

Stephan Bühner

Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht

**WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG**

Reihe Rechtswissenschaften

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

Band 114

Stephan Bühner

Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht

Tectum Verlag

Stephan Bühner

Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht.
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag:
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 114
© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018
Zugl. Diss. Philipps-Universität Marburg 2017
E-PDF: 978-3-8288-7038-3
ISSN: 1861-7875
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4168-0 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind
im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde die mit Spannung erwartete Entscheidung des Landgerichts Münster, Urteil vom 21. Juni 2018 – 11 O 334/12, zur Durchbrechung der Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen zugunsten der effektiven Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts noch berücksichtigt. Weitere Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Juli 2018.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meiner Doktormutter, Frau Professor Dr. Monika Böhm, die meine Arbeit hervorragend betreut und mir in meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht stets den notwendigen Freiraum für die Bearbeitung meines Forschungsthemas gewährt hat. Ich danke ihr für die zahlreichen anregenden Diskussionen, das mir entgegengebrachte Vertrauen und die wunderbaren Jahre an ihrem Lehrstuhl, die mich fachlich und auch menschlich sehr geprägt haben. Herrn Professor Dr. Constantin Willem's danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise im Vorfeld der Drucklegung. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Michael Kling, der mir immer als Ideengeber und Diskussionspartner zur Seite stand. Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Thomas Riehm, der den Impuls zu dieser Arbeit gegeben und mich in der Wahl des Promotionsthemas bestärkt hat.

Von Herzen danke ich meiner Freundin Inna Gleim, die mich in jeder Phase der Arbeit vorbehaltlos und mit unermüdlicher Geduld unterstützt hat. Durch ihren steten Zuspruch und ihre Liebe hat sie wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern. Sie haben mich stets uneingeschränkt und bedingungslos gefördert. Ohne ihre in jeder Hinsicht großzügige Unterstützung wären Studium und Promotion nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit in großer Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Marburg, im September 2018

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Gang der Darstellung	1
I. Zentrale Themenstellung	1
II. Bedeutung des Beihilfenrechts	5
III. Gang der Darstellung	12
B. Überblick über die wichtigsten Rechtsquellen des europäischen Beihilfenrechts.....	15
I. Primärrechtliche Normen	15
II. Sekundärrechtsakte und „soft law“	16
III. Geltungsbereich der Beihilferegeln	19
IV. Verhältnis zu anderen Vertragsvorschriften.....	20
1. Art. 18 AEUV	21
2. Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes.....	21
3. Die Kartellvorschriften der Art. 101 f. AEUV	22
C. Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und privatrechtliche Verträge	25
I. Rechtsformen der Beihilfenvergabe in Deutschland	25
II. Beihilfrechtliche Relevanz privatrechtlicher Verträge	27
1. Der Begriff der Beihilfe.....	27
2. Die Begünstigung als zentrales Tatbestandsmerkmal der Beihilfe	29
a) Allgemeine Voraussetzungen.....	30
b) Der Privatinvestorentest	30
c) Methoden zur Ermittlung der Marktkonformität.....	32
aa) Ausschreibungsverfahren	33
aaa) Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens	33
bbb) Zuschlagskriterien	35
(1) Höchstgebot.....	35
(2) Transaktionssicherheit	35
(3) Außerbilanzielle Risiken.....	37
ccc) Zwischenergebnis.....	37
bb) Wertgutachten	38
aaa) Grundstücksveräußerungen	38

bbb) Unternehmensprivatisierungen	40
cc) Verhältnis zwischen Gutachten und Ausschreibung.....	40
d) Zusammenfassung und Bewertung	41
3. Das Merkmal der Staatlichkeit	43
4. Selektivität der Begünstigung	44
5. Wettbewerbsverfälschung.....	45
6. Handelsbeeinträchtigung.....	45
III. Zusammenfassung	46
 D. Das Beihilfeverfahrensrecht	 49
I. Pflichten der Mitgliedstaaten	49
1. Notifizierungspflicht	49
2. Durchführungsverbot	50
II. Der Verfahrensablauf bei neuen Beihilfen	51
1. Das Verfahren bei angemeldeten Beihilfen.....	52
a) Vorprüfphase	52
b) Förmliches Prüfverfahren.....	53
2. Verfahren bei nicht ordnungsgemäß notifizierten Beihilfen	54
 E. Rückforderung von Beihilfen durch die Kommission	 57
I. Mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen.....	57
1. Hintergrund	57
a) Entwicklung der Rechtsprechung.....	58
b) Praxis der Kommission.....	59
2. Einzelheiten der Rückforderung	60
a) Pflicht zur Rückforderung gem. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VVO	60
b) Allgemeine Ausnahmen von der Rückforderungspflicht	62
aa) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	62
bb) Vertrauenschutz	62
cc) Unmöglichkeit der Rückforderung	63
c) Rechtssicherheit/Rechtskraft von Urteilen	65
aa) Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen als Fundamentalprinzip	65
bb) Durchbrechung der Rechtskraft im Beihilfenrecht	66
aaa) Rs. Lucchini	67
bbb) Rs. Frucona.....	68
cc) Bewertung.....	69
d) Maßgeblichkeit des nationalen Verfahrensrechts	74
aa) Allgemeine Anforderungen an das nationale Recht.....	74
bb) VA-Befugnis bei privatrechtlich gewährten Beihilfen?.....	76
aaa) Die Entscheidung des EuGH v. 11.9.2014	76

bbb) Der Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg v. 7.11.2005	78
ccc) Bewertung	79
(1) Missachtung des Vorbehalts des Gesetzes	79
(2) Inanspruchnahme des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes	83
ddd) Zusammenfassung	84
3. Beispiele aus der Kommissionspraxis	85
a) Grundstücksverkäufe	86
b) Privatisierungen	87
II. Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen durch die Kommission.....	88
1. Endgültige Rückforderungsanordnung	88
2. Vorläufige Rückforderung nur formell rechtswidriger Beihilfen.....	90
III. Zusammenfassung	91
 F. Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte innerhalb der Beihilfenkontrolle	95
I. Grundkonzeption der Aufgabenverteilung	95
II. Konkretisierung des Rechtsschutzauftrags an die nationalen Gerichte	97
1. Rückforderung rechtswidriger Beihilfen trotz Genehmigung	97
2. Keine vollständige Rückforderung bei zwischenzeitlicher Genehmigung	99
III. Zwischenergebnis	101
IV. Reichweite der Bindungswirkung von Eröffnungsbeschlüssen	104
1. Vorlagebeschluss des OLG Koblenz v. 30.5.2012.....	104
2. Entscheidung des EuGH v. 21.11.2013	106
3. Unterschiedliche Interpretationen der Vorgaben des EuGH	107
a) OLG Schleswig: Annahme einer strikten Bindungswirkung	107
b) BGH: Abweichungsverbot statt Bindungsgebot	108
4. Bewertung der Entscheidungen des EuGH.....	109
a) Keine Bindungswirkung aufgrund Vorlagemöglichkeit	109
b) Rechtliche Bedenken gegen eine Bindungswirkung	110
aa) Verletzung von Art. 41 und Art. 47 GRC	111
aaa) Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRC	111
bbb) Art. 47 Abs. 1 GRC.....	112
bb) Widerspruch zur bisherigen Judikatur des EuGH	114
cc) Umgehung der Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 VVO	115
dd) Belastung der Kommission	116
ee) Wortlaut des Art. 108 Abs. 3 AEUV	117
ff) Normgeltung und Normakzeptanz	118
c) Konsequenzen des Urteils	119
aa) Partieller Verlust an Entscheidungsautonomie.....	119
bb) Keine vollumfängliche Bindung	120
cc) Vorlagerecht der nationalen Gerichte	120

dd) Aussetzung des nationalen Verfahrens.....	121
ee) Keine Angemessenheitskontrolle	123
5. Fazit	125
V. Durchbrechung der Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen	126
1. Das Urteil des EuGH v. 11.11.2015	126
a) Das Vorlageverfahren vor dem LG Münster	126
b) Die Argumentation des EuGH	128
2. Das Urteil des LG Münster v. 21.6.2018	129
3. Bewertung der Urteile	129
4. Umsetzungsmöglichkeiten im deutschen Zivilprozessrecht	133
a) Keine Restitutionsmöglichkeit de lege lata.....	133
aa) § 826 BGB	134
bb) § 580 ZPO (analog)	134
b) Ergänzung der Restitutionsgründe de lege ferenda	136
VI. Zusammenfassung	138
 G. Die Rechtsprechung des BGH zu rechtswidrigen Beihilfen.....	141
I. Einleitung	141
II. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbots- und Schutzgesetz.....	141
1. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB	141
2. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB	144
III. Nichtigkeit als Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV?	146
1. Die Nichtigkeitsjudikatur des BGH	146
2. Unionsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Rechtsfolge	147
a) Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV/ Art. 3 VVO	147
b) Die Rechtsprechung des EuGH	148
c) Zwischenergebnis.....	149
3. Vorgaben des § 134 BGB für die adäquate Rechtsfolge.....	150
a) Bedeutung des Normzweckvorbehalts des § 134 Hs. 2 BGB	150
aa) Auslegungsregel zugunsten der Nichtigkeit.....	150
bb) Maßgeblichkeit des Normzwecks	151
cc) Rechtsprechung	151
dd) Stellungnahme	152
b) Ergebnis.....	152
IV. Schwebende Unwirksamkeit des Vertrags als mildere Alternative	152
1. Schwebende Unwirksamkeit als mögliche Rechtsfolge des § 134 BGB.....	153
2. Schwebende Unwirksamkeit entspricht den Vorgaben des EuGH	154
3. Zwischenergebnis	156
4. Vorteile bei Annahme der schwebenden Unwirksamkeit.....	157
a) Berücksichtigungsfähigkeit der Kommissionsentscheidung	157

b)	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	157
c)	Schwebende Unwirksamkeit als allgemeiner Rechtsgedanke.....	158
d)	Gleichlauf zur Beihilfenvergabe durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.....	158
5.	Ergebnis	159
V.	Aufrechterhaltung des Vertrags mittels salvatorischer Klauseln.....	159
1.	Das Urteil des BGH v. 5.12.2012	159
a)	Wesentlicher Sachverhalt.....	160
b)	Die Entscheidung des BGH.....	160
2.	Bewertung des Urteils	162
VI.	Aufrechterhaltung des Vertrags im Wege ergänzender Vertragsauslegung	166
1.	Die Argumentation von Verse/Wurmnest.....	166
2.	Kritik	167
VII.	Aufrechterhaltung des Vertrags durch Annahme von zwei Verträgen	168
VIII.	Vergleich der vorgeschlagenen Rechtsfolgen/Ergebnis.....	169
H.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Thesen	171
Literaturverzeichnis	173	

A. Einleitung und Gang der Darstellung

I. Zentrale Themenstellung

Das europäische Beihilfenrecht hat sich im Laufe der Zeit zu einem überaus „scharfen Schwert“ in der Hand sowohl der Europäischen Kommission als auch der Wettbewerber begünstigter Unternehmen entwickelt.¹ Erweist sich eine Beihilfe als mit dem Binnenmarkt unvereinbar, so ordnet die Kommission gegenüber den Mitgliedstaaten systematisch und konsequent die Rückforderung der Beihilfe von ihrem Empfänger an. Die Rückforderung wird vom Europäischen Gerichtshof insoweit als „logische Folge“ der Rechtswidrigkeit der Beihilfe angesehen.² Einer Rückforderung entgegenstehendes nationales Recht hat unangewendet zu bleiben, eine Berufung des Empfängers auf Vertrauenschutz scheidet – wie die vielbesprochene und zum Teil scharf kritisierte³ *Alcan*-Entscheidung des EuGH⁴ unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat – praktisch aus.⁵

Unabhängig von einem Tätigwerden der Kommission können Wettbewerber eines begünstigten Unternehmens vor nationalen Gerichten auf Unterlassung und Rückzahlung der Beihilfe klagen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für solche Konkurrentenklagen ist eine Verletzung des Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, dem der Gerichtshof bereits frühzeitig in den Rechtssachen *Costa/ENEL*⁶ und *Lorenz*⁷ eine unmittelbare und drittschützende Wirkung zugesprochen hat. Die Unionsgerichte befinden seit Anfang der 1990er Jahre in ständiger Rechtsprechung, dass eine Missachtung des Durchführungsverbots „die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen“ beeinträchtigt und die nationalen Gerichte dazu verpflichtet sind, „zugunsten Einzelner, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch be-

¹ Zu dieser Metapher etwa *Waldhoff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 67, Rn. 334; *Burgi/Wolff*, EuZW 2014, 647, 651; *van der Hout*, ZEuS 2015, 391, 400; *Kachel*, ZUR 2016, 641.

² EuGH, Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 66 (Tubemusee); Urt. v. 21.3.1991, C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Rn. 41 (Alfa Romeo); Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 74 f. (Deutschland/Kommission); Urt. v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 113 (Unicredito Italiano); Urt. v. 14.2.2008, C-419/06, Slg. 2008, I-27, Rn. 53 (Olympic Airways).

³ Äußert kritisch insbesondere *Scholz*, DÖV 1998, 261, 265, der die Entscheidung wegen eines Kompetenzverstoßes des Gerichtshofs als nichtig bezeichnet.

⁴ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (*Alcan II*).

⁵ *Soltész*, EuZW 2015, 127, 133, spricht zutreffend von einer „unerbittliche[n] Linie der Rechtsprechung“ im Bereich der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen.

⁶ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, C-6/64, Slg. 1964, 1141 (*Costa/ENEL*).

⁷ EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471 (*Lorenz*).

züglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen“ zu ziehen.⁸ Es besteht insofern eine feste Aufgabenverteilung zwischen der Kommission auf der einen und den mitgliedstaatlichen Gerichten auf der anderen Seite, die unterschiedliche, aber einander ergänzende Funktionen im Rahmen der Beihilfenkontrolle haben. Nur die Kommission ist befugt, Beihilfen auf deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu überprüfen und im Falle ihrer Unvereinbarkeit die (endgültige) Rückforderung anzurufen. Ihr ist es aber durch die Rechtsprechung grds. versagt, eine Rückforderung allein wegen eines Verstoßes gegen die Stillhaltepflichtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, also lediglich auf Grundlage der formellen Rechtswidrigkeit der Beihilfe anzurufen.⁹ Die Sicherstellung der Notifikationspflicht und des Durchführungsverbots hat der EuGH stattdessen auf die nationale Ebene verlagert. Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind berechtigt und verpflichtet, ungeachtet eines etwaigen parallelen Kommissionsverfahrens und ohne Rücksicht auf die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt die Einhaltung des Durchführungsverbots durchzusetzen und die Wettbewerber vor einer vorzeitigen Auszahlung der Beihilfe an das begünstigte Unternehmen zu schützen. Als „Wächtern des Durchführungsverbots“¹⁰ kommt den nationalen Gerichten somit eine ganz zentrale Rolle im Bereich des Individualrechtschutzes zu. Erfährt ein Marktteilnehmer von der Gewährung einer nicht notifizierten Beihilfe an einen Wettbewerber, ist er nicht darauf angewiesen, ein mitunter langwieriges Beihilfeaufsichtsverfahren anzustoßen und eine die Rückforderungspflicht auslösende Negativentscheidung der Kommission abzuwarten, sondern kann schnell und einfach bereits im Vorfeld der Kommissionsprüfung vor den nationalen Gerichten unter Berufung auf eine Verletzung der Stillhaltepflicht die Einstellung bzw. Rückabwicklung der staatlichen Finanzhilfe verlangen. Die Gerichte der Mitgliedstaaten müssen entsprechenden Klagen von Wettbewerbern bereits dann stattgeben, wenn sie die formelle Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Maßnahme feststellen; sie verhindern damit in gewisser Weise ein Rechtsschutzvakuum, das ansonsten aufgrund der fehlenden Kompetenz der Kommission, einen bloßen Formalverstoß mit der Rückforderungsanordnung zu ahnden, drohen würde.

Bereits seit längerer Zeit wird in der Literatur lebhaft darüber diskutiert, wie die nationalen Gerichte die ihnen von den europäischen Gerichten zugewiesene Rolle, die Wirksamkeit der Stillhalteklausel des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sicherzustellen, konkret auszufüllen haben. Unklarheiten resultieren aus der Tatsache, dass der Gerichtshof sich – dem Abstraktionsgrad des Europarechts und seiner eigenen Funktion entsprechend – nur überaus vage und in sehr allgemeiner Form dazu geäußert hat, wie die mitgliedstaatlichen Gerichte zum Schutze der Wettbewerber einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot ahnden sollen, und auf die Einzelheiten der rechts-

⁸ EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 12 (FNCE); Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 40 (SFEI).

⁹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307 (Boussac). Unter sehr strikten Voraussetzungen ist die Kommission aber befugt, eine einstweilige Rückforderung auch nur formell rechtswidriger Beihilfen anzurufen, vgl. Art. 13 Abs. 2 VVO.

¹⁰ Fronczak, EuR 2014, 576, 578.

technischen Umsetzung nicht eingegangen ist.¹¹ Der EuGH hat vorsichtig und zugleich unbestimmt¹² formuliert, dass ein Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV die Gültigkeit der jeweiligen Rechtsakte beeinträchtigt und die nationalen Gerichte hieraus sämtliche Folgen ziehen müssen, und zwar entsprechend ihrem nationalen Recht. Die Frage des „Wie“, also die Umsetzung dieser Vorgaben, wird somit dem nationalen Recht überantwortet. Die nationalen Gerichte sind daher aufgerufen, den Begriff der „Ungültigkeit“ in Kategorien des nationalen Rechts zu überführen, müssen dabei aber freilich den unionsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz sowie das Effektivitätsprinzip¹³ wahren.

Der BGH hat sich dieses Rechtsschutzauftrages angenommen und Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB klassifiziert. Zudem hat er inzwischen anerkannt, dass das Durchführungsverbot die Qualität eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB besitzt.¹⁴ Konkurrenten eines begünstigten Unternehmens wird somit ein einklagbarer Anspruch darauf gewährt, dass der beklagte Beihilfengeber sein Rückforderungsrecht gegenüber dem Empfänger auch tatsächlich durchsetzt. Noch nicht abschließend geklärt ist jedoch die Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB für den beihilfegewährenden privatrechtlichen Vertrag im Einzelnen hat.

Der BGH hatte zum ersten Mal im Jahr 2003 Gelegenheit, sich zu den zivilrechtlichen Konsequenzen einer Verletzung der Stillhaltepflicht zu äußern.¹⁵ Seitdem vertrat er fast über ein Jahrzehnt in ständiger Rechtsprechung, dass privatrechtliche Verträge zur Durchführung von Beihilfen, die nicht zuvor bei der Kommission angemeldet wurden, nach § 134 BGB nichtig sind. Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot müsse zwingend zur Gesamtnichtigkeit des die Beihilfe gewährenden Vertrags führen, da nur so die von Art. 108 Abs. 3 AEUV bezweckte Sicherung der präventiven Kontrolle und die Verhinderung von Wettbewerbsvorteilen des Einzelnen effektiv erreicht werden könnten.¹⁶

Einen bemerkenswerten und richtungsweisenden Kurswechsel hat der BGH jedoch mit Urteil vom 5.12.2012¹⁷ vollzogen, in dem er entschieden hat, dass ein unter Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung geschlossener Grundstückskaufvertrag nicht in jedem Fall vollständig rückabgewickelt werden müsse. Zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils reiche es bereits aus, wenn vom Beihilfeempfänger die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten und dem höheren, beihilfefreien Kaufpreis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt werde. Ein Kaufvertrag, der Beihilfeelemente enthalte, sei demnach nicht in Gänze, sondern nur insoweit nichtig, als durch ihn eine Beihilfe gewährt wer-

¹¹ Vgl. Wagner, in: FS Roth, S. 665, 668 f.

¹² Vgl. Sutter, EuZW 2006, 729.

¹³ Umfassend zu der Bedeutung des Effektivitätsprinzips in der Rechtsprechung des EuGH zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen Kulms, Der Effektivitätsgrundsatz, S. 109 ff.

¹⁴ BGH, Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 440 m. Anm. Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2011, 447.

¹⁵ BGH, Urt. v. 4.4.2003, EuZW 2003, 444.

¹⁶ Zuletzt BGH, Beschl. v. 13.9.2012, NVwZ-RR 2012, 960.

¹⁷ BGH, Urt. v. 5.12.2012, EuZW 2013, 753.

de. Da der Kaufpreis ein essentiale negotii darstelle, sei – in konsequenter Anwendung des § 139 BGB – zwar gleichwohl regelmäßig von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrags auszugehen. Durch die Vereinbarung einer Erhaltens- und Ersetzungsklausel könne ein Kaufvertrag mit einer beihilferechtwidrigen Kaufpreisvereinbarung allerdings grundsätzlich mit beihilferechtskonformem Inhalt aufrechterhalten werden.

Indem der BGH die Bedeutung salvatorischer Klauseln für die nachträgliche „Korrektur“ des Kaufpreises hervorhebt, eröffnet er den einen Beihilfeelemente aufweisenden Vertrag schließenden Parteien die Möglichkeit, durch kautelarjuristische Vorkehrungen die dispositive Regelung des § 139 BGB wirksam abzubedingen und die vollständige Annullierung des Rechtsgeschäfts zu vermeiden. Treffen sie hinreichend bestimmte Ersetzungsklauseln, die Aufschluss über den hypothetischen Parteiwillen geben und erkennen lassen, welchen Kaufpreis sie im Falle der Kenntnis von der Beihilferechtswidrigkeit vereinbart hätten, bleibt der Kaufvertrag trotz eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wirksam, und die öffentliche Hand ist auf die Forderung nach der Preisdifferenz beschränkt. Dem viel zitierten „Damoklesschwert der Nichtigkeit“,¹⁸ das infolge der tradierten Rechtsprechung des BGH über beihilfegewährenden Verträgen schwebt, können die Parteien angesichts der neuen höchstrichterlichen Judikatur somit durch eine vorausschauende Vertragsgestaltung ohne Weiteres ausweichen.

Die vorliegende Arbeit möchte dieses Urteil des BGH zu den Konsequenzen einer Verletzung der Stand-still-Pflicht im deutschen Zivilrecht, das teils als „wichtige Weiterentwicklung und Präzisierung“ der bisherigen rigiden Nichtigkeitsjudikatur begrüßt,¹⁹ teils aber auch als „bedauerlich“²⁰ oder sogar „unionsrechtlich bedenklich“²¹ abgelehnt wird, zum Anlass nehmen, das im Rahmen der Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen bestehende komplexe Zusammenspiel zwischen den Vorgaben des Unionsrechts und der deutschen Rechtsordnung zu analysieren und die Frage der Rechtsfolgen eines unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot geschlossenen zivilrechtlichen Vertrags einer dem Privatrecht adäquaten Lösung zuzuführen, die einerseits zum Schutz sowohl der klagenden Wettbewerber als auch des Instituts des unverfälschten Wettbewerbs das Entstehen irreversibler Erfüllungsansprüche des Empfängers verhindern und eine sofortige Rückabwicklung rechtswidriger Beihilfen ermöglichen kann, andererseits aber auch das im nationalen wie auch im europäischen Recht verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip wahrt, dem Charakter des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als nur vorübergehendem, zeitlich befristetem Verbot Rechnung trägt und die Entscheidungskompetenz der Kommission im Rahmen der Beihilfenkontrolle sichert.

¹⁸ Vgl. etwa Rödel, PharmR 2014, 141; Förttsch, KommJur 2014, 167, 171.

¹⁹ Bartosch, EuZW 2013, 759.

²⁰ Maier/Bäuerle, Kommunalwirtschaft 2013, 500, 503.

²¹ Koenig/Förttsch, EWS 2014, 61, 67, kritisieren, dass der BGH „in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpackte Vertrauensschutzerwägungen im Rahmen der Durchsetzung des Beihilferechts berücksichtigt.“

II. Bedeutung des Beihilfenrechts

Beihilfen zugunsten der einheimischen Wirtschaft sind seit jeher ein zentrales und beliebtes Instrument zur wirtschaftspolitischen Einflussnahme. Förder- und Stützungsmaßnahmen seitens der öffentlichen Hand stellen ein einfaches und zugleich effektives Mittel dar, um beispielsweise nationale Unternehmen im Wettbewerb mit ausländischen Konkurrenten zu schützen, drohenden Übernahmen vorzubeugen und Betriebsschließungen oder die Verlagerung von Produktionsstätten ins Ausland zu verhindern und dadurch Arbeitsplätze und Einkommen auch in strukturschwachen Regionen zu halten.²² Da den Mitgliedstaaten angesichts der fortschreitenden Integration durch den Abbau der Zollschränke und die Verwirklichung des Binnenmarktes inzwischen keine handelspolitischen Möglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, der heimischen Wirtschaft gegenüber der Konkurrenz aus dem EU-Ausland einen Vorsprung auf dem Gemeinsamen Markt zu verschaffen, und mit der Einführung des EURO als einheitlicher Währung zu Beginn dieses Jahrtausends schließlich auch die geldpolitische Kompetenz auf die europäische Ebene übertragen wurde, greifen sie gerne auf das Instrument der Beihilfe zurück, das heutzutage gewissermaßen als Ersatz für ehemals verfügbare protektionistische Handelshemmnisse dient.²³ Politiker bedienen sich zur Abwendung von Konkursen oder Entlassungen auch gerne öffentlichkeitswirksam des Mittels der Beihilfe, da sie sich dann als tatkräftige Retter präsentieren und ihre Wiederwahlchancen erhöhen können.²⁴

Mithilfe von Beihilfen können zudem wichtige Anreize zu Forschung, Entwicklung und Innovation gesetzt, Unternehmensgründungen gefördert oder der Marktzugang umwelt- und klimaschutzfreundlicher Technologien erleichtert werden. Regionale und lokale Beihilfen sind auch in zunehmendem Maße bestimmd für die Standortentscheidungen von Unternehmen und damit ein ganz entscheidender Faktor für die strukturelle Entwicklung einer Stadt oder eines Landkreises. Damit sich Unternehmen im Gemeindegebiet ansiedeln und dort Arbeitsplätze schaffen, werden Gewerbegrundstücke von Kommunen oftmals vergünstigt oder sogar nur für einen symbolischen Betrag an entsprechende Interessenten veräußert.²⁵ Schließlich werden Beihilfen, wie sich in der im Jahr 2008 ausgebrochenen Wirtschafts- und Finanzkrise

²² Umfassend zu den verschiedenen Motiven für die Vergabe von Beihilfen etwa *Haucap/Schwalbe*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Einl., Rn. 43 ff.

²³ Vgl. *Staiger*, Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union, S. 2, die Subventionen auch als „Substitut für Handelshemmnisse“ bezeichnet; *Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots, S. 19; vgl. auch bereits *Hayek*, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, S. 328 f. Der ehemalige Wettbewerbskommissar *Sir Leon Brittan*, Ansprache vor der National Management Conference of the Irish Management Institute am 28.4.1995, Redemanuskript S. 3, beschrieb staatliche Beihilfen als „one of the few remaining tools of governments to protect their industries from the cold but refreshing wind of competition“ (zitiert nach *Mederer*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Vorb. zu Art. 107 bis Art. 109 AEUV, Rn. 7 m. Fn. 20).

²⁴ Vgl. *Haucap/Schwalbe*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Einl., Rn. 78; *Heinrich*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 90; *Färber*, Binnenmarktgerechte Subventionspolitik, S. 410; *Kortmann*, Wirtschaftsdienst 2004, 462, 470.

²⁵ Vgl. *Schütterle*, EuZW 1993, 625; *Stapper*, DB 1999, 2399; *Grziwotz*, KommJur 2010, 250.

eindrucksvoll gezeigt hat, auch eingesetzt, um Fälle des Marktversagens zu kompensieren und in Zeiten krisenbedingter Konjunktureinbrüche nachteilige Effekte abzufedern.²⁶

Beihilfen stellen jedoch stets einen Eingriff in den Marktmechanismus mit teilweise ganz erheblichen wirtschaftlichen und auch wettbewerblichen Auswirkungen dar. Indem einzelne Unternehmen begünstigt und dadurch in die Lage versetzt werden, ihre Produktionskosten zu senken und eine günstigere Preispolitik zu betreiben, werden die Konkurrenten – jedenfalls mittelbar – geschwächt und die Chancengleichheit der Unternehmen im Wettbewerb gestört. Zudem behindern Beihilfen an existenzbedrohte Unternehmen den Strukturwandel und stören den marktwirtschaftlichen Ausleseprozess.²⁷ Anstatt die strukturellen Mängel nachhaltig zu beheben, werden die Unternehmen mit staatlichen Mitteln künstlich wettbewerbsfähig gehalten, obwohl sie eigentlich aus dem Markt ausscheiden müssten.²⁸ Knappe Ressourcen werden dadurch in unwirtschaftlichen Aktivitäten gebunden und produktiven und innovativen Unternehmen vorenthalten,²⁹ sodass sich der Markteintritt für neue, effiziente Unternehmen erschwert.³⁰ Da die begünstigten Unternehmen von den marktwirtschaftlichen Zwängen befreit werden, strategisch und langfristig zu planen, wirtschaftlich mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln umzugehen, Risiken und Ertragschancen richtig abzuwägen und sich flexibel an veränderte Bedingungen anzupassen, können Beihilfen auch leistungsmindernd und innovationshemmend wirken.³¹ Sie schwächen somit die Anreizfunktion des Wettbewerbs.³²

Eine großzügige Beihilfengewährung kann auch dazu führen, dass Unternehmen ihre Standortwahl nicht mehr auf der Grundlage bestmöglicher Produktionsbedingungen, der Qualifikation verfügbarer Arbeitskräfte und des Lohnniveaus, des Technologiestands, der vorhandenen Infrastruktur, hoher Rechtssicherheit sowie niedriger bürokratischer Hürden und regulatorischer Vorgaben treffen, sondern sich bei ihrer Standortentscheidung primär von der Aussicht auf Beihilfen leiten lassen. Zwischen den Staaten würde ein „Beihilfenwettlauf“ einsetzen, den die wirtschaftlich schwächeren Staaten nur verlieren könnten.³³

²⁶ Ausführlich hierzu *Ritzenhoff*, Das Beihilfe- und Vergaberecht in der Krise, S. 15 ff.; vgl. auch *Götz*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III., Rn. 12; *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pündter, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 29, Rn. 30.

²⁷ *Ehrcke*, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 176, 184 f.; *Kilb*, JuS 2003, 1072; s. a. 20. Subventionsbericht, BT-Drucks. 16/1020, S. 5; Jahrestutachten des Sachverständigenrates 1995/96, BT-Drucks. 13/3016, S. 214.

²⁸ *Pütz*, Das Beihilfeverbot, S. 22.

²⁹ *Kortmann*, Wirtschaftsdienst 2004, 462, 465.

³⁰ Monopolkommission, Auszug aus dem Hauptgutachten 2006/07, BT-Drucks. 16/10140, S. 343.

³¹ *Kortmann*, Wirtschaftsdienst 2004, 462, 463.

³² Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 42, Rn. 18; *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 3; *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 73, 93; *Steindorff*, in: Umbruch der Wettbewerbsordnung für Europa, S. 23, 29.

³³ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 42, Rn. 1; vgl. auch *Behrens*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 175; *Mederer*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Vorb. zu Art. 107-109 AEUV, Rn. 2; *Staebe*, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen, S. 20.

Diese wettbewerbsverzerrenden Wirkungen von Beihilfen widersprechen prinzipiell den Zielsetzungen der durch die europäischen Verträge errichteten Wirtschaftsverfassung, der eine marktwirtschaftliche Systementscheidung zugrunde liegt.³⁴ Nach Art. 3 Abs. 3 EUV errichtet die Union einen Binnenmarkt und wirkt auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hin. Der Kern des *acquis communautaire*, der europäische Binnenmarkt, umfasst gem. Art. 26 Abs. 2 AEUV einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, sowie nach Art. 51 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt explizit ein System, das den Wettbewerb generell vor Verfälschungen schützt.³⁵ Der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft als Richtschnur für die Wirtschaftspolitik der Union und der Mitgliedstaaten wird in Art. 119 Abs. 1 und Art. 120 S. 2 AEUV gleich mehrfach betont. Die programmatische Verpflichtung auf eine offene Marktwirtschaft bei freiem Wettbewerb gilt ebenfalls für die Europäische Zentralbank, Art. 127 Abs. 1 AEUV. Auch die Präambel des AEUV bekennt sich ausdrücklich zum redlichen Wettbewerb.

Verwirklicht werden diese allgemeinen Zielsetzungen ganz konkret insbesondere durch die Grundfreiheiten des AEUV, namentlich die Freiheit des Warenverkehrs, die Arbeitnehmerfreiheit, die Niederlassungs-, Dienstleistungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit, sowie durch die in den Art. 101-109 AEUV normierten Wettbewerbsregeln.³⁶ Diese dienen dem Schutz des freien, redlichen, unverfälschten und wirksamen Wettbewerbs, der vor staatlichen Eingriffen bewahrt werden muss, nicht mit unlauteren oder leistungsfremden Mitteln geführt werden darf und sich auf der Grundlage

³⁴ Cremer, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 9, Rn. 7 f.; die marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung wird geprägt von den Grundfreiheiten, die subjektive Rechte auf die Teilnahme am Binnenmarkt begründen, und den Wettbewerbsregeln, vgl. Basedow, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, S. 40 ff.; ders., in: FS Everling, S. 49 ff.; Behrens, in: Verfassungen für ein ziviles Europa, S. 73, 79 f.; Möschel, in: Die europäische Integration als ordnungspolitische Aufgabe, S. 21 ff.; Hatje, in: v. Bogdandy/Bast, S. 801, 809 ff.; Reufels, Subventionskontrolle durch Private, S. 9, sieht in der Wirtschaftsordnung der EU ein „materienspezifisches, gedämpft-liberales, auf der Marktwirtschaft beruhendes Grundsystem mit interventionistischen Durchbrechungen“, das sich von der Wirtschaftsordnung der meisten Industriestaaten kaum unterscheidet; Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 22, spricht von einer „liberal-marktwirtschaftlichen Grundkonzeption“.

³⁵ Bis zum Vertrag von Lissabon war das Postulat eines Systems unverfälschten Wettbewerbs in Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV und somit im Ziel- und Grundsätztel des Unionsrechts verankert. Im Verfassungstext selbst findet sich seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nunmehr kein Äquivalent. Der Grundsatz genießt durch die Aufnahme in das den Verträgen beigelegte Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb aber nach wie vor primärrechtlichen Rang, wie auch der EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09, Slg. 2011, I-527, Rn. 20 (TeliaSonera Sverige AB), klargestellt hat. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch versucht, den Beitrag des Lissabon-Vertrags zu den Zielen der Sozialpolitik mit einem Hinweis auf die „Verbannung“ des Ziels des unverfälschten Wettbewerbs aus dem „operativen Teil“ des EUV zu belegen, vgl. BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, NJW 2009, 2267, 2293; ausführlich zu der Frage, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass das System unverfälschten Wettbewerbs im Zielkatalog des Art. 3 EUV nicht mehr aufgeführt wird, Riedel, Das Binnenmarktziel und seine Bedeutung nach dem Vertrag von Lissabon; Müller, Wettbewerb und Unionsverfassung, S. 161 ff.; Drexel, in: v. Bogdandy/Bast, S. 905, 908 ff.

³⁶ Die Union verfügt gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b) EUV über die ausschließliche Kompetenz zur Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln.

solcher Marktstrukturen entwickeln soll, die eine ausreichende Wettbewerbsintensität sicherstellen.³⁷ Sie sehen neben den sich unmittelbar an Unternehmen richtenden Kartellvorschriften der Art. 101-106 AEUV, die in Gestalt des Kartellverbots, des Verbots missbräuchlicher Verhaltensweisen und der Fusionskontrolle auf die Verhinderung privater Wettbewerbsbeschränkungen abzielen, in Art. 107 und Art. 108 AEUV auch Regelungen zur Gewährung staatlicher Beihilfen vor, die mitgliedstaatlichen Interventionen zugunsten von Unternehmen recht enge Grenzen setzen.

Die Beihilfenvorschriften des AEUV versuchen, staatlich induzierte Wettbewerbsverfälschungen zu unterbinden und die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen zu schützen, die durch eine ausufernde und unkontrollierte Beihilfenvergabe der Mitgliedstaaten empfindlich gestört würde.³⁸ Staatliche Beihilfen werden zu diesem Zweck einer umfassenden Kontrolle durch die Kommission unterstellt, nicht aber per se als „Übel“ für den Binnenmarkt eingestuft, sondern durchaus auch als legitimes Mittel mitgliedstaatlicher und auch unionaler Wirtschaftspolitik angesehen, das prinzipiell geeignet sein kann, Fälle des Marktversagens zu kompensieren sowie die Wirtschaftsentwicklung in der EU und das Kohäsionsziel zu fördern.³⁹ Auch vom staatsbezogenen Wettbewerbsrecht wird nur die Gewährleistung eines redlichen, nicht des vollkommenen Wettbewerbs nach einem theoretischen Modell angestrebt.⁴⁰ Die Struktur des Art. 107 AEUV trägt dieser differenzierten Sichtweise Rechnung. Art. 107 Abs. 1 AEUV bringt zunächst die grundsätzliche Unvereinbarkeit von wettbewerbsverfälschenden und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigenden staatlichen Beihilfen mit dem Binnenmarkt zum Ausdruck. Art. 107 Abs. 1 AEUV enthält jedoch – anders als noch Art. 4 lit. c) EGKS in Bezug auf den Gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl⁴¹ – kein absolutes, vorbehaltloses Beihilfenverbot.⁴² Das Verbot wird stattdessen durch Legalausnahmen in Art. 107 Abs. 2 AEUV und

37 Hatje, in: v. Bogdandy/Bast, S. 801 ff., 820; Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 3.

38 Die Beihilfenkontrolle soll die Mitgliedstaaten daran hindern, nach Abbau von Handelshemmrisiken dieselbe marktabschottende Wirkung durch den Einsatz von Beihilfen zu erzielen. Das Beihilfenrecht ist daher in gewisser Weise ein „Umgehungsschutz“, vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 42, Rn. 20.

39 Kühling/el-Barudi, Jura 2006, 672, 677 f.; Gross, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, S. 6, 150; im 1. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1971), S. 14, wird klargestellt: „Die Gewährung staatlicher Beihilfen, die am Gemeinschaftsinteresse orientiert und strukturpolitisch erforderlich sind, steht mit dem Prinzip eines redlichen Wettbewerbs durchaus im Einklang. Sie ist sogar eine Voraussetzung für die harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft.“

40 Hierzu Sinnaeve, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 19 f.; vgl. auch 1. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1971), S. 13; 14. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1984), S. 11.

41 Nach Art. 4 lit. c) EGKS waren „von den Staaten bewilligte Subventionen oder Beihilfen oder von ihnen auferlegte Sonderlasten, in welcher Form dies auch immer geschieht“, untersagt. Dieses kategorische Verbot wurde jedoch im Laufe der 1960er Jahre durch eine weite Neuinterpretation sowie Ausnahmeentscheidungen der Hohen Behörde auf Grundlage des Art. 95 EGKS ganz erheblich aufgeweicht. Hierzu näher Sinnaeve, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 20.

42 Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.3.1977, C-78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 8 (Steinike & Weinlig); Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 15 (Boussac); Urt. v. 27.10.1993, C-72/92, Slg. 1993, I-5509, Rn. 19 (Scharbatke); Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 36 (SFEI); nach der

zum Teil weitreichende Ermessensausnahmen in Art. 107 Abs. 3 AEUV erheblich relativiert.⁴³ Es erscheint daher sachgerecht, von einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt auszugehen.⁴⁴ Flankiert und abgesichert werden diese materiellen Beihilferegeln durch rigide verfahrensrechtliche Bestimmungen in Art. 108 AEUV, die der Kommission eine fortlaufende Überprüfung und Überwachung der staatlichen Beihilfen ermöglichen. Die Mitgliedstaaten müssen die Kommission hiernach grundsätzlich über jede geplante Beihilfe vorab unterrichten und dürfen sie erst dann einführen, wenn die Kommission diese genehmigt hat. Art. 108 AEUV schreibt die Verantwortung über die Beihilfenkontrolle somit der Kommission zu, die als zentrale Aufsichtsbehörde mit der Überwachung und ordnungsgemäßen Anwendung des Beihilfenrechts betraut ist und das Monopol besitzt, über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu entscheiden.

Der Stellenwert und die praktische Relevanz dieses umfassenden und weltweit wohl einzigartigen Beihilfenkontrollsysteins, das ein spezifisches Charakteristikum der europäischen Wettbewerbspolitik ist⁴⁵ und in anderen großen Wirtschaftsblöcken wie etwa den USA, Japan oder China kein Pendant hat,⁴⁶ haben sich seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1958 kontinuierlich gesteigert und in jüngster Zeit einen neuen Höhepunkt erreicht, der zuweilen zu der Einschätzung führt, das Beihilfenrecht mutiere zunehmend zu einem „all-purpose tool to camouflage policy-making“.⁴⁷

Obwohl die Beihilfenvorschriften in textlich nahezu unveränderter Form bereits in den Römischen Verträgen primärrechtlich verankert waren,⁴⁸ haben sie lange Zeit ein Schattendasein gefristet und sich erst in den letzten Jahrzehnten vom „hässlichen

Entschließung zum 19. Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Wettbewerbspolitik, ABl. 1991 C 48/168, Nr. 40, sollen Beihilfen als solche weder gutgeheißen noch verurteilt werden. Deutlich auch jüngst der ehemalige Wettbewerbskommissar *Almunia*, Modernising State aid control, SPEECH 12/117, European Economic and Social Committee, S. 2: „Of course, this does not mean that State aid is forbidden, quite the contrary“.

43 Aufgabe der Kommission ist es insoweit primär, „gute“ von „schlechten“ Beihilfen zu unterscheiden, vgl. *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 19; s. a. den sog. Spaak-Bericht, Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, Rapport des Chefs de délégation aux Ministres des Affaires Etrangères, 1956, S. 16 f.: „il faut donc discerner les aides utiles à l'intérêt général et à l'expansion de la production de celles qui ont pour objet et pour effet de fausser la concurrence“.

44 So auch *Kühling*, in: *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rn. 4; *Bär-Bouyssière*, in: *Schwarze*, Art. 107 AEUV, Rn. 2; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Rn. 3; *Jestaedt/Schweda*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 14, Rn. 1; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065; *Kühling/el-Barudi*, Jura 2006, 672, 678.

45 *Haucap/Schwalbe*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Einl., Rn. 25; *Kilb*, JuS 2003, 1072, 1073.

46 Vgl. *Kilb*, JuS 2003, 1072, 1073; *Götz*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III., Rn. 2: „historisch und weltweit ein Unikat“; *Gröteke*, Europäische Beihilfenkontrolle und Standortwettbewerb, S. 11, spricht der Etablierung einer europäischen Beihilfenkontrolle einen „revolutionären Charakter“ zu.

47 *Koenig*, ESTAL 2014, 611; vgl. auch *Soltész*, EuZW 2015, 277; überspitzt *Reufels*, Subventionskontrolle durch Private, S. 1, der die Aufsicht über staatliche Beihilfen als „force de frappe“ bezeichnet.

48 Neben redaktionellen Änderungen der Beihilfenvorschriften wie der Ersetzung des Begriffs „Gemeinsamer Markt“ durch „Binnenmarkt“ und „Entscheidung“ durch „Beschluss“ wurde der Verfahrensvorschrift des Art. 108 AEUV durch den Vertrag von Lissabon ein vierter Absatz hinzugefügt und die

Entlein“ des europäischen Wettbewerbsrechts zu einem „stolzen Schwan“ entwickelt.⁴⁹ Prioritäre Ziele in den Anfangsjahren der Gemeinschaft waren die Abschaffung der Binnenzölle sowie die Verwirklichung der Grundfreiheiten, die als ganz essentielle Voraussetzung für den angestrebten Gemeinsamen Markt angesehen wurden. Staatlichen Beihilfen hingegen wurde zunächst nur eine untergeordnete Bedeutung als weiteres Hindernis für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten attestiert.⁵⁰

Angesichts einer relativ geringen Anzahl von Neubeihilfen⁵¹ war es auch un schädlich, dass die Kommission anfangs nur darum bemüht war, sich einen Überblick über die bestehenden Beihilfen zu verschaffen und die ihr zugewiesenen Kompetenzen mit Leben zu füllen.⁵² Zu dieser Zeit führte die Kommission keine systematische, strenge Überwachungspolitik, genehmigte beinahe alle notifizierten Beihilfen und war sehr auf konsensuale Lösungen mit den Mitgliedstaaten bedacht.⁵³ Insgesamt, so die Einschätzung des ehemaligen Generaldirektors für Wettbewerb, *Manfred Caspari*, lebte man „in einer Welt der Harmonie, und man wollte einander nicht zu weh tun“.⁵⁴

In auffälligem Kontrast zu dieser durch weitgehende Zurückhaltung der Kommission geprägten anfänglichen Phase der Etablierung einer supranationalen Beihilfenkontrolle erscheint das in den letzten Jahren im Zuge des sog. State Aid Action Plans sowie des State Aid Modernisation-Projekts umfassend reformierte und grundlegend modernisierte Beihilfenrecht gegenwärtig als eine Art „Meta-Recht“⁵⁵ das sämtliche Wirtschaftsbereiche prägt und die mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume

bisher von der Kommission auf der Grundlage der Ermächtigungsverordnung 994/98 ausgeübte Befugnis zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen auf primärrechtlicher Grundlage festgeschrieben. Zudem wurden die in Art. 349 AEUV aufgeführten Gebiete der Union mit äußerster Rendite in den Ausnahmetatbestand für Regionalbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. a) AEUV aufgenommen sowie die Möglichkeit eröffnet, die seit 1994 nicht mehr angewandte Ausnahmemöglichkeit des Art. 107 Abs. 2 lit. c) AEUV für Beihilfen zum Ausgleich des infolge der Teilung Deutschlands eingetretenen wirtschaftlichen Rückstands der neuen Bundesländer („Deutschlandklausel“) fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zu streichen. Änderungen im Zuge vorheriger Vertragsrevisionen bezogen sich ausschließlich auf die Aufnahme oder Streichung von Ausnahmetatbeständen nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV und haben somit ebenfalls zu keinen nennenswerten Änderungen des primärrechtlichen Beihilfenregimes geführt.

49 Vgl. zu dieser passenden Metapher *Mederer/Pesaresi/van Hoof*, EU Competition Law, State Aid, Book One, S. 1; *Birnstiel*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 6; vgl. auch *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, S. 39.

50 Vgl. *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, S. 39.

51 Bis Mitte der 1970er Jahre gingen bei der Kommission pro Jahr durchschnittlich nur etwa 20 Anmeldungen von Beihilfemaßnahmen ein, vgl. *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 60.

52 *Blauberger*, in: *Szyszczak*, S. 28, 31; *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, S. 39; *Heinrich*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 58.

53 Anstatt die Subventionstätigkeit der Mitgliedstaaten zu verbieten, versuchte die Kommission vielmehr zunächst, diese in geordnete Bahnen zu lenken, vgl. *Aicher*, in: Österreichisches Wirtschaftsrecht, S. 351, 354; *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, S. 43; *Färber*, Binnenmarktgerechte Subventionspolitik, S. 247.

54 *Caspari*, in: *FS v. d. Groeben*, S. 69, 86.

55 *Kühling*, in: *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rn. 3; vgl. auch *Rodi*, in: *FS Selmer*, S. 479, 480, nach dem die Beihilfeaufsicht zu einer „administrativen Metakompetenz der Kommission“ zu werden droht.

me im Bereich der Wirtschaftspolitik⁵⁶ drastisch einschränkt.⁵⁷ Über den Hebel des Beihilfenrechts greift die Kommission massiv auch in solche Rechtsmaterien ein, für die sie nach der Zuständigkeitsverteilung der Verträge keine explizite Kompetenz besitzt.⁵⁸ Kaum ein anderes Rechtsgebiet des Unionsrechts ist in der letzten Zeit mit derselben Regelmäßigkeit und politischen Sprengkraft in den Fokus der medialen Berichterstattung gerückt wie das Beihilfenrecht, das ein Paradebeispiel dafür ist, wie klein die Spielräume für nationale Alleinentscheidungen inzwischen auch in denjenigen Politikfeldern geworden sind, in denen die Mitgliedstaaten keine Kompetenzen an die Europäische Union abgetreten haben.⁵⁹ Wie die jüngeren Prüfverfahren der Kommission etwa zur (Teil-)Befreiung stromintensiver Unternehmen von der sog. EEG-Umlage nach dem deutschen Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG 2012),⁶⁰ zur Finanzierung von Profi-Fußballvereinen in Spanien und den Niederlanden,⁶¹ zu Steuerbefreiungen für Jugendherbergen in Deutschland⁶² oder auch zum „Busspurprivileg“ für Londoner black cabs⁶³ anschaulich zeigen, sind derzeit kaum noch staatliche Maßnahmen denkbar, die sich nicht am europäischen Beihilfenrecht messen lassen müssen.⁶⁴

-
- ⁵⁶ Daneben sind in den letzten Jahren auch nationale Steuerregelungen vermehrt in den Fokus der Beihilfenkontrolle geraten. Ausführlich zu den „hoch medienwirksamen Verfahren“ der Kommission gegen Irland, die Niederlande und Luxemburg betreffend Steuerentscheide für multinationale Unternehmen wie Amazon, Apple und Starbucks *Robertson*, in: Jahrbuch Beihilferecht 2015, S. 419 ff.; umfassend zu steuerlichen Beihilfen *Schön*, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 106 ff.; *Götz*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III., Rn. 130 ff.
- ⁵⁷ Der durch den unionsrechtlichen Anspruch auf umfassende Wettbewerbskontrolle einerseits und nationale Souveränitätsansprüche andererseits hervorgerufene Konflikt wird nicht zu Unrecht auch als „Achillesferse des Systems der Beihilfeaufsicht“ bezeichnet, vgl. *Rodi*, in: FS Selmer, S. 479, 482.
- ⁵⁸ *Van der Hout*, ZEuS 2015, 391, 399, 404, beschreibt die europäische Beihilfenkontrolle daher treffend als „Allzweckwaffe zur Durchsetzung politisch wünschenswerter Strukturreformen“ und als „Ersatzstrukturpolitik“; pointiert *Bultmann*, Beihilfe- und Vergaberecht, S. 22: „Aus der Sicht der begünstigten Akteure erscheint die Beihilfenaufsicht der Europäischen Kommission wie eine Riesenkrake, die mit ihren Tentakeln alle Bereiche des öffentlichen Wirtschaftslebens erfasst.“
- ⁵⁹ *Mähring*, JuS 2003, 448; *Soltész*, EuZW 2017, 51, 58; vgl. auch *Grziwotz*, ZfIR 2004, 53.
- ⁶⁰ Die Kommission erkannte in dem Finanzierungsmechanismus eine staatliche Beihilfe, vgl. Beschl. v. 25.11.2014, ABl. 2015 L 250/122; vgl. auch EuG, Urt. v. 10.5.2016, T-47/15, ECLI:EU:T:2016:281 (Deutschland/Kommission).
- ⁶¹ Vgl. etwa die Aufforderungen der Kommission v. 6.3.2013, ABl. 2013 C 116/19 und v. 7.3.2014, ABl. 2014 C 69/115; zu „Sport und Beihilferecht“ umfassend *Leeb*, in: Jahrbuch Beihilferecht 2015, S. 399 ff.; vgl. auch *Geulen*, NVwZ 2017, 1663 ff.
- ⁶² Die Kommission hat das Vorliegen einer Beihilfe jüngst verneint, Kommission, Beschl. v. 26.10.2015, C (2015), 7225 final.
- ⁶³ Der EuGH erkannte in dem Busspurprivileg letztlich keine Beihilfe, vgl. EuGH, Urt. v. 14.1.2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 31 ff. (Eventech).
- ⁶⁴ Hierzu *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3132, der von einer „Allzuständigkeit“ der Kommission spricht und die „unablässige Ausweitung des Anwendungsbereichs der Beihilfekontrolle“ kritisiert; *ders.*, EuZW 2015, 277 f., ist der Auffassung, mittlerweise werde „fast jede erdenkliche Regelung unter dem Blickwinkel des Beihilferechts geprüft“, welches sich daher als „Rechtsunsicherheitsfaktor und als Transaktionshemmnis“ erweisen könne.

III. Gang der Darstellung

Die weitere Darstellung wird im Wesentlichen folgenden Verlauf nehmen: Zunächst werden die zentralen primär- und sekundärrechtlichen Normen des europäischen Beihilfenrechts überblicksartig vorgestellt (**B**). Im Rahmen der sich daran anschließenden Untersuchung des materiellen Beihilfenverbots nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sollen der „Schlüsselbegriff“ der Beihilfe näher erläutert und der in der Rechtsprechung der Unionsgerichte ganz zentrale sog. Privatinvestorentest eingehend erörtert werden (**C**). Es wird ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen auch privatrechtliche Austauschverträge mit der öffentlichen Hand eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung enthalten können, und kritisch aufgezeigt, dass die kontinuierliche Ausdehnung des Beihilfentatbestandes sowie eine nur schwer vorherzusehende und uneinheitliche Anwendung der Kriterien des Private-Investor-Tests durch die Kommission und die europäischen Gerichte dazu führen, dass die Parteien sich des Beihilfencharakters des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oftmals überhaupt nicht bewusst sein können. Sodann werden kurz die relevanten verfahrensrechtlichen Vorgaben dargestellt, die Mitgliedstaaten bei der beabsichtigten Vergabe von Beihilfen einzuhalten haben. Der Fokus liegt insoweit auf der Notifikationspflicht und dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 1, 3 AEUV (**D**). Anschließend wird aufgezeigt, welch weitreichende Kompatibilitätsprobleme eine Rückforderungsanordnung der Kommission für die nationale Rechtsordnung verursachen kann. In diesem Zusammenhang wird insbesondere thematisiert, inwieweit die Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen einer Rückforderungsanordnung entgegengehalten werden kann. Ausführlich beleuchtet wird auch die jüngst durch ein Urteil des EuGH wieder neu aufgeworfene Frage, ob das Unionsrecht eine Rückforderung auch privatrechtlich gewährter Beihilfen per Verwaltungsakt gebietet (**E**). Im Anschluss daran erfolgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen unionsrechtswidriger staatlicher Beihilfen im deutschen Zivilrecht. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Frage, wie sich die Vorgaben des Gerichtshofs zum Private Enforcement möglichst schonend in die nationale Privatrechtsordnung integrieren lassen. Das Beihilfenrecht ist ein Rechtsgebiet, das exemplarisch für die Problematik einer mehrstufigen Rechtsordnung steht, auf deren erster Stufe durch die Unionsgerichte ein Ergebnis vorgegeben wird, das auf der zweiten Stufe der einzelstaatlichen Rechtsordnungen systemgerecht vollzogen werden muss.⁶⁵ Dementsprechend hat der Gerichtshof die Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte innerhalb der Beihilfenkontrolle in einer Vielzahl von Judikaten immer weiter konkretisiert und fortentwickelt, ohne ihnen aber die rechtstechnische Umsetzung im Detail vorzuschreiben. Es erscheint daher zweckdienlich, zunächst die Rechtsprechung des EuGH zu den Aufgaben und Befugnissen der nationalen Gerichte nachzuzeichnen und zu untersuchen, über welchen Spielraum die Gerichte in den Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben überhaupt verfügen (**F**). Anschließend soll die BGH-Judikatur einer kritischen Würdigung unterzogen und herausgearbeitet werden, dass weder die in bisheriger ständi-

⁶⁵ Vgl. Kainer, LMK 2013, 350127.

ger Rechtsprechung angenommene Gesamtnichtigkeit des der Beihilfe zugrundeliegenden Vertrags noch die nun mit Urteil vom 5.12.2012 vollzogene Kehrtwende hin zu einer weitgehenden, im Belieben der Parteien stehenden Aufrechterhaltung dieser Verträge mit beihilferechtskonformem Inhalt zu überzeugen vermag. Schließlich wird näher begründet, warum die schwebende Unwirksamkeit, die in der Literatur wiederholt als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot postuliert wurde und nach wie vor wird⁶⁶ sowie in der Rechtsprechung der Instanzgerichte vor dem „Machtwort“ des BGH auch bereits ausgeurteilt wurde⁶⁷, eine dogmatisch tragfähige Alternativlösung zu den beiden Extrempositionen der bisherigen Judikatur des BGH darstellt (**G**). Die Arbeit schließt mit einer kurzen Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Thesen (**H**).

⁶⁶ Vgl. etwa *Roth*, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 133, 156 ff.; *Pütz*, Das Beihilfeverbotsrecht, S. 63 ff.; *ders.*, NJW 2004, 2199, 2200 f.; *Quardt/Nielandt*, EuZW 2004, 201, 204; *Bartosch*, EuZW 2008, 235, 239; *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 323, 325; *Maier/Bäuerle*, Kommunalwirtschaft 2013, 500, 504.

⁶⁷ OLG Hamm, Urt. v. 8.3.2003, Az. 31 U 140/98 (nicht veröffentlicht).

B. Überblick über die wichtigsten Rechtsquellen des europäischen Beihilfenrechts

I. Primärrechtliche Normen

Den materiellen Kern des europäischen Beihilfenrechts bildet Art. 107 AEUV, der in seinem ersten Absatz ein prinzipielles Verbot staatlicher oder aus staatlichen Mitteln gewährter Beihilfen etabliert und in den Absätzen 2 und 3 Ausnahmetatbestände vorsieht, die bestimmte Formen von Beihilfen ipso iure für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären bzw. infolge von Ermessensentscheidungen der Kommission legalisieren. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch Art. 106 Abs. 2 AEUV, der – obgleich er in Abschnitt 1 der Wettbewerbsregeln des AEUV normiert ist und somit systematisch zu den unternehmensbezogenen Vorschriften gehört – in ständiger Rechtsprechung und Kommissionspraxis als weitere Ausnahmeregel zu Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert wird.⁶⁸ Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV sind Unternehmen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, unter gewissen Voraussetzungen von den Wettbewerbsregeln freigestellt. Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet eine spezielle Genehmigungsgrundlage für Beihilfen, mit denen die im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Aufgaben anfallenden Kosten ausgeglichen werden sollen. Anliegen dieser Bereichsausnahme ist es, das öffentliche Interesse der Mitgliedstaaten an der Erfüllung grundlegender Aufgaben von allgemeiner Bedeutung und am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrumente der Wirtschafts- und Sozialpolitik mit dem Interesse der Union an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln auszusöhnen.⁶⁹

Eine ganz zentrale Bedeutung innerhalb des Beihilfenregimes kommt daneben Art. 108 AEUV zu, der diesen materiell-rechtlichen Bestimmungen ein Grundgerüst an verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Seite stellt und die herausgehobene Stellung der Kommission in der europäischen Beihilfenkontrolle unterstreicht. Art. 108 Abs. 1 AEUV betrifft das Verfahren bei bestehenden Beihilferegelungen und verpflichtet die Kommission, diese fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten zu überprüfen und zweckdienliche Maßnahmen im Interesse einer fortschreitenden Entwicklung und des Funktionierens des Binnenmarktes vorzuschlagen. Art. 108 Abs. 2 AEUV beschreibt das kontradiktoriale Verfahren zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten und ermächtigt die Kommission, von den Mitgliedstaaten zu ver-

68 *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 106 Abs. 2 AEUV, Rn. 1 m.w.Nachw. aus der Rechtsprechung.

69 *Storr*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 106 Abs. 2 AEUV, Rn. 2390; *Klotz*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 106 AEUV, Rn. 56; aus der Rechtsprechung EuGH, Urt. v. 23.10.1997, C-159/94, Slg. 1997, I- 5815, Rn. 55 (EDF/GDF); Urt. v. 20.4.2010, C-265/08, Slg. 2010, I-3377, Rn. 28 (Federutility); Urt. v. 21.12.2011, C-242/10, Slg. 2011, I-13665, Rn. 41 (Enel).

langen, wettbewerbsverfälschende Beihilfen aufzuheben oder umzugestalten. Indem die Mitgliedstaaten schließlich beabsichtigte Beihilfemaßnahmen nach Art. 108 Abs. 3 AEUV vorab bei der Kommission zu notifizieren haben und erst nach einem abschließenden Beschluss der Kommission einführen dürfen, wird der Kommission eine effektive Kontrolle über neue Beihilfen ermöglicht und diese in die Lage versetzt, die Rechtmäßigkeit der geplanten Beihilfe vor deren Durchführung zu überprüfen. Mit dem Ziel einer bestmöglichen Absicherung des grundsätzlichen Beihilfenverbots nach Art. 107 AEUV schreibt Art. 108 AEUV somit ein repressives wie auch ein präventives Verfahren vor.

Abgerundet werden die primärrechtlichen Normen des Beihilfenrechts schließlich durch Art. 109 AEUV, der eine besondere Legislativbefugnis des Rates enthält⁷⁰ und diesen ermächtigt, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments zweckdienliche Durchführungsverordnungen zu Art. 107 und Art. 108 AEUV zu erlassen und die Bedingungen für die Anwendung des Art. 108 Abs. 3 AEUV sowie diejenigen Arten von Beihilfen festzulegen, die von dem Notifizierungsverfahren und demzufolge auch vom Durchführungsverbot ausgenommen sind.

II. Sekundärrechtsakte und „soft law“

Von der ihm nach Art. 109 AEUV zustehenden Kompetenz hat der Rat über viele Jahrzehnte keinen Gebrauch gemacht.⁷¹ Das europäische Beihilfenrecht bestand daher lange Zeit nur aus dem Primärrecht. Die Kommission ist aber ab den 1970er Jahren dazu übergegangen, den vom Primärrecht vorgegebenen Rahmen in zunehmendem Maße durch Instrumente des soft law auszufüllen.⁷² So hat sie mittlerweile eine Vielzahl von Bekanntmachungen, Mitteilungen, Leitlinien und Unionsrahmen erlassen, mit denen sie fallgruppenbezogen ihr Verständnis des Beihilfenbegriffs erläutert, ihre Ermessensausübung im Rahmen der relativ konturenlosen Genehmigungstatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV festlegt und eine gleichförmige und diskriminierungsfreie Verwaltungspraxis zu gewährleisten versucht.⁷³ Die verschiedenen Instru-

⁷⁰ Befugnisse innerhalb der Beihilfenkontrolle verleiht das Primärrecht dem Rat daneben noch in Art. 107 Abs. 3 lit. e) und Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 AEUV.

⁷¹ Vgl. auch *Erlbacher*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 109 AEUV, Rn. 7; *Gaitanides*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 109 AEUV, Rn. 847 f.

⁷² *Heinrich*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 55, spricht von „tertiärrechtlicher Ebene“; ebenso *Birnstiel*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 5; *Götz*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III., Rn. 27.

⁷³ Genannt seien hier exemplarisch nur die „Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl. 1994 C 368/12, sowie die „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand“, ABl. 1997 C 209/3. Die Mitgliedstaaten sind zur Befolgung des von der Kommission in Form von Gemeinschaftrahmen oder Leitlinien erlassenen Rechts jedoch grds. nicht gebunden, sondern nur dann, wenn sie dem jeweiligen Rechtsakt ausdrücklich zugestimmt haben. Die Kommission ist durch den AEUV nämlich nicht befugt, auf dem Gebiet des Beihilfenrechts rechtsetzend tätig zu werden, vgl. GA *Mischo*, Schlussanträge v. 12.3.2002, C-242/00,

mente des soft law haben die Entscheidungspraxis der Kommission transparenter gemacht und zu einer durch den unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung abgesicherten Selbstbindung der Kommission bei ihrer Ermessensausübung geführt.⁷⁴ Hervorzuheben ist insoweit die im Jahr 2016 verabschiedete Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, in der die Kommission die bislang ergangene Rechtsprechung sowie die Kommissionspraxis zur Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV umfassend aufarbeitet und detailliert ausführt, wann – aus ihrer Perspektive – eine Beihilfe vorliegt.⁷⁵ Die dort dargelegte Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist zwar nicht rechtlich bindend, doch führt sie freilich zu einer erheblichen faktischen Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten, die gehalten sind, die von der Kommission angeführten Kriterien einzuhalten, um einer ansonsten drohenden Aussetzungs- bzw. Rückforderungsanordnung und einem Verfahren vor den Unionsgerichten zu entgehen.

