde du travail*; KOM 21.3.2007, N49/07, Rn. 17 ff – *La langue basque dans la vie sociale*; KOM 22.2.2008, N 778/2007 und KOM 22.8.2008, N 368/2008 – *Spain, Aid for theatre, dance, music and audiovisual activities in the Basque country*, KOM 12.1.2009, N 626/2008 und 12.2.2010, N 712/2009 – *Spain, Aid to "supramunicipal" cultural activities: Basque Country*; KOM 16.7.2008, N 161/2008, Rn. 34 – *Spain, Promotion of the Basque Language in 2008* und KOM 12.5.2010, N 139/2010 – *Basque Language*;

⁵⁵ Z.B. KOM 18.12.2006, N 687/06, Rn. 13 – *Slovak Republic, Aid to Kalligram s.r.o.*; KOM 11.12.2006, N 664/06, Rn. 14 – *Slovak Republic, Aid to Petit Press a.s. in favour of newspaper "Új Szó"*; KOM 21.12.2005, N 542/05, Rn. 11 ff. – *SLK, litterature magazine Literárny Tyždenník*; KOM 5.2.2003, N 268/2002, Rn. 23 – *Aid to publishers in Sicily*;

⁵⁶ Z.B. KOM 24.8.2010, N 164/2010, Rn. 29 – *Leipziger Reit- und Rennverein Scheibenholz*; KOM 9.4.2005, N 560/01 und NN 17/12, Rn. 33 – *UK, Brighton West Pier*; KOM 20.7.2005, NN 55/2005, Rn. 17 – *Kulturvego* (Restaurierungs- und Konservierungsarbeiten); KOM N 503/99, ABI 2000 C 33/9 – *Zuschuss für die Restaurierung des Klosters Santa María de Retuerta (Valladolid)*; KOM 20.7.2005, N123/2005 – *Cultural Heritage Scheme to Promote Tourism, Hungary*; KOM 20.4.2005, N 106/2005, Rn. 1 – *Hala Ludowa we Wrocławiu*; KOM 19.10.2006, N 356/2006 – *Historic Environment Regeneration*; KOM 27.5.2003, NN 11/2002, Rn. 17 – *UK, National Heritage Memorial Fund*; KOM 27.4.2010, N 564/2009 und 30.8.2010, N 318/2010 – *Latvia, Support for private owners of cultural monuments*; KOM 16.5.2006, N 200/2006 – *NL, Steunregeling ten behoeve van stadsherstelorganisaties*; KOM 20.11.2009, N 378/2009, Rn. 19 ff. – *NL, Monument Scheme in North Brabant*; KOM 15.12.2009, N 606/2009 – *NL, National framework for conservation and restoration of protected historical monuments*; KOM 21.02.2007, N 536/06 – *CY, Development of Cyprus handicraft*.

⁵⁷ Vgl.z.B. KOM 14.12.1999, NN 88/98, Rn. 36 – *UK, Financing of a 24-hour advertising-free news channel out of the licence fee by the BBC*.

⁵⁸ Vgl. z.B. KOM 24.2.1999, NN 70/98 – *Kinderkanal/Phoenix*.

⁵⁹ KOM 20.12.2006, N 497/2006, Rn. 6 – *Přerov Municipal Hall*

⁶⁰ KOM 30.4.2008, N 704/2007, Rn.14 – *Spain, Aid to theatre and circus sector: Region of Valencia*

⁶¹ KOM 26.11.2008, N 293/2008, Rn. 6 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*

Wert“ zu „Studien-, Bildungs- und Unterhaltungszwecken erwirbt, verwahrt, recherchiert und veröffentlicht“. ⁶²

16. Schadet es, wenn eine Kultureinrichtung neben kulturellen Tätigkeiten auch noch nicht-kulturellen Tätigkeiten nachgeht?

Nein, es muss aber ausgeschlossen werden, dass die nicht-kulturellen oder auch kommerziellen ⁶³ Dienstleistungen gleichzeitig mitgefördert werden. Soweit kulturelle Einrichtungen also auch nicht-kulturelle Tätigkeiten anbieten (z.B. einen Museumsshop oder ein Restaurant), Räumlichkeiten als Veranstaltungsorte vermieten oder nebenbei kommerzielle Veranstaltungen anbieten (z.B. Partys, populäre Musicalgroßveranstaltungen oder Unterhaltungskultur) müssen sie eine getrennte Buchführung für die einzelnen Angebote sicherstellen oder diese nicht eindeutig kulturellen Dienstleistungen zu Marktpreisen auslagern, damit im Bedarfsfall nachgewiesen werden kann, dass keine Quersubventionierung der nicht-kulturellen bzw. kommerziellen Leistungen stattfindet. ⁶⁴

Von der Kulturklausel umfasst sein können unter Umständen aber auch Investitionen ohne direkten Kulturbezug, solange sie integraler Bestandteil einer kulturellen Einrichtung sind, z.B. Büros, Spielräume, die Versorgung mit Wasser und Strom, die Bereitstellung eines Internetzugangs etc. ⁶⁵

17. Kann ein Beihilfegeber neben der Förderung der Kultur gleichzeitig auch andere, industriepolitische Ziele verfolgen?

Das ist grundsätzlich möglich, sofern der Verfolgung kultureller Zwecke neben der Wirtschaftsförderung maßgebliches Gewicht zukommt, diese also im Vordergrund steht und auch nicht zu allgemein und vage ist. ⁶⁶ Dies ergibt sich im Umkehrschluss daraus, dass die

⁶² KOM 21.9.2010, N 158/2010, Rn. 29 – *Fußballmuseum Dortmund*.

