

BAUMANN RECHTSANWÄLTE - Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Harkortstraße 7 ■ 04107 Leipzig

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

**per E-Mail an:**  
Stateaidgreffe@ec.europa.  
eu

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

Dr. jur. Guido Kolbeck  
Rechtsanwalt

Thomas Jäger  
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

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

\* 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

Mitglied im  
AnwaltsCooperationNetzwerk

  
ANCONET  
Anwalt - Cooperation - Netzwerk  
Duisburg, Nürnberg, Schwerin, Würzburg

Mitglied bei

  
MAINADVO  
Main Anwalts

Ihr Zeichen

Unser Zeichen

Datum

119 M/11 HF-sk

5. Aug. 2015

Steffi Kirschstein, Telefon 0341-14 96 97 60  
kirschstein@baumann-rechtsanwaelte.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf das Verfahren SA.36263 (2013/CP), in dem wir uns für den von uns vertretenen Bürgerverein Friedrichshagen e.V. gegen die von der EU-Kommission mit Entscheidung vom 19.12.2012 genehmigten Beihilfen für den Flughafen Berlin Brandenburg gewandt haben. Auf die dortigen Informationen und Ausführungen wird zunächst verwiesen.

Mit dem vorliegenden Schreiben möchten wir der EU-Kommission Informationen zu dem mit Schreiben der Bundesrepublik Deutschland vom 24.03.2015 eingeleiteten Pränotifizierungsverfahren betreffend erneute Beihilfen für den Flughafen Berlin Brandenburg übermitteln.

## I. Sachverhalt

Auf dem Höhepunkt der Finanzkrise im Jahr 2009 genehmigte die Kommission staatliche Beihilfen (mit einer Beihilfeintensität von rund 27%) für den Bau des neuen BER -Flughafens. Die von der Kommission genehmigten Maßnahmen umfassten einen Schulden-Swap in Höhe von 224 Mio. EUR, eine von den öffentlichen Anteilseignern vorgenommene Kapitalerhöhung um 430 Mio. EUR sowie eine 100%ige staatliche Bürgschaft für ein langfristiges Darlehen bis zu 2,4 Mrd. EUR.

Im Jahre 2012 wurde es aus Sicht der Anteilseigner notwendig, der FBB weiteres Kapital in Höhe von 1,2 Mrd. EUR zuzuführen. Diese zusätzlichen Finanzmittel wurden benötigt, um den Bau

zum Abschluss zu bringen und den neuen Flughafen in Betrieb zu nehmen. Sie umfassten Kostenpositionen für das Schallschutzprogramm für die Anwohner des Flughafens, zusätzliche Bauarbeiten (insb. Brandschutzanlage) sowie mit der verzögerten Eröffnung verbundene Kosten und Risikovorsorge.

Im Jahr 2015 hat die BRD nach Presseberichten bei der EU-Kommission im Rahmen der Pränotifizierung die Gewährung weiterer finanzieller Mittel in Höhe von 2,6 Mrd. EUR angezeigt. Ein Teilbetrag scheint dabei bereits ausgereicht zu sein, um einen Fertigbau des Flughafens zu ermöglichen. Den uns vorliegenden Presseberichten zufolge ist die Flughafenbetreibergesellschaft selbst bis zum Jahre 2019 nicht mehr kreditwürdig und deshalb auf die staatlichen Hilfen angewiesen.

Der Antrag lautet nach unseren Informationen auf bis zu 2,6 Mrd. EUR, wovon 1,1 Mrd. EUR für die Fertigstellung des Flughafens BER (inklusive Schallschutz) erforderlich sein sollen. Weitere 1,1 Mrd. EUR sollen für Erweiterungsinvestitionen bereitgestellt werden, da wegen des Passagierwachstums (und der hierdurch gestiegenen Passagierprognose) eine Erweiterung der landseitigen Kapazitäten zur Bewältigung des Passagieraufkommens unmittelbar nach Inbetriebnahme erforderlich wird. Uns sind Ausbauszenarien bekannt, die langfristig mit bis zu ca. 38 Mio. Passagieren rechnen. Dabei sollte der Kommission eine wesentliche Tatsache geläufig sein:

Der Flughafen BER war **zu keinem Zeitpunkt als Großflughafen geplant**, der eine Passagierzahl von mehr als 27 Mio. PAX abwickeln soll. Vielmehr ergab ein Raumordnungsverfahren im Jahre 1993, dass der Standort Schönefeld für einen Großflughafen mit mehr als 2 Bahnen ungeeignet sei, weshalb dann im Nachgang nur die reduzierte Version eines „mittelgroßen“ Flughafens mit 2 Bahnen geplant und genehmigt wurde. Aus diesem Grund ist es verfehlt, weitere Mittel in den BER mit dem Ziel zu stecken, diesen auch für über 27 Mio. Passagiere hinaus steigende Passagierzahlen auszubauen, da der stadtnahe Standort hierfür ungeeignet ist und hierfür auch nicht vorgesehen war.

Die hier in Rede stehenden 1,1 Mrd. EUR sollen aber für ein Sofort- bzw. Mittelfristzenario von 33 Mio. Passagieren sowie für Schuldendienst (für 3,6 Mrd. EUR Altkredite aus 2009 und 2012) verwendet werden. So müssen bis 2019 900 Mio. EUR getilgt werden, von denen nach unseren Informationen 500 Mio. durch die FBB selbst erwirtschaftet werden sollen.

Weiterhin sind in der jetzt bei der Kommission vorangemeldeten Finanzhilfe bis zu 300 Mio. EUR abhängig davon enthalten, wie die 2,2 Mrd. EUR gewährt werden. Nach unseren Informationen steht bereits fest, dass dieser Betrag in Anspruch genommen werden muss, da die Gesellschafter offenbar übereingekommen sind, dass die oben genannten 1,1 Mrd. EUR für die Erweiterung und den Schuldendienst als Darlehen von der FBB aufgenommen werden sollen, die durch eine 100%ige Bürgschaft der Gesellschafter abgesichert werden sollen. Für die dann anfallenden Zins- und Tilgungskosten werden die zusätzlichen 300 Mio. EUR damit in jedem Fall benötigt.

Schlussendlich sind in dem Betrag von 2,6 Mrd. EUR weitere 100 Mio. EUR als Puffer enthalten, den der Bund für erforderlich gehalten und ohne Abstimmung mit den übrigen Gesellschaftern zusätzlich bei der Kommission angemeldet hat.

**Unsere folgenden Ausführungen gehen davon aus, dass die von der Bundesrepublik Deutschland angemeldete Beihilfe den vorstehend geschilderten Rahmenbedingungen entspricht. Sollte sich aus den von der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission übermittelten Unterlagen eine Abweichung ergeben, bitten wir diesbezüglich höflich um Aufklärung.**

## II. Wesentliche Informationen aus Sicht des Beschwerdeführers

Zunächst möchten wir der Kommission für das laufende Verfahren gern Informationen übermitteln, die wir für relevant halten.