Inzwischen ist auch eine verstärkte und für die Beihilfenkontrolle ganz bedeutende sekundärrechtliche Ausgestaltung des Beihilfenrechts zu konstatieren. Wesentliche Sekundärrechtsakte sind allen voran die Verfahrensverordnung VO 2015/1589 (VVO) sowie die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung VO 651/2014 (AGVO) der Kommission.⁷⁶ Der Rat hat 1999 zum ersten Mal gestützt auf Art. 109 AEUV eine Verfahrensverordnung erlassen, um das von Art. 108 AEUV nur sehr rudimentär geprägte Verfahren, das maßgeblich durch die Rechtsprechung der Unionsgerichte und die Kommissionspraxis über die Jahrzehnte hinweg weiterentwickelt und konkreter ausgeformt worden ist, abschließend in einem kohärenten Text zu kodifizieren.⁷⁷ Ziel war es, das zersplitterte und durch das case law des Gerichtshofs immer unübersichtlicher gewordene Verfahren transparenter zu gestalten und die Rechtssicherheit für

ECLI:EU:C:2002:164, Rn. 62, 64 (Deutschland/Kommission); *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rn. 3, 6; umfassend *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rn. 9 ff.; gleichwohl haben sich die Leitlinien im Laufe der Zeit „von einem interpretierenden Text zu einer quasi-Gesetzgebung“ entwickelt, vgl. *Sinnaeve*, EuZW 2001, 69, 70; *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, S. 104, attestiert ihnen eine „mittelbar-faktische Bindungswirkung“; v. *Danwitz*, JZ 2000, 429, 434, ist der Auffassung, dass Rechtsprechung und Lehre in der rechtsdogmatischen Erfassung dieser Regelwerke noch „ganz am Anfang“ stehen.

⁷⁴ *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, AGVO, Rn. 3; *Birnstiel*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 5, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rn. 1061 f.; *Kreuschitz*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 538 ff.; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, § 8, Rn. 12; vgl. auch *Vejseli*, Durchführungsverbot und die nachträgliche Beihilfegenehmigung, S. 3; dass die Kommission berechtigt ist, sich innerhalb der Grenzen des Primärrechts in ihrer Entscheidungspraxis selbst zu binden, ist von den Unionsgerichten anerkannt, vgl. EuGH, Urt. v. 13.6.2002, C-382/99, Slg. 2002, I-5163, Rn. 24 (Niederlande/Kommission); Urt. v. 29.4.2004, C-278/00, Slg. 2004, I-3997, Rn. 98 (Griechenland/Kommission); EuG, Urt. v. 30.4.1998, T-214/95, Slg. 1998, II-717, Rn. 79 (Vlaamse Gewest/Kommission); Urt. v. 6.4.2006, T-17/03, Slg. 2006, II-1139, Rn. 42 (Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Kommission); vgl. auch *Jestaedt/Schweda*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 14, Rn. 26 m.w.Nachw.

⁷⁵ Bekanntmachung v. 19.7.2016, ABl. 2016 C 262/1; zu den wesentlichen Inhalten *Meßmer*, KommJur 2017, 1 ff.; *Stöbener de Mora*, EuZW 2016, 685 ff.

⁷⁶ Praktische Bedeutung kommt daneben auch der De-minimis-Verordnung (VO 1407/2013) zu.

⁷⁷ Ausführlich zu der ursprünglichen Verfahrensverordnung *Slot*, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 43 ff.; *Sinnaeve*, EuZW 1998, 268 ff.; *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 ff.

die betroffenen Mitgliedstaaten und Unternehmen zu erhöhen.⁷⁸ Die erste Reform erfolgte 2013, bevor im Jahr 2015 eine Kodifizierung und Neubekanntmachung durch die VO 2015/1589 erfolgte.

Die Verfahrensverordnung enthält detaillierte Regelungen über das Verfahren bei notifizierten wie auch nicht notifizierten Beihilfen, zu Prüfungsumfang und -befugnissen der Kommission sowie Vorgaben für die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen.⁷⁹ Bedeutsam ist die Verfahrensverordnung vor allem auch deshalb, weil sie in einigen ganz zentralen Punkten betreffend insbesondere die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen über die bisherige Judikatur des Gerichtshofs hinausgeht, indem sie die Anforderungen gegenüber den Mitgliedstaaten zum Teil ganz erheblich verschärft und die Befugnisse der Kommission ausweitet. Diese kann beispielsweise auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 2 VVO – entgegen der bis dahin ergangenen Rechtsprechung des EuGH⁸⁰ – unter gewissen Voraussetzungen die Rückforderung bloß formell rechtswidriger Beihilfen anordnen, ohne die Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt überprüfen zu müssen.

Durchaus als „Meilenstein in der Modernisierung des Beihilfenrechts“⁸¹ kann die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung eingestuft werden, die im Juli 2014 in Kraft getreten ist.⁸² Beihilfen, welche die Voraussetzungen der AGVO erfüllen, sind von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt und werden ex ante als nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.⁸³ Da zahlreiche Beihilfegruppen dem Freistellungsregime unterworfen sind, sind die praktischen Folgen der AGVO ganz erheblich. Die Kommission geht davon aus, dass ca. drei Viertel der staatlichen Beihilfemaßnahmen und rund zwei Drittel der Beihilfebeiträge in den Anwendungsbereich der AGVO fallen.⁸⁴ Damit einher gehen eine enorme Verfahrensvereinfachung für die beihilfegewährenden nationalen Stellen, die sich hinsichtlich der von der AGVO erfassten Beihilfen keinem präventiven Anmeldeverfahren zu unterziehen brauchen, sowie eine spürbare Entlastung der Kommission, die

78 Vgl. Sinnaeve, EuZW 1998, 268.

79 Weitergehende Bestimmungen etwa zu den Einzelheiten der Anmeldung von Beihilfemaßnahmen, zur Behandlung von Beschwerden seitens der Wettbewerber oder Regeln zur Fristenberechnung und zum anzuwendenden Zinssatz bei der Rückforderung erhält die auf der Grundlage der VVO angenommene Durchführungsverordnung VO 372/2014.

80 Grundlegend EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307 (Boussac).

81 So auch die Einschätzung der Kommission selbst in ihrem Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014, COM (2015) 247 final, S. 15.

82 Der Rat hat durch die sog. Ermächtigungsverordnung 994/98 von der ihm nach Art. 109 AEUV eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, Arten von Beihilfen festzulegen, die vom Notifizierungsverfahren des Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV ausgenommen sind. Auf dieser Grundlage hat die Kommission zunächst drei Gruppenfreistellungsverordnungen betreffend Ausbildungsbeihilfen (VO 68/2001), De-minimis-Beihilfen (VO 69/2001) und zugunsten von KMU (VO 70/2001) angenommen. Eine umfassende Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (VO 800/2008) wurde im Jahre 2008 angenommen. Rechtsgrundlage der aktuellen AGVO (VO 651/2014) bilden Art. 108 Abs. 4 AEUV sowie die Ermächtigungsverordnung 994/98, die durch die Verordnung 733/2013 geändert und um zahlreiche weitere Beihilfegruppen erweitert wurde.

83 Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, AGVO, Rn. 1.

84 Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014, COM (2015) 247 final, S. 15.

sich – entsprechend der Zielsetzung der Modernisierung des Beihilfenrechts –⁸⁵ auf die Fälle mit besonders massiven Auswirkungen auf den Binnenmarkt fokussieren kann. Die AGVO bedingt auch eine grundlegende Neuausrichtung des in Art. 108 AEUV und der VVO angelegten Kontrollsystems, indem angemeldete Beihilfen nicht mehr den Regelfall darstellen und keine ex-ante-Kontrolle jeder einzelnen Beihilfe mehr stattfindet.⁸⁶ Stattdessen findet eine präventive Kontrolle ausschließlich auf der mitgliedstaatlichen Ebene statt, die zu prüfen hat, ob die beabsichtigte Maßnahme von der AGVO gedeckt ist. Die Kommission ist im Anwendungsbereich der AGVO auf eine ex-post-Kontrolle beschränkt.⁸⁷

III. Geltungsbereich der Beihilferegeln

Die Art. 107-109 AEUV gelten grundsätzlich für sämtliche wirtschaftlichen Tätigkeiten in allen Sektoren, sodass alle Wirtschaftszweige von den Beihilferegeln erfasst werden. Dieses „Prinzip der universellen Anwendung“⁸⁸ wird jedoch durch einige wenige Sonderregelungen durchbrochen, die bestimmte Sektoren von der allgemeinen Beihilfenkontrolle ausnehmen oder deren Anwendung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. Für den Agrarsektor bestimmt Art. 42 AEUV, dass die Wettbewerbsregeln und somit auch das Beihilfenrecht nur insoweit Anwendung finden, als das Europäische Parlament und der Rat dies unter Berücksichtigung der Ziele des Art. 39 AEUV im Rahmen des Art. 43 Abs. 2 AEUV bestimmen. Die Anwendbarkeit des Beihilfenkontrollsystens im Bereich der Landwirtschaft steht somit unter dem Vorbehalt, dass ein entsprechender Sekundärrechtsakt dies vorschreibt. Für das Verkehrssehen ist Art. 93 AEUV zu beachten. Auf die allgemeinen Vorschriften der Art. 107 ff. AEUV kann in den Bereichen des Land- und Binnenschiffsverkehrssektors nur zurückgegriffen werden, wenn keine speziellen Sekundärrechtsakte vorliegen.⁸⁹

Keine Anwendung finden die Art. 107 ff. AEUV auch auf Unionsbeihilfen⁹⁰, denen im Zeichen der Wachstumsstrategie der Union zur Erreichung der Ziele von „Eu-

⁸⁵ Vgl. hierzu Heinrich, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 79 ff.

⁸⁶ Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, AGVO, Rn. 3, 21.

⁸⁷ Obgleich eine wirksame Ex-post-Kontrolle nach der Konzeption der AGVO entscheidend ist, hat die Kommission ihre Kompetenzen in diesem Bereich bisher nur mit größter Zurückhaltung ausgeübt, vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, AGVO, Rn. 30: „Tatsächliches Kontrolldefizit“; Ehlermann, in: FS Schwarze, S. 577, 588 ff. Auch Wettbewerber machen von ihren Rechtsschutzmöglichkeiten im Anwendungsbereich der AGVO kaum Gebrauch. In ihrem Evaluierungsbericht zu den besonderen Gruppenfreistellungsverordnungen im Jahr 2006 konstatierte die Kommission, dass vor nationalen Gerichten von Konkurrenten keine einzige Klage gegen eine unter Anwendung der Freistellungsverordnung gewährte Beihilfe erhoben wurde, vgl. KOM (2006) 831 endg., S. 12.

⁸⁸ Mederer, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Vorb. zu Art. 107-109 AEUV, Rn. 17.

⁸⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn 106 ff. (Altmark Trans); Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 31.

⁹⁰ Hierzu zählen u.a. Beihilfen für die Erzeugung und Verteilung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen durch den EAGFL (Art. 40 AEUV), Beihilfen des Europäischen Sozialfonds (Art. 162 AEUV) und Beteiligungen durch den EFRE (Art. 176 AEUV); umfassende Darstellung bei Petzold, in: NK-Beihilfenrecht, Unionsbeihilfen, Rn. 32 ff.

ropa 2020“⁹¹ immer größere Bedeutung zukommt.⁹² Bereits aus dem Tatbestandsmerkmal der „Staatlichkeit“ in Art. 107 Abs. 1 AEUV folgt, dass Beihilfen, die aus dem Haushalt der Union stammen und von den Organen der EU gewährt werden, nicht von Art. 107 ff. AEUV erfasst werden.⁹³ Ebenso wenig unterfallen solche Beihilfen dem Kontrollregime, die zwar aus Mitteln der Union finanziert, aber von den Mitgliedstaaten ausgezahlt werden, sofern diese bei der Gewährung durch Vorgaben auf Unionsebene gebunden sind und über keinerlei eigenes Ermessen verfügen. Diese Fördermaßnahmen sind den einzelnen Mitgliedstaaten nicht zurechenbar.⁹⁴ Um Handelsbeeinträchtigungen zu vermeiden und eine Zugangs- und Chancengerechtigkeit sicherzustellen, empfiehlt sich für Unionsbeihilfen daher ein Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts sowie die Gewährleistungen der Grundrechte-Charta (GRC), an die alle Unionsorgane gem. Art. 51 GRC gebunden sind. Herangezogen werden kann insoweit der allgemeine Gleichheitssatz, der durch das in Art. 20 GRC verankerte Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz sowie das umfassende Verbot der Diskriminierung nach Art. 21 GRC konkretisiert wird.⁹⁵ Zudem sind Unionsbeihilfen am Maßstab des WTO-Subventionsrechts zu messen.⁹⁶

IV. Verhältnis zu anderen Vertragsvorschriften

Angesichts einer – von der Kommission praktizierten und den Unionsgerichten weitgehend gebilligten – extensiven Auslegung des Beihilfenbegriffs steigt die Anzahl der Fälle, in denen sich die Beihilfenvorschriften mit anderen Bestimmungen des AEUV überschneiden. Die Beihilferegeln stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis vor allem zum allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV, zu den Grundfreiheiten des AEUV sowie zu den kartellrechtlichen Vorschriften nach Art. 101, 102 AEUV.

⁹¹ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 23 ff.

⁹² Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 43 ff.

⁹³ Kritisch in Bezug auf die lediglich haushaltsrechtliche Kontrolle durch den Europäischen Rechnungshof Koenig/Kühling, EuZW 1999, 517, 519 f. Im Schrifttum wird auch eine analoge Anwendung der Art. 107 ff. AEUV auf wettbewerbsverfälschende Unionsbeihilfen angenommen, vgl. etwa Caspari, in: FS v. d. Groeben, S. 69, 79 f.; Schwintowski, RabelsZ 58 (1994), 232, 245; explizit dagegen zuletzt Englisch, EuR 2009, 488, 489 f. m.w.Nachw. bei Fn. 13; vgl. auch Müller-Graff, ZHR 152 (1988), 403, 414.

⁹⁴ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 44.

⁹⁵ Petzold, in: NK-Beihilfenrecht, Unionsbeihilfen, Rn. 17 ff.; Cichy, Wettbewerbsverfälschung durch Gemeinschaftsbeihilfen, S. 188 ff. Soweit sich Unionsbeihilfen auf den gesamten Binnenmarkt beziehen, wird ihnen oftmals bereits eine wettbewerbsverzerrende Wirkung abgesprochen, vgl. EuGH, Urt. v. 16.7.1998, C-298/96, Slg. 1998, 4746, Rn. 37 (Oelmühle Hamburg u.a.).

⁹⁶ Kühling, in: Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 11; Petzold, in: NK-Beihilfenrecht, Unionsbeihilfen, Rn. 23; ausführlich Weiß, in: Ehlers/Wolfgang/Schröder, S. 21 ff.

1. Art. 18 AEUV

Es entspricht der Natur staatlicher Beihilfen, dass nur im Hoheitsgebiet des gewährnden Staates ansässige Unternehmen in den Genuss der Fördermaßnahme kommen. Eine solche bloß territoriale Begrenzung der Maßnahme ist vor dem Hintergrund des Art. 18 AEUV jedenfalls dann unschädlich, wenn die Beihilfen unterschiedslos hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Herkunft des Empfängers gewährt werden, also auch solche Unternehmen von ihnen profitieren können, die beispielsweise ihren Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat haben oder deren Kapital sich mehrheitlich in ausländischen Händen befindet.⁹⁷ Art. 18 AEUV untersagt grds. jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Beihilfen, die ausschließlich Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates gewährt werden, verstößen daher nach Ansicht der Kommission gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, sofern sie nicht unterschiedslos auch Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zugute kommen.⁹⁸ Das Verbot greift jedoch ausdrücklich „unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge“ und findet demzufolge nur auf solche Sachverhalte Anwendung, für die kein besonderes Diskriminierungsverbot normiert ist.⁹⁹ Ein solches besonderes Diskriminierungsverbot enthalten aber auch die unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften, welche nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an den jeweiligen sektorbezogenen geografischen Markt anknüpfen.¹⁰⁰ Neben Art. 107 AEUV bleibt für eine autonome Anwendung des Art. 18 AEUV somit kein Raum; dieser wird von den Beihilfenvorschriften als abschließenden Spezialregelungen verdrängt.¹⁰¹

2. Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes

Das Beihilfenrecht und die Grundfreiheiten verfolgen das gemeinsame Ziel, einen grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr im Binnenmarkt unter wettbewerblichen

⁹⁷ 22. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1992), S. 253; vgl. auch *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 21; *Mederer*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Vorb. zu Art. 107-109 AEUV, Rn. 21.

⁹⁸ Mitteilung der Kommission v. 17.12.1992, ABl. 1992 C 333/11 (Deutsches Filmförderungsgesetz).

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 30.5.1989, C-305/87, Slg. 1989, 1461, Rn. 12 (Kommission/Griechenland); Urt. v. 10.12.1991, C-179/90, Slg. 1991, I-5889, Rn. 11 (Merci convenzionali porto di Genova); Urt. v. 14.7.1994, C-379/92, Slg. 1994, I-3453, Rn. 18 (Matteo Peralta); EuG, Urt. v. 13.1.2004, T-158/99, Slg. 2004, II-1, Rn. 146 (Thermenhotel Stoiser Franz); *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 107 AEUV, Rn. 14; *Schwab*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 32.

¹⁰⁰ EuG, Urt. v. 13.1.2004, T-158/99, Slg. 2004, II-1, Rn. 147 (Thermenhotel Stoiser Franz); *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 107 AEUV, Rn. 14; *Schwab*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 32; *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 21.

¹⁰¹ So auch explizit *Schwab*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 32; wohl auch, wenngleich weniger deutlich, *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 107 AEUV, Rn. 14: nicht „autonom“ anwendbar; a.A. *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 21, der davon ausgeht, dass eine mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe, die gegen Art. 18 AEUV verstößt, nicht genehmigungsfähig sei. Ebenso *Mederer*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Vorb. zu Art. 107-109 AEUV, Rn. 21.

Bedingungen sicherzustellen.¹⁰² Während die Grundfreiheiten den Staat in seiner Rolle als Hoheitsträger binden, begrenzen die beihilfenrechtlichen Vorgaben die öffentliche Hand in ihrer Funktion als Leistungsgewährer und verhindern somit, dass die Mitgliedstaaten die Marktfreiheiten durch eine umfangreiche Beihilfengewährung unterminieren.¹⁰³ Der Gerichtshof hat klargestellt, dass eine Prüfung nach Art. 108 AEUV „niemals zu einem Ergebnis führen darf, das zu den besonderen Vorschriften des Vertrags in Widerspruch steht“.¹⁰⁴ Kommt die Kommission somit in einem beihilfenrechtlichen Prüfverfahren zu dem Ergebnis, dass eine Maßnahme eine nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV grds. genehmigungsfähige Beihilfe darstellt, darf sie diese gleichwohl nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar einstufen, wenn die Beihilfe wegen einer ihrer Modalitäten gegen eine Grundfreiheit verstößt.¹⁰⁵ Sind hingegen nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt, steht der Kommission im Prüfverfahren keine Kompetenz zu, die betreffende Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu überprüfen.¹⁰⁶ Hintergrund dieses Verbots ist Art. 5 Abs. 1, 2 EUV, wonach die Kommission als Unionsorgan nur im Rahmen der ihr durch den Vertag eingeräumten Befugnisse tätig werden darf. Während die Kommission im Rahmen des Beihilfenverfahrens eine Befugnis zum Erlass einer verfahrensabschließenden Entscheidung besitzt, ist sie zur Ahndung von Verstößen gegen die Grundfreiheiten auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV beschränkt.¹⁰⁷

3. Die Kartellvorschriften der Art. 101 f. AEUV

Da die beihilfenrechtlichen Vorschriften ebenso wie die kartellrechtlichen Normen Teil des unionalen Wettbewerbsrechts sind, muss die Kommission Widersprüche zwischen den beiden Regelungsregimen vermeiden (sog. Kohärenzprinzip).¹⁰⁸ Ange-

¹⁰² Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 119.

¹⁰³ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 10; vgl. auch Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 107 AEUV, Rn. 5; Möschel, Den Staat an die Kette legen, S. 58; Langer, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, S. 277.

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 21.5.1980, C-73/79, Slg 1980, 1533, Rn. 11 (Kommission/Italien); Urt. v. 20.3.1990, C-21/88, Slg. 1990, I-889, Rn. 20 (Du Pont de Nemours Italiana); Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 41 (Matra); Urt. v. 19.9.2000, C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Rn. 78 (Deutschland/Kommission); Urt. v. 3.5.2001, C-204/97, Slg. 2001, I-3175, Rn. 41 (Portugal/Kommission); Urt. v. 23.4.2002, C-234/99, Slg. 2002, I-3657, Rn. 54 (Niels Nygard). Zu den Folgen für die Beihilfekontrolle Bartosch, ZIP 2000, 2010, 2014 ff.

¹⁰⁵ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 22.3.1977, C-74/76, Slg. 1977, 557, Rn. 17 (Ianelli/Meroni); Urt. v. 27.5.1981, C-142/80, Slg. 1981, 1413 (Salengo); Urt. v. 5.6.1986, C-103/84, Slg. 1986, 1759, Rn. 19 (Kommission/Italien). Zu den daraus resultierenden Kompetenz- und Verfahrenskonflikten ausführlich Schwab, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 34 ff.

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 19.9.2000, C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Rn. 76 (Deutschland/Kommission); Schwab, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 35; Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 120.

¹⁰⁷ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 4.

¹⁰⁸ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 9 m.w.Nachw.; Schwab, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 54.

sichts der Notwendigkeit einer widerspruchsfreien Wettbewerbsordnung darf die Kommission keine Beihilfen genehmigen, aus deren Gewährung ein anderer Wettbewerbsverstoß wie etwa der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung resultieren kann.¹⁰⁹ Die Kommission ist daher verpflichtet, im Rahmen ihrer beihilfenrechtlichen Vereinbarkeitsprüfung die Wettbewerbsregeln insgesamt zu berücksichtigen; über von einzelnen Wirtschaftsteilnehmern ausgehende Gefahren einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes darf die Kommission nicht hinwegsehen.¹¹⁰ Die Kommission muss ihre beihilfenrechtliche Prüfung aber nicht bis zum Abschluss einer von ihr parallel betriebenen Kartelluntersuchung aussetzen, wenn sie sich „aufgrund einer wirtschaftlichen Analyse des Sachverhalts ohne offensichtlichen Beurteilungsfehler“ davon überzeugt hat, dass kein Verstoß gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV gegeben ist.¹¹¹ Die jeweiligen kartell- und beihilfenrechtlichen Verfahren bleiben somit auch im Falle ihrer parallelen Anwendung grds. voneinander unabhängige Verfahren mit jeweils eigenständigen besonderen Regeln.¹¹² Ein Kartellrechtsverstoß kann allerdings zu einer beihilfenrechtlichen Rückforderung führen.¹¹³

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 41 ff. (Matra); EuG, Urt. v. 31.1.2001, T-197/97, Slg. 2001, II-303, Rn. 75 ff. (Weyl Beef); *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 4.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 43 (Matra); EuG, Urt. v. 18.9.1995, T-49/93, Slg. 1995, II-2501, Rn. 72 (SIDE); Urt. v. 31.1.2001, T-197/97, Slg. 2001, II-303, Rn. 75 (Weyl Beef); Urt. v. 31.1.2001, T-156/98, Slg. 2001, II-337, Rn. 113 (RJB Mining).

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 45 (Matra); *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 107 AEUV, Rn. 19; *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 129; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 9.

¹¹² *Schwab*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 56; eine Entscheidung nach Art. 101 AEUV präjudiziert also nicht die Beurteilung der Maßnahme im beihilfenrechtlichen Prüfverfahren, vgl. *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 129; *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 107 AEUV, Rn. 19.

¹¹³ EuG, Urt. v. 15.7.1994, T-17/93, Slg. 1994, II-595, Rn. 47 (Matra); *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 128.

C. Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und privatrechtliche Verträge

I. Rechtsformen der Beihilfenvergabe in Deutschland

Nach der deutschen Rechtsordnung steht dem beihilfegewährenden Staat grundsätzlich ein Wahlrecht hinsichtlich der Rechtsform der Beihilfenvergabe zu.¹¹⁴ Die Verwaltung kann aufgrund dieser Formenwahlfreiheit¹¹⁵ Beihilfen durch Verwaltungsakt, im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrags oder auch durch rein privatrechtliche Verträge gewähren.¹¹⁶ Subventionen wurden in Deutschland ursprünglich als privatrechtlicher Vorgang angesehen, sodass die Subventionsvergabe bis in die 1950er Jahre ganz überwiegend privatrechtlich ausgestaltet und der fiskalischen Verwaltung zugerechnet wurde.¹¹⁷ Heutzutage sind Beihilfen regelmäßig gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtlich ausgestaltet. Auf der Grundlage der sog. Zweistufentheorie¹¹⁸ erfolgt die Subventionierung in zwei Schritten. Auf der ersten Stufe, die stets öf-

¹¹⁴ Ausführlich hierzu *Papier*, ZHR 152 (1988), 493 ff.; vgl. auch *Schmidt-Kötters*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 56, Rn. 15 f.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 1; *Bleckmann*, Subventionsrecht, S. 86; *Stober/Eisenmenger*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 56, IX.; *Staebe*, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen, S. 35; *Schwarze*, in: GS Martens, S. 819, 822; *Dickersbach*, NVwZ 1993, 846, 849 f.; *Gusy*, JA 1991, 327, 328; *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1989, 533 ff.; *Ossenbühl*, JuS 1979, 681, 686.

¹¹⁵ *Detterbeck*, Öffentliches Recht, Rn. 845 ff., 868; *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 903; *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 1, Rn. 104 f.; *Sodann/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67, Rn. 14 ff. m.w.Nachw.; *Unger*, in: *Schmidt/Wollenschläger*, § 8, Rn. 50; *Rennert*, in: *Eyermann*, VwGO, § 40, Rn. 45; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 1; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 473 ff.; *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 687; kritisch *Ehlers*, in: *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 42 ff.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S. 122 ff.

¹¹⁶ *Papier*, ZHR 152 (1988), 493, spricht insoweit von „genuine privatrechtlichen Subventionsverhältnissen“; vgl. auch *Kühling*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 29, Rn. 19; *Pütz*, Das Beihilfeverbot, S. 23; *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 73, 97.

¹¹⁷ *Bungenberg/Motzkus*, in: NK-Beihilfenrecht, Länderbericht Bundesrepublik Deutschland, Rn. 70; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 810; *Kühling*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 29, Rn. 19; *Gusy*, JA 1991, 327, 329; vgl. auch *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 56 ff.

¹¹⁸ Grundlegend *Ipsen*, in: FS Wacke, S. 139 ff.; s. a. *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 968 ff.; *Schlarmann/Krappel*, in: FS Battis, S. 257 ff.; ausführlich auch *Weißberger*, GewArch 2009, 417 ff., 465 ff.; *Kramer/Bayer/Fiebig/Freudenreich*, JA 2011, 810 ff.; vgl. aus der Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 12.1.1955, BVerwGE 1, 308, 309 f.; Urt. v. 31.8.1961, BVerwGE 13, 47, 52; Urt. v. 22.4.1970, BVerwGE 35, 170, 171 f.; Urt. v. 13.2.1974, BVerwGE 45, 13, 14; Urt. v. 8.9.2005, NJW 2006, 536, 537; BGH, Urt. v. 7.11.1963, NJW 1964, 196, 197; Urt. v. 25.10.1973, NJW 1974, 145, 146; zur Kritik an der Zweistufentheorie ausführlich *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 16 ff.

fentlich-rechtlicher Natur ist,¹¹⁹ wird zumeist durch Verwaltungsakt über das „Ob“ der Subventionierung, also über die Bewilligung, entschieden. Auf der zweiten Stufe werden sodann die Modalitäten der Gewährung und Abwicklung festgelegt, somit das „Wie“ der Gewährung näher ausgeformt. Dies kann sowohl in privatrechtlicher Form als auch – jedoch eher selten – in öffentlich-rechtlicher Form erfolgen.¹²⁰

Die Zweistufentheorie ist insbesondere dann relevant, wenn sich die öffentliche Hand zur Abwicklung der Subventionsvergabe eines privaten Subventionsmittlers, etwa einer Bank, bedient. Typischer Anwendungsfall sind insoweit Beihilfen in Form von Darlehens- oder Bürgschaftsverträgen.¹²¹ Eine einstufige, ausschließlich öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses kommt primär bei einmaligen, nicht zurückzuzahlenden Direktsubventionen, sog. verlorenen Zuschüssen, in Betracht. Die Bewilligung erfolgt in der Regel durch Verwaltungsakt, die anschließende Auszahlung wird als schlichtes Verwaltungshandeln qualifiziert.¹²²

Rein privatrechtliche Beihilfen spielen eine zentrale Rolle vor allem im Bereich der Realförderung, wenn die öffentliche Hand Sachleistungen zu Vorzugstarifen gewährt. Praktisch bedeutsam sind insbesondere der Verkauf von Immobilien und Grundstücken seitens der öffentlichen Hand sowie die Privatisierung öffentlicher Unternehmen zu Konditionen unterhalb des Marktwerts. Charakteristisch für solche sog. vergünstigten Verträge ist, dass sie nicht eine nachfolgende Beihilfegewährung zum Gegenstand haben, sondern – in Höhe der Differenz zum Marktpreis – selbst unmittelbar Beihilfeelemente aufweisen.¹²³ Es handelt sich hierbei um privatrechtliche Kaufverträge, denen keine Entscheidung über das „Ob“ des Vertragsschlusses durch Verwaltungsakt vorausgeht.¹²⁴

¹¹⁹ Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 688; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67, Rn. 19.

¹²⁰ Bungenberg/Motzkus, in: NK-Beihilfenrecht, Länderbericht Bundesrepublik Deutschland, Rn. 73.

¹²¹ BVerwG, Urt. v. 12.1.1955, BVerwGE 1, 308, 309 ff.; Urt. v. 23.7.1958, BVerwGE 7, 180 ff.; BGH, Urt. v. 29.5.1969, NJW 1969, 1434, 1435 f.; Detterbeck, Öffentliches Recht, Rn. 871; umfassend Harries, in: FS Werner, S. 201 ff.

¹²² Dies soll auch dann gelten, wenn die Auszahlung über eine Privatbank erfolgt, die nur als „Zahlstelle der Behörde“ fungiert, vgl. Detterbeck, Öffentliches Recht, Rn. 869.

¹²³ Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 73, 133.

¹²⁴ Bungenberg/Motzkus, in: NK-Beihilfenrecht, Länderbericht Bundesrepublik Deutschland, Rn. 70, 158; Kühling, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 29, Rn. 25. Solche Verkäufe stellen genuin privatrechtlich ausgestaltete Rechtsverhältnisse dar, vgl. Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 48; Triantafyllou, DÖV 1999, 51, 52; Reufels, Subventionskontrolle durch Private, S. 102; zur ausschließlich zivilrechtlichen Natur von Darlehen an Unternehmen, an denen der Staat als Mehrheitsgesellschafter beteiligt ist, Schroeder, ZHR 161 (1997), 805, 810; vgl. auch Deckert/Schroeder, EuR 1998, 291, 311.

II. Beihilfenrechtliche Relevanz privatrechtlicher Verträge

Am Beispiel der praxisrelevanten Konstellationen der Grundstücksverkäufe und Unternehmensprivatisierungen¹²⁵ soll illustriert werden, unter welchen Voraussetzungen rein zivilrechtliche Verträge zwischen dem Staat und privaten Marktteilnehmern beihilfenrechtlich relevant sind. Ein ganz entscheidender Stellenwert für die Einordnung solcher synallagmatischen Verträge als Beihilfen, die sich dadurch kennzeichnen, dass der vom Staat gewährten Leistung eine Gegenleistung des Vertragspartners gegenübersteht, die erstere unter Umständen zu kompensieren geeignet ist, kommt dem Merkmal der Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu, das in der Rechtsprechung der Unionsgerichte anhand des sog. Prinzips vom marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber¹²⁶ näher konkretisiert wird. Der Schwerpunkt der im Folgenden vorzunehmenden beihilfenrechtlichen Würdigung privatrechtlicher Austauschverträge soll deswegen auf der Tatbestandsvoraussetzung der Begünstigung liegen. Da die übrigen Elemente des Beihilfenbegriffs in diesen Konstellationen regelmäßig unproblematisch vorliegen, wird auf diese nur in der gebotenen Kürze eingegangen.

1. Der Begriff der Beihilfe

Dem Begriff der Beihilfe kommt als gesetzlichem Tatbestandsmerkmal der Art. 107 f. AEUV eine ganz herausragende Bedeutung für das unionsrechtliche Beihilfenkontrollsystem zu. Die Reichweite des Beihilfenbegriffs legt den Rahmen für die Aufsichtsbefugnisse der Kommission fest und bestimmt somit darüber, in welchem Ausmaß die mitgliedstaatliche Souveränität eingeschränkt und die Spielräume der Mitgliedstaaten im Bereich der Wirtschaftspolitik beschnitten werden. Nur solche staatlichen Maßnahmen der Wirtschaftsförderung, die als Beihilfe klassifiziert werden können, müssen nämlich von den Mitgliedstaaten vorab gem. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV/ Art. 2 Abs. 1 VVO notifiziert werden, unterliegen dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV/Art. 3 VVO und werden von Art. 107 Abs. 1 AEUV als prinzipiell mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt.

Gleichwohl enthalten weder der AEUV noch die Verfahrensverordnung eine abschließende Definition des Beihilfenbegriffs, der lediglich mit recht abstrakten Tatbe-

¹²⁵ Eingehend zur beihilfenrechtlichen Bewertung von Privatisierungen auch *Koller*, in: Jahrbuch Beihilfenrecht 2011, S. 497 ff. Ebenfalls beihilfenrechtlich relevant ist die in den letzten Jahren vermehrt zu beobachtende Rückführung von vormals privatisierten Unternehmen zur Öffentlichen Hand. Ausführlich zu den Gestaltungsformen und beihilfenrechtlichen Risiken dieser sog. „Rekommunalisierungen“ *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 ff.

¹²⁶ Erstmals ausdrücklich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt wurde das Prinzip bereits 1986, vgl. EuGH, Urt. v. 10.7.1986, C-234/84, Slg. 1986, 2236, Rn. 14 (Belgien/Kommission); Urt. v. 10.7.1986, C-40/85, Slg. 1986, 2321, Rn. 13 (Belgien/Kommission). Im Laufe der Zeit wurden die Kriterien für den Vergleich mit einem marktwirtschaftlich handelnden Marktteilnehmer immer weiter konkretisiert, vgl. aus der umfangreichen Judikatur nur EuGH, Urt. v. 21.3.1991, C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Rn. 19 f. (Alfa Romeo); Urt. v. 5.6.2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 82 ff. (EDF); EuG, Urt. v. 11.9.2002, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, Rn. 79 ff. (Corsica Ferries).

standsmerkmalen in Art. 107 Abs. 1 AEUV weit umschrieben wird. Der Verzicht auf eine Legaldefinition unterstreicht, dass der Begriff der Beihilfe nicht statisch, sondern durchaus dem Wandel unterworfen ist und es in Form seiner Offenheit erlaubt, bestimmten wirtschaftlichen Entwicklungen sowie vor allem auch neuen staatlichen Praktiken bei der Vorteilsgewährung¹²⁷ Rechnung zu tragen und demzufolge Maßnahmen, die bislang nicht beihilfenverdächtig waren, zukünftig aufgrund eines gewandelten Beihilfenverständnisses dem Regelungsregime der Art. 107 f. AEUV zu unterwerfen.¹²⁸

Einigkeit besteht dahingehend, dass der Begriff der Beihilfe weit auszulegen ist.¹²⁹ Ein solches Gebot extensiver Interpretation wird zum einen bereits mit der verwandten Formulierung „Beihilfen gleich welcher Art“ deutlich zum Ausdruck gebracht.¹³⁰ Zum anderen streitet auch der Schutzzweck des Art. 107 AEUV, zu verhindern, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch von der öffentlichen Hand gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt und der freie Wettbewerb innerhalb der Union verzerrt wird, für einen umfassenden Ansatz der Verbotsnorm.¹³¹ Diese muss im Sinne des effet-utile-Grundsatzes teleologisch dahingehend ausgelegt werden, dass ihre volle Wirksamkeit sichergestellt und somit eine Wettbewerbsverfälschung durch staatliche Marktinterventionen effektiv unterbunden wird.

Der durch die Rechtsprechung der Unionsgerichte und die Praxis der Kommission im Laufe der Jahre immer weiter konkretisierte Begriff der Beihilfe ist daher insbesondere auch weiter als der in der nationalen Terminologie vorherrschende Begriff der Subvention und umfasst neben positiven Leistungen auch Maßnahmen, die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte, und die daher, obgleich sie keine Subventionen im eigentlichen Sinne darstellen, diesen nach Art und Wirkung gleichstehen.¹³² Neben den sog. verlorenen Zuschüssen als klassischer Form der Subvention, der Vergabe zinsgünstiger Darlehen oder etwa der Übernahme von Staatsbürgschaften als positiven Zuwendungen können folglich ebenso Steuer- und Abgabenerleichterungen, Befreiungen von Sozialabgaben, Schul-

¹²⁷ So auch Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 30 f., der die „Flexibilität im Hinblick auf die Überprüfbarkeit von Versuchen der Mitgliedstaaten, neue Wege der ‚heimlichen‘ Unterstützung von Unternehmen zu finden“, als Vorteil einer weiten Auslegung des Beihilfenbegriffs hervorhebt.

¹²⁸ Kliemann, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 6.

¹²⁹ Vgl. nur Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 107 AEUV, Rn. 10; Kühling, in: Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 28; Heidenhain, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 3, Rn. 7; Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 73, 94.

¹³⁰ Vgl. nur Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 217.

¹³¹ Vgl. Staebbe, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen, S. 32 f.

¹³² So bereits für den EGKSV EuGH, Urt. v. 23.2.1961, C-30/59, Slg. 1961, 3, 42 (Steenkolenmijnen); st. Rspr., vgl. Urt. v. 15.3.1994, C-387/92, Slg. 1994, I-877, Rn. 13 (Banco Exterior); Urt. v. 5.10.1999, C-251/97, Slg. 1999, I-6639, Rn. 35 (Frankreich/Kommission); Urt. v. 8.11.2001, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 38 (Adria-Wien-Pipeline); Urt. v. 15.7.2004, C-501/00, Slg. 2004, I-6717, Rn. 90 (Spanien/Kommission); Urt. v. 3.3.2005, C-172/03, Slg. 2005, I-1627, Rn. 36 (Heiser); Urt. v. 15.12.2005, C-66/02, Slg. 2005, I-10901, Rn. 77 f. (Italien/Kommission); Urt. v. 10.1.2006, C-222/04, Slg. 2006, I-289, Rn. 131 f. (Cassa di Risparmio); Urt. v. 23.3.2006, C-237/04, Slg. 2006, I-2843, Rn. 42 (Sotacarbo).

denerlasse oder Zahlungsaufschübe Beihilfen darstellen.¹³³ Auch sind Verträge, in denen sich der Vertragspartner des Staates ebenfalls zu einer (Gegen-)Leistung verpflichtet, nicht von vornherein vom Beihilfenverbot ausgenommen, wenngleich die Vereinbarung einer angemessenen Gegenleistung die Beihilfenqualität der Maßnahme freilich ausschließt.¹³⁴

Entscheidend ist einzig die objektive Wirkung der staatlichen Maßnahme, auf ihre Gründe und Ziele kommt es ebenso wenig an wie auf ihre Rechtsnatur.¹³⁵ Dieser „Wirkungsdoktrin“¹³⁶ entsprechend, wird die dem staatlichen Förderverhalten zugrundeliegende Motivation erst im Rahmen einer möglichen Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV berücksichtigt; für die Frage des Beihilfencharakters einer Maßnahme ist sie irrelevant.¹³⁷

Nach allgemeinem Verständnis und einer gängigen Formel zufolge werden Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV kurzum als dem Staat zurechenbare Maßnahmen beschrieben, die durch den Transfer staatlicher Mittel selektiv bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile verschaffen, welche den Wettbewerb in spürbarer Weise verändern und zugleich jedenfalls potentielle Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.¹³⁸

2. Die Begünstigung als zentrales Tatbestandsmerkmal der Beihilfe

Um festzustellen, ob eine Unternehmensprivatisierung oder der Verkauf eines staatlichen Grundstücks eine Beihilfe zugunsten des Erwerbers darstellt, muss insbesondere sorgfältig geprüft werden, ob in dem Kaufvertrag eine Begünstigung des Vertragspartners erblickt werden kann, diesem also ein wirtschaftlicher Vorteil gegenüber den „normalen Marktbedingungen“ eingeräumt wird.

¹³³ Vgl. hierzu *Kleine/Sühnel*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 97 f.; *Kühling*, in: *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rn. 29; *Frenz*, Beihilfe- und Vergaberecht, Rn. 337 ff.

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 7.2.1985, C-240/83, Slg. 1985, I-531, Rn. 18 (ADBHU); EuG, Urt. v. 28.1.1999, T-14/96, Slg. 1999, II-139, Rn. 71 (BAI); *Heidenhain*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 4, Rn. 2; *Seidel*, Die Auswirkungen des Europäischen Beihilferechts auf privatrechtliche Subventionsverträge, S. 12 f.

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 2.7.1974, C-173/73, Slg. 1974, I-709, Rn. 26/28 (Italien/Kommission); Urt. v. 24.2.1987, C-310/85, Slg. 1987, I-901, Rn. 8 (Deufil); Urt. v. 17.6.1999, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 25 (Maribel); Urt. v. 22.12.2008, C-487/06 P, Slg. 2008, I-10505, Rn. 85 (British Aggregates); Urt. v. 5.6.2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 77 (EDF); Urt. v. 14.1.2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 33 (Eventech); *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 107 AEUV, Rn. 23; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 47; *Heidenhain*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 3, Rn. 8; *Sánchez Rydelski*, Handbuch EU Beihilferecht, S. 29 f.

¹³⁶ *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 9; *Arhold*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 105; *Götz*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III., Rn. 51.

¹³⁷ *Kreuschitz/Wernicke*, in: Lenz/Borchardt, Art. 107 AEUV, Rn. 5 f.; vgl. auch *Schröder*, ZHR 152 (1988), 391, 401.

¹³⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 4; *dies.*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rn. 3; *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 11.

a) Allgemeine Voraussetzungen

Die Begünstigung ist ein zentrales Tatbestandsmerkmal einer staatlichen Beihilfe. Sie liegt vor, wenn ein Unternehmen eine aus staatlichen Mitteln bewirkte Leistung erlangt, ohne hierfür eine angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung zu erbringen, wobei unter einer Leistung jeder geldwerte Vorteil des Empfängers zu verstehen ist. Ob eine Begünstigung vorliegt, muss demnach in zwei Schritten geprüft werden: Zunächst ist zu untersuchen, ob das Unternehmen überhaupt einen Vorteil erhalten hat. In einem zweiten Schritt ist sodann danach zu fragen, ob das Unternehmen eine marktadäquate Gegenleistung erbracht hat, die den Vorteil egalisiert, sodass das Unternehmen nicht als wirtschaftlich begünstigt anzusehen ist.¹³⁹ Entscheidend ist somit eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung von staatlicher Leistung und Gegenleistung des Empfängers.¹⁴⁰

Während bei einseitigen Zuwendungen oder Verschonungen die begünstigende Wirkung auf der Hand liegt und nicht näher dargelegt zu werden braucht, kennzeichnen sich synallagmatische Verträge, wie sie bei Vermögensveräußerungen durch die öffentliche Hand vorliegen, gerade dadurch, dass der Verpflichtung des Staates, z.B. ein bestimmtes Grundstück zu übereignen, die Verpflichtung des Erwerbers gegenübersteht, den vereinbarten Kaufpreis zu entrichten. Ob sich der Veräußerungsvorgang als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, ist somit davon abhängig, ob der zu zahlende Kaufpreis dem Wert des erworbenen Grundstücks bzw. Unternehmens entspricht und die Leistung des Staates beihilfenrechtlich kompensiert.

b) Der Privatinvestorentest

Als Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der Marktüblichkeit und damit der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung hat sich in der Rechtsprechung der Unionsgerichte und in der Kommissionspraxis der sog. market economy investor herausgebildet. Jedenfalls dann, wenn das staatliche Handeln nicht-hoheitlichen Charakter aufweist, so dass auch ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Privater an die Stelle des Staates treten könnte,¹⁴¹ wird geprüft, ob ein privater Marktteilnehmer von vergleichbarer Größe wie die staatliche Einrichtung in einer vergleichbaren Lage bereit gewesen wäre, die entsprechende Leistung in demselben Umfang zu denselben Konditionen zu gewähren. Maßgeblich ist also, ob die Transaktionsbedingungen für einen hypothetischen privaten Marktteilnehmer unter normalen wirt-

¹³⁹ Arhold, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 107; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, Rn. 67.

¹⁴⁰ Kleine/Sühnel, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 103.

¹⁴¹ Sofern der Staat „eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen [kann], dass er die durchgeführte Maßnahme in seiner Eigenschaft als Anteilseigner getroffen hat“, können nach der jüngeren Rechtsprechung auch fiskalische Maßnahmen nach dem market-economy-investor-principle überprüft werden, vgl. EuGH, Urt. v. 5.6.2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 82 ff. (EDF); vgl. hierzu auch Melcher, EuZW 2012, 576 ff.; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 2; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 64 f.

schaftlichen Voraussetzungen akzeptabel wären. Hätte dieser den Vertrag ebenfalls abgeschlossen, kann von einer marktkonformen Gegenleistung ausgegangen und eine Begünstigung ausgeschlossen werden.

Entwickelt wurden diese Grundsätze vom Gerichtshof zunächst im Rahmen von Kapitalbeteiligungen. Zur Ermittlung eines wirtschaftlichen Vorteils in Fällen, in denen der Staat neues Kapital für Unternehmen bereitstellt, stellt der EuGH bereits seit 1986 explizit auf einen Vergleich mit einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber ab (sog. private-investor-test).¹⁴² Entsprechend der jeweiligen rechtsgeschäftlichen Betätigung der öffentlichen Hand hat die Rechtsprechung weitere Spielarten des Vergleichstests mit einem marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmer herausgearbeitet.¹⁴³

Im Rahmen von Veräußerungen der öffentlichen Hand richtet sich das Vorliegen einer Begünstigung nach dem sog. private-vendor-test. Entscheidend ist hiernach, ob auch ein privater Verkäufer anstelle des Staates dem Verkauf zu den ausgehandelten Bedingungen zugestimmt und den Kaufvertrag mit dem vereinbarten Kaufpreis abgeschlossen hätte. Davon kann grds. nur dann ausgegangen werden, wenn mit der Unternehmens- oder Immobilienprivatisierung ein möglichst hoher Gewinn erzielt werden soll¹⁴⁴ und insbesondere auch keine Bedingungen an den Erwerber gestellt werden, die potentiell interessierte Investoren von der Abgabe eines Angebots abhalten und den Kaufpreis senken könnten.

Die Kommission hat recht konkrete Vorgaben entwickelt, unter welchen Voraussetzungen Vermögensveräußerungen der öffentlichen Hand Beihilfeelemente aufweisen. Diese hat die Kommission nicht nur in zahlreichen Einzelentscheidungen dargelegt, sondern darüber hinaus auch allgemeine Grundsätze in entsprechenden Mitteilungen und Leitfäden formuliert. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass diese Ausführungen zwar keine Rechtsverbindlichkeit beanspruchen, sondern lediglich den Standpunkt der Kommission wiedergeben, für die Auslegung des Beihilfenbegriffs

¹⁴² Vgl. ausführlich hierzu *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 6 ff., der darlegt, wie die Rechtsprechung dem Idealbild des privaten Kapitalgebers immer weitere Konturen verliehen hat. Anfangs wurde noch der Vergleich mit einem gewöhnlichen Investor mit einer kurzfristigen Renditeerwartung, der die Maximierung des von ihm erzielbaren „return on investement“ erstrebt, für maßgeblich erklärt, vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1986, C-234/84, Slg. 1986, 2236, Rn. 14 (Belgien/Kommission); Urt. v. 10.7.1986, C-40/85, Slg. 1986, 2321, Rn. 13 (Belgien/Kommission). Bei hohen Kapitalbeteiligungen kann es jedoch auch ausreichend sein, dass das staatliche Verhalten dem „Verhalten einer Holding oder privaten Unternehmensgruppe [entspricht], die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt“, vgl. EuGH, Urt. v. 21.3.1991, C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Rn. 19 f. (*Alfa Romeo*); Urt. v. 14.9.1994, C-278/92 bis C-280/92, Slg. 1994, I-4103, Rn. 20 ff. (Spanien/Kommission); EuG, Urt. v. 21.1.1999, T-129/95, T-2/96, T-97/96, Slg. 1999, II-17, Rn. 109 (Neue Maxhütte Stahlwerke); Urt. v. 12.12.2000, T-296/97, Slg. 2000, II-3871, Rn. 96 (*Alitalia*).

¹⁴³ Vgl. den Überblick bei *Arhold*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 147; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, § 8, Rn. 17; *Bonhage/Dieterich*, EuZW 2017, 749; *Ehlers*, DVBl 2014, 1, 2; *Sühnel*, EWS 2007, 115.

¹⁴⁴ *Giesberts/Streit*, EuZW 2009, 484, 486 ff., erachten ausschließlich einen objektiven Maßstab für sachgerecht und lehnen eine subjektive Komponente des Privatinvestorentests ab.

praktisch jedoch außerordentlich bedeutsam sind und als wichtige Richtschnur für die Mitgliedstaaten dienen.

Leitlinien zur Durchführung einer Unternehmensprivatisierung hat die Kommission bereits in ihrem 23. Wettbewerbsbericht im Jahr 1993 sowie in einem Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen aus dem Jahr 2012 veröffentlicht.¹⁴⁵ Wie die Kommission den Begriff der Begünstigung im Kontext von Immobilientransaktionen versteht, hat sie im Jahr 1997 in ihrer Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand ausgeführt.¹⁴⁶ In ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV hat die Kommission jüngst sämtliche Aussagen zum Beihilfenbegriff in einer Mitteilung zusammengeführt und unter Berücksichtigung der aktuellen Judikatur der Unionsgerichte aktualisiert sowie u.a. erläutert, welche Methoden die Mitgliedstaaten anwenden sollen, um eine Begünstigung im Rahmen von Vermögensveräußerungen auszuschließen.¹⁴⁷ Zur Durchführung der im Folgenden näher beschriebenen Verfahren besteht indes keine Rechtspflicht der Mitgliedstaaten, die bestimmte Objekte auch im Zuge direkter Verhandlungen mit einzelnen Interessenten verkaufen können, ohne dass darin in jedem Fall ein Verstoß gegen das europäische Beihilfenrecht erblickt werden könnte. Sofern ein Mitgliedstaat jedoch von dem seitens der Kommission vorgeschlagenen Procedere zur Feststellung des Marktwerts abweicht, kann diese von Amts wegen untersuchen, ob eine Beihilfe vorliegt.¹⁴⁸ Der Mitgliedstaat trägt insofern das volle Risiko auch unbeabsichtigter Unterwertveräußerungen.

c) Methoden zur Ermittlung der Marktkonformität

Die Ausgewogenheit der wechselseitigen Verpflichtungen kann zunächst materiell durch einen Vergleich von Leistung und Gegenleistung festgestellt werden. Dieses Vorgehen ist jedoch nur dann möglich, wenn (beispielsweise in Form von börsennotierten Aktien) ein transparenter Marktpreis tatsächlich existiert.¹⁴⁹ In allen anderen

¹⁴⁵ Commission Staff Working Document v. 10.2.2012, SWD (2012), 14 final (online abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_de.pdf).

¹⁴⁶ Mitteilung der Kommission v. 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (Grundstücksmitteilung), ABl. 1997 C 209/3; vgl. hierzu auch *Heidenhain*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 9, Rn. 1 ff.

¹⁴⁷ Bekanntmachung v. 19.7.2016, ABl. 2016 C 262/1. Diese Bekanntmachung ersetzt laut den Schlussbestimmungen die Grundstücksmitteilung sowie – mit Ausnahme der Aussagen zu bestimmten Wirtschaftszweigen – alle anderslautenden Aussagen in Bezug auf den Begriff der staatlichen Beihilfe in allen bestehenden Mitteilungen und Bekanntmachungen der Kommission. Eine grundlegende Abkehr von der bisherigen Kommissionspraxis kann in der neuen Bekanntmachung jedoch nicht erblickt werden, sodass die bisherigen Entscheidungen der Kommission sowie insbesondere des Gerichtshofs nach wie vor aufschlussreich für die Frage sind, ob eine Begünstigung vorliegt.

¹⁴⁸ *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 428, 429.

¹⁴⁹ Bei einer Veräußerung börsennotierter Anteile ist davon auszugehen, dass der Veräußerungserlös dem Marktwert entspricht, vgl. *Wollenschläger*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 481; *Arhold*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Finanzielle Transfers, Rn. 125; *Montag/Leibnath*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 28, Rn. 6; in Zeiten wirtschaftlicher oder finanzieller Instabilität kann aber ausnahmsweise ein zu niedriger Wert erzielt werden, vgl.

Fällen muss die Beihilfenkonformität der Transaktion prozedural im Wege eines Bieterverfahrens ermittelt werden. Alternativ kann der Wert des zu veräußernden Unternehmens oder Grundstücks auch anhand eines Sachverständigengutachtens bestimmt werden.

aa) Ausschreibungsverfahren

Werden Vermögenswerte nach Durchführung eines offenen¹⁵⁰, transparenten, diskriminierungs- und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens an den Meistbietenden veräußert, kann grds. die Marktkonformität der Transaktion angenommen werden.¹⁵¹

aaa) Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens

Entscheidend für die Belastbarkeit des im Ausschreibungsverfahren erzielten Preises ist demnach zunächst, dass überhaupt alle an dem Verfahren interessierten Bieter teilnehmen können und durch öffentliche Bekanntmachung oder anderweitig geeignete Maßnahmen auf die Ausschreibung aufmerksam gemacht sowie ordnungsgemäß informiert werden. Welcher Grad an Publizität der Ausschreibung gewährleistet sein muss, hängt von der Art und dem Wert der zu veräußernden Vermögenswerte ab. Ist ein branchenübergreifendes Interesse nicht auszuschließen, so darf die Bekanntmachung der Ausschreibung nicht nur an eine Branche gerichtet sein; können die Unternehmen oder Grundstücke für europa- oder weltweit tätige Bieter interessant sein, so ist die Ausschreibung in einer Weise zu veröffentlichen, dass auch ausländische Bieter auf sie aufmerksam werden.

Alle potentiellen Interessenten müssen zu jeder Phase des Verfahrens denselben Zugang zu Informationen und Klarheit darüber haben, welche Auswahl- und Zuschlagskriterien angewendet und in welchem Verhältnis zueinander berücksichtigt werden. Die bekanntgemachten Kriterien müssen dem gesamten weiteren Verfahren zugrunde gelegt werden, dürfen nicht im Nachhinein ausgewechselt werden und müssen eine objektive vergleichende Bewertung der Angebote ermöglichen. Jedem Bieter muss genügend Zeit eingeräumt werden, ein entsprechendes Angebot vorzubereiten.

Es muss grds. allen potentiellen Käufern unabhängig davon, ob sie bestimmte Unternehmen betreiben, freistehen, die zum Verkauf stehenden Vermögenswerte zu erwerben und zu eigenen Zwecken zu nutzen. Bedingungen, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben, sind unzulässig und führen da-

Kommission, Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen v. 10.2.2012, swd (2012) 14, S. 13.

¹⁵⁰ Die Kommission verwendet in ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe den Terminus „wettbewerblich“, betont aber, dass dadurch die materiellen Bedingungen aus der Rechtsprechung nicht berührt werden, vgl. ABl. 2016 C 262/1, Rn. 89 m. Fn. 146.

¹⁵¹ Wollenschläger, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 477; vgl. auch Guarrrata/Wagner, NZBau 2018, 443, 445 f.

zu, dass dem Ausschreibungsverfahren keine Aussagekraft im Hinblick auf den so ermittelten Marktwert beizumessen ist.¹⁵² Nichtwirtschaftliche Erwägungen wie beispielsweise die Aufrechterhaltung eines bestimmten Produktions- oder Beschäftigungsniveaus oder regionale Entwicklungsziele, von denen sich ein allein an ökonomischen Maßstäben orientierter marktwirtschaftlich handelnder privater Verkäufer nicht leiten ließe, können somit nicht als Gründe für einen niedrigeren Preis akzeptiert werden, zumal sie nicht nur die Höhe einzelner abgegebener Angebote mindern, sondern auch dazu führen können, dass sich potentielle Interessenten von den Bedingungen abschrecken lassen und deswegen auf die Einreichung eines Angebots gänzlich verzichten.¹⁵³ Dem bedingungsfreien Charakter einer Ausschreibung stehen daher grds. nur solche Bedingungen nicht entgegen, die auch von einem Privaten gestellt worden wären, um etwa rein spekulative Angebote zu unterbinden oder eine zügige Abwicklung und sichere Bezahlung sicherzustellen. Da sich ein privater Verkäufer in der Regel nicht dafür interessiert, wie der Erwerber zukünftig mit dem Unternehmen verfährt und ob er es überhaupt fortführt, sondern nur einen höchstmöglichen Preis zu erzielen intendiert,¹⁵⁴ sind sämtliche Bedingungen, welche die unternehmerische Freiheit des Erwerbs einschränken und sich dadurch auf den Kaufpreis unmittelbar reduzierend auswirken, unzulässig.¹⁵⁵ Dies schließt aber nach Ansicht der Rechtsprechung nicht aus, dass ein Staat zum Schutz des „Images als globaler Investor“ etwa zusätzliche, gesetzlich und tarifvertraglich nicht vorgeschriebene Abfindungszahlungen auf den Kaufpreis anrechnet, da ein umsichtiger Kapitalgeber in einer sozialen Marktwirtschaft seine Verantwortung gegenüber den Interessenträgern des Unternehmens nicht ausblende und das Beihilfenrecht solchen sich im Markt ent-

¹⁵² Kommission, Bekanntmachung v. 19.7.2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 94; die Kommission hat in der Vergangenheit jedoch auch einmal besondere Verpflichtungen als mit dem Grundsatz der Bedingungsfreiheit vereinbar angesehen. Die im Rahmen einer Unternehmensprivatisierung an den Erwerber gestellte Bedingung, u. a. ein bestimmtes Beschäftigungsniveau zu erhalten und den Unternehmenssitz innerhalb von fünf Jahren nicht zu verlegen, wurde von der Kommission akzeptiert, sofern sie nicht mit dem Käufer oder seinen Wirtschaftstätigkeiten verbunden sind und solange jeder potentielle Käufer sie unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, erfüllen muss und grds. auch erfüllen kann, vgl. Kommission, E. v. 11.4.2000, ABl. 2000 L 265/15, Rn. 91 (Centrale del Latte di Roma). Diese Entscheidung stellt jedoch einen absoluten Ausnahmefall dar und beruht maßgeblich auch darauf, dass das Angebot des ausgewählten Bewerbers wesentlich über dem von einem unabhängigen Gutachter ermittelten Wert lag, vgl. *Wollenschläger*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 499.

¹⁵³ Kommission, E. v. 27.2.2008, ABl. 2008 L 239/12, Rn. 50 (Craiova); E. v. 2.4.2008, ABl. 2008 L 263/5, Rn. 37 (Tractorul); E. v. 28.8.2009, ABl. 2010 L 59/1, Rn. 184 f. (Austrian Airlines); vgl. auch Kommission, E. v. 30.7.1996, ABl. 1997 L 25/25 (Head Tyrolia Mares); E. v. 14.10.1998, ABl. 1999 L 198/1 (SMC); E. v. 8.7.1999, ABl. 1999 L 292/27, Rn. 87 (Gröditzer Stahlwerke).

¹⁵⁴ Kommission, E. v. 2.4.2008, ABl. 2008 L 263/5, Rn. 37 ff. (Tractorul).

¹⁵⁵ *Arhold*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Finanzielle Transfers, Rn. 142; *Wollenschläger*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 499. Unzulässig sind nicht nur solche Bedingungen, die als zwingend vorausgesetzt werden, sondern auch diejenigen Bedingungen, die de facto dazu führen, dass nur Bieter eine realistische Zuschlagschance haben, die ein bestimmtes, auf die vom staatlichen Veräußerer gewählte Bewertungsmethode ausgerichtetes Geschäftsmodell vorlegen, vgl. Kommission, E. v. 27.2.2008, ABl. 2008 L 239/12, Rn. 54 (Craiova); hierzu auch *Arhold*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Finanzielle Transfers, Rn. 143.

wickelnden Usancen Rechnung tragen dürfe.¹⁵⁶ Voraussetzung ist jedoch freilich der Nachweis bzw. eine „besonders überzeugende Begründung“ dafür, dass entsprechende Abfindungszahlungen eine gefestigte Praxis auch privater Unternehmen darstellen.¹⁵⁷ Soziale oder ökologische Aspekte sind also durchaus in der Lage, das Idealbild eines unternehmerisch rational handelnden Investors oder Verkäufers zu beeinflussen.¹⁵⁸

bbb) Zuschlagskriterien

(1) Höchstgebot

Sind diese formalen Ausschreibungsvoraussetzungen erfüllt und erhält der auf deren Grundlage Meistbietende den Zuschlag, kann in aller Regel von der Marktkonformität des erzielten Preises ausgegangen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich eine Stilllegung oder Insolvenz des veräußerten Unternehmens für den Staat günstiger erweist als ein Verkauf. Belaufen sich die Insolvenzkosten z.B. auf null, so darf der Staat keinen negativen Kaufpreis akzeptieren.¹⁵⁹

(2) Transaktionssicherheit

Umgekehrt ist aber auch die Tatsache, dass letztlich nicht derjenige Interessent den Zuschlag erhält, der den nominell höchsten Kaufpreis bietet, kein unwiderleglicher Beweis für das Vorliegen einer Begünstigung. Die Kommission hat in ihrer Entscheidung zur Privatisierung der Bank Burgenland festgestellt, dass ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Wirtschaftsteilnehmer sich ausnahmsweise für ein niedrigeres Angebot entscheiden dürfe, wenn offensichtlich sei, dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar wäre und es gerechtfertigt sei, auch anderen Faktoren als dem Preis Rechnung zu tragen und beispielsweise die Unterschiede in den außerbilanziellen Risiken zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Ganz entscheidend für die Erteilung des Zuschlags ist somit die sog. Transaktionssicherheit. Das ausgewählte

¹⁵⁶ EuG, Urt. v. 11.9.2012, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:445, Rn. 81 ff. (Corsica Ferries); EuGH, Urt. v. 4.9.2014, C-533/12 P und C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, Rn. 40 ff. (SNCM); vgl. bereits EuG, Urt. v. 21.1.1999, T-129/95, T-2/96 und T-97/96, Slg. 1999, II-17, Rn. 122 ff. (Neue Maxhütte Stahlwerke).

¹⁵⁷ EuG, Urt. v. 11.9.2012, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:445, Rn. 81 ff. (Corsica Ferries); EuGH, Urt. v. 4.9.2014, C-533/12 P und C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, Rn. 40 ff. (SNCM).

¹⁵⁸ Mestmäcker/Schweizer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 90; vgl. auch Kommission, Bekanntmachung v. 19.7.2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 107.

¹⁵⁹ EuG, Urt. v. 13.5.2015, T-511/09, ECLI:EU:T:2015:284, Rn. 137 (Austrian Airlines). Dieser Vergleich des erzielten Kaufpreises mit etwaigen Insolvenzkosten findet aber auch über die Konstellation eines akzeptierten negativen Kaufpreises hinaus Anwendung in allen Fällen, in denen ein Verkauf wirtschaftlich ungünstiger ist als eine Stilllegung, vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 43.

¹⁶⁰ Kommission, E. v. 30.4.2008, ABl. 2008 L 239/32, Rn. 121 f. (Bank Burgenland).

Höchstgebot muss verpflichtend und verlässlich sein.¹⁶¹ Die öffentliche Hand als Verkäuferin muss sich darauf verlassen können, die Kaufpreiszahlung auch tatsächlich zu erhalten. Von ihr kann ebenso wenig wie von jedem anderen marktwirtschaftlichen Verkäufer erwartet werden, sich für einen Käufer zu entscheiden, bei dem die durchaus realistische Möglichkeit besteht, dass er den Kaufpreis nicht zu zahlen imstande ist.¹⁶²

Des Weiteren ist die Transaktionssicherheit nicht gegeben, wenn etwaige erforderliche behördliche Genehmigungen nicht erteilt würden. Im Fall Bank Burgenland wurde dem Meistbietenden, einem ukrainisch-österreichischen Unternehmenskonsortium, unter anderem unter Hinweis darauf der Zuschlag nicht erteilt, dass die Finanzaufsichtsbehörde ihre Genehmigung voraussichtlich nicht erteilen würde. Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass bloße Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit nicht ausreichen, die Nichtdurchführbarkeit der Transaktion zu begründen.¹⁶³ Auch langwierige Genehmigungsverfahren, die unter Umständen die Gefahr bergen, dass andere Interessenten zwischenzeitlich abspringen, genügten für die Annahme der Undurchführbarkeit nicht. Akzeptierte man nicht, dass behördliche Verfahren bei ausländischen Bietern mehr Zeit in Anspruch nehmen, käme dies einer Diskriminierung sämtlicher Bieter außerhalb der EU und ggf. auch solcher aus anderen Mitgliedstaaten gleich.