⁶³ Kommerziell bedeutet in diesem Zusammenhang „auf Gewinnerzielung gerichtet“. Dabei kann eine kommerzielle Veranstaltung/Tätigkeit durchaus auch im weiteren Sinne der (Unterhaltungs-)Kultur zuzuordnen sein. Im Vordergrund steht aber die Gewinnerzielungsabsicht und nicht das Angebot einer kulturellen Dienstleistung.

⁶⁴ Dahingehend KOM 15.10.2003, N 221/2003, Ziff 3 – *NL, Avioldrome*; KOM 24.8.2010, N 164/2010, Rn. 30 – *Leipziger Reit- und Rennverein*.

⁶⁵ KOM 26.11.2008, N 293/2008 – *Hungary, Aid for multifunctional community cultural centres, museum, public libraries*.

⁶⁶ Kulturförderung abgelehnt etwa hat die KOM hinsichtlich der Förderung von Digitalrezipienten, auch wenn damit Regionalsender empfangen werden konnten, KOM 24.01.2007, C52/2005 (ex. NN88/2005), Rn. 60, 173 – *Italy, Digital decoders*; ebenso bei Ermäßigungen und Befreiungen für Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, selbst wenn sie der vitalen Struktur Venedigs und damit

Kommission die Kulturklausel auch bei einer Förderung mit Strukturfondsmitteln anwendet – diese erfordern jedoch notwendigerweise eine Ausrichtung an anderen Zielen wie z.B. regionaler Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung. Tatsächlich wird sich Kulturförderung häufig auch als regionale Wirtschaftsförderung darstellen. Kultur gilt dabei als ein „weicher Standortfaktor“.

18. Wann ist eine Förderung verhältnismäßig und stellt keine dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufende Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels i.S.v Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV dar?

Das Kriterium der Verhältnismäßigkeit ist dann erfüllt, wenn die Fördermittel angemessen sind, um ein bestimmtes kulturpolitisches Ziel zu erreichen. Die Beihilfen dürfen letztlich die tatsächlich anfallenden Kosten nicht übersteigen.⁶⁷ In der Praxis hat dieses Tatbestandsmerkmal keine große, d.h. keine das Vorliegen der genannten Merkmale ausschließende Wirkung..

19. Nimmt die Kommission im Kulturbereich häufig eine dem gemeinsamen Interesse widersprechende Wettbewerbsbeeinträchtigung an?

Regelmäßig hat die Kommission eine dem gemeinsamen Interesse widersprechende Handels- und Wettbewerbsbeeinträchtigung bei der Anwendbarkeit der Kulturklausel verneint. Die Beeinträchtigungen sind häufig gering und die positiven Effekte der Kulturförderung sind in der Regel höher zu gewichten.⁶⁸ Eine Quersubventionierung weiterer nicht-kultureller bzw. kommerzieller Projekte muss aber ausgeschlossen sein.

20. Wie verläuft das Notifizierungsverfahren?

Die Notifizierung wird über die Wirtschaftsministerien der Länder (Referate für Beihilfekon- trolle) dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und über dieses der Kommis- sion zugeleitet. Sie erfolgt über ein elektronisches Notifizierungssystem (SANI), zu dem

mittelbar der Rettung der zum UNESCO-Weltkulturerbe erklärten Stadt dienen mögen, KOM ABI 2000 L 150/50 Rn. 82 – *Venedig und Chioggia*.

⁶⁷ Vgl. KOM 22.2.2008, N 778/2007 und KOM 22.8.2008, N 368/2008, Rn. 39 – *Spain, Aid for theatre, dance, music and audiovisual activities in the Basque country*.

⁶⁸ Für eine Vereinbarkeit sprechen z.B. eine geringe Beihilfeshöhe (vgl. KOM 20.12.2006, N 497/2006, Rn. 19 – *Přerov Municipal Hall*), kurze Förderlaufzeiten und der lokale Charakter der Projekte (vgl. KOM 24.8.2010, N 164/2010, Rn. 31 – *Leipziger Reit- und Rennverein*)

Bund und Länder Zugang haben. Nach einer vollständigen Anmeldung einschließlich Übermittlung aller sachdienlichen Informationen hat die Europäische Kommission für die Prüfung einen Zeitraum von zwei Monaten, bevor sie ihre Entscheidung erlässt. In der Praxis kommt es jedoch in aller Regel innerhalb dieser zwei Monate zu weiteren Nachfragen der Kommission, die die zweimonatige Frist neu in Gang setzen. Da auch der Mitgliedstaat erfahrungsgemäß für die Beantwortung der Fragen mindestens die normalerweise von der Kommission gewährten 20 Arbeitstage, meist durch Fristverlängerung aber noch weitere Wochen benötigt, dauert ein Notifizierungsverfahren im Regelfall mindestens sechs Monate und mehr bis zu einer Entscheidung der Kommission.