Hierzu überreichen wir in der **Anlage 1** ein von der Forschungsgruppe Luftverkehr der Technischen Universität Chemnitz (Professor Dr. Friedrich Thießen) erstelltes Gutachten mit dem Titel "Der Flughafen BER - Analyse der wirtschaftlichen Situation mit alternativen Szenarien" zur gefälligen Kenntnisnahme.

Professor Dr. Friedrich Thießen ist ein anerkannter Wirtschaftswissenschaftler, der sich schwerpunktmäßig mit Prognosen und wirtschaftlichen Analysen im Luftverkehr befasst. In dem Gutachten wird anhand verschiedener Szenarien geprüft, ob und wenn ja wann und unter welchen Voraussetzungen der Flughafen BER wirtschaftlich betrieben werden kann. Dabei werden zusammengefasst folgende Annahmen getroffen und Szenarien betrachtet:

Da der Flughafen erst im Entstehen begriffen ist und seine Kostenstruktur, mit welcher er arbeiten wird, noch ebenso unbekannt ist wie die Erlössituation, liegen eigentlich wesentliche Rahmenbedingungen für eine Wirtschaftlichkeitsanalyse noch nicht vor. Außerdem steht auch das Investitionsvolumen noch nicht fest, das nötig ist, den Flughafen in Funktion zu bringen. Die Kapazität, die der Flughafen haben wird, steht ebenfalls noch nicht fest und es ist noch nicht abschließend bekannt, wie sich die aufgetretenen Baufehler auf die Gesamtinvestitionssumme und die Funktionalität des Flughafens auswirken werden (vgl. Thießen, S. 18).

Um diesen Unsicherheiten zu begegnen, wurde eine Vergleichsgruppe von Flughäfen festgelegt und untersucht, wie dort die Kosten- und Erlösstrukturen üblicherweise beschaffen sind. Diese wurden als Basis für die Betrachtung des BER unter Berücksichtigung der dortigen Besonderheiten verwendet. Für die Prognose der Marktentwicklung und der Absatzzahlen wurde eine andere Vorgehensweise gewählt. Hier wurde das Gutachten von Dr. Schubert von Intraplan Consult GmbH zu Grunde gelegt, auf das sich auch die FBB bei ihren Betrachtungen üblicherweise stützt. Im Wege von Simulationen wurden sodann die Auswirkungen

veränderter Marktentwicklungen berechnet (vgl. Thießen, S. 18 f.). Die Simulationen wurden jeweils für einen Betrachtungszeitraum von 25 Jahren durchgeführt (vgl. Thießen, S. 26).

Bei der Betrachtung der Kosten-Erlös-Relationen fand das Gutachten zunächst heraus, dass fast alle betrachteten Flughäfen die Betriebskosten durch Einnahmen decken können. Eine Ausnahme bildet das bestehende Flughafensystem Berlin. Bezieht man die geschätzten Kapitalkosten bestehend aus Fremd- und Eigenkapitalkosten mit ein, dann verschlechtert sich das Bild etwas. Aber die meisten Flughäfen können auch ihre Kapitalkosten gerade noch decken. Das Flughafensystem Berlin ist die Ausnahme. Berlin müsste seine Erlöse aus dem Aviation- und dem Non-Aviation-Geschäft um 70 % steigern, um auf einen Überschuss nach Kapitalkosten zu kommen, wie ihn die anderen Flughäfen haben (vgl. Thießen, S. 23). Wir gehen davon aus, dass die BRD in ihrer Pränotifizierung die zu erwartenden Erlöse viel zu optimistisch dargestellt hat und bitten die Kommission höflich, diesen Gesichtspunkt unter Berücksichtigung der Darstellungen von Prof. Thießen kritisch zu prüfen.

Das Gutachten beschreibt zunächst ein Ausgangsszenario. Diesem liegt ein Marktwachstum entsprechend der Verkehrsprognose von Intraplan, eine Kosten- und Erlösstruktur wie an vergleichbaren kleineren Flughäfen sowie ein Investitionsvolumen zugrunde, das demjenigen Kapitalbetrag entspricht, den vergleichbare Flughäfen bei entsprechender Verkehrsleistung üblicherweise investiert haben („notwendige Investition“). Mit diesen Annahmen errechnet sich zwangsläufig eine Wirtschaftlichkeitssituation, die von der Struktur her derjenigen der Vergleichsflughäfen gleichen muss. Konkret errechnet sich für den BER dann ein Gewinn vor Steuern von anfänglich etwa 100 Mio. EUR p. a. Die Kapitalkosten inklusive der Eigenkapitalkosten können knapp gedeckt werden. Der Cash Flow beträgt 255 Mio. EUR p. a. Er reicht aus, um alle notwendigen Erweiterungsinvestitionen über die Planperiode hinaus zu tätigen. Am Ende der Planperiode von 25 Jahren reicht der aufgebaute Kassenbestand gerade aus, den Flughafen grundlegend zu erneuern (vgl. Thießen, S. 29).

Festzustellen ist, dass dieses Ausgangsszenario sowohl bei Gutachtenserstellung als auch heute ein rein theoretisches Szenario war und ist, da ihm zu Grunde liegt, dass für die Errichtung des Flughafens nur die notwendige Investition getätigt wird. Diese hätte bei der geplanten Anfangskapazität von 27 bis 30 Mio. Passagiere bei maximal 3,5 Mrd. EUR gelegen.

Bereits im Frühjahr 2014 betrug aber die geschätzte Bausumme 4,7 Mrd. EUR, um den Flughafen mit einer Anfangskapazität von 27 bis 30 Mio. PAX entstehen zu lassen, sodass für den BER von vornherein ein Mehrinvestitionsvolumen von 1,2 bis 1,5 Mrd. EUR erforderlich ist, um den Flughafen überhaupt zu bauen und in Betrieb nehmen zu können (Thießen, S. 30).

Das eigentliche Ausgangsszenario war deshalb auch im Gutachten von Prof. Thiessen das sogenannte Investitionsszenario (Fall 2 im Gutachten). Aufgrund der nunmehr durch die Bundesrepublik Deutschland zusätzlich vorab modifiziertem Beihilfen steigt die Bausumme für den BER über 5,34 Mrd. EUR. Die von Prof. Thiessen berechneten Szenarien zeigen deshalb insgesamt für den Flughafen eine sogar noch günstigere Prognose, da in die Berechnungen nur eine Bausumme von 4,7 Mrd. EUR eingestellt wurde. Dies ist bei der Bewertung und Einordnung der Ergebnisse des von uns vorgelegten Gutachtens durch die Kommission zu berücksichtigen.

In dem im Gutachten betrachteten Investitionsszenario führt die erhöhte Bausumme zu einer Belastung der Ertragsrechnung mit zusätzlichen Abschreibungen und Kapitalkosten, so dass es zu einer Minderung der Gewinne kommt. Es kann kein positiver Gewinn mehr erzielt werden. Nach Abzug der Eigenkapitalverzinsung ergibt sich ein negativer Ertrag von - 117 Mio. EUR p. a. Der Barwert des Projektes ist negativ. Die Abschreibungen und die Eigenkapitalkosten sind aber nicht zahlungswirksam, weshalb der Cash Flow nur mäßig betroffen wird. Er sinkt hauptsächlich wegen der gestiegenen Zinsausgaben auf das höhere Kreditvolumen. Würde die Zusatzinvestition vollständig mit Eigenkapital finanziert, könnte auch diese Mehrbelastung vermieden werden.