Private Verkäufer haben in nachvollziehbarer Weise kein Interesse daran, mit Bietern zu verhandeln, bei denen schlussendlich ein Closing ausscheidet. Sie fordern daher für gewöhnlich von dem Bieter den Nachweis, in der Lage zu sein, alle (kartell-, aufsichts- und gesellschaftsrechtlichen) Genehmigungen beizubringen und darzulegen, dass der Transaktion keine regulatorischen oder rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.¹⁶⁴ Den staatlichen Veräußerer trifft nach Ansicht der Rechtsprechung insoweit allerdings – genau umgekehrt – die volle Beweislast.¹⁶⁵ Dieser muss, wenn er unter Hinweis auf die fehlende Transaktionssicherheit des Meistbietenden ein anderes Angebot anzunehmen beabsichtigt, vollumfänglich beweisen, dass die erforderlichen Genehmigungen dem Höchstbietenden nicht hätten erteilt werden können.¹⁶⁶

¹⁶¹ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 44.

¹⁶² Kommission, E. v. 30.4.2008, ABl. 2008 L 239/32, Rn. 123 (Bank Burgenland).

¹⁶³ Es handelt sich bei der Privatisierung der Bank Burgenland um die erste Privatisierung, die von der Kommission und dem EuGH „gekippt“ wurde, vgl. hierzu sehr kritisch *Soltész*, EuZW 2013, 134, 135 f.; *Bärenbrinker*, EWS 2014, 68, 69 f.

¹⁶⁴ Auf dieses Vorgehen privater Veräußerer und Investmentbanken weisen *Soltész/Melcher*, BRZ 2014, 16, 17, hin.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 72 ff. (Bank Burgenland).

¹⁶⁶ Dies dürfte bei einer oftmals hohen Zahl an Bietern nur in Ausnahmefällen möglich sein, vgl. *Soltész/Melcher*, BRZ 2014, 16, 17.

(3) Außerbilanzielle Risiken

Daneben können auch Unterschiede in den außerbilanziellen Risiken die Nichtberücksichtigung des Meistbietenden rechtfertigen, sofern ein nach ausschließlich marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten agierender Privater diese ebenfalls bei seiner Entscheidungsfindung beachten würde. In dem bereits erwähnten Fall Bank Burgenland hatte der öffentliche Träger der Bank, das Burgenland, Verbindlichkeiten der Bank in Höhe von ca. 3,2 Mrd. EUR durch eine Ausfallhaftung abgesichert, die von der Kommission als Beihilfe genehmigt worden war. Das Burgenland war der Auffassung, dass mit einem Verkauf an das meistbietende Konsortium das Risiko gestiegen wäre, aus der Ausfallhaftung zugunsten der Bank Burgenland in Anspruch genommen zu werden und versuchte auch damit, den Verkauf an den ca. 50 Mio. EUR weniger bietenden österreichischen Versicherungskonzern *Grazer Wechselseitige Versicherung (GRAWE)* zu rechtfertigen, der finanziell deutlich solider sei. Das Gericht und der EuGH wiesen die Argumentation jedoch zurück. Sie betonten, dass bei der Anwendung des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers streng zwischen denjenigen Verpflichtungen, die der Staat als Anteilseigner eingegangen ist und solchen, die ihn in seiner Funktion als Träger öffentlicher Gewalt treffen, differenziert werden müsse. Die in Rede stehende Ausfallhaftung sei nicht unter normalen Marktbedingungen eingegangen worden, betreffe demnach die Rolle des Landes Burgenland in seiner hoheitlichen Ausprägung und könne somit nicht berücksichtigt werden. War bisher lediglich geurteilt worden, dass rechtswidrige Beihilfen bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt werden können,¹⁶⁷ haben die Unionsgerichte damit auch die Berücksichtigungsfähigkeit rechtmäßig gewährter Beihilfen abgelehnt. Der Staat, der für das zu veräußernde Unternehmen Sicherheiten bestellt hat, befindet sich nun in einem Zwiespalt. Einerseits ist er aus haushalts- und verfassungsrechtlichen Gründen gehalten, das Risiko zu minimieren, in Anspruch genommen zu werden. Andererseits jedoch muss er aus Gründen des unionsrechtlichen Beihilfenverbots unter Umständen auch an solche Bieter verkaufen, bei denen zumindest Bedenken an der Finanzkraft bestehen.¹⁶⁸

ccc) Zwischenergebnis

Wenngleich nach wie vor Ausnahmen vom Primat des Höchstgebots bestehen, so führt ein offenes, transparentes sowie bedingungs- und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren, an dessen Ende nicht dem Meistbietenden der Zuschlag erteilt wird, nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen zu einem marktkonformen und

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 28.1.2003, C-334/99, Slg. 2003, I-1139, Rn. 133 ff. (Deutschland/Kommission).

¹⁶⁸ Soltész/Melcher, BRZ 2014, 16, 18, bezeichnen das Urteil vor dem Hintergrund, dass die Kommission Privatisierungen im beihilfenrechtlichen Kontext positiv bewertet, als „gerade ironisch“. Bärenbrinker, EWS 2014, 68, 70, nimmt an, das Urteil werde aufgrund „seiner restriktiven Haltung gegenüber Privatisierungen gewaltige Auswirkungen auf die Privatisierungspraxis in den EU-Mitgliedstaaten“ haben und für „erhebliche Unsicherheit“ sorgen.

folglich beihilfenfreien Kaufpreis.¹⁶⁹ Die öffentliche Hand trägt die Beweislast dafür, dass eine Transaktion mit einzelnen BieterInnen nicht durchführbar ist. Hinzu kommt, dass es ihr in den meisten Fällen versagt ist, bei von ihr übernommenen Bürgschaften oder Garantien die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. Es ist daher praktisch außerordentlich schwierig, sich vor „Mondpreisen“ auch unseriöser Bieter zu schützen, die möglicherweise überhaupt nicht finanziert werden können und die beabsichtigte Privatisierung erheblich verzögern oder gar scheitern lassen.¹⁷⁰

bb) Wertgutachten

aaa) Grundstücksveräußerungen

Alternativ zu einer Ausschreibung kann der Marktpreis auch anhand eines Wertgutachtens eines unabhängigen Sachverständigen ermittelt werden. Während die Kommission in ihrer inzwischen abgelösten sog. Grundstücksmittelung detaillierte Anforderungen an den Sachverständigen und Voraussetzungen für die Ermittlung des Marktwerts im Wege eines Gutachtens formuliert hat,¹⁷¹ geht sie in ihrer neuen Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe äußerst knapp in nur einem Satz auf die Möglichkeit der Wertbestimmung mittels Gutachten ein.¹⁷² Sofern sich die öffentliche Hand gleichwohl für ein Gutachten zur Bestimmung des Marktwerts entscheidet, dürften die bisherigen Grundsätze für eine gutachterliche Feststellung des

¹⁶⁹ Vgl. aber EuGH, Urt. v. 16.7.2015, C-39/14, ECLI:EU:C:2015:470, Rn. 34 ff. (BVVG), zu der Frage, ob ein Grundstück zum Verkehrswert verkauft werden darf, obwohl ein Bietverfahren zu höheren Angeboten geführt hat. Im konkreten Fall hatte der Landkreis Jerichower Land die Genehmigung für den Verkauf eines landwirtschaftlichen Grundstücks an den Meistbietenden mit dem Argument verweigert, dass das Höchstgebot im Vergleich zu dem durch Sachverständige ermittelten Wert grob übersteuert sei und der Verkauf an Hobbylandwirte zu derart überzogenen Preisen negative Auswirkungen auf landwirtschaftliche Betriebe haben könnte, die auf bezahlbare Grundstücke angewiesen seien. Ob hierin eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung liegt, hat der EuGH auf Vorlage des BGH, Beschl. v. 29.11.2013, WM 2014, 907 ff., nicht abschließend entschieden. Könnte ein Dritter aufgrund der verweigerten Genehmigung das Grundstück auf Kosten des Staates zu einem niedrigeren Preis erwerben, sei eine Begünstigung grds. anzunehmen. Führe der Verkauf im Wege des Ausschreibungsverfahrens jedoch zu einem offensichtlich spekulativen und somit den geschätzten Verkehrswert des Grundstücks drastisch übersteigenden Preis, liege in der Verweigerung der Genehmigung keine Beihilfe. Vgl. auch *Ilgner*, NVwZ 2015, 1750 f.; *Heinrich*, EuZW 2015, 752 f.; *Mestmäcker/Schweizer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 117. Der BGH, Beschl. v. 29.4.2016, DNotZ 2016, 951 ff., hat die Sache zur Prüfung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Es müsse geprüft werden, ob andere erwerbswillige Unternehmen annähernd gleich hohe Angebote wie der Meistbietende abgegeben hätten. In diesem Fall dürfe die Genehmigung nicht verweigert werden. Seien aber keine weiteren Angebote in der Größenordnung abgegeben worden, müsse das Höchstgebot als spekulativ überhöhter Preis angesehen werden mit der Folge, dass die Genehmigungsversagung keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstelle; vgl. auch jüngst BGH, Beschl. v. 27.4.2018, NJW-RR 2018, 848 ff.

¹⁷⁰ Zu Recht kritisch auch *Jaeger*, EuZW 2007, 499, 501; *Soltész*, EuZW 2008, 353.

¹⁷¹ Mitteilung der Kommission v. 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209/3.

¹⁷² Kommission, Bekanntmachung v. 19.7.2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 103.

Marktwerts nach wie vor Bestand haben.¹⁷³ Der Sachverständige muss hiernach über einen einwandfreien Leumund verfügen, einen geeigneten Abschluss an einer anerkannten Ausbildungsstätte oder eine gleichwertige Qualifikation nachweisen sowie Sachkunde und Erfahrung in der Ermittlung von Anlagevermögenswerten besitzen.¹⁷⁴ Er muss seine Aufgabe unabhängig, also frei von staatlichen Weisungen, ausüben können.¹⁷⁵ Zweck des Gutachtens ist es, vor Eintritt in die Verkaufsverhandlungen „auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln“. Als Indikator für den Marktwert dienen insoweit auch die Gestehungskosten der öffentlichen Hand, sofern kein erheblicher Zeitraum zwischen der Veräußerung und dem Erwerb durch den Staat liegt. So ist es der öffentlichen Hand z.B. untersagt, Bauten und Grundstücke, die sie erst vor einigen Jahren erworben hat, unter den eigenen Gestehungskosten zu verkaufen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein allgemeiner Preisrückgang auf dem relevanten Markt zu verzeichnen ist.¹⁷⁶ Frei steht es der öffentlichen Hand aber, wertreduzierende Maßnahmen an einem Grundstück vorzunehmen, also etwa miterworbene Gebäude abzureißen, und die dadurch eingetretene Verringerung des Marktwerts bei der Festsetzung des Verkaufspreises zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Sollte sich zu dem ermittelten Marktwert kein Interessent finden, ist eine Abweichung von bis zu fünf Prozent gerechtferdig. Wird auch zu diesen Konditionen kein Käufer gefunden, kann eine Neubewertung des Grundstücks vorgenommen werden, welche den Schwierigkeiten bei der

¹⁷³ Hierfür spricht insbesondere auch, dass die Kommission sich in ihrer Bekanntmachung der an die Grundstücksmitteilung angelehnten Terminologie bedient und einen „unabhängigen Sachverständigen“ fordert, der „auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert“ ermittelt. Da diese Begriffe in der bisherigen Kommissionspraxis klare Konturen erhalten haben und der Bekanntmachung der Kommission keine Hinweise entnommen werden können, dass sie sich von dieser Praxis distanziert bzw. andere Maßstäbe für entscheidend erachtet, erscheint es für die Mitgliedstaaten ratsam, sich weiterhin an den in der Grundstücksmitteilung und zahlreichen Einzelentscheidungen zum Ausdruck gebrachten Konkretisierungen dieser allgemeinen Vorgabe zu orientieren.

¹⁷⁴ Mitteilung der Kommission v. 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209/4.

¹⁷⁵ Ist eine Einflussnahme durch den Staat sicher ausgeschlossen, steht dem Erfordernis der Unabhängigkeit aber nicht entgegen, dass der Gutachter Angestellter des öffentlichen Dienstes oder sogar Beamter ist, vgl. Kommission, ABl. 2002 C 246/14 (Space Park Bremen). Umgekehrt kann eine hinreichende Unabhängigkeit nicht allein mit der Stellung als Notar begründet werden, vgl. Kommission, E. v. 30.10.2001, ABl. 2002 L 307/1, Rn. 34, 86 (Graf von Henneberg Porzellan); E. v. 21.12.2000, ABl. 2002 L 105/19, Rn. 37 (Ojala-Yhtymä). Gutachterausschüsse nach § 192 BauGB werden als unabhängig anerkannt, vgl. Kommission, E. v. 25.11.1998, ABl. 1999 L 108/47 (Draiswerke). Bestehen Zweifel an der Unabhängigkeit, nimmt die Kommission eine inhaltliche Überprüfung vor, Kommission, E. v. 14.4.1992, ABl. 1992 L 263/15 (Daimler-Benz); ausführlich hierzu Núñez-Müller, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Finanzielle Transfers, Rn. 323 ff.

¹⁷⁶ Mitteilung der Kommission v. 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209/5 („Zeitraum von mindestens drei Jahren“).

¹⁷⁷ Kommission, E. v. 17.7.1996, ABl. 1996 L 283/46 (Fort Malakoff); vgl. auch Koenig/Kühling, NZBau 2001, 409, 413 f. die betonen, dass eine gegenteilige Bewertung die über Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geschützte planerische Gestaltungsfreiheit von Kommunen beeinträchtigte.

Veräußerung Rechnung tragen und die eingegangenen Angebote bei der Wertermittlung berücksichtigen kann.¹⁷⁸

bbb) Unternehmensprivatisierungen

Eine Feststellung des Marktwerts durch Gutachten dürfte über den Wortlaut der Bekanntmachung hinaus auch weiterhin bei Unternehmensprivatisierungen Anwendung finden.¹⁷⁹ Obschon sie auch in ihren allgemeinen Grundsätzen für Unternehmensverkäufe in ihrem 23. Wettbewerbsbericht die Möglichkeit einer Wertermittlung anhand von Gutachten nicht erwähnte, hat die Kommission in der Vergangenheit auch die Bewertung von Unternehmen durch unabhängige Sachverständige akzeptiert.¹⁸⁰ Sie hat jedoch auch darauf hingewiesen, dass ein Gutachten zur Schätzung des Marktwerts von Unternehmen aufgrund der Komplexität einer solchen Bewertung „von geringerem Wert als beim Verkauf von Immobilien“ sei.¹⁸¹ Daraus wird man zwar keine strikte Exklusivität des Ausschreibungsverfahrens ableiten können; ein Vorrang des Bietverfahrens als verlässlicherer Grundlage für die Beurteilung des Marktwerts wird aber deutlich zum Ausdruck gebracht.¹⁸²

cc) Verhältnis zwischen Gutachten und Ausschreibung

Stehen beide Möglichkeiten zur Bestimmung des Marktwerts zur Verfügung, so bedeutet dies allerdings nicht, dass die Methoden beliebig ausgewechselt werden können. Die Mitgliedstaaten haben vielmehr vorab zu entscheiden, ob die Ermittlung des Marktwerts mittels eines Gutachtens oder in Form einer Ausschreibung erfolgen soll. Die Wahlmöglichkeit besteht nur ex ante, sodass sich die Mitgliedstaaten von vornherein auf eine der Methoden festzulegen haben. Ist also eine Ausschreibung durchgeführt worden, kann der Staat den Zuschlag an einen anderen als den Meistbietenden nicht mit Hinweis darauf rechtfertigen, der Vermögensgegenstand sei gleichwohl zum

¹⁷⁸ Mitteilung der Kommission v. 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209/4; zur Zulässigkeit eines Abschlags sogar von 10 %, Kommission, E. v. 21.1.1998, ABl. 1998 L 171/43 (Delfzijl).

¹⁷⁹ Die Bekanntmachung, ABl. 2016 C 262/01, Rn. 103, erwähnt die Möglichkeit, den Marktwert mittels eines Gutachtens festzustellen, explizit nur in Bezug auf Grundstücke.

¹⁸⁰ Kommission, E. v. 11.4.2000, ABl. 2000 L 265/15, Rn. 89 (Centrale del Latte di Roma); vgl. auch Kommission, E. v. 30.1.2002, ABl. 2002 L 314/62, Rn. 30 f. (Gothaer Fahrzeugtechnik); E. v. 5.6.2002, ABl. 2003 L 14/56, Rn. 79 (Koninklijke Schelde Groep); ausführlich hierzu *Wollenschläger*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 491 ff. m.w. Nachw.

¹⁸¹ Kommission, E. v. 17.6.2008, KOM (2008) 2667 endg., Rn. 17 (Energie AG Oberösterreich); deutlich auch EuG, Urt. v. 28.2.2012, T-268/08 und T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, Rn. 72 (Bank Burgenland): „Solche Gutachten beruhen nämlich unabhängig davon, welche Methode und Parameter für ihre Erstellung gewählt werden, auf einer prognostischen Prüfung und führen daher zu einer Ermittlung des Marktpreises des betreffenden Unternehmens von geringerer Wertigkeit als der, die sich aus im Rahmen eines regelgerecht durchgeföhrten Ausschreibungsverfahrens konkret und gültig eingereichten Angeboten ergibt.“

¹⁸² So auch *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 338; *Kühling*, in: *Streinz*, Art. 107 AEUV, Rn. 38, sieht bei der Kommission zumindest eine „Präferenz für das Ausschreibungsverfahren“; vgl. auch *Guarrata/Wagner*, NZBau 2018, 443, 445.

Marktpreis, da oberhalb des Wertes, den ein Sachverständiger in einem nachfolgenden Gutachten ermittelt habe, verkauft worden.¹⁸³ Der Rückgriff auf ein Gutachten nach durchgeföhrtem Ausschreibungsverfahren ist nach Ansicht der Rechtsprechung sogar auch in solchen Fällen unzulässig, in denen die Fehlerhaftigkeit des Bietprozesses (etwa wegen unzulässiger Bedingungen) von der Kommission festgestellt worden ist.¹⁸⁴ Es erscheint zwar sinnvoll, zu verhindern, dass ein möglicherweise ungewünschtes Ergebnis der Ausschreibung nachträglich durch die Berufung auf ein Gutachten „korrigiert“ werden kann. Auch einer evident fehlerhaften Ausschreibung den Vorrang vor Sachverständigungsgutachten einzuräumen, erscheint jedoch im Hinblick auf eine verlässliche und objektive Bestimmung des Wertes überaus bedenklich.¹⁸⁵ Umgekehrt bedeutet dies aber zugleich, dass eine Veräußerung auch dann als markt-konform anzusehen ist, wenn zwar an den im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens Höchstbietenden verkauft wurde, ein späteres Gutachten den Marktwert des veräußerten Objekts aber höher beziffert.

d) Zusammenfassung und Bewertung

Die Praxis der Kommission sowie insbesondere auch die jüngsten Judikate der Unionsgerichte stellen die Mitgliedstaaten bei Privatisierungen vor eine gewaltige Herausforderung. Sie müssen eine Vielzahl von detaillierten Vorgaben penibel beachten, um eine Transaktion nicht begünstigend und somit beihilfenkonform zu gestalten. Als Vergleichsmaßstab einen privaten Verkäufer heranzuziehen und danach zu fragen, ob auch dieser bereit gewesen wäre, das Geschäft zu denselben Konditionen abzuschließen, ist im Grundsatz überzeugend. Da es jedoch nicht nur den einen Idealtypus an marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmern gibt, sondern sich auch wirtschaftlich verhaltende Marktteure durchaus von jeweils unterschiedlichen Motivationen bei ihren Entscheidungen, Vermögenswerte zu veräußern, leiten lassen, ist der Vergleichstest in nicht wenigen Fällen sehr hypothetisch und vage. So erscheint es keineswegs gesichert, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer unter ausschließlich ökonomischen Gesichtspunkten mit dem Ziel einer Gewinnmaximierung agiert.¹⁸⁶ Wird beispielsweise ein über Generationen im Familienbesitz befindliches Unternehmen veräußert, so kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dem Veräußerer sei vollkommen gleichgültig, was nach dem Verkauf mit dem Unternehmen geschehe. Gerade bei kleinen und mittelständischen Unternehmen kann die soziale Verantwortung, deren sich viele Unternehmer bewusst sind, dazu führen, dass in dem Kaufvertrag auch solche Bedingungen und Auflagen gestellt werden, die den Erlös ggf. schmälern, aber Angestellten und langjährigen Lieferanten des Unternehmens zumindest für eine

¹⁸³ Arhold, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Finanzielle Transfers, Rn. 157.

¹⁸⁴ EuGH, Urt. v. 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 P u. C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 92 ff. (Bank Burgenland).

¹⁸⁵ Sehr kritisch daher auch Soltész/Melcher, BRZ 2014, 16, 17.

¹⁸⁶ Entscheidungen werden zudem oftmals nur auf der Basis begrenzter Informationen und heuristisch getroffen; vgl. grundlegend zu den das menschliche Entscheidungsverhalten beeinflussenden Faktoren Simon, Models of bounded rationality.

Übergangszeit eine gewisse Sicherheit bieten. Der einzige und allein nach Profit strebende Marktteilnehmer ist insoweit nicht immer Realität. Die Vorgaben, mit denen sich die öffentliche Hand für eine marktkonforme Transaktion konfrontiert sieht, sind vor diesem Hintergrund nicht immer praxisnah und zum Teil auch überzogen. Dies wird umso deutlicher, wenn man bedenkt, dass es dem Staat weitgehend untersagt ist, von ihm gestellte Sicherheiten bei der Auswahl des Käufers zu berücksichtigen. Ohne einen entsprechenden „Risikoaufschlag“ zu verlangen, wäre kein privater Verkäufer zu einem Abschluss mit solchen Interessenten bereit, bei denen er ernstlich zu befürchten hätte, dass der Fall seiner Nachhaftung eintreten werde.

Das Dickicht an prozeduralen wie materiellen Vorgaben seitens der Kommission kann schließlich zudem leicht dazu führen, dass auch um eine beihilfenkonforme Ausgestaltung der Transaktion bemühte Staaten „in die Beihilfenvalle tappen“. Beinhaltet die Ausschreibung auch nur eine für einen (von der Kommission bzw. den Unionsgerichten mit bestimmten Eigenschaften und Motiven versehenen und daher fiktiven) privaten Verkäufer nicht akzeptable Bedingung, so ist das Verfahren fehlerhaft und der erzielte Kaufpreis nicht marktkonform. Dies wiederum führt nicht nur dazu, dass die Privatisierung erheblich verzögert wird oder gar gänzlich zu scheitern droht, sondern hat auch zur Konsequenz, dass sich der – auch gutgläubige – Erwerber einer mitunter hohen Nachforderung ausgesetzt sieht, oder aber der gesamte Kaufvertrag rückabzuwickeln ist, was ebenfalls empfindliche wirtschaftliche Folgen für den Käufer auslösen kann.

In Anbetracht der Praxis einiger Mitgliedstaaten, durch äußerst niedrige Grundstückspreise Anreize für die Ansiedlung von Unternehmen zu setzen und so den jeweiligen Standort aufzuwerten und neue Arbeitsplätze zu schaffen,¹⁸⁷ ist eine effektive Kontrolle staatlicher Grundstücksvoräußerungen im Interesse eines unverfälschten Wettbewerbs und gleicher Ausgangsbedingungen der miteinander konkurrierenden Unternehmen selbstverständlich unerlässlich. Es muss verhindert werden, dass Grundstücke der öffentlichen Hand „verschleudert“ werden, um Unternehmen mit einem erheblichen Sparpotenzial bei ihrer ersten Investitionsentscheidung anzulocken. Zu beachten ist jedoch, dass die gegenwärtige Kommissionspraxis und die strenge Rechtsprechungslinie der Unionsgerichte dazu führen, dass weit über diese eindeutigen, mit dem Grundgedanken eines offenen und unverzerrten Wettbewerbs im Binnenmarkt nicht zu vereinbarenden Fälle der finalen Begünstigung einzelner ansiedlungswilliger Unternehmen aus infrastrukturellen Beweggründen der öffentlichen Hand hinaus auch solche Grundstücksgeschäfte beihilfeinfiziert sein können, mit denen der Mitgliedstaat keinen wirtschaftlichen Vorteil des Vertragspartners bezaucht. Im Gegensatz zu den „klassischen“ Formen der Beihilfengewährung, in denen die öffentliche Hand in Form von Zuschüssen Unternehmen ganz bewusst am Markt zu stärken oder deren Ausscheiden vom Markt zu verhindern intendiert, kennzeichnen sich im Rahmen von Austauschbeziehungen vergebene Beihilfen nicht selten dadurch, dass die Gewährung nur versehentlich und in Unkenntnis des Beihilfenchas-

¹⁸⁷ Vgl. hierzu Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rn. 286; Stapper, DB 1999, 2399; Grziwotz, KommJur 2010, 250; Schütterle, EuZW 1993, 625 ff.

rakters erfolgt. Da allein die begünstigende Wirkung der staatlichen Maßnahme für deren Klassifizierung als Beihilfe ausschlaggebend ist¹⁸⁸ und Mitgliedstaaten eine Unterwertveräußerung demzufolge nicht unter Hinweis darauf rechtfertigen können, sie hätten zum Marktpreis verkaufen wollen, ist den Mitgliedstaaten im eigenen, aber auch im Interesse der mit ihnen kontrahierenden Unternehmen nachdrücklich zu empfehlen, die Vorgaben der Kommission ernst zu nehmen und geplante Privatisierungen sorgfältig vorzubereiten, um ansonsten drohende zeit- und kostenaufwendige Rückforderungen weitgehend auszuschließen. Obwohl der als Vergleich herangezogene marktwirtschaftlich handelnde private Verkäufer inzwischen recht klare Konturen durch die Kommission und die Rechtsprechung des Gerichtshofs erhalten hat,¹⁸⁹ bieten Privatisierungen in der Praxis nach wie vor zahlreiche Fallstricke, die sich am Merkmal der Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV festmachen lassen. Es mag daher wenig überraschen, dass es in jüngerer Zeit beinahe schon zum „Standardwaffenarsenal“ unterlegener Bieter gehört, jede Unregelmäßigkeit des Verfahrens zu rügen sowie vor nationalen Gerichten die Beihilferechtswidrigkeit der Transaktion und einen daraus folgenden Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV mit dem Ziel einer Rückabwicklung des Kaufvertrags geltend zu machen.¹⁹⁰ Umso entscheidender ist es daher, dass die nationalen Rechtsordnungen ein angemessenes Rechtsfolgenregime für etwaige Verstöße bereitstellen, das Wettbewerber und deren wirtschaftliche Interessen effektiv zu schützen imstande ist, dabei aber zugleich bloße Verdachtsrückforderungen und unverhältnismäßige Folgen für die betroffenen Vertragspartner der öffentlichen Hand ausschließen kann.

3. Das Merkmal der Staatlichkeit

Von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst werden nur staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen. Hinter dieser Unterscheidung steht das Ziel, in den Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch solche Beihilfen miteinzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.¹⁹¹ Entscheidend ist, dass die betreffende Maßnahme dem Staat zuzurechnen ist und zu einer Be-

¹⁸⁸ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 2.7.1974, C-173/73, Slg. 1974, 709, Rn. 26/28 (Italien/Kommission); vgl. auch z.B. Urt. v. 24.2.1987, C-310/85, Slg. 1987, 901, Rn. 8 (Deufil); Urt. v. 29.2.1996, C-56/93, Slg. 1996, I-723, Rn. 79 (Belgien/Kommission); Urt. v. 26.9.1996, C-241/94, Slg. 1996, I-4551, Rn. 20 (Frankreich/Kommission); Urt. v. 17.6.1999, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 25 (Maribel); Urt. v. 8.9.2011, C-279/08 P, Slg. 2011, I-7671, Rn. 51 (Kommission/Niederlande).

¹⁸⁹ Kritisch hierzu allerdings Giesberts/Kleve, EuZW 2009, 287, 288 ff., die klarere Vorgaben der europäischen Gerichte sowie eine sekundärrechtliche Grundlage für die Anwendung des Privatinvestorentests fordern.

¹⁹⁰ Soltész, EuZW 2015, 277, 278.

¹⁹¹ EuGH, Urt. v. 24.1.1978, C-82/77, Slg. 1978, 25, Rn. 23 ff. (van Tiggele); Urt. v. 17.3.1993, C-72/91 und C-73/91, Slg. 1993, I-887, Rn. 19 (Sloman Neptun); Schmid-Kühnhöfer, Die Staatlichkeit von Beihilfen, S. 58 f.

lastung des Staatshaushalts führt.¹⁹² Die Belastung öffentlicher Mittel kann dabei freilich nicht nur in einer positiven Zahlungsverpflichtung bestehen, sondern liegt auch dann vor, wenn der Staat – wie im Falle von Unterwertveräußerungen staatlicher Vermögenswerte – auf Einnahmen verzichtet und dadurch einen Ausfall für die Staatskasse herbeiführt.¹⁹³

4. Selektivität der Begünstigung

Grundsätzlich nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verboten ist nur die Begünstigung „bestimmter“ Unternehmen oder Produktionszweige. Das Merkmal der Selektivität dient der Abgrenzung zwischen Beihilfen und allgemeinen wirtschaftlichen oder wirtschaftspolitischen Maßnahmen des Staates, die nach wie vor in die Regelungskompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten fallen. Das Beihilfenverbot dient dem Schutz des Wettbewerbs vor punktueller staatlicher Intervention, untersagt jedoch nicht solche staatlichen Leistungen, die alle Unternehmen begünstigen. Unterschiede in der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten sollen nicht über das Beihilfenregime eingeebnet werden, sondern können nur im Wege der Rechtsangleichung nach Art. 113 f. AEUV reduziert bzw. ausgeglichen werden.¹⁹⁴ Der selektive Charakter einer Begünstigung ist anzunehmen, wenn bestimmte Unternehmen durch eine staatliche Maßnahme gegenüber solchen Unternehmen begünstigt werden, die sich hinsichtlich des mit der Maßnahme verfolgten Ziels in einer vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Lage befinden,¹⁹⁵ wobei es unerheblich ist, ob zwischen den Unternehmen Wettbewerb besteht.¹⁹⁶ Begünstigende Privatisierungsverträge werden nur mit einem Bieter geschlossen und enthalten daher wegen ihres individuellen Charakters stets eine selektive Begünstigung nur des jeweiligen Vertragspartners.¹⁹⁷

¹⁹² Soltész, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 239 ff.; ausführlich zum Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit Robertson, in: Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 355 ff.; Soltész, ZWeR 2010, 198 ff.

¹⁹³ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016 C 262/01, Rn. 52; EuGH, Urt. v. 16.5.2000, C-83/98 P, Slg. 2000, I-3271, Rn. 48 ff. (Ladbroke Racing); Urt. v. 22.6.2006, C-182/03 u. C-217/03, Slg. 2006, I-5479, Rn. 86, 127 ff. (Belgien/Kommission); Soltész, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 299; Mestmäcker/Schweizer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilferecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 287 f.

¹⁹⁴ Mestmäcker/Schweizer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilferecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 169.

¹⁹⁵ EuGH, Urt. v. 8.11.2001, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 41 (Adria-Wien-Pipeline); Urt. v. 3.3.2005, C-172/03, Slg. 2005, I-1627, Rn. 40 (Heiser); Urt. v. 22.12.2008, C-487/06 P, Slg. 2008, I-10515, Rn. 82 (British Aggregates); Urt. v. 28.7.2011, C-403/10 P, Slg. 2011, I-00117, Rn. 36 (Mediaset).

¹⁹⁶ Mestmäcker/Schweizer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilferecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 170.

¹⁹⁷ Vgl. zur Selektivität privatrechtlich gewährter Beihilfen auch Seidel, Die Auswirkungen des Europäischen Beihilferechts auf privatrechtliche Subventionsverträge, S. 13.

5. Wettbewerbsverfälschung

Mit dem Binnenmarkt prinzipiell unvereinbar sind des Weiteren nur solche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen oder zumindest zu verfälschen drohen. Die Rechtsprechung geht von einer sehr extensiven Auslegung aus und nimmt eine Wettbewerbsverfälschung bereits dann an, wenn die Maßnahme dem Begünstigten eine vorteilhafte Wettbewerbsposition gegenüber anderen, mit ihm im Wettbewerb stehenden Unternehmen verschafft.¹⁹⁸ Die Wettbewerbsverfälschung wird oftmals gleichsam automatisch bejaht, zumal die Kommission eine tatsächliche Wettbewerbsverfälschung nicht darzulegen braucht, sondern nur zu prüfen hat, ob die Maßnahme geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen.¹⁹⁹ Ein diesbezügliches Potential reicht somit bereits aus, insbesondere der Eintritt konkreter schädlicher Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation der nicht begünstigten Mitbewerber ist nicht erforderlich.²⁰⁰ Auch muss sich die Wettbewerbsverfälschung nicht auf den gesamten Binnenmarkt oder zumindest mehrere Mitgliedstaaten erstrecken.²⁰¹ Es genügt vielmehr, wenn sich die Wettbewerbsverfälschung auch nur auf einen Mitgliedstaat bezieht und wenn sie nur zwischen Unternehmen eines Mitgliedstaates droht.²⁰² Unter diesem sehr weit gefassten Verständnis der (potentiellen) Wettbewerbsverfälschung wird eine solche bei einer Unterwertveräußerung von Unternehmen oder Grundstücken praktisch nie auszuschließen sein.

6. Handelsbeeinträchtigung

Schließlich betrifft das Beihilfenverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV nur Begünstigungen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, und fordert – entsprechend der Zuständigkeit der EU –²⁰³ ein grenzüberschreitendes Element. Diese

¹⁹⁸ Grundlegend EuGH, Urt. v. 17.9.1980, C-730/79, Slg. 1980, Rn. 11 f. (Philip Morris); vgl. auch EuGH, Urt. v. 7.6.1988, C-57/86, Slg. 1988, 2855, Rn. 15 f. (Griechenland/Kommission); Urt. v. 22.11.2001, C-53/00, Slg. 2001, I-9067, Rn. 21 (Ferring); Urt. v. 22.6.2006, C-182/03 u. C-217/03, Slg. 2006, I-5479, Rn. 131 (Belgien/Kommission).

¹⁹⁹ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-372/97, Slg. 2004, I-3679, Rn. 44 (Italien/Kommission); Urt. v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 54 (Unicredito Italiano); Urt. v. 15.12.2005, C-66/02, Slg. 2005, I-10901, Rn. 111 (Italien/Kommission); Urt. v. 16.12.2010, C-480/09 P, Slg. 2010, I-13355, Rn. 102 (AceaElectrabel); Urt. v. 9.6.2011, C-71/09, Slg. 2011, I-4727, Rn. 134 (Venezia vuole vivere); Urt. v. 8.9.2011, C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611, Rn. 78 (Paint Graphos).

²⁰⁰ EuG, Urt. v. 15.6.2000, T-298/97, Slg. 2000, II-2319, Rn. 95 (Alzetta).

²⁰¹ Eilmansberger, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 330; Frenz, Beihilfe- und Vergaberecht, Rn. 677.

²⁰² EuGH, Urt. v. 13.7.1988, C-102/87, Slg. 1988, 4067, Rn. 19 (Frankreich/Kommission).

²⁰³ Das Merkmal bestimmt die Grenze der unionsrechtlichen Relevanz der Wettbewerbsbeschränkung, vgl. Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 315; s. auch GA Capotorti, Schlussanträge v. 18.6.1980, C-730/79, Slg. 1980, 2693, 2697 (Philip Morris).

sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel²⁰⁴ ist bereits dann erfüllt, wenn die Maßnahme auch nur geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen,²⁰⁵ also dann, wenn eine Beihilfe die Stellung bestimmter Unternehmen gegenüber anderen konkurrierenden Unternehmen im innergemeinschaftlichen Handel stärken kann.²⁰⁶ Sie dient dazu, die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf rein lokale Sachverhalte auszuschließen.²⁰⁷ Jedoch steht weder ein geringer Beihilfenumfang noch eine verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens der Annahme einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung per se entgegen, zumal ein „Spürbarkeitserfordernis“ der Beeinträchtigung von der Rechtsprechung gerade nicht gefordert wird.²⁰⁸

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Veräußerungen von Grundstücken oder Unternehmen durch die öffentliche Hand schnell Beihilfeelemente aufweisen können. Liegt eine Begünstigung in Form eines nicht marktgerechten Kaufpreises vor, so wird in der Regel von einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auszugehen sein, da neben der Selektivität der Begünstigung und der Belastung des Staatshaushalts grds. auch eine (jedenfalls potentielle) Wettbewerbsverfälschung sowie eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels angenommen werden können. Um einen beihilfen-

²⁰⁴ Vgl. etwa *Segura*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 65; *Soltész*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 440 ff.; *Heinrich*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 238; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 160; *Heidenhain*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 3, Rn. 1; *Vejseli*, Durchführungsverbot und die nachträgliche Beihilfegenehmigung, S. 11; *Rung*, NVwZ 2017, 1174; *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403, 433, bezeichnet diese Voraussetzung als „anachronistisches Relikt aus der Gründerzeit [...], dem noch die Spuren eines in einzelstaatlich parzellierten Märkten befindlichen Denkens anhaftet“.

²⁰⁵ EuGH, Urt. v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 54 (Unicredito Italiano); Urt. v. 15.12.2005, C-66/02, Slg. 2005, I-10936, Rn. 111 (Italien/Kommission); Urt. v. 30.4.2009, C-494/06 P, Slg. 2009, I-3639, Rn. 50 (Wam SpA); EuG, Urt. v. 11.6.2009, T-189/03, Slg. 2009, II-1831, Rn. 64 (ASM); Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016 C 262/01, Rn. 190.

²⁰⁶ EuGH, Urt. v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 56 (Unicredito Italiano); Urt. v. 8.9.2011, C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611, Rn. 79 (Paint Graphos); EuG, Urt. v. 15.6.2000, T-298/97, Slg. 2000, II-2319, Rn. 94 (Alzetta).

²⁰⁷ Instruktiv Kommission, E. v. 12.1.2001, Fall N 258/2000 (Freizeitbad Dorsten): ist der Einzugsbereich eines Freizeitbades geringer als die Entfernung zur nächsten Grenze, liegt kein grenzüberschreitender Wettbewerb verschiedener Infrastruktureinrichter und somit keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor; anders jedoch etwa bei der Förderung großer Freizeitparks, vgl. Kommission, ABl. 2004 L 61/66, 69 (Space Park Bremen); zur jüngeren Entscheidungspraxis der Kommission vgl. *Herrmann*, KommJur 2016, 201 ff.; *Soltész/Pflock*, EuZW 2017, 207 ff.; zu den Kriterien für das Vorliegen einer nur rein lokal wirkenden Förderung im Krankenhaussektor OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017, KommJur 2017, 220; vgl. zu dieser Entscheidung *Jürschik*, NZBau 2017, 472 ff.; *Kohm*, GRUR-Prax 2017, 224.

²⁰⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 3.3.2005, C-172/03, Slg. 2005, I-1627, Rn. 32 (Heiser); Urt. v. 14.1.2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 68 (Eventech); EuG, Urt. v. 29.9.2000, T-55/99, Slg. 2000, II-3207, Rn. 94 (CETM).

rechtlich relevanten wirtschaftlichen Vorteil auszuschließen und der Pflicht zur Notifikation der Veräußerung zu entgehen, müssen die Mitgliedstaaten beabsichtigte Privatisierungen detailliert vorbereiten und die von der Kommission sowie den Unionsgerichten aufgestellten Vorgaben genau beachten. Insbesondere haben sie zu überprüfen, ob auch ein hypothetischer privater Verkäufer den Vertrag zu denselben Konditionen abschlösse. Dies ist regelmäßig jedenfalls dann der Fall, wenn an den Meistbietenden verkauft wird. Beabsichtigt die öffentliche Hand, nicht dem nominell höchsten Gebot den Zuschlag zu erteilen, sollte die Kommission vor Vertragsschluss darüber in Kenntnis gesetzt und ihre Entscheidung abgewartet werden, um eine Rückforderungs- bzw. Aussetzungsanordnung der Kommission oder Konkurrentenklagen anderer Bieter zu vermeiden. Obgleich die Rechtsprechung darum bemüht ist, dem als Vergleichsmaßstab herangezogenen „private vendor“ immer schärfere Konturen zu verleihen, sind gegenwärtig noch nicht alle Fragen geklärt. Die Mitgliedstaaten laufen dementsprechend Gefahr, infolge eines fehlerhaften Auswahlverfahrens unbeabsichtigt eine Beihilfe zu gewähren. Es besteht daher speziell im Bereich von Privatisierungen und Grundstücksveräußerungen nach wie vor Bedarf an einer frühzeitigen Abstimmung und Kommunikation der Mitgliedstaaten mit der Kommission.

D. Das Beihilfeverfahrensrecht

I. Pflichten der Mitgliedstaaten

1. Notifizierungspflicht

Nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, Art. 2 Abs. 1 S. 1 VVO ist der Mitgliedstaat verpflichtet, die Kommission rechtzeitig von jeder beabsichtigten Einführung einer Beihilfe zu unterrichten. Die Notifizierungspflicht ermöglicht eine Präventivkontrolle durch die Kommission, die in die Lage versetzt werden soll, sich eine erste Meinung zum Beihilfencharakter der Maßnahme sowie zu deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt bilden zu können.²⁰⁹

Notifizierungspflichtig sind ausschließlich neue Beihilfen i.S.d. Art. 1 lit. c) VVO, d. h. solche Maßnahmen, die alle Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV einschließlich der Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfüllen und nicht als bestehende Beihilfen nach Art. 1 lit. b) VVO anzusehen sind. Art. 1 lit. a) VVO stellt mit dem dort enthaltenen Verweis auf Art. 107 Abs. 1 AEUV insoweit klar, dass eine Notifizierung nicht bereits dann zu erfolgen hat, wenn nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass es sich bei der beabsichtigten Maßnahme um eine Beihilfe handelt. Der ursprünglich von der Kommission²¹⁰ vertretenen gegenteiligen Auffassung wurde – unter überwiegender Zustimmung der Literatur²¹¹ – auch vom Gerichtshof eine eindeutige Absage erteilt.²¹² Gleichwohl kann es im Interesse der Rechtssicherheit für die Mitgliedstaaten ratsam sein, eine bestimmte Maßnahme als sog. Nicht-Beihilfe anzumelden, um durch ein Negativattest gem. Art. 4 Abs. 2 VVO von dem Risiko einer versehentlichen Fehleinschätzung befreit zu sein; eine Pflicht dazu besteht allerdings nicht, es gilt vielmehr der Grundsatz der Selbstveranlagung der Mitgliedstaaten.²¹³ Die Anmeldepflicht greift aber unabhängig davon, ob die Beihilfe nach Art. 107

²⁰⁹ Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 21.

²¹⁰ Kommission, E. v. 11.6.1991, ABl. 1992 L 14/35 (PMU).

²¹¹ Vgl. etwa Sinnaeve, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 33, Rn. 2; dies., CML-Rev 2007, 965, 968; Eilmansberger, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung, S. 66 ff. m.w.Nachw.; siehe aber auch Gambaro/Nucara/Prete, EStAL 2005, 3, 7 f., die darauf hinweisen, dass dadurch viele Beihilfen unentdeckt bleiben könnten.

²¹² EuGH, Urt. v. 15.7.2004, C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Rn. 31 ff. (Pearle); vgl. auch Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 22; Bierwagen, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 2 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 198.

²¹³ Vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 2 VO 2015/1589, Rn. 3; Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 23; Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 51; v. Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 108 AEUV, Rn. 12; Wienbracke, WRP 2016, 294, 295.

Abs. 2, 3 AEUV oder gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV genehmigungsfähig ist, da der Entscheidung der Kommission nicht eigenmächtig vorgegriffen werden soll.²¹⁴ Ausgenommen von der Pflicht zur Notifizierung sind gem. Art. 2 Abs. 1 S. 1 VVO Beihilfen, für die auf Grundlage des Art. 109 AEUV Ausnahmen vom Anmeldeerfordernis bestehen. Dies betrifft primär Beihilfen, die unter die De-minimis-Verordnung²¹⁵ oder die AGVO²¹⁶ fallen.

2. Durchführungsverbot

Gem. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, Art. 3 VVO dürfen die Mitgliedstaaten eine neue Maßnahme erst durchführen, wenn die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat. Aufgrund dieser Sperrwirkung darf die staatliche Maßnahme keine Wirkung entfalten, bevor die Kommission das Beihilfenvorhaben geprüft und für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt oder aber festgestellt hat, dass die Maßnahme keine Beihilfeelemente aufweist.²¹⁷ Eine Genehmigungsfiktion enthält allerdings Art. 4 Abs. 6 VVO. Hiernach darf eine Maßnahme ausnahmsweise auch ohne entsprechenden Beschluss der Kommission eingeführt werden, wenn diese innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung keine Entscheidung erlassen hat, der Mitgliedstaat die Kommission in Kenntnis setzt, die Maßnahme nunmehr durchführen zu wollen und die Kommission daraufhin innerhalb einer weiteren Frist von 15 Tagen ebenfalls keine Entscheidung trifft.²¹⁸ Das Durchführungsverbot zielt auf die Sicherung der Notifizierungspflicht und des Entscheidungsmonopols der Kommission ab, verhindert, dass diese vor vollendete Tatsachen gestellt wird und gewährleistet so eine effektive Präventivkontrolle.²¹⁹ Mit dem Verbot

²¹⁴ Kühling/Rüchardt, in: Streinz, Art. 108 AEUV, Rn. 14; Kreuschitz/Wernicke, in: Lenz/Borchardt, Art. 108 AEUV, Rn. 42.

²¹⁵ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. 2013 L 352, 1.

²¹⁶ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2014 L 187, 1, berichtigt ABl. 2014 L 283, 65.

²¹⁷ EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 4 (Lorenz); Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 17 (Boussac); Birnstiel/Heinrich, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 3 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 206; v. Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 108 AEUV, Rn. 78.

²¹⁸ Die zusätzliche Frist von 15 Arbeitstagen geht über die vom EuGH in der Rs. Lorenz (EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 4) entwickelte zweimonatige Frist (sog. Lorenz-Frist) hinaus. Vgl. hierzu auch Kruse, NVwZ 1999, 1049, 1052.

²¹⁹ Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 122; Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 59; Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 33 f.; Plenge, Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts, S. 93.

sollen „das Wirksamwerden vertragswidriger Beihilfen“ und der Eintritt von Wettbewerbsverfälschungen unterbunden werden.²²⁰

Das Durchführungsverbot greift, ebenso wie die Notifizierungspflicht, nur für tatbestandsmäßige Beihilfen²²¹ und normiert ein absolutes Stillhaltegebot für die Mitgliedstaaten. Es spielt insofern keine Rolle, ob die Beihilfe überhaupt nicht bei der Kommission angemeldet, oder aber zwar notifiziert, jedoch vor Erlass der abschließenden Entscheidung durchgeführt wurde.²²²

Der Begriff der Durchführung in Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV²²³ umfasst nicht nur die eigentliche Auszahlung der Beihilfe. Eine Durchführung liegt auch schon dann vor, wenn die öffentliche Hand rechtlich ohne Weiteres zur Gewährung verpflichtet ist, ohne dass es einer anderen Formalität bedarf.²²⁴ Unzulässig ist demnach bereits der Abschluss von schuldrechtlichen Verträgen, durch die der Begünstigte einen entsprechenden Rechtsanspruch erhält. Ein tatsächlicher Mittelfluss ist hingegen nicht erforderlich. Waren solche Verpflichtungsgeschäfte nicht vom Verbot erfasst und folglich wirksam, stünden dem Begünstigten nämlich einklagbare Ansprüche gegenüber dem Staat zu, mit denen er bereits vor Erhalt der Mittel Geschäftspolitik betrieben und Konkurrenten am Markt schädigen könnte.²²⁵

II. Der Verfahrensablauf bei neuen Beihilfen

Im Folgenden soll zunächst kurz das Aufsichtsverfahren bei angemeldeten Neubeihilfen skizziert, also der Verfahrensablauf für den (Ideal-)Fall beschrieben werden, dass die beabsichtigte Maßnahme von den Mitgliedstaaten entsprechend Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV bei der Kommission notifiziert und – wie von Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, Art. 3 VVO vorgeschrieben – noch nicht gewährt worden ist. Daran anknüpfend wird aufgezeigt, welche Optionen der Kommission zur Verfügung stehen, wenn Beihilfen unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot bereits von den Mitgliedstaaten eingeführt wurden. Eingehender untersucht werden soll schließlich die Möglichkeit der

²²⁰ Bereits EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 4 (Lorenz); Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 33; Rödel, Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 109 f.; Heidenhain, EuZW 2005, 135, 136; Steindorff, EuZW 1997, 7, 9.

²²¹ Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 123.

²²² EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 8 (Lorenz); Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 36 f.

²²³ Gleiches gilt auch für die in Art. 3 VVO verwendete Formulierung „dürfen nicht eingeführt werden“, vgl. Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 3 VVO, Rn. 1; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 3 VO 2015/1589, Rn. 1; Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 37.

²²⁴ EuG, Urt. v. 14.1.2004, T-109/01, Slg. 2004, II-127, Rn. 74 (Fleuren Compost); Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 60; Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 120; Simmaeke, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 33, Rn. 19; vgl. auch Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 49 f., der davon ausgeht, dass die Begriffe „Gewährung“ und „Durchführung“ synonym sind. Zum Begriff der Gewährung vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.3.2013, C-129/12, ECLI:EU:C:2013:200, Rn. 40 (Magdeburger Mühlenwerke).

²²⁵ Überzeugend Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 37 f., der zutreffend darauf hinweist, dass das „Innehaben eines fälligen Anspruchs auf eine Leistung bereits Vermögenswert besitzt“.

Kommission, eine Rückforderungsanordnung zu erlassen und somit dem Mitgliedstaat aufzugeben, die Beihilfe von ihrem Empfänger zurückzufordern.

1. Das Verfahren bei angemeldeten Beihilfen

a) Vorprüfphase

Wurde die beabsichtigte Maßnahme von dem Mitgliedstaat²²⁶ bei der Kommission notifiziert, so hat diese gem. Art. 4 Abs. 1 VVO die Anmeldung unmittelbar nach ihrem Eingang zu prüfen. Prüfungsgegenstand ist hierbei die Frage, ob Anlass zu Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt bestehen. Zweck dieser vorläufigen Prüfung ist es, der Kommission nur eine erste Meinungsbildung über den Beihilfencharakter der Maßnahme sowie eine prima-facie-Einschätzung zu ihrer beihilfenrechtlichen Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu ermöglichen.²²⁷ Untersucht wird in dieser Phase daher lediglich, ob die materiellen Voraussetzungen einer genehmigungsfähigen Beihilfe offensichtlich vorliegen und ob ein kurorisches Abwägen des Für und Wider bei der Ermessensausübung der Kommission zu einer Billigung der Beihilfe führen würde.²²⁸

Gelangt die Kommission innerhalb der ihr von Art. 4 Abs. 5 VVO eingeräumten Frist von zwei Monaten zu der Überzeugung, dass die staatliche Maßnahme keine Beihilfe darstellt, so trifft sie nach Art. 4 Abs. 2 VVO eine „Nicht-Beihilfe“-Entscheidung (sog. beihilfenrechtliches Negativattest).²²⁹ Den Mitgliedstaaten ist es dann gestattet, die Maßnahme durchzuführen bzw. zu gewähren. Sofern sie eine drohende konkrete Wettbewerbsverfälschung nachweisen²³⁰, können Wettbewerber des Förderempfängers diese Entscheidung über die Beihilfefreiheit jedoch im Wege der Nichtigkeitsklage angreifen. Rechtssicherheit besteht für den gewährenden Mitgliedstaat und

²²⁶ Nur der Mitgliedstaat selbst kann die Beihilfe bei der Kommission anmelden, eine Anmeldung durch den Beihilfeempfänger oder die beihilfegewährende Gebietskörperschaft bzw. ein beihilfegegährendes öffentliches Unternehmen ist unzulässig, vgl. EuGH, Urt. v. 1.6.2006, C-442/03 P u. C-471/03 P, Slg. 2006, I-4845, Rn. 103 f. (P&O European Ferries); *Kühling/Rüchardt*, in: Streinz, Art. 108 AEUV, Rn. 15; *Werner*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 29.

²²⁷ EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 3 (Lorenz); Urt. v. 11.12.1973, C-121/73, Slg. 1973, 1495, Rn. 3 (Markmann); Urt. v. 20.3.1984, C-84/82, Slg. 1984, 1451, Rn. 11 (Deutschland/Kommision); Urt. v. 19.5.1993, C-198/91, Slg. 1993, I-2487, Rn. 22 (Cook); *Harringa*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 4 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 251; *Werner*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 4 VerfVO, Rn. 2; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 4 VO 2015/1589, Rn. 1; *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 108 AEUV, Rn. 19; *Sinnaeve*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 33, Rn. 21; *Rosenfeld*, in: Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 86.

²²⁸ *Lessenich*, in: NK-Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 29.

²²⁹ Vgl. nur *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 4 VO 2015/1589, Rn. 1.

²³⁰ EuG, Urt. v. 5.12.2002, T-114/00, Slg. 2002, II-5121, Rn. 44, 51 (Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum); zu den Rechtsschutzmöglichkeiten ausführlich *Harringa*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 4 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 282 ff.

die betroffenen Unternehmen diesbezüglich daher erst nach Ablauf der Frist des Art. 263 AEUV.²³¹

Stellt die Kommission fest, dass es sich bei der beabsichtigten Maßnahme zwar um eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, diese jedoch eindeutig mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, so erlässt sie eine Entscheidung, keine Einwände zu erheben. Auch in diesem Fall endet das Durchführungsverbot.²³²

Sieht sich die Kommission nicht in der Lage, die Maßnahme für beihilfenrechtlich zulässig zu erklären, sondern hat Zweifel hinsichtlich des Beihilfencharakters der Maßnahme oder Bedenken an ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, so ist sie verpflichtet, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, vgl. Art. 4 Abs. 4 VVO.²³³ Ihre Entscheidung, in die förmliche Prüfphase einzutreten, muss gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 VVO eine Zusammenfassung der wesentlichen Sach- und Rechtsfragen, eine vorläufige Würdigung des Beihilfencharakters der Maßnahme und Ausführungen zu ihren Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit enthalten. Zugleich werden der betreffende Mitgliedstaat und die anderen Beteiligten i.S.d. Art. 1 lit. h) VVO gem. Art. 6 Abs. 1 S. 2 VVO zu einer Stellungnahme aufgefordert.

b) Förmliches Prüfverfahren

Gelangt die Kommission am Ende des sich an diese erste recht kurSORISCHE Prüfung anschließenden förmlichen Prüfverfahrens zu dem Schluss, dass die Maßnahme nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt, so stellt sie gem.

²³¹ Ist die Klagefrist gegen die Entscheidung der Kommission hingegen noch nicht abgelaufen, kann der Empfänger keine Gewissheit über die Rechtmäßigkeit der staatlichen Maßnahme haben und sich insoweit nicht auf Vertrauenschutz berufen, vgl. EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 53 (CELF II); Urt. v. 29.4.2004, C-91/01, Slg. 2004, I-4355, Rn. 66 (Italien/Kommission).

²³² Vor Ablauf der Klagefrist des Art. 263 AEUV besteht jedoch freilich wiederum keine Rechtssicherheit. Sofern der anmeldende Mitgliedstaat die Maßnahme als vermeintlich beihilfefrei nur aus Gründen der Rechtssicherheit notifiziert hat, ist er durch die Einordnung der Maßnahme als (wenn auch vereinbare) Beihilfe belastet, da in diesem Fall nicht unerhebliche Überwachungs- und Dokumentationspflichten bestehen. Obgleich die Beihilfe durchgeführt werden darf, ist der betreffende Mitgliedstaat in diesem Fall klagebefugt, EuGH, Urt. v. 26.9.1996, C-241/94, Slg. 1996, I-4551, Rn. 1 ff. (Frankreich/Kommission); *Harringa*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 4 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 281, 295.

²³³ EuGH, Urt. v. 20.3.1984, C-84/82, Slg. 1984, 1451, Rn. 13 (Deutschland/Kommission); Urt. v. 19.5.1993, C-198/91, Slg. 1993, I-2487, Rn. 29 (Cook); Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 33 (Matra); Urt. v. 2.4.1998, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Rn. 39 (Sytraval); während Art. 4 Abs. 4 VVO auf „Bedenken“ der Kommission abstellt, wird in der Rechtsprechung der Unionsgerichte oftmals das Vorliegen „ernster Schwierigkeiten“ gefordert, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 2.4.1998, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Rn. 39 (Sytraval); EuG, Urt. v. 15.9.1998, T-11/95, Slg. 1998, II-3235, Rn. 164 (BP Chemicals); zu den im Detail unterschiedlichen Voraussetzungen der Unionsgerichte *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 4 VO 2015/1589, Rn. 5; ausführlich zum Begriff der „ernsten Schwierigkeiten“ *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 878 ff. Der Begriff ist objektiv zu verstehen und daher grds. gerichtlich voll überprüfbar, vgl. EuGH, Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 34 ff. (Matra); EuG, Urt. v. 15.3.2001, T-73/98, Slg. 2001, II-867, Rn. 47 (Prayon-Rupel). Gleichwohl verfügt die Kommission bei der Ermittlung der Umstände, die sie zu Zweifeln veranlassen, über ein gewisses Ermessen, vgl. EuG, Urt. v. 15.3.2001, T-73/98, Slg. 2001, II-867, Rn. 45 (Prayon-Rupel); Urt. v. 10.2.2009, T-388/03, Slg. 2009, II-199, Rn. 87 (Deutsche Post).

Art. 9 Abs. 2 VVO durch Beschluss fest, dass keine Beihilfe vorliegt und bringt damit zum Ausdruck, dass ihre anfänglichen Bedenken hinsichtlich des Beihilfencharakters der Maßnahme im förmlichen Prüfverfahren ausgeräumt werden konnten.

Stellt die Kommission nach eingehender Prüfung der Maßnahme fest, dass diese mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, so erlässt sie einen Positivbeschluss nach Art. 9 Abs. 3 VVO. Sie hat gem. Art. 9 Abs. 4 VVO auch die Möglichkeit, die Genehmigung der Beihilfe unter Bedingungen und Auflagen zu erteilen.²³⁴

Kommt die Kommission schließlich zu dem Ergebnis, dass die Maßnahme mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, muss sie einen Negativbeschluss erlassen, Art. 9 Abs. 5 VVO.²³⁵ Die Beihilfe darf in diesem Fall von den Mitgliedstaaten nicht eingeführt werden.

2. Verfahren bei nicht ordnungsgemäß notifizierten Beihilfen

Die soeben dargestellte Grundstruktur des Aufsichtsverfahrens gilt weitgehend auch bei bereits durchgeführten Beihilfen, die von dem Mitgliedstaat entweder gar nicht notifiziert worden sind oder aber bei der Kommission angemeldet, jedoch vor einer verfahrensabschließenden Genehmigung gewährt wurden (formell rechtswidrige Beihilfen).²³⁶ Art. 108 AEUV selbst geht nur von der Konstellation aus, dass die Mitgliedstaaten die Anmelde- und die Stand-still-Pflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV beachten und enthält demzufolge keine Vorgaben für den Fall, dass das Notifizierungsverfahren nicht eingeleitet oder zwar eingeleitet, eine Entscheidung der Kommission aber nicht abgewartet wird. Da die Praxis jedoch gezeigt hat, dass Mitgliedstaaten nicht selten in der Hoffnung, die Kommission werde dies nicht mitbekommen, Beihilfen ohne Anmeldung einführen,²³⁷ waren die Reaktionsmöglichkeiten der Kom-

²³⁴ Ausführlich hierzu Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 7 VerfVO, Rn. 6 ff.; aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gem. Art. 5 EUV dürfte die Kommission gezwungen sein, vor Erlass einer Negativentscheidung stets zu prüfen, ob eine Vereinbarkeit der Maßnahme nicht auch mit dem mildernden Mittel einer Genehmigung unter Auflagen herzustellen ist, vgl. *Harringa*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 7 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 367.

²³⁵ Diesen hat die Kommission ausführlich zu begründen, ein pauschaler Verweis auf das prinzipielle Verbot staatlicher Beihilfen genügt nicht, vgl. *Harringa*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 7 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 376. Der Beschluss muss insbesondere auch Aufschluss darüber geben, in welchem Umfang die Maßnahme unvereinbar ist, vgl. EuGH, Urt. v. 13.5.1985, C-296/82 u. 318/82, Slg. 1985, I-809, Rn. 29 (Leeuwarder Papierwarenfabriek); *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 33.

²³⁶ In der Verfahrensverordnung in Beihilfesachen werden neue Beihilfen, die unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV eingeführt werden, ohne Hinweis auf den Formalverstoß als „rechtswidrige Beihilfen“ definiert, vgl. Art. 1 lit. f) VVO. Da jedoch mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen zum Teil auch als „materiell rechtswidrige“ Beihilfen beschrieben werden (vgl. nur *Cremer*, in: Callies/Ruffert, Art. 108 AEUV, Rn. 27), erscheint es vorzugswürdig, Beihilfen, die vor einer abschließenden Genehmigung der Kommission eingeführt werden und deren (Un-)Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt noch nicht festgestellt wurde, zur Klarstellung als „formell rechtswidrige“ Beihilfen zu bezeichnen.

²³⁷ So hat die Kommission allein im Zeitraum vom 1.1.2000 bis zum 30.6.2011 980 Entscheidungen über rechtswidrige Beihilfen erlassen, vgl. Anzeiger für staatliche Beihilfen: Bericht über staatliche

mission in solchen Fällen schon häufiger Gegenstand der Rechtsprechung der Unionsgerichte. Die Einzelheiten sind inzwischen auch in den Art. 12 bis 16 VVO niedergelegt.

Wie bei angemeldeten Beihilfen führt die Kommission auch bei nicht ordnungsgemäß notifizierten Beihilfen zunächst eine vorläufige Prüfung durch. Angestoßen wird diese mangels Notifizierung der Maßnahme freilich nicht durch eine Anmeldung seitens des Mitgliedstaates, sondern dadurch, dass die Kommission – auf welchem Wege auch immer – Informationen über angeblich unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV eingeführte Beihilfen erlangt.

Gem. Art. 12 Abs. 1 VVO kann die Kommission von Amts wegen sämtliche Auskünfte über mutmaßliche formell rechtswidrige Beihilfen prüfen. Die Herkunft, Art und Qualität dieser Auskünfte sind dabei unerheblich. Die Kommission kann somit ex officio auf der Grundlage von Informationen etwa aus der medialen Berichterstattung, wie beispielsweise Internet- oder Zeitungsartikeln, aus anderen Beihilfenverfahren, aus der Zusammenarbeit mit den nationalen Gerichten oder aber anhand von Informationen, die ihr z.B. Nichtregierungsorganisationen oder sog. „whistle blower“ zuspielen, tätig werden und die betreffende Maßnahme untersuchen. Art. 10 Abs. 1 VVO a.F.²³⁸ sah im Interesse einer umfassenden und effektiven Beihilfenkontrolle noch einen Amtsermittlungsgrundsatz vor und statuierte eine Prüfpflicht der Kommission. Durch die Neufassung der Verfahrensverordnung ist der Kommission nun aber ein Ermessen dahingehend eingeräumt, wie sie mit solchen Informationen umgeht und ob sie die Maßnahme einer beihilfenrechtlichen Prüfung unterzieht.²³⁹

Eine Pflicht der Kommission besteht aber gem. Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 VVO weiterhin in Fällen, in denen sie von vermeintlich rechtswidrigen Beihilfen durch Beschwerden Beteiligter entsprechend Art. 24 Abs. 2 VVO Kenntnis erlangt. Nach dieser Norm kann jeder Beteiligte i.S.d. Art. 1 lit. h) VVO eine Beschwerde einlegen, um die Kommission über angebliche formell rechtswidrige Beihilfen zu informieren. Geht eine solche Beschwerde bei der Kommission ein, hat sie diese „ohne ungebührliche Verzögerung“, also unverzüglich,²⁴⁰ zu prüfen, ist dabei aber – anders als bei angemeldeten Beihilfen – nicht an die zweimonatige sog. *Lorenz-Frist* gebunden.²⁴¹ Die Beteiligten haben einen Anspruch darauf, dass die Kommission einen Beschluss nach

Beihilfen der EU-Mitgliedstaaten – Herbstausgabe 2011 –, KOM (2011) 848 endg., S. 12. Bereits zwischen 1985 und 1987 hatte die Kommission von gewährten Beihilfen „149 mal gleichsam aus der Zeitung erfahren“, vgl. *Färber*, Binnenmarktgerechte Subventionspolitik, S. 397, unter Verweis auf *Münster*, in: Süddeutsche Zeitung v. 15.2.1989, S. 24.