Ergeben sich ernsthafte Anhaltspunkte für eine Unvereinbarkeit der Fördermaßnahme mit dem EU-Beihilfenrecht oder stößt die Kommission im Rahmen des Vorprüfverfahrens auf ernsthafte Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsfeststellung, wird ein sog. Hauptprüfverfahren eingeleitet, das erst nach 18 Monaten abgeschlossen werden muss.

Es können Einzelmaßnahmen oder auch ganze Förderprogramme oder abstrakte Förderregelungen (z.B. Kulturförderrichtlinien) bei der Kommission angemeldet werden.

21. *Welches Risiko geht der Beihilfegeber ein, wenn er keine Notifizierung vornimmt*

Mitgliedstaaten, die eine Beihilfe gewähren wollen, sind in der Regel verpflichtet, diese vorher bei der Kommission anzumelden. Nur wenn die Voraussetzungen einer Beihilfe nicht erfüllt sind (s.o. unter I.) oder aber die Beihilfe freigestellt ist (s.u. unter III), kann auf eine Notifizierung verzichtet werden. Wird trotz Notifizierungspflicht eine Fördermaßnahme durchgeführt, ist diese rechtswidrig. Dann droht die Aussetzung ausstehender Zahlungen bzw. die Rückabwicklung des Zinsvorteils.⁶⁹ Im schlimmsten Fall kann darüber hinaus die vorläufige oder endgültige Rückforderung der Fördersumme sowie ggf. die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bzw. weitergehende Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern in Frage kommen. Eine Genehmigung durch die Kommission verschafft dem Beihilfegeber die größtmögliche Rechtssicherheit. Nachteil ist, dass mit dem Notifizierungsverfahren ein deutlicher Verwaltungsaufwand verbunden ist und die Fördersumme erst nach der Genehmigung durch die Europäische Kommission ausgezahlt werden darf (sog. Stillhalte- und Wartefrist).

⁶⁹ EuGH, 12.2.2008, Rs. C-199/06 – *CELF*.

III. Kultur als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI), Art 106 Abs. 2 AEUV

22. Welchen Vorteil bringt es beihilferechtlich, wenn Kultur als DAWI qualifiziert werden kann?

Fördermaßnahmen, die als DAWI qualifiziert werden, sind von der Notifizierungspflicht bei der Kommission freigestellt, wenn bestimmte Schwellenwerte nicht überschritten werden. Ein Notifizierungsverfahren ist dann entbehrlich. Jedoch sind die Anforderungen der sog. Freistellungsentscheidung 2005/842/EG (Teil des sog. Monti-Paketes) einzuhalten (siehe im Einzelnen unten).

23. Wer entscheidet darüber, ob ein Kulturangebot eine DAWI darstellt?

Der Beihilfegeber als Teil der nationalen Verwaltung selbst entscheidet darüber, welche Dienstleistungen und damit auch welche kulturellen Dienstleistungen eine DAWI darstellen. Er verfügt dabei anerkanntermaßen⁷⁰ über einen sehr weiten Ermessensspielraum. Die Europäische Kommission kann dieses Ermessen nur eingeschränkt überprüfen, sie beschränkt sich auf die Überwachung von „offenkundigen Fehlern“.

24. Auf welche Kriterien kommt es bei einer DAWI im Kulturbereich an?

Auch wenn konkrete Aussagen der Kommission zu DAWI im Kulturbereich fehlen, kann aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden, dass das Kulturangebot der Erfüllung eines Allgemeinwohlinteresses dienen muss, durch das die Dienstleistung von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden werden kann.⁷¹ DAWIs sollen einen besonders wichtigen Charakter aufweisen und ohne staatliche Unterstützung nicht im gewünschten Ausmaß am

⁷⁰ Ausdrücklich EuG 15.6.2005, T-17/02, Slg 2005 II-2031, Rn. 216 – *Olsen*; EuGH 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg 1997 I-5815, Rn. 56 – *KOM/Frankreich*: Bei der Umschreibung der DAWI dürfen die Mitgliedstaaten „die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik (...) berücksichtigen“. EuG 27.2.1997, T-106/95, Slg 1997 II-229, Rn. 192 – *FFSA/KOM*: die KOM sei „in Anbetracht des Fehlens einer Gemeinschaftsregelung auf diesem Gebiet nicht befugt (...), über die Gestaltung und den Umfang der einem öffentlichen Unternehmen übertragenen öffentlichen Aufgaben oder über die Zweckmäßigkeit der von den zuständigen nationalen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen politischen Entscheidungen zu entscheiden“. Mitteilung der KOM über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl 2001 C 320/5, Rn. 36; KOM 1.10.2003 – N 37/2003, Rn. 40 – *UK, BBC Digital Curriculum*;

⁷¹ EuG 12.2.2008, T-289/03, Slg 2008 II-81 Rn. 167 – *BUPA*; vgl. auch EuGH 27.11.2003, Rs. C-34/01 bis C-38/01, Slg 2003 I-14243, Rn. 33 ff. – *Enirisorse*.