Insgesamt zeigt sich nach den Ergebnissen von Prof. Thießen, dass eine auch stark erhöhte Bausumme die zukünftige Überlebensfähigkeit des Flughafens erstaunlich wenig tangiert. Dies liegt daran, dass Baumaßnahmen – unter der Bedingung, dass sie die spätere Funktionalität nicht negativ beeinflussen und mit Eigenkapital finanziert sind – nur zu Abschreibungen führen, welche zwar die Gewinne mindern, aber nicht die Liquiditätslage beeinflussen. Wenn Flughäfen ihr Anfangskapital einmal erhalten haben, sind sie, insbesondere wenn es sich um Eigenkapital handelt, in der Zukunft gut abgesichert. Der wichtigste Belastungsposten durch überhöhte Investitionen ist die Verzinsung des zusätzlichen Fremdkapitals. Um diese zu minimieren, kann der Staat Garantien geben oder die erhöhte Bausumme durch Eigenkapital finanzieren. Eine Rendite auf sein Kapital kann der Staat allerdings nicht erwarten (vgl. zum Vorstehenden Thießen, S. 30 bis 31).

Weiterhin wurden nun verschiedene Szenarien simuliert, bei denen einzelne Grundannahmen variiert wurden. So wurde als Fall 3 ein, bezogen auf das Investitionsszenario (Fall 2), schlimmster denkbarer Fall betrachtet, der darin besteht, dass der neue Flughafen BER mit den gleichen Erträgen pro Verkehrseinheit bzw. pro Passagier zurechtkommen müsste, die in der Vergangenheit im Berliner Flughafensystem erzielt wurden (Daten laut Geschäftsbericht). Ergebnis dieses Szenarios ist ein Jahresverlust von 300 Mio. EUR. Eine Eigenkapitalverzinsung ist ausgeschlossen. Der Cash Flow wird negativ. Der Staat muss laufend Kapital nachschießen. Der (negative) Barwert des Projektes fällt auf - 9 Mrd. EUR. Erweiterungsinvestitionen vergrößern das Defizit. Der Flughafen sollte schrumpfen statt wachsen. Ein Weiterbau wäre nicht zu empfehlen (vgl. Thießen, S. 33).

Das Gutachten schlussfolgert hieraus (Thießen, S. 33 f.):

*„Mit der derzeitigen Erlösstruktur der Berliner Flughäfen ist ein profitabler Betrieb des BER nicht denkbar. Derzeit haben die beiden Berliner Flughäfen Tegel und Schönefeld-Alt zwar niedrige Erlöse, aber auch den Vorteil, eine günstige Kostenstruktur zu besitzen. Dies gleicht die niedrigen Erlöse wenigstens teilweise aus. Der neue Flughafen BER wird diesen Vorteil aber nicht mehr besitzen. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der neue Flughafen besonders kostengünstig betrieben werden könnte. Er wird mit großer Wahrscheinlichkeit nicht günstiger betrieben werden können als Flughäfen der Vergleichsgruppe. Das bedeutet, dass sich auch die Erlösstruktur derjenigen der Vergleichsgruppe angleichen muss, wenn der Flughafen wirtschaftlich werden soll. Das derzeitige Erlösniveau ist viel zu niedrig. Wenn sich bei den Erlösen keine Änderung einstellt, wird das Projekt BER in einem katastrophalen wirtschaftlichen Desaster enden.“*

*Festzustellen ist damit, dass im Falle eines Verhaltens der Erlöse am Flughafen BER auf dem Niveau des bisherigen Berliner Flughafensystems ein wirtschaftlicher Betrieb des Flughafens in der Zukunft nicht möglich ist. Die Kommission wird aufgefordert zu prüfen, ob die von der Bundesrepublik Deutschland übermittelten Szenarien im Hinblick auf die Annahmen der Erlössituation am künftigen Flughafen BER realistisch sind. Wie dargestellt verfälschen zu optimistische Annahmen im Hinblick auf die künftigen Erlöse massiv die Wirtschaftlichkeitsbewertung des Projekts.“*

Das Gutachten von Professor Thießen simuliert weiterhin das Szenario einer „realistischen Erlösstruktur“ als Fall 4. Hierbei wird im Grundsatz davon ausgegangen, dass der künftige Flughafen BER die durchschnittlichen Einnahmen der betrachteten Vergleichsflughäfen nicht erzielen kann. Als Grund hierfür wurde im Non-Aviation-Bereich die Passagierstruktur genannt, die eher auf unterdurchschnittliche Einnahmen hindeute. Im Aviation-Bereich wurde ein Erreichen der Erlöse des Durchschnitts der Vergleichsflughäfen für nicht realistisch erachtet, weil dies für die existierenden Airlines in Berlin eine enorme plötzliche Kostensteigerung bedeuten würde, die als nicht durchsetzbar angesehen wurde (was im Ergebnis von den Annahmen und Darstellungen der FBB bestätigt wird, dazu unten).

Trotz der Bedenken im Hinblick auf die Fähigkeit des BER, höhere Erlöse als das bisherige Flughafensystem zu erzielen, simuliert das Gutachten eine Steigerung der Einnahmen im Aviation- und Non-Aviation-Bereich um jeweils 50 % (womit man im Aviation-Bereich auf 11,1 EUR/Verkehrseinheit(VE) kommt, was knapp unter dem Durchschnitt der Vergleichsflughäfen liegt). In diesem Szenario 4 beträgt der Jahresverlust rund 150 Mio. EUR. Der (negative) Barwert des Gesamtprojektes beträgt - 4 Mrd. EUR. Auf das Eigenkapital wird eine negative Rendite erwirtschaftet. Immerhin ist der Cash Flow positiv. Er beträgt rund 40 Mio. EUR p. a. Der

Flughafen gerät also nicht permanent in Liquiditätsprobleme. Moderate Erweiterungsinvestitionen können selbst finanziert werden (vgl. Thießen, S. 36).

Zusammenfassend lässt sich danach sagen, dass eine Erlössteigerung pro Verkehrseinheit um die 50 % das absolute Minimum an Ertragssteigerung darstellt, das der Flughafen BER relativ zur derzeitigen Situation erreichen muss, um nicht permanent in Liquiditätsprobleme zu geraten. Er wird Verlust ausweisen, aber keine Liquiditätsprobleme haben. Bei 2 Mrd. EUR Eigenkapital kann davon lange gezehrt werden.

Am Ende der Abschreibungszeit der Anfangsinvestitionen muss der Staat das Gesamtvorhaben erneut finanzieren. Das gesamte anfangs investierte Kapital wird im Verlauf der Betriebszeit von 25 Jahren verbraucht, ohne dass es wieder zum Staat (Steuerzahler) zurückfließt (vgl. Thießen, S. 37).