²³⁸ Verordnung (EG) Nr. 659/1999.

²³⁹ Kritisch hierzu *Rusche*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Beihilfenrecht, Art. 12 VVO, Rn. 3.

²⁴⁰ Vgl. auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 12 VO 2015/1589, Rn. 1, der zutreffend davon ausgeht, dass die beiden Begriffe deckungsgleich sind und darauf hinweist, dass diese „Schnelligkeitspflicht“ im Gegensatz zur früheren Regelung nur noch bei Beschwerden Beteigter, nicht aber auch bei sonstiger Kenntniserlangung besteht.

²⁴¹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 VVO. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Kommission überhaupt keinen zeitlichen Beschränkungen unterliege, vgl. *Ritzek-Seidl*, in: *NK-Beihilfenrecht*, Art. 13 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 451 ff. Eine Dauer der vorläufigen Prüfung zwischen sechs und zwölf Monaten kann je nach Einzelfall durchaus gerechtfertigt sein, vgl. EuG, Beschl. v. 27.11.2002, T-291/01, Slg. 2002, II-5033, Rn. 16 (Dessauer Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft); Urt. v. 10.5.2006,

Art. 15 Abs. 1 VVO i.V.m. Art. 4 Abs. 2, 3 oder 4 VVO erlässt,²⁴² also entweder feststellt, dass keine Beihilfe vorliegt bzw. diese mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, oder aber die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens beschließt. Ihr ist es untersagt, die Prüfung von Beschwerden unter Hinweis auf ein fehlendes Unionsinteresse abzulehnen.²⁴³

Gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass die formell rechtswidrige Beihilfe unvereinbar mit dem Binnenmarkt ist, so reicht – anders als bei noch nicht durchgeführten Beihilfen – dieser Beschluss alleine nicht aus, um einen wettbewerbskonformen Zustand herzustellen, da die Beihilfe trotz festgestellter Unvereinbarkeit ja bereits von dem Mitgliedstaat unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt und die Wettbewerbstörung schon verursacht worden ist. Die Kommission entscheidet daher gem. Art. 16 Abs. 1 VVO in ihrem Negativbeschluss zugleich, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Von einem solchen Rückforderungsbeschluss hat die Kommission nur dann abzusehen, wenn die Rückforderung gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstieße, vgl. Art. 16 Abs. 1 S. 2 VVO.

T-395/04, Slg. 2006, II-1343, Rn. 62 ff. (Air One SpA); Urt. v. 11.7.2007, T-167/04, Slg. 2007, II-2379, Rn. 84 ff. (Aesklepios-Kliniken). Durch besondere Umstände gerechtfertigt werden kann auch eine Dauer von bis zu vier Jahren, vgl. EuG, Urt. v. 3.6.1999, T-17/96, Slg. 1999, II-1757, Rn. 77 (TF 1); Urt. v. 27.9.2011, T-30/03 RENV, Slg. 2011, II-6651, Rn. 68 (3F); EuGH, Urt. v. 28.7.2011, C-471/09 P bis C-473/09 P, Slg. 2011, I-111, Rn. 128 ff. (Territorio Histórico de Vizcaya); Urt. v. 28.7.2011, C-474/09 P bis C-476/09 P, Slg. 2011, I-113, Rn. 118 ff. (Territorio Histórico de Vizcaya); eine vorläufige Prüfphase von mehr als zweieinhalb Jahren dürfte regelmäßig aber nicht mehr angemessen sein, vgl. EuG, Urt. v. 15.9.1998, T-95/96, Slg. 1998, II-3407, Rn. 80 ff. (Gestevisión Telecinco); Urt. v. 10.5.2000, T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Rn. 106 ff. (SIC); Urt. v. 12.12.2006, T-95/03, Slg. 2006, II-4739, Rn. 124 f. (Asociación de Estaciones).

²⁴² EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-521/06 P, Slg. 2008, I-5829, Rn. 37 ff. (Athinaiki Techniki); Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 12 VVO, Rn. 1.

²⁴³ Vgl. EuG, Urt. v. 15.9.1998, T-95/96, Slg. 1998, II-3407, Rn. 72 (Gestevisión Telecinco); Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 12 VO 2015/1589, Rn. 2; zur konträren Situation im Kartellrecht etwa EuG, Urt. v. 18.9.1992, T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Rn. 84 ff. (Automec II); Urt. v. 24.1.1995, T-114/92, Slg. 1995, II-147, Rn. 80 (BEMIM); EuGH, Urt. v. 4.3.1999, C-119/97 P, Slg. 1999, I-1341, Rn. 76 ff. (Ufex).

E. Rückforderung von Beihilfen durch die Kommission

I. Mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen

1. Hintergrund

Die Befugnis bzw. Pflicht der Kommission, die Rückforderung materiell rechtswidriger Beihilfen anzutreten, wurde erstmals im Jahre 1999 im Zuge des Erlasses der ersten Verfahrensverordnung in Art. 14 VVO a.F. kodifiziert. Bis dahin existierte keine explizite Ermächtigungsgrundlage für einen Rückforderungsbeschluss. Die Rechtsprechung hat allerdings bereits früh erkannt, dass eine entsprechende Reaktionsmöglichkeit der Kommission zur Sicherung des unverfälschten Wettbewerbs erforderlich ist und ihr dementsprechend – über den Wortlaut der Art. 107, 108 AEUV hinausgehend – die Kompetenz zur Rückforderung von mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfen übertragen.²⁴⁴

Art. 107 und 108 AEUV selbst enthalten keine Bestimmungen zur Rückforderung von Beihilfen; in Art. 108 Abs. 2 AEUV wird ausdrücklich nur die Möglichkeit der Kommission erwähnt, den Mitgliedstaaten aufzugeben, eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe aufzuheben oder umzugestalten. Da das im AEUV angelegte Beihilfenkontrollsysteem, wie bereits ausgeführt, darauf ausgerichtet ist, dass die Mitgliedstaaten die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Art. 108 Abs. 3 AEUV einhalten, also Beihilfen erst dann einführen, wenn sie notifiziert und auch von der Kommission genehmigt worden sind, bedarf es nach der Logik und Systematik des Art. 108 AEUV keiner Regelung zur Rückforderung. Wird die Beihilfe nach Maßgabe des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission durchgeführt, genügen insoweit die in Art. 108 Abs. 2 AEUV vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten mit einer *ex nunc*-Wirkung. Vor dem Hintergrund dieser Grundkonzeption erscheinen Rückforderungsregelungen theoretisch überflüssig und ein Verzicht auf entsprechende Vorgaben somit stimmig.²⁴⁵

Verstoßen die Mitgliedstaaten nun aber gegen das Durchführungsverbot und führen Beihilfen ein, bevor die Kommission Gelegenheit hatte, ihre Binnenmarktkonformität zu überprüfen, sind die in Art. 108 Abs. 2 AEUV normierten, nur auf die Verhinderung zukünftiger Wettbewerbsbeeinträchtigungen ausgelegten Entscheidungsoptionen der Kommission unzureichend. Um den Binnenmarkt effektiv und

²⁴⁴ Erstmals bestätigte der EuGH die Rückforderungsmöglichkeit explizit in seinem Urt. v. 12.7.1973, C-70/72, Slg. 1973, 813, Rn. 13 (Kommission/Deutschland); vgl. hierzu auch Schmitz, Der Vertrauensschutz bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter nationaler Beihilfen, S. 42 ff.

²⁴⁵ Vgl. Sinnave, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 38 f., die daher annimmt, von einer „echten Lücke im Vertrag“ könne nicht gesprochen werden.

umfassend vor den schädlichen Wirkungen staatlicher Interventionen zu schützen, muss das auf Prävention ausgerichtete System des AEUV um reaktive Kontrollinstrumentarien ergänzt werden.²⁴⁶

a) Entwicklung der Rechtsprechung

Dies hat auch der EuGH erkannt und festgestellt, dass die Kommission den betreffenden Mitgliedstaat verpflichten kann, eine bereits ausgezahlte Beihilfe zurückzufordern. Andernfalls nämlich hätte der nach festgestellter Binnenmarktunverträglichkeit gefasste Beschluss der Kommission, die Beihilfemaßnahme umzugestalten oder aufzuheben, keinen praktischen Nutzen in all denjenigen Fällen, in denen die Beihilfe bereits gewährt worden sei.²⁴⁷ Unter Heranziehung des Auslegungsprinzips des effet utile gelangt der EuGH somit zu einer extensiven Interpretation der in Art. 108 Abs. 2 AEUV für binnenmarktunverträgliche Beihilfen niedergelegten Sanktionen, die auch die Rückforderung umfassen.²⁴⁸ Der Gerichtshof formuliert inzwischen in ständiger Rechtsprechung, die Rückforderung einer Beihilfe sei „die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit“.²⁴⁹ Nur mit ihr könnten der status quo ante wiederhergestellt und ungestörte Wettbewerbsbedingungen gewährleistet werden.²⁵⁰ Die Wettbewerbsverzerrung sei erst dann beseitigt, wenn der Empfänger die Beihilfe zurückgezahlt habe.²⁵¹ Die konkrete rechtstechnische Umsetzung der Rückforderungsanordnung richte sich nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, „jedoch vorbehaltlich der durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen, wonach die im nationalen

²⁴⁶ Zu Recht sehr deutlich *Reufels*, Europäische Subventionskontrolle durch Private, S. 69 f., der die Bedeutung der Rückforderungsmöglichkeit als „Dreh- und Angelpunkt für eine effektive Kontrolle mitgliedstaatlicher Subventionen“ sowie als „conditio sine qua non einer effektiven Beihilfenaufsicht“ hervorhebt. An die Stelle einer echten Kontrolle staatlicher Beihilfen trate nämlich andernfalls „der schiere Appell an den good-will der Mitgliedstaaten“.

²⁴⁷ EuGH, Urt. v. 12.7.1973, 70/72, Slg. 1973, 813, Rn. 13 (Kommission/Deutschland).

²⁴⁸ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 66 (Tubemeuse): „Aufhebung einer rechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung“. Der EuGH subsumiert somit den Begriff der Rückforderung unter den der „Aufhebung“ i.S.d. Art. 108 Abs. 2 AEUV, vgl. ausführlich und zustimmend *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 42 f.

²⁴⁹ EuGH, Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 66 (Tubemeuse); Urt. v. 21.3.1991, C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Rn. 41 (Alfa Romeo); Urt. v. 13.6.2002, C-382/99, Slg. 2002, I-5163, Rn. 89 (Niederlande/Kommission); Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 74 f. (Deutschland/Kommission); Urt. v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 113 (Unicredito Italiano); Urt. v. 14.2.2008, C-419/06, Slg. 2008, I-27, Rn. 53 (Olympic Airways).

²⁵⁰ EuGH, Urt. v. 14.9.1994, C-278/92 bis C-280/92, Slg. 1994, I-4103, Rn. 75 (Spanien/Kommission); Urt. v. 4.4.1995, C-350/93, Slg. 1995, I-699, Rn. 21 (ENI/Lanerossi); Urt. v. 17.6.1999, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 64 (Maribel); Urt. v. 12.10.2000, C-480/98, Slg. 2000, I-8717, Rn. 35 ff. (Magefesa); Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 76 (Deutschland/Kommission); vgl. auch *Köster*, in: The EC State Aid Regime, S. 653, 654.

²⁵¹ Dem steht auch nicht entgegen, dass der Begünstigte bereits allein durch die Auszahlung einen Vorteil erlangt haben kann, der durch die bloße Rückzahlung evtl. nicht hinreichend egalisiert wird, vgl. *Kiewitt*, Rückforderung staatlicher Beihilfen, S. 21.

Recht vorgesehenen Modalitäten nicht darauf hinauslaufen dürfen, dass die Verwirklichung der Gemeinschaftsregelung praktisch unmöglich wird“.²⁵²

b) Praxis der Kommission

Obwohl der Gerichtshof bereits 1973 die Befugnis der Kommission zur Rückforderung mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen festgestellt hatte, setzte eine systematische und konsequente Rückforderungspraxis erst gut zehn Jahre später ein. Zeigte die Kommission im Anschluss an die erste Ölkrise im Jahr 1973, die zu einer erheblichen Verschlechterung des wirtschaftlichen Klimas in der damaligen Europäischen Gemeinschaft und einem rasanten Anstieg des Beihilfenvolumens in den Mitgliedstaaten führte, zunächst noch Verständnis für die mitgliedstaatlichen Markteintriffe und erkannte Beihilfen als vorübergehende Antwort auf die kriselnde Konjunktur prinzipiell an,²⁵³ nahm sie allmählich eine gegenüber den Anfangsjahren strengere Haltung ein, wies mit Nachdruck auf die Gefahren einer „Beihilfementalität“ und eines „Beihilfenwettschaufs“ hin²⁵⁴ und versagte in der Folge erstmals in nennenswerter Anzahl beabsichtigten Beihilfenvorhaben die Genehmigung.²⁵⁵ Als diese Maßnahmen jedoch nicht die gewünschte Wirkung zeigten und die Mitgliedstaaten immer häufiger auch Beihilfemaßnahmen ohne vorherige Anmeldung durchführten, erließ die Kommission Mitte der 1980er Jahre die ersten Rückforderungsentscheidungen.²⁵⁶ Zuvor hatte sie die Mitgliedstaaten mehrmals nachdrücklich darauf hingewiesen, fortan von ihnen zu verlangen, unrechtmäßig gewährte Beihilfen von den Empfängern zurückzufordern.²⁵⁷ Ab der zweiten Hälfte der 1980er Jahre sowie in den 1990er

²⁵² Unter Hinweis auch auf das ebenfalls zu wahrende sog. Äquivalenzprinzip EuGH, Urt. v. 21.9.1983, C-205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 19 (Deutsche Milchkontor GmbH); umfassend zu möglichen auch europarechtlichen Rechtsgrundlagen *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 53 ff.

²⁵³ 11. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1981), S. 12; vgl. auch *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 63.

²⁵⁴ Vgl. 11. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1981), S. 12, 124; 12. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1982), S. 10.

²⁵⁵ Im Zeitraum von 1981 bis 1984 hat sich die Anzahl der Negativentscheidungen der Kommission gegenüber dem Zeitraum von 1977 bis 1980 verzöpflicht, vgl. 14. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1984), Rn. 197 sowie 15. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1985), Rn. 169; s. auch *Heinrich*, in: NK-Beihilfenrecht, Einleitung, Rn. 59.

²⁵⁶ Ausführlich hierzu *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 62 ff.; vgl. auch *Matthies*, ZHR 152 (1988), 442, 453; *Magiera*, in: FS Börner, S. 213, 218 f. Die ersten Rückforderungsanordnungen waren allesamt an die belgische Regierung gerichtet, vgl. Kommission, E. v. 10.3.1982, ABl. 1982 L 138/18; E. v. 16.2.1983, ABl. 1983 L 91/32; E. v. 30.11.1983, ABl. 1984 L 62/18.

²⁵⁷ So etwa in der von der Kommission selbst als „feierliche Mahnung“ (Mitteilung v. 24.11.1983, ABl. 1983 C 318/3) bezeichneten Unterrichtung der Mitgliedstaaten v. 31.7.1980, ABl. 1980 C 252/2; sehr deutlich Kommission, Mitteilung v. 24.11.1983, ABl. 1983 C 318/3: „Die Kommission unterrichtet deshalb die potentiellen Empfänger staatlicher Beihilfen davon, daß sie bei Beihilfen, die ihnen mißbräuchlich gewährt wurden, insofern mit Schwierigkeiten zu rechnen haben, als jeder Empfänger einer unrechtmäßig gewährten Beihilfe, d. h. einer Beihilfe, die gewährt wurde, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung über ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag erlassen hat, diese gegebenenfalls zurückzahlen muß.“

Jahren ging die Kommission sodann dazu über, rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen in systematischer Form zurückzufordern.²⁵⁸

2. Einzelheiten der Rückforderung

Die Einzelheiten zur Rückforderung von materiell rechtswidrigen Beihilfen durch die Kommission sind nun in Art. 16 VVO niedergelegt, der die bisherige Rechtsprechung hierzu kodifiziert, in einigen Punkten allerdings auch deutlich verschärft.

a) Pflicht zur Rückforderung gem. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VVO

Die Kommission ist gem. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VVO verpflichtet, die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen anzurufen. Wurde vor Inkrafttreten der Verfahrensverordnung seitens der Unionsgerichte lediglich eine derartige Befugnis der Kommission anerkannt,²⁵⁹ steht der Kommission nunmehr kein Ermessen zu, aufgrund dessen sie von einem Rückforderungsverlangen absehen könnte.²⁶⁰ Gelangt die Kommission somit nach Prüfung der Maßnahme zu dem Ergebnis, dass es sich bei dieser um eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, die nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, muss sie den gewährenden Mitgliedstaat verpflichten, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Beihilfe von dem Empfänger zurückzufordern.

Adressat dieser Rückforderungsentscheidung ist stets der Mitgliedstaat, nicht die staatliche Einheit, welche die Beihilfe gewährt hat, oder der letztlich Begünstigte. Die Supranationalität des Unionsrechts und der bilaterale Charakter des Beihilfrechts schließen einen unmittelbaren Durchgriff der Kommission auf den Empfänger der Beihilfe aus.²⁶¹ Die Rückforderung erfolgt somit in einem zweistufigen Verfahren: in einem ersten Schritt verpflichtet die Kommission den Mitgliedstaat, die Beihilfe vom

²⁵⁸ Mederer, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 108 AEUV, Rn. 49; vgl. zur Entwicklung der Kommissionspraxis auch die Bekanntmachung der Kommission v. 15.11.2007 „Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten“, ABl. 2007 C 272/4, Rn. 7 ff.

²⁵⁹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 12.7.1973, 70/72, Slg. 1973, 813, Rn. 13 (Kommission/Deutschland); deutlich auch EuGH, Urt. v. 7.3.2002, C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Rn. 99 (Italien/Kommission); EuG, Urt. v. 22.5.1996, T-277/94, Slg. 1996, II-351, Rn. 71 (AITEC); unklar allerdings EuGH, Urt. v. 4.4.1995, C-350/93, Slg. 1995, I-699, Rn. 20 ff. (ENI/Lanerossi). Da die Rückforderung als logische Folge der Unvereinbarkeit der Beihilfe angesehen wurde, brauchte die Kommission ihre Rückforderungsentscheidung aber nicht besonders zu begründen, vgl. EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-372/97, Slg. 2004, I-3679, Rn. 129 (Italien/Kommission).

²⁶⁰ Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 5; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 16 VO 2015/1589, Rn. 1; Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 456, 461; Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilfenrecht, Art. 16 VVO, Rn. 4.

²⁶¹ Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 465.

Empfänger zurückzufordern; in einem zweiten Schritt setzt der Mitgliedstaat diese Entscheidung um und die Rückforderung gegenüber dem Begünstigten durch.²⁶²

Die Kommission muss in ihrem Rückforderungsbeschluss nicht den oder die konkreten Empfänger der Beihilfe sowie die genaue Höhe des zurückzufordernden Betrags angeben, sondern kann dem Mitgliedstaat aufgeben, den Rückforderungsschuldner zu bestimmen; ausreichend sind auch Angaben, die es dem Mitgliedstaat ermöglichen, die zurückzufordernde Beihilfe ohne übermäßige Schwierigkeiten zu bestimmen.²⁶³ Empfänger der Beihilfe ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht immer das Unternehmen, an das die Beihilfe ursprünglich unmittelbar ausgekehrt worden ist, sondern derjenige, der den „tatsächlichen Nutzen“ aus der Beihilfe zieht.²⁶⁴ Eine solche Beihilfenrückforderung vom letztendlichen Nutznießer ist immer dann relevant, wenn das Unternehmen, dem die Beihilfe gewährt wurde, ganz oder teilweise verkauft worden ist.²⁶⁵ Erfolgt die Veräußerung eines rechtswidrig begünstigten Unternehmens im Wege der Anteilsübertragung („share deal“), ist weiterhin der ursprüngliche Beihilfeempfänger zur Rückerstattung der Beihilfe verpflichtet; ein Käufer, der die Unternehmensanteile zum Marktpreis erworben hat, ist kein Nutznießer des Vorteils der staatlichen Beihilfe, da das bloße Eigentum an einem Unternehmen, das zur Erstattung von Beihilfen verpflichtet ist, nicht als tatsächliche Nutzung der Beihilfe durch den Erwerber qualifiziert werden kann.²⁶⁶ Werden hingegen Aktiva zu einem unter Marktwert liegenden Kaufpreis verkauft („asset deal“), haftet auch der Erwerber für die Rückerstattung der Beihilfe. Eine solche Erstreckung der Erstattungspflicht ist erforderlich, um zu verhindern, dass die Rückzahlungspflicht umgangen werden kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Kommission

²⁶² Vgl. auch Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 4; Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 460; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, Rn. 436; Reufels, Subventionskontrolle durch Private, S. 70, bezeichnet die Rückforderung daher als „konstruktiv außerordentlich umständlich“; kritisch auch Quardt, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 50, Rn. 4, die einen „systemimmanenteren Interessenkonflikt“ annimmt, da der jeweilige Mitgliedstaat sowohl „Täter“ als auch „Vollstrecker“ der Rückforderungsentscheidung sei.

²⁶³ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.10.2000, C-480/98, Slg. 2000, I-8717, Rn. 25 (Magefesa); Urt. v. 12.5.2005, C-415/03, Slg. 2005, I-3875, Rn. 39 (Kommission/Griechenland); Urt. v. 18.10.2007, C-441/06, Slg. 2007, I-8887, Rn. 29, 42 (France Télécom); Urt. v. 8.12.2011, C-81/10 P, Slg. 2011, I-12899, Rn. 102 (France Télécom); Urt. v. 13.2.2014, C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71, Rn. 21 (Mediaset). In Einzelfällen kann mit der Ermittlung der Beihilfeempfänger und der zu erstattenden Beträge allerdings ein ganz erheblicher Verwaltungsaufwand der Mitgliedstaaten verbunden sein, vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.2008, C-214/07, Slg. 2008, I-8357, Rn. 21 ff. (Kommission/Frankreich); hierauf weist auch Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 8, hin.

²⁶⁴ EuGH, Urt. v. 21.3.1991, C-303/88, Slg. 1991, I-1433, Rn. 57 (ENI/Lanerossi); Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 75 (Deutschland/Kommission).

²⁶⁵ Ausführlich zu den verschiedenen Fallgestaltungen Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 16 VO 2015/1589, Rn. 3 m.w.Nachw. aus der Rechtsprechung; Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 15 ff.

²⁶⁶ EuGH, Urt. v. 8.5.2003, C-328/99 u. C-399/00, Slg. 2003, I-4035, Rn. 83 (SIM 2 Multimedia); Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 80 (Deutschland/Kommission); Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 471; v. Bonin, EuZW 2013, 247, 251; sehr deutlich auch Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 16; Verse/Wurmnest, ZHR 167 (2003), 403, 407 ff.

nachweist, dass die Vermögenswerte zu einem nicht marktgerechten Preis oder mit dem Ziel der Umgehung der Rückforderungsentscheidung veräußert wurden.²⁶⁷

b) Allgemeine Ausnahmen von der Rückforderungspflicht

Von einer Rücknahme der Beihilfe ist nur dann abzusehen, wenn sie gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstieße, Art. 16 Abs. 1 S. 2 VVO. Zu den möglichen Gründen, die einer Rückforderung entgegengehalten werden können, zählen somit, zumindest theoretisch, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie – selbstverständlich – die (absolute) Unmöglichkeit der Rückforderung.

aa) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Da die Rückforderung nach Ansicht der Unionsgerichte die „logische Folge“ der Binnenmarktunverträglichkeit der Beihilfe ist, kann sie nicht unverhältnismäßig sein.²⁶⁸ Sie stellt keine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messende Sanktion dar,²⁶⁹ sondern dient nur der Wiederherstellung des wettbewerbskonformen status quo ante. Soll die Rückforderung diese frühere Lage wiederherstellen, kann sie nicht außer Verhältnis zu den Bestimmungen der Art. 107 ff. AEUV stehen.²⁷⁰ Dies gilt sogar dann, wenn Unternehmen aufgrund der an sie gerichteten Rückforderung Insolvenz anmelden oder liquidiert werden müssen.²⁷¹

bb) Vertrauensschutz

Die Rechtsprechung zur Anerkennung von Vertrauensschutz als Verteidigungsmittel gegen eine Rückforderungsentscheidung ist äußerst restriktiv.²⁷² Vertrauensschutz kann einzig durch Organe der EU begründet werden, die bloße Untätigkeit der Kom-

²⁶⁷ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 86 (Deutschland/Kommission); eine Umgehung der Pflicht zur Rückerstattung ist anzunehmen, wenn für die Übertragung der Aktiva keine anderen Gründe ersichtlich sind als der, die Rückzahlungsanordnung unwirksam zu machen, vgl. EuGH, Urt. v. 8.5.2003, C-328/99 u. C-399/00, Slg. 2003, I-4035, Rn. 67, 69 (SIM z. Multimedia); s. auch EuG, Beschl. v. 19.10.2005, T-324/00, Slg. 2005, II-4309, Rn. 107 ff. (CDA Datenträger); *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 472.

²⁶⁸ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 21.3.1990, 142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 66 (Tubemeuse); Urt. v. 17.6.1999, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 68 (Maribel); EuG, Urt. v. 13.6.2000, T-204/97 u. 270/97, Slg. 2000, II-2267, Rn. 136 (EPAC); Urt. v. 15.6.2000, T-298/97, Slg. 2000, II-2319, Rn. 169 (Alzetta); Urt. v. 29.9.2000, T-55/99, Slg. 2000, II-3207, Rn. 164 (CETM).

²⁶⁹ Vgl. aber auch *Magiera*, in: FS Börner, S. 213, 214: „Rückforderung als zusätzlicher Sanktionsmechanismus“.

²⁷⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 14.1.1997, C-169/95, Slg. 1997, I-135, Rn. 47 (Spanien/Kommission); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 983.

²⁷¹ EuGH, Urt. v. 15.1.1986, C-52/84, Slg. 1986, I-89, Rn. 14 (SA Boch); Urt. v. 14.2.2008, C-419/06, Slg. 2008, I-27, Rn. 53 ff. (Olympic Airways); *Bungenberg*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 484.

²⁷² Vgl. nur *Sinnaeve*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 34, Rn. 16.

mission²⁷³ genügt indes ebenso wenig wie ein Schreiben eines Kommissionsmitglieds an den Empfänger, in dem mitgeteilt wird, die Beihilfe sei genehmigt worden.²⁷⁴ Auf Vertrauensschutz kann sich der Begünstigte somit regelmäßig nur dann berufen, wenn die Beihilfe unter Beachtung des Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt wurde, also vor der Durchführung angemeldet und von der Kommission genehmigt worden ist. Nach Ansicht der Unionsgerichte ist es einem sorgfältigen bzw. gewissenhaften Gewerbetreibenden regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob das Beihilfenverfahren eingehalten wurde.²⁷⁵ Auch nach Abschluss dieses Verfahrens besteht ein Vertrauensschutztatbestand aber erst dann, wenn die Kommissionsentscheidung bestandskräftig geworden ist, da es der Kommission vorher möglich sein muss, die Genehmigung auf Klage eines Wettbewerbers hin wieder aufzuheben.²⁷⁶ Sogar der Umstand, dass die Kommission drei aufeinanderfolgende Vereinbarkeitsentscheidungen trifft, die so dann vom Gericht für nichtig erklärt werden, vermag keinen Vertrauensschutz zu begründen und ist demnach nicht geeignet, einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu rechtfertigen und eine Rückforderung abzuwenden.²⁷⁷

cc) Unmöglichkeit der Rückforderung

Als äußerste Rückforderungsgrenze erkennt der Gerichtshof die absolute Unmöglichkeit an. Ist die Rückforderung vollkommen unmöglich, kann die Kommission sie vom Mitgliedstaat nicht verlangen.²⁷⁸ Die Voraussetzungen für die Annahme einer absoluten Unmöglichkeit sind allerdings sehr hoch. Nicht ausreichend sind beispielsweise

²⁷³ Köster, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 24; zum EGKSV EuGH, Urt. v. 22.4.2008, C-408/04, Slg. 2008, I-2767, Rn. 106 (Salzgitter): Rechtswidrigkeit der Rückforderungsentscheidung „nur in Ausnahmefällen, in denen eine offensichtliche Untätigkeit der Kommission und eine offenkundige Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht erkennbar sind“; vgl. aber auch EuGH, Urt. v. 24.11.1987, C-223/85, Slg. 1987, I-4617, Rn. 17 (RSV), wo der Gerichtshof ein geschütztes Vertrauen damit begründet hat, dass die Kommission trotz vollumfänglicher Kenntnis des Sachverhalts die Rückforderung erst nach 26 Monaten angeordnet hatte.

²⁷⁴ Die Kommission kann nur als Kollegialorgan Vertrauensschutz begründen, vgl. EuG, Urt. v. 31.3.1998, T-129/96, Slg. 1998, II-609, Rn. 77 ff. (Preussag Stahl); Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 16 VO 2015/1589, Rn. 9.

²⁷⁵ EuGH, Urt. v. 20.9.1990, C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rn. 13 f. (Kommission/Deutschland); Urt. v. 14.1.1997, C-169/95, Slg. 1997, I-135, Rn. 51 (Spanien/Kommission); Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 25 (Alcan II); Urt. v. 29.4.2004, C-278/00, Slg. 2004, I-3997, Rn. 104 (Griechenland/Kommission); Urt. v. 11.11.2004, C-183/02 P, Slg. 2004, I-10609, Rn. 44 (Demesa); Urt. v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 104 (Unicredito Italiano). Auch für kleine und mittelständische Unternehmen gilt keine Ausnahme von dieser „Vergewisserungspflicht“, vgl. EuG, Urt. v. 29.9.2000, T-55/99, Slg. 2000, II-3207, Rn. 126 (CETM): „Die Beihilfenempfänger können auch nicht aufgrund von Erwägungen, die mit ihrer Unternehmensgröße zusammenhängen, von der Verpflichtung entbunden werden, sich über die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu unterrichten, wenn dem Gemeinschaftsrecht nicht seine praktische Wirksamkeit genommen werden soll“.

²⁷⁶ EuGH, Urt. v. 14.1.1997, C-169/95, Slg. 1997, I-135, Rn. 53 (Spanien/Kommission); EuG, Urt. v. 5.8.2003, T-116/01 u. T-118/01, Slg. 2003, II-2957, Rn. 205 (P&O European Ferries); Kommission, E. v. 2.3.2005, ABL 2005 L 296/19, Rn. 137 (Chemische Werke Piesteritz).

²⁷⁷ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 41 ff. (CELF II).

²⁷⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.6.1993, C-183/91, Slg. 1993, I-3131, Rn. 19 (Kommission/Griechenland); Urt. v. 4.4.1995, C-350/93, Slg. 1995, I-699, Rn. 15 (ENI/Lanerossi); Urt. v. 27.6.2000, C-404/97, Slg. 2000, I-4897, Rn. 39 (Kommission/Portugal); Urt. v. 22.3.2001, C-261/99, Slg. 2001, I-2537,

politische oder praktische Probleme bei der Rückforderung, mögen sie auch unvorhersehbar gewesen sein.²⁷⁹ Insbesondere kann die unterbliebene Rückforderung nicht mit rechtlichen Hindernissen der nationalen Rechtsordnung begründet werden; unerheblich ist insoweit etwa das Vorbringen, das mitgliedstaatliche Recht biete keine geeignete Anspruchsgrundlage für die Rückforderung,²⁸⁰ die Rückforderung sei aufgrund der innerstaatlichen Vorschriften bereits verjährt²⁸¹ oder verfassungsrechtliche Direktiven stünden der Rückforderung entgegen.²⁸² Die Mitgliedstaaten sind in solchen Fällen entsprechend dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 Abs. 3 EUV gehalten, die Kommission von ihren rechtlichen, politischen oder administrativen Schwierigkeiten zu unterrichten und Alternativen vorzuschlagen.²⁸³ In jedem Fall aber müssen die Mitgliedstaaten „einen echten Schritt zur Rückforderung der Beihilfe“ unternehmen.²⁸⁴ Angesichts dieser überaus restriktiven Auslegung des Begriffs der absoluten Unmöglichkeit vermag es nicht zu überraschen, dass der EuGH eine solche bislang noch in keinem Fall für gegeben erachtet hat.²⁸⁵

Rn. 23 (Kommission/Frankreich); Urt. v. 26.6.2003, C-404/00, Slg. 2003, I-6695, Rn. 45 (Kommission/Spanien).

²⁷⁹ Hierzu näher *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 16 VO 2015/1589, Rn. 7; vgl. auch *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, Art. 108 AEUV, Rn. 18.

²⁸⁰ EuGH, Urt. v. 2.2.1989, C-94/87, Slg. 1989, 175, Rn. 6 ff. (Alcan I); Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 58 ff. (Tubemeuse); Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (Alcan II).

²⁸¹ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 34 ff. (Alcan II).

²⁸² EuGH, Urt. v. 10.6.1993, C-183/91, Slg. 1993, I-3131, Rn. 11 ff. (Griechenland/Kommission).

²⁸³ Vgl. *Sinnaeve*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 34, Rn. 33 m.w.Nachw.

²⁸⁴ EuGH, Urt. v. 2.2.1989, C-94/87, Slg. 1989, 175, Rn. 10 (Alcan I); Urt. v. 26.6.2003, C-404/00, Slg. 2003, I-6695, Rn. 47 (Kommission/Spanien); Urt. v. 14.2.2008, C-419/06, Slg. 2008, I-27, Rn. 40 (Olympic Airways); vgl. auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 16 VO 2015/1589, Rn. 7; *Köster*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 26 ff.

²⁸⁵ Sehr deutlich insoweit EuGH, Urt. v. 9.7.2015, C-63/14, ECLI:EU:C:2015:458, Rn. 52 (Kommission/Frankreich), wonach selbst der Eintritt sozialer Unruhen, welche die öffentliche Ordnung beeinträchtigen können, nicht für die Annahme einer Unmöglichkeit der Rückforderung ausreiche, da es Aufgabe des Mitgliedstaates sei, auch bei drohenden Unruhen „alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die volle, wirksame und korrekte Anwendung des Unionsrechts im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen“. Etwas anderes gelte erst dann, wenn nachgewiesen sei, dass ein Tätigwerden des Mitgliedstaates „Folgen für die öffentliche Ordnung hätte, die er mit seinen Mitteln nicht bewältigen könnte“. *Soltész*, EuZW 2016, 87, 93, folgert hieraus, dass wohl „nur bürgerkriegsähnliche Zustände [...] die Unmöglichkeit der Rückforderung begründen können“ und formuliert prägnant „Unmöglichkeit der Rückforderung? – gibt es nicht“. Eine absolute Unmöglichkeit infolge finanzieller Schwierigkeiten des begünstigten Unternehmens kommt nach EuGH, Urt. v. 2.7.2002, C-499/99, Slg. 2002, I-6031, Rn. 37 (Kommission/Spanien), nur in Betracht, wenn nachgewiesen wird, dass überhaupt keine Aktiva mehr vorhanden sind; s. aber auch die Entscheidung der Kommission v. 12.3.2002, ABl. 2002 L 314/72, Rn. 22 (IGB), in der die Kommission ausnahmsweise keine Rückforderung verlangt hat, nachdem das zuständige Amtsgericht es abgelehnt hatte, für das begünstigte Unternehmen IGB ein Insolvenzverfahren zu eröffnen, weil die verbliebenen Vermögenswerte nicht ausgereicht hatten, um die Verfahrenskosten zu decken, und das Unternehmen durch diesen Abweisungsbeschluss automatisch aufgelöst und ihm jede Fortführung seiner Tätigkeit untersagt worden war; vgl. hierzu auch Anzeiger für staatliche Beihilfen: Bericht über staatliche Beihilfen der EU-Mitgliedstaaten – Frühjahrsausgabe 2007 –, KOM (2007) 347 endg., S. 24 f. Zur Rückforderung in der Insolvenz etwa *Quardt*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 54, Rn. 1 ff.; *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 108 AEUV, Rn. 66 ff. m. w. Nachw.; aufschlussreich zur Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Unmöglichkeit der Rückforderung *Zellhofer/Solek*, EuZW 2015, 622, 623 ff.

c) Rechtssicherheit/Rechtskraft von Urteilen

In den letzten Jahren hatte sich der EuGH wiederholt mit dem Spannungsverhältnis zwischen der Rechtskraft nationaler Urteile und dem unionsrechtlichen effet utile zu befassen und somit den Konflikt zwischen der praktischen Wirksamkeit des EU-Rechts und dem legitimen, verfassungsrechtlich abgesicherten Interesse der Mitgliedstaaten sowie der Prozessbeteiligten nationaler Verfahren an der Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden aufzulösen.

aa) Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen als Fundamentalprinzip

Das Institut der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen ist elementarer Bestandteil sowohl der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten als auch des Unionsrechts. Der Gerichtshof hat die Bedeutung der Rechtskraft im System des Europarechts stets explizit hervorgehoben. Die Rechtskraft gehört nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und leitet sich aus dem Prinzip der Rechtssicherheit ab.²⁸⁶ Dementsprechend sollen nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können, um den Rechtsfrieden und die Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie eine geordnete Rechtspflege zu gewährleisten.²⁸⁷ Dies gilt grds. auch dann, wenn dadurch ein eingetretener Verstoß gegen das Unionsrecht aufrechterhalten bleibt. Es besteht nach Ansicht des Gerichtshofs daher prinzipiell keine Verpflichtung der nationalen Gerichte, innerstaatliche Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine (unionsrechtswidrige) Entscheidung Rechtskraft erlangt, unangewendet zu lassen bzw. sich über die Rechtskraft eines solchen europarechtswidrigen Urteils hinwegzusetzen.²⁸⁸

Jenseits des Bereichs der Beihilfenaufsicht hat der Gerichtshof daher die Rechtskraft nationaler Judikate, die im Widerspruch zum Unionsrecht stehen, jedenfalls formal unangetastet gelassen und nicht offen in Frage gestellt. Die Wirkungen der Rechtskraft solcher Urteile begrenzt er lediglich mittelbar dadurch, dass er einen Amtshaftungsanspruch gegen rechtskräftige letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen

²⁸⁶ Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 21.9.1983, C-205/82 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 30 (Deutsche Milchkontor); jüngst Urt. v. 11.11.2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, Rn. 38 f. (Klausner Holz); eingehend zur Bedeutung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen in den Entscheidungen des EuGH Baumann, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht, S. 137 ff.; Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, S. 323 ff.; s. auch Poelzig, JZ 2007, 858 ff.; Schmahl/Köber, EuZW 2010, 927 ff.

²⁸⁷ EuGH, Urt. v. 30.9.2003, C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rn. 38 (Köbler); Urt. v. 16.3.2006, C-234/04, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20 (Kapferer); Urt. v. 3.9.2009, C-2/08, Slg. 2009, I-7501, Rn. 22 (Fallimento Olimpiclub); Urt. v. 29.6.2010, C-526/08, Slg. 2010, I-6151, Rn. 26 (Kommission/Luxemburg); Urt. v. 29.3.2011, C-352/09, Slg. 2011, I-2359, Rn. 123 (ThyssenKrupp Nirosta); Urt. v. 10.7.2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 58 (Impresa Pizzarotti); Urt. v. 6.10.2015, C-69/14, ECLI:EU:C:2015, Rn. 28 (Tarsia).

²⁸⁸ So bereits EuGH, Urt. v. 1.6.1999, C-126/97, Slg. 1999, I-3055, Rn. 46 f. (Eco Swiss); vgl. auch Urt. v. 16.3.2006, C-234/04, Slg. 2006, I-2585, Rn. 21 (Kapferer); Urt. v. 3.9.2009, C-2/08, Slg. 2009, I-7501, Rn. 23 (Fallimento Olimpiclub); Urt. v. 10.7.2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 59 (Impresa Pizzarotti); Urt. v. 6.10.2015, C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, Rn. 29 (Tarsia).

zulässt, die gegen das Unionsrecht verstößen.²⁸⁹ Anstelle der Fortführung des Verfahrens wird der aufgrund der Verletzung von Europarecht unterlegenen Partei ein Schadensersatzanspruch zugesprochen, welcher insbesondere auch nicht durch solche Vorschriften des nationalen Rechts ausgeschlossen werden kann, die eine Haftung des Richters begrenzen.²⁹⁰ Die Staatshaftung für judikatives Unrecht dient somit als „Notventil“ zur Durchsetzung der Effektivität des Unionsrechts bei (vermeintlicher) Wahrung des Grundsatzes der Rechtskraft.²⁹¹ Ein Verfahren zur Feststellung der Haftung des Staates hat zwar in der Tat nicht denselben Gegenstand und nicht zwangsläufig dieselben Parteien wie das Ursprungsverfahren. Da aber im Staatshaftungsprozess die Richtigkeit des vorherigen Urteils zur Diskussion steht, wird bei einem stattgebenden Schadensersatzurteil die Rechtskraft der vorherigen Entscheidung erheblich relativiert und letztlich de facto ignoriert.²⁹² Durch diesen „Umweg“ über die Anerkennung eines Amtshaftungsanspruchs bleibt die Rechtskraft daher jedenfalls formal unberührt. Eine Aufhebung des rechtskräftigen Urteils mit unmittelbarer Wirkung für die ursprünglichen Prozessparteien erfolgt dementsprechend nicht.²⁹³

bb) Durchbrechung der Rechtskraft im Beihilfenrecht

Bedrohen nationale Urteile allerdings die effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts und stehen der Rückforderung mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen entgegen, geht der Gerichtshof über die ansonsten judizierte bloß mittelbare Infragestellung der Rechtskraft im Wege der Anerkennung von Staatshaftungsansprüchen hinaus, indem er die Rechtskraft entsprechender Entscheidungen verneint und unter Heranziehung des Effektivitätsgrundsatzes die Außerachtlassung nationaler Rechts-

²⁸⁹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 30.9.2003, C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rn. 30 ff., insb. Rn. 39 f. (Köbler): „Jedenfalls verlangt der der Gemeinschaftsrechtsordnung innenwohnende Grundsatz der Staatshaftung eine solche Entschädigung, nicht aber die Abänderung der schadensbegründenden Gerichtsentscheidung. Der Grundsatz der Rechtskraft steht demnach der Anerkennung der Haftung des Staates für letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen nicht entgegen.“

²⁹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.6.2006, C-173/03, Slg. 2006, I-5177, Rn. 24 ff. (Traghetti del Mediterraneo). Das „Spruchrichterprivileg“ des § 839 Abs. 2 BGB kann daher einem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nicht entgegenhalten werden. Für einen auf judikatives Unrecht gestützen Staatshaftungsanspruch fordert der EuGH jedoch einschränkend, „dass das letztinstanzliche nationale Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstößen hat“; vgl. hierzu auch unten, S. 72 f.

²⁹¹ Treffend Gundel, EWS 2016, 2, 3, der zugleich darauf hinweist, dass diese Lösung freilich nur in Betracht kommt, wenn der Kläger den Rechtsweg vollständig erschöpft hat und gegen die Vorlagepflicht in qualifizierter Weise verstößen worden ist.

²⁹² Kritisch daher Poelzig, JZ 2007, 858, 860 f.; vgl. auch Kremer, EuZW 2007, 726; ders., NJW 2004, 480, 481; Schöndorf-Haubold, JuS 2006, 112, 115; Schmahl/Köber, EuZW 2010, 927; Gundel, EWS 2004, 8, 16; befürwortend hingegen Baumann, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht, S. 149: „keine illegitime Beeinträchtigung der Rechtskraft durch die europäischen Regeln zur Staatshaftung für judikatives Unrecht.“

²⁹³ Auch im nationalen Recht lassen § 839 BGB, Art. 34 GG die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils nicht zu. Eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB kann nicht verlangt werden, wenn sie nur durch hoheitliches Handeln herbeigeführt werden kann, vgl. BGH, Beschl. v. 19.12.1960, BGHZ 34, 99, 104; Urt. v. 25.2.1993, BGHZ 121, 367, 374; Papier/Shirvani, in: MünchKom-BGB, § 839, Rn. 295 m.w.Nachw.; Poelzig, JZ 2007, 858, 860 f.

kraftregeln fordert, die der ausschließlichen Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Kommission zuwiderlaufen.

aaa) Rs. Lucchini

Als „Meilenstein“²⁹⁴ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Rechtskraft mitgliedstaatlicher Urteile kann insoweit das Urteil in der Rs. *Lucchini* bezeichnet werden.²⁹⁵ Diesem liegt ein Fall zu Grunde, in dem eine nationale Gerichtsentscheidung, deren Rechtskraft letztlich der Rückforderungsanordnung der Kommission entgegenzuhalten versucht wurde, sich in Widerspruch zu einer bereits zuvor erlassenen Negativentscheidung der Kommission setzte. Die Kommission hatte eine von Italien beabsichtigte Beihilfe für das Unternehmen *Lucchini* als mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt und dementsprechend Italien untersagt, diese zu gewähren. Dennoch gaben die italienischen Zivilgerichte einer Klage *Lucchinis* auf Auszahlung der Fördersumme rechtskräftig statt, sodass die italienischen Behörden die Beihilfe letztlich auszahlten. Nach Aufforderung durch die Kommission, die Beihilfe vom Unternehmen zurückzufordern, erließen die italienischen Behörden ein Dekret zur Rückforderung, welches von *Lucchini* jedoch vor den Verwaltungsgerichten angefochten wurde. Der letztinstanzliche Consiglio di Stato beschloss, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH die Frage vorzulegen, ob die Rechtskraft herbeiführende Vorschriften wie Art. 2909 des Codice Civile²⁹⁶ auch dann angewendet werden dürfen, wenn durch sie eine bestandskräftige Rückforderungsentscheidung der Kommission behindert würde.²⁹⁷

Der Gerichtshof ordnete in dieser „höchst außergewöhnlichen Rechtssache“²⁹⁸ erstmals explizit die Außerachtlassung einer Rechtskraftregel und somit die Durchbrechung der Rechtskraft einer mitgliedstaatlichen Gerichtsentscheidung an. In seiner äußerst knappen Begründung²⁹⁹ ging er weder auf seine bisherige großzügige Rechtsprechungslinie noch auf die in anderen Urteilen hervorgehobene hohe Bedeutung des Prinzips der Rechtskraft ein, sondern verwies lediglich auf die Notwendigkeit der vollen Wirksamkeit des EU-Beihilfenrechts und die ausschließliche Kompetenz der Kommission zur Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt. Normen der nationalen Rechtsordnungen, welche die Rückforde-

²⁹⁴ Schmahl/Köber, EuZW 2010, 927, 929.

²⁹⁵ EuGH, Urt. v. 18.7.2007, C-119/05, Slg. 2007, I-6199 (*Lucchini*).

²⁹⁶ Art. 2909 Codice Civile sieht unter der Überschrift „Rechtskraft“ vor: „Die in einem rechtskräftig gewordenen Urteil enthaltene Feststellung ist für die Parteien, ihre Erben oder Rechtsnachfolger in jeder Hinsicht bindend“, vgl. die Übersetzung in EuGH, Urt. v. 18.7.2007, C-119/05, Slg. 2007, I-6199, Rn. 14 (*Lucchini*). Die Norm wird dahingehend ausgelegt, dass sie nicht nur die im Laufe des Verfahrens tatsächlich geltend gemachten, sondern auch diejenigen Einwendungen ausschließt, die hätten geltend gemacht werden können. Sie schließt in prozessrechtlicher Hinsicht auch jede Möglichkeit aus, denselben Rechtsstreit bei einem anderen Gericht noch einmal anhängig zu machen, vgl. Hatje, EuR 2007, 654, 655.

²⁹⁷ Zusammenfassungen des Sachverhalts bei Becker, EuZW 2012, 725, 728; Hatje, EuR 2007, 654.

²⁹⁸ So die Beurteilung des GA Geelhoed, Schlussanträge v. 14.9.2006, C-119/05, Slg. 2007, I-6204, 6211, Rn. 16 (*Lucchini*).

²⁹⁹ EuGH, Urt. v. 18.7.2007, C-119/05, Slg. 2007, I-6199, Rn. 59-63 (*Lucchini*).

rung einer Beihilfe behinderten, deren Binnenmarktunverträglichkeit bereits durch eine bestandskräftige Negativentscheidung der Kommission festgestellt worden sei, müssten daher unangewendet bleiben.

bbb) Rs. Frucona

Der zweite bislang vom Gerichtshof entschiedene Fall zu der Frage, ob die Rechtskraft einer mitgliedstaatlichen Gerichtsentscheidung einer Rückforderungsanordnung der Kommission entgegengehalten werden kann, ist insoweit anders gelagert, als die Negativentscheidung der Kommission erst nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des nationalen Gerichts erging.³⁰⁰ Die slowakischen Behörden hatten dem Unternehmen *Frucona* im Rahmen eines gerichtlich genehmigten Vergleichs eine Steuerschuld von ca. 11 Mio. EUR erlassen. Die Kommission ordnete anschließend diesen Erlass der Steuerschuld als staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ein und kam zu dem Ergebnis, dass sie mit dem Binnenmarkt unvereinbar sei. Sie forderte daher die Slowakei auf, die Beihilfe zurückzufordern. Die von den slowakischen Behörden daraufhin erhobene Rückforderungsklage wurde jedoch von den Gerichten mit der Begründung abgewiesen, dass die Gerichtsentscheidung, durch die der Vergleich genehmigt worden sei, inzwischen rechtskräftig sei, sodass eine Rückforderung der Beihilfe wegen entgegenstehender Rechtskraft ausscheide. Als die Beihilfe deswegen auch 29 Monate nach der Rückforderungsentscheidung der Kommission noch nicht von *Frucona* beigetrieben worden war, er hob die Kommission Vertragsverletzungsklage, welcher der EuGH stattgab.³⁰¹

In ausdrücklicher Abgrenzung zu seinem Urteil in der Rs. *Lucchini* stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass in diesem Fall die rechtskräftige Gerichtsentscheidung vor der Rückforderungsentscheidung der Kommission ergangen sei. Sodann unterstrich er – wiederum in auffälligem Kontrast zu seiner Entscheidung in der Rs. *Lucchini* – unter Hinweis auf seine Entscheidungspraxis den hohen Stellenwert des Instituts der Rechtskraft und führte aus, dass das Unionsrecht daher nicht in jedem Fall eine Durchbrechung der Rechtskraft gebiete. Ob diese zeitliche Abfolge von Rechtskraft und Rückforderungsbeschluss aber tatsächlich ausschlaggebend für die Effektivität der Durchsetzung des Beihilfenrechts ist, also ein vor der Kommissionsentscheidung in Rechtskraft erwachseses nationales Urteil der Rückforderung entgegengehalten werden kann, brauchte der EuGH nicht abschließend zu entscheiden. Er konnte die Slowakei nämlich bereits deswegen verurteilen, weil die slowakischen Behörden die ihnen nach innerstaatlichem Recht eingeräumte Möglichkeit nicht genutzt hatten, eine rechtskraftdurchbrechende Restitutionsklage zu erheben und auf diese Weise –

³⁰⁰ EuGH, Urt. v. 22.12.2010, C-507/08, Slg. 2010, I-13489 (*Frucona*).

³⁰¹ Der EuGH, Urt. v. 22.12.2010, C-507/08, Slg. 2010, I-13489, Rn. 47 f. (*Frucona*), widersprach ausdrücklich der Argumentation der Slowakischen Republik, eine am Wortlaut orientierte Auslegung des Begriffs der „Rückforderung“ i.S.d. Art. 16 VVO zeige, dass lediglich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten bestehe, verschiedene Schritte zu unternehmen, um die Beihilfe zurückzufordern zu versuchen, und stellte klar, dass eine „Erfolgspflicht“ der Mitgliedstaaten bestehe, diese also die tatsächliche und unverzügliche Rückzahlung der rechtswidrigen Beihilfe zu bewirken hätten.

ohne Konflikt mit dem Grundsatz der Rechtskraft – einen unionsrechtskonformen Zustand herzustellen.³⁰²

cc) Bewertung

Das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. *Lucchini* ist im Interesse einer effektiven Beihilfenkontrolle zu begrüßen. Jedenfalls in diesem „ganz besonders gelagerten Fall“³⁰³, der auch als typisches „Beispiel einer stillschweigenden Unrechtsgemeinschaft zwischen Staat und Privaten zur Umgehung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts“³⁰⁴ bezeichnet wird, können Rechtskraftregeln keine Berücksichtigung finden. Es wäre nicht hinnehmbar, wenn mitgliedstaatliche Gerichte gleichsam sehenden Auges und ganz bewusst die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die Kommission blockieren könnten. Eine Berufung auf die Rechtskraft erscheint in dieser Konstellation missbräuchlich, da sie unter evidentem Verstoß gegen das Unionsrecht herbeigeführt wurde.³⁰⁵

Das Urteil zeigt eindrucksvoll die ganze Wucht des Beihilfenrechts, das selbst vor verfassungs- und unionsrechtlichen Fundamentalprinzipien wie dem Grundsatz der Rechtssicherheit keinen Halt macht, und knüpft nahtlos an die rigide *Alcan*-Rechtsprechung³⁰⁶ des EuGH an, nach der Vertrauensschutzerwägungen grds. erst nach einer Positiventscheidung der Kommission Platz greifen. Wird zum Schutz des Entscheidungsmonopols der Kommission ein Vertrauen des Begünstigten auf die Rechtmäßigkeit des Handelns der nationalen Verwaltung ausgeschlossen, so ist es zwar kein kleiner, aber doch ein konsequenter Schritt, auf dem Gebiet des Beihilfenrechts auch keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf Gerichtsentscheidungen zu gewähren. Das Urteil in der Rs. *Lucchini* verdeutlicht einmal mehr, dass im Bereich der Beihilfenkontrolle anscheinend besondere Maßstäbe gelten und Verstöße gegen Art. 107, 108 AEUV rigoros geahndet werden. Rechtssicherheit besteht immer nur dann, wenn das Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV eingehalten wurde.

Vor diesem Hintergrund vermag auch das Urteil des EuGH in der Rs. *Frucona* – wenngleich nur im Ergebnis – zu überzeugen. Es kann für die praktische Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten in der Tat keinen rechtlich relevanten Unterschied machen, ob sich bereits eine Gerichtsentscheidung in direkten Widerspruch zu einer bestehenden Kommissionsentscheidung setzt, oder aber nationale Behörden im Anschluss an eine Rückforderungsanordnung – trotz Möglichkeit in der innerstaatlichen Rechtsordnung – keinen Versuch unternehmen, den Unions-

³⁰² Vgl. hierzu auch Becker, EuZW 2012, 725, 728 f.

³⁰³ EuGH, Urt. v. 10.7.2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 61 (Impresa Pizzarotti).

³⁰⁴ So deutlich *Hatje*, EuR 2007, 654, 657, der auch darauf hinweist, durch den „schützenden Schirm einer Rechtskraftregel“ dürften europarechtswidrige Entscheidungen nationaler Gerichte nicht als „rechtsstaatliche Wohlthat“ deklariert werden.

³⁰⁵ So auch *Weiß*, EuZW 2016, 60, 61.

³⁰⁶ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (Alcan II).

rechtsverstoß zu beseitigen und somit die Verletzung des Beihilfenrechts offenkundig dulden.³⁰⁷

Die Begründung der Entscheidung lässt jedoch bedauerlicherweise eine ganz zentrale Frage offen. Unklar bleibt nach diesem Urteil, ob die Rechtskraft der mitgliedstaatlichen Gerichtsentscheidung auch dann dem Kommissionsbeschluss hätte weichen müssen, wenn das nationale Recht keine Mechanismen zur Wiederaufnahme des Verfahrens vorgesehen hätte. Indem der Gerichtshof explizit auf die unterschiedliche Sachverhaltsgestaltung im Vergleich zur Rs. *Lucchini* aufmerksam macht und betont, dass die Kommissionsentscheidung in diesem Fall erst zu einem Zeitpunkt getroffen worden sei, als das Urteil bereits rechtskräftig gewesen sei, scheint er zumindest nicht gänzlich auszuschließen, dass unter diesen Vorzeichen durchaus von einer Durchbrechung der Rechtskraft abgesehen werden könnte, zumal eine solche, wie er im unmittelbaren Anschluss an diese Feststellung ausführt, „nicht in jedem Fall erforderlich“ sei.

Derartigen Überlegungen ist entschieden zu widersprechen. Sie führen nicht nur zu einer ganz massiven Relativierung der Wirksamkeit der europäischen Beihilfenkontrolle durch die Kommission und stellten die bislang in jeder Hinsicht judizierte strenge Sanktionierung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot im Falle der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt nachhaltig in Frage, sondern hätten auch zur Folge, dass Unternehmen in denjenigen Mitgliedstaaten, deren innerstaatliche Rechtsordnung keine rechtskraftdurchbrechenden Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt, in unionsrechtswidriger Weise gegenüber Unternehmen in solchen Mitgliedstaaten bevorzugt würden, die entsprechende legislatorische Vorkehrungen getroffen haben.³⁰⁸ Letztere wären, da ein späterer Negativbeschluss in ihrem Mitgliedstaat umgesetzt werden könnte, der Rückforderung der Beihilfe ausgesetzt, während Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten, die keine Einschränkungen der res iudicata vorsehen, den rechtswidrig erlangten Vorteil auf Kosten ihrer Konkurrenten behalten könnten. Eine konsequente und vor allem auch gleichförmige Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln in allen Mitgliedstaaten der EU kann aber nicht von der Ausgestaltung der einzelstaatlichen Rechtsordnungen abhängen. Um ein in sich stimmiges und schlagkräftiges Kontrollsysteem zu gewährleisten, darf die effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts somit weder von der bloßen Reihenfolge des mitgliedstaatlichen Urteils und der Kommissionsentscheidung noch von der Frage abhängen, ob die mitgliedstaatliche Rechtsordnung geeignete Instrumentarien zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben bereithält.

Eine weitgehende Verdrängung nationaler Rechtskraftregelungen erweist sich somit zur Herstellung unionsrechtskonformer Zustände als notwendig und sachgerecht. Es drängt sich daher die Frage auf, warum der Gerichtshof eine Rechtskraftdurchbre-

³⁰⁷ In Sinne einer Gleichbehandlung der beiden Sachverhalte insbesondere auch *Becker*, EuZW 2012, 725, 728 f.; vgl. ferner *Weiß*, EuZW 2016, 60, 61, der die Berufung auf die Rechtskraft in beiden Fällen als „missbräuchlich“ ansieht; *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1, 8: „Ein Außerachtlassen der EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben angesichts der Rechtskraft eines innerstaatlichen Urteils ist jedenfalls aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht ableitbar.“

³⁰⁸ Auf diesen Aspekt weist zutreffend auch *Becker*, EuZW 2012, 725, 729, hin.

chung ausschließlich in der spezifischen Konstellation der Rückforderung von Beihilfen fordert. In allen übrigen Sachgebieten hingegen betont er stets den Eigenwert der Rechtskraft, erkennt diese als maßgebliche Richtschnur auch im Unionsrecht an und vermeidet eine Kollision mit nationalen Rechtskraftregelungen dadurch, dass er rechtskräftige letztinstanzliche Urteile lediglich als Grundlage für einen europarechtlichen Staatshaftungsanspruch anerkennt. Es scheint, als stellten nach Auffassung des EuGH unionsrechtswidrige Beihilfen generell eine besondere Fallkonstellation dar.³⁰⁹

Zentrales Argument für den Gerichtshof in der Rs. *Lucchini*, offen die Rechtskraftdurchbrechung zu fordern, war in erster Linie, dass das mitgliedstaatliche Urteil in die besondere Zuständigkeitsverteilung im Beihilfenrecht eingreife und die Exekutivkompetenzen der Kommission beeinträchtige.³¹⁰ Diese Begründung für die scharfe Konsequenz der Durchbrechung der Rechtskraft im Bereich des Beihilfenrechts wird von der Literatur weitgehend akzeptiert. Der entscheidende Unterschied zu den übrigen Sachbereichen wird darin gesehen, dass es im Falle eines der Rückforderung unvereinbarer Beihilfen entgegenstehenden rechtskräftigen Urteils nicht nur um die Sanktionierung einer bloßen Missachtung der prozeduralen Vorlagepflicht der nationalen Gerichte gehe, sondern die völlige Außerachtlassung der Verbandskompetenz der EU sowie der Organkompetenz der Kommission als besonders schwerwiegender und unmittelbarer Verstoß gegen materiell-rechtliche und prozessuale Vorschriften des Unionsrechts zu qualifizieren sei, der eine drastischere Reaktion erfordere.³¹¹ Teilweise wird daher sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, eine darüber hinausgehende Ausweitung auf andere Sachgebiete sei nicht geboten, sondern käme nur in Betracht, soweit „in vergleichbarer Weise Entscheidungszuständigkeiten der Kommission überspielt“ würden.³¹²

³⁰⁹ Vgl. *Streinz*, NVwZ 2016, 603, 604; *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1, 9, fordern, der EuGH solle zukünftig deutlicher machen, ob seine Rechtsprechung zur Rechtskraftdurchbrechung „den materiell-rechtlichen und kompetentiellen Besonderheiten des Beihilfenrechts geschuldet“ sei oder auch für andere Bereiche gelte.

³¹⁰ EuGH, Urt. v. 18.7.2007, C-119/05, Slg. 2007, I-6199, Rn. 62 (*Lucchini*); sehr deutlich auch GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 14.9.2006, C-119/05, Slg. 2007, I-6204, 6223 f., Rn. 69, 72 (*Lucchini*): „Möglichlicherweise noch bedeutsamer als dieses materielle Ergebnis [...] ist, dass dieses Urteil zur Folge hat, dass den Zuständigkeiten, die die Kommission für die Gemeinschaft ausübt, die Wirkung genommen wird. Damit hat das rechtskräftig gewordene Urteil der Corte d'Appello zur Folge, dass die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Gewährung staatlicher Beihilfen ausgehebelt wird. [...] Wesentlich ist, dass das nationale Gericht bei seiner Auslegung des innerstaatlichen Rechts keine Urteile erlassen kann, die die sich aus den Verträgen ergebende grundsätzliche Zuständigkeitsordnung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten umgehen.“

³¹¹ Vgl. etwa *Schmahl/Köber*, EuZW 2007, 927, 929 ff.; *Kremer*, EuZW 2007, 726, 729; *ders.*, EuR 2007, 470, 491; *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1, 4; dezidiert *Baumann*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht, S. 166 ff.; vgl. auch *Sild*, in: *Jahrbuch Beihilferecht* 2013, S. 545, 555 f.

³¹² *Gundel*, EWS 2016, 2, 6; für ein abgestuftes Konzept je nach Integrationsgrad der betroffenen Materie *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927, 932: „Je stärker ein Bereich unionsrechtlich determiniert ist, desto eher kommt eine unmittelbare Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Wirksamkeit der Unionsrechtsordnung in Betracht. [...]. Dies gilt besonders, wenn vollharmonisierte Bereiche und ausschließliche Kompetenzen der Unionsorgane betroffen sind“.

Ob eine Verletzung der Zuständigkeitsverteilung tatsächlich ein sachgerechtes Differenzierungskriterium ist, das eine Sonderbehandlung nur des Beihilfensektors überzeugend zu erklären vermag, muss indes bezweifelt werden. Eine solche Missachtung der unionsrechtlichen Zuständigkeitsordnung liegt nämlich auch in denjenigen Fällen vor, in denen ein nationales Gericht rechtswidrig von einer Vorlage an den Gerichtshof absieht und ihn somit seiner ausschließlichen Kompetenz beraubt, unionsrechtliche Fragestellungen abschließend zu klären und das Europarecht letztverbindlich auszulegen.³¹³ Soll die Rechtskraftdurchbrechung ihren Grund in den unterschiedlichen Kompetenzen und Zuständigkeiten der europäischen und mitgliedstaatlichen Organe haben, so ist nicht nachvollziehbar, warum ein Verstoß gegen die für die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Unionsrechts erforderliche Vorlagepflicht letztinstanzlicher nationaler Gerichte lediglich mittelbar über einen Staatshaftungsanspruch korrigiert werden soll, obwohl auch hier – ebenso wie im Anwendungsbereich des Art. 108 Abs. 3 AEUV – die Aufgaben bei der Anwendung des Unionsrechts zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH durch Art. 267 Abs. 3 AEUV eindeutig vorgegeben sind. Wenn demgegenüber eine unterschiedliche Behandlung dieser Konstellation mit Hinweis darauf zu rechtfertigen versucht wird, im Falle der Nichtvorlage durch ein Gericht liege anders als bei der Durchführung der Beihilfenaufsicht, zu der ausschließlich die Kommission berufen sei, „keine kompetenzüberschreitende Rechtswidrigkeit vor, sondern schlichtweg ‚einfache‘ Rechtswidrigkeit“,³¹⁴ so kann dem nicht gefolgt werden. Eine solche Argumentation verkennt nämlich, dass nicht bereits jeder „einfache“ Verstoß gegen die Vorlagepflicht des Art. 267 AEUV einen unionsrechtlichen Haftungsanspruch auszulösen imstande ist, sondern dieser auf offenkundige Verstöße beschränkt ist. Das die Staatshaftung begrenzende Merkmal der Offenkundigkeit dient im Falle judikativen Unrechts als einschränkende Konkretisierung der ansonsten vom Gerichtshof geforderten „hinreichend qualifizierten“ Verletzung des Unionsrechts.³¹⁵ Der EuGH verneint zwar ein in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten mitunter vorgesehenes generelles Richterprivileg³¹⁶, trägt der besonderen Stellung des Richters jedoch im Rahmen der Bewertung des hinreichend qualifizierten bzw. offenkundigen Verstoßes Rechnung, dem recht enge Grenzen gesetzt werden.³¹⁷ Entscheidend für die Zubilligung eines Staatshaftungsanspruchs sind demnach das stets im konkreten Einzelfall festzustellende Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die etwaige Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums und ggf. die Stel-

³¹³ So auch Poelzig, JZ 2007, 858, 864.

