

BAUMANN RECHTSANWÄLTE - Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Harkortstraße 7 ■ 04107 Leipzig

per E-Mail an:

[Stateaidgreffe@ec.europa.eu](mailto:Stateaidgreffe@ec.europa.eu)

Europäische Kommission  
Generaldirektion Wettbewerb  
Rue de la Loi, 200  
B- 1049 Brüssel  
BELGIEN

BAUMANN RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Partnerschaftsregister Nr. PR 90,  
AG Würzburg

HAUPTSITZ WÜRZBURG

Wolfgang Baumann\*  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Franziska Heß\*  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
Simone Lesch  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
Anja Schilling  
Rechtsanwältin  
Rick Schulze, LL.M.oec.  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Thomas Jäger  
Rechtsanwalt  
Dr. jur. Thomas Degenhart  
Rechtsanwalt

In Kooperation:  
Prof. Dr. jur. Alexander Brigola  
Prof. Dr. jur. Christian Heitsch

Annastraße 28 ■ 97072 Würzburg  
Telefon 0931 46 0 46-0  
Telefax 0931 46 0 46-70  
[info@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:info@baumann-rechtsanwaelte.de)

ZWEIGSTELLE LEIPZIG

Wolfgang Baumann\*  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Franziska Heß\*  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
Harkortstraße 7 ■ 04107 Leipzig  
Telefon 0341 14 96 97-60  
Telefax 0341 14 96 97-58  
[leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de)

\* Partner i. S. d. PartGG

Bankverbindung:  
Sparkasse Mainfranken  
IBAN DE55 7905 0000 0047 7862 98  
BIC BYLADEM1SWU

Bürozeiten:  
Mo. bis Fr. 8.00 - 17.00 Uhr  
und nach Vereinbarung

[www.baumann-rechtsanwaelte.de](http://www.baumann-rechtsanwaelte.de)

Mitglied im  
AnwaltsCooperation.Netzwerk



Duisburg, Nürnberg, Schwerin, Würzburg

Mitglied bei



Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Datum
	119 M/11 FH-sk	5. Juli 2016

Steffi Kirschstein, Telefon 0341-14 96 97 60  
[kirschstein@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:kirschstein@baumann-rechtsanwaelte.de)

**Flughafen BER - neue Finanzhilfen  
Beihilfeverfahren SA.115376, SA.35378, SA.35387 und SA.36263  
(2013/CP)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit dem vorliegenden Schreiben ergänzen wir die Informationen, die wir mit unserem Schreiben vom 05.08.2015 sowie mit E-Mail vom 05.02./23.02.2016 im Auftrage des Bürgervereins Friedrichshagen e. V. übermittelten.

Zugleich teilen wir mit, dass der Bürgerverein Brandenburg-Berlin e.V. sich diesem Vorgehen anschließt und uns beauftragt hat, ihn hierbei zu vertreten.

Namens und mit vollmacht unserer Mandanten übermitteln wir Ihnen die nachstehenden neuen Informationen:

## I. Voraussichtliche Durchführung der Beihilfen vor der Entscheidung der EU-Kommission

Die FBB hat die Anteilseigner um Auszahlung der Gesellschafterdarlehen und um die 100 %-ige Absicherung von Krediten durch Bürgschaften gebeten, obwohl diese zur Zeit von der Kommission noch auf ihre Eigenschaft als Beihilfen geprüft werden. .

Der Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses des Landes Berlin hat diesem Antrag durch Beschluss stattgegeben. Eine erste Tranche von 53 Millionen EUR wurde freigegeben. Außerdem bürgt das Land Berlin für seinen Gesellschafteranteil an neuen Krediten (37 Prozent) in Höhe von 1,1 Milliarden EUR.

**B e w e i s :** Ausdruck von der Internetpräsenz der Zeitung „Der Tagesspiegel“ des Artikels vom 22.06.2016, 21:19 Uhr (**Anlage 1**)

Mit einer umgehenden Auszahlung dieser neuen Beihilfen des Landes Berlin an die Flughafengesellschaft Berlin Brandenburg GmbH (FBB) ohne vorherige Genehmigung durch die Europäische Kommission ist zu rechnen.