An dieser Situation wird auch ein stärkeres Passagierwachstum nichts ändern, wie der im Gutachten von Prof. Thießen betrachtete Fall 5 zeigt:

Legt man ein Investitionsvolumen von 4,7 Mrd. EUR, eine Anfangskapazität von rd. 28 Mio. Passagieren, ein Passagierwachstum von 4 % p. a. und die in Fall 4 angenommenen realistischen Einnahmen aus Aviation von 11,1 EUR/VE und Einnahmen aus Non-Aviation von 5,0 EUR/VE ergibt sich Folgendes:

Der Jahresverlust liegt unverändert (d.h. relativ zu Fall 4) bei etwa 150 Mio. EUR. Der Cash Flow verharrt bei + 40 Mio. EUR. Der Barwert des Gesamtprojektes verschlechtert sich leicht. Insgesamt kommen Fall 4 mit 2,3 % Passagierwachstum p. a. und Fall 5 mit 4 % Passagierwachstum p. a. damit zu nahezu identischen Ergebnissen. Dass ein höheres Passagierwachstum von 4 % gegenüber 2,3 % in der Ausgangssituation nur wenige Veränderungen in der wirtschaftlichen Situation verursacht, erklärt sich daraus, dass viele Kosten- und Erlösbestandteile nicht starr und fix sind, sondern an die Verkehrsleistung gekoppelt sind. Sie verbessern sich nicht, wenn mehr Verkehrsleistungen abgewickelt werden. Auch muss bei Wachstum investiert werden, um die benötigten Kapazitäten bereitzustellen. Damit steigen die Kosten, und der Nutzen des Wachstums ist gering. Bei Flughäfen, die mit negativen Kosten-Erlös-Differenzen arbeiten, kann Wachstum sogar die Verluste vergrößern. Genau dies zeichnet sich am Flughafen BER ab: Bei der realistischen Weise zu erzielenden Erlösstruktur im Aviation- und Non-Aviation-Bereich ist der Flughafen nicht rentabel, und jedes Wachstum vergrößert die Verluste (vgl. Thießen, S. 39).

Weiterhin simuliert das Gutachten noch als Fall 6 eine veränderte Kostenstruktur am künftigen Flughafen BER. Hierzu wurden die Betriebskosten in der Berechnung um 10 % angehoben. Bei Betriebskosten des Flughafens in der Größenordnung von rund 450 Mio. EUR für 30 Mio. Passagiere macht eine Kostensteigerung von 10 % nach den Ergebnissen des Gutachten insgesamt 45 Mio. EUR Mehrkosten aus, die

zahlungswirksam abfließen. Dies belastet sowohl den Gewinn als auch den Cash Flow. Ein Vergleich mit dem günstigsten Fall 1 (der wie oben gezeigt, am BER gar nicht mehr eintreten kann), in dem der Flughafen BER eine effiziente Kapital- und Kostenstruktur sowie Einnahmen wie die Vergleichsgruppe hat, zeigt, dass ein Spielraum für etwa 20 % Kostensteigerungen besteht, bevor die Gewinne aufgezehrt sind (vgl. Thießen, S. 40).

Da in der Realität des BER das Szenario 1 aber nicht mehr erreicht werden kann, wurde in dem Gutachten bei der Simulation des Falls 6 das bei Gutachtenserstellung bekannte tatsächliche Investitionsvolumen von 4,7 Mrd. EUR und die als realistische eingeschätzte zukünftige Erlösstruktur von 11,1 EUR/VE im Aviation-Bereich und 5,0 EUR im Non-Aviation-Bereich unterstellt (vgl. Fall 4). Zu diesen Rahmenbedingungen wurden um 10 % erhöhte Betriebskosten hinzugerechnet. In einem solchen Szenario vergrößert sich der Jahresverlust von 150 auf rund 200 Mio. EUR. Der (negative) Barwert beträgt dann - 5,7 Mrd. EUR. Der Cash Flow liegt knapp unter Null, was bedeutet, dass der Flughafen für jede Kapazitätserweiterung Außenfinanzierungsmaßnahmen durchführen muss (vgl. Thießen, S. 40). Das Gutachten kommt insoweit zu dem Schluss, dass am künftigen BER de facto **für Mehrkosten keinerlei Spielraum** besteht, der Flughafen also bei auch nur leichten Erhöhungen der Betriebskosten in den kommenden 25 Jahren nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden kann. Dies ist nach hiesiger Auffassung bei der Anwendung der Grundsätze des wirtschaftlichen Kapitalgebers zwingend zu berücksichtigen und es sind der BRD durch die Kommission entsprechende Sensitivitätsanalysen abzuverlangen.

Schlussendlich betrachtet das Gutachten von Prof. Thießen noch eine mögliche Verringerung des Eigenkapitalkostensatzes von 4,9 % p.a. auf 3,9 % p.a. und findet hier heraus, dass dies praktisch keine Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit hat. Prof. Thießen beanstandet deshalb zu Recht, dass die Kapitalkosten in ihrer Bedeutung häufig - so auch in der Beihilfeentscheidung der Kommission vom 19.12.2012 - überschätzt werden und statt dessen die von der BRD vorgelegte Schätzung der Erlöse und der Kosten hätten intensiver betrachtet werden müssen (vgl. Thießen, S. 41).

**Wir fordern die Kommission deshalb auf, im aktuellen Pränotifizierungsverfahren durch Simulationsrechnungen mit realistischen Variationen gegenüber den Annahmen der BRD bei den Erlösen und Kosten die eigentlich (im Vergleich zu den Kapitalkosten) für die Wirtschaftlichkeit des Projekts relevanten Parameter zu prüfen oder der BRD die Vorlage entsprechender Rechnungen aufzugeben.**

Dass dies zur Beurteilung des Beihilfecharakters und auch zur Prüfung der Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt unabdingbar ist, zeigen auch die öffentlichen Äußerungen der FBB über ihre Wirtschaftlichkeitsberechnung. Hierzu hatte die Geschäftsführung des Flughafens am 16. Juni 2014 mitgeteilt, dass sie zwar mit

Anfangsverlusten, aber einem positiven Cash Flow in 3-stelliger Millionenhöhe rechnet. Dieser von der Geschäftsführung genannte Fall liegt damit zwischen dem Fall 1 und dem Fall 4 des Gutachtens von Prof. Thießen und bestätigt die Richtigkeit der von Prof. Thießen betrachteten Szenarien (anfängliche Verluste, aber ein positiver Cash Flow). Der Unterschied der Betrachtung der FBB im Vergleich zum Ausgangsfall 4 besteht in der sehr positiven Sicht der FBB auf die zukünftigen Einnahmen.