³¹⁴ Baumann, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht, S. 167.

³¹⁵ Wegener, in: Callies/Ruffert, Art. 267 AEUV, Rn. 40; ders., EuR 2004, 84, 90.

³¹⁶ In Deutschland schließt § 839 Abs. 2 S. 1 BGB Schadensersatzansprüche bei Richterunrecht weitgehend aus. Für Amtspflichtverletzungen „bei dem Urteil in einer Rechtssache“ wird nur dann gehaf tet, „wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht“; näher zur Ratio und Reichweite des sog. Spruchrichterprivilegs Papier/Shirvani, in: MünchKom-BGB, § 839, Rn. 321 ff.; Reinert, in: BeckOK-BGB, § 839, Rn. 100 ff.; Teichmann, in: Jauernig, § 839 BGB, Rn. 27 ff.

³¹⁷ Ehrcke, in: Streinz, Art. 267 AEUV, Rn. 50.

lungnahme eines Unionsorgans.³¹⁸ Von einer unterschiedlichen Qualität des Verstoßes gegen Unionsrecht kann angesichts dieser hohen Hürden für den Amtshaftungsanspruch wegen einer Verletzung des Art. 267 Abs. 3 AEUV somit keine Rede sein.

Zudem muss bezweifelt werden, dass ein auf Schadensersatz in Form einer Geldzahlung gerichteter Staatshaftungsanspruch den unionsrechtlichen effet utile im Falle einer Vorlagepflichtverletzung immer hinreichend sicherstellt. Das Europarecht und insbesondere die Interessen der im nationalen Verfahren unterlegenen Partei können regelmäßig nur durch die Aufhebung des unionsrechtswidrigen Urteils und damit die Durchbrechung der Rechtskraft vollumfänglich gewahrt werden.³¹⁹ Folgerichtig ist in § 580 Nr. 8 ZPO auch ein besonderer Restitutionsgrund verankert, der die Wiederaufnahme eines Verfahrens für den Fall ermöglicht, dass der EGMR feststellt, dass ein nationales Urteil gegen die Garantien der EMRK verstößt. Im Gesetzgebungsverfahren wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine bloße Entschädigung in Geld, wie sie in Art. 41 EMRK vorgesehen ist, nicht in jedem Fall ausreicht, um die Rechtsverletzung vollständig bzw. befriedigend zu beheben.³²⁰ Es muss daher zumindest kritisch hinterfragt werden, ob ein entsprechendes Bedürfnis nach einer tatsächlichen Korrektur der mitgliedstaatlichen Gerichtsentscheidung in Gestalt einer Rechtskraftdurchbrechung nicht ebenso besteht, wenn nicht der EGMR einen Verstoß gegen die EMRK, sondern der EuGH eine Verletzung des Unionsrechts feststellt, zumal dieses – anders als die EMRK, der gem. Art. 59 Abs. 2 GG „nur“ der Rang eines Bundesgesetzes zukommt – prinzipiell auch Anwendungsvorrang vor dem deutschen Verfassungsrecht genießt.³²¹

Die Frage kann im Rahmen dieser sich auf den Beihilfensektor beschränkenden Arbeit freilich nicht endgültig beantwortet werden. Es soll an dieser Stelle auch nicht einer Rechtskraftdurchbrechung bei sämtlichen europarechtswidrigen nationalen Urteilen das Wort geredet werden. Wohl aber soll darauf hingewiesen werden, dass der Gerichtshof – zumindest bislang – keine dogmatisch überzeugende Begründung dafür geliefert hat, dass er ausschließlich dann eine Rechtskraftdurchbrechung mitgliedstaatlicher Gerichtsentscheidungen anordnet, wenn die Durchsetzung speziell des Beihilfenrechts bedroht wird. Das Anliegen des EuGH, die Rechtskraft nationaler Urteile so weit wie möglich unangetastet zu lassen und eine Durchbrechung nur im Rahmen der Beihilfenkontrolle zu postulieren, ist im Grundsatz – jedenfalls aus der Perspektive der Mitgliedstaaten – zu begrüßen und unterstreicht den besonderen

³¹⁸ EuGH, Urt. v. 30.9.2003, C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rn. 54 f. (Köbler); Urt. v. 13.6.2006, C-173/03, Slg. 2006, I-5177, Rn. 32 (Traghetti del Mediterraneo); umfassend zu den Voraussetzungen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs für judikatives Unrecht Böhm, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 12, Rn. 110 ff.

³¹⁹ So auch bereits Poelzig, JZ 2007, 858, 861.

³²⁰ BT-Drucks. 16/3038, S. 39; vgl. hierzu wiederum auch Poelzig, JZ 2007, 858, 861 m. Fn. 40.

³²¹ Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964, 6/64, Slg. 1964, 1259, 1270 (Costa/ENEL); zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG etwa BVerfG, Beschl. v. 29.5.1974, BVerfGE 37, 271 (Solange I); Beschl. v. 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (Solange II); Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (Maastricht); Urt. v. 30.6.2009, BVerfGE 123, 267 (Lissabon); Beschl. v. 6.7.2010, BVerfGE 126, 286 (Honeywell); Vorlagebeschl. v. 14.1.2014, BVerfGE 134, 366 (OMT); Beschl. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Europäischer Haftbefehl); Urt. v. 21.6.2016, BVerfGE 142, 123 (OMT).

Stellenwert, den die Rechtssicherheit in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, aber auch im Unionsrecht besitzt. Gleichwohl ist nicht überzeugend zu erklären, warum letztlich vergleichbaren Hindernissen für die effektive Durchsetzung des Europarechts unterschiedlich begegnet werden soll. Das dogmatische Fundament, auf dem diese Unterscheidung zwischen Verstößen gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV einerseits und Verstößen gegen das beihilfenrechtliche Aufsichtssystem andererseits gebaut ist, wirkt jedenfalls nicht sonderlich tragfähig. Angesichts der Notwendigkeit, die europarechtlichen Vorgaben in allen Sach- und Politikbereichen der EU effektiv durchzusetzen, erscheint eine die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts ganz erheblich beeinträchtigende Aufrechterhaltung europarechtswidriger Urteile letztlich sogar rechtfertigungsbedürftiger als die Anordnung der Rechtskraftdurchbrechung. Jedenfalls im Bereich des Beihilfenrechts aber sollte der Gerichtshof eine Durchbrechung der Rechtskraft nicht scheuen, wenn nur auf diese Weise eine Rückforderungsanordnung der Kommission sichergestellt werden kann. Sein Urteil in der Rs. *Lucchini* muss insoweit auch über den konkret entschiedenen, aufgrund des offenkundigen Widerwillens des nationalen Gerichts in der Tat „besonders gelagerten Fall“ hinaus den Maßstab für die Durchsetzung des Beihilfenrechts bilden. Von seinen gegenteiligen Andeutungen in der Rs. *Frucona* sollte der EuGH daher zum Schutz des freien und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt Abstand nehmen.³²²

d) Maßgeblichkeit des nationalen Verfahrensrechts

Die Durchführung einer Rückforderungsentscheidung hat gem. Art. 16 Abs. 3 VVO nach den Vorschriften des jeweils anwendbaren nationalen Rechts stattzufinden. Maßgeblich für die Rückforderung der Beihilfe im Verhältnis zwischen dem gewährenden Mitgliedstaat und dem Begünstigten ist somit das entsprechende nationale Verfahrensrecht, das jedoch durch zahlreiche unionsrechtliche Vorgaben überlagert und ganz erheblich modifiziert wird.³²³

aa) Allgemeine Anforderungen an das nationale Recht

Nach der Judikatur der Unionsgerichte darf die Anwendung des nationalen Rechts die Rückforderung nicht praktisch unmöglich machen.³²⁴ Der Mitgliedstaat muss in jedem Fall sicherstellen, dass er die geschuldeten Beträge tatsächlich wiedererlangt.³²⁵

³²² So auch *Becker*, EuZW 2012, 725, 728 f.

³²³ *Köster*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 14 VerfVO, Rn. 37; v. *Brevvern*, EWS 2005, 154, 156 f. Der Verweis auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen kann daher keineswegs als „Blankscheck“ verstanden werden, vgl. *Köster*, in: The EC State Aid Regime, S. 653, 661; *Köster/Molle*, EuZW 2007, 534, 535.

³²⁴ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 21.9.1983, C-205/82 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 19, 22 (Deutsche Milchkontor); Urt. v. 2.2.1989, C-94/87, Slg. 1989, 175, Rn. 12 (Alcan I); Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 61 (Tubemuse); Urt. v. 20.9.1990, C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rn. 12 (Kommision/Deutschland); Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 24 (Alcan II).

³²⁵ EuGH, Urt. v. 12.5.2005, C-415/03, Slg. 2005, I-3875, Rn. 44 (Kommision/Griechenland); Urt. v. 1.6.2006, C-207/05, Slg. 2006, I-70, Rn. 36 f. (Kommision/Italien).

Nationale Vorschriften, die die Wiederherstellung eines wettbewerbskonformen Zustands erschweren oder vereiteln, dürfen nicht angewendet werden. In welch massiver Weise Regelungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verdrängt bzw. europarechtlich modifiziert werden, hat der Gerichtshof in der Rs. *Alcan* eindrucksvoll vor Augen geführt. Obgleich § 48 Abs. 4 VwVfG die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach seinem eindeutigen Wortlaut nur innerhalb einer Frist von einem Jahr zulässt, muss eine Rückforderung von Beihilfen auch darüber hinaus aufgrund des effet utile möglich sein. Der Ablauf der Jahresfrist darf einer Rückforderung wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht entgegen gehalten werden, damit die durch eine Kommissionsentscheidung festgestellte Pflicht zur Rücknahme des Bewilligungsbescheids nicht durch nationale Fristenregelungen unterlaufen werden kann.³²⁶ Auch Vertrauensschutzerwägungen, die in § 48 Abs. 2 VwVfG als tatbestandliche Rücknahmeschranke normiert sind, vermögen eine Aufhebung des Verwaltungsaktes und eine Rückforderung der gewährten Beihilfe nicht auszuschließen. Da ein Vertrauensschutz grds. nur durch ein ordnungsgemäßes Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV begründet werden kann, können in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vorgesehene weitergehende Vertrauensschutzregelungen im Kollisionsfall keine Geltung beanspruchen. Das der Behörde nach § 48 Abs. 1 VwVfG in diesen Fällen prinzipiell eingeräumte Rücknahmevermögen ist im Falle der Unionsrechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids auf null reduziert, d. h. ein Absehen von der Rückforderung ist stets ermessensfehlerhaft. Schließlich kann eine Rückforderung auch nicht als Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben angesehen werden. Selbst dann, wenn die nationale Behörde dem Unternehmen die Beihilfe gleichsam aufgedrängt hat, bleibt das betroffene Unternehmen verpflichtet, sich von der Einhaltung des Notifizierungsverfahrens zu überzeugen.³²⁷ Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz zwingt des Weiteren auch zu einer Modifizierung bzw. europarechtskonformen Auslegung einer Rückforderung ggf. entgegenstehender Normen des Bürgerlichen Rechts, die – ebenso wie die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes – in einer Weise anzuwenden sind, die eine tatsächliche Rückforderung der Beihilfe ermöglicht. So ist dem Beihilfeempfänger eine Berufung auf den Entreicherungseinvand nach § 818 Abs. 3 BGB verwehrt, sofern die unionsrechtlich gebotene Rückforderung dadurch praktisch unmöglich gemacht wird.³²⁸ Auch die Konditionssperren der §§ 817 S. 2, 814 Alt. 1 BGB sind unionsrechtskonform auszulegen bzw. unangewendet zu lassen.³²⁹

³²⁶ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 34 ff. (*Alcan II*).

³²⁷ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 39 ff. (*Alcan II*).

³²⁸ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 44 ff. (*Alcan II*); *Koenig/Ghazarian*, in: *Streinz*, Art. 108 AEUV, Rn. 40; für einen generellen Ausschluss der Berufung des Beihilfeempfängers auf § 818 Abs. 3 BGB in Fällen nicht notifizierter Beihilfen etwa *Jestaedt/Loest*, in: *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, § 52, Rn. 62 ff.; differenzierend hingegen und jedenfalls wertsteigernde Aufwendungen auf den erlangten Gegenstand als berücksichtigungsfähig ansehend *Verse/Wurmnest*, AcP 204 (2004), 855, 877 ff.

³²⁹ Vgl. *Bungenberg/Motzkus*, in: *NK-Beihilfenrecht*, Länderbericht Bundesrepublik Deutschland, Rn. 111; *Wagner*, in: *FS Roth*, S. 665, 675; *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 106, 109; *Verse/Wurmnest*, AcP 204 (2004), 855, 877; *Bork*, in: *FS Lutter*, S. 301, 305 f.; *Kiethe*, RIW 2003, 782, 786 f.; *Tilmann*/

bb) VA-Befugnis bei privatrechtlich gewährten Beihilfen?

Für die im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen speziell im Privatrecht ist von ganz entscheidender Bedeutung, ob Art. 16 Abs. 3 VVO, der im Falle einer Negativentscheidung der Europäischen Kommission für die Durchführung der Rückforderungsanordnung zwar auf die Vorschriften des jeweils anwendbaren nationalen Rechts verweist, jedoch zugleich eine unverzügliche Rückforderung postuliert und die sofortige und tatsächliche Vollstreckung des Kommissionsbeschlusses vorschreibt, dahingehend auszulegen ist, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte dazu berechtigt oder sogar verpflichtet sind, nicht nur hoheitlich per Bescheid, sondern auch im Wege eines privatrechtlichen Vertrags gewährte Beihilfen durch einen Verwaltungsakt zurückzufordern, wenn diese von der Kommission für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt worden sind.

Diese Frage wurde bereits im Anschluss an den Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 17.11.2005 in der Rechtssache *Kvaerner Warnow Werft*³³⁰ überaus kontrovers diskutiert. Das OVG hatte die Rückforderung einer auf privatrechtlicher Grundlage gewährten, materiell rechtswidrigen Beihilfe qua sofort vollziehbaren Verwaltungsakts nicht nur für zulässig erachtet, sondern angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben auch als geboten eingestuft. Infolge eines jüngst ergangenen Vertragsverletzungsurteils des EuGH gegen die Bundesrepublik Deutschland hat diese Problemstellung erneut an Aktualität gewonnen.³³¹

aaa) Die Entscheidung des EuGH v. 11.9.2014

Der Gerichtshof gab einer Klage der Kommission statt, mit der diese gerügt hatte, dass die von ihr angeordnete Rückforderung einer in Form eines privatrechtlichen Vertrags gewährten Beihilfe auf dem Zivilrechtsweg auch zwei Jahre nach ihrem Beschluss noch nicht umgesetzt worden war.

Die Kommission vertrat dabei die Auffassung, eine sofortige und tatsächliche Vollstreckung des in Rede stehenden Beschlusses sei durch die Inanspruchnahme der deutschen zivilgerichtlichen Verfahren augenscheinlich nicht möglich, sodass das nationale Verfahrensrecht hinter das Unionsrecht zurücktreten müsse und die öffentliche Hand sich selbst durch Erlass eines Verwaltungsaktes einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen habe, mit dem die Rückforderung der Beihilfe unmittelbar auf der Grundlage des Kommissionsbeschlusses sowie nach Art. 16 Abs. 3 VVO angeordnet werden müsse.

Der Gerichtshof betonte zwar, dass weder der Rückgriff auf die Instrumentarien des Zivilrechts und die ordentlichen Gerichte von vornherein ausgeschlossen sei noch

Schreibauer, GRUR 2002, 212, 214; Tollmann, WM 2000, 2030, 2037; Busz/Rosenkötter, NZM 2004, 561, 566; Heinemann, GPR 2007, 62, 66; Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 75; Steindorff, in: FS Mestmäcker, S. 497, 511; Reufels, Subventionskontrolle durch Private, S. 107.

³³⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.11.2005, EuZW 2006, 91 m. krit. Anm. Arhold, EuZW 2006, 94.

³³¹ EuGH, Urt. v. 11.9.2014, C-527/12, ECLI:EU:C:2014:2193 (Kommission/Deutschland) = EuZW 2014, 823 m. Anm. Karpenstein/Corzilius, EuZW 2014, 827.

aus dem Unionsrecht eine Pflicht der Mitgliedstaaten abgeleitet werden könne, die innerstaatliche Rückforderung allein auf der Grundlage der Rückforderungsentscheidung der Kommission zu betreiben. Zugleich unterstrich er jedoch die Notwendigkeit, je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls nationale Vorschriften unangewendet zu lassen und andere Maßnahmen zu ergreifen, falls die zivilrechtlichen Vorschriften die tatsächliche Wiedererlangung der Beihilfe nicht sicherzustellen imstande seien. Einem solchen Rückgriff auf Maßnahmen jenseits einer klageweisen Rückforderung könnten schließlich auch keine Gründe entgegengehalten werden, die im Zusammenhang mit der nationalen Rechtsordnung stünden.³³²

Einerseits schließt sich der Gerichtshof somit nicht der Ansicht der Kommission an, ausschließlich der Erlass sofort vollziehbarer Verwaltungsakte trage den Vorgaben des Art. 16 Abs. 3 VVO Rechnung und gewährleiste die Effektivität der Rückforderungsanordnung, sondern führt stattdessen unter Hinweis auf den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten aus, diese seien in der Wahl der Mittel, mit denen sie ihrer Pflicht zur Rückforderung einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe nachkämen, grundsätzlich frei. Andererseits bringt er aber zugleich unmissverständlich zum Ausdruck, im Falle der Ineffektivität zivilrechtlicher Rückforderungsbemühungen seien – ungeachtet der nationalen (verfassungs- oder verwaltungsrechtlichen) Vorgaben – zur Sicherstellung der zügigen Umsetzung der Rückforderungsanordnung „andere Maßnahmen zu ergreifen“. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen deutsche Behörden auch privatrechtlich gewährte Beihilfen infolge eines Negativbeschlusses der Kommission einseitig hoheitlich per Verwaltungsakt zurückfordern können bzw. müssen, ist daher noch keiner abschließenden und allgemeingültigen Antwort durch den EuGH zugeführt worden.³³³

Geklärt dürften durch die Entscheidung des Gerichtshofs nämlich nur zwei Aspekte sein. Zum einen steht fest, dass die Mitgliedstaaten aufgrund einer an sie adressierten Entscheidung der Kommission, eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe zurückzufordern, keineswegs gleichsam automatisch zum Erlass eines entsprechenden für sofort vollziehbar zu erklärenden Verwaltungsaktes verpflichtet sind, sondern durchaus zur Umsetzung des Rückforderungsbeschlusses auch das Zivilrecht wählen und vor den ordentlichen Gerichten auf Rückzahlung der Beihilfe klagen dürfen. Zum anderen kann nun als gesichert gelten, dass selbst verfassungsrechtliche Vorgaben wie beispielsweise die Grundsätze des Vorbehalts des Gesetzes und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG aus der Sicht des EuGH eine

³³² EuGH, Urt. v. 11.9.2014, C-527/12, ECLI:EU:C:2014:2193, Rn. 55 (Kommission/Deutschland); vgl. auch bereits EuGH, Urt. v. 5.10.2005, C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 53 (Kommission/Frankreich) = EuZW 2007, 56 m. Anm. Rosenfeld, EuZW 2007, 59.

³³³ Nach Karpenstein/Corzilius, EuZW 2014, 827 f., fügt sich das Urteil des EuGH jedenfalls in die Entscheidungspraxis des OVG Berlin-Brandenburg ein und spricht für die Möglichkeit eines hoheitlichen Rückforderungsbescheids auch ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht. Da zu erwarten sei, dass sich die Kommission aufgrund dieser Entscheidung zukünftig noch detaillierter in die nationalen Rückforderungsverfahren einmischen werde, sei es „wohl nur eine Frage der Zeit, bis Bund und Länder gezwungen wären, eindeutige gesetzliche Grundlagen für die Durchsetzung des EU-Beihilfenrechts zu schaffen.“

unzureichende oder erheblich verzögerte Rückforderung auf dem Zivilrechtsweg nicht zu rechtfertigen vermögen.

Konkrete Vorgaben dazu, wie die Mitgliedstaaten zu verfahren haben, wenn sich zeigen sollte, dass die einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften eine Umsetzung der Rückforderungsanordnung nicht innerhalb der gesetzten Frist sicherstellen, hat der EuGH aber nicht aufgestellt, sondern lediglich darauf hingewiesen, es könne gegebenenfalls erforderlich sein, nationale Vorschriften ausnahmsweise außer Acht zu lassen und „andere“ – nicht weiter konkretisierte – Maßnahmen zu ergreifen.

Es erscheint daher lohnenswert, vor dem Hintergrund dieser die Erfolgspflicht der Mitgliedstaaten betonenden, ihnen zugleich aber auch einen weiten Spielraum hinsichtlich der Modalitäten der Rückabwicklung einräumenden Vorgaben des Gerichtshofs die Argumentation des OVG Berlin-Brandenburg für eine generelle Zulässigkeit der Rückforderung per Verwaltungsakt auch auf privatrechtlicher Grundlage ausgezahlter Beihilfen kritisch zu beleuchten. Dabei gilt es insbesondere zu eruieren, ob die europarechtlichen Anforderungen an eine sofortige und tatsächliche Vollstreckung nicht auch auf dem Zivilrechtsweg, namentlich insbesondere durch Inanspruchnahme des zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes, hinreichend berücksichtigt werden können.

bbb) Der Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg v. 7.11.2005

Obwohl es die privatrechtliche Natur des beihilfegeährenden Vertrags ausdrücklich anerkennt, geht das OVG Berlin-Brandenburg davon aus, das Rückforderungsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Beihilfeempfänger sei öffentlich-rechtlicher Natur. Die materiell-rechtliche Grundlage für die Rückforderung sieht das OVG in dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch. Begründet wird diese Transformation eines privatrechtlichen Ursprungsverhältnisses in ein öffentlich-rechtliches Rückabwicklungsverhältnis mit der öffentlich-rechtlichen Natur der Negativentscheidung der Kommission. Diese sei zwar lediglich an den Mitgliedstaat gerichtet und nicht zugleich an den Beihilfeempfänger adressiert. Ihre Rechtswirkungen gestalteten aber über eine bloße Verpflichtung oder Ermächtigung der Mitgliedstaaten hinaus auch unmittelbar das Rückforderungsverhältnis zwischen dem Mitgliedstaat und dem Begünstigten. Die Rückforderung teile die Rechtsnatur der ihr zugrundeliegenden Feststellung, sodass im Falle einer Rückforderung infolge einer entsprechenden Negativentscheidung der Kommission das Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Begünstigten stets als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden müsse.³³⁴ Dies gelte vollkommen unabhängig davon, ob die ursprüngliche Beihilfegeähren durch Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen Vertrag oder aber privatrechtlich erfolgt sei. Die Umsetzung einer Rückforderungsanordnung nach Art. 16 Abs. 3 VVO auf der Grundlage eines mit der zivilrechtlichen Leistungsklage durchzusetzenden Anspruchs aus ungerechtfertiger Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB muss

³³⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.11.2005, EuZW 2006, 91, 92; zustimmend v. Brevern, EWS 2006, 150, 152.

nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg angesichts der öffentlich-rechtlichen Natur des Rückabwicklungsverhältnisses konsequenterweise ausscheiden.

Das OVG geht des Weiteren davon aus, Art. 16 Abs. 3 VVO gebiete es, die Rückforderung durch einen sofort vollziehbaren Verwaltungsakt geltend zu machen. Aus einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Rückabwicklungsverhältnisses zum Begünstigten folge für sich genommen zwar noch nicht, dass der Rückforderungsanspruch auch mittels Verwaltungsakt durchgesetzt werden könne. Die öffentliche Hand sei grundsätzlich darauf verwiesen, auch solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Klage geltend zu machen. In der hier interessierenden Konstellation sei indes aus Gründen des Unionsrechts ausnahmsweise von einer an sich erforderlichen nationalen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für das Handeln durch Verwaltungsakt abzusehen. Im Hinblick auf Art. 16 Abs. 3 VVO werde den rechtsstaatlichen Anforderungen ausreichend Rechnung getragen.³³⁵ Die Rückforderung sei, so der Senat, durch die Erhebung einer Klage zwar nicht praktisch unmöglich, doch könne von der in Art. 16 Abs. 3 VVO ausdrücklich geforderten sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung der Kommissionsentscheidung wohl kaum die Rede sein, wenn der Mitgliedstaat nicht in die Lage versetzt würde, sich durch Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes selbst einen vollstreckbaren Titel zu erstellen, sondern sich einen solchen erst nach einem eventuell langwierigen gerichtlichen Erkenntnisverfahren im Wege einer Leistungsklage zu beschaffen hätte.³³⁶ Einzig der Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes gewährleiste eine unverzügliche Beseitigung des durch die Beihilfegewährung eingetretenen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteils und trage dem Unionsinteresse volumnfähiglich Rechnung.³³⁷

ccc) Bewertung

(1) Missachtung des Vorbehalts des Gesetzes

Der Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg ist insofern überraschend, als er die auch nach Inkrafttreten der Verfahrensverordnung in Deutschland regelmäßig praktizierte und bis dahin weder von der Kommission noch von den Unionsgerichten monierte Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen im Klagewege vor den ordentlichen Gerichten als europarechtlich unzulässig erscheinen lässt.³³⁸ Die Entscheidung

³³⁵ Das VG Berlin, Beschl. v. 15.8.2005, EuZW 2005, 659, 660, hingegen hat in dem erstinstanzlichen Verfahren noch einen Verzicht auf das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für ein behördliches Handeln zutreffend als unzulässig qualifiziert und einen „Vorbehalt der Konformität“ angenommen, wonach nur solche Maßnahmen zu treffen seien, die auch tatsächlich nach nationalem Recht verfügbar seien; kritisch hierzu *Heidenhain*, EuZW 2005, 660 f.

³³⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.11.2005, EuZW 2006, 91, 93.

³³⁷ Nach *v. Brevern*, EWS 2006, 150, 154, sind die nationalen Gerichte daher immer verpflichtet, die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO anzurufen. Das grundsätzlich bestehende Ermessen sei stets auf Null reduziert.

³³⁸ Hierauf weisen *Hildebrandt/Castillon*, NVwZ 2006, 298, unter Bezugnahme auf die bis dato zu dieser Frage ergangenen Urteile des Bundesgerichtshofs hin, vgl. BGH, Urt. v. 4.4.2003, EuZW 2003, 444; Urt. v. 24.10.2003, EuZW 2004, 254; Urt. v. 20.1.2004, NVwZ 2004, 636. Sie bezeichnen die Entscheidung daher zu Recht als „Novum“.

überrascht aber auch und insbesondere insoweit, als sie sogar rechtsstaatliche Fundamentalprinzipien wie den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ganz bewusst und scheinbar ohne ernsthaftere Bedenken beiseiteschiebt, um die Vorgaben des Art. 16 Abs. 3 VVO zu erfüllen und die Effektivität der unionsrechtlichen Beihilfenvorschriften bestmöglich zu gewährleisten.

Der Wunsch der öffentlichen Hand, für die Rückforderung mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen nicht auf mitunter zeitintensive und personelle Ressourcen bindende Gerichtsverfahren angewiesen zu sein, sondern sich selbst im Wege eines Verwaltungsaktes einen vollstreckbaren Titel zur Durchsetzung der Rückzahlungsverpflichtung verschaffen zu können,³³⁹ ist nachvollziehbar. Die rechtsstaatlichen Bedenken an dieser auch von den Unionsgerichten nicht für europarechtlich zwingend erachteten Praxis sind allerdings durchgreifend. Zudem müssen erhebliche Zweifel an ihrer Notwendigkeit geäußert werden, da auch das deutsche Zivilprozessrecht Eilverfahren zur Verfügung stellt, die eine schnelle Umsetzung der Kommissionsentscheidung ebenso gewährleisten.

Der Verwaltungsakt als die wohl quantitativ bedeutendste und typische Handlungsform der Verwaltung stellt ein überaus „griffiges und rationelles Regelungsinstrument“³⁴⁰ der Exekutive dar, das es ihr ermöglicht, im Einzelfall verbindliche Anordnungen zu treffen und diese aufgrund der Titelfunktion des Verwaltungsaktes zugleich auch ohne vorherige Einschaltung eines Gerichts zwangsweise zu vollziehen.³⁴¹ Diese sich allein aus der Handlungsform des behördlichen Vorgehens ergebenden weitreichenden Rechtswirkungen führen freilich auch zu einer erheblichen, von der eigentlichen materiell-rechtlichen Regelung losgelösten zusätzlichen Beschwer für den Adressaten des Verwaltungsaktes. Möchte er sich gegen diese per Verwaltungsakt getroffene Regelung zur Wehr setzen, ist er gleichsam gezwungen, die Klägerrolle einzunehmen und innerhalb der Frist der §§ 70, 74 VwGO aus eigener Initiative gegen den Verwaltungsakt Widerspruch einzulegen und auch gerichtlich vorzugehen, um die Bestandskraft und damit die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes zu verhindern. Im Falle der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist er sogar gehalten, im Wege des Eilrechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor den Verwaltungsgerichten zu beantragen.

Diese bereits aus der gewählten Handlungsform des behördlichen Vorgehens resultierende nicht zu unterschätzende Schwächung der Rechtsstellung des Adressaten eines belastenden Verwaltungsaktes hat zu der inzwischen überwiegend vertretenen

339 Die Vorteile eines solchen Vorgehens sind evident: Der Beihilfeempfänger wird in die Rolle des „Angreifers“ gedrängt und muss sich seinerseits gegen die Vollziehung des Verwaltungsaktes im Wege eines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO wehren. Angesichts dieser Vorteile für die Behörde hatte das in Deutschland für Beihilfefragen zuständige Bundesfinanzministerium in Abstimmung mit der Europäischen Kommission zwischenzeitlich einen „neuen Ansatz zur Rückforderung“ entwickelt, demzufolge sämtliche Beihilfen ungeachtet ihrer Rechtsnatur durch sofort vollziehbaren Bescheid zurückgefordert werden sollten. Zu dieser Praxis äußerst kritisch Wimmer/Arhold, FAZ v. 14.9.2005, S. 4.

340 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 41; Bauer, NVwZ 1987, 112.

341 Vgl. zur Titelfunktion Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35, Rn. 39 ff.; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 40.

und überzeugenden Ansicht geführt, dass der Vorbehalt des Gesetzes³⁴² sich nicht nur auf den materiellen Inhalt der behördlichen Regelung, sondern zugleich auch auf die Form des Tätigwerdens der Verwaltung bezieht. Während früher die Erstreckung des Gesetzesvorbehalts auf die Art und Weise der Durchsetzung verwaltungsbehördlicher Befugnisse abgelehnt und das Recht, durch Verwaltungsakt zu handeln, gewohnheitsrechtlich als „Hausgut“³⁴³ der öffentlichen Verwaltung angesehen wurde,³⁴⁴ ist heute weitgehend anerkannt, dass eine spezielle gesetzliche Ermächtigung gerade für das Verwaltungshandeln in Form des Verwaltungsaktes erforderlich ist.³⁴⁵ Diese wird häufig treffend als sog. „Verwaltungsakt-Befugnis“³⁴⁶ bezeichnet.

Eine solche liegt jedenfalls dann eindeutig vor, wenn die Verwaltung, wie etwa in § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG oder § 50 Abs. 3 S. 1 SGB X, ausdrücklich zum Handeln in Form des Verwaltungsaktes ermächtigt wird. Sind derartige spezialgesetzliche Handlungsbefugnisse nicht einschlägig, ist der Verwaltung der Zugriff auf das Handlungsinstrument des Verwaltungsaktes grds. versagt. Wichtige Ausnahmen stellen insoweit aber vor allem die klassischerweise subordinationsrechtlich geprägten Bereiche des Beamten-³⁴⁷ und Abgabenrechts sowie die für die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten zentrale Kehrseitentheorie dar, nach der die Aufhebung eines öffentlichen Aktes als sog. *actus contrarius* die Rechtsnatur des ursprünglichen Aktes teilt.³⁴⁸

Im Falle einer privatrechtlich gewährten Beihilfe ist nun allerdings – wie auch das OVG Berlin-Brandenburg offen einräumt – weder eine nationale spezialgesetzliche Grundlage für das Handeln durch Verwaltungsakt ersichtlich noch besteht ein Subordinationsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Beihilfeempfänger. Es ist dann vielmehr Ausdruck der durch die vertragliche Gleichordnung von Bürger

³⁴² Das BVerfG leitet den Vorbehalt des Gesetzes primär aus der Gesetzesbindung der Verwaltung und den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Berechenbarkeit der Rechtsordnung nach Art. 20 Abs. 3 GG ab. Zudem stellt das BVerfG auch auf das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1, 2 GG, ab und sieht den Vorbehalt des Gesetzes in engem Zusammenhang mit der Garantie des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG, da nur eine strikte Gesetzesbindung den Gerichten eine umfassende Kontrolle der Verwaltung ermögliche. Siehe hierzu Vögl, NVwZ 2007, 294, 295 f. m.w.Nachw.

³⁴³ OVG Münster, Urt. v. 19.7.1962, VerwRspr 1963, 676, 677; Bauer, NVwZ 1987, 112.

³⁴⁴ Kritisch bereits Renck, JuS 1965, 129, 130, 132 f.; ders., BayVBl. 1977, 76 ff.; Achterberg, DÖV 1971, 397, 403 ff.; Osterloh, JuS 1983, 280 ff.

³⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 13.2.1976, NJW 1976, 1516, 1517; Urt. v. 7.12.2011, NVwZ 2012, 1123, 1124; OVG Weimar, Urt. v. 14.2.2007, DVBl 2010, 1042 f.; VGH Mannheim, Urt. v. 14.5.2007, VBlBW 2007, 351; VGH München, Beschl. v. 22.1.2004, BayVBl. 2005, 183; v. Alemann/Scheffczyk, in: BeckOK-VwVfG, § 35, Rn. 95; Schoch, Jura 2010, 670, 673 m.w.Nachw.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35, Rn. 23; Ruffert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 22, Rn. 27 ff.

³⁴⁶ Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 7.12.2011, NVwZ 2012, 1123, 1124; Schoch, Jura 2010, 670, 672; v. Mutius, in: Liber Amicorum Erichsen, 2004, S. 135 ff.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35, Rn. 25; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 592; Hoffmann/Bollmann, EuZW 2006, 398.

³⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 6.5.1964, BVerwGE 18, 283, 285 f.; Urt. v. 28.6.1967, BVerwGE 27, 245, 248; Urt. v. 11.3.1971, BVerwGE 37, 314, 319; Urt. v. 13.6.1985, BVerwGE 71, 354, 357; vgl. auch Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 601.

³⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 17.3.1977, NJW 1977, 1838, 1839; Urt. v. 14.4.1978, BVerwGE 55, 337, 339.

und Verwaltung entstandenen „Waffengleichheit“³⁴⁹ dass eine hoheitliche Rückforderung a priori ausscheidet und die Behörde auch für das Rückabwicklungsverhältnis auf „das weniger handliche Instrumentarium des Vertragsrechts“³⁵⁰ zurückgreifen und ihren Leistungsanspruch somit gerichtlich geltend machen muss.³⁵¹

In Ermangelung nationaler Befugnisnormen kann sich die Zulässigkeit einer Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen per Verwaltungsakt also nur unmittelbar aus den Normen des EU-Rechts ergeben. Art. 16 Abs. 3 VVO kommt ausweislich seines eindeutigen Wortlauts als Ermächtigungsgrundlage für eine einseitig hoheitliche Rückforderung im Verhältnis zum Empfänger aber nicht in Betracht. Als Verordnung i.S.d. Art. 288 Abs. 2 AEUV gilt Art. 16 Abs. 3 VVO in den Mitgliedstaaten zwar unmittelbar und ist daher aufgrund seiner Rechtsnatur grds. geeignet, dem Vorbehalt des Gesetzes zu genügen. Er regelt die Vollstreckung jedoch nicht selbst, sondern verweist für die Auseinandersetzung mit dem Begünstigten lediglich auf die innerstaatlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten. Der anhand der Verfahrensautonomie den Mitgliedstaaten eingeräumte Spielraum im Hinblick auf die Modalitäten, also das „Wie“ der Rückforderung wird nur durch den Vorbehalt der Effektivität der Rückforderung, konkret der sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung des Beschlusses, eingegrenzt. Die Mitgliedstaaten sind folglich so lange in der Wahl der Mittel zur Rückforderung frei, als diese erfolgversprechend sind. Weitergehende Vorgaben zur Art und Weise der Vollstreckung enthält Art. 16 Abs. 3 VVO nicht. Vielmehr stellt Art. 16 Abs. 3 S. 2 VVO klar, dass auch Verfahren vor nationalen Gerichten denkbar sind und bringt damit deutlich zum Ausdruck, dass eine Rückforderung nicht in jedem Fall zwingend im Wege eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes zu erfolgen hat.³⁵² Eine Ermächtigung der mitgliedstaatlichen Behörden zum Erlass von Verwaltungsakten kann Art. 16 Abs. 3 VVO demnach nicht entnommen werden. Ein anderes Verständnis ist mit dem Wortlaut der Norm nicht in Einklang zu bringen, zumal Art. 16 Abs. 3 VVO gerade keine konkrete Rechtsfolgenanordnung für den Fall trifft, dass der Vorbehalt für die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie nicht erfüllt sein, also die sofortige und tatsächliche Vollstreckung einmal scheitern sollte.³⁵³

³⁴⁹ Uwer/Wodarz, DÖV 2006, 989, 993; Hildebrandt/Castillon, NVwZ 2006, 298, 300; Ludwigs, Jura 2007, 612, 615; bezogen auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag bereits BVerwG, Urt. v. 13.2.1976, NJW 1976, 1516, 1517.

³⁵⁰ Oldiges, NVwZ 2001, 626.

³⁵¹ Sehr deutlich auch Rennert, EuZW 2011, 576, 581.

³⁵² So auch Haas/Hoffmann, JA 2009, 119, 121.

³⁵³ Herrmann/Kruis, EuR 2007, 141, 152, weisen zutreffend darauf hin, dass es in Anwendung des effektutile durchaus möglich ist, selbst Vorschriften des Verfassungsrechts wie den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts außerachtzulassen bzw. – in der Terminologie des OVG Berlin-Brandenburg – „ausnahmsweise von ihm abzusehen“, da der Anwendungsvorrang des Unionsrechts ungeachtet des Rangs der innerstaatlichen Rechtsvorschrift gilt. Sie werfen aber die berechtigte Frage auf, ob eine etwaige unionsrechtliche Forderung nach der „Aufgabe eines der Fundamente des Rechtsstaatsgedankens“ im Lichte von Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG die Grenzen der Integrationsermächtigung überschritte. Noch deutlicher Vögler, NVwZ 2007, 294, 296, nach dem der Vorbehalt des Gesetzes aufgrund seiner rechtsstaatlichen bzw. demokratischen Fundierung auch durch Vorgaben des Unionsrechts keinesfalls dispensiert werden könne. Sollte das Unionsrecht

(2) Inanspruchnahme des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes

Es erscheint somit naheliegend, Art. 16 Abs. 3 VVO dahingehend auszulegen, dass die Mitgliedstaaten (nur) gehalten sind, zum Zwecke der sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung der Kommissionsentscheidung alle Möglichkeiten der innerstaatlichen Rechtsordnung auszuschöpfen.³⁵⁴ Dies kann selbstverständlich auch die Verpflichtung umfassen, sich der zivilprozessualen Eilverfahren zu bedienen, sollte ein „normales“ Hauptsacheverfahren zu viel Zeit beanspruchen. Neben den Möglichkeiten der Beschleunigung des Verfahrens, wie etwa §§ 128 Abs. 2, 226 oder 302 ZPO,³⁵⁵ kommt insbesondere die einstweilige Verfügung in Gestalt der Leistungsverfügung analog § 940 ZPO in Betracht.³⁵⁶ Erforderlich für ihren Erlass ist, dass ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden, wobei als Verfügungsanspruch grundsätzlich jeder materiell-rechtliche Anspruch in Frage kommt. Ein Verfügungsgrund ist anzunehmen, wenn die Verfügung für einen effektiven Rechtsschutz des Antragstellers notwendig ist und zudem eine Interessenabwägung im Einzelfall zugunsten des Antragstellers ausgeht.³⁵⁷ An den für eine Leistungsverfügung erforderlichen Verfügungsgrund sind allerdings sehr strenge Anforderungen zu

eine Rückabwicklung qua Verwaltungsakt auch bei vertraglich gewährten Beihilfen verlangen, dürfte dieser Forderung in Deutschland keine Folge geleistet werden.

³⁵⁴ Hildebrandt/Castillon, NVwZ 2006, 298, 300, gehen auf die Entstehungsgeschichte der Verfahrensverordnung ein und zeigen auf, dass auch die Historie des Art. 14 Abs. 3 VO (EG) 659/1999 (nunmehr Art. 16 Abs. 3 VVO) dafür sprechen dürfte, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, jenseits ihrer bestehenden Normen eine Rechtsgrundlage für die Rückforderung vertraglich gewährter Beihilfen auch durch Verwaltungsakt zu schaffen. Die Kommission habe in einer Erklärung zum Ratsprotokoll (Addendum zum Entwurf eines Protokolls über die 2168. Tagung des Rates am 21./22.3.1999 in Brüssel) nämlich ausdrücklich klargestellt, dass mit Art. 14 Abs. 3 VO (EG) 659/1999 (nunmehr Art. 16 Abs. 3 VVO) „weder die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften harmonisiert noch die Mitgliedstaaten zur Änderung ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften verpflichtet [werden]“. Zudem sei der Vorschlag der Kommission, innerstaatlichen Rechtsmitteln im Zuge der Umsetzung eines Rückforderungsbeschlusses generell keine aufschiebende Wirkung zukommen zu lassen, als zu weitgehender Eingriff in die nationalen Systeme des gerichtlichen Rechtsschutzes aufgefasst und als nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 89 EG (nunmehr Art. 109 AEUV) gedeckt angesehen worden. Vgl. auch Arhold, EuZW 2006, 94, 96, der darauf hinweist, dass mit der Einführung des Art. 14 Abs. 3 VO (EG) 659/1999 (nunmehr Art. 16 Abs. 3 VVO) keine Verschärfung der von der Rechtsprechung zur Rückforderung entwickelten Grundsätze beabsichtigt gewesen sei.

³⁵⁵ Vgl. zu den Möglichkeiten der zivilprozessualen Beschleunigung, um eine effektive Umsetzung der Kommissionsentscheidung zu erreichen, Uwer/Wodarz, DÖV 2006, 989, 994, sowie Vögerl, NVwZ 2007, 294, 297.

³⁵⁶ Im Gegensatz zur Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO und der Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO kann der Verfügungsanspruch auch auf Geld gerichtet sein. Der ansonsten geltende Vorrang der Vorschriften über den Arrest nach §§ 916 ff. ZPO greift nicht, da der Arrest nur der Sicherung eines auf Geld gerichteten Anspruchs dient, nicht aber auf Erfüllung eines solchen Anspruchs gerichtet sein kann. Siehe hierzu im Einzelnen Ludwigs, Jura 2007, 612, 616. Die dogmatische Verankerung der zivilprozessualen Leistungsverfügung außerhalb der spezialgesetzlichen Regelungen ist umstritten. Umfassend hierzu Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, S. 74 ff. Die Zulässigkeit der Leistungsverfügung ist aber allgemein anerkannt, vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1608; Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, S. 669; Herrmann/Kruis, EuR 2007, 141, 157.

³⁵⁷ Herrmann/Kruis, EuR 2007, 141, 157.

stellen. Der Erlass einer Leistungsverfügung setzt grds. voraus, dass bei Versagen einer solchen Maßnahme der Eintritt irreparabler Schäden beim Gläubiger ernstlich zu befürchten ist. Typische Anwendungsfälle sind insoweit die Existenzgefährdung des Antragstellers und die Abwendung eines irreversiblen Rechtsverlustes. Da diese hohen Voraussetzungen in den hier interessierenden Konstellationen regelmäßig nicht erfüllt sein dürften, wäre es erforderlich, die zivilprozessualen Vorgaben europarechtskonform dahingehend auszulegen und anzuwenden, dass der Begriff der „wesentlichen Nachteile“ i.S.d. § 940 ZPO unionsrechtlich „aufgeladen“ wird. Es geht insofern nicht mehr nur um das (fiskalische) Interesse des Antragstellers, sondern darüber hinaus auch um das Interesse an der Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung.³⁵⁸ Eine solche europarechtskonforme Auslegung der zivilprozessualen Vorschriften erscheint gegenüber einem vollständigen Verzicht auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes als die deutlich schonendere, aber ebenso effektive Methode, um den Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen.³⁵⁹

ddd) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich somit konstatieren, dass die Rückforderung auch privatrechtlich gewährter Beihilfen per Verwaltungsakt weder unionsrechtlich geboten noch verfassungsrechtlich zulässig ist³⁶⁰ und eine schnelle Rückforderung auch mit einer unionsrechtskonformen Interpretation der vorhandenen zivilprozessualen Instrumentarien sichergestellt werden kann. Art. 16 Abs. 3 VVO erkennt explizit die Notwendigkeit gerichtlicher Verfahren zur Durchsetzung der Rückforderungsentcheidung der Kommission an und kann als Verweisungsnorm auf die innerstaatlichen Vorschriften nicht als eigenständige Rechtsgrundlage für die Rückforderung im Verhältnis zum Beihilfeempfänger, geschweige denn als Befugnisnorm für den Erlass von Rückforderungsbescheiden qualifiziert werden. Es ist demnach weiterhin davon auszugehen, dass die Rückabwicklung von Beihilfen, die durch einen privatrechtlichen Vertrag gewährt wurden, auf der Grundlage des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs nach §§ 812 ff. BGB erfolgt und im Wege einer Leistungsklage oder Leistungsverfügung vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden muss.

Gleichwohl sollten die Ausführungen des EuGH als eindringliche Warnung verstanden werden, notfalls gar vor verfassungsrechtlichen Fundamentalprinzipien nicht hinzumachen, um eine effektive Rückforderung zu gewährleisten. Für den Fall, dass die zivilrechtlichen Vorschriften die tatsächliche Wiedererlangung der Beihilfe nicht

³⁵⁸ Zu einer vergleichbaren Argumentation im Rahmen des § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG in Fällen der Rücknahme europarechtswidriger Verwaltungsakte BVerwG, Urt. v. 17.2.1993, NJW 1993, 2764, 2765; Kamann/Selmayr, JuS 1998, 148, 149 ff.; Seidel, Beck'sches Examinatorium zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, S. 32.

³⁵⁹ Ebenso Weißberger, GewArch 2009, 465, 467.

³⁶⁰ Uwer/Wodarz, DÖV 2006, 989, 996, formulieren zugesetzt, im Falle einer „Verabschiedung des Gesetzesvorbehalts“ im Recht der Beihilferückforderung werde „das deutsche Verfassungsrecht der Verwahrlosung preisgegeben“.

sicherzustellen vermögen, hat er klargestellt, dass es unter Umständen erforderlich sein kann, „andere Maßnahmen zu ergreifen, wobei Gründe, die im Zusammenhang mit der nationalen Rechtsordnung stehen, solche Maßnahmen nicht ausschließen können“. An die mitgliedstaatlichen Behörden ist daher zu appellieren, keinesfalls unter Berufung auf die nationale Verfahrensautonomie „auf Zeit zu spielen“³⁶¹ sondern sich der prozessualen Elverfahren zu bedienen. Andernfalls liefern sie Gefahr, eine vom Gerichtshof bislang zwar nicht geforderte, jedenfalls für Extremfälle aber ange deutete Zurückdrängung auch grundlegender Verfassungsprinzipien gleichsam zu provozieren. Dann würde sich freilich erneut die Frage nach den Grenzen der Integrationsermächtigung und dem Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes stellen. Da, wie aufgezeigt, ausreichend zivilprozessuale Möglichkeiten bestehen, den unionsrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen, sollten die nationalen Behörden die Aufgabe des verfassungsrechtlichen Fundamentalprinzips des Gesetzesvorbehalt nicht ohne Not riskieren.

3. Beispiele aus der Kommissionspraxis

Gelangt die Kommission in Anwendung des private-vendor-tests zu dem Ergebnis, dass eine Grundstücksveräußerung oder Unternehmensprivatisierung zu Unrecht unterhalb des Marktwerts erfolgte und nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, so ordnet sie – wie stets im Falle formell und materiell rechtswidriger Beihilfen – die „Rückgängigmachung“ dieser Beihilfe an. Anders als in Fällen direkter Zahlungen an den Begünstigten wie etwa Zuschüssen oder Zulagen, in denen der Empfänger die erhaltene Leistung wieder herauszugeben hat, also die entsprechende Summe zurücküber weisen muss, bleiben die Vertragsparteien nach Ansicht der Kommission bei Kaufverträgen, die nur zum Teil Beihilfeelemente aufweisen, hinsichtlich der technischen Durchführung der Kommissionsentscheidung aber frei. Sie können das gesamte Rechtsgeschäft annullieren oder aber den Kaufvertrag durch eine entsprechende nachträgliche Kaufpreiserhöhung der Kommissionsentscheidung materiell anpassen.³⁶² Die „Rückforderung“ der Beihilfe kann somit bereits durch die Nachzahlung der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert erreicht werden.³⁶³ Eine Pflicht des mit der Nachzahlungsforderung konfrontierten Unternehmens, sich auf diese Vertragsänderung einzulassen, besteht aber nicht.³⁶⁴

³⁶¹ Nach *Karpenstein/Corzilius*, EuZW 2014, 827, 828, wären Bund und Länder ansonsten gezwungen, eindeutige gesetzliche Grundlagen für die einfache und schnelle Durchsetzung des EU-Beihilferechts in Deutschland zu schaffen.

³⁶² Vgl. zu den Optionen der „Rückforderung“ bei nicht genehmigten Grundstücksveräußerungen *Schütterle*, EuZW 1993, 625, 627; *Ress*, EuZW 1992, 161.

³⁶³ Vgl. auch *Gotzen*, KommJur 2005, 161, 163.

³⁶⁴ *Ress*, EuZW 1992, 161.

a) Grundstücksverkäufe

Die erste Entscheidung der Kommission im Zusammenhang mit verbilligten Grundstücksverkäufen durch die öffentliche Hand betraf den Kauf eines Grundstücks durch den Automobilhersteller *Toyota* in Derbyshire zur Errichtung einer Pkw-Fabrik mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von ca. 400 Mio. Pfund.³⁶⁵ Das Grundstück wurde zu einem etwa 4,2 Mio. Pfund zu niedrigen Preis und damit ca. 20 % unter dem Schätzwert des Areals verkauft. Die Kommission sah in diesem Differenzbetrag eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV und forderte die britische Regierung auf, *Toyota* zur Zahlung der 4,2 Mio. Pfund an die Gemeinde Derbyshire zu verpflichten.³⁶⁶ Anstatt den Kaufvertrag in Gänze für unwirksam zu erklären, war also nach Meinung der Kommission eine entsprechende Erhöhung des vereinbarten Kaufpreises ausreichend, um das Beihilfeelement zu egalisieren und einen wettbewerbskonformen Zustand wiederherzustellen.

„Präzedenzfälle“³⁶⁷ in Deutschland sind die Grundstückskäufe von *Daimler-Benz* und *Sony* am ehemaligen Potsdamer Platz in Berlin sowie der vergünstigte Erwerb eines Areals der Stadt Friedberg durch die *Fresenius AG*.

Sony und *Daimler-Benz* hatten Anfang der 1990er Jahre jeweils große Grundstücke vom Land Berlin am Potsdamer Platz zum Preis von knapp 93 Mio. DM bzw. gut 100 Mio. DM gekauft.³⁶⁸ Da der Verkehrswert der Grundstücke nicht feststand, beauftragte die Kommission den Gutachterausschuss für Grundstückswerte in Berlin mit der Erstellung eines Wertgutachtens. Dieser bewertete das von *Daimler-Benz* für ca. 93 Mio. DM erworbene Grundstück mit etwa 180 Mio. DM. Das von *Sony* gekaufte Gelände war laut Gutachten auf einen Wert taxiert, der 4,99 % über dem vereinbarten Kaufpreis lag. Da sich der von *Sony* gezahlte Preis somit noch innerhalb der 5%-Toleranzgrenze der Kommission bewegte, verneinte die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe und stellte das Verfahren ein.³⁶⁹ Im Fall von *Daimler-Benz* hingegen entschied die Kommission, dass das Land Berlin dem Unternehmen durch die Unterwertveräußerung eine Beihilfe gewährt hatte, die allerdings gem. Art. 87 Abs. 2 lit. c) EGV (nunmehr Art. 107 Abs. 2 lit. c) AEUV) zur Förderung der Wirtschaft bestimmter durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete in Höhe von 53 Mio. DM mit dem Binnenmarkt vereinbar sei. Die Kommission verpflichtete Deutschland daher letztlich, von *Daimler-Benz* in etwa 34 Mio. DM nachzu fordern und den ursprünglich vereinbarten Kaufpreis um diese Summe zu erhöhen.³⁷⁰

Die *Fresenius AG* erwarb im Jahr 1988 von der Stadt Friedberg ein über 170.000 qm umfassendes Areal zu einem Kaufpreis von ca. 3 Mio. DM, obwohl dieses laut einem anschließend beauftragten Gutachter einen Wert von 3,8 Mio. DM hatte. *Frese-*

³⁶⁵ Einzelheiten zu dem Sachverhalt und der Entscheidung der Kommission bei *Stapper*, DB 1999, 2399, 2400; *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 290.

³⁶⁶ Kommission, E. v. 31.7.1991, ABl. 1992 L 6/36 (*Toyota*).

³⁶⁷ Hierzu *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 289.

³⁶⁸ Ausführlich zum Sachverhalt und Verfahrensgang wiederum *Stapper*, DB 1999, 2399, 2400, sowie *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 289.

³⁶⁹ Kommission, Mitteilung v. 11.8.1993, ABl. 1993 C 216/5 (*Sony*).

³⁷⁰ Kommission, E. v. 14.4.1992, ABl. 1992 L 263/15 (*Daimler-Benz*).

nus erklärte sich daraufhin im Verfahren bereit, etwa 500.000 DM zusätzlich für das Grundstück zu bezahlen. Obwohl die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktwert auch nach dieser weiteren Zahlung noch ca. 10 % betrug, verneinte die Kommission eine Begünstigung, da sich im Zuge der Verhandlungen gezeigt habe, dass es keine weiteren interessierten Investoren für das Grundstück gegeben habe. Die Kommission sah daher davon ab, Deutschland zu verpflichten, von *Fresenius* eine nochmalige Nachzahlung zu verlangen.³⁷¹

b) Privatisierungen

Auch in ihrer Entscheidung betreffend die Privatisierung der Bank Burgenland hat die Kommission keine vollständige Rückabwicklung des gesamten Kaufvertrags verlangt, sondern einen Aufschlag auf den gezahlten Kaufpreis für ausreichend erachtet.³⁷²

Mit Entscheidung v. 7.5.2004³⁷³ hatte die Kommission eine Umstrukturierungsbeihilfe für die Bank Burgenland genehmigt. Ein wesentlicher Teil des Umstrukturierungsplans war die Privatisierung der Bank. Nach zwei erfolglosen Versuchen, die Bank zu verkaufen, unterbreiteten bei dem dritten Anlauf des Landes Burgenland zwei Bieter verbindliche Angebote. Den Zuschlag erhielt die österreichische Versicherungsgesellschaft *Grazer Wechselseitige Versicherung AG (GRAWE)*, obwohl der von ihr gebotene Kaufpreis in Höhe von 100,3 Mio. EUR deutlich unter dem Angebot des anderen Bieters lag. Ein österreichisch-ukrainisches Konsortium hatte 155 Mio. EUR geboten. Da Österreich die Nichtberücksichtigung des Meistbietenden nicht zu rechtfertigen vermochte,³⁷⁴ stufte die Kommission den Verkauf der Bank Burgenland an

³⁷¹ Kommission, Mitteilung v. 25.1.1994 gemäß Art. 93 Abs. 2 EG-Vertrag an die übrigen Mitgliedstaaten und andere Interessierte betreffend die Bedingungen eines Grundstücksgeschäfts zwischen der Stadt Friedberg/Hessen und der Fresenius AG, ABl. 1994 C 21/4; Schilderung des Sachverhalts auch bei *Stapper*, DB 1999, 2399, 2400 f.

³⁷² Kommission, E. v. 30.4.2008, ABl. 2008 L 239/32 (Bank Burgenland); ausführlich zu dieser Entscheidung *Barbist/Halder/Schachl*, in: Jahrbuch Beihilferecht 2012, S. 551, 556 f.; *Barbist/Halder*, BRZ 2010, 79 ff.; *Jaeger*, EuZW 2008, 686 ff.; vgl. auch nachfolgend EuG, Urt. v. 28.2.2012, T-268/08 und T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90 (Bank Burgenland); EuGH, Urt. v. 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 u. C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682 (Bank Burgenland); hierzu auch *Kerst*, GWR 2014, 82 ff.; *Egger*, BRZ 2013, 193, 201; *Lintschinger*, in: Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 403 ff.; aufschlussreich auch die abschließende Entscheidung des OGH, Urt. v. 25.3.2014, 4 Ob 209/13h, BRZ 2014, 121, Rn. 2: „Folge des Vorliegens einer unzulässigen Beihilfe ist vielmehr die – vom erstbeklagten Land zu erfüllende – Verpflichtung der Republik Österreich, die Beihilfe, deren Höhe sich im Wesentlichen aus der Differenz zwischen dem Angebot der Klägerinnen und jenem der Zweit- und Drittbeklagten ergibt, zurückzufordern. Es ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden, wie diese Rückforderung zu erfolgen hat und sie sich gegebenenfalls auf die Gültigkeit des Kaufvertrags auswirkt. Denn dies ist eine Frage, die ausschließlich zwischen den Parteien des Vertrags zu klären ist. Den Anforderungen des Unionsrechts ist jedenfalls schon dann Genüge getan, wenn die Erwerber dem Veräußerer eine Aufzahlung leisten, die – nach Maßgabe der Beihilfeentscheidung – der seinerzeit gewährten Beihilfe entspricht“; vgl. zu diesem Urteil des OGH auch *Egger*, BRZ 2014, 123; *Roth*, in: Jahrbuch Beihilferecht 2015, S. 491, 493 f.

³⁷³ Kommission, E. v. 7.5.2004, ABl. 2005 L 263/8 (Bank Burgenland).

³⁷⁴ Siehe zu dem Vorbringen Österreichs und der rechtlichen Bewertung durch das EuG und den EuGH bereits oben, S. 37.

die GRAWE als Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ein und verpflichtete Österreich dazu, von der GRAWE den Differenzbetrag zwischen dem Preisangebot des Konsortiums und dem Kaufpreis zu fordern.³⁷⁵ Diese Differenz entspreche jedoch nicht dem nominalen Differenzbetrag zwischen den beiden Angeboten in Höhe von 54,7 Mio. EUR. Da sich die vertraglichen Vereinbarungen mit der GRAWE einerseits und dem Konsortium andererseits voneinander unterschieden, müssten im Interesse einer uneingeschränkten Vergleichbarkeit der Angebote entsprechende Anpassungen vorgenommen werden. Der Differenzbetrag müsse daher von Österreich nach in der Kommissionsentscheidung dargelegten Parametern angepasst und anschließend inkl. Zinsen innerhalb von vier Monaten von der GRAWE zurückgefordert werden.

Betrachtet man die Kommissionspraxis zur Rückforderung von Beihilfen im Kontext von Grundstücks- und Unternehmensprivatisierungen, so kann konstatiert werden, dass Aktien- und Grundstückskaufverträge nach Auffassung der Kommission nur in dem Ausmaß unwirksam sind, in welchem der vereinbarte Kaufpreis eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe darstellt. Zur Neutralisierung der Wettbewerbsverfälschung soll insoweit eine Anpassung bzw. Erhöhung des Kaufpreises auf das marktkonforme Niveau genügen. Maßstab hierfür ist entweder der von einem unabhängigen Gutachter ermittelte Wert oder – ggf. nach Anpassung der Unterschiede der Angebote – das Gebot des Meistbietenden, vorbehaltlich einer (Teil-)Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV. Die Kaufverträge an sich können aufrechterhalten bleiben, eine vollständige Annullierung und Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts erscheint aus der Perspektive der Kommission nicht geboten.

II. Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen durch die Kommission

1. Endgültige Rückforderungsanordnung

Die Kommission ist nicht befugt, die endgültige Rückforderung einer Beihilfe allein wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV anzutreten. Gegenteiligen Bestrebungen der Kommission hat der Gerichtshof im Jahr 1990 in zwei grundlegenden Entscheidungen eine klare Absage erteilt.³⁷⁶

Zuvor hatte die Kommission die Auffassung vertreten, eine Nichtbeachtung der Stillhalteverpflichtung erübrige eine inhaltliche, materielle Prüfung der Beihilfe und berechtinge für sich genommen bereits dazu, die Rückforderung der Beihilfe anzutreten. Die Beihilfe sei schon allein aufgrund der Verletzung des Art. 93 Abs. 3 EGV (nunmehr Art. 108 Abs. 3 AEUV) rechtswidrig, sodass es auf eine etwaige Vereinbarkeit der Maßnahme mit Art. 92 EGV (nunmehr Art. 107 AEUV) nicht mehr ankom-

³⁷⁵ Kommission, E. v. 30.4.2008, ABl. 2008 L 239/32, Rn. 165 ff., 175 (Bank Burgenland).

³⁷⁶ EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 9 ff. (Boussac); Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 20 (Tubemeuse).

me.³⁷⁷ Die Kommission, die ihr Bestreben auch im 16. Wettbewerbsbericht deutlich zum Ausdruck gebracht hatte,³⁷⁸ wies angesichts der gestiegenen Anzahl von unter Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften gewährten Beihilfen auf die Notwendigkeit hin, dieser Praxis der Mitgliedstaaten durch eine abschreckende Sanktion Einhalt zu gebieten und machte darauf aufmerksam, dass eine Kompetenz, Beihilfen auch ohne eine ggf. langwierige Vereinbarkeitsprüfung nur auf der Grundlage formeller Rechtswidrigkeit zurückzufordern, äußerst zeitsparend sei und die Effizienz des Prüfungsverfahrens steigere.³⁷⁹

Der EuGH ist dieser Argumentation indes nicht gefolgt und hat sich stattdessen für eine differenzierte Lösung entschieden. Einerseits hat er klar gestellt, dass ein Formalverstoß alleine nicht genüge, eine ansonsten unbedenkliche Beihilfe für unzulässig zu erklären und ihre Rückforderung anzuordnen. Eine Verletzung des Durchführungsverbots befreie die Kommission nicht von ihrer Verpflichtung, eine Beihilfe umfassend auf ihre Binnenmarktkonformität hin zu überprüfen. Komme sie dabei zu dem Ergebnis, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar sei, habe sie diese unabhängig davon zu genehmigen, ob die Maßnahme bereits durchgeführt worden sei. Andererseits ist der Gerichtshof der Kommission insoweit entgegengekommen, als die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Feststellung der Vereinbarkeit der Beihilfe im Falle eines Verstoßes gegen die Stillhalteverpflichtung unter Umständen niedriger sein können. Erfahre die Kommission von einer rechtswidrigen Beihilfe, so könne sie dem betreffenden Mitgliedstaat aufgeben, ihr alle für die Vereinbarkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen zu übermitteln. Komme der Mitgliedstaat dieser Aufforderung aber nicht nach, sei sie befugt, das Verfahren abzuschließen und eine Entscheidung auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen zu erlassen. Eine darüber hinausgehende Prüfung sei nicht erforderlich. Die Kommission braucht in diesem Falle also nicht länger zuzuwarten, sondern darf eine Rückforderungsanordnung auch dann treffen, wenn ihre Einschätzung, die Beihilfe sei unvereinbar mit dem Binnenmarkt, auf einer unvollständigen Informationslage basiert.³⁸⁰ Solange die in jedem Fall erforderliche Sachprüfung der Kommission aber noch andauert, darf ein Rückforderungsbeschluss nicht getroffen werden.³⁸¹

³⁷⁷ Vgl. die Zusammenfassungen der Rechtsansicht der Kommission in EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 9 (Boussac); Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 13 (Tubemeuse).