Wir haben Zweifel daran, dass die von den Anteilseignern nun beabsichtigte Auszahlung der Gelder vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission im Rahmen der vorläufigen Beihilfenprüfung nach Art. 4 der Verordnung 2015/1589 unionsrechtlich zulässig ist. Vielmehr gehen wir davon aus, dass insoweit ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 3 der VO 2015/1589 vorliegt. Demgegenüber stehen die deutschen Stellen auf dem Standpunkt, eine Durchführung der Kapitalzuführungen durch die Gesellschafter sei bereits vor der Entscheidung der Kommission zulässig.

Art. 108 Abs. 3 AEUV unterwirft nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die beabsichtigte Einführung neuer Beihilfen einer vorbeugenden Prüfung (Urteil Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die damit geschaffene Kontrolle ist darauf gerichtet, dass nur mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen durchgeführt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, wird die Einführung eines Beihilfevorhabens ausgesetzt, bis die Zweifel an seiner Vereinbarkeit durch die abschließende Entscheidung der Kommission beseitigt sind (Urteil Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Diese Prüfung muss der Kommission auch im vorläufigen Prüfungsverfahren möglich sein, in dem in erster Linie die Frage beurteilt werden muss, ob eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt. Demzufolge gilt das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV auch im vorläufigen Prüfungsverfahren. Die deutschen Stellen vertreten die Rechtsauffassung, dass das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht greife, weil es sich nicht um eine Beihilfe im Rechtssinne handele, denn auch ein wirtschaftlich denkender Kapitalgeber würde entsprechend handeln.

Diese Rechtsauffassung kann jedoch nicht überzeugen.

Zunächst verhalten sich die Kapitalgeber hier widersprüchlich, indem sie einerseits die Kapitalzuführungen als Beihilfen anmelden und ausdrücklich

in den entsprechenden Beschlussgremien der Anteilseigner Vorbehaltsklauseln mit beschließen lassen, sich dann aber andererseits darauf berufen, es handele sich richtigerweise gar nicht um eine Beihilfe, weshalb im Vorprüfungsverfahren das Durchführungsverbot nicht gelte. Weiterhin wird durch die Annahme, das Durchführungsverbot gelte bei einer „voraussichtlichen“ Nicht-Beihilfe nicht, die Kompetenz der EU-Kommission zur Feststellung der Beihilfeneigenschaft und deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt unterlaufen. Dem kann auch eine besondere Dringlichkeit nicht entgegengehalten werden, die es erlauben würde, die Durchführung der Beihilfe ohne vorherige Entscheidung der Kommission als rechtmäßig anzusehen (so zur rechtswidrigen Durchführung einer Beihilfe EuG, T-239/04, Italien/Kommission, Slg. 2007, II-3265). Vielmehr ist es Aufgabe des Mitgliedstaates, die notwendige Anmeldung geplanter Kapitalzuführungen an Unternehmen der Kommission so rechtzeitig und so vollständig vorzunehmen, dass die Kommission in die Lage versetzt wird, das Vorliegen von Beihilfen und deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu beurteilen. Hier zeigt bereits die Tatsache, dass die Kommission zuletzt im Mai 2016 Nachforderungen an die deutschen Stellen gerichtet hat, dass nicht rechtzeitig alle für die Entscheidung notwendigen Unterlagen und Angaben, insbesondere hinsichtlich des Grundsatzes des wirtschaftlich denkenden Kapitalgebers, an die Kommission übermittelt wurden. Zu guter Letzt würde die Auffassung, bei mutmaßlichen „Nicht-Beihilfen“ gelte das Durchführungsverbot nicht, Sinn und Zweck des Prüfungsverfahrens und die Effektivität der Beihilfenkontrolle erheblich schwächen.

**Wir fordern deshalb die Kommission auf festzustellen, dass eine staatliche Beihilfe vorliegt, die im Rahmen eines Hauptprüfungsverfahrens auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt untersucht wird.**

**Wegen der von den deutschen Stellen auch gegenüber der EU-Kommission bereits angekündigten Durchführung der Beihilfe ist die Kommission zudem berechtigt, der Bundesrepublik Deutschland die Aussetzung der Durchführung aufzugeben.**

Die Aussetzungsanordnung kann gleichzeitig mit der Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Verfahrens erfolgen (vgl. dazu EuGH, C-400/99, Italien/Kommission, Slg. 2001, I-3657, Rn. 46 f.).