Der Flughafen führt seine positive Einnameschätzung auf relativ mäßige Einnahmen aus Aviation-Geschäften und erstaunlich hohe Einnahmen aus Non-Aviation-Geschäften zurück. Das Gutachten von Prof. Thießen bewertet dies wie folgt (Thießen, S. 48):

*„Es ist deutlich zu erkennen, dass der Flughafen mit seiner Bekanntgabe ganz gezielt versucht, die Airlines zu beruhigen und ihnen zu signalisieren, dass sie in Zukunft mit wenig Gebühren belastet werden. Die Airlines sollen sich – bildlich gesprochen – in ein preiswertes Nest setzen können. Zum Ausgleich dafür muss der Flughafen dann hohe Non-Aviation-Einnahmen haben oder zumindest behaupten sie zu haben, sonst wird seine wirtschaftliche Situation desaströs werden.“*

Zusammenfassend betrachtet ist damit festzustellen, dass ein wirtschaftlicher Betrieb des Flughafens BER praktisch ausgeschlossen ist und bereits heute feststeht, dass die deutschen Steuerzahler eine Rendite aus den Investitionen, die in den BER gesteckt wurden, nicht erwarten können und aller Voraussicht nach auch gewährte Darlehen nicht zurückgezahlt werden bzw. gewährte staatliche Bürgschaften realisiert werden müssen.

Nach unseren Informationen ist die BRD in ihrer Mitteilung der geplanten Maßnahmen an die Kommission bemüht den Nachweis zu führen, dass ein Exit-Szenario, also ein Verzicht auf den Flughafen BER und ein anderes Projekt an anderer Stelle die Gesellschafter teurer zu stehen käme als ein weiterer Zuschuss in Höhe von 2,6 Mrd. EUR. Aus hiesiger Sicht wird angezweifelt, dass die hierfür zugrunde gelegten Zahlen zutreffend sind, insbesondere, dass die der Prognose zugrundeliegenden Parameter die Entwicklung der Betriebskosten und die finanziellen Folgen durch noch zu behebbende Baumängel oder eine weitere Verzögerung der Inbetriebnahme realistisch beurteilen.

Festzustellen ist auch, dass ein Nachweis über die Verwendung der in 2012 von der Kommission genehmigten 1,2 Mrd. EUR bisher fehlt. Nach den Angaben im Beihilfverfahren 2012 sollte ein Betrag von bis zu 250 Mio. EUR für Schadensersatzzahlungen wegen verspäteter Inbetriebnahme an Air Berlin und sonstige Nutzer zur Verfügung stehen. Air Berlin hat nach unseren Informationen insgesamt 2 Mio. EUR bekommen, es dürfte folglich nur ein Minimum dieses Betrages verbraucht worden sein. Für die sich diesbezüglich stellenden Fragen verweisen wir im Übrigen auf die dem vorliegenden Schreiben beigefügte Anfrage eines Abgeordneten des Brandenburger Landtags an den Finanzminister des Landes

Brandenburg. Vor einer Entscheidung über eine erneute Beihilfe sind diese Fragen zu klären.

Soweit im neuen Antrag behauptet wird, dass die Kosten für Schallschutz nochmals teurer geworden sind, dürfte dies einer realen Grundlage entbehren. Im Beihilfeverfahren 2012 war davon ausgegangen worden, dass die Kosten für den Schallschutz wegen der Klarstellung des OVG, dass der Planfeststellungsbeschluss genauso zu lesen und umzusetzen ist, wie die FBB ihn beantragt hat, statt der kalkulierten ca. 150 Mio. EUR auf insgesamt 750 Mio. EUR steigen wird, weil bei mindestens der Hälfte der Objekte mit dem Erreichen der sog. Kappungsgrenze zu rechnen ist. Diese Kappungsgrenze greift ein, wenn die Kosten für passiven Schallschutz an einem Objekt 30 % des Verkehrswertes übersteigen. In diesem Fall hat die FBB einen Entschädigungsbetrag in Höhe von 30 % des Verkehrswertes an den Eigentümer auszuzahlen. Die FBB gab damals an, dass durch das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 25.04.2013 mindestens 50 % der Objekte Anspruch auf die mögliche Höchstentschädigung von 30 % des Verkehrswertes hätten. Ausweislich des letzten Monatsberichts der FBB zur Umsetzung des Schallschutzprogramms sind im Tagschutzgebiet von den eingegangenen 11.982 Anträgen (bei ca. 14.000 Anspruchsberechtigten insgesamt) bereits 4.932 Anträge bearbeitet. Dabei wurden für 3.501 Objekte Anspruchsermittlungen für den Einbau von Schallschutzmaßnahmen an die Betroffenen versandt, lediglich in 1.068 Fällen wurde eine Anspruchsermittlung für eine Entschädigung von 30 % des Verkehrswertes ausgereicht. Da knapp die Hälfte der bereits vorliegenden Anträge bearbeitet wurde, dürfte das Verhältnis repräsentativ für die Gesamtsituation sein, sodass angenommen werden kann, dass insgesamt nicht mindestens 50 % der Schallschutzberechtigten, sondern lediglich ca. 25 % einen Anspruch auf die Höchstentschädigung haben.

Auch insoweit fordern wir die Kommission auf, die Angaben der BRD kritisch zu prüfen bzw. von dieser weitere Informationen zu den realen Kosten des Schallschutzprogrammes zu verlangen.

### III. Anträge

Diese aus unserer Sicht hoch relevanten Sachverhalte vorausgeschickt, **b e a n t r a g e n** wir namens und im Auftrag unserer Mandanten,

1. **festzustellen, dass es sich bei den angemeldeten Finanzhilfen um Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV handelt sowie**
2. **festzustellen, dass diese Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind.**

#### IV. Rechtliche Würdigung

In rechtlicher Hinsicht erlauben wir uns die folgenden Ausführungen:

Nach hiesiger Auffassung ist anzunehmen, dass die weiteren 2,6 Mrd. EUR für den Flughafen BER als Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen sind, die mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sind.

##### 1. **Vorgaben aus den Leitlinien der Kommission für die staatliche Beihilfe von Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03)**

Ausgehend von den aktuellen Leitlinien der Kommission für die staatliche Beihilfe von Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03) ist eine „Beihilfe“: eine Maßnahme, die alle Voraussetzungen des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllt, wobei die Kommission feststellte, dass Flughäfen in Bezug auf den Betrieb der Flughafeninfrastruktur im Wettbewerb stehen. Öffentliche Zuwendungen für Flughäfen können daher den Wettbewerb auf den Märkten für das Betreiben von Flughafeninfrastruktur verfälschen. Ferner können sowohl öffentliche Zuwendungen für Flughäfen als auch öffentliche Zuwendungen für Luftverkehrsgesellschaften den Wettbewerb verfälschen und sich auf den Handel auf Luftverkehrsmärkten in der Union auswirken. Schließlich kann auch der intermodale Wettbewerb durch öffentliche Zuwendungen für Flughäfen oder Luftverkehrsgesellschaften beeinträchtigt werden.

Ob ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten hat, wird anhand des sogenannten Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten geprüft. Die Prüfung sollte auf den zum Zeitpunkt der Gewährung der öffentlichen Zuwendung verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen beruhen und nicht auf einer Analyse, die sich auf eine spätere Situation gründet (vgl. Rn. 48 der Leitlinien).