³⁷⁸ 16. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1986), S. 129, Rn. 203: „Die Kommission setzte ihre Politik fort, die Rückzahlung der von den Mitgliedstaaten rechtswidrig vergebenen und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar anzusehenden Beihilfen systematisch zu verlangen, und bekämpfte ihre Absicht, den gleichen Grundsatz nach und nach auch bei Beihilfen anzuwenden, die allein verfahrensrechtlich als unrechtmäßig anzusehen sind [...]“.

³⁷⁹ Vgl. ausführlich zum Standpunkt der Kommission *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 79 f.

³⁸⁰ EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 22 (Boussac); vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3577, Rn. 43 (SFEI); zustimmend *Magiera*, in: FS Börner, S. 213, 221; vgl. auch *Stolba*, Europäisierung staatlicher Beihilfen, S. 241 f.

³⁸¹ *Bleckmann*, JZ 1992, 46 ff., nimmt an, es könne sich bei dieser Aussage des EuGH um ein Redaktionsverssehen handeln; dieser Annahme zu Recht widersprechend *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 85 m. Fn. 110.

2. Vorläufige Rückforderung nur formell rechtswidriger Beihilfen

Mit Erlass der Verfahrensverordnung im Jahr 1999 wurde diese bis heute fest etablierte Judikatur des Gerichtshofs ein Stück weit relativiert. Art. 13 Abs. 2 VVO räumt der Kommission die Kompetenz ein, unter gewissen Voraussetzungen eine rechtswidrige Beihilfe auch schon vor einer abschließenden Entscheidung über ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt einstweilig zurückzufordern.³⁸² Hat die Kommission dem betreffenden Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung gegeben, so kann sie bereits während der Dauer des eigentlichen Prüfverfahrens einen entsprechenden Beschluss erlassen. Art. 13 Abs. 2 VVO verleiht der Kommission somit die Möglichkeit, nicht nur umgehend eine allein auf die Zukunft gerichtete Aussetzungsanordnung zu erlassen, sondern den Verstoß in dem Zeitraum ihrer Vereinbarkeitsprüfung unmittelbar rückgängig zu machen. Aufgrund deutlichen Widerspruchs vieler Mitgliedstaaten in den Ratsberatungen, die sich gegen eine dermaßen weitreichende und über die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs hinausgehende Befugnis der Kommission zur Ahdung auch bloß formeller Verstöße aussprachen, wurden allerdings strenge Voraussetzungen für ein solches Vorgehen der Kommission in den Normtext aufgenommen.³⁸³ Nach Art. 13 Abs. 2 lit. a) - c) VVO ist eine solche einstweilige Rückforderung nur zulässig, wenn drei Kriterien kumulativ erfüllt sind:

Es darf nach geltender Praxis hinsichtlich des Beihilfencharakters der betreffenden Maßnahme keinerlei Zweifel bestehen. Obwohl die Kommission die Rückforderungsanordnung nach Art. 13 Abs. 2 VVO in allen Verfahrensstadien erlassen kann,³⁸⁴ also auch bereits vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens, für welche bereits Bedenken an der Beihilfeneigenschaft ausreichen können, kommt die scharfe Rechtsfolge der Rückforderung nur in Betracht, wenn die Kommission den Beihilfencharakter eindeutig festgestellt und die weitere Prüfung nur die etwaige Vereinbarkeit der Maßnahme zum Gegenstand hat. Die Feststellung der Kommission, dass die Maßnahme eine Beihilfe darstellt, muss des Weiteren auch von der ständigen Rechtsprechungspraxis gedeckt sein.³⁸⁵ Schließlich wird verlangt, dass ein Tätigwerden der Kommission dringend geboten sowie ein erheblicher und nicht wiedergutzu-

³⁸² An der primärrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Rückforderungsbefugnis zweifelnd etwa *Kruse*, NVwZ 1999, 1049, 1054; *Seidl*, Die Auswirkungen des Europäischen Beihilfenrechts auf privat-rechtliche Subventionsverträge, S. 71, spricht von einem „Systembruch“; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rn. 902, stufen die interimistische Rückforderung durch die Kommission als „dogmatisch überaus problematisch“ ein; a.A. *Sinnaeve*, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 34, Rn. 8; *dies.*, EuZW 1998, 268, 270; *Rosenfeld*, Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht, S. 162 ff.; *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 427.

³⁸³ Vgl. hierzu *Kruse*, NVwZ 1999, 1049, 1054; ferner *Rusche*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Beihilfenrecht, Art. 13 VVO, Rn. 3, der darauf hinweist, dass die strengen Anforderungen vom Parlament hinzugefügt wurden.

³⁸⁴ *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 429.

³⁸⁵ Eine bloße ständige Kommissionspraxis reicht insoweit also nicht aus, vgl. *Ehrcke*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG, Verordnung Nr. 659/1999, Art. 11, Rn. 124; *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 430; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 3.

machender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist. Ob ein Tätigwerden dringend geboten ist, kann nur im Einzelfall anhand einer Abwägung ermittelt werden, bei der das Rückforderungsinteresse in Verhältnis zum Interesse des Mitgliedstaates und des Begünstigten gesetzt werden muss. Besondere Beachtung dürfte hierbei dem Ausmaß der Wettbewerbsverfälschung zukommen.³⁸⁶ Nicht wiedergutzumachen ist ein Schaden nur dann, wenn er weder durch Naturalrestitution noch durch Schadensersatz finanziell vollständig kompensiert werden kann.³⁸⁷ Da Schäden benachteiligter Wettbewerber in aller Regel rein finanzieller Natur und dementsprechend durch eine Schadensersatzzahlung auszugleichen sein werden, sind kaum Fälle denkbar, in denen diese Voraussetzung jemals praktisch erfüllt sein könnte.³⁸⁸

Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht überraschend, dass die Kommission von ihrer Befugnis zur einstweiligen Rückforderung nach Art. 13 Abs. 2 VVO bislang noch in keinem einzigen Fall Gebrauch gemacht hat. Ein Verzicht auf die Anordnung einer interimistischen Rückforderung hindert die Kommission freilich nicht, am Ende des kontradiktatorischen Verfahrens nach eingehender Untersuchung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt die Rückforderung der Beihilfe und die unverzügliche Wiederherstellung des statuts quo ante zu verlangen.³⁸⁹ Liegen die – überaus hohen – Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 VVO nicht vor, ist demnach eine endgültige Rückforderung der Beihilfe nach festgestellter Binnenmarktunverträglichkeit gleichwohl erforderlich, um die Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen. Angesichts des der Kommission nach Art. 13 Abs. 2 VVO eingeräumten Ermessens, der ihr vom Gerichtshof zugewiesenen Kernkompetenz, Maßnahmen auf deren materielle Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hin zu überprüfen, sowie der unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 VVO und des Art. 16 VVO verbietet sich ein Erst-recht-Schluss dergestalt, dass wenn schon eine vorläufige Rückforderung nicht erforderlich sei, dies umso mehr für eine endgültige Rückforderung zu gelten habe.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Mitgliedstaaten grds. jede beabsichtigte Einführung einer neuen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV bei der Kommission anzumelden haben. Von der Notifizierungspflicht freigestellt sind nur solche

³⁸⁶ *Ehricke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Verordnung Nr. 659/1999, Art. 11, Rn. 125; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 3; nach v. *Wallenberg/Schütte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 108 AEUV, Rn. 100, ist ein Tätigwerden bereits dann dringend geboten, wenn die Gefahr besteht, dass auch andere Mitgliedstaaten in ähnlicher Weise gegen die Stillhalteverpflichtung verstößen.

³⁸⁷ *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 430.

³⁸⁸ *Ehricke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Verordnung Nr. 659/1999, Art. 11, Rn. 126 f. m.w.Nachw.

³⁸⁹ Klargestellt durch Beschluss des Präsidenten des Gerichts v. 3.12.2002, T-181/02 R, Rn. 116 (Neue Erba Lautex).

Beihilfen, die in den Anwendungsbereich einer der Freistellungsverordnungen fallen. Hervorzuheben ist insoweit insbesondere die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, die etwa dreiviertel aller Beihilfen erfasst. Die Beihilfemaßnahme darf erst dann durchgeführt werden, wenn die Kommission sie genehmigt hat. Wird eine Beihilfe gleichwohl unter Verstoß gegen das sog. Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährt, ist sie jedenfalls formell rechtswidrig. Ist die Beihilfe zudem materiell rechtswidrig, also mit dem Binnenmarkt unvereinbar, hat die Kommission die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen.

Diese erfolgt nach dem nationalen Verfahrensrecht des jeweiligen Mitgliedstaates, das aber dem Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip genügen muss. Innerstaatliche Normen, die der Umsetzung der Rückforderungsanordnung entgegenstehen, haben unangewendet zu bleiben. Unionsrechtliche Modifikationen erfahren in Deutschland insofern insbesondere §§ 48, 49a VwVfG sowie §§ 814 S. 1, 817 S. 2, 818 Abs. 3 BGB. Da die Rückforderung einer unvereinbaren Beihilfe die „logische Folge“ ihrer Rechtswidrigkeit ist, kann sie auch dann, wenn sie etwa zur Insolvenz eines Unternehmens führt, nicht als unverhältnismäßig angesehen werden. Der Begünstigte kann sich im Falle einer Verletzung der Stillhalteverpflichtung grds. auch nicht auf Vertrauenschutz berufen. Eine Rückforderungsanordnung der Kommission rechtfertigt sogar die Durchbrechung des unions- und verfassungsrechtlichen Fundamentalprinzips der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen. Das Beihilfenrecht nimmt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs diesbezüglich eine Sonderstellung ein. Die in anderen Bereichen ansonsten präferierte Lösung über die Anerkennung eines Staatshaftungsanspruchs wegen judikativen Unrechts wird im Kontext des Beihilfenrechts als nicht ausreichend zur Herstellung wettbewerbskonformer Zustände erachtet. Es spielt dabei auch keine Rolle, ob das innerstaatliche Recht einen entsprechenden Restitutionsgrund vorsieht. Die Rückforderung einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe setzt sich somit praktisch gegenüber allen Hindernissen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch.

Beihilfen, die auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags gewährt werden, können ausschließlich im Wege der Leistungsklage oder -verfügung vor den Zivilgerichten zurückfordert werden. Richtige Anspruchsgrundlage ist die *condictio indebiti* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Die für eine einseitig hoheitliche Rückforderung erforderliche sog. Verwaltungsaktbefugnis ist in diesen Konstellationen nicht gegeben, sodass eine Rückforderung privatrechtlich gewährter Beihilfen durch Verwaltungsakt gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verstößt. Der Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes ist darüber hinaus auch nicht erforderlich, um die von Art. 16 Abs. 3 VVO geforderte tatsächliche und unverzügliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung zu ermöglichen, da die zur Verfügung stehenden zivilprozessualen Eilverfahren ebenfalls eine zügige Rückgewähr der Beihilfe sicherzustellen vermögen. Sollte der EuGH gleichwohl eine Rückforderung qua Verwaltungsakt auch bei vertraglich gewährten Beihilfen verlangen, dürfte dieser Anordnung innerstaatlich nicht Folge geleistet werden, da die von Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG gezogene Grenze der Integrationsermächtigung

gung überschritten wäre. Der Vorbehalt des Gesetzes als eines der Fundamente des Rechtsstaates kann auch durch unionsrechtliche Vorgaben nicht dispensiert werden.

Eine besondere Konstellation stellen ausschließlich formell rechtswidrige Beihilfen dar. Hierunter sind solche Beihilfen zu verstehen, die unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt wurden, jedoch zumindest ggf. mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Die Kommission hat grds. keine Befugnis, Beihilfen allein aufgrund des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zurückzufordern, sondern ist verpflichtet, stets auch die Binnenmarktkonformität der Beihilfe zu prüfen. Erst infolge einer abschließenden Negativentscheidung darf die Rückforderung angeordnet werden. Einzige Ausnahme ist insoweit Art. 13 Abs. 2 VVO. Unter den dort normierten, überaus strikten Voraussetzungen³⁹⁰ kann die Kommission eine einstweilige Rückforderung bereits während der Dauer des Prüfverfahrens anordnen.

³⁹⁰ Erforderlich für eine solche interimistische Rückforderung ist, dass an dem Beihilfencharakter der betreffenden Maßnahme nach geltender Praxis keinerlei Zweifel bestehen, ein Tätigwerden dringend geboten ist und ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist; s. dazu bereits oben, S. 90 f.

F. Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte innerhalb der Beihilfenkontrolle

I. Grundkonzeption der Aufgabenverteilung

Eine ganz zentrale Rolle bei der effektiven Durchsetzung des europäischen Beihilfrechts nehmen neben der Kommission auch die mitgliedstaatlichen Gerichte ein. Der Gerichtshof judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass der Kommission und den nationalen Gerichten im Rahmen der Durchführung des beihilfenrechtlichen Kontrollregimes einander ergänzende, aber unterschiedliche Aufgaben zufallen.³⁹¹ Im Bereich der Beihilfenkontrolle besteht demnach eine feste Aufgabenverteilung. Während die Kommission die ausschließliche Kompetenz besitzt, staatliche Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu prüfen, haben die mitgliedstaatlichen Gerichte die Wirksamkeit des Durchführungsverbots sicherzustellen und schützen bis zu einer endgültigen Entscheidung der Kommission die Rechte des Einzelnen gegen eine mögliche Verletzung des in Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV enthaltenen Verbots durch die staatlichen Stellen.³⁹²

Der EuGH befindet daher seit seinem Urteil in der Rs. FNCE im Jahr 1991 in ständiger Spruchpraxis, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot „die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen“ beeinträchtigt und die nationalen Gerichte daraus zu Gunsten der Einzelnen sämtliche Konsequenzen sowohl hinsichtlich der Gültigkeit der Durchführungsakte als auch im Hinblick auf die Beitreibung der unter Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährten finanziellen Unterstützung oder eventueller vorläufiger Maßnahmen zu ziehen haben.³⁹³

³⁹¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3577, Rn. 41 (SFEI); Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 74 (van Calster); Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 37 (Transalpine Ölleitung); Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 38 (CELF I); Urt. v. 21.11.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, Rn. 27 (Deutsche Lufthansa); Urt. v. 4.4.2014, C-27/13, ECLI:EU:C:2014:240, Rn. 24 (Flughafen Lübeck); Urt. v. 11.11.2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, Rn. 20 (Klausner Holz).

³⁹² So bereits EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 14 (FNCE); vgl. auch Urt. v. 17.6.1999, C-295/97, Slg. 1999, I-3735, Rn. 31 (Piaggio); Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 75 (van Calster); Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 38 (Transalpine Ölleitung); Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 38 (CELF I); Urt. v. 21.11.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, Rn. 28 (Deutsche Lufthansa); Urt. v. 11.11.2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, Rn. 21 (Klausner Holz).

³⁹³ EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 12 (FNCE); Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3577, Rn. 40 (SFEI); Urt. v. 8.11.2001, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 27 (Adria-Wien-Pipeline); Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 64 (van Calster); Urt. v. 21.7.2005, C-71/04, Slg. 2005, I-7419, Rn. 50 (Xunta de Galicia); Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 47 (Transalpine Ölleitung); Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469,

Diese Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte als „Wächter des Durchführungsverbots“³⁹⁴ geht zurück auf die in dem für den Anwendungsvorrang und die unmittelbare Geltung des Europarechts grundlegenden Urteil in der Rs. *Costa/ENEL* anerkannte Direktwirkung des Art. 93 Abs. 3 S. 3 EWGV (nunmehr Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV). Der Gerichtshof entschied, dass das Durchführungsverbot – anders als die Notifizierungspflicht, die sich ausschließlich auf das Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten beschränke – auch Rechte Einzelner begründe.³⁹⁵ Spätestens seit dem Urteil in der Rs. *Lorenz* aus dem Jahr 1973³⁹⁶ liest sich das Durchführungsverbot als eindeutiger Rechtsschutzauflage an die nationalen Gerichte.³⁹⁷ Diese müssen die Rechte Einzelner wahren und sind gehalten, „das Verbot anzuwenden, ohne daß ihm wie auch immer geartete Vorschriften des nationalen Rechts entgegengehalten werden können“.³⁹⁸ Die „rechtstechnischen Voraussetzungen“ hierfür richteten sich nach dem innerstaatlichen Recht des betreffenden Mitgliedstaates.³⁹⁹

Der Gerichtshof hat somit die Ahndung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot zum Schutze von Wettbewerbern des rechtswidrig begünstigten Unternehmens den nationalen Gerichten überantwortet und Konkurrenten die Möglichkeit eröffnet, unabhängig von der Binnenmarktkonformität der gewährten Beihilfe vor den mitgliedstaatlichen Gerichten die Rückforderung der Beihilfe zu erreichen. Da die Rechtsdurchsetzung im Beihilfenrecht also zweigleisig erfolgt, steht den Wettbewerbern ein doppelter Rechtsweg zur Verfügung: sie können sich zum einen an die Kommission wenden, welche die Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hin prüft und im Falle einer Negativentscheidung die Rückforderung anordnet. Zum anderen können sie vor den nationalen Gerichten die Verletzung des Durchführungsverbots rügen. Die mit einer solchen Klage befassten mitgliedstaatlichen Gerichte haben lediglich zu prüfen, ob die Maßnahme als Beihilfe zu klassifizieren ist⁴⁰⁰ und ob die Stillhalteverpflichtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verletzt wurde. Auf eine etwaige Vereinbarkeit der Beihilfe brauchen sie keine Rücksicht zu nehmen. Eine materielle Sachprüfung durch das nationale Gericht ist angesichts des insoweit bestehenden Monopols der Kommission sogar unzulässig.⁴⁰¹

Rn. 41 (CELF I); Urt. v. 21.11.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, Rn. 30 (Deutsche Lufthansa); Urt. v. 11.11.2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, Rn. 24 (Klausner Holz).

394 *Fronczak*, EuR 2014, 576, 578.

395 EuGH, Urt. v. 15.7.1964, C-6/64, Slg. 1964, 1253, 1273 (*Costa/ENEL*).

396 EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471 (*Lorenz*).

397 So auch die Einschätzung von *Fronczak*, EuR 2014, 576.

398 EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 9 (*Lorenz*).

399 Ebda.

400 Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 22.3.1977, C-78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 14 (Steinike & Weinlig); Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 14 (FNCE); Urt. v. 30.11.1993, C-189/91, Slg. 1993, I-6185, Rn. 14 (Kirsammer-Hack); Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 49 (SFEI); Urt. v. 15.7.2004, C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Rn. 31 (Pearle); Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 39 (Transalpine Ölleitung); Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 36 (CELF II).

401 Sie sind somit nicht befugt, eine Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV für vereinbar zu erklären, vgl. nur EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5523, Rn. 14 (FNCE); Urt. v. 16.12.1992, C-17/91, Slg. 1992, I-6523, Rn. 30 (Lornoy); ausdrücklich auch die Bekanntmachung der Kommissi-

II. Konkretisierung des Rechtsschutzauftrags an die nationalen Gerichte

Diese Grundkonzeption einer beihilfenaufsichtsrechtlichen Kompetenzteilung hat der Gerichtshof in einer Reihe weiterer Judikate konkretisiert und den Pflichten und Befugnissen der nationalen Gerichte immer klarere Konturen verliehen.⁴⁰²

1. Rückforderung rechtswidriger Beihilfen trotz Genehmigung

So hat er – unter teils deutlicher Kritik aus dem Schrifttum⁴⁰³ – klargestellt, dass einer Genehmigung durch die Kommission nur eine ex-nunc-Wirkung zukomme und sie demnach einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht heilen könne. Auch wenn die Kommission die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festgestellt habe, ändere dies nichts an der formellen Rechtswidrigkeit der Beihilfe.⁴⁰⁴ Wettbewerber werden dadurch in die Lage versetzt, auch weit über den Zeitpunkt einer Positiventscheidung der Kommission hinaus vor einem nationalen Gericht die Rückforderung dieser (materiell rechtmäßigen) Beihilfe wegen des Verstoßes gegen die Stand-still-Pflicht zu erreichen. Ob der Begünstigte einer Rückforderung der mit dem Binnenmarkt vereinbaren, jedoch vor Genehmigung eingeführten Beihilfe ausgesetzt ist, hängt somit mangels Reaktionsmöglichkeit der Kommission davon ab, ob ein Konkurrent vor den nationalen Gerichten unter Berufung auf die Verletzung des Durchführungsverbots klagt.

An der Entscheidung des EuGH, die Genehmigung seitens der Kommission führe nur zu der bloßen Beendigung, nicht aber zur Beseitigung des Durchführungsverbots, das „gleichsam ad infinitum“⁴⁰⁵ aufrechterhalten bleibt, wird primär kritisiert, dass die Rechtswirkung einer Kommissionsentscheidung bei formell rechtswidrigen Beihilfen grundsätzlich in Frage gestellt würde. Es sei widersprüchlich, wenn die Kommission einerseits auch bei Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zur Prüfung der materiellen Vereinbarkeit der Beihilfe verpflichtet sei, der anschließenden Entscheidung der Kommission dann aber keinerlei Bedeutung zukomme, da eine Rückforderung durch die nationalen Gerichte gleichwohl möglich sei. Das Prüfungsmonopol würde „ad absurdum“ geführt, wenn die Kommissionsentscheidung nur eine Art „Modellfunktion“ dergestalt einnähme, dass sie für zukünftige Beihilfenvorhaben der Mitgliedstaaten Aufschluss über die Vereinbarkeit der Maßnahme gäbe.⁴⁰⁶ Bestünde auch nach Ablauf der Klagefrist gegen eine Kommissions-

on v. 9.4.2009 über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 20.

⁴⁰² Vgl. zur Entwicklung dieser Rechtsprechung *Bartosch*, EuZW 2005, 396 ff.; *ders.*, RIW 2011, 577 ff.

⁴⁰³ Vgl. insbesondere *Quardt*, EuZW 2007, 204 ff.

⁴⁰⁴ EuGH, Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 63 (van Calster) unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 16 (FNCE); vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 41 (Transalpine Ölleitung).

⁴⁰⁵ Vgl. *Jaeger*, EuZW 2004, 78, 79.

⁴⁰⁶ *Quardt*, EuZW 2007, 204, 206.

entscheidung noch das Risiko einer Rückforderung, wäre schließlich auch keine Rechtssicherheit mehr gewährleistet.⁴⁰⁷

Der Gerichtshof hingegen weist zu Recht auf die Notwendigkeit einer Rückforderung trotz zwischenzeitlicher Genehmigung hin und begründet dies maßgeblich damit, dass andernfalls die Interessen benachteiligter Wettbewerber nicht ausreichend gewahrt würden und Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV seine praktische Wirksamkeit verlöre. Zudem bestünde ansonsten kein ausreichender Anreiz, das vorgesehene Verfahren einzuhalten.⁴⁰⁸ Der Urteilsspruch ist insofern von erheblicher Tragweite, als er die Eigenständigkeit des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten unterstreicht und deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Klagemöglichkeiten im Falle rechtswidriger Beihilfen gänzlich unabhängig von einer ggf. parallelen Untersuchung der Kommission sind. Dass im Falle einer Verletzung des Durchführungsverbots trotz eines Positivbeschlusses der Kommission ein – je nach den innerstaatlichen Verjährungsfristen mitunter sogar jahrelanger – Schwebezustand hinzunehmen ist, in dem eine Rückforderung droht, und Aspekte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes vom Begünstigten nicht in Ansatz gebracht werden können, erscheint in Anbetracht der bisherigen Judikatur des Gerichtshofs zum Stellenwert des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV innerhalb des beihilfenrechtlichen Kontrollregimes konsequent. Es wäre auch nicht sachgerecht, die Erfolgsaussichten einer Konkurrentenklage davon abhängig zu machen, ob die Kommission zum Zeitpunkt der Urteilsfindung des mitgliedstaatlichen Gerichts bereits ihre Prüfung abgeschlossen und eine etwaige Positiventscheidung getroffen hat, oder aber ihre Untersuchung noch andauert. Da der Wettbewerber mit seiner Klage allein die Verletzung der Stillhalteverpflichtung geltend macht und sich die nationalen Gerichte in ihrer Entscheidung ausschließlich mit diesem Aspekt auseinandersetzen dürfen, die etwaige Vereinbarkeit der Beihilfe also gerade nicht Gegenstand des Verfahrens ist, erscheint es folgerichtig, dem Kläger den Anspruch auf Anordnung von Schutzmaßnahmen nicht wegen einer Positiventscheidung der Kommission zu versagen. Indem der EuGH der Genehmigung eine ex-tunc-Wirkung abspricht, stärkt er die Beteiligungsrechte benachteiligter Konkurrenten bei der Kontrolle über die Sicherstellung des Durchführungsverbots und eröffnet ihnen einen Anspruch auf umfassenden Rechtsschutz. Zugleich setzt er damit einen wichtigen Anreiz für die Mitgliedstaaten und die Beihilfeempfänger, die Stillhalteverpflichtung ernst zu nehmen und die verfahrensrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

⁴⁰⁷ Quardt, EuZW 2007, 204, 206.

⁴⁰⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 63 f. (van Calster); sehr deutlich EuGH, Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 42 (Transalpine Ölleitung): „Wenn [...] die Nichteinhaltung von Art. 88 Abs. 3 EG keine größeren Unannehmlichkeiten oder Strafen nach sich zöge, als wenn diese Bestimmung eingehalten worden wäre, wäre für Mitgliedstaaten der Anreiz, die Beihilfe zu notifizieren und eine Vereinbarkeitsentscheidung abzuwarten – und damit der Wirkungsgrad der Kontrolle durch die Kommission –, erheblich gemindert“; ebenso zuvor GA Jacobs, Schlussanträge v. 29.11.2005, C-368/04, Slg. 2006, I-9961, 9970, Rn. 50 (Transalpine Ölleitung).

2. Keine vollständige Rückforderung bei zwischenzeitlicher Genehmigung

Eine weitere und grundsätzliche Weichenstellung für das Verhältnis von Kommission und mitgliedstaatlichen Gerichten hat der Gerichtshof im Jahr 2008 in seinem Urteil im Fall *CELF I* getroffen, das nicht zu Unrecht und ohne Übertreibung als „Meilenstein in der Judikatur zur europäischen Beihilfenkontrolle und [...] insbesondere zu Fragen der Durchsetzung des beihilferechtlichen Verbots vor den nationalen Gerichten“⁴⁰⁹ bezeichnet werden kann.

Der EuGH bestätigt in dieser Entscheidung zwar den Ausschluss der Rückwirkung einer Genehmigung durch die Kommission,⁴¹⁰ misst einer solchen Positiventscheidung jedoch gleichwohl entscheidende Bedeutung für die Rechtsfolgen eines Verfahrens vor den nationalen Gerichten bei. Der Gerichtshof stellt erstmals klar, dass das Unionsrecht von dem nationalen Richter nicht verlange, eine unter Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung gewährte Beihilfe auch dann noch zurückzufordern, wenn diese zwischenzeitlich bereits von der Kommission genehmigt worden sei.⁴¹¹ Der nicht gerechtfertigte Vorteil des Begünstigten bestehe im Falle einer rechtswidrigen, aber mit dem Binnenmarkt vereinbaren Beihilfe (nur) in der Nichtzahlung von Zinsen, die er hätte zahlen müssen, wenn er sich den Betrag der Beihilfe bis zum Erlass der Kommissionsentscheidung auf dem Markt geliehen hätte, sowie in der Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber anderen Marktteilnehmern in der Dauer der Rechtswidrigkeit. Zur Kompensation ausreichend sei daher, dass der Empfänger für den Zeitraum zwischen der Gewährung der Beihilfe und der Genehmigung den marktüblichen Zinssatz entrichte. Hierzu müsse er aber in jedem Falle verpflichtet werden.⁴¹² Der EuGH begründet den Verzicht auf eine unionsrechtliche Forderung nach einer vollständigen Rückforderung der Beihilfe mit der Ratio des Durchführungsverbots. Diesem liege (einzig) der Sicherungszweck zugrunde, „zu gewährleisten, dass eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe niemals durchgeführt wird“⁴¹³ Auffällig ist insoweit, dass der in der Vorjudikatur⁴¹⁴ und auch von GA *Mazák* in seinen Schlussanträgen⁴¹⁵ explizit angeführte, darüber hinausgehende Zweck, durch eine weite Auslegung der Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Stillhalteverpflichtung letztlich auch die Wirksamkeit des Anmeldeverfahrens sicherzustel-

⁴⁰⁹ *Bartosch*, EuZW 2008, 235, 240; kritisch zur Bedeutung des Urteils hingegen *Heidenhain*, EuZW 2008, 324.

⁴¹⁰ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 40 (*CELF I*).

⁴¹¹ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 46, 55 (*CELF I*).

⁴¹² EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 51 f., 55 (*CELF I*).

⁴¹³ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 47 (*CELF I*).

⁴¹⁴ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 16 (FNCE); Urt. v. 8.11.2001, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 23 (Adria-Wien-Pipeline); Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 63 (van Calster); Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 41 f. (Transalpine Ölleitung).

⁴¹⁵ Nach GA *Mazák*, Schlussanträge v. 24.5.2007, C-199/06, Slg. 2008, I-472, 479, Rn. 31 f. (*CELF I*), bedürfen Verstöße gegen das Durchführungsverbot einer „abschreckenden Sanktion“, um den „Anreiz für die Mitgliedstaaten zur Einhaltung von Art. 88 Abs. 3 EG“ nicht zu mindern.

len, in diesem Urteil nicht mehr erwähnt, sondern ausschließlich auf das Ziel der Verhinderung binnenumarktwidriger Beihilfen abgestellt wird.⁴¹⁶

Der Gerichtshof macht allerdings auch darauf aufmerksam, dass es den mitgliedstaatlichen Gerichten weiterhin freistehe, aus Erwägungen des nationalen Rechts die Rückforderung der gesamten Beihilfe anzuordnen.⁴¹⁷ Diese sei nach festgestellter Vereinbarkeit der Beihilfe unionsrechtlich zwar nicht geboten, aber zulässig. Der Gerichtshof selbst fordert somit nur eine „Mindestsanktion“ in Form der Zahlung von Rechtswidrigkeitszinsen und überlässt die Frage nach der Erforderlichkeit weitergehender Rechtsfolgen den nationalen Rechtsordnungen und mitgliedstaatlichen Gerichten.⁴¹⁸ Sofern also eine vollständige Rückforderung der Beihilfe aus Gründen, die im innerstaatlichen Recht liegen, geboten ist oder zumindest vorteilhaft erscheint, ist ein nationales Gericht durch das Urteil in der Rs. CELF I nicht gehindert, die Wiedererziehung des gesamten ausgezahlten Betrages anzuordnen. Der Umfang der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen ist im Falle einer zwischenzeitlich ergangenen Positiventscheidung der Kommission demnach nur zum Teil unionsrechtlich determiniert und richtet sich im Übrigen nach den Vorgaben des jeweils anwendbaren nationalen Rechts.

Den nach diesem Urteil auf den ersten Blick naheliegenden Weg für ein mit einer Wettbewerberklage befasstes nationales Gericht, zunächst die Entscheidung der Kommission abzuwarten, um diese sodann im Hinblick auf die im Urteil anzuordnenden Rechtsfolgen berücksichtigen zu können, hat der Gerichtshof den mitgliedstaatlichen Gerichten versperrt. Es ist einem nationalen Gericht untersagt, sein Verfahren um die Anordnung der Rückzahlung einer rechtswidrigen Beihilfe bis zu einer abschließenden Kommissionsentscheidung auszusetzen. Eine solche Aussetzung hätte nämlich faktisch dasselbe Ergebnis wie eine Zurückweisung des Antrags auf Schutzmaßnahmen, da sie zur Folge hätte, dass vor der Entscheidung der Kommission überhaupt keine Entscheidung über die Begründetheit des Antrags erginge und so dem Begünstigten der rechtswidrige Vorteil erhalten bliebe.⁴¹⁹ Sei die Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe nicht zweifelhaft,⁴²⁰ müsse das nationale Gericht unverzüglich über den Antrag entscheiden und habe, sofern die Vereinbarkeit der Beihilfe noch nicht festgestellt sei, entsprechende Schutzmaßnahmen zugunsten des Klägers zu erlassen. Dies gelte auch dann, wenn – wie im entschiedenen Fall – die Kommission bereits eine Positiventscheidung erlassen habe, diese indes von den Unionsgerichten für nichtig erklärt worden sei. Die Zielsetzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verbiete, bis zum Erlass einer neuen Entscheidung durch die Kommission den positiven Inhalt

⁴¹⁶ Vgl. hierzu bereits ausführlich Jaeger, in: Hummer, S. 417, 453 f., für den das Urteil daher „von ganz grundsätzlicher Bedeutung für die Dogmatik des Durchführungsverbots“ ist.

⁴¹⁷ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 53 (CELF I).

⁴¹⁸ Kritisch hierzu Jaeger, in: Hummer, S. 417, 453, der sich für eine unionsweit einheitliche Festlegung der Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Durchführungsverbot ausspricht.

⁴¹⁹ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 31 (CELF II).

⁴²⁰ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 36 (CELF II), weist ausdrücklich darauf hin, dass der Charakter der Maßnahme als Beihilfe zwingende Voraussetzung für den Erlass von Schutzmaßnahmen ist. Besteht diesbezüglich Zweifel, muss das nationale Gericht den Antrag zurückweisen.

dieser Entscheidung vorwegzunehmen, sodass auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit, die Kommission werde die Beihilfe erneut für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären, keine Aussetzung des nationalen Verfahrens rechtfertigen könne.

Zur Beseitigung der Rechtswidrigkeit der Durchführung habe das nationale Gericht zwei Optionen. Es könnte zum einen die vollständige Rückzahlung der Beihilfe samt Zinsen anordnen. Ausreichend sei aber zum anderen auch die Anordnung der Einzahlung der Beträge auf ein Sperrkonto.⁴²¹ Eine endgültige Rückforderung wird vom Gerichtshof vor einer Negativentscheidung der Kommission folglich nicht gefordert. Entscheidend sei einzig, dass der Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe in dem Zeitraum vor einer Genehmigung durch die Kommission nicht frei über die erhaltenen Beträge verfügen könne.⁴²² Nach Ansicht der Kommission ist eine solche Einzahlung des Betrags der rechtswidrigen Beihilfe zuzüglich der Zinsen bis zur abschließenden Klärung der materiellrechtlichen Frage sogar „am zweckmäßigsten“. Im Anschluss an eine bestandskräftige Kommissionsentscheidung könne das nationale Gericht dann entweder anordnen, dass die auf dem Sperrkonto befindlichen Beträge an die beihilfegeähnende Stelle zurücküberwiesen würden, oder aber, falls sich die Beihilfe als vereinbar mit dem Binnenmarkt erweise, die Beträge abzüglich der Rechtswidrigkeitszinsen freigegeben und an den Empfänger ausgezahlt würden.⁴²³ Die Kommission ist sichtlich darum bemüht, ihrem Monopol, Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären zu können, auch im Falle formell rechtswidriger Beihilfen einen substanziellem Anwendungsbereich dadurch zu sichern, dass ihrer Entscheidung über die materielle Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Beihilfe Bedeutung auch für die abschließende Entscheidung im nationalen Verfahren kommt.⁴²⁴

III. Zwischenergebnis

Die mitgliedstaatlichen Gerichte nehmen bei der Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV eine Schlüsselrolle ein. Unabhängig von der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt können Wettbewerber vor den nationalen Gerichten die Rückforderung einer formell rechtswidrigen Beihilfe erreichen. Da die innerstaatlichen Gerichte Schutzmaßnahmen bereits dann zu erlassen haben, wenn sie die angegriffene Maßnahme als Beihilfe identifizieren und feststellen, dass die Stillhalteverpflichtung

⁴²¹ Nicht in Betracht komme hingegen, dass die Beträge auf dem Konto des Begünstigten verblieben und dieser bloß zur Zahlung von Zinsen auf diesen Betrag verurteilt werde, da nicht feststehe, dass ein Unternehmen, das rechtswidrig eine Beihilfe erhalten habe, bei einem Finanzinstitut ein Darlehen in entsprechender Höhe zu üblichen Marktbedingungen erhalten hätte und vor der Entscheidung der Kommission über den fraglichen Betrag hätte verfügen können, vgl. EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 38 (CELF II).

⁴²² EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 37 (CELF II).

⁴²³ Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 61 f.

⁴²⁴ Vgl. auch Bartosch, EuZW 2008, 235, 240, der bereits im Anschluss an die CELF I-Entscheidung des EuGH feststellte: „Obsiegt hat im Verfahren vor allen Dingen auch die Kommission“.

verletzt wurde, haben Konkurrenten eine schnelle und effektive Rechtsschutzmöglichkeit auf nationaler Ebene. Alternativ oder auch zusätzlich können Wettbewerber die Kommission anrufen. Diese darf eine Rückforderung jedoch grds.⁴²⁵ erst nach festgestellter Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt anordnen.⁴²⁶

Nach der anfänglichen Rechtsschutzkonzeption des Gerichtshofs standen Wettbewerbern diese beiden Wege völlig losgelöst voneinander und mit jeweils unterschiedlichen Anknüpfungspunkten offen. Aufgrund eines scheinbar gewandelten, deutlich engeren, weil ausschließlich auf die Vermeidung binnenmarktwidriger Beihilfen ausgerichteten Verständnisses von Sinn und Zweck des Durchführungsverbots in seinen Urteilen aus den Jahren 2008⁴²⁷ und 2010⁴²⁸ in den Rs. CELF hat der EuGH diese strikte Zweiteilung des Rechtsschutzes erheblich relativiert und die Unabhängigkeit der beiden „tracks“ ein Stück weit aufgegeben. Der Kommissionsentscheidung kommt nun auch Bedeutung für das Urteil eines mit einer Klage von Konkurrenten befassten nationalen Gerichts zu. Eine Positiventscheidung entfaltet zwar keine Rückwirkung dergestalt, dass Klagen von Wettbewerbern ihretwegen abzuweisen wären. Vielmehr haben die mitgliedstaatlichen Gerichte auch im Anschluss an eine Genehmigung durch die Kommission Schutzmaßnahmen zugunsten des Konkurrenten zu treffen, da sie den Formalverstoß nicht nachträglich zu heilen imstande ist, der „Makel der formellen Rechtswidrigkeit“ einer unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährten Beihilfe somit dauerhaft und irreversibel anhaftet.

Gleichwohl beeinflusst eine Kommissionsentscheidung den Ausgang eines nationalen Verfahrens ganz maßgeblich insoweit, als das Gericht im Falle einer Positiventscheidung nicht die Rückforderung der gesamten Beihilfe, sondern bloß die Zahlung sog. Rechtswidrigkeitszinsen anzurufen braucht. Solange eine abschließende Entscheidung der Kommission noch nicht vorliegt, ist keine endgültige Rückforderung erforderlich. Da allein entscheidend ist, dass der Empfänger bis zu einer solchen Entscheidung nicht frei über die Mittel verfügen kann, genügt auch eine Einzahlung auf ein Sperrkonto mit der Möglichkeit, den Betrag nach festgestellter Binnenmarktverträglichkeit abzüglich Zinsen wieder an den Empfänger auszukehren. Durch diese Option wird vermieden, dass allein die mehr oder weniger zufällige zeitliche Abfolge der Entscheidung der Kommission und des mitgliedstaatlichen Gerichts maßgebend dafür ist, ob der Empfänger die Beihilfe (abzüglich des von ihm zu erstattenden Zinsvorteils) behalten kann oder aber endgültig und vollständig zurückzahlen muss. Sichergestellt ist damit auch, dass die Kommissionsentscheidung in Fällen, in denen sie erst nach dem Urteil des nationalen Gerichts getroffen wird, gleichermaßen Einfluss auf die vom mitgliedstaatlichen Gericht auszusprechende Rechtsfolge hat. Vor dem Hintergrund, dass die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen nicht als Sanktion

⁴²⁵ Eine Ausnahme stellt insoweit Art. 13 Abs. 2 VVO dar. Aufgrund der äußerst restriktiven Voraussetzungen für eine einstweilige Rückforderung hat die Kommission von dieser Befugnis bislang keinen Gebrauch gemacht; s. dazu auch S. 91, 115.

⁴²⁶ EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 9 ff. (Boussac); Urt. v. 21.3.1990, C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 20 (Tubemeuse).

⁴²⁷ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469 (CELF I).

⁴²⁸ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099 (CELF II).

konzipiert ist, sondern nur auf die Wiederherstellung des wettbewerbskonformen status quo ante abzielt,⁴²⁹ erscheint eine Berücksichtigung der Kommissionsentscheidung auf der Rechtsfolgenseite sachgerecht, da es das Interesse des freien und relichen Wettbewerbs nicht erfordert, dass der Empfänger einer formell rechtswidrigen Beihilfe zur endgültigen Rückgewähr verpflichtet wird, obwohl diese mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Weil die mitgliedstaatlichen Gerichte ihr Verfahren nicht bis zur Kommissionsentscheidung aussetzen dürfen, ist auch gewährleistet, dass Wettbewerber nach wie vor über eine schnelle und effektive Möglichkeit verfügen, dem Begünstigten rechtswidrige Vorteile – zumindest vorübergehend – wieder zu entziehen und so zu erreichen, dass dieser vor einer Kommissionsentscheidung keinesfalls über die Beträge verfügen kann. Durch die ex-nunc-Wirkung der Genehmigung ist nicht ausgeschlossen, dass Wettbewerber auch noch im Anschluss an eine Positiventscheidung vor den nationalen Gerichten klagen. Sie können dann zwar nicht mehr die vollständige Rückforderung der Beihilfe erwirken, aber jedenfalls die Zahlung des Zinsvorteils anordnen lassen. Eine darüber hinausgehende Rückwirkung der Positiventscheidung sowie eine Aussetzungsbefugnis der nationalen Gerichte werden zu Recht abgelehnt, da andernfalls in der Tat keinerlei Motivation für die Mitgliedstaaten bestünde, das Notifizierungsverfahren ordnungsgemäß durchzuführen. Gleichzeitig würde das private enforcement als „zweite Säule der Beihilfenkontrolle“ erheblich geschwächt, da Wettbewerber keinen ausreichenden Anreiz mehr hätten, vor den nationalen Gerichten Klage wegen der Verletzung des Durchführungsverbots zu erheben. Wäre die von der Beantwortung mitunter komplexer ökonomischer Fragestellungen abhängige und daher für einen Wettbewerber kaum vorherzusehende Entscheidung der Kommission ausschlaggebend dafür, ob der Klage des Konkurrenten von den nationalen Gerichten stattgegeben wird, sähe dieser sich angesichts des für ihn unkalkulierbaren Prozess- und Kostenrisikos oftmals gezwungen, von einer Klage abzusehen. Zudem wäre es ihm nicht möglich, den allein aus der vorzeitigen Gewährung resultierenden Wettbewerbsvorteil des Begünstigten zu egalisieren.

Indem er der Kommission und den mitgliedstaatlichen Gerichten im Rahmen der Beihilfenkontrolle unterschiedliche, aber einander ergänzende Rollen zugewiesen hat, hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bis zum Urteil in der Rs. *CELF II* ein ausbalanciertes Rechtsschutzsystem entwickelt, das Wettbewerbern rechtswidrig begünstigter Unternehmen losgelöst von der Tätigkeit der Kommission auf nationaler Ebene effektive und schnelle Rechtsschutzmöglichkeiten bietet. Zugleich wird das Monopol der Kommission gewahrt, Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären. Kernelement dieses Systems ist die weitgehende Unabhängigkeit der beiden Rechtsschutzoptionen, die nur auf der Rechtsfolgenseite insoweit durchbrochen wird, als eine endgültige Rückforderung einer Beihilfe einzig im Falle einer Negativentscheidung der Kommission angezeigt ist.

⁴²⁹ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 17.6.1999, C-75/97, Slg. 1999, I-3673, Rn. 65 (Maribel).

IV. Reichweite der Bindungswirkung von Eröffnungsbeschlüssen

In einem Urteil aus dem Jahr 2013 stellt der Gerichtshof nun aber auch die Eigenständigkeit des nationalen Rechtsschutzes auf der Tatbestandsseite infrage und schränkt die Kompetenz der mitgliedstaatlichen Gerichte zur eigenverantwortlichen Prüfung des Beihilfencharakters der angegriffenen Maßnahme erheblich ein. Konkret geht es um die Reichweite der Bindungswirkung eines Beschlusses der Kommission gem. Art. 4 Abs. 4 VVO, das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 3 S. 2, Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 6 VVO zu eröffnen. Da diese zu den gegenwärtig wohl umstrittenen und zugleich für die Praxis bedeutsamsten Fragestellungen zählt, soll die viel beachtete⁴³⁰ Entscheidung des Gerichtshofs in der Folge ausführlicher dargestellt und bewertet werden.

1. Vorlagebeschluss des OLG Koblenz v. 30.5.2012

Das OLG Koblenz legte dem Gerichtshof mit Beschluss vom 30.5.2012⁴³¹ die Frage vor, ob eine nicht angefochtene Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten, zur Folge habe, dass ein nationales Gericht in einem Klageverfahren, das auf die Rückforderung geleisteter Zahlungen und auf die Unterlassung künftiger Zahlungen gerichtet ist, hinsichtlich der Beurteilung des Beihilfencharakters an die Rechtsauffassung der Kommission in ihrer Eröffnungsentscheidung gebunden sei.

Die Vorlagefrage erging in einem Rechtsstreit zwischen der *Deutschen Lufthansa AG (Lufthansa)* und der *Flughafen-Frankfurt-Hahn GmbH* als Betreiberin des Flughafens, an der die Bundesrepublik, die Länder Rheinland-Pfalz und Hessen sowie die Stadt Frankfurt a. M. beteiligt sind. Nach der Entgeltordnung des Flughafens mussten die Fluggesellschaften pro abfliegendem Fluggast grds. ein bestimmtes Entgelt entrichten. *Ryanair*, einer Billigfluggesellschaft, auf die mehr als 95% des gesamten Passagieraufkommens an diesem Flughafen entfiel, wurden jedoch keine Start-, Anflug- und Landeentgelte berechnet, da *Ryanair* diverse Ausnahmetatbestände der Entgeltordnung erfüllte. Diese sah nämlich eine Befreiung für bestimmte (von *Ryanair* ausschließlich genutzte) Flugzeuge vor, falls die Bodenabfertigungsdienste nicht länger als 30 Minuten dauerten. Zudem kam *Ryanair* in den Genuss eines in der Entgeltordnung vorgesehenen „Marketing-Supports“ für die Eröffnung neuer Flugstrecken, dessen Höhe sich nach dem Gesamtaufkommen der von der jeweiligen Fluggesellschaft beförderten Passagiere richtete.

Die *Lufthansa* sah in diesen ihrer Wettbewerberin *Ryanair* eingeräumten Nutzungsbedingungen Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, die unter Missachtung der

⁴³⁰ Nach Koenig, EWS 2014, 1, hat kaum ein Urteil des EuGH so vehement Reaktionen hervorgerufen wie die Vorabentscheidung v. 21.11.2013 (C-284/12 – Deutsche Lufthansa); ders., FAZ v. 4.12.2013, S. 19, bezeichnet die Entscheidung zutreffend als „Urteil mit brisanter Breitenwirkung“.

⁴³¹ OLG Koblenz, Vorlagebeschl. v. 30.5.2012, BeckRS 2012, 17426 = EuZW 2012, 760 m. Anm. Becker, EuZW 2012, 725.

Notifizierungspflicht und somit unter Verstoß gegen die Stand-still-Klausel des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährt worden seien. *Lufthansa* erhob daher Klage beim LG Bad Kreuznach und beantragte, die Rückzahlung der an *Ryanair* als „Marketing-Support“ gezahlten Beträge und derjenigen Beträge anzurufen, die *Ryanair* aufgrund der Befreiung von den Flughafenentgelten erspart habe, sowie die Unterlassung jedweder Beihilfe zugunsten von *Ryanair*. Nachdem das LG die Klage abgewiesen hatte⁴³² und auch die Berufung vom OLG Koblenz zurückgewiesen wurde⁴³³, legte *Lufthansa* Revision beim BGH ein, der das Urteil des OLG Koblenz aufhob und die Sache an dieses zurückverwies, um festzustellen, ob gegen das Durchführungsverbot verstoßen worden sei.⁴³⁴ Zwischenzeitlich hatte die Kommission das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eröffnet und war zu dem vorläufigen Ergebnis gelangt, dass es sich bei den *Ryanair* gewährten Vergünstigungen um Beihilfen handle, sofern sie nicht dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers entsprächen. Eine abschließende Entscheidung über die Beihilfenqualität der Vergünstigungen vermochte die Kommission aber noch nicht zu treffen. Das OLG Koblenz holte daraufhin eine Stellungnahme der Kommission ein, in der diese ausführte, das OLG brauche nicht selbstständig die Beihilfeneigenschaft der Maßnahmen zu prüfen, sondern könne sich auf die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, stützen, um sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu ziehen. Das OLG hatte jedoch ernstliche Zweifel insbesondere hinsichtlich des selektiven Charakters der Maßnahmen und ging unter Hinweis auf die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung⁴³⁵, die sich ihrerseits auf Entscheidungen des Gerichtshofs⁴³⁶ stützt, davon aus, in eigener Kompetenz den Beihilfeneigenschaft auslegen und entscheiden zu müssen, ob eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt. Es beschloss daher, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Frage vorzulegen, ob ein nationales Gericht an die in einem Eröffnungsbeschluss geäußerte Rechtsauffassung der Kommission, es liege möglicherweise eine Beihilfe vor, gebunden sei. Es ging dem OLG somit darum, zu erfahren, ob die mitgliedstaatlichen Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des Durchführungsverbots gem. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nach Erlass einer solchen Entscheidung der Kommission verpflichtet sind, ggf. auch entgegen ihrer eigenen Einschätzung, von einem Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung auszugehen und dementsprechend die Aussetzung der Maßnahme und die Rückforderung bereits geleisteter Beiträge anzurufen.

⁴³² LG Bad Kreuznach, Urt. v. 16.5.2007, BeckRS 2007, 09837.

⁴³³ OLG Koblenz, Urt. v. 25.2.2009, BeckRS 2009, 06411.

⁴³⁴ BGH, Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 440 m. Anm. *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2011, 447.

⁴³⁵ Siehe nur BGH, Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 440; BVerfG, Beschl. v. 23.11.2011, BeckRS 2012, 55828, Rn. 8.

⁴³⁶ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547 (SFEI); Urt. v. 5.10.2006, C-368/04, Slg. 2006, I-9957 (Transalpine Ölleitung).

2. Entscheidung des EuGH v. 21.11.2013

Diese konkrete und eindeutige Frage beantwortete der EuGH leider nicht explizit,⁴³⁷ sondern führte stattdessen aus, ein mit einem Antrag auf Unterlassung der Durchführung einer Maßnahme und auf Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen befasstes nationales Gericht sei, sobald die Europäische Kommission in Anwendung von Art. 108 Abs. 3 AEUV das in Art. 108 Abs. 2 AEUV vorgesehene förmliche Prüfverfahren eröffnet habe, verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen. Die mitgliedstaatlichen Gerichte könnten zu diesem Zweck – so der 2. Absatz des Tenors – einerseits entscheiden, die Durchführung der betreffenden Maßnahme auszusetzen und die Rückforderung der bereits geleisteten Beträge anzurufen, sowie beschließen, einstweilige Maßnahmen zu erlassen. Andererseits – so der 3. Absatz des Tenors – stehe es den nationalen Gerichten auch frei, im Falle von Zweifeln hinsichtlich der Beihilfenqualität der zu beurteilenden Maßnahme oder in Bezug auf die Gültigkeit oder Auslegung der Eröffnungsentscheidung die Kommission um Erläuterung zu bitten und dem Gerichtshof gem. Art. 267 Abs. 2, 3 AEUV eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.⁴³⁸

Die Tragweite der Verpflichtung der nationalen Gerichte, die Rechte der Einzelnen gegenüber einem eventuellen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV zu schützen, variiere, je nachdem, ob die Kommission das formelle Prüfverfahren hinsichtlich der vor nationalen Gerichten streitgegenständlichen Maßnahme bereits eröffnet habe oder nicht. Falls die Kommission sich noch nicht zu der Frage der Beihilfenqualität geäußert, ein förmliches Prüfverfahren also noch nicht eröffnet habe, sei es grds. Aufgabe der nationalen Gerichte, den Beihilfenbegriff auszulegen und zu bestimmen, ob ein Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung vorliege. Habe die Kommission allerdings das förmliche Prüfverfahren eröffnet und schon festgestellt, dass die Maßnahme Beihilfeelemente aufweise, dürfe es den nationalen Gerichten nicht mehr möglich sein, der staatlichen Maßnahme die Beihilfenqualität abzusprechen, da andernfalls die praktische Wirksamkeit des Art. 108 Abs. 3 AEUV vereitelt würde.⁴³⁹ Sollte nämlich die in der Eröffnungsentscheidung vorgenommene vorläufige Bewertung der Beihilfeneigenschaft in der endgültigen Kommissionsentscheidung bestätigt werden, hätten die mitgliedstaatlichen Gerichte andernfalls die ihnen zugewiesene Aufgabe missachtet, die Durchführung eines Beihilfenvorhabens bis zum Erlass einer Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission auszusetzen. Aber auch dann, wenn die Kommission letztlich zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliege, verlange das dem vom AEUV geschaffenen Kontrollsysteum zugrundeliegende Ziel der Verhütung, dass die Durchführung der betroffenen Maßnahme aufgrund der durch die Eröffnungsentscheidung aufgeworfenen Zweifel so-

⁴³⁷ Koenig, EWS 2014, 1, kritisiert zu Recht „besonders unklar gefasste Urteilsgründe“; ebenso Berrisch, EuZW 2014, 253, 256, der die Entscheidung als „wenig klares Urteil mit einer teilweise widersprüchlichen und auf wesentliche Argumente nicht eingehenden Begründung“ bezeichnet.

⁴³⁸ EuGH, Urt. v. 21.11.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (Deutsche Lufthansa).

⁴³⁹ Ebda., Rn. 33 ff.

lange aufgeschoben werde, bis eine gegenteilige endgültige Entscheidung der Kommission vorliege.⁴⁴⁰ Die nationalen Gerichte dürften aufgrund ihrer Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit mit der Kommission und den Unionsgerichten (Art. 4 Abs. 3 EUV) keine Maßnahmen treffen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten, und müssten es daher insbesondere unterlassen, Entscheidungen zu treffen, die einem Beschluss der Kommission zuwiderliefen, selbst wenn dieser nur vorläufigen Charakter aufweise.⁴⁴¹

3. Unterschiedliche Interpretationen der Vorgaben des EuGH

a) OLG Schleswig: Annahme einer strikten Bindungswirkung

Ganz überwiegend wird dieses Vorabentscheidungsurteil dahingehend interpretiert, die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, entfalte für die mit der streitgegenständlichen Maßnahme befassten mitgliedstaatlichen Gerichte eine strikte Bindungswirkung dergestalt, dass die Gerichte – ungeachtet ihrer eigenen Rechtsauffassung und ohne den Beihilfencharakter selbständig prüfen zu dürfen – zwingend einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV annehmen müssen.⁴⁴²

Auch das OLG Schleswig ist zwischenzeitlich davon ausgegangen, dass Maßnahmen, derentwegen die Kommission ein Prüfverfahren eingeleitet hat, bis zum Abschluss dieses Verfahrens als Beihilfen anzusehen seien.⁴⁴³ Das Gericht hatte in einem den Flughafen Lübeck betreffenden Parallelverfahren den Gerichtshof ebenfalls um Vorabentscheidung darüber ersucht, ob es durch den Eröffnungsbeschluss der Kommission bei der beihilfrechtlichen Beurteilung der angegriffenen Maßnahme präjudiziert sei.⁴⁴⁴ Seine Vorlage hatte es auch auf Nachfrage des EuGH, ob diese sich angesichts der Entscheidung des Gerichtshofs zum Flughafen Frankfurt-Hahn erledigt habe, unter Hinweis darauf aufrechterhalten, seine Vorlagefrage sei nicht ausreichend beantwortet worden. Es könne dem Urteil nicht entnehmen, ob es allein aufgrund der bloßen Möglichkeit eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV einen tatsächlichen Verstoß gegen das Durchführungsverbot annehmen müsse. Der EuGH entschied daraufhin, die Antwort auf diese Frage gehe klar aus der Rechtsprechung des

⁴⁴⁰ Ebda., Rn. 39 f.

⁴⁴¹ Ebda., Rn. 41.

⁴⁴² So etwa, wenn auch äußerst kritisch, *Maier*, BB 2014, 17; *v. Bonin/Wittenberg*, EuZW 2014, 68; *Kamann*, ZWeR 2014, 60, 67; *Rennert*, DVBl 2014, 669, 672 ff.; *Soltész*, NJW 2013, 3773 ff.; *Gieberts/Kleve*, NVwZ 2014, 643, 644; *Wagner*, in: FS Roth, S. 662, 683 ff.; *Traupel/Jennert*, EWS 2014, 1; vgl. auch *Wiemer*, BRZ 2014, 52, 57; *Bärenbrinker*, EWS 2014, 68, 69; *Fronczak*, RIW 2014, 67 ff.; eine Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses ausdrücklich befürwortet hingegen *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247, sowie – sehr ausführlich – *Sonder*, ZEuS 2014, 361 ff. Demgegenüber gehen *Herrmann*, in: FS Müller-Graff, S. 616, 622 ff., und *Berrisch*, EuZW 2014, 253, davon aus, eine Bindungswirkung könne dem Urteil des EuGH nicht entnommen werden; ebenso *Blazek/Wagner*, NZBau 2016, 141, 143.

⁴⁴³ OLG Schleswig, Urt. v. 8.4.2015, SchlHA 2015, 183.

⁴⁴⁴ OLG Schleswig, EuGH-Vorlage v. 14.1.2013, SchlHA 2013, 415.

Gerichtshofs hervor und wiederholte lediglich, den nationalen Gerichten sei es im Anschluss an die Eröffnung eines formellen Prüfverfahrens untersagt, einer Maßnahme den Beihilfencharakter abzusprechen.⁴⁴⁵ Das OLG Schleswig folgerte hieraus, es dürfe die Beihilfenqualität nicht mehr selbstständig prüfen und gab der Klage wegen der Eröffnung des Prüfverfahrens statt.

b) BGH: Abweichungsverbot statt Bindungsgebot

Demgegenüber hat der BGH mit Urteil v. 9.2.2017⁴⁴⁶ entschieden, dass nationale Gerichte zwar grds. nicht von der vorläufigen Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe in einem Eröffnungsbeschluss der Kommission abweichen dürfen, eine absolute und unbedingte Verpflichtung, dieser nur vorläufigen Beurteilung zu folgen, allerdings nicht besteht. Er hat das Urteil des OLG Schleswig v. 8.4.2015 daher aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen.

Nach Auffassung des BGH hat der EuGH den nationalen Gerichten nicht verboten, die Ansicht zu vertreten, eine Maßnahme mit Beihilfeelementen, wegen der die Kommission ein förmliches Prüfverfahren eröffnet habe, stelle gleichwohl keine Beihilfe dar. Eine Bindung der mitgliedstaatlichen Gerichte an die vorläufige Auffassung einer – wenn auch auf Unionsebene errichteten – Verwaltungsbehörde sei der Rechtsprechung des EuGH nicht zu entnehmen und zudem schwerlich mit der Unabhängigkeit nationaler Gerichte zu vereinbaren.⁴⁴⁷ Die Befugnis, an der vorläufigen beihilfenrechtlichen Beurteilung durch die Kommission zu zweifeln, ergebe sich somit zum einen bereits aus der Funktion der nationalen Gerichte, deren Verpflichtung zur unabhängigen Rechtsanwendung und Rechtsprechung nicht mit Bindungswirkung durch vorläufige Bewertungen der als Verwaltungsbehörde handelnden Kommission beschränkt werden könne.⁴⁴⁸ Sie folge zum anderen auch unmittelbar aus der Entscheidung des Gerichtshofs, da dieser klargestellt habe, dass nationale Gerichte ihn bei Zweifeln am Beihilfencharakter im Vorabentscheidungsverfahren anrufen könnten.⁴⁴⁹

Eine Bindungswirkung sei auch vor dem Hintergrund abzulehnen, dass den von einer möglichen Beihilfe Begünstigten im Vorprüfungsverfahren der Kommission keine verfahrensrechtlich gesicherten Mitwirkungsrechte zuständen. Mit Blick auf das in Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 GRC gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz dürften diese nicht daran gehindert sein, die vorläufige beihilfenrechtliche Beurteilung der Kommission jedenfalls so lange vor den nationalen Gerichten in Zweifel zu ziehen, wie die Kommission noch keine abschließende Entscheidung getroffen ha-

445 EuGH, Beschl. v. 4.4.2014, C-27/13, ECLI:EU:C:2014:240, Rn. 19 ff. (Flughafen Lübeck).

446 BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312 m. krit. Anm. *Martín-Ehlers*, EuZW 2017, 316.

447 BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 314; vgl. hierzu auch sehr deutlich *Rennert*, EuZW 2017, 567, 569: „Diese Grundfesten einer rechtsstaatlichen Verfassungsordnung beherrschen auch das Unionsrecht; sie werden nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass die Verwaltungsbehörde eine Behörde der Union ist“.

448 Mit dieser Begründung hat auch bereits das BVerwG eine Bindungswirkung abgelehnt, vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2016, EuZW 2017, 355, 358.

449 BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 314.

be.⁴⁵⁰ Allein durch die Möglichkeit, den Eröffnungsbeschluss im Wege der Nichtigkeitsklage anzufechten, werde den Betroffenen nämlich noch kein ausreichender Rechtsschutz gewährt, da sich die gerichtliche Nachprüfung der beihilfenrechtlichen Würdigung im Eröffnungsbeschluss darauf beschränke, ob der Kommission offenkundige Beurteilungsfehler unterlaufen seien.⁴⁵¹

Soweit sich aus dem Vortrag der Parteien Anhaltspunkte für eine vom Eröffnungsbeschluss abweichende Beurteilung ergäben, welche die Kommission nicht erkennbar berücksichtigt habe, sei ein nationales Gericht zur Wahrung der Rechte der Betroffenen sowie der Unabhängigkeit der Gerichte nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, der vorläufigen Beurteilung der Kommission nicht zu folgen. Sofern also vor dem mitgliedstaatlichen Gericht neuer Tatsachenvortrag erfolge, dieses demnach einen „Informationsvorsprung“⁴⁵² gegenüber der Kommission habe, müsse es unter Darlegung seiner Bedenken die Kommission um eine Stellungnahme bitten und – falls die Kommission an ihrer Einschätzung festhalte, die dafür angeführten Gründe das Gericht aber nicht überzeugten – den Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV um eine Vorabentscheidung ersuchen.⁴⁵³

Schließlich spreche auch das Gebot der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten gegen eine Bindungswirkung, da die Kommission andernfalls in der Lage wäre, durch das Hinausschieben ihrer abschließenden Entscheidung lediglich vorläufig als Beihilfe eingestufte Maßnahmen einer von den nationalen Gerichten auszusprechenden Rückzahlungsverpflichtung zu unterwerfen, ohne dabei an die für sie selbst geltenden strikten Voraussetzungen des Art. 13 VVO gebunden zu sein.⁴⁵⁴

4. Bewertung der Entscheidungen des EuGH

a) Keine Bindungswirkung aufgrund Vorlagemöglichkeit

Den beiden Vorabentscheidungsurteilen des Gerichtshofs ist die vom OLG Schleswig angenommene weitreichende Determination nationaler Gerichtsentscheidungen allein auf der Grundlage eines von der Kommission eingeleiteten förmlichen Prüfverfahrens nicht zu entnehmen. Bedenken an einer solchen Deutung resultieren – worauf der BGH knapp, aber zutreffend hinweist⁴⁵⁵ – insbesondere aus der den Mitgliedstaaten ausdrücklich eingeräumten Option, bei Zweifeln hinsichtlich des Beihilfencharakters der in Rede stehenden Maßnahme den EuGH im Wege einer Vorlagefrage anrufen und um Klärung bitten zu können. Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV sowie nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs ist nur die Vorlage solcher Fragen

⁴⁵⁰ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 314 f.