Markt bereitgestellt werden können bzw. nicht für alle Bevölkerungsschichten zugänglich sein.

In Deutschland wird aus zahlreichen Gesetzen, insbesondere den Vorschriften der Gemeindeordnungen, eine öffentliche Verantwortung für Kulturpflege, Kulturarbeit und Kulturförderung herausgelesen, welche in die Verpflichtung mündet, Angebote im Bereich der sog. „kulturellen Daseinsvorsorge“ vorzuhalten. Diese Lesweise deckt sich mit einem allgemeinen europäischen Verständnis, dass der Staat bei einem bestehenden „öffentlichen Interesse“ Verantwortung für öffentliche Angebote übernimmt.⁷² Die Kommission nimmt in ihrem DAWI-Leitfaden daher ganz selbstverständlich auch auf Entscheidungen aus dem Kulturbereich Bezug.⁷³

Sofern private, nicht geförderte Dienstleister ähnliche kulturelle Dienstleistungen auf dem Markt anbieten wie ein als DAWI qualifiziertes, staatlich unterstütztes Unternehmen, ist es besonders wichtig, dass die „besonderen Merkmale der betreffenden Dienstleistung“ klar hervorgehoben werden, „v.a. die Bedingungen, unter denen sie erbracht werden sollen, und die Zielgruppe, an die sie sich richten“⁷⁴. Hier ist eine klare Abgrenzung zu rein kommerziellen Angeboten notwendig.

Dabei ist auch sicherzustellen, dass die betreffenden Dienstleistungen zu erschwinglichen Preisen, nicht diskriminierenden Benutzungstarifen und zu für alle Nutzer vergleichbaren Qualitätsbedingungen angeboten werden.⁷⁵

25. Welche rechtlichen Anforderungen sind bei Kultur als DAWI zu beachten?

Den rechtlichen Rahmen gibt die sog. Freistellungsentscheidung 2005/842/EG vor, wonach folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die in einem sog. Betrauungsakt zu verankern sind (siehe im Einzelnen dann unten):

(1.) Ordnungsgemäße Betrauung der Kultureinrichtung mit einer klar definierten Gemeinwohlverpflichtung

⁷² Schlussbericht der Enquete-Kommission *Kultur in Deutschland*, 11. 12. 2007, BT-Drucks. 16/7000, S.65f., 84ff..

⁷³ Leitfaden der KOM zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen vom 7.12.2010, SEC(2010) 1545 endg., Rz. 3.1.12, unter Verweis auf Heimatmuseum Sardinien N 630/2003 und Theaterproduktionen im Baskenland N 257/2007.

⁷⁴ Leitfaden der KOM (o. Fn. 73), Rz. 3.4.10

⁷⁵ EuGH 19.5.1993, Rs. C-320/91, Slg 1993 I-2533, Rn. 15 – *Corbeau*; EuGH 27.4.1994, Rs. C-393/92, Slg 1994 I-1477, Rn. 48 – *Almeida*; EuGH 25.10.2001, Rs. C-475/99, Slg 2001 I-8089, Rn. 55 – *Ambulanz Glöckner*.

- (2.) Vorgehende, objektive, transparente Aufstellung der Ausgleichsparameter für die Bestimmung der Höhe der Fördermaßnahmen
- (3.) Keine Überkompensation.

Die damit verbundene Freistellung von der Notifizierungspflicht gilt nur bei Kultureinrichtungen, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat. Die Ausgleichszahlung darf nur jährlich weniger als 30 Mio. EUR betragen (Art. 2 der Entscheidung 2005/842/EG). Oberhalb dieser Schwellenwerte lebt die Notifizierungspflicht wieder auf⁷⁶, sofern nicht ausnahmsweise die Altmark Trans-Kriterien erfüllt sind (d.h. keine Beihilfe vorliegt, s. unten unter IV. Ausnahmen).

26. Welche Rechtsform muss ein ordnungsgemäßer Betrauungsakt haben?

Art. 4 der Freistellungsentscheidung spricht von einer Betrauung im Wege „eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte“, lässt aber letztlich offen, welchen rechtlichen Anforderungen die Betrauung im Einzelnen genügen muss. Der Betrauungsakt muss unstreitig aber jedenfalls rechtsverbindlich sein. Die Kommission führt in ihrem Leitfaden zur Anwendung der Beihilferegulungen auf DAWI vom 7. Dezember 2011 u.a. folgende Beispiele für Betrauungsakte auf:

- Konzessionsvertrag und Leistungsbeschreibung
- Ministerielle Anweisungen
- Gesetze und Verordnungen
- Jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge
- Rechtsverordnung und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung.