Zwar können die nationalen Gerichte die Durchführung dieser Maßnahme aussetzen und die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anordnen, oder einstweilige Maßnahmen erlassen, wenn sie feststellen, dass die fragliche Maßnahme eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV darstellt, die unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV durchgeführt wurde (vgl. (EuGH, Urteil vom 11. November 2015 – C-505/14 –, Rn. 18, juris unter Verweis auf Urteil Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 43, und Beschluss Flughafen Lübeck, C-27/13, EU:C:2014:240, Rn. 26).

Nationale Gerichte werden aber nur dann tätig, wenn ein Wettbewerber in der BRD ein subjektives Recht geltend machen kann. Sie können daher die Kontrolle der Einhaltung des Durchführungsverbots durch die Kommission nur ergänzen, nicht aber ersetzen.

Das Durchführungsverbot dient damit der Aufrechterhaltung des vom AEUV geschaffenen Kontrollsystems staatlicher Beihilfen und muss deshalb im gesamten Vorprüfungsverfahren ebenso gelten wie im Hauptprüfungsverfahren. Selbst wenn die Kommission in ihrer endgültigen Entscheidung zu dem Ergebnis kommen sollte, dass keine Beihilfeelemente vorliegen, verlangt das Ziel der Verhütung, das dem vom AEU-Vertrag geschaffenen Kontrollsystem der staatlichen Beihilfen zugrunde liegt, dass die Durchführung der betreffenden Maßnahme infolge des in der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens aufgeworfenen Zweifels hinsichtlich ihres Beihilfecharakters und ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt aufgeschoben wird, bis dieser Zweifel durch die endgültige Entscheidung der Kommission beseitigt wird (vgl. EuGH, Beschluss vom 04. April 2014 – C-27/13 –, Rn. 23 m.w.N.).

Im hier in Rede stehenden Vorprüfungsverfahren, in dem zumeist eine Beteiligung der Wettbewerber unterbleibt, können die Wettbewerber häufig noch gar keine Kenntnis vom laufenden Beihilfeverfahren haben. Auch aus diesem Grund steht der EuGH auf dem Standpunkt, dass die Einleitung eines Hauptprüfverfahrens bereits dann unerlässlich ist, sobald die Kommission bei der vorläufigen Prüfung auf ernsthafte Schwierigkeiten stößt und bestehende Zweifel an der Vereinbarkeit oder auch an einzelnen Elementen des Beihilfebegriffs nicht ausräumen kann (ständige Rechtsprechung, vgl. nur EuGH, C-47/10 P, Österreich/Kommission, Urteil vom 27.10.2011, Rn. 70; C-148/09 P, Deutsche Post/Kommission, Rn. 88). Demzufolge ist zwingend ein Hauptprüfungsverfahren durchzuführen.

Ein solches Hauptprüfungsverfahren ist gerade dann sinnvoll, wenn wie hier zu erwarten, das Kapital dem Unternehmen bereits vor der Entscheidung der Kommission zugeführt wird. Wie der EuGH klargestellt hat, heilt auch eine Entscheidung der Kommission, dass eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei, nicht die Verletzung des Durchführungsverbotes und damit die Rechtswidrigkeit der Beihilfe (vgl. EuG, T-195/01, Slg. 2002, II-2309, Rn. 84). Zudem ist mit Durchführung der Beihilfe die Entscheidung der EU-Kommission im vorläufigen Prüfungsverfahren nicht mehr dringlich.

Aber auch unabhängig davon sind im Vorprüfungsverfahren und im Hauptprüfungsverfahren die nachfolgenden Informationen als allgemeine Marktinformationen zu berücksichtigen:

## II. Vorliegen staatlicher Beihilfen

Die vorliegend zugunsten der FBB vorgesehenen Maßnahmen stellen staatliche Beihilfen dar, insbesondere handeln die Anteilseigner der FBB nicht wie ein privater Kapitalgeber in einer Marktwirtschaft.