Erhält ein Flughafen öffentliche Mittel, so prüft die Kommission folglich, ob die Zuwendungen eine Beihilfe darstellen, indem sie der Frage nachgeht, ob ein privater Wirtschaftsbeteiligter in einer vergleichbaren Lage auf der Grundlage der Rentabilitätsaussichten und unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik derartige Zuwendungen gewährt hätte. Öffentliche Zuwendungen, die zu normalen Marktbedingungen gewährt werden, sind danach nicht als staatliche Beihilfen anzusehen (vgl. Rn. 49 der Leitlinien). Der Betrachtung ist die Lebensdauer der Investition zugrunde zu legen und für die Bewertung der Rentabilität sind die Flughafeneinnahmen zu berücksichtigen (vgl. Rn. 50 der Leitlinien). Die Prüfung der

Übereinstimmung mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten muss auf der Grundlage solider Ex-ante-Rentabilitätsaussichten für die die Förderung gewährende Einheit erfolgen. Zu diesem Zweck verwendete Prognosen des Verkehrsaufkommens sollten realistisch sein und einer angemessenen Sensitivitätsanalyse unterworfen werden (Rn. 51 der Leitlinien).

**In diesem Sinne fordern wir die Kommission auf, die diesbezüglichen Angaben der BRD in ihrem Antrag unter Berücksichtigung der hier übergebenen Informationen kritisch zu überprüfen.**

## **2. Wettbewerbsverzerrung durch Überschreiten der Beihilfemaximale**

Ausweislich Rn. 103 der Leitlinien der Kommission muss ein Flughafen mit durchschnittlich weniger als 1 Million Passagieren im Jahr einen Eigenbeitrag von mindestens 25 % der gesamten beihilfefähigen Investitionskosten leisten. Allerdings kann je nach Beurteilung im Einzelfall und in Abhängigkeit von den besonderen Merkmalen eines jeden Flughafens, Investitionsprojekts und des bedienten Gebiets eine Beihilfeintensität von mehr als 75 % für Flughäfen mit weniger als 1 Million Passagieren im Jahr unter besonderen Umständen gerechtfertigt sein. Für Großflughäfen der Kategorie A, zu denen der künftige Flughafen BER gehört, darf eine Infrastrukturbeihilfe nach Rn. 105 der Leitlinien nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen, die sich in einem eindeutigen Marktversagen äußern, und nur unter Berücksichtigung der Größenordnung der Investition, der Unmöglichkeit der Finanzierung der Investition über die Kapitalmärkte, sehr hoher positiver externer Effekte und der Wettbewerbsverfälschungen Beihilfen zur Finanzierung von Flughafeninfrastruktur gewährt werden. Jedoch wird die Kommission in solchen Fällen auf der Grundlage der Finanzierungslückenanalyse und des kontrafaktischen Szenarios in jedem Einzelfall und unabhängig vom durchschnittlichen Passagieraufkommen an dem Flughafen immer ein eingehendes Prüfverfahren durchführen, das sich insbesondere auf die Angemessenheit, die Erforderlichkeit und die Höchstintensität der gewährten Beihilfe bezieht.

Von der Kommission erlassenen Beihilfe-Regelungen kann damit entnommen werden, dass Großflughäfen der Kategorie grundsätzlich Beihilfe zur Finanzierung von Flughafeninfrastruktur nicht gewährt werden dürfen. Lediglich unter engen Ausnahmeveraussetzungen können ausnahmsweise Beihilfen zur Finanzierung von Flughafeninfrastruktur gewährt werden.

Für den Flughafen BER ist zu berücksichtigen, dass bereits im Jahr 2009 eine Beihilfe mit einer Beihilfeintensität von 27 % gewährt wurde. Mit der weiteren Unterstützung der Flughafenbetreiberin mit einem Betrag von 1,2 Mrd. EUR im Jahr 2012 liegt eine Beihilfeintensität von gut 40 % vor. Würde die beantragte weitere Finanzspritze von 2,6 Mrd. EUR bewilligt, läge eine Beihilfeintensität von weit über 60 % vor. Wenn ein einziger Flughafenstandort in einer derartigen Größenordnung durch die öffentliche Hand finanziert wird, liegt die Wettbewerbsverfälschung aus hiesiger Sicht auf der Hand. Im Lichte der Leitlinien 2014 ist bereits aufgrund der Tatsache, dass Beihilfen für Großflughäfen zur Finanzierung von Flughafeninfrastruktur nur ausnahmsweise gewährt werden dürfen, anzunehmen, dass ein Überschreiten einer Beihilfeintensität von 30 bis 40 % mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar ist. Eine derartige Größenordnung wird durch die nun beantragten Maßnahmen unabhängig davon überschritten, ob man für die Frage der höchsten Intensität auch die 1,2 Mrd. EUR aus dem Jahr 2002 miteinberechnet oder - wegen der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten – nicht.

**3. Zahlung von weiteren 2,6 Mrd. EUR an FBB nicht nach den Grundsätzen des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers beihilfefrei**

Entgegen der mutmaßlich anders lautenden Darstellung der Bundesrepublik Deutschland kann nicht angenommen werden, dass die Gesellschafter der FBB marktwirtschaftlich handeln, wenn sie der Gesellschaft weitere Zuwendungen in Höhe von 2,6 Mrd. EUR zur Verfügung stellen.

**a) Einbeziehung der Zahlungen 2012**

Um festzustellen, ob der FBB durch die angemeldete Kapitalzuführung ein Vorteil gewährt wird, den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, muss die Kommission prüfen, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber der FBB das zusätzliche Kapital unter vergleichbaren Umständen ebenfalls zugeführt hätte.

Dazu muss die Kommission zunächst prüfen, ob die angemeldete Maßnahme von der staatlichen Beihilfe, die die Kommission im Rahmen des Baus des neuen Flughafens bereits genehmigt hat (hier also die Entscheidungen aus 2009 und 2012), getrennt werden kann oder zusammen mit dieser Beihilfe zu betrachten ist (vgl. in diesem Sinne die Entscheidung vom 19.12.2012).

Die Kommission stützt sich dabei auf eine nicht erschöpfende und vom Europäischen Gericht entwickelte Liste von Kriterien, die angewandt werden sollten, um festzustellen, ob eine bestimmte Maßnahme sinnvollerweise von den vorherigen getrennt werden kann. Bei diesen Kriterien handelt es sich um 1. die zeitliche Abfolge der Maßnahmen, 2. ihren Zweck und 3. die finanzielle und die risikospezifische Lage des betreffenden begünstigten Unternehmens.

Im Notifizierungsverfahren 2012 kam die Kommission zu dem Schluss, dass die Maßnahmen, die Gegenstand der Entscheidung von 2009 waren, im Jahr 1996 und zwischen 2005 und 2009 gewährt wurden. Die 2012 angemeldete Kapitalzuführung sollte Anfang 2013 gewährt werden (d.h. 4 Jahre nach der Genehmigung der letzten Maßnahmen). Die Kommission schlussfolgerte hieraus, dass zwischen der für 2013 geplanten Kapitalzuführung und den in der Entscheidung von 2009 geprüften Maßnahmen eine erhebliche Zeit vergangen sei, so dass die Maßnahmen nicht als zeitlich eng beieinanderliegend betrachtet wurden (vgl. dazu Entscheidung vom 19.12.2012).