Insbesondere Verwaltungsakte, im Kulturbereich in Form eines Zuschuss- oder Zuwendungsbescheids, können daher als Betrauungsakt dienen. Alternativ kann die Auszahlung von Fördermitteln auch auf der rechtlichen Grundlage eines Zuschuss- oder Zuwendungsvertrags erfolgen.

⁷⁶ Anwendbar ist dann der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, 2005/C 297/04, ABI. C 297/4 vom 29.11.2005.

Der Auftrag muss aber nicht zwangsläufig gesondert formuliert werden. Er kann sich – nach der ratio der Freistellungsentscheidung und Äußerungen der Kommission – auch aus Satzungen, Stiftungsgesetzen, Gemeinderatsbeschlüssen und Gesellschafterverträgen ergeben. Maßgeblich ist stets, dass nicht nur eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen wird, sondern ein verbindlicher Auftrag formuliert wird. Der Betrauungsakt muss dabei bestimmte Festlegungen in Bezug auf die besondere Aufgabe und das betraute Unternehmen, Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung, den Geltungsbereich und ggf. gewährte ausschließliche Rechte enthalten. Der Auftrag zur Erfüllung einer gemeinwohlorientierten kulturellen Dienstleistung muss also hinreichend konkretisiert sein.

Für Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen dürfte der Beschluss des Gemeinderates über die Feststellung des Wirtschaftsplans als Betrauungsakt ausreichen.⁷⁷ Die Parameter für den Kostenausgleich können hier im Wirtschaftsplan aufgestellt werden.

27. Lösen Betrauungsakte u.U. umsatzsteuerliche Implikationen aus?

Nach Auffassung des Bundesministeriums der Finanzen und der obersten Finanzbehörden der Länder ändert die (neue) beihilfenrechtlich formale Voraussetzung eines Betrauungsaktes nichts an den Voraussetzungen einer steuerbaren Leistung⁷⁸. Es muss somit nicht davon ausgegangen werden, dass durch eine schriftliche – auch detaillierte – Niederlegung der Zahlungen in einem Betrauungsakt die Zuwendung der Umsatzsteuer unterfällt. Maßgeblich ist vielmehr allein die materielle Rechtslage, die stets eingehend zu prüfen ist.

In Zweifelsfällen empfiehlt sich zur Vermeidung der Einstufung des Zuwendungsverhältnisses als steuerbaren Leistungsaustausch durch die Finanzbehörden, in der Praxis vor Erlass der Zuwendungsbescheide den konkreten Sachverhalt mit den Finanzbehörden abzuklären, ggf. durch Einholung einer verbindlichen Auskunft.⁷⁹

⁷⁷ Vgl. NRW-Leitfaden: Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, Mai 2008, Rz. 3.3.1.

⁷⁸ So bestätigt durch Schreiben des BMF an BMG vom 19. Oktober 2009.

⁷⁹ Gemäß Schreiben des BMF an BMG vom 19. Oktober 2009 haben die Referatsleiter Umsatzsteuer des BMF und der obersten Finanzbehörden der Länder in der Sitzung USt IV/09 folgenden Beschluss gefasst:

„Für die Frage, ob die Zuwendung einer Kommune an einen Dritten aufgrund eines Betrauungsakts nach der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission (2005/842/EG) ein echter Zuschuss im Sinne des Abschnitts 150 Abs. 7 UStR 2008 ist, sind die Gesamtumstände des Einzelfalls maßgeblich. Die beihilferechtliche formale Voraussetzung eines Betrauungsakts ändert nichts an den Voraussetzungen einer steuerbaren Leistung.“

Auf die Möglichkeit einer verbindlichen Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO wurde in diesem Schreiben explizit hingewiesen.

28. Reicht es, im Betrauungsakt eine zu erfüllende Aufgabe allgemein festzulegen oder sind „einzelne Tätigkeiten“ festzulegen?

Nach Auffassung der Kommission muss der Betrauungsakt nicht jede Tätigkeit definieren, die mit der Erbringung der entsprechenden DAWI einhergeht. Solange der Umfang der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe genau definiert ist, kann sie weit gefasst werden, wenn es nicht möglich ist, die entsprechenden Dienstleistungen näher zu umschreiben.⁸⁰ Das dürfte für den Kultursektor von großer Bedeutung sein, da hier häufig die konkreten künstlerischen Leistungen nicht vorab niedergelegt werden können.

29. Wie kann der Betrauungsakt angepasst werden, wenn sich während der Erbringung der DAWI die Gegebenheiten ändern, z.B. die Besucherzahlen extrem absinken oder die Bauunterhaltskosten unerwartet steigen?

Häufig erlauben Erfahrungswerte eine verlässliche Schätzung des zusätzlichen Bedarfs und eine Einrechnung in die Parameter. Wo dies nicht möglich ist, kann der Beihilfegeber in dem Betrauungsakt einen Korrekturmechanismus vorsehen, der eine regelmäßige Anpassung im Laufe der Zeit ermöglicht. Alternativ kann der Beihilfegeber den Betrauungsakt aktualisieren, wenn eine zusätzliche Leistung erbracht oder Kostenparameter modifiziert werden müssen.⁸¹

30. Wie sind Parameter zur Ausgleichsberechnung zu formulieren?

Die für die Berechnung des Ausgleichs maßgebenden Parameter müssen vor der Auszahlung der Förderungsbeträge objektiv und transparent aufgestellt werden. Hierbei handelt es sich um das Kernelement der Freistellungsentscheidung.