⁴⁵¹ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 314.

⁴⁵² Vgl. Martin-Ehlers, EuZW 2017, 316, 317, der derartige Fälle für „nur schwer vorstellbar“ erachtet.

⁴⁵³ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 315.

⁴⁵⁴ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 316.

⁴⁵⁵ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 314.

gestattet, die für die Entscheidung des nationalen Gerichts im konkreten Fall entscheidungserheblich sind, von deren Beantwortung also nicht nur die Begründung, sondern der Urteilstenor der Entscheidung abhängt. Unzulässig sind demgegenüber rein hypothetische, für die zu treffende Entscheidung unerhebliche Rechtsfragen. Diese darf der EuGH nicht beantworten.⁴⁵⁶ Ginge man nun aber davon aus, für die Feststellung eines Verstoßes gegen die Stillhalteverpflichtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV würde es ausreichen, dass die Kommission beschlossen hat, das Prüfverfahren zu eröffnen, käme es auf die Frage, ob auch tatsächlich eine Beihilfe vorliegt, überhaupt nicht mehr an. Eine auf den Beihilfencharakter bezogene Vorlagefrage wäre somit evident unzulässig, weil für die Entscheidung des Rechtsstreits vor den mitgliedstaatlichen Gerichten ohne jede Bedeutung.⁴⁵⁷ Indem der Gerichtshof aber gleichwohl auf die Möglichkeit einer solchen Vorlagefrage hinweist, scheint er davon auszugehen, dass die nationalen Gerichte trotz einer entsprechenden Eröffnungsentscheidung der Kommission befugt sind, die Beihilfenqualität einer Maßnahme zu prüfen.⁴⁵⁸ Diesem Aspekt ist umso größeres Gewicht beizumessen, als das Urteil in dem Punkt der Vorlagemöglichkeit von der Stellungnahme des Generalanwalts abweicht, der in seinen Schlussanträgen nur für eine Vorlage zur Frage der Gültigkeit oder Auslegung der Eröffnungsentscheidung, nicht aber auch zur Beihilfeeigenschaft an sich, plädiert hat.⁴⁵⁹ Möchte man dem Gerichtshof also nicht unterstellen, sich innerhalb ein und derselben Entscheidung selbst zu widersprechen, sondern geht man von einer in sich stimmigen, kohärenten Entscheidung aus, ist die These einer Bindungswirkung nicht haltbar.

b) Rechtliche Bedenken gegen eine Bindungswirkung

Darüber hinaus begegnete eine vollumfängliche Bindung nationaler Gerichte an eine bloß vorläufige Kommissionsentscheidung durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die folgende Übersicht soll aufzeigen, dass die vom BGH zur Begründung seiner Entscheidung herangezogenen Argumente, eine normative Bindung nationaler Gerichte an die Rechtsansicht der Kommission verstoße gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes, stehe in Widerspruch zur Unabhängigkeit der Rechtsprechung und führe zu einer vom Kooperationsmodell des Unionsrechts nicht gedeckten „Funktionsverschiebung bei der Durchsetzung des Beihilferechts von der Kommission zu den nationalen Gerichten“⁴⁶⁰, zutreffend, aber keineswegs abschließend sind, um eine Bindungswirkung auszuschließen.

⁴⁵⁶ EuGH, Urt. v. 21.2.2006, C-152/03, Slg. 2006, I-1711, Rn. 15 (Ritter-Coulais).

⁴⁵⁷ Berrisch, EuZW 2014, 253, 254.

⁴⁵⁸ Vgl. auch Herrmann, in: FS Müller-Graff, S. 616, 622 f.

⁴⁵⁹ GA Mengozzi, Schlussanträge v. 27.6.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, Rn. 42 ff. (Deutsche Lufthansa); Berrisch, EuZW 2014, 253, 254. weist darauf hin, dass es sich also nicht um ein „Redaktionsversehen“ handeln kann; vgl. auch Herrmann, in: FS Müller-Graff, S. 616, 623.

⁴⁶⁰ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 316.

aa) Verletzung von Art. 41 und Art. 47 GRC

Käme Eröffnungsbeschlüssen eine Tatbestandswirkung dergestalt zu, dass von Wettbewerbern des vermeintlich Begünstigten angerufene nationale Gerichte Klagen ohne weitere Beweiswürdigung und ungeachtet des Vorbringens der Parteien statzugeben und dementsprechend die Aussetzung bzw. sogar Rückforderung anzurufen hätten, bedeutete dies eine ganz massive und mit den Gewährleistungen der Europäischen Grundrechte-Charta nicht zu vereinbarende Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens. Verletzt würden insoweit das in Art. 41 GRC verankerte Recht auf gute Verwaltung sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 GRC.

aaa) Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRC

Gem. Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRC hat jede Person das Recht, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige Entscheidung erlassen wird. Obwohl er sich unmittelbar nur an die Mitgliedstaaten richtet, stellt ein Eröffnungsbeschluss der Kommission auch eine den Beihilfeempfänger individuell betreffende Verwaltungsmaßnahme dar.⁴⁶¹ Schriebe man ihm eine Bindungswirkung für die nationalen Gerichte zu, so müssten diese Rückforderungsklagen allein auf seiner Grundlage stattgeben, sodass er für den vermeintlich zu Unrecht Begünstigten ohne Zweifel belastend wäre.⁴⁶² Demzufolge wäre es unerlässlich, den Empfänger vor Erlass einer solchen Eröffnungsentscheidung anzuhören und ihm Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern und auf diese Weise Einfluss auf die Verfahrenseröffnung zu nehmen. Die VVO sieht in diesem Verfahrensstadium allerdings keine Beteiligungsmöglichkeit des Begünstigten vor; angehört wird vor Erlass der Eröffnungsentscheidung einzig der betreffende Mitgliedstaat. Stellungnahmen können die nach Art. 1 lit. h) VVO Beteiligten gem. Art. 24 VVO erst nach dem Beschluss der Kommission zur Eröffnung des Prüfverfahrens abgeben. Diese – de lege lata vielfach kritisierte⁴⁶³ – starke Beschränkung der Beteiligtenrechte wurde vom Gerichtshof zwar als mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbar erklärt. Dieser Entscheidung lag jedoch die Prämissen zugrunde, dass die Vorprüfphase nur dazu diene, eine erste Meinung zu bilden.⁴⁶⁴ Begrenzt man den Zweck des Vorprüfverfahrens darauf, mag es zulässig sein, die am Verfahren beteiligten Dritten auf die Funktion als „bloße Informationsquelle der Kommission“ zu reduzieren und ihnen frühzeitige Beteiligungsrechte zu versagen.⁴⁶⁵ Misst man der Entscheidung jedoch darüber hinaus eine ganz erheblich in die Rechtspositionen der Betroffenen eingreifende Wirkung zu,

⁴⁶¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 9.10.2001, C-400/99, Slg. 2001, I-7303, Rn. 55 ff. (Tirrenia).

⁴⁶² Hierzu auch Kamann, ZWeR 2014, 60, 74.

⁴⁶³ Siehe etwa Bartosch, RIW 2007, 401, 403, 406 ff.; Nehl, EStAL 2014, 235 ff.

⁴⁶⁴ EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 3 (Lorenz); Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 16 (Matra); vgl. auch Berrisch, EuZW 2014, 253, 255.

⁴⁶⁵ St. Rspr., vgl. nur EuG, Urt. v. 14.12.2000, T-613/97, Slg. 2000, II-4055, Rn. 89 (Ufex); Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 24 VO 2015/1589, Rn. 1.

kann auf eine vorherige Anhörung nicht verzichtet werden.⁴⁶⁶ Nur wenn dem Beihilfeempfänger in diesem Fall die Möglichkeit zu einer Stellungnahme eingeräumt wird, ist auch ein „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ gewährleistet.⁴⁶⁷

bbb) Art. 47 Abs. 1 GRC

Noch ungleich schwerer wiegt der Umstand, dass dem Betroffenen gegen die Eröffnungsentscheidung der Kommission kein wirksamer Rechtsbehelf i.S.d. Art. 47 Abs. 1 GRC zur Verfügung steht. Er kann die Entscheidung zwar im Wege der Nichtigkeitsklage angreifen,⁴⁶⁸ doch prüft das Gericht in einem solchen Verfahren gerade nicht, ob tatsächlich eine Beihilfe vorliegt, sondern beschränkt sich darauf zu überprüfen, ob der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist.⁴⁶⁹ Diese überaus begrenzte Prüfungsdichte erscheint insbesondere vor dem Hintergrund problematisch, dass in einem Eröffnungsbeschluss nicht die (vorläufige) Feststellung des Beihilfencharakters oder zumindest einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Beihilfe getroffen wird, dem Beschluss also nicht wenigstens ein prima-facie-Verdacht für die Einordnung der Maßnahme als Beihilfe entnommen werden kann.⁴⁷⁰ Tatbestandliche Voraussetzung für die Eröffnung des formellen Prüfver-

⁴⁶⁶ Herrmann, in: FS Müller-Graff, S. 616, 626; Berrisch, ZWeR 2014, 60, 75; die gegenteilige Argumentation des GA Mengozzi, Schlussanträge v. 27.6.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, Fn. 34 (Deutsche Lufthansa), die fehlende Anhörung werde durch die Möglichkeit, Nichtigkeitsklage gegen den Eröffnungsbeschluss zu erheben, gleichsam substituiert, verkennt, dass dem von einer belastenden Maßnahme Betroffenen nach der Konzeption der GRC mit dem Recht auf Anhörung und dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf zwei sich nicht gegenseitig ausschließende, sondern sich ergänzende Rechte gewährt werden, denen jeweils unterschiedliche Funktionen zukommen. Während mithilfe der Nichtigkeitsklage eine ex-post-Kontrolle ermöglicht werden soll, dient das Anhörungsrecht dazu, ex ante, also vor Erlass der Maßnahme, auf das erlassende Verwaltungsorgan Einfluss nehmen zu können. Wenig überzeugend auch Martín-Ehlers, EuZW 2014, 247, 251, der ebenfalls auf den nachträglichen Rechtsschutz gegen die Kommissionsentscheidung verweist.

⁴⁶⁷ Vgl. für nationale Sachverhalte etwa BVerfG, Beschl. v. 3.7.1973, BVerfGE 35, 348, 361; Beschl. v. 7.12.1977, BVerfGE 46, 325, 334; Beschl. v. 13.11.1979, BVerfGE 52, 380, 389; Beschl. v. 20.12.1979, BVerfGE 53, 30, 65.

⁴⁶⁸ EuGH, Urt. v. 9.10.2001, C-400/99, Slg. 2001, I-7303 (Tirrenia); EuG, Urt. v. 23.10.2002, T-346/99 bis 348/99, Slg. 2002, II-4259, Fn. 32 ff. (Territorio Histórico); a.a. für bereits vollständig durchgeführte Maßnahmen aber jüngst EuG, Beschl. v. 3.3.2015, T-251/13, ECLI:EU:T:2015:142, Fn. 37 (Gemeente Nijmegen): „keine eigenständigen Rechtswirkungen“.

⁴⁶⁹ EuGH, Urt. v. 21.7.2011, C-194/09 P, Slg. 2011, I-6311, Fn. 61 (Alcoa Transformazioni); EuG, Urt. v. 23.10.2002, T-269/99, T-271/99 und T-272/99, Slg. 2002, II-4217, Fn. 49 (Territorio Histórico); die Kommission verfügt bei der Beurteilung der Umstände, die dazu führen, das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen ernsthafter Schwierigkeiten anzunehmen, über ein gewisses Einschätzungsmerassen, vgl. EuG, Urt. v. 15.3.2001, T-73/98, Slg. 2001, II-867, Fn. 45 (Prayon-Rupel); Urt. v. 12.12.2006, T-95/03, Slg. 2006, II-4739, Fn. 139 (Asociación de Estaciones); Urt. v. 10.2.2009, T-388/03, Slg. 2009, II-199, Fn. 87 (Deutsche Post); Harringa, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 4 VO (EG) Nr. 659/1999, Fn. 300; vgl. auch GA Jääskinen, Schlussanträge v. 2.2.2010, C-148/09 P, ECLI:EU:C:2010:726, Fn. 79 ff. (Deutsche Post). Kritisch zur beschränkten Kontrolle des Eröffnungsbeschlusses GA Mengozzi, Schlussanträge v. 27.6.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, Fn. 59 (Deutsche Lufthansa).

⁴⁷⁰ Dies mag allerdings in den Fällen möglich sein, in denen die Kommission auf der Grundlage eindeutiger Begründungen darlegt, warum es sich ganz offensichtlich um eine Beihilfe oder aber um eine beihilfefreie Maßnahme handelt, dem Eröffnungsbeschluss also eine Gewissheit über den Bei-

fahrens ist gem. Art. 4 Abs. 4 VVO lediglich, dass eine Maßnahme „Anlass zu Bedenken“ im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt.⁴⁷¹ Die Kommission hat demnach das Prüfverfahren bereits dann einzuleiten, wenn sie Zweifel an der Einstufung der Maßnahme als Beihilfe an sich hat.⁴⁷² So kommt es mitunter vor, dass die Kommission ihre Eröffnungsbeschlüsse nur damit begründet, es könne „gegenwärtig nicht ausgeschlossen werden“, dass die Maßnahme eine Beihilfe darstelle,⁴⁷³ oder sogar nur darauf verweist, es erscheine ihr „auf Grund der vorliegenden Informationen [...] zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich, einen wirtschaftlichen Vorteil [...] nachzuweisen“.⁴⁷⁴ Der Aussagegehalt der Entscheidungen erschöpft sich somit teilweise in der – wenig erkenntnisreichen – Folgerung, eine Maßnahme könne eine Beihilfe darstellen, sofern die Voraussetzungen dafür vorlägen.⁴⁷⁵ Genügen nun schon diese Begründungen in den Eröffnungsentscheidungen, so dürfte es in der Praxis kaum möglich sein, überzeugend darzulegen, dass eine Entscheidung der Kommission, beispielsweise die Anwendung des market economy investor principle intensiver prüfen zu wollen, ersichtlich ermessensfehlerhaft ist und die Kommission nicht von ernsten Schwierigkeiten hätte ausgehen dürfen.⁴⁷⁶ Dies gilt insbesondere in den regelmäßig ökonomisch äußerst komplexen Fällen einer Privatisierung, in denen die Annahme der Beihilfeeigenschaft ganz maßgeblich von der Frage abhängt, ob die

hilfencharakter auf der Basis einer umfassenden Informationslage entnommen werden kann. Die Qualität der Begründungen in den Eröffnungsbeschlüssen schwankt jedoch erheblich, vgl. Kamann, ZWeR 2014, 60, 72 f. Kritisch gegenüber der pauschalen Annahme eines aussagekräftigen Beihilfeverdachts jedenfalls aufgrund solcher Eröffnungsbeschlüsse, die nur vorläufige Zweifel an der Klassifizierung der Maßnahme als Beihilfe zum Ausdruck bringen, daher auch Becker, EuZW 2012, 725, 727; vgl. auch Traupel/Jennert, EWS 2014, 1, 3, die zu Recht fragen, woran ein nationales Gericht konkret gebunden sein soll, wenn es an einer rechtlichen Würdigung als möglichem Bezugspunkt einer Bindungswirkung fehlt.

⁴⁷¹ Die Zweifel können sich nicht nur auf die Frage der Vereinbarkeit, sondern auch darauf beziehen, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt, vgl. EuGH, Urt. v. 9.10.2001, C-400/99, Slg. 2001, I-7303, Rn. 47 (Tirrenia); Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 4 VerfVO, Rn. 9; Wagner, in: FS Roth, S. 665, 685 m. Fn. 104. Die Rechtsprechung knüpft die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens entgegen dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 4 VVO an das Vorliegen „ernster Schwierigkeiten“, vgl. EuGH, Urt. v. 2.4.1998, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Rn. 39 (Sytraval); EuG, Urt. v. 15.9.1998, T-11/95, Slg. 1998, I-3235, Rn. 164 (BP Chemicals). Zum Teil werden alternativ die Begriffe „alle Schwierigkeiten“ oder bloß „Schwierigkeiten“ verwendet, vgl. EuGH, Urt. v. 15.3.2001, T-73/98, Slg. 2001, II-867, Rn. 42 (Prayon-Rupel). Siehe hierzu auch Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 4 VO 2015/1589, Rn. 5; Harringa, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 4 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 300; Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rn. 878 ff.; liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Kommission zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens verpflichtet, vgl. EuGH, Urt. v. 20.3.1984, C-84/82, Slg. 1984, 1451, Rn. 13 (Deutschland/Kommission); Urt. v. 19.5.1993, C-198/91, Slg. 1993, I-2487, Rn. 29 (Cook); Urt. v. 15.6.1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203, Rn. 33 (Matra); Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 4 VerfVO, Rn. 9; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 4 VO 2015/1589, Rn. 5.

⁴⁷² Vgl. Becker, EuZW 2012, 725, 727; Kamann, ZWeR 2014, 60, 72.

⁴⁷³ Kommission, ABl. 2007 C 19/2, Rn. 95 (Hessische Staatsweingüter).

⁴⁷⁴ Berrisch, EuZW 2014, 253, 256, spricht von einer „ausufernden Eröffnungspraxis der Kommission“; Giesberts/Kleve, NVwZ 2014, 643, 645, weisen darauf hin, dass die Kommission oftmals „vorschnell“ Prüfverfahren eröffne.

⁴⁷⁵ Kamann, ZWeR 2014, 60, 73 m.w.Nachw.

⁴⁷⁶ Überzeugend Berrisch, EuZW 2014, 253, 255.

Voraussetzungen des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllt sind. Der Begünstigte muss, um einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu widerlegen, somit nicht nur aufzeigen, dass keine Beihilfe vorliegt, sondern darüber hinaus dar tun, dass dies dermaßen evident ist, dass die Kommission im Rahmen ihrer oftmals nur sehr oberflächlichen Bewertung des Beihilfentatbestands⁴⁷⁷ noch nicht einmal Zweifel daran hegen durfte. Angesichts eines immer konturenloser werdenden Beihilfenbegriffs und einer parallel dazu einsetzenden verstärkten Ökonomisierung der Beihilfenkontrolle, die dazu führen, dass beinahe jede Transaktion, in der die öffentliche Hand involviert ist, unter einer Art „Beihilfe-Generalverdacht“ steht, wird dem Begünstigten insoweit in aller Regel etwas Unmögliches abverlangt. Auch im Kontext des europäischen Beihilfenrechts muss jedoch gelten: *Impossibilium nulla est obligatio!* Aufgrund der niedrigen tatbestandlichen Hürden für die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens und einer ausschließlich auf Ermessensfehler beschränkten Kontrolle durch die Unionsgerichte kann die Möglichkeit, eine Nichtigkeitsklage zu erheben, somit nicht als ein für den Kläger wirksamer Rechtsbehelf angesehen werden.⁴⁷⁸ Art. 41 und Art. 47 GRC stehen der Annahme einer Bindungswirkung folglich entgegen.

bb) Widerspruch zur bisherigen Judikatur des EuGH

Sollten die mitgliedstaatlichen Gerichte in Verfahren der privaten Durchsetzung der Stillhalteverpflichtung nur auf der Grundlage nicht vollständig ausgeräumter Zweifel der Kommission in jedem Fall einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV annehmen müssen, stünde diese Verpflichtung zudem in diametralem Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der den nationalen Gerichten und der Kommission im Rahmen des präventiven Beihilfenkontrollsystems einander ergänzende, aber unterschiedliche Rollen zukommen und die nationalen Gerichte eigen verantwortlich zu prüfen haben, ob eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor liegt.⁴⁷⁹ Die Anordnung einstweiliger Maßnahmen zum Schutz eines klagenden Wettbewerbers hat der EuGH dabei ausdrücklich an die strenge Voraussetzung geknüpft, dass „die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist“. Andernfalls müssten die nationalen Gerichte den Antrag zurückweisen.⁴⁸⁰ Eine Bindungswirkung würde somit zu einer grundlegenden Relativierung der in ständiger Rechtsprechung judizierten Entscheidungsautonomie der mitgliedstaatlichen Gerichte führen.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Vgl. *Giesberts/Kleve*, NVwZ 2014, 643, 645, die daher eine Bindungswirkung solcher „Ausfor schungsbeschlüsse“ überzeugend ablehnen.

⁴⁷⁸ Ebenso *Herrmann*, in: FS Müller-Graff, S. 616, 626; *Berrisch*, EuZW 2014, 253, 255; *Rennert*, DVBl 2014, 669, 672; ders., EuZW 2017, 567, 569.

⁴⁷⁹ EuGH, Urt. v. 5.10.2006, C-268/04, Slg. 2006, I-9983, Rn. 36, 37, 44 (Transalpine Ölleitung); grund legend zur Kompetenzverteilung bereits EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 41 ff. (SFEI); Urt. v. 21.10.2003, C-261/01 u. C-262/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 74 (van Calster).

⁴⁸⁰ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 36 (CELF II).

⁴⁸¹ So auch *Herrmann*, in: FS Müller-Graff, S. 616, 620.

cc) Umgehung der Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 VVO

Zugleich würde der Kommission praktisch die Möglichkeit eingeräumt, durch die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens – jedenfalls mittelbar – die Aussetzung und Rückforderung der Beihilfe anzurufen. Die Kommission darf eine Rückforderungsanordnung jedoch grds. nicht allein aufgrund eines Verstoßes gegen die Stillhalteverpflichtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV treffen, sondern hat hierfür stets die materielle Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festzustellen.⁴⁸² Zur eigenständigen Durchsetzung des Durchführungverbots ist sie angesichts der oftmals gravierenden Auswirkungen einer einstweiligen Rückforderung nur unter den qualifizierten Bedingungen des Art. 13 Abs. 2 VVO befugt.⁴⁸³ Eine Rückforderungsanordnung seitens der Kommission vor abschließender Feststellung der Binnenmarktunverträglichkeit ist hiernach nur zulässig, wenn nach geltender Praxis keinerlei Zweifel hinsichtlich des Beihilfencharakters der betreffenden Maßnahme bestehen,⁴⁸⁴ ein Tätigwerden dringend geboten ist⁴⁸⁵ und ein nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist.⁴⁸⁶ Nimmt man allerdings eine Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung an, so würden die strengen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 VVO insoweit unterlaufen, als die nationalen Gerichte – die Klage eines Wettbewerbers vorausgesetzt – bereits bei bloßen Zweifeln und auch in

⁴⁸² EuGH, Urt. v. 14.2.1990, C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rn. 21 (Boussac); EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 13 f. (FNCE); EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 43 (SFEI).

⁴⁸³ Diese Rückforderungsanordnung stellt eine Innovation der VO (EG) 659/1999 gegenüber der vorherigen Rechtsprechung dar. Mitunter wird bezweifelt, dass die Regelung mit der Rechtsprechung der Unionsgerichte im Einklang steht. Es wird ein Verstoß gegen die Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten angenommen, vgl. *Liibig/Martín-Ehlers*, Beihilfrecht der EU, Rn. 902 ff.; *Kruse*, NVwZ 1999, 1049, 1054; vgl. auch *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 427 m.w.Nachw.; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 2; *Köster*, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, VerfVO, Art. 11, Rn. 5; *Ritter*, EG-Beihilfenrückforderung von Dritten, S. 18, 23; umfassend auch *Sinnaeve*, EuZW 1999, 270, 273; *dies.*, EuZW 1998, 268, 270.

⁴⁸⁴ Maßgeblich soll insoweit die ständige Rechtsprechungspraxis sein. Aufgrund des Ausnahmeharakters der Norm dürfe eine Kommissionspraxis nicht genügen, vgl. *Ehrcke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Verordnung Nr. 659/1999, Art. 11, Rn. 124; *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 430.

⁴⁸⁵ Die Kommission hat bislang von der ihr nach Art. 13 Abs. 2 VVO eingeräumten Befugnis noch keinen Gebrauch gemacht. Es ist daher schwierig einzuschätzen, wie diese Voraussetzung auszulegen ist, vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 3. Letztlich müsste im Einzelfall eine Abwägung vorgenommen werden, bei der das Rückforderungsinteresse der Kommission den berechtigten Interessen des Mitgliedstaates und des Empfängers gegenübergestellt wird, vgl. *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 430. Maßgeblich dürften dabei die Intensität der Wettbewerbsverfälschung sowie die Gefahr sein, dass auch andere Mitgliedstaaten in ähnlicher Weise gegen das Stand-still-Gebot verstossen würden, vgl. *Ehrcke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Verordnung Nr. 659/1999, Art. 11, Rn. 125; v. *Wallenberg/Schütte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 108 AEUV, Rn. 100; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 3; *Ritzek-Seidl*, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 11 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 430.

⁴⁸⁶ Diese Voraussetzung dürfte nur in dem eher theoretischen Fall erfüllt sein, dass der Schaden weder durch Naturalrestitution noch durch die Zahlung von Schadensersatz ausgeglichen werden kann, vgl. *Ehrcke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Verordnung Nr. 659/1999, Art. 11, Rn. 126.

Konstellationen, in denen keine irreversiblen Schäden eines Konkurrenten drohen, infolge der Entscheidung der Kommission verpflichtet wären, den Entzug der gewährten Mittel anzuordnen.⁴⁸⁷ Wenn Gerichte in anhängigen Verfahren an die Einschätzung der Kommission gebunden sind, kommt der Kommission bereits vor Feststellung der Unvereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt genau die weitreichende Kompetenz zu, die der Gerichtshof ihr mit Hinweis auf die Kompetenzabgrenzung zu den mitgliedstaatlichen Gerichten ausdrücklich abgesprochen hat und welche die VVO mithilfe der stark einschränkenden Voraussetzungen für die Rückforderungsanordnung nach Art. 13 Abs. 2 VVO gerade zu verhindern sucht.⁴⁸⁸ Die engen Fesseln, die ihr der Rat in Gestalt der Restriktionen des Art. 13 Abs. 2 VVO im Hinblick auf die Rückforderung lediglich formell rechtswidriger Beihilfen angelegt hat, könnte die Kommission im Falle einer Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses ohne Weiteres dadurch abstreifen, dass sie das förmliche Prüfverfahren eröffnet und somit – gleichsam durch die Hintertür – die Rückforderung vorschreibt. Die begrenzenden Kriterien des Art. 13 Abs. 2 VVO existierten dann ausschließlich auf dem Papier.

dd) Belastung der Kommission

Dieser erhebliche und der Intention der VVO offensichtlich zuwiderlaufende Kompetenzzuwachs der Kommission ist aber nicht nur für die nationalen Gerichte und den Begünstigten misslich, sondern kann auch die Kommission selbst durchaus in eine unerwünschte Zwangslage versetzen und ihr eine Last auferlegen, die sie im Interesse einer unvoreingenommenen Prüfung des Beihilfencharakters nicht tragen sollte. Es ist die originäre und für einen funktionierenden Binnenmarkt unerlässliche Aufgabe der Kommission, sämtliche Maßnahmen, die im Verdacht stehen, wettbewerbsverzerrende Beihilfeelemente aufzuweisen, gründlich auf ihren Beihilfencharakter und sodann auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hin zu überprüfen. Weiß die Kommission nun aber um die massiven Konsequenzen, die eine Eröffnung des Prüfverfahrens nach sich zieht, könnte sie versucht sein, von einer weitergehenden Prüfung der Maßnahme abzusehen.⁴⁸⁹ Führt man sich vor Augen, dass förmliche Prüfverfahren nicht selten mehrere Jahre dauern und es durchaus vorkommt, dass nach einer sich über viele Jahre hinziehenden Prüfung das Vorliegen einer Beihilfe letztlich verneint wird,⁴⁹⁰ so wird deutlich, dass die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens in nicht wenigen Fällen zur Folge hat, dass der Mitgliedstaat unter Umständen für einen

⁴⁸⁷ Bärenbrinker, EWS 2014, 68, 69, weist zutreffend darauf hin, dass insoweit der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV konterkariert würde; vgl. auch v. Bonin/Wittenberg, EuZW 2014, 68, 69; Berrisch, EuZW 2014, 253, 225; Mager/Ganschow, in: Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 563, 574.

⁴⁸⁸ Herrmann, in: FS Müller-Graff, S. 616, 624 f.; Becker, EuZW 2012, 725, 727 f.; Traupel/Jennert, EWS 2014, 1, 4, weisen zudem darauf hin, dass die Mitgliedstaaten ausweislich der Entstehungsgeschichte der VVO erheblichen Wert auf die einschränkenden Voraussetzungen gelegt hätten.

⁴⁸⁹ Vgl. Rennert, DVBl 2014, 669, 671, der die Kommission daher auch als „die eigentliche Verliererin“ bezeichnet.

⁴⁹⁰ Hierzu näher Rennert, DVBl 2014, 669, 671.

beträchtlichen Zeitraum an einer für ihn zentralen und mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden wirtschaftspolitischen Maßnahme gehindert ist. Nationale Reformprojekte würden so aufgrund bloßer Zweifel der Kommission blockiert. Es kann offenkundig nicht im Interesse der Kommission sein, politisch oder sogar rechtlich und finanziell dafür verantwortlich zeichnen zu müssen, dass „Jahrhundertprojekte“ wie beispielsweise die deutsche Energiewende, an denen ein gesamteuropäisches Interesse besteht, trotz Unionsrechtskonformität über Jahre hinaus nicht umgesetzt werden können.⁴⁹¹ Die Kommission kann ihre Entscheidung, die Maßnahme einer eingehenderen Beihilfenrechtlichen Prüfung zu unterziehen, nur dann frei und verantwortungsvoll treffen, wenn aus ihrem Entschluss in diesem frühen, selbstverständlich von gewissen Unsicherheiten geprägten Verfahrensstadium noch keine schwerwiegenden Folgen resultieren. Die Kommission könnte sich ansonsten genötigt sehen, vor der Entscheidung über die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens quasi eine Folgenabwägung vorzunehmen und dabei auch diejenigen Konsequenzen zu berücksichtigen, die einträten, wenn der Beihilfencharakter der Maßnahme letztlich verneint werden müsste. Dies aber würde dann eventuell dazu führen, dass bestimmte (politisch exponierte) Beihilfenrechtlich relevante Maßnahmen von vornherein nicht vollumfänglich bzw. unvoreingenommen untersucht würden, die Beihilfenqualität vorschnell abgelehnt und die Beihilfenkontrolle langfristig an Effektivität einbüßen würde.

ee) Wortlaut des Art. 108 Abs. 3 AEUV

Bedenken an einem bereits durch Zweifel der Kommission aktivierten Durchführungsverbot bestehen des Weiteren vor dem Hintergrund des Wortlauts von Art. 108 Abs. 3 AEUV und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 lit. a) VVO, der die Notifizierungs- und Wartepflicht nur für tatbestandliche Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, nicht aber für „eventuelle“ Beihilfen normiert.⁴⁹² Es bleibt den Mitgliedstaaten freilich unbenommen, bei Zweifeln am Vorliegen einer Beihilfe sicherheitshalber die Maßnahme anzumelden, um ein Negativattest gem. Art. 4 Abs. 2 VVO zu erhalten. Verpflichtet hierzu ist der Mitgliedstaat aber nicht. Er kann auch (bewusst) das Risiko eingehen, dass eine von ihm nicht als Beihilfe eingestufte Maßnahme im Nachhinein von der Kommission als anzumeldende Beihilfe qualifiziert wird und entsprechend rückabgewickelt werden muss. Es gilt insoweit der Grundsatz der Selbstveranlagung der Mitgliedstaaten.⁴⁹³ Eine Bindungswirkung auch solcher Eröffnungsentscheidungen der Kommission, in denen keine verbindliche Aussage zumindest zur Beihilfeneigenschaft der Maßnahme getroffen wird, wäre mit Art. 108 Abs. 3 AEUV, Art. 2 Abs. 1

⁴⁹¹ Vgl. Rennert, DVBl 2014, 669, 671.

⁴⁹² Die Anwendungsbereiche von Art. 107 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 3 AEUV sind folglich deckungsgleich, vgl. EuGH, Urt. v. 15.7.2004, C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Rn. 31 f. (Pearle); Bungenberg, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 51; Werner, in: MünchKom-Wettbewerbsrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 22; Sinnaeve, in: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 33, Rn. 2: „Identitätstheorie“; Eilmansberger, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung, S. 66 ff. m.w.Nachw.

⁴⁹³ Hierzu Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 2 VO 2015/1589, Rn. 3; Bierwagen, in: NK-Beihilfenrecht, Art. 2 VO (EG) Nr. 659/1999, Rn. 198 f.

VVO nur dann vereinbar, wenn die Kommission nach diesen Normen vor jeder beabsichtigten Einführung auch solcher Maßnahmen zu unterrichten wäre, die möglicherweise die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, Art. 108 Abs. 3 AEUV also den Charakter eines „Gefährdungstatbestands“ hätte.⁴⁹⁴ Dies ist aber, wie aufgezeigt und vom Gerichtshof bestätigt,⁴⁹⁵ gerade nicht der Fall. Es erscheint widersprüchlich, die Mitgliedstaaten einerseits nicht zur Anmeldung nur hypothetischer Beihilfen zu verpflichten, andererseits aber zugleich die Nichtanmeldung solcher „eventuellen Beihilfen“ in der Weise zu sanktionieren, dass sie ohne weitergehende Prüfung als anmeldepflichtige und somit vom Durchführungsverbot erfasste Beihilfen klassifiziert werden.

ff) Normgeltung und Normakzeptanz

Auch die vom Gerichtshof angeführten Präventionserwägungen vermögen eine die Wortlautgrenze verletzende Ausdehnung der Art. 108 Abs. 3 AEUV, Art. 2 Abs. 1 VVO nicht zu rechtfertigen. Es ist zwar zutreffend, dass aufgrund der Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes die Gefahr divergierender Entscheidungen droht und ein nationales Gericht den Beihilfencharakter einer Maßnahme möglicherweise verkennt. Im Falle einer Bindungswirkung besteht jedoch die genau entgegengesetzte Gefahr, dass Maßnahmen ausgesetzt und Leistungen zurückgefordert werden müssen, obwohl sie sich schließlich nicht als Beihilfen herausstellen. Zudem gelangt das Prinzip der Prävention am besten dann zur Geltung, wenn der Normvollzug zwar konsequent, aber auch nur im Anwendungsbereich der Norm durchgesetzt wird.⁴⁹⁶ Eine extreme Ausdehnung des Art. 108 Abs. 3 AEUV könnte dazu führen, dass die Normakzeptanz und damit auch die Normgeltung langfristig Schaden erleidet. Müssen die Mitgliedstaaten befürchten, dass bestimmte wirtschaftspolitische Maßnahmen auch bei einer europarechtskonformen Ausgestaltung durch die Kommission blockiert werden können, besteht für sie kein nennenswerter Anreiz, eine unionsrechtswidrige Ausgestaltung in jedem Fall zu vermeiden, da rechtmäßiges Verhalten nicht durch die Sicherheit „prämiert“ würde, die Maßnahme ohne Widerstände seitens der Kommission durchführen zu können. Ein „Mehr an Prävention“ lässt sich daher nicht dadurch erreichen, dass auch solche Maßnahmen von einer Aussetzungs- oder Rückforderungsanordnung bedroht sind, die sich nur an der Grenze zum Beihilfentatbestand bewegen. Dazu kommt, dass dieser – bedingt durch die Kommissionspraxis der letzten Jahre – recht konturenlos erscheint und beinahe jede Transaktion mit staatlichen Stellen potentiell beihilfebelastet sein kann.⁴⁹⁷ Ein Ausweg bestünde für die betroffenen Unternehmen nur darin, sämtliche Geschäfte mit der öffentlichen Hand kategorisch

494 Vgl. Kamann, ZWeR 2014, 60, 67.

495 EuGH, Urt. v. 15.7.2004, C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Rn. 31 f. (Pearle).

496 Wagner, in: FS Roth, S. 665, 687, erläutert anhand der ökonomischen Forschung, dass die Steuerungswirkung einer Norm nicht nur durch Vollzugsdefizite, sondern auch durch ein Vollzugsübermaß geschwächt werde. Die Sanktionierung rechtmäßigen Verhaltens senke den Anreiz zu rechtskonformem Verhalten ebenso wie die fehlende Sanktionierung rechtswidrigen Verhaltens.

497 Wagner, in: FS Roth, S. 665, 687 f.

zu meiden. Dies wiederum hätte zur Folge, dass beispielsweise auch die von der Kommission insbesondere im Rahmen der jüngsten Wirtschafts- und Finanzkrise wiederholt geforderten und nachhaltig begrüßten Privatisierungen staatlicher Unternehmen und Banken gehemmt würden. Eine Verhaltensnorm dergestalt, dass sich die Mitgliedstaaten nicht einmal in die Nähe des Art. 107 Abs. 1 AEUV begeben dürfen, lässt sich auf Grundlage des geltenden Unionsrechts nicht legitimieren.

c) Konsequenzen des Urteils

Wie sind nun also schließlich die Ausführungen des Gerichtshofs in den Vorabentscheidungen zum Flughafen Frankfurt-Hahn und zum Flughafen Lübeck einzuordnen? Eine europarechts- und auch verfassungskonforme⁴⁹⁸ Interpretation der Rechtsprechung lässt nur den Schluss zu, dass für die mitgliedstaatlichen Gerichte nun eine qualifizierte Berücksichtigungspflicht der – wenn auch nur vorläufigen – Einschätzung der Kommission besteht. Die nationalen Gerichte haben fortan keine Befugnis mehr, eigenmächtig von der Beurteilung der Kommission abzuweichen. Eine umfassende Tatbestandswirkung kommt der Eröffnungsentscheidung allerdings dadurch nicht zwangsläufig zu.

aa) Partieller Verlust an Entscheidungsautonomie

Auf der Grundlage des allgemeinen Loyalitätsgebots nach Art. 4 Abs. 3 EUV war es den mitgliedstaatlichen Gerichten bislang nur versagt, die in der Eröffnungsentscheidung der Kommission zum Ausdruck kommende Bewertung als „neben der Sache liegend“ zu verwerfen.⁴⁹⁹ Sie mussten sich lediglich mit der Einschätzung der Kommission auseinandersetzen und diese bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen. Zu folgen brauchten sie ihr jedoch nicht, sondern konnten im Rahmen der ihnen zugestandenen Entscheidungsautonomie den Beihilfebegriff selbstständig auslegen und sich somit auch über die Bewertung der Kommission hinwegsetzen. Diese Befugnis wird man den mitgliedstaatlichen Gerichten im Anschluss an die jüngsten Entscheidungen des Gerichtshofs nicht mehr zugestehen können, da es ansonsten eben doch möglich wäre, Entscheidungen zu treffen, die einer Bewertung der Kommission zuwider.

⁴⁹⁸ Nach *Herrmann*, in: FS Müller-Graff, S. 616, 627 f., stellt die Annahme einer Tatbestandswirkung der Eröffnungsentscheidung ein offensichtliches und strukturbedeutsames Ultra-vires-Handeln dar, sodass deutsche Gerichte einer solchen Anordnung keine Folge leisten dürften. Unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG zur Antiterrordatei (BVerfG, Urt. v. 24.4.2013, BVerfGE 133, 277) müssten Urteile des EuGH so ausgelegt werden, dass sie nicht mit Art. 1 und Art. 20 GG konfligieren. Eine strikte Bindungswirkung sei daher auch aus verfassungsrechtlicher Sicht abzulehnen.

⁴⁹⁹ Vgl. *Bartosch*, EuZW 2013, 208, 210 ff.

der liefern.⁵⁰⁰ Genau diese Kompetenz spricht der Gerichtshof den Gerichten der Mitgliedstaaten jedoch explizit ab.⁵⁰¹

bb) Keine vollumfängliche Bindung

Der Verlust an Entscheidungsautonomie im Hinblick auf die Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV geht aber nicht mit einer vollumfänglichen Bindung der nationalen Gerichte einher. So hat auch das EuG unter Hinweis auf die den mitgliedstaatlichen Gerichten ausdrücklich eingeräumte Option, den EuGH bei Zweifeln über die Beihilfeeigenschaft der Maßnahme im Wege der Vorabentscheidung anzurufen, überzeugend festgestellt, dass „keine absolute und unbedingte Verpflichtung des nationalen Gerichts besteht, der vorläufigen Beurteilung der Kommission ohne Weiteres zu folgen“.⁵⁰² Der Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Rückforderung einer Beihilfe nur auf der Grundlage eines Eröffnungsbeschlusses stünden die strikten Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 VVO sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rs. CELF entgegen. Danach verlangt der Erlass von Schutzmaßnahmen, dass die Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe eindeutig feststeht.⁵⁰³

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten erheblichen Bedenken an der Vereinbarkeit einer Bindungswirkung von Eröffnungsbeschlüssen mit dem sonstigen primären und sekundären Unionsrecht ist die Annahme des OLG Schleswig, der EuGH habe die nationalen Gerichte verpflichten wollen, auf Aussetzung oder Rückforderung gerichteten Klagen nur deswegen stattzugeben, weil die Kommission im Rahmen einer ersten, recht rudimentären Prüfung gewisse Zweifel am Beihilfencharakter nicht gänzlich auszuräumen vermochte, nicht haltbar. Sie ist angesichts der erheblichen Folgewirkungen jedenfalls für in Deutschland mit der öffentlichen Hand kontrahierende Unternehmen auch sehr bedauerlich.

cc) Vorlagerecht der nationalen Gerichte

Die Optionen des mit Konkurrentenklagen befassten nationalen Richters haben sich durch die Entscheidungen des Gerichtshofs in den Konstellationen, in denen die Kommission zum Zeitpunkt des Urteils bereits das förmliche Prüfverfahren eröffnet hat, zweifelsohne merklich verringert. Ein gewisser und letztlich auch bedeutsamer Entscheidungsspielraum verbleibt ihm jedoch. Kollidiert seine Beurteilung der Maßnahme mit der Einschätzung der Kommission, kann er den Gerichtshof um verbind-

500 Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 27, geht jedoch nach wie vor von einer bloßen Berücksichtigungspflicht der Eröffnungsentscheidung aus: „Im Übrigen lässt der Gerichtshof den nationalen Gerichten alle Freiheiten“. Nach Herrmann, in: FS Müller-Graff, S. 616, 622 f., sind die nationalen Gerichte sogar verpflichtet, die Beihilfeeigenschaft selbstständig zu prüfen.

501 EuGH, Urt. v. 21.11.2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, Rn. 35 ff. (Deutsche Lufthansa); Beschl. v. 4.4.2014, C-27/13, ECLI:EU:C:2014:240, Rn. 24 (Flughafen Lübeck).

502 EuG, Beschl. v. 3.3.2015, T-251/13, ECLI:EU:T:2015:142, Rn. 46 (Gemeente Nijmegen) = EuZW 2015, 524 m. Anm. Weiß, EuZW 2015, 527.

503 Ebda., Rn. 40 ff. unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 36 (CELF II).

liche Klärung bitten. Unzulässig ist es einzig, sich eigenmächtig über die Eröffnungsentscheidung hinwegzusetzen. Möchte das mitgliedstaatliche Gericht von der Einschätzung der Kommission abweichen, muss es sich die Richtigkeit seiner Beurteilung der Maßnahme zunächst vom Gerichtshof bestätigen lassen.

Welche Folgen eine solchermaßen gesteigerte Pflicht zur Berücksichtigung der Eröffnungsentscheidungen nun für das private enforcement vor den nationalen Gerichten hat, lässt sich zum gegenwärtigen Stand noch nicht sicher prognostizieren. Es wird maßgeblich darauf ankommen, ob die mit Klagen von Wettbewerbern befassten Gerichte in den einzelnen Mitgliedstaaten den schmalen, ihnen noch verbliebenen Spielraum selbstbewusst nutzen und jedenfalls in den Fällen, in denen sie über mehr Informationen verfügen als die Kommission zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, die Frage der Beihilfenqualität dem Gerichtshof vorlegen und ihm aufzeigen, warum das Vorliegen einer Beihilfe im konkreten Fall abzulehnen ist.⁵⁰⁴ Der Gerichtshof wäre dann freilich gehalten, nicht nur – wie im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gegen die Eröffnungsentscheidung – die Bewertung der Kommission auf Ermessensfehler hin zu überprüfen, sondern auf der Grundlage der vorhandenen Informationsbasis die Frage des Beihilfenzarckters der Maßnahme abschließend zu beantworten.⁵⁰⁵ Sollte er dabei zu dem Ergebnis gelangen, dass die Maßnahme eine staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, so ist das vorlegende Gericht verpflichtet, der Klage des Wettbewerbers stattzugeben und die beantragte Aussetzung bzw. Rückforderung anzurufen. Sofern der EuGH den von der Kommission vermuteten Beihilfenzarckter aber nicht verifizieren kann, muss es dabei verbleiben, dass das nationale Gericht selbstständig über die Qualifikation der Maßnahme als Beihilfe befinden kann, also Konkurrentenklagen unter Umständen auch trotz Eröffnungsbeschlusses der Kommission abweisen darf. Bloße Zweifel der Kommission und auch des Gerichtshofs hieran sind schließlich noch nicht geeignet, das Durchführungsverbot „scharf zu stellen“.

Eine solche vermittelnde Ansicht würde zum einen der herausgehobenen Stellung der Kommission innerhalb des europäischen Beihilfenkontrollsystens gerecht, würde zum anderen aber auch die zum Teil weitergehenden Erkenntnismöglichkeiten der nationalen Gerichte berücksichtigen und die Letztentscheidungskompetenz des Gerichtshofs wahren.

dd) Aussetzung des nationalen Verfahrens

Es schließt sich dann jedoch die Folgefrage an, ob die Eröffnungsentscheidung in der Zeit bis zum Erlass des Vorabentscheidungsurteils Wirkungen entfaltet. Als Antwort wird vereinzelt auf die Anwendung der Grundsätze der Zuckerfabrik-Süderdithmarschen-Rechtsprechung des Gerichtshofs verwiesen.⁵⁰⁶ Hiernach darf ein nationales

⁵⁰⁴ Für ein solches abgestufte Konzept der Bindung je nach Informationslage auch *Kamann*, ZWeR 2014, 60, 77 ff.; zur umfassenden Prüfung des Beihilfenbegriffs grundlegend EuGH, Urt. v. 16.5.2000, C-83/98 P, Slg. 2000, I-3271, Rn. 25 (Ladbroke Racing).

⁵⁰⁵ Im Falle einer umfassenden Informationslage auch *Kamann*, ZWeR 2014, 60, 77 f.

⁵⁰⁶ Vgl. etwa *Ghazarian*, ESTAL 2014, 108, 114; *Kamann*, ZWeR 2014, 60, 78.

Gericht „die Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts nur aussetzen, wenn es erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung hat und die Frage dieser Gültigkeit, sofern der Gerichtshof mit ihr noch nicht befaßt ist, diesem selbst vorlegt, wenn die Entscheidung dringlich ist und dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden droht und wenn das Gericht das Interesse der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt“.⁵⁰⁷ Eine generelle Übertragung dieser sehr strengen Kriterien ist für die hier interessierenden Konstellationen aber nicht gerechtfertigt. Da sie nur in Ausnahmefällen erfüllt sein dürften, müsste das nationale Gericht auch dann, wenn es erhebliche Zweifel an der vorläufigen Einschätzung der Kommission hat, die einstweilige Aussetzung bzw. Rückforderung anordnen, ohne dass ein tatsächlicher Verstoß gegen das Durchführungsverbot festgestellt worden wäre. Letztlich liefe dies aber wiederum auf eine bloße „Verdachtsrückforderung“ hinaus, die angesichts des klaren Wortlauts des Art. 108 Abs. 3 AEUV – wie bereits dargelegt – unzulässig ist und die mithilfe der Vorlagemöglichkeit in Zweifelsfällen ja gerade vermieden werden soll.

Es erscheint daher vorzugswürdig, zumindest dann, wenn der Eröffnungsentcheidung nicht nur Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt, sondern auch bereits an der Beihilfeeigenschaft an sich entnommen werden können, eine Aussetzung des Verfahrens vor dem mitgliedstaatlichen Gericht bis zur Entscheidung des Gerichtshofs zuzulassen. Dies lässt sich auch durchaus mit der bisherigen Rechtsprechung der Unionsgerichte vereinbaren. Der Gerichtshof hat zwar geurteilt, dass nationale Gerichte nicht berechtigt sind, das Verfahren bis zu einer endgültigen Entscheidung der Kommission auszusetzen, da eine Aussetzung „faktisch dasselbe Ergebnis wie eine Zurückweisung des Antrags auf Schutzmaßnahmen“ zugunsten des klagenden Wettbewerbers hätte, und dazu führte, „dass vor der Entscheidung der Kommission gar keine Entscheidung über die Begründetheit dieses Antrags erginge“.⁵⁰⁸ Zu beachten ist jedoch, dass diese Entscheidung in einem Fall erging, in dem die Beihilfeeigenschaft der betreffenden Maßnahme feststand und nur über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt gestritten wurde. Da nach der jüngeren Judikatur des Gerichtshofs ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot von den mitgliedstaatlichen Gerichten dann nicht mit einer vollständigen Rückabwicklung der Beihilfe geahndet zu werden braucht, wenn diese zwischenzeitlich von der Kommission für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt wurde,⁵⁰⁹ hatte das nationale Gericht versucht, zunächst diese Entscheidung der Kommission abzuwarten, um die etwaige Vereinbarkeit der Beihilfe bei der Anordnung der Rechtsfolgen berücksichtigen zu können. Diesen Weg hat der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten indes überzeugend abgeschnitten, da ansonsten „der Vorteil der Beihilfe während des Zeitraums des Durchführungsverbots aufrechterhalten bliebe“, was die praktische Wirksamkeit des Art. 108 Abs. 3 AEUV vereiteln würde.⁵¹⁰ Steht ein Verstoß gegen

⁵⁰⁷ EuGH, Urt. v. 21.2.1991, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Rn. 33 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen).

⁵⁰⁸ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 31 (CELF II).

⁵⁰⁹ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469 (CELF I).

⁵¹⁰ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 31 (CELF II).

das Durchführungsverbot fest, haben die nationalen Gerichte somit ungeachtet dessen, dass die Beihilfe möglicherweise von den Ausnahmetatbeständen des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV gedeckt und somit materiell mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, auf Aussetzung und Rückforderung gerichteten Klagen von Konkurrenten statzugeben, um zu verhindern, dass der Empfänger weiterhin frei über die formell rechtswidrige Beihilfe verfügen kann. Das Verbot, ein Verfahren in solchen Konstellationen auszusetzen, ist sachgerecht und entspricht der Ratio des Art. 108 Abs. 3 AEUV, der nicht nur zu verhindern bezweckt, dass binnenmarktwidrige Beihilfen durchgeführt werden, sondern auch das Entscheidungsmonopol der Kommission über die Frage der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt sichern will.⁵¹¹

Diese Schutzzweckerwägungen greifen aber nicht gleichermaßen in solchen Fällen, in denen schon der Beihilfenzweck der Maßnahme umstritten ist. Ob das Durchführungsverbot verletzt wurde und die Maßnahme der Kommission zuvor hätte angezeigt werden müssen, ist ja gerade die Frage. Ein schematisches Verbot, von sofortigen Schutzmaßnahmen abzusehen, bis eine Entscheidung darüber getroffen wurde, ob tatsächlich eine Beihilfe vorliegt, lässt sich daher nicht rechtfertigen.

Die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV dürfte einer Aussetzung des Verfahrens allerdings in denjenigen Konstellationen entgegenstehen, in denen die Kommission nach Abschluss der vorläufigen Prüfung auf der Grundlage vom betreffenden Mitgliedstaat nicht bestrittener und daher eindeutiger faktischer und rechtlicher Feststellungen zu der festen Überzeugung gelangt, dass die Maßnahme sicher Beihilfeelemente aufweist und im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens nur noch der Frage der materiellen Vereinbarkeit nachgehen möchte. Bei einer solchen Sachlage wäre es in der Tat inkonsistent, wenn das nationale Gericht gleichwohl von vorläufigen Schutzmaßnahmen absehen und das Verfahren bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs aussetzen dürfte. Dies wäre aber nicht die Konsequenz einer wie auch immer gearteten Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung, sondern vielmehr Ausfluss des Kooperationsverhältnisses zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten. Eine bewusste, gleichsam von einem Widerwillen getragene Missachtung der Rechtsansicht der Kommission verbietet sich nämlich bereits auf der Grundlage des in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Loyalitätsgbots.⁵¹²

ee) Keine Angemessenheitskontrolle

Ohne auf eine mögliche Aussetzung des Verfahrens einzugehen, versucht der BGH in seinem Urteil v. 9.2.2017 einen Automatismus von Eröffnungsentscheidung der Kommission und nationaler Rückforderung durch eine Angemessenheitskontrolle zu ver-

⁵¹¹ Wagner, in: FS Roth, S. 665, 686.

⁵¹² Martin-Ehlers, EuZW 2014, 247, 252, spricht von einer „teilweise offenen Verweigerungshaltung der deutschen Rechtsprechung gegenüber dem Beihilferecht“. Ob eine solche angesichts der jüngsten Entwicklungen tatsächlich noch angenommen werden kann, mag bezweifelt werden. Sie wäre aber jedenfalls nicht erst durch die Vorabentscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Deutsche Lufthansa* (EuGH, Urt. v. 21.11.2013, C-284/12) unionsrechtlich unzulässig.

hindern. Er vertritt die Auffassung, die Anordnung der Rückforderung durch ein nationales Gericht vor einer endgültigen Entscheidung der Kommission müsse insbesondere dem in Art. 5 EUV verankerten unionsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen.⁵¹³ Die Rückforderung einer Förderung auf der Grundlage einer nur vorläufigen Einstufung als Beihilfemaßnahme durch die Kommission erweise sich etwa dann als unverhältnismäßig, wenn eine Beihilfe vorliege, die mit hoher Wahrscheinlichkeit gem. Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären sei und deren Rückforderung die Existenz des betroffenen Unternehmens ernsthaft bedrohe.⁵¹⁴ Da nach einer abschließenden Negativentscheidung der Kommission der Beihilfevorteil ohnehin vollständig zu entziehen sei, müsse aber auch über die Fälle einer offensichtlichen Genehmigungsfähigkeit der Maßnahme hinaus stets geprüft werden, ob eine sofortige Rückforderung der Beihilfe tatsächlich erforderlich sei.⁵¹⁵

Die These des BGH, die Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen stehe bis zu einer abschließenden Kommissionsentscheidung unter einem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, vermag nicht zu überzeugen. Eine Anwendung des vom BGH postulierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch in denjenigen Konstellationen, in denen die Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss auf der Grundlage eindeutiger Begründungen dargelegt hat, dass es sich bei der streitigen Maßnahme offensichtlich bzw. eindeutig um eine staatliche Beihilfe handelt, ihre weitere Prüfung also ausschließlich der Feststellung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV dient, könnte nämlich dazu führen, dass das nationale Gericht unter Hinweis auf eine zu erwartende oder jedenfalls mögliche Genehmigung der Beihilfe von einer sofortigen Rückforderung absieht, obwohl der Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV feststeht. Ein solcher Ausschluss der Rückforderung wegen potentieller Binnenmarktverträglichkeit der Beihilfe lässt sich jedoch nicht mit der den nationalen Gerichten zugewiesenen Rolle als „Wächter des Durchführungsverbots“ vereinbaren. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet, die Einhaltung der Stillhalteverpflichtung zu sichern, Wettbewerber vor einer verfrühten Auszahlung der Begünstigung zu schützen und Verstöße gegen das Durchführungsverbot grds. ohne Rücksicht auf die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt zu ahnden.⁵¹⁶ Bedeutung für ein nationales Verfahren kommt der Vereinbarkeit der Beihilfe allenfalls dann zu, wenn die Kommission diese vor der Entscheidung des nationalen Gerichts bereits festgestellt hat.⁵¹⁷ Liegt hingegen noch keine abschließende Kommissionsentscheidung vor, haben die mitgliedstaatlichen Gerichte, sofern die Klassifizierung der Maßnahme als Beihilfe nicht zweifelhaft ist, unverzüglich da-

⁵¹³ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 315 f.

⁵¹⁴ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 315 f.

⁵¹⁵ BGH, Urt. v. 9.2.2017, EuZW 2017, 312, 316.

⁵¹⁶ Vgl. hierzu ausführlich oben, S. 95 ff.

⁵¹⁷ Die nationalen Gerichte sind dann befugt, anstelle der Rückforderung der gesamten Beihilfe lediglich die Zahlung von Rechtswidrigkeitszinsen anzurufen, vgl. EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 46, 55 (CELF I); vgl. hierzu auch bereits oben, S. 99 ff.

für zu sorgen, dass der Empfänger der jedenfalls formell rechtswidrigen Beihilfe bis zu einer abschließenden Bewertung der materiellen Rechtmäßigkeit nicht weiterhin über den ausgezahlten Betrag verfügen kann.⁵¹⁸

Wären die nationalen Gerichte in der Lage, die Wahrscheinlichkeit der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt im Gewand einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in ihre Entscheidung über die Rückforderung der Beihilfe miteinfließen zu lassen, würde diese ausdifferenzierte Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Gerichten unterminiert. Die nationalen Gerichte könnten sich dann ohne Weiteres auf der Grundlage von Verhältnismäßigkeiterwägungen des mit Nachdruck an sie adressierten Rechtsschutzauftrags entziehen und Klagen von Wettbewerbern abweisen⁵¹⁹. Konkurrenten des begünstigten Unternehmens wären somit trotz festgestellten Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zunächst schutzlos gestellt. Ein solches Ergebnis würde die private Rechtsdurchsetzung massiv erschweren und damit zugleich die Effektivität der Beihilfenkontrolle nachhaltig verringern.

Eine Angemessenheitskontrolle der Rückforderung infolge einer Eröffnungsentscheidung der Kommission ist auch nicht erforderlich, um die Gefahr bloßer „Verdachtsrückforderungen“ zu bannen. Erlaubt man den mitgliedstaatlichen Gerichten nach der hier präferierten Lösung in den Fällen, in denen die Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss bloße Zweifel am Beihilfencharakter der Maßnahme zum Ausdruck bringt, das nationale Verfahren bis zu einer Entscheidung des EuGH auszusetzen und demnach zunächst von einer Rückforderung der etwaigen Beihilfe abzusehen, bedarf es keines Rückgriffs auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da eine Rückforderung erst und nur dann angeordnet werden muss, wenn der Gerichtshof die vorläufige Einschätzung der Kommission, es handele sich bei der Maßnahme um eine Beihilfe, bestätigt.

5. Fazit

Von einer grundlegenden Neujustierung des Kooperationsverhältnisses zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Gerichten oder einer Abkehr von der bisherigen Aufgabenverteilung im Rahmen der Beihilfenkontrolle infolge der Entscheidungen des Gerichtshofs kann alles in allem somit keine Rede sein. Untersagt ist es nationalen Gerichten nur, ohne vorherige Anrufung des EuGH von der Einschätzung der Kommission abzuweichen. Diese qualifizierte Berücksichtigungspflicht lässt sich zwar in Konstellationen, in denen die Kommission nicht mehr als leise Zweifel an der Beihilfefreiheit der in Rede stehenden Maßnahme hat, weder durch Sinn und Zweck des Beihilfenkontrollsystems noch durch die bisherige Rechtsprechungslinie der Unions-

⁵¹⁸ In diesen Fällen dürfen die nationalen Gerichte daher weder das Verfahren aussetzen, um die abschließende Kommissionsentscheidung abzuwarten, noch Schutzanträge klagender Wettbewerber ablehnen, vgl. EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099, Rn. 35 ff. (CELF II); ausführlich hierzu bereits oben, S. 100 f.

⁵¹⁹ Vgl. auch Karpenstein/Dorn, EuZW 2017, 337, 340.

gerichte sachlich rechtfertigen. Sie ist aber insoweit unschädlich und letztlich hinnehmbar, als die mitgliedstaatlichen Gerichte den Gerichtshof anrufen können und nach hier vertretener Auffassung bis zu dessen Entscheidung über die Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe Klagen von Wettbewerbern nicht stattzugeben brauchen. Eine gleichsam unausweichliche Befolgungspflicht mit unmittelbaren Wirkungen wird also nicht statuiert. Es bleibt aber gleichwohl zu hoffen, dass der EuGH bei nächster Gelegenheit die erforderlichen Klarstellungen treffen wird, um die gegenwärtig vorherrschende Unsicherheit in Literatur und Rechtsprechung zu beenden.

Bis dahin sollten sich die nationalen Gerichte in jedem Fall ermutigt sehen, den Beihilfencharakter der Maßnahme selbständig zu prüfen und im Falle einer von der Kommission abweichenden Auffassung von ihrem Recht auf Vorlage Gebrauch zu machen. Ein „Übergehorsam“ gegenüber nur vorläufigen Kommissionsentscheidungen würde der nach wie vor nicht zu unterschätzenden Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Wahrung des Durchführungsverbots nicht gerecht und könnte von Unternehmen als falscher Anreiz verstanden werden, unter dem Deckmantel des Beihilfenrechts wirtschaftlich vorteilhafte Transaktionen ihrer Wettbewerber auf Verdacht hin zu blockieren.⁵²⁰

V. Durchbrechung der Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen

1. Das Urteil des EuGH v. 11.11.2015

a) Das Vorlageverfahren vor dem LG Münster

Die Durchsetzung des Beihilfenrechts auf der Ebene der Mitgliedstaaten hat durch das Urteil des Gerichtshofs v. 11.11.2015 in der Rs. *Klausner*⁵²¹ und die anschließende Entscheidung des LG Münster v. 21.6.2018⁵²² eine neue Dimension erreicht. Auf Vorlage des LG Münster⁵²³ urteilte der EuGH, dass sich ein nationales Gericht, das einen zivilrechtlichen Vertrag wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV für nichtig hält, über eine andere mitgliedstaatliche Entscheidung hinwegsetzen muss, die zuvor die Wirksamkeit des Vertrags rechtskräftig festgestellt hat. Eine Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen ist demnach nicht nur in den bislang entschiedenen Fällen angezeigt, in denen eine Rückforderungsanordnung der Kommission wegen materieller Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt durch ein mitgliedstaatliches Urteil verhindert wird,⁵²⁴ sondern auch dann, wenn die Kommission sich noch gar nicht zur Binnen-

⁵²⁰ Die von Wagner, in: FS Roth, S. 665, im Untertitel berechtigterweise aufgeworfene Frage „Enforcement außer Rand und Band?“ müsste andernfalls in der Tat bejaht werden.

⁵²¹ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz*).

⁵²² LG Münster, Urt. v. 21.6.2018 – 11 O 334/12.

⁵²³ LG Münster, Vorlagebeschl. v. 18.9.2014, BeckRS 2014, 18191.

⁵²⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.7.2007, C-119/05, Slg. 2007, I-6199 (*Lucchini*); Urt. v. 22.12.2010, C-507/08, Slg. 2010, I-13489 (*Frucona*); ausführlich hierzu bereits oben, S. 66 ff.

marktkonformität der Maßnahme geäußert hat und ausschließlich ein formeller Verstoß in Form der Verletzung der Stillhalteverpflichtung in Rede steht.

Im Jahr 2007 schlossen die *Klausner Holz Niedersachsen GmbH* und das Land Nordrhein-Westfalen einen Vertrag über die Lieferung von Holz. In diesem verpflichtete sich das Land, dem Unternehmen bis Ende 2014 jährlich eine bestimmte Menge zu festgelegten Preisen zu verkaufen und keine weiteren Verkäufe an andere Abnehmer zu niedrigeren als den zwischen der *Klausner-GmbH* und dem Land vereinbarten Preisen zu tätigen. Nachdem das Land die *Klausner-GmbH* in den Jahren 2007 und 2008 wie vereinbart beliefert hatte, geriet die GmbH in wirtschaftliche Schwierigkeiten und zeitweise auch in Zahlungsrückstand. Das Land erklärte daraufhin im Jahr 2009 den Rücktritt vom Vertrag und stellte die Belieferung mit Holz zu den festgelegten Konditionen ein. In dem anschließenden Zivilrechtsstreit entschied das LG Münster, dass der Rücktritt des Landes unwirksam sei. Da auch keine anderen Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe oder Beendigungstatbestände in Bezug auf den Vertrag gegeben seien, bestünde der geschlossene Vertrag weiterhin fort.⁵²⁵ Dieses Urteil wurde sodann auch vom OLG Hamm als Berufungsgericht rechtskräftig bestätigt.⁵²⁶

Die *Klausner-GmbH* erhob anschließend Klage beim LG Münster und begehrte die Zahlung von Schadensersatz u.a. wegen der ausgebliebenen Holzlieferungen im Jahr 2009. Das Land machte in diesem Verfahren – erstmals – geltend, dass der Vertrag eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten der GmbH darstelle, die unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV durchgeführt worden sei. Der Vertrag sei daher nichtig und könne nicht als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch dienen. Das LG Münster bejahte das Vorliegen einer Beihilfe. Der Vertrag halte einem Private-vendor-Test nicht stand, da die vereinbarten Klauseln nicht marktüblich seien und den günstigen Vertragsbedingungen der *Klausner-GmbH* keine angemessene Gegenleistung gegenüberstehe.⁵²⁷ Es sah sich jedoch aufgrund des rechtskräftigen Feststellungsurteils des OLG Hamm daran gehindert, die Konsequenzen aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen, da keiner der in der ZPO aufgeführten Restitutionsgründe einschlägig sei. Das deutsche Prozessrecht biete somit trotz des angenommenen Verstoßes gegen Unionsrecht keine Möglichkeit, das rechtskräftige Urteil aufzuheben oder abzuändern.⁵²⁸ Das LG Münster entschied daher, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Frage vorzulegen, ob eine Rechtskraftdurchbrechung auch dann vorzunehmen sei, wenn noch keine dem streitgegenständlichen Urteil entgegenstehende bestandskräftige Kommissionsentscheidung vorliege.