Für die nunmehr angemeldete weitere Beihilfe in Höhe von 2,6 Mrd. EUR gilt dies nicht. Nach unseren Informationen wurden 1,1 Mrd. EUR bereits an die FBB Anfang 2015 ausgezahlt und die weiteren Beihilfen werden in Kürze benötigt, sodass ein enger zeitlicher Zusammenhang mit den im Jahre 2013 an die FBB gewährten Mitteln in Höhe von 1,2 Mrd. EUR besteht. Das zeitliche Kriterium für die Zusammenrechnung der Finanzhilfen ist damit erfüllt.

In Bezug auf das zweite Kriterium, den Zweck, kam die Kommission in ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2012 zu der Bewertung, dass die damalige Kapitalzuführung unter anderem der Finanzierung des Schallschutzes und der Gewährleistung eines umfassenden Brandschutzes diene und dass es sich hierbei um Maßnahmen handelt, die dem allgemeinen Zweck dienen, den neuen Flughafen betriebsbereit zu machen. Im vorliegenden Fall ist jedenfalls der Teilbetrag von 1,1 Mrd. EUR ausdrücklich zu dem Zweck beantragt, den Flughafen fertig zu bauen. Hierdurch steigt das Baukostenvolumen für den Flughafen Berlin-Brandenburg insgesamt auf 5,34 Mrd. EUR (vgl. dazu den aktuellen Sachstandsbericht der FBB vom 10.07.2015 als **Anlage 2**). Es ist damit festzustellen, dass auch das zweite Kriterium für die gemeinsame Betrachtung der Finanzhilfen 2013 und 2015 erfüllt ist.

Im Hinblick auf das dritte Kriterium, nämlich die finanzielle und risikospezifische Lage des Begünstigten, kam die Kommission in ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2012 zu dem Schluss,

dass der FBB die Umstände, welche die Zusatzkosten, die Anlass für die erneuten Finanzhilfen in 2012 waren, im Jahre 2009 (Zeitpunkt der ersten Beihilfeentscheidung der Kommission) nicht bekannt waren. So sei insbesondere die Kostensteigerung für zusätzlichen Schallschutz der FBB im Jahre 2009 nicht erkennbar gewesen, sondern habe sich erst aus einer überraschend im Jahre 2012 ergangenen einstweiligen Anordnung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg ergeben. Dass diese Annahme unzutreffend ist, hatten wir bereits im Beschwerdeverfahren SA.36263 (2013/CP) ausführlich dargestellt. Dass die Kommission insoweit den verzerrenden Ausführungen der BRD gefolgt ist, haben wir zur Kenntnis genommen.

Soweit zusätzliche Kosten für die Fertigstellung und Inbetriebnahme der Brandschutzanlage in Rede stehen, nahm die Kommission an, dass weder zum Zeitpunkt der Erstellung des Investitionsprogramms für den neuen Flughafen noch zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung von 2009 vorhersehbar war, dass möglicherweise zusätzliche Mittel erforderlich werden könnten, um die Brandschutzanlage fertig zu stellen und in Betrieb zu nehmen.

Da die im Beihilfeverfahren 2012 geltend gemachten Kosten für eine Verzögerung (längerer Baustellenbetrieb und geringere Einnahmen aufgrund der verschobenen Eröffnung des neuen Flughafens) auf die vorgenannten Umstände zurückgeführt wurden, nahm die Kommission an, dass auch die Verzögerungskosten der FBB im Jahr 2009 nicht bekannt sein konnten.

Demnach kam die Kommission zu dem Schluss, dass die im Jahre 2012 angemeldete Maßnahme zwar demselben Zweck diene, wie die im Rahmen der Entscheidung von 2009 gebilligten Maßnahmen, dass sie aber dennoch sinnvollerweise von den in der Entscheidung 2009 genehmigten Maßnahmen getrennt werden könnte, da sie erst erhebliche Zeit nach der Durchführung der ersten Maßnahme erforderlich wurde und sich auf die Finanzierung von Kosten bezog, die nicht vorhersehbar waren, als der Investitionsplan für den Flughafen erstellt wurde und die Kommission ihre Entscheidung von 2009 getroffen hat. Dementsprechend hat die Kommission im Jahre 2012 die beantragten Finanzhilfen getrennt von denen im Jahre 2009 genehmigten Maßnahmen geprüft.

Für die nunmehr angemeldete Finanzhilfe kann diese Annahme offenkundig nicht mehr gelten. Die Kosten für den Fertigbau waren bereits in 2012 bekannt. Gleiches gilt für die Notwendigkeit der Erweiterung des BER. Ausweislich des als **Anlage 3** beigefügten Presseberichts wurde bereits in einer

Sitzung der Soko BER im Bundesverkehrsministerium am 31. August 2012 festgestellt, dass der Flughafen mit Inbetriebnahme an der Kapazitätsgrenze operieren wird und damit erweitert werden muss. Fast 3 Monate vor Ergehen der Entscheidung der Kommission am 19.12.2012 war damit bekannt, dass weitere Kosten für Erweiterungsmaßnahmen anfallen werden. Diese hätten folglich in die damaligen Prognosen mit einfließen müssen.

Auch wenn die Kommission in ihrer Entscheidung vom 19.12.2012 zu dem Beschluss gelangt ist, bei den 1,2 Mrd. EUR handele es sich nicht um eine Beihilfe, so sind diese bei der jetzigen Entscheidung mit zu betrachten und damit ein Betrag von insgesamt 3,8 Mrd. EUR auf seinen Beihilfecharakter zu prüfen.

Für die Frage, ob die Gesellschafter wie ein marktwirtschaftlich denkender Kapitalgeber agieren, verweisen wir auf die vorgelegte Wirtschaftlichkeitsbetrachtung von Prof. Thießen. Daraus ergibt sich, dass mit vollkommener Sicherheit bereits jetzt absehbar ist, dass die staatlichen Kapitalgeber auf ihre Investition keine Rendite erhalten werden und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine Rückzahlung gewährter Darlehen ausbleiben wird. Kein wirtschaftlich denkender Kapitalgeber würde unter diesen Voraussetzungen in den Flughafen BER investieren. Die Tatsache, dass die FBB sich nicht über Kredite selbst finanzieren kann, ist auch nicht den Verhältnissen am Kapitalmarkt, sondern ihrer Kreditunwürdigkeit zuzuschreiben.

Soweit die Kommission für den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers darauf abstellt, ob ein Exit-Szenario finanziell günstiger wäre, gehen wir angesichts der nur engen Spielräume, die sich aus der Beschreibung der Sensitivitätsanalysen im Rahmen der Betrachtung 2012 ergeben, davon aus, dass mittlerweile ein Einstellen der Investitionen die kostengünstigere Variante wäre, zumal ausweislich aktueller Presseberichte über die nun beantragten 2,6 Mrd. EUR hinaus weitere Kostensteigerungen zu erwarten sind.

Da die Gründe, auf welche die Bundesrepublik Deutschland ihre Annahme stützt, eine Aufgabe des Projekts sei nicht kostengünstiger als die erneute Investition von 2,6 Mrd. EUR in den Flughafen Berlin-Brandenburg, uns nicht bekannt sind, kann weiter hierzu nicht Stellung genommen werden.