Eine Konkretisierung muss – im Sinne einer Budgetierung – dahingehend erfolgen, für welche DAWI ein Kostenausgleich in welcher Form, nach welchen Kriterien und in welcher Höhe gewährt wird. Form bedeutet dabei die Art des Kostenausgleichs, also Zuschuss, Entgelt, Personalgestellung, Übernahme von Betriebskosten, Sachmittel etc. Bei einer Zuwendung ohne Finanzmittel (z.B. Gebäudegestellung) muss eine Umrechnung der daraus folgenden Vorteile grundsätzlich zu marktgemäßen Konditionen erfolgen, was bei spezialisierten Kulturimmobilien im Einzelfall schwierig sein kann. Wirtschaftspläne können – je nach Detail-

⁸⁰ Leitfaden der KOM (o. Fn. 73), Rz. 3.4.8.

⁸¹ Leitfaden der KOM (o. Fn. 73), Rz. 3.4.11 und 3.5.2.

grad – Parameter zur Ausgleichsberechnung enthalten und zur Grundlage der Beihilfegewährung gemacht werden.

Die Leistungsbereiche, in denen Defizite zu erwarten sind, sollten explizit genannt werden. Da kulturelle Einrichtungen z.T. auch andere (kommerzielle) Dienstleistungen erbringen, die nicht durch die Ausgleichszahlung begünstigt werden dürfen, ist eine korrekte Kostenaufteilung von besonderer Bedeutung (Art. 5 Abs. 5 der Freistellungsentscheidung, s.u. Frage 32). Es ist die Summe der Gesamtkosten für die als DAWI betrauten Leistungsbereiche nachzuweisen.

Insgesamt ist aber auch der Kommission bewusst, dass es in der Praxis häufig schwierig ist, alle kostenrelevanten Faktoren im Vorfeld zu benennen. Daher verlangt sie lediglich, dass die Grundlagen für die zukünftige Berechnung der Ausgleichszahlung festgelegt werden.⁸² Im Ergebnis soll dadurch Transparenz ermöglicht werden, um einen pauschalen nachträglichen Defizitausgleich zu vermeiden.

31. Wie ist sicherzustellen, dass keine Überkompensation stattfindet?

Eine Überkompensation ist am einfachsten durch eine reine Fehlbedarfsfinanzierung zu vermeiden.⁸³ Zuschussempfänger erhalten jedoch in der Regel einen festen Bewilligungsbetrag; auch bei Zuwendungen wird die haushaltsrechtlich vorgesehene Fehlbedarfsfinanzierung teilweise der Festbetragsfinanzierung angenähert. Grund hierfür ist, dass der wirtschaftliche Erfolg von Kultureinrichtungen nicht planbar ist und die Bildung von Rücklagen erfordert. Daneben soll die Eigenverantwortung von Kultureinrichtungen gestärkt werden. Es gibt bislang keine Anhaltspunkte dafür, dass im Rahmen der DAWI feste Bewilligungsbeträge ausgeschlossen sind, wenn die im Folgenden näher beschriebenen Voraussetzungen eingehalten werden.

Im Betrauungsakt sind Mechanismen zur Vermeidung von Überkompensation und zur Rückzahlung von überhöhten Ausgleichszahlungen festzulegen. Die Verpflichtung zur Rückzahlung wird sich in der Regel aus den Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheids bzw. entsprechenden vertraglichen Regelungen ergeben.

Zur Vermeidung einer Überkompensation dürfen nur die zusätzlichen Kosten der Bereitstellung einer gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung nebst einer angemessenen Rendite ausgeglichen werden (Nettomehrkostenmethode). Dieser Maßgabe dürfte auf Bundes- und Län-

⁸² Leitfaden der KOM (o. Fn. 73), Rz. 3.5.1.

⁸³ Vgl. NRW-Leitfaden (o. Fn. 77), Rz. 3.3.3.4.

derebene durch den Haushaltsgrundsatz der Subsidiarität, d.h. Förderungen können nur nachrangig gewährt werden, im Regelfall ausreichend entsprochen sein (vgl. § 23 BHO/LHO).

Unter angemessener Rendite ist „ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen“⁸⁴. Effizienzgesichtspunkte bei der Erbringung der DAWI spielen keine Rolle bei der Feststellung einer Überkompensation im Rahmen der Freistellungsentscheidung.⁸⁵ Maßgeblich sind nur die tatsächlich angefallenen Nettomehrkosten.

Maximal 10% der jährlichen Ausgleichssumme sind auf den nachfolgenden Zahlungszeitraum anrechenbar (Art. 6 der Freistellungsentscheidung). Eine Rücklagenbildung ist in diesem Rahmen damit auch möglich. Da die Kommission nach dem Gemeinschaftsrahmen (vgl. Fn. 80), Rz. 21, im Falle einer über 10% hinausgehenden Überkompensierung aber nach spätestens vier Jahren eine Bilanz einfordert, sollte der Zeitraum der Rücklagenbildung in einem solchen Fall vier Jahre nicht überschreiten.