Bezüglich der Auszahlung der Beihilfen oder von Teilen der Beihilfe vor der Entscheidung durch die EU-Kommission stellen sich aus unserer Sicht einige weitere Fragen, insbesondere bezüglich der Vollständigkeit der dort eingereichten Kostenprognosen und Wirtschaftlichkeitsberechnungen. Legt man diese Informationen zugrunde, ist der von den deutschen Stellen übermittelte Private Investor Test nicht belastbar, da die dort getroffenen Annahmen zum voraussichtlichen Eröffnungsdatum sowie zu den voraussichtlich zu erwartenden Kosten nicht realistisch sein dürften:

### 1. Eröffnung des BER in 2017 oder 2018 nicht realistisch

Nach unserem Kenntnisstand gehen die zuletzt eingereichten Unterlagen, insbesondere der vorgelegte Private Investor Test davon aus, dass eine Inbetriebnahme des geplanten Flughafens Berlin Brandenburg (BER) im Jahr 2017 erfolgen soll. Allerdings hatte der Pressesprecher der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH (FBB) bereits vor einiger Zeit verlautbart, dass dieser Termin nicht zu halten sein wird (vgl. den Presseartikel unter <http://www.morgenpost.de/flughafen-berlin-brandenburg/article207408313/Flughafen-BER-feuert-Pressesechef-nach-Interview.html> sowie das Originalinterview unter <http://www.prmagazin.de/aktuell/meldungen/details/alles-kommt-raus.html>).

Ähnlich äußerten sich Fachleute kürzlich in der Öffentlichkeit. So prognostizierte der Flughafenplaner Dieter Faulenbach da Costa, dass der BER realistischerweise erst im 3. Quartal 2019 in Betrieb gehen kann (vgl. den Artikeln unter <http://www.tagesspiegel.de/berlin/prognose-zum-neuen-berliner-flughafen-der-ber-kann-erst-2019-starten/13392906.html> sowie als **Anlage 2**). Andere Experten sehen eine Eröffnung gar vor dem Jahr 2022 nicht als realistisch an (vgl. unter <http://www.tagesspiegel.de/berlin/experte-zum-ber-desaster-damischen-zu-viele-leute-mit-die-keine-ahnung-haben/13823790.html>).

Ausweislich der Antwort der Brandenburger Landesregierung auf eine parlamentarische Anfrage des Abgeordneten Christoph Schulze (Landtagsdrucksache 6/4264 als **Anlage 3**) ist der bisher vorgesehene Zeitplan für die bauliche Fertigstellung und Eröffnung des BER im Jahre 2017 offenkundig nicht zu halten. Der hierfür u.a. erforderliche 5. Nachtrag zur Baugenehmigung ist bei der Bauaufsichtsbehörde erst am 30.04.2015 eingegangen. Dieser Nachtrag beinhaltet die Änderung der Entrauchung im

Fluggastterminal. Nachgefordert wurden sodann seitens der Baugenehmigungsbehörde Entrauchungssimulationen, die Planprüfberichte der Sachverständigen, die erforderlichen Zustimmungen im Einzelfall sowie der Erläuterungsbericht der Technischen Gebäudeausrüstung. Die ersten Unterlagen für die behördlichen Nachforderungen wurden am 13.05.2015 übergeben. In der Folge wurden die 1. Nachreichung am 20.08.2015, die 2. Nachreichung am 09.10.2015 und die 3. Nachreichung am 15.02.2016 dem Bauordnungsamt übergeben. Nach Eingang und Prüfung der 3. Nachreichung wurden weitere nachzureichende Unterlagen mit Schreiben vom 24.02.2016 abgefordert, nämlich eine Bestätigung der Systemlaufzeiten, eine Nachsimulation von nicht akzeptierbaren Entrauchungsszenarien auch an der Schnittstelle zwischen Bahnhof und Verteilerebene, fortgeschriebene Planprüfberichte zur Entrauchung sowie Entrauchung des C-Riegels. Der 5. Nachtrag ist bisher nicht genehmigt.