Wir bitten die Kommission, uns im Rahmen ihrer Möglichkeiten die wesentlichen Gründe und Argumente, welche die Bundesrepublik Deutschland für die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers anführt, mitzuteilen und uns die Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu einzuräumen.

Insgesamt betrachtet ist damit festzustellen, dass die Gesellschafter der Flughafen Berlin-Brandenburg GmbH nicht wie wirtschaftlich denkende Kapitalgeber handeln, wenn sie der Flughafen Berlin-Brandenburg GmbH die nun beantragten weiteren 2,6 Mrd. EUR zur Verfügung stellen.

Demzufolge ist anzunehmen, dass eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEU vorliegt.

#### **4. Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt**

Ausweislich Rn. 79 der Leitlinien der Kommission werden Beihilfemaßnahmen als nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe a AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar erachtet, sofern die nachstehenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- a) Beitrag zu einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse: Die staatliche Beihilfe muss einem Ziel von gemeinsamem Interesse im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV dienen;
- b) Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen: Die staatliche Beihilfe darf nur dann gewährt werden, wenn sie wesentliche Verbesserungen bewirken kann, die der Markt selbst nicht herbeiführen kann, zum Beispiel durch Behebung von Marktversagen oder Lösung eines Gleichheits- oder Kohäsionsproblems;
- c) Geeignetheit der Beihilfemaßnahme: Die Beihilfemaßnahme muss ein geeignetes Instrument für die Verwirklichung des Ziels von gemeinsamem Interesse sein;
- d) Anreizeffekt: Die Beihilfe muss dazu führen, dass die betreffenden Unternehmen ihr Verhalten ändern und zusätzliche Tätigkeiten aufnehmen, die sie ohne die Beihilfe nicht, nur in geringerem Umfang, auf andere Weise oder an einem anderen Standort ausüben würden;
- e) Angemessenheit der Beihilfe (Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum): Der Beihilfebetrug muss auf das für die Förderung zusätzlicher Investitionen oder Tätigkeiten in dem betreffenden Gebiet erforderliche Minimum begrenzt sein;

- f) Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten: Die negativen Auswirkungen der Beihilfe müssen in ausreichendem Maße begrenzt sein, damit die Gesamtbilanz der Maßnahme positiv ausfällt;
- g) Transparenz der Beihilfe: Die Mitgliedstaaten, die Kommission, die Wirtschaftsbeteiligten und die interessierte Öffentlichkeit müssen, wie in Abschnitt 8.2 dargelegt, einfachen Zugang zu allen einschlägigen Vorschriften und zu relevanten Informationen über die auf ihrer Grundlage gewährten Beihilfen haben.

Im vorliegenden Falle ist bereits die Erforderlichkeit der Beihilfe in Abrede zu stellen, da die Frage, ob die weiteren 2,6 Mrd. EUR das Problem des BER endgültig lösen werden, nicht nur offen ist, sondern ausweislich der Erfahrung der Vergangenheit wohl mit Nein beantwortet werden muss. Darüber hinaus fehlt es an jeglichem Anreizeffekt. Das infolge der Beihilfe zusätzliche Tätigkeiten aufgenommen werden, die nicht bereits Gegenstand einer Beihilfe Entscheidung gewesen wären, ist nicht zu erwarten. Vielmehr dient die Beihilfe allein dazu, die Förderung für eine bereits in exorbitantem Umfang staatlich bezuschusste Infrastruktur weiter zu erhöhen. Eine Genehmigung der Beihilfe schafft allenfalls den Anreiz, weitere große Infrastrukturprojekte auf Staatskosten zu planen und sich gründlich zu verkalkulieren. Offenkundig ist die Beihilfe auch nicht auf die Förderung zusätzlicher Investitionen begrenzt. Schlussendlich fehlt es vollständig an jeglicher Transparenz der Beihilfe. Seitens der beteiligten Gesellschafter sind keine genauen Angaben darüber, wofür wie viel Geld in welcher Höhe genau benötigt wird. Wie der Presse zu entnehmen war, sind die an die EU-Kommission übermittelten Informationen offenbar derart geheim, dass sie durch den Gesellschafter Bund auch den beteiligten Ländern Brandenburg und Berlin erst auf entsprechende Nachfragen hin offenbart wurden, nachdem eine Einsichtsgewährung in die Endfassung des der Kommission übermittelten Antrags vom 24.03.2015 zunächst durch das Bundesverkehrsministerium abgelehnt worden war (vgl. Tagesspiegel vom 02.06.2015 als **Anlage 4**).

Die Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit einer Beihilfe von weiteren 2,6 Mrd. EUR für den Flughafen BER liegen damit nicht vor.

## V. Zusammenfassung

Nach alledem ist festzustellen, dass die Versorgung der FBB GmbH mit weiteren staatlichen Unterstützungen in Höhe von 2,6 Mrd. EUR als Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV anzusehen ist, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist.

Die 2,6 Mrd. EUR sollten nicht für den weiteren Ausbau des BER an diesem Standort genehmigt, sondern für einen Neubau an einem geeigneten Standort verwendet werden. Insofern verweisen wir auf die Informationen, die wir der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren SA.36263 (2013/CP) zur Verfügung gestellt haben. Aus unserer Sicht muss ein Private-Investor-Test bereits deshalb misslingen, weil evident ist, dass allein für die nunmehr beantragten 2,6 Mrd. EUR ohne weiteres ein privat finanzierter Flughafen an einem anderen Standort realisiert werden könnte. Insofern ist auch zu sehen, dass das bisherige Flughafengelände eine hervorragende und angesichts der Siedlungsentwicklung der Stadt Berlin langfristig auch benötigte Erweiterungsfläche für Wohnbebauung der Stadt Berlin mit einem Wert von ca. 3 Mrd. EUR wäre.

Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass die Förderung des Flughafens Berlin-Brandenburg durch staatliche Gelder zweifelsohne zu einer Wettbewerbsverzerrung führt, da kein anderer Flughafen bekannt ist, dem in diesem Umfang staatliche Beihilfen gewährt würden. Aus diesem Grund werden wir das vorliegende Schreiben auch anderen europäischen Flughäfen zur Verfügung stellen, da wir davon ausgehen, dass auch die Mehrzahl der übrigen Flughafenbetreiber uns in der Auffassung recht gibt, dass die offenbar grenzenlose Bezuschussung von Ausbau und Inbetriebnahme des Flughafens Berlin-Brandenburg durch staatliche Gelder den Wettbewerb zwischen den europäischen Großflughäfen verzerrt.

Es wird deshalb gebeten, den hier gestellten Anträgen zu entsprechen.



RAin Franziska Heß  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Anlagen

Gutachten "Der Flughafen BER - Analyse der wirtschaftlichen Situation mit alternativen Szenarien"  
als **Anlage 1**

Sachstandsbericht der FBB vom 10.07.2015 als **Anlage 2**

Pressebericht vom 01.12.2012 als **Anlage 3**

Pressebericht vom 02.06.2015 als **Anlage 4**