Bei der Verzahnung mehrere Fördersysteme ist eine Abstimmung der Beihilfegeber ratsam, da es im Einzelfall schwierig sein kann, die unterschiedlichen Beträge den einzelnen zu erfüllenden Pflichten zuzuordnen. Für die Aufteilung der zurückzuzahlenden Beträge auf die verschiedenen Beihilfegeber gibt es keine Vorgaben, solange eine Überkompensation vermieden wird.⁸⁶

32. Was ist zu beachten, wenn ein Unternehmen auch noch kommerzielle Dienstleistungen anbietet?

Unternehmen, die neben kulturellen, als DAWI qualifizierten Dienstleistungen auch noch andere, kommerzielle Dienstleistungen anbieten, sind verpflichtet, für jedes Tätigkeitsfeld eine getrennte Buchhaltung zu führen. Benutzt ein Unternehmen dabei die gleiche Infrastruktur für DAWI- wie auch für kommerzielle Dienstleistungen, muss es beiden Tätigkeitsfeldern Kosten zuweisen.

⁸⁴ Art. 5 Abs. 4 Freistellungsentscheidung.

⁸⁵ Anders als im Rahmen der Altmark-Rspr., wo als viertes Kriterium verlangt wird, dass entweder ein Vergabeverfahren durchgeführt wird oder aber der Nachweis erbracht, es würde sich um ein „durchschnittlich gut geführtes Unternehmen“ handeln.

⁸⁶ Leitfaden der KOM (o. Fn. 73), Rz. 3.6.3.

33. Gibt es in diesem Zusammenhang spätere Kontrollpflichten der Behörden?

Ja. Die Beihilfegeber müssen in regelmäßigen Abständen Kontrollen durchführen um sicherzustellen, dass die Unternehmen keine überhöhten Ausgleichszahlungen erhalten. Dies ist z.B. bei Zuschussempfängern über entsprechende Kontroll- und Aufsichtsrechte möglich, bei Zuwendungsempfängern über Verwendungsnachweisprüfungen.⁸⁷ Bei der Verzahnung mehrerer Fördersysteme muss die Kontrolle die Summe aller Ausgleichszahlungen umfassen.⁸⁸ Die entsprechenden Unterlagen sind für einen Zeitraum von mind. zehn Jahren aufzubewahren.⁸⁹

34. Welche verfahrensrechtlichen Wirkungen sind mit der Qualifizierung als DAWI verbunden?

Durch den Wegfall des Notifizierungsverfahrens entfällt auch der damit verbundene Verwaltungsaufwand. Zudem können die Fördermittel ohne zeitliche Verzögerung ausgezahlt werden (keine Stillhalte- und Wartefrist). Dem steht eine geringere Rechtssicherheit gegenüber, da der Beihilfegeber die Einhaltung der einzelnen Anforderungen auf eigenes Risiko überprüfen muss (analog zu Beihilfen, die unter die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung fallen und daher von der Pflicht zur Notifizierung bei der Kommission freigestellt sind). Darüber hinaus ist ein Betrauungsakt zu erlassen. Im Einzelfall kann insbesondere die Festlegung der Ausgleichsparameter schwierig sein und zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen. Da sowohl bei Kulturbeteiligungen nach Artikel 107 Abs. 3 lit. d) als auch bei DAWI eine buchhalterische Trennung der kulturellen von den kommerziellen Tätigkeiten verlangt wird, ergibt sich in dieser Hinsicht jedoch kein Unterschied im Verwaltungsaufwand.

IV. Sonderregelungen/Ausnahmen

35. Fallen auch kleine Kulturförderbeträge unter die Beihilfenkontrolle?

Nach der sog. De-minimis-Verordnung⁹⁰ gelten Zuwendungen in Höhe von bis zu 200.000 Euro pro Unternehmen innerhalb von drei Jahren nicht als Beihilfen und unterliegen daher

⁸⁷ Vgl. NRW-Leitfaden (o. Fn. 77), Rz. 3.3.3.5.

⁸⁸ Leitfaden der KOM (o. Fn. 73), Rz. 3.6.2.

⁸⁹ Vgl. Art. 6 und 7 Freistellungsentscheidung.

⁹⁰ Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der KOM vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABI 2006 L 379/5.

nicht der Anmeldepflicht. Der Beihilfegeber ist aber verpflichtet, dem Empfänger einer De-minimis-Beihilfe schriftlich die Beihilfenhöhe unter Angabe des Titels der De-minimis-Verordnung samt Fundstelle im Amtsblatt (ABl. 2006 L 379/05) mitzuteilen und ausdrücklich als De-minimis Beihilfe zu bezeichnen.⁹¹ Vor deren Gewährung muss der Beihilfegeber die Einhaltung der Höchstgrenze pro Unternehmen überprüfen. Das begünstigte Unternehmen ist verpflichtet, bei der Beantragung eine vollständige Erklärung über die im laufenden Steuerjahr und in den zwei vorangegangenen Steuerjahren erhaltenen „De-minimis“-Beihilfen abzugeben. Die mit der Anwendung der De-minimis Verordnung zusammenhängenden Informationen müssen gesammelt registriert und 10 Jahre aufbewahrt werden.⁹² Weitere Informationen hierzu finden sich auf der Homepage der Europäischen Kommission (http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/l26121_de.htm), zudem auch bei den meisten Förderbanken der Länder (z.B. http://www.nrwbank.de/pdf/dt/de-minimis/Kundeninformation_De-minimis-Beihilfen_20021.pdf).