Die Brandenburgische Landesregierung sieht dabei die größten Probleme bei der Erstellung der Entrauchungssimulationen in der Verteilerebene unter Berücksichtigung des Zugverkehrs im Bahnhof sowie bei der Erarbeitung des für die Bewertung der Simulationen erforderlichen Schnittstellendokumentes zwischen Bahnhof und Verteilerebene. Ein Termin für die Erteilung der Genehmigung des 5. Nachtrags zur Baugenehmigung, der für eine Inbetriebnahme zwingend erforderlich ist, kann deshalb von der Brandenburger Landesregierung noch nicht angegeben werden, sondern wird als „abhängig von der Vorlage der noch ausstehenden Unterlagen“ bezeichnet.

All dies zeigt, dass eine Eröffnung des Flughafens BER im Jahr 2017 unrealistisch ist. Die Genehmigung für den 5. Nachtrag sollte nach dem bisher bekannten Zeitplan der FBB bis zum 30. Oktober 2015 vorliegen, tatsächlich sind bisher nicht einmal alle benötigten Unterlagen für die Erteilung der Genehmigung eingereicht worden. Unter diesen Maßgaben muss angenommen werden, dass selbst eine Eröffnung im Jahr 2018 nicht ernsthaft realistisch sein dürfte.

## **2. Weitere Kostensteigerungen**

Wir möchten die Kommission ferner darauf hinweisen, dass auf Grund der Tatsache, dass der Flughafen bereits mit Inbetriebnahme nicht in der Lage sein wird, das prognostizierte Verkehrsaufkommen zu bewältigen, bereits jetzt Erweiterungs- und Übergangsbauten vorgesehen sind, die weitere Kostensteigerungen nach sich ziehen, die möglicherweise noch nicht näher beziffert wurden.

Zur Steigerung der Abfertigungskapazität soll der „alte“ Flughafen Schönefeld (SXF) ertüchtigt und offen gehalten werden. Außerdem soll neben dem Terminal Schönefeld Alt ein neues Terminal "D2"

gebaut werden. Es bestehen Zweifel daran, dass diese Änderungen des ursprünglichen Planfeststellungsbeschlusses wie geschehen ohne Planänderungsverfahren unter Beteiligung der Öffentlichkeit vorgenommen werden durften. Auch die diesbezüglich bestehende Kritik wurde bereits öffentlich geäußert (vgl. unter <http://www.tagesspiegel.de/berlin/krisensitzung-des-ber-aufsichtsrats-flughafenchef-zum-rapport-bestellt/13306048.html>).

Weitere Kostensteigerungen sowie eine weitere Verzögerung bei der Abwicklung des Schallschutzprogrammes ergeben sich aus einem Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 03.05.2016 (Az.: 6 A 31.14). Dort wurde festgestellt, dass die FBB verpflichtet ist, bei den Objekten im Nachtschutzgebiet vor dem Einbau von Schallschutzmaßnahmen eine Lüftungsplanung zu erstellen. Demzufolge muss bei den Objekten im Nachtschutzgebiet nachgearbeitet werden. Weder die hiermit verbundenen Kostensteigerungen noch die hierdurch verursachte Verzögerung bei der Gewährung von Schallschutzmaßnahmen wurden nach unserem Kenntnisstand bisher näher beziffert.

Zudem werden durch die Bürgschaften und Gesellschafterdarlehen „Investitionsbeihilfen“ gewährt, welche nach Artikels 107 Absatz 1 AEUV in Verbindung mit den „Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften“ (Mitteilung der Kommission, 2014/C 99/03) die insgesamt zulässige „Beihilfeintensität“ übersteigen, worauf wir bereits in der Vergangenheit hingewiesen haben.

Mit freundlichen Grüßen



RAin Franziska Heß

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Anlagen

Ausdruck Artikel in „Der Tagesspiegel“ vom 22.06.2016, 21:19 Uhr (**Anlage 1**)

Ausdruck Artikel in „Der Tagesspiegel“ vom 02.04.2016, 09:47Uhr (**Anlage 2**)

Landtagsdrucksache 6/4264 als **Anlage 3**