36. Keine Beihilfe wegen Einhaltung der Altmark Trans-Rechtsprechung?

Im Einzelfall gibt es auch die Möglichkeit, dass eine Förderung mit DAWI-Charakter mangels Begünstigung schon gar keine Beihilfe darstellt, weil sie die sog. Altmark Trans-Kriterien des EuGH⁹³ einhält. Dies erfordert neben einem ordnungsgemäßen Betrauungsakt (bei Festlegung von entsprechenden Parametern und Vermeidung von Überkompensierung) die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens oder den Nachweis, dass es sich bei der geförderten Einrichtung um „ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen“ handelt. Um diesen Nachweis führen zu können, ist üblicherweise die Vorlage des Gutachtens einer Unternehmensberatung notwendig. In aller Regel dürfte dies im Kulturbereich mit vertretbarem Aufwand nicht nachweisbar sein, ist aber bei großen Kultureinrichtungen mit einem hohen Finanzvolumen eine denkbare rechtliche Option, um eine Notifizierung zu vermeiden.

⁹¹ Bescheinigt wird dies mit der sog. „De-minimis“-Bescheinigung, in der die Bewilligungsbehörde den Subventionswert genau angeben muss. So kann der Begünstigte nachvollziehen, wie viele „De-minimis“-Beihilfen er im laufenden Steuerjahr sowie in den vorangegangenen zwei Steuerjahren erhalten hat und ob er den Grenzwert von 200.000 EUR schon erreicht hat. Zudem müssen auch Kumulierungsgrenzen mit anderen Subventionen für dieselben förderbaren Aufwendungen eingehalten werden. Überschreitet der Begünstigte einen dieser Grenzwerte, handelt es sich um eine unzulässige Vergünstigung, die er zurückzahlen muss..

⁹² Diese ist auf Anforderung der Bundesregierung, der Landesverwaltung oder der bewilligenden Stelle innerhalb einer Woche oder einer festgesetzten längeren Frist vorzulegen. Kommt der Begünstigte dieser Anforderung nicht nach, entfällt rückwirkend die Bewilligungsvoraussetzung, und die Subvention zuzüglich Zinsen muss gemäß Vorgabe der Europäischen Kommission zurückgefordert werden. Unrichtige, unvollständige oder unterlassene Angaben sind gemäß § 264 StGB als Subventionsbetrug strafbar.

⁹³ EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747– *Altmark Trans*.

37. Gilt das europäische Beihilferecht auch bei Förderungen, die auf Regelungen basieren, die vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags (1958) schon bestanden?

Förderungen aufgrund von Vorschriften, die bereits vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags am 1. Januar 1958 existierten, gelten als bestehende Beihilfen und sind daher nicht notifizierungspflichtig.⁹⁴ Dies setzt aber voraus, dass die Regelung seit 1958 rechtlich nicht umgestaltet wurde, ansonsten hat sie ihre Eigenschaft als „bestehende Beihilfe“ verloren. Die Rechtsprechung verlangt, dass eine Wesensgleichheit und Kontinuität zwischen der ursprünglichen und der aktuellen Regelung existiert.⁹⁵ Dies dürfte in den meisten Fällen problematisch sein.

38. Gibt es noch weitere Möglichkeiten der beihilferechtlichen Absicherung der Kulturförderung?

Eine Maßnahme kann im Einzelfall auch unter der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGFVO), ggf. in Form einer Kulturförderrichtlinie oder eines Kulturprogramm, freigestellt werden. Danach sind etwa Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), Ausbildungsbeihilfen oder Regionalbeihilfen möglich.

Verfahrensrechtlich bedarf es dazu lediglich einer Anzeige und keiner aufwändigen Notifizierung bei der Kommission. Ein Betrauungsakt ist nicht notwendig. Der Nachteil liegt in den nur begrenzten Förderintensitäten, die eine überwiegende oder ausschließliche öffentliche Förderung vielfach nicht abdecken werden. Zudem dürften die engen rechtlichen Voraussetzungen der AGFVO dem Förderbedarf im Kulturbereich in vielen Fällen nicht entsprechen.

Berlin, im Mai 2011

⁹⁴ Art. 1 b) und 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999: nur „neue“ Beihilfen unterliegen der Notifizierungspflicht.

⁹⁵ EuG, Rs. T-269/99, u.a. Slg- 2003, II-4217, Rn. 75 – *Territorio Historicó /Kommission*.