⁵²⁵ LG Münster, Urt. v. 17.2.2012, BeckRS 2012, 06359.

⁵²⁶ OLG Hamm, Urt. v. 3.12.2012, BeckRS 2013, 00152.

⁵²⁷ LG Münster, Vorlagebeschl. v. 18.9.2014, BeckRS 2014, 18191, Rn. 23 ff.

⁵²⁸ Das LG Münster hat ausführlich alle im deutschen Recht normierten Ausnahmen von der Rechtskraft geprüft, jedoch letztlich abgelehnt, LG Münster, Vorlagebeschl. v. 18.9.2014, BeckRS 2014, 18191, Rn. 50 ff.

b) Die Argumentation des EuGH

Der EuGH geht in seinem Urteil zunächst detailliert auf die Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Gerichten im beihilfenrechtlichen Kontrollsyste ein und hebt die zentrale Rolle gerade auch des Rechtsschutzes vor den nationalen Gerichten hervor. Diese hätten bis zu einer endgültigen Entscheidung der Kommission über die Wahrung der Rechte der Einzelnen bei eventuellen Verstößen gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu wachen und dementsprechend Maßnahmen zu erlassen, die verhindern, dass der Empfänger der Beihilfe in der bis zur Entscheidung der Kommission verbleibenden Zeit weiterhin frei über sie verfügen kann. Um die Interessen von Wettbewerbern sowie die praktische Wirksamkeit der anschließenden Kommissionsentscheidung zu schützen, müssten sie in der Lage sein, die Rückforderung der unter Verletzung der Stillhalteverpflichtung gewährten Beihilfe anordnen zu können.⁵²⁹ Es sei daher Aufgabe der innerstaatlichen Gerichte, Normen des nationalen Rechts in einer Weise auszulegen, welche die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleiste. Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung zwinge dazu, unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts alles zu tun, um dem Europarecht zur Geltung zu verhelfen. In diesem Kontext misst der EuGH anscheinend auch dem Umstand Bedeutung bei, dass in der rechtskräftig entschiedenen Rechtssache weder hauptsächlich noch inzident beihilfenrechtliche Themen erörtert wurden, sondern – jedenfalls ausdrücklich – einzig die Frage behandelt wurde, ob der Vertrag trotz des Rücktritts seitens des Landes fortbestehe.⁵³⁰ Der Gerichtshof weist explizit darauf hin, dass ein Urteil der materiellen Rechtskraft nach § 322 ZPO nur insoweit fähig ist, als über den Anspruch entschieden worden ist, und fordert das LG Münster daher auf, zu prüfen, ob diese Einschränkung eine Auslegung erlaubt, wonach ein anderes Gericht nicht daran gehindert ist, im Rahmen eines späteren Rechtsstreits über solche Rechtsfragen zu entscheiden, über die in der rechtskräftigen Entscheidung nicht entschieden worden ist.⁵³¹ Zwar verlange das Unionsrecht weder in jedem Fall, dass von der Anwendung zur Rechtskraft führender Vorschriften der nationalen Rechtsordnung abgesehen würde, noch dürfe eine unionsrechtskonforme Interpretation der betreffenden Norm als Grundlage einer Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen. Nichtsdestotrotz müssten die Modalitäten der Wirkung der Rechtskraft eine Mindesteffektivität des Unionsrechts wahren und dürften nicht dazu führen, dass die Anwendung des Unionsrechts unmöglich gemacht werde. Dies wäre in der konkreten Situation aber der Fall, da die nationalen Gerichte keinerlei Möglichkeit hätten, ihrer Verpflichtung gerecht zu werden, die Beachtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu gewährleisten. Hinzu käme die Gefahr, dass die mitgliedstaatlichen Stellen und die Begünstigten das Durchführungsverbot ohne Weiteres umgehen könnten, indem sie – unter bewusster Aussparung beihilfenrechtlicher Aspekte – ein Feststellungsurteil erwirken.

⁵²⁹ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, Rn. 20-27 (Klausner Holz).

⁵³⁰ Ebda., Rn. 28 f.

⁵³¹ Ebda., Rn. 36.

ten.⁵³² Aus diesem Grund sei eine nationale Rechtsvorschrift, die ein mitgliedstaatliches Gericht daran hindere, sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu ziehen, mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar. Eine derart weitreichende Beeinträchtigung der effektiven Anwendung des Unionsrechts „und insbesondere der Bestimmungen über die Kontrolle staatlicher Beihilfen“ könne selbst durch den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht gerechtfertigt werden.⁵³³

2. Das Urteil des LG Münster v. 21.6.2018

Das LG Münster lehnte die Schadensersatzklage daraufhin mit der Begründung ab, dass der zwischen der *Klausner-GmbH* und dem Land geschlossene Vertrag nach § 134 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nichtig sei. Der Annahme der Nichtigkeit stehe § 322 ZPO nicht entgegen. Da der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung von den nationalen Gerichten verlange, unter Anwendung der in der innerstaatlichen Rechtsordnung anerkannten Auslegungsmethoden alles zu tun, was in ihrer Zuständigkeit liege, um zu einem mit dem vom Unionsrecht verfolgten Ziel im Einklang stehenden Ergebnis zu gelangen, sei es zulässig, § 322 ZPO im Interesse einer effektiven Durchsetzung des Europarechts so auszulegen, dass sich die Rechtskraft nicht auf solche Umstände erstreckt, welche nicht zum Gegenstand der rechtskräftigen Entscheidung gemacht worden sind.⁵³⁴

3. Bewertung der Urteile

Mit diesen Entscheidungen hat die Relativierung der Rechtskraft im Bereich des Beihilfenrechts zweifelsohne einen neuen Höhepunkt erreicht. Ungeachtet einer etwaigen Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt führt allein der Verstoß gegen das beihilfenrechtliche Verfahrensrecht dazu, dass ein nationales Urteil „das Papier nicht wert [ist], auf dem es geschrieben wurde“.⁵³⁵ Dadurch wird zugleich die eigenständige Bedeutung des Durchführungsverbots gestärkt und klargestellt, dass die Rechtskraft einer mitgliedstaatlichen Entscheidung nicht nur einer abschließenden Negativentscheidung der Kommission zu weichen hat, sondern bereits dann, wenn (nur) ein Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vorliegt. Die Urteile fügen sich insoweit gut in die bisherige Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs zur Aufgaben- und Kompetenzabgrenzung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten ein, da der Stellenwert, der den innerstaatlichen Gerichten im Rahmen der europäischen Beihilfenkontrolle zukommt, nochmals unterstrichen wird. Diese können und müs-

⁵³² Ebda., Rn. 42 f.

⁵³³ Ebda., Rn. 45.

⁵³⁴ LG Münster, Urt. v. 21.6.2018 – 11 O 334/12 – juris, Rn. 121.

⁵³⁵ Sehr deutlich und durchaus kritisch Kühling, ZfIR 2016, 67, 68.

sen losgelöst von einer Befassung der Kommission die Einhaltung des Durchführungsverbots sicherstellen. Im Ergebnis überzeugend überträgt der EuGH seine erstmals in der Rs. *Lucchini*⁵³⁶ erhobene Forderung nach einer Rechtskraftdurchbrechung auch auf die vorliegende Konstellation und macht damit – zu Recht – deutlich, dass Vorgaben der nationalen Rechtsordnungen, die die Umsetzung einer Kommissionsentscheidung nicht zu verhindern geeignet sind, auch einer Entscheidung eines mitgliedstaatlichen Gerichts, mit der ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot festgestellt wird, nicht entgegen gehalten werden können. Da Kommission und nationale Gerichte nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte einander ergänzende Aufgaben im Kontrollsysteem der Art. 107, 108 AEUV haben, sind beide – zwar in unterschiedlicher, aber gleichermaßen wichtiger Funktion – zum Schutz des Wettbewerbs vor staatlichen Verfälschungen aufgerufen. Eine parallele Auflösung des Konflikts zwischen der Effizienz des Beihilfenverbots und der Rechtskraft von Urteilen in Fällen, in denen die Kommission eine Unvereinbarkeitsentscheidung trifft, und in solchen, in denen die mitgliedstaatlichen Gerichte das Beihilfenrecht anwenden, ist daher sehr zu begrüßen.

Keine Zustimmung indes verdienen der Gerichtshof und das LG Münster, wenn sie meinen, § 322 ZPO könne unionsrechtskonform so ausgelegt werden, dass sich die Rechtskraft auf im Prozess ausdrücklich thematisierte Fragen beschränkt.⁵³⁷ Da in dem Verfahren vor dem OLG Hamm das Beihilfenrecht überhaupt nicht thematisiert und somit über die Geltung des Durchführungsverbots zuvor noch nicht entschieden wurde, könnte sich die Rechtskraft ihrer Auffassung zufolge auch nicht auf diese Aspekte beziehen. Das LG Münster sah sich somit in der Lage – ohne mit dem Institut der Rechtskraft in Konflikt zu geraten –, erstmals über einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu entscheiden.

Eine derart restriktive Auslegung des § 322 ZPO ist jedoch zu Recht ausgeschlossen. Die Rechtskraft eines Urteils, in welchem die Wirksamkeit eines Vertrags festgestellt wird, erstreckt sich auch auf solche Nichtigkeitsgründe, die von den Parteien nicht explizit zum Prozessstoff gemacht worden sind.⁵³⁸ Sie tritt vollkommen unabhängig davon ein, ob das Gericht alle einschlägigen Aspekte gesehen und zutreffend gewürdigt hat. Es ist Aufgabe der Parteien selbst, ihre Rechte rechtzeitig geltend zu machen.⁵³⁹

Der Ansatz einer einschränkenden Auslegung des § 322 ZPO ist überdies in solchen Fällen nicht zielführend, in denen die Frage des Beihilfencharakters des streitigenständlichen Vertrags in dem Verfahren zwar aufgeworfen, letztlich aber verneint worden ist. Bei inhaltlich unrichtigen Urteilen ist der Weg über eine Reduktion des

⁵³⁶ EuGH, Urt. v. 18.7.2007, C-119/05, Slg. 2007, I-6199 (*Lucchini*).

⁵³⁷ Scheinbar befürwortend aber *Frenz*, DVBl 2016, 45, 47.

⁵³⁸ BGH, Urt. v. 15.6.1982, NJW 1982, 2257; vgl. auch sehr deutlich *Weiß*, EuZW 2016, 60 f., der zutreffend darauf hinweist, dass es sich hierbei „nicht etwa um eine deutsche Spitzfindigkeit, sondern um ein Kernelement des gemeineuropäisch anerkannten Prinzips der res iudicata“ handelt; vgl. insofern etwa für Italien Art. 2909 Codice Civile.

⁵³⁹ Vgl. bereits BGH, Urt. v. 23.1.1979, NJW 1979, 1046, 1047; *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 322, Rn. 57.

Anwendungsbereichs des § 322 ZPO somit versperrt. Soll eine Korrektur auch solcher Urteile möglich sein, wäre auch nach dem Verständnis des EuGH und des LG Münster eine offene Durchbrechung der Rechtskraft unumstößlich. Ob der Gerichtshof dies für erforderlich hält, lässt sich seiner Entscheidung, in der er dezidiert darauf abstellt, dass beihilfenrechtliche Themen in den ersten Verfahren gerade nicht zum Prozessstoff gemacht wurden, nicht eindeutig entnehmen. Es erscheint im Sinne einer effektiven Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts jedoch nicht sachgerecht, danach zu differenzieren, ob Normen des Beihilfenrechts versehentlich unberücksichtigt geblieben sind oder aber unzutreffend ausgelegt und angewendet wurden. Eine Beeinträchtigung des freien und unverfälschten Wettbewerbs sowie der Interessen benachteiligter Konkurrenten des zu Unrecht begünstigten Unternehmens ist in beiden Konstellationen in gleichem Maße zu befürchten. Ob die Ablehnung des Beihilfencharakters in der rechtskräftigen Entscheidung tatsächlich unrichtig und eine Durchbrechung der Rechtskraft daher angezeigt ist, müsste in dieser Konstellation aber freilich zunächst im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens festgestellt werden. Wird in einem Verfahren die mögliche beihilfenrechtliche Relevanz des Vertrags behandelt und mit einer Begründung abgelehnt, kann eine Rechtskraftdurchbrechung nicht schon dann zulässig sein, wenn ein anderes mit der Sache befasstes Gericht bloß zu einer abweichenden Beurteilung der Beihilfenqualität des streitgegenständlichen Vertrags gelangt. Die konträren Entscheidungen bringen ja gerade zum Ausdruck, dass die Frage des Beihilfencharakters auf nationaler Ebene nicht eindeutig zu beantworten ist. Stehen demnach zwei Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte inhaltlich in direktem Widerspruch zueinander, muss der allein zur abschließenden Klärung von Fragen des Unionsrechts berufene EuGH zuvor über die Beihilfeneigenschaft des Vertrags und somit über die Legitimation der Rechtskraftdurchbrechung Aufschluss geben. Eine automatische Korrektur rechtskräftiger Entscheidungen zur Sicherstellung allein des Durchführungsverbots durch ein nationales Gericht darf daher ohne vorherige Anrufung des Gerichtshofs nur dann zulässig sein, wenn die beihilfenrechtlichen Implikationen des Falles zuvor gänzlich übersehen wurden, nicht aber schon dann, wenn sie unter Umständen unzutreffend beurteilt wurden.

Unbegründet ist auch die Befürchtung des Gerichtshofs, die öffentliche Hand und die Begünstigten könnten geneigt sein, „gemeinsame Sache zu machen“ und, ohne sich auf die Bestimmungen über staatliche Beihilfen zu berufen, ein Feststellungsurteil erwirken, das sie gegen eine etwaige Rückforderung immunisieren würde.⁵⁴⁰ Dass diese Gefahr tatsächlich „lebensfremd“ ist,⁵⁴¹ wird man zwar noch mit guten Gründen bestreiten können. Der vom LG Münster entschiedene Fall dürfte wohl gerade nicht paradigmatisch für beihilfenrechtliche Verhältnisse zwischen der öffentlichen Hand und den jeweiligen Begünstigten sein. In der Regel wird die beihilfegewährende Stelle ein Interesse daran haben, dass der Empfänger der staatlichen Leistung diese

⁵⁴⁰ Gundel, EWS 2016, 2, 6, weist darauf hin, dass dieses „Kollusionsargument“ erstmals bereits in der Alcan-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591) anklingt.

⁵⁴¹ So Weiß, EuZW 2016, 60, 61, der davon ausgeht, die Parteien hätten oftmals entgegengesetzte Interessen.

auch behalten darf, da im Falle bewusster Beihilfen die finanzielle Förderung ja gerade das tragende Motiv für den Abschluss des Vertrags ist.

Der Gerichtshof verkennt jedoch, dass die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens bereits dadurch gebannt ist, dass die aus der Verletzung des Durchführungsverbots resultierende Unwirksamkeit des Vertrags eine rechtshindernde Einwendung darstellt, welche die nationalen Gerichte von Amts wegen, also vollkommen unabhängig vom Vorbringen der Parteien, zu berücksichtigen haben.⁵⁴² Sofern die mitgliedstaatlichen Gerichte die beihilfenrechtlichen Implikationen des zu beurteilenden Falles nicht erkennen, ist ein Schutz gegen das Durchführungsverbot verstößender Verträge durch den „Schirm der Rechtskraft“ somit nicht möglich. Auch nach der Logik des Gerichtshofs würde die von den Parteien angestrebte Rechtskraft daher nur in den – wohl seltenen – Fällen eintreten, in denen die beihilfenrechtliche Bedeutung des Sachverhalts von den nationalen Gerichten übersehen wird. Hierauf zu spekulieren, dürfte kaum möglich sein.

Gleichwohl ist der vom Gerichtshof judizierte Vorrang der Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vor der Rechtskraft eines unter Missachtung zentraler unionsrechtlicher Vorschriften zustande gekommenen Urteils alles in allem richtig. Er ist erforderlich, um eine lückenlose Kontrolle staatlicher Beihilfen zu gewährleisten. Die bislang zu dieser Frage ergangenen Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Lucchini* und *Frucona* waren jeweils von einem ganz offensichtlichen Verstoß gegen das Unionsrecht geprägt und ließen die Berufung auf die Rechtskraft als missbräuchlich erscheinen. Nun hat der Gerichtshof erstmals klargestellt, dass es für die Frage einer etwaigen Durchbrechung der Rechtskraft nicht auf die Qualität der Verletzung des Beihilfenrechts ankommt. Daher müssen auch solche Verfahren wiederaufgenommen werden, die sich nicht durch einen gleichsam offenkundig zu Tage tretenden Widerwillen gegen das Unionsrecht kennzeichnen, sondern sich unbewusst in Widerspruch zu den Anforderungen des europäischen Beihilfenrechts setzen.⁵⁴³ Da die vom EuGH im Beihilfensektor geforderte Rechtskraftdurchbrechung nicht als Sanktion für evidente Verstöße konzipiert ist, sondern einzig der Wiederherstellung wettbewerbskonformer Zustände zu dienen bestimmt ist, erscheint es nur konsequent, nicht nach dem Grad des Verschuldens nationaler Gerichte bzw. – wie in der Rs. *Frucona* – mitgliedstaatlicher Behörden zu differenzieren und stattdessen eine Einschränkung des Prinzips der Rechtskraft in sämtlichen Fällen vorzunehmen, die eine effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts gefährden.

Der – wenn auch im konkreten Fall eigentlich untaugliche – Versuch des EuGH, unter Hinweis auf die Möglichkeiten einer unionsrechtskonformen Auslegung eine Kollision mit dem Institut der Rechtskraft zu vermeiden, zeigt anschaulich, dass sich der Gerichtshof des Stellenwerts der Rechtskraft als Fundamentalprinzip im Unionsrechtsgefüge vollauf bewusst ist und um eine mit den nationalen Rechtsordnungen

⁵⁴² Insoweit nun zutreffend *Weiß*, EuZW 2016, 60, 61; vgl. allgemein *Köhler*, BGB AT, § 18, Rn. 10 ff., 17; *Ulrici/Purmann*, JuS 2011, 104 ff.

⁵⁴³ Zu den Unterschieden zwischen der Rs. *Klausner* und den Fällen *Lucchini* und *Frucona* auch *Streinz*, NVwZ 2016, 603, 605; *Weiß*, EuZW 2016, 60, 61.

kompatible Lösung bemüht ist. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gerichtshof, sofern es im Bereich des Beihilfenrechts zum Schwur kommt, auch eine ausdrückliche Anordnung der Durchbrechung der Rechtskraft nicht scheut. Im Interesse eines freien und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt sowie eines umfassenden Schutzes rechtswidrig benachteiligter Konkurrenten sind die Urteile des EuGH und des LG Münster jedenfalls im Ergebnis ein wichtiges und richtungsweisendes Signal für eine konsequente und lückenlose Beihilfenkontrolle.

4. Umsetzungsmöglichkeiten im deutschen Zivilprozessrecht

Es soll in der Folge untersucht werden, ob das deutsche Recht – wie vom LG Münster in seiner Vorlageentscheidung angenommen – tatsächlich keine Handhabe bietet, rechtskräftige Gerichtsentscheidungen aufgrund ihrer Europarechtswidrigkeit zu korrigieren, sowie der Frage nachgegangen werden, auf welche Weise den Vorgaben des EuGH letztlich innerstaatlich Rechnung getragen werden kann.

a) Keine Restitutionsmöglichkeit de lege lata

Einleitend ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Entscheidungen deutscher Gerichte unabhängig davon in Rechtskraft erwachsen, ob sie inhaltlich richtig sind. Auch Urteile, die im Widerspruch zum Grundgesetz stehen oder aber – wie vorliegend – gegen EU-Recht verstossen, sind daher der Rechtskraft zugänglich. Für zivilgerichtliche Verfahren bestimmt § 322 ZPO, dass weder dasselbe noch andere Gerichte abweichend über denselben Anspruch entscheiden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bilden insbesondere die in § 578 Abs. 1 ZPO genannten Möglichkeiten, Nichtigkeitsklage nach § 579 ZPO oder Restitutionsklage nach § 580 ZPO zu erheben. Voraussetzung ist freilich, dass einer der dort jeweils enumerativ aufgezählten Nichtigkeits- bzw. Restitutionsgründe einschlägig ist. Daneben kommen für die Durchbrechung der Rechtskraft nur eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 233 ff. ZPO, eine Abhilfe bei Verletzung des rechtlichen Gehörs nach § 321a ZPO, eine Abänderung von Urteilen im Falle wiederkehrender Leistungen gem. § 323 ZPO, eine Nachforderungsklage zur Sicherheitsleistung nach § 324 ZPO sowie schließlich § 826 BGB für den Fall in Betracht, dass ein Titelgläubiger seine Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zulasten des Schuldners missbräuchlich ausnutzt.

Da der Gerichtshof keine Superrevisionsinstanz ist und insbesondere auch über keine mit § 95 Abs. 2 BVerfGG vergleichbare Kompetenz verfügt,⁵⁴⁴ kann er nationale Urteile nicht selbständig unmittelbar aufheben, sondern ist diesbezüglich – wie auch sonst – für die Beseitigung der von ihm festgestellten Vertragsverletzung auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen angewiesen. Eine Rechtskraftdurchbrechung

⁵⁴⁴ Hierauf weist auch Poelzig, JZ 2007, 858, 859, hin.

deutscher zivilgerichtlicher Entscheidungen kann deshalb letztlich nur auf der Grundlage einer der soeben genannten Normen der ZPO bzw. des BGB erfolgen.

aa) § 826 BGB

Eine Durchbrechung der Rechtskraft über § 826 BGB kann in der vorliegenden Konstellation nicht angenommen werden. Neben der objektiven Unrichtigkeit der rechtskräftigen Entscheidung und der in Fällen unbewusst gewährter privatrechtlicher Beihilfen wohl eher zweifelhaften Kenntnis der vollstreckenden Partei hiervon sind nämlich zusätzlich ganz besondere Umstände erforderlich, welche die Vollstreckung des Titels als missbräuchlich erscheinen lassen.⁵⁴⁵ Ein Anspruch aus § 826 BGB wird etwa bejaht, wenn ein Urteil arglistig durch Irreführung des Gerichts erschlichen oder ein Urteil in sittenwidriger Weise ausgenutzt wird, wobei die Sittenwidrigkeit eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens voraussetzt, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der Gesinnung oder auch aus den eintretenden Folgen ergeben kann.⁵⁴⁶ Eine vorsätzliche Schadenszufügung in sittenwidriger Weise kann in der Geltendmachung von Ansprüchen aus einem zwischen den Parteien geschlossenen und zunächst von zwei verschiedenen Gerichten für wirksam erachteten Vertrag nicht erblickt werden.⁵⁴⁷ § 826 BGB kann einen nachträglichen Eingriff in das rechtskräftige Feststellungsurteil somit nicht legitimieren.

bb) § 580 ZPO (analog)

Ernsthafte in Erwägung gezogen werden können nur die Restitutionsgründe des § 580 ZPO. Alle der dort aufgeführten Wiederaufnahmegründe beziehen sich auf schwerwiegende Mängel des Verfahrens oder gravierende inhaltliche Fehler des Urteils. Liegt ein solcher vor, muss ausnahmsweise die durch die Rechtskraft geschützte Rechtssicherheit hinter dem Interesse an materieller Gerechtigkeit zurücktreten.⁵⁴⁸

Da keiner der in § 580 Nr. 1-8 ZPO genannten Gründe die vorliegende Konstellation erfasst, kommt nur eine analoge Anwendung in Betracht. Zu denken wäre hier in erster Linie an eine entsprechende Anwendung des § 580 Nr. 8 ZPO. Nach diesem erst am 31.12.2006 in den Katalog des § 580 ZPO integrierten Restitutionsgrund ist die Wiederaufnahme eines Verfahrens möglich, wenn der EGMR nachträglich feststellt, dass das rechtskräftige Urteil gegen Vorschriften der EMRK verstößt. Die Ergänzung der Restitutionsgründe um diesen Fall zeigt jedenfalls, dass eine Wiederaufnahme des

⁵⁴⁵ *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, vor § 322, Rn. 74 m.w.Nachw.; kritisch *Oechsler*, in: Staudinger, § 826 BGB, Rn. 496 ff., der „besondere Umstände“ für verzichtbar erachtet, wenn der Titel schwer und evidentermaßen unrichtig ist.

⁵⁴⁶ LG Münster, Vorlagebeschl. v. 18.9.2014, BeckRS 2014, 18191, Rn. 65; vgl. hierzu *Sprau*, in: Palandt, § 826 BGB, Rn. 4 m.w.Nachw.

⁵⁴⁷ Überzeugend LG Münster, Vorlagebeschl. v. 18.9.2014, BeckRS 2014, 18191, Rn. 63 ff.

⁵⁴⁸ *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 580, Rn. 1; *Poelzig*, JZ 2007, 858, 867; vgl. auch BGH, Urt. v. 12.12.1962, NJW 1963, 715: Bei den in § 580 ZPO genannten Aufnahmegründen „wäre es für das Gerechtigkeitsgefühl unerträglich, wenn es keine Möglichkeit gäbe, die ergangene Entscheidung durch eine andere zu ersetzen“.

Verfahrens infolge einer späteren konfliktierenden Entscheidung eines europäischen Gerichts nicht kategorisch ausgeschlossen zu sein scheint.⁵⁴⁹

Gleichwohl bestehen durchgreifende Bedenken gegen die analoge Anwendung des § 580 Nr. 8 ZPO in der hier interessierenden Konstellation. Es ist zu berücksichtigen, dass § 580 ZPO als Ausnahmeverordnung grds. restriktiv auszulegen ist. Da der Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit dem Gesetzgeber überlassen bleiben muss,⁵⁵⁰ ist bei einer analogen Anwendung der Vorschrift also besondere Zurückhaltung geboten.⁵⁵¹ Eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte wird man unter Umständen noch bejahen können, da es für die unterlegene Partei nicht immer einen relevanten Unterschied macht, ob das rechtswidrige Urteil gegen eine Norm der EMRK oder aber gegen Unionsrecht, insbesondere die Unionsgrundrechte, verstößt.⁵⁵² Die daneben erforderliche planwidrige Regelungslücke indes kann nicht angenommen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat den zusätzlichen Wiederaufnahmegrund des § 580 Nr. 8 ZPO erst im Jahr 2006, also zu einem Zeitpunkt eingeführt, als das Europarecht bereits weitgehend denselben Integrationsgrad wie heute aufwies und insbesondere der Vorrang des Europarechts vor der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung anerkannt sowie aufgrund zahlreicher zu dieser Frage ergangener Urteile des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber auch bekannt war. Da er sich gleichwohl nur für eine punktuelle Ausweitung der Restitutionsgründe speziell auf Urteile des EGMR entschlossen und keine „europäische Lösung“ dergestalt gewählt hat, eine Wiederaufnahme aufgrund von Urteilen sämtlicher europäischer Gerichte zuzulassen, liegt vielmehr der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber sich bewusst auf Entscheidungen des EGMR beschränkt und keine Notwendigkeit gesehen hat, eine entsprechende Regelung auch für Entscheidungen der Unionsgerichte einzuführen. Hierfür spricht auch ganz entscheidend, dass ein Gesetzentwurf der SPD-Fraktion zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahrens⁵⁵³ einen Wiederaufnahmegrund vorsah sowohl für Urteile, die gegen die EMRK als auch für solche, die gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht verstößen. Dieser hatte jedoch nur dahingehend Erfolg, dass letztlich ein Wiederaufnahmegrund ausschließlich in Bezug auf Urteile eingeführt wurde, welche die EMRK verletzen.⁵⁵⁴ In einer Verletzung des Unionsrechts wurde ein Restitutionsgrund indes offenkundig nicht gesehen. Der in diesen

⁵⁴⁹ So ebenfalls Poelzig, JZ 2007, 858, 864.

⁵⁵⁰ Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, § 578, Rn. 1.

⁵⁵¹ Vgl. etwa BAG, Urt. v. 22.11.2012, NZA-RR 2014, 91, Rn. 31.

⁵⁵² Kritisch hingegen Poelzig, JZ 2007, 858, 862 f., die den entscheidenden Unterschied in der verscheidenartigen Ausgestaltung des Individualrechtsschutzes im Unionsrecht und im Recht der EMRK sieht. Die Wiederaufnahme des Verfahrens bei einem Konventionsverstoß sei notwendig, da eine Individualbeschwerde zum EGMR gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK erst nach Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe statthaft sei, die betroffenen Parteien also erst nach rechtskräftigem Abschluss des mitgliedstaatlichen Prozesses die Verletzung von Garantien der EMRK vor dem EGMR geltend machen könnten. Im Unionsrecht hingegen sei im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV Individualrechtsschutz bereits parallel zum nationalen Verfahren möglich, der Eintritt der Rechtskraft mithin gerade keine zwingende Voraussetzung, um Rechtsschutz durch den EuGH zu erlangen.

⁵⁵³ BT-Drucks. 13/3594, S. 2.

⁵⁵⁴ § 359 Nr. 6 StPO entspricht inhaltlich § 580 Nr. 8 ZPO.

gesetzgeberischen Eingriffen in die StPO und die ZPO zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers, die Rechtskraft eines gegen Unionsrecht verstoßenden Urteils unangetastet zu lassen, darf daher nicht über eine analoge Anwendung der Normen konterkariert werden.⁵⁵⁵ § 580 Nr. 8 ZPO (analog) kann somit zur Rechtfertigung eines nachträglichen Eingriffs in das rechtskräftige Urteil nicht herangezogen werden. Aus demselben Grund scheidet auch die mitunter diskutierte analoge Anwendung des § 580 Nr. 6⁵⁵⁶ bzw. des § 580 Nr. 7 ZPO⁵⁵⁷ aus.

Da, wie bereits aufgezeigt, entgegen der Auffassung des LG Münster auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 322 ZPO nicht in Betracht kommt, besteht – de lege lata – der einzige gangbare Weg schließlich darin, § 322 ZPO im Falle beihilfrechtswidriger Urteile gänzlich unangewendet zu lassen.⁵⁵⁸

b) Ergänzung der Restitutionsgründe de lege ferenda

De lege ferenda wäre darüber nachzudenken, den Katalog des § 580 ZPO um einen weiteren Restitutionsgrund zu ergänzen und auch den Fall aufzunehmen, dass ein Urteil im Widerspruch mit dem Unionsrecht steht. Für eine solche legislatorische Lösung hat sich auch GA *Cruz Villalón* in seinen Schlussanträgen zur Rs. *Frucona* ausgesprochen. Er geht davon aus, dass die Aufgabe der Mitgliedstaaten, rechtswidrige Beihilfen zurückzufordern, „unausweichlich die Verpflichtung mit sich bringt, ihre Verfahrensbestimmungen so zu gestalten, dass es möglich ist, dieses Ergebnis allgemein und ohne die Notwendigkeit zu erreichen, die Grundsätze, die die Rechtsstaatlichkeit kennzeichnen, in Frage zu stellen“.⁵⁵⁹ In der Slowakei etwa wurde die Zivilprozessordnung zwischenzeitlich dahingehend geändert, dass eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung überprüft werden kann, wenn sie „mit einer Entscheidung des Gerichtshofs der Union oder einem anderen Organ der Europäischen Union unvereinbar ist“.⁵⁶⁰ Wie die letzte Reform des § 580 ZPO im Jahr 2006 zeigt, mit der in Nr. 8 ein Wiederaufnahmegrund für Urteile eingeführt wurde, die gegen die EMRK verstößen, wäre eine solche Lösung auch in Deutschland kein absolutes Novum. Dass

⁵⁵⁵ In diesem Sinne auch *Baumann*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht, S. 156 f.; *Poelzig*, JZ 2007, 858, 867; *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927, 932, die auf den klaren Wortlaut abstellen.

⁵⁵⁶ *Meier*, EuZW 1991, 11, 14; *Huthmacher*, Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen, S. 212 ff.; jedenfalls für erwähnenswert halten diese Lösung auch *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927, 932, und *Baumann*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht, S. 156; nach *Poelzig*, JZ 2007, 858, 867, steht „der Fall, dass das nationale Gericht entgegen Art. 234 Abs. 2 EGV (nunmehr Art. 267 Abs. 3 AEUV) nicht vorgelegt hat und der EuGH im Nachhinein den Gemeinschaftsrechtsverstoß durch Urteil feststellt, [...] der in § 580 Nr. 6 ZPO geregelten Situation gleich“. A.A. BFH, Beschl. v. 27.9.1977, NJW 1978, 511.

⁵⁵⁷ So etwa *Becker*, EuZW 2012, 725, 729 f., der – jedoch ohne nähere Begründung – einen Weg über § 580 Nr. 7 lit. b) ZPO präferiert.

⁵⁵⁸ *Weiß*, EuZW 2016, 60, 61; vgl. auch *Streinz*, NVwZ 2016, 603, 605.

⁵⁵⁹ GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 9.9.2010, C-507/08, ECLI:EU:C:2010:507, Rn. 52 (Frucona).

⁵⁶⁰ Art. 228 Abs. 1 lit. e) der slowakischen Zivilprozessordnung; s. hierzu GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 9.9.2010, C-507/08, ECLI:EU:C:2010:507, Rn. 54 (Frucona), der dieses Vorgehen als „untaugliche Lösung“ bezeichnet.

sich der Gesetzgeber bislang geweigert hat, dem Vorrang des Unionsrechts auch durch Aufnahme eines entsprechenden Restitutionsgrundes Rechnung zu tragen, überrascht und führt – wie der vorliegende Fall zeigt – zu unnötigen Brüchen innerhalb der ZPO. Eine Ergänzung des ohnehin schon relativ umfangreichen Katalogs des § 580 ZPO würde die Bedeutung der Rechtskraft wohl nicht in einem grundlegenderen Maße in Frage stellen, als es bereits gegenwärtig aufgrund der zahlreichen gesetzlich normierten Durchbrechungstatbestände der Fall ist, zumal den Vorgaben des Gerichtshofs im Ergebnis ohnehin zu folgen und ein Beharren auf die Rechtskraft im Falle beihilferechtswidriger Entscheidungen nicht erfolgversprechend ist. Schließlich spricht auch die Existenz des § 95 Abs. 2 BVerfGG für eine gesetzliche Normierung eines Wiederaufnahmegrundes im Falle der Verletzung von Unionsrecht. Führt ein vom Bundesverfassungsgericht festgestellter Verstoß gegen das Grundgesetz zu einer Aufhebung des betreffenden Urteils, erscheint es angesichts des grundsätzlichen Vorrangs des Europarechts sogar vor dem Verfassungsrecht⁵⁶¹ folgerichtig, jedenfalls auch für Entscheidungen des Gerichtshofs eine entsprechende Durchbrechung der Rechtskraft zu normieren.⁵⁶²

Dass das verfassungsrechtlich abgesicherte Institut der Rechtskraft⁵⁶³ hierdurch verwässert oder gar erodiert würde, ist nicht zu befürchten. Dies gilt umso mehr, als das Beihilfenrecht in der Rechtsprechung der Unionsgerichte bislang eine Art Sonderstatus einnimmt und der Gerichtshof eine Relativierung der Rechtskraft in anderen Sachbereichen nur mittelbar über die Anerkennung eines Staatshaftungsanspruchs für judikatives Unrecht vorgenommen hat, obgleich auch dort durchaus gute Gründe für eine unmittelbare Korrektur unionsrechtswidriger Urteile sprechen.⁵⁶⁴ Eine Pflicht, gesetzgeberisch tätig zu werden, besteht indes nicht. Auch im Bereich des Beihilfenrechts ist es nicht erforderlich, dass nicht existentes nationales Recht zur Durchsetzung europäischer Vorgaben neu geschaffen wird.⁵⁶⁵ Aus der Perspektive des Unionsrechts ist es ausreichend, dass nationale Rechtsvorschriften, die die Umsetzung des Europarechts behindern, schlicht nicht angewendet werden. Aus nationaler Perspektive hingegen wäre eine Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf die bisherigen Judikate des EuGH zur Frage der Rechtskraftdurchbrechung insofern vorteilhaft, als sie eine harmonische und zugleich transparente Lösung für eine Vielzahl gleich gelagerter Fälle darstellte.

Sollte sich der Gesetzgeber infolge dieser nun erstmals gegenüber der Bundesrepublik erhobenen Forderung nach einer Zurückdrängung des Instituts der Rechtskraft in Sachverhalten mit beihilfenrechtlicher Relevanz doch dazu ermutigt sehen,

⁵⁶¹ S. hierzu die Nachweise in Fn. 321.

⁵⁶² Die erhebliche Relativierung des Instituts der Rechtskraft durch den deutschen Gesetzgeber, wie sie z.B. in § 580 ZPO Niederschlag gefunden hat, lässt die Annahme einer Verletzung der Verfassungsidentität des Grundgesetzes durch die Vorgaben des EuGH fernliegend erscheinen und wird – so weit ersichtlich – auch nicht diskutiert.

⁵⁶³ Zur verfassungsrechtlichen Fundierung der Rechtskraft als Ausfluss der Rechtssicherheit *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen, S. 89 ff.; vgl. auch *Kremer*, EuR 2007, 470, 471.

⁵⁶⁴ Vgl. hierzu bereits oben, S. 72 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. *Uwer/Wodarz*, DÖV 2006, 989, 993.

die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, so sollte er sich darüber im Klaren sein, dass eine Regelung vergleichbar derjenigen, die in der Slowakei im Jahr 2008 eingeführt wurde, nicht in jedem Fall zur umgehenden Wiederherstellung wettbewerbskonformer Zustände geeignet ist. Angesichts der Zweispurigkeit des Rechtsschutzsystems im Beihilfenrecht und der daraus resultierenden eigenständigen Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte, die Einhaltung des Anmeldeverfahrens sicherzustellen, wäre es hierfür nämlich erforderlich, dass ein nationales Gericht, das einen zuvor von einem anderen Gericht nicht erkannten Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV feststellt, auch unabhängig von einem späteren Beschluss der Kommission oder einer anschließenden Entscheidung des Gerichtshofs die Konsequenzen aus der Verletzung des Durchführungsverbots ziehen kann, sodass eine Korrektur von Urteilen, in denen diese übersehen wurde, auch dann möglich sein muss, wenn keine parallele Untersuchung der Maßnahme durch die Kommission stattfindet. Ein Restitutionsgrund, der tatbestandlich eine Entscheidung des Gerichtshofs voraussetzt, wäre daher zu eng konzipiert und würde Fälle wie den vom LG Münster entschiedenen nicht erfassen. Zu weit ginge indes ein Restitutionstatbestand, der jede gegenteilige Einschätzung einer unionsrechtlichen Fragestellung durch ein anderes Gericht ausreichen ließe, da ansonsten das Prinzip der Rechtskraft letztlich nur noch „auf dem Papier“ existierte und in einer Weise entwertet wäre, die seiner Stellung in der Unionsrechtsordnung wie auch im Grundgesetz nicht mehr gerecht würde. Ein den Vorgaben des Gerichtshofs entsprechender Restitutionsgrund müsste also eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht nur in den Fällen eines bestandskräftigen Beschlusses der Kommission bzw. einer Entscheidung eines Unionsgerichts, sondern auch dann ermöglichen, wenn eine in einem rechtskräftigen Urteil nicht thematisierte beihilfenrechtliche Frage in einem späteren Verfahren erstmals erkannt wird. Dabei müsste er aber zugleich ausschließen, dass eine bloß abweichende Rechtsauffassung zu einer tatsächlich entschiedenen Frage eine Durchbrechung der Rechtskraft ermöglicht. Es wird daher spannend bleiben, ob sich der Gesetzgeber dieser schwierigen Aufgabe annehmen und wie er reagieren wird. Bis dahin muss § 322 ZPO in den hier beschriebenen Fällen gänzlich unangewendet bleiben, zumal die vom LG Münster angenommene unionsrechtskonforme Auslegung des § 322 ZPO nicht in Betracht kommt.

VI. Zusammenfassung

Den mitgliedstaatlichen Gerichten kommt als „Wächtern des Durchführungsverbots“ eine wesentliche Rolle bei der effektiven Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts zu. Zum Schutz der Wettbewerber begünstigter Unternehmen haben sie grds. ungeachtet einer etwaigen Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt die Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen anzuordnen. Wurde die Beihilfe jedoch zwischenzeitlich von der Kommission genehmigt, reicht es nach Ansicht des Gerichtshofs aus, dass sie die Zahlung sog. Rechtswidrigkeitszinsen anordnen. Im Interesse eines effektiven Konkurrentenschutzes ist es den Gerichten der Mitgliedstaaten aber untersagt, ihr Verfahren bis zu einer endgültigen Kommissionsentscheidung

auszusetzen. Es steht den nationalen Gerichten indes nach wie vor frei, aus Gründen, die im innerstaatlichen Recht liegen, auch die vollständige Rückforderung einer formell rechtswidrigen, aber für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärten Beihilfe anzutreten. Hinsichtlich der auszusprechenden Rechtsfolgen können sie einen vorangegangenen Positivbeschluss der Kommission berücksichtigen, sind hierzu aus unionsrechtlicher Perspektive aber nicht verpflichtet.

Zum Schutz des freien und redlichen Wettbewerbs sowie der Interessen benachteiligter Konkurrenten kann die Rechtskraft eines die Beihilfeeigenschaft einer Maßnahme zu Unrecht ablehnenden bzw. diese nicht thematisierenden zivilgerichtlichen Feststellungsurteils einer Rückforderungsanordnung in einem späteren Verfahren nicht entgegengehalten werden. Mangels einschlägiger Restitutionsgründe für EU-beihilferechtswidrige Urteile de lege lata muss § 322 ZPO in solchen Konstellationen unangewendet bleiben. De lege ferenda wäre eine Ergänzung des Katalogs der Wiederaufnahmegründe in § 580 ZPO dahingehend möglich, einen Resitutionsgrund auch für den Fall aufzunehmen, dass ein Urteil im Widerspruch mit dem europäischen (Beihilfen-)Recht steht.

Die mitunter nicht einfache Beurteilung, ob eine Maßnahme als Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren ist, obliegt in nationalen Verfahren grds. den mitgliedstaatlichen Gerichten in eigenverantwortlicher Prüfung. Sobald die Kommission jedoch das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 3 S. 2, Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 6 VVO eröffnet und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass sie den Beihilfencharakter der Maßnahme jedenfalls nicht ausschließen könne, besteht seitens der nationalen Gerichte eine qualifizierte Berücksichtigungspflicht dergestalt, dass sie die Beihilfenqualität nicht ablehnen dürfen, ohne zuvor die Frage dem EuGH vorgelegt zu haben. Eine darüber hinausgehende vollumfängliche Bindungswirkung von Eröffnungsbeschlüssen der Kommission für die mitgliedstaatlichen Gerichte ist abzulehnen.

G. Die Rechtsprechung des BGH zu rechtswidrigen Beihilfen

I. Einleitung

Nachdem die zentrale Stellung der mitgliedstaatlichen Gerichte innerhalb der europäischen Beihilfenkontrolle dargestellt sowie ihre unionsrechtlich determinierten Aufgaben und Befugnisse erörtert und kritisch beleuchtet worden sind, soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, wie die deutschen Zivilgerichte den an sie adressierten Rechtsschutzauftrag erfüllen, wenn eine privatrechtlich gewährte Beihilfe unter Missachtung des Notifikationsverfahrens eingeführt wurde. Zu diesem Zweck wird die rechtstechnische Umsetzung des vom Gerichtshof postulierten private enforcement in der Rechtsprechung des BGH untersucht und aufgezeigt, wie sich die europarechtlichen Vorgaben zur Ahndung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nahtlos in die deutsche Zivilrechtsdogmatik einfügen lassen. Zunächst wird erläutert, dass Wettbewerber erfolgreich vor deutschen Zivilgerichten auf Rückforderung von formell rechtswidrigen Beihilfen klagen können, da Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sowohl als gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB als auch als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB einzuordnen ist. Sodann wird der Fokus auf die adäquate Rechtsfolge des § 134 BGB bei einer Verletzung der Stillhalteverpflichtung gerichtet. Die dazu ergangenen Entscheidungen des BGH sowie die in der Literatur vertretenen Auffassungen werden einer kritischen Würdigung unterzogen.

II. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbots- und Schutzgesetz

1. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB

Ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB liegt vor, wenn die Vornahme eines nach der Rechtsordnung grundsätzlich möglichen Rechtsgeschäfts mit Rücksicht auf seinen Inhalt, auf einen von der Rechtsordnung missbilligten Erfolg oder auf die besonderen Umstände, unter denen es vorgenommen wird, untersagt wird.⁵⁶⁶ Als Verbotsgesetz kommt jede Rechtsnorm i.S.d. Art. 2 EGBGB in Betracht.⁵⁶⁷ Auch unionsrechtliche

⁵⁶⁶ Wendtland, in: BeckOK-BGB, § 134, Rn. 9; Dörner, in: NK-BGB, § 134, Rn. 4.

⁵⁶⁷ Ellenberger, in: Palandt, § 134 BGB, Rn. 2; Wendtland, in: BeckOK-BGB, § 134, Rn. 5; Mansel, in: Jauernig, § 134 BGB, Rn. 8; Dörner, in: NK-BGB, § 134, Rn. 3; Arnold, in: Erman, § 134 BGB, Rn. 8.

Vorschriften können Verbotsgesetze darstellen, sofern sie unmittelbar anwendbar sind.⁵⁶⁸

Für die Klassifizierung einer Norm als Verbotsgesetz ist nicht erforderlich, dass das Verbot in der Norm ausdrücklich ausgesprochen wird; es genügt vielmehr, wenn das Verbot aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift folgt.⁵⁶⁹ Entscheidend ist, ob die Norm das Rechtsgeschäft als solches untersagt, oder sich lediglich gegen die Art und Weise seines Zustandekommens richtet. Ist letzteres der Fall, ist eine bloße Ordnungsvorschrift anzunehmen, welche die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht beeinträchtigt.⁵⁷⁰

Der BGH ordnet Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV überzeugend als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB ein und widerspricht damit Teilen des Schrifttums, die dem Durchführungsverbot nur den Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift ohne jede materielle Bedeutung zuschreiben.⁵⁷¹ Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV dient zwar in erster Linie dazu, die wirksame Durchsetzung des materiell-rechtlichen Beihilfenverbots nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sicherzustellen und drückt für sich genommen keine inhaltliche Missbilligung der staatlichen Fördermaßnahme aus. Es muss jedoch beachtet werden, dass der Gerichtshof dem Durchführungsverbot, anders etwa als der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, eine eigenständige materielle Bedeutung zuerkannt hat, die weit über eine rein dienende Rolle zur Wahrung der Entscheidungshoheit der Kommission hinausgeht. Im Interesse eines unverfälschten Wettbewerbs und zum Schutz von Wettbewerbern hat ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach der Rechtsprechung des EuGH die Beeinträchtigung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.⁵⁷² Zudem führt eine spätere Genehmigung der formell rechtswidrigen Beihilfe nicht zur Heilung der Rechtswidrigkeit, sodass die nationalen Gerichte auch nach einer Positiventscheidung der Kommission Schutzmaßnahmen zugunsten von Konkurrenten des begünstigten Unternehmens erlassen müssen.⁵⁷³ Hierzu wären sie nicht in der Lage, wenn man Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als reine Verfahrensvorschrift

⁵⁶⁸ BGH, Urt. v. 21.2.1989, GRUR 1991, 558, 559 f.; *Armbrüster*, in: MünchKom-BGB, § 134, Rn. 37; *Ellenberger*, in: Palandt, § 134 BGB, Rn. 3; *Mansel*, in: Jauernig, § 134 BGB, Rn. 8; *Pütz*, Das Beihilfenverbot, S. 54; *Rödel*, Beihilfegeährende Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 112.

⁵⁶⁹ BGH, Urt. v. 19.12.1968, BGHZ 51, 255, 262; Urt. v. 23.10.1980, BGHZ 78, 269, 271; Urt. v. 12.5.2011, NJW-RR 2011, 1426, 1427 f.; *Armbrüster*, in: MünchKom-BGB, § 134, Rn. 41.

⁵⁷⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1962, BGHZ 37, 363, 365; Urt. v. 12.1.1970, BGHZ 53, 152, 157; Urt. v. 23.10.1980, BGHZ 78, 269, 272; Urt. v. 27.9.1989, BGHZ 108, 364, 368.

⁵⁷¹ BGH, Urt. v. 4.4.2003, EuZW 2003, 444, 445; Urt. v. 20.1.2004, EuZW 2004, 252, 253; Beschl. v. 13.9.2012, NVwZ-RR 2012, 960, 963; ebenso *Bork*, in: FS Lutter, S. 301, 303 ff.; *Deckert/Schroeder*, EuR 1998, 291, 315; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilferecht, Rn. 456; *Niggemann*, Staatsbürgschaften und Europäisches Beihilferecht, S. 344 ff.; *Pütz*, Das Beihilfeverbot, S. 54 ff.; *Reufels*, Subventionskontrolle durch Private, S. 105; *Schroeder*, ZHR 161 (1997), 805, 811; *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, S. 108; *Steindorff*, ZHR 152 (1988), 474, 488 f.; *Tilmann/Schreibauer*, GRUR 2002, 212, 213 f.; *Rödel*, Beihilfegeährende Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 116 ff.; *Kampe*, Die Staatsbürgschaft im Europäischen Beihilferecht, S. 84 ff.; *Strievi/Werner*, JuS 2006, 106, 108; für eine Einordnung als Ordnungsvorschrift hingegen *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 189, 191; *Schneider*, NJW 1992, 1197, 1199; *Klanten*, ZIP 1995, 535, 542; vgl. auch *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 753, 761 (in Bezug auf Staatsbürgschaften).

⁵⁷² Vgl. nur EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 12 (FNCE).

⁵⁷³ Klargestellt in EuGH, Urt. v. 21.10.2003, C-261/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 62 (van Calster).

ohne Auswirkungen auf den Bestand des Rechtsgeschäfts qualifizieren würde. Das Durchführungsverbot als rechtlich vollständiges und von der materiellen Frage der Vereinbarkeit der Beihilfe losgelöstes, eigenständiges Verbot, das zur unheilbaren Rechtswidrigkeit des Rechtsgeschäfts führt, stellt demnach ein Verbotsgesetz dar.

Der eindeutige Verbotscharakter des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV kann schließlich nicht mit Hinweis darauf infrage gestellt werden, dass nur an eine Vertragspartei adressierte Verbote grds. nicht in den Anwendungsbereich des § 134 BGB fielen.⁵⁷⁴ Auch auf der Grundlage dieses auf die Motive des 1. BGB-Entwurfs⁵⁷⁵ zurückgehenden Dogmas, wonach nur an beide Parteien des Rechtsgeschäfts gerichtete Verbotsnormen zur Unwirksamkeit führen, lediglich gegen eine Partei gerichtete Verbotsnormen hingegen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts grds. unangetastet lassen sollen, kann der angesprochene Adressatenkreis nur ein Indiz für den Verbotscharakter sein, das einen Rückgriff auf Sinn und Zweck der Vorschrift im Einzelfall keinesfalls entbehrlich macht.⁵⁷⁶ Selbst wenn man dieser Regel uneingeschränkt folgen wollte, wäre eine Qualifizierung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbotsgesetz durch sie allerdings nicht ausgeschlossen. Geht man nämlich davon aus, dass einseitige Verbotsnormen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht berühren, so folgt daraus nicht zwangsläufig, dass derartige Normen nicht gleichwohl Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB sein können. Eine andere Sichtweise vermeint in unzulässiger Weise die beiden getrennt voneinander zu beantwortenden Fragen nach dem Vorliegen eines Verbotsgesetzes und nach den von § 134 BGB geforderten Rechtsfolgen eines solchen Verstoßes. Könnte eine Norm nur dann Verbotsgesetz sein, wenn eine Verletzung dieser Vorschrift zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führte, hätte der Normzweckvorbehalt des § 134 Hs. 2 BGB praktisch kaum einen Anwendungsbereich und verlöre seinen Sinn.⁵⁷⁷ Der Umstand, dass sich Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV einzig an die Mitgliedstaaten, nicht aber auch an die Beihilfeempfänger richtet,⁵⁷⁸ mag daher allenfalls Bedeutung für die Frage haben, ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot tatsächlich zu der in § 134 BGB grds. vorgesehenen Rechtsfolge der Nichtigkeit führt,

⁵⁷⁴ So aber Schütte/Kirchhoff, EWS 1996, 189, 191; Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, 165, 184.

⁵⁷⁵ Mot. I 210; die Anzahl der Adressaten findet sich als Argumentationslinie auch in zahlreichen Urteilen des RG und des BGH, vgl. RG, Beschl. v. 17.3.1905, RGZ 60, 273, 277; Urt. v. 18.6.1920, RGZ 100, 39, 40; BGH, Urt. v. 25.6.1962, NJW 1962, 2010 f.; Urt. v. 10.7.1991, NJW 1991, 2955, 2956.

⁵⁷⁶ Überzeugend Armbrüster, in: MünchKom-BGB, § 134, Rn. 48; vgl. auch Wendtland, in: BeckOK-BGB, § 134, Rn. 11; Dörner, in: NK-BGB, § 134, Rn. 8; der BGH hat daher vereinzelt die Nichtigkeit auch solcher Rechtsgeschäfte angenommen, die nur einer Partei verboten sind, vgl. etwa BGH, Urt. v. 9.2.1990, NJW 1990, 1603, 1604 (§ 14 HeimG); Beschl. v. 17.2.2005, NJW 2005, 1505, 1506 (Abtretung ärztlicher Honoraransprüche).

⁵⁷⁷ Überzeugend bereits Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 55; Kampe, Die Staatsbürgschaft im Europäischen Beihilfenrecht, S. 91 f.; vgl. auch Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 34 f.; Hefermehl, in: Soergel, § 134 BGB, Rn. 1.

⁵⁷⁸ Der EuGH entnimmt dem Durchführungsverbot keine „spezifische Verpflichtung“ des Begünstigten, die Beihilfe vor der Genehmigung durch die Kommission nicht anzunehmen, vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 73 (SFEI); der BGH, Urt. v. 4.4.2003, EuZW 2003, 444, 445, lässt die Frage nach der Einseitigkeit des Verbots hingegen offen, scheint indes auch den Beihilfeempfänger zum Adressatenkreis des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu zählen: „Denn der Schutz des freien Wettbewerbs als Voraussetzung für einen Gemeinsamen Markt lässt sich ohne Einbeziehung der durch die staatlichen Beihilfen Begünstigten nicht verwirklichen.“

gibt jedoch keinen Aufschluss über den Charakter der Stillhalteverpflichtung als Verbotsgesetz.

Um innerstaatlich die ihm von Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung zugeschriebene Funktion erfüllen zu können, muss das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV trotz seiner primären Funktion als Verfahrensvorschrift somit als Verbots gesetz i.S.d. § 134 BGB eingeordnet werden.

2. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB

Mit zwei Urteilen vom 10. Februar 2011 in den Rs. Flughafen Frankfurt-Hahn und Flughafen Lübeck hat der BGH ausdrücklich anerkannt, dass Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht nur als Verbots gesetz i.S.d. § 134 BGB, sondern zudem als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist, und damit klargestellt, dass von der Beihilfe nachteilig Betroffene, wie etwa Wettbewerber des Begünstigten, einen Anspruch auf Auskunft, Unterlassung, Schadensersatz und insbesondere Beseitigung, also Rückforderung der Beihilfe haben.⁵⁷⁹ Die Anerkennung der drittschützenden Wirkung des Durchführungsverbots ist ein Meilenstein für das private enforcement im Bereich privatrechtlich gewährter Beihilfen und zugleich ein einschneidender Wendepunkt in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zur Wahrung der Stillhalteverpflichtung.⁵⁸⁰

Obwohl der Gerichtshof bereits seit seiner grundlegenden Entscheidung in der Rs. *Lorenz*⁵⁸¹ in ständiger Rechtsprechung judiziert, dass das Durchführungsverbot unmittelbare Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten besitzt und Rechte des Einzelnen begründet, die von den nationalen Gerichten zu schützen sind, hatte sich die deutsche instanzgerichtliche Zivilrechtsprechung beharrlich geweigert, Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen. Auf Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen gerichtete Klagen von Wettbewerbern wurden daher mangels einschlägiger Anspruchsgrundlage abgewiesen.⁵⁸² Trotz des an die mitgliedstaatlichen Gerichte adressierten eindeutigen Rechtsschutzauftrags zugunsten der Wettbewerber hatte etwa das OLG Koblenz eine Anspruchsgrundlage unter Hinweis auf das Schutzobjekt des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verneint, das

579 BGH, Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 440; Urt. v. 10.2.2011, BeckRS 2011, 5517.

580 *Martín-Ehlers*, EuZW 2011, 583: „Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung“; *Jaeger*, wbl 2012, 9, 11: „Quantensprung für die Beihilfedurchsetzung“; *Soltész*, EuR 2012, 60, 61; *ders.*, EuZW 2012, 174, 178; vgl. auch *Ehlers/Scholz*, JZ 2011, 585; *Koenig/Hellstern*, GRURInt 2012, 14 ff.; *Lintschinger*, in: *Jahrbuch Beihilferecht* 2012, S. 505, 524; *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, S. 681 f.

581 EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471 (Lorenz); konkretere Vorgaben finden sich in der Folgerechtsprechung, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5523 (FNCE); Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, Slg. 1996, I-3577 (SFEI); Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469 (CELF I).

582 OLG München, Urt. v. 15.5.2003, EuZW 2004, 125 m. Anm. *Maier/Nordmann*, EuZW 2004, 127; LG Bad Kreuznach, Urt. v. 16.5.2007, BeckRS 2007, 09837; OLG Schleswig, Urt. v. 20.5.2008, BeckRS 2009, 01231. Die Entscheidungen werden näher beleuchtet von *Martín-Ehlers/Strohmayer*, EuZW 2008, 745 ff.; kritisch zu dieser „Fehlentwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung“ auch *Schuhmacher*, KommJur 2012, 179, 182 f.

„nicht das konkrete Wettbewerbsverhältnis, sondern lediglich der Gemeinsame Markt“ sei und ausgeführt, dass allein der Reflex des Schutzes des Gemeinsamen Marktes auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis den einzelnen Wettbewerber betroffen sein lasse, aus dieser Betroffenheit aber kein subjektives Recht folge. Zudem sei ausreichender Rechtsschutz der Konkurrenten bereits dadurch gewährleistet, dass die Kommission ein Prüfverfahren durchführe, in dessen Rahmen sich die Wettbewerber entsprechend äußern könnten.⁵⁸³ Ganz ähnlich formulierte das LG Potsdam in einem Rechtsstreit zwischen dem Luftverkehrsunternehmen *Germania* und dem Flughafen Berlin-Schönefeld, die Beihilfevorschriften des AEUV „weisen keinen auch nur sekundären Marktbezug auf; sie haben keine die Wettbewerber schützende Wirkung [...]. Die Kontrolle von Beihilfen soll einen wirksamen Wettbewerb als wesentlichen Bestandteil der marktwirtschaftlichen Ordnung aufrechterhalten. Mögliche Auswirkungen auf die Lage von Wettbewerbern sind für das Beihilfenverbot des Art. 87 EGV nicht entscheidend“⁵⁸⁴

Der BGH hat dieser gravierenden Fehlinterpretation der Vorgaben des Gerichtshofs durch die Instanzgerichte mit seinen Entscheidungen in den Flughafenfällen eine deutliche Absage erteilt und Wettbewerbern die Möglichkeit eröffnet, eine Verletzung des Durchführungsverbots auch bei Beihilfen, die auf privatrechtlicher Grundlage gewährt worden sind, gerichtlich zu rügen und eine Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe zu erreichen.⁵⁸⁵ Der BGH erkennt, dass dem Durchführungsverbot gerade die Funktion zukommt, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind. Eine Einordnung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nur als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB reicht hierfür nicht aus, da sich ansonsten nur die Vertragsparteien selbst auf die Unwirksamkeit des Vertrags berufen könnten, diese aber regelmäßig kein eigenes Interesse an der effektiven Durchsetzung des Durchführungsverbots haben.⁵⁸⁶

Die längst überfällige Klarstellung⁵⁸⁷ des BGH ist zu begrüßen. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass die Umdeutung des § 823 Abs. 2 BGB als Rechtsgrundlage für Konkurrentenklagen, die auf die Rückforderung von Beihilfen gerichtet sind, aus dogmatischer Perspektive eine erhebliche Modifikation des Deliktsrechts und des allgemeinen Schadensersatzrechts der §§ 249 ff. BGB darstellt.⁵⁸⁸ Der Anspruch des Geschädigten aus § 823 BGB ist (nur) auf Ersatz seines Schadens gerichtet. Hierunter fällt zum einen die Naturalrestitution nach § 249 BGB, zum anderen die Entschädigung in Geld nach §§ 250 f. BGB. Der vom BGH entwickelte Anspruch auf Rückforderung der Beihilfe lässt sich indes in keine dieser beiden Kategorien einordnen. Weder führt dieser Anspruch zu einer Kompensation des infolge der vorzeitigen Gewäh-

⁵⁸³ OLG Koblenz, Urt. v. 25.2.2009, BeckRS 2009, 06411.

⁵⁸⁴ LG Potsdam, Urt. v. 23.11.2006, BeckRS 2012, 02683.

⁵⁸⁵ Zellhofer/Solek, in: Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 539, 549 f., betonen zu Recht, dass andernfalls für die Betroffenen ein Rechtsschutzdefizit bestünde und ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot letztlich sanktionslos bliebe.

⁵⁸⁶ BGH, Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 440, 442; vgl. auch Arhold, EWS 2011, 209, 212 f.

⁵⁸⁷ So auch Soltész, EuZW 2012, 174, 178.

⁵⁸⁸ Zu Recht sehr deutlich Wagner, in: FS Roth, S. 665, 679 ff.

rung der Beihilfe eingetretenen Vermögensschadens, noch wird – wie von § 249 Abs. 1 BGB gefordert – durch die Rückforderung der Beihilfe vom Begünstigten für den klagenden Wettbewerber der Zustand wiederhergestellt, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der vom Konkurrenten erlittene Schaden ist mit der Rückforderung der Beihilfe nicht kongruent, sondern lediglich mittelbar, reflexartig verbunden.⁵⁸⁹ Eine tatsächliche Schadenskompensation erfolgt somit – entgegen der Systematik der §§ 249 ff. BGB – gerade nicht. Anstelle des ansonsten vorgesehenen Ausgleichs der Einbußen des Geschädigten erfolgt die Beseitigung des Vorteils des Begünstigten. Die auf der Grundlage der unionsrechtlich determinierten Version des § 823 Abs. 2 BGB (einzig) zu erreichende Rückforderung der rechtswidrig gewährten Beihilfe kann allenfalls das Anwachsen weiterer Schäden in der Zukunft verhindern, nicht aber bereits eingetretene Umsatz- und Gewinneinbußen kompensieren.⁵⁹⁰

Mit der Einordnung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB sowie als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB hat der BGH den unionsrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen und den Grundstein für einen effektiven Rechtsschutz von Wettbewerbern gelegt, die vor den deutschen Zivilgerichten eine Verletzung des Durchführungsverbots geltend machen und eine Rückforderung rechtswidrig gewährter privatrechtlicher Beihilfen erreichen können. Um die Effektivität des Durchführungsverbots zu gewährleisten und wirksame Anreize zur Einhaltung des beihilfenrechtlichen Notifizierungsverfahrens zu setzen, war der BGH sogar bereit, die Rechtsfolgen des deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs unionsrechtlich zu modifizieren. Für diese durchaus mutige richterliche Rechtsfortbildung zur konsequenten Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts im deutschen Zivilrecht verdient der BGH Zustimmung und Anerkennung.⁵⁹¹ Mit seiner innovativen Konstruktion, § 823 Abs. 2 BGB in eine Anspruchsgrundlage für die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen umzudeuten, ist es ihm eindrucksvoll gelungen, die unmissverständlichen Vorgaben der Unionsgerichte zum Schutz der Wettbewerber vergleichsweise schonend in das nationale Privatrecht zu integrieren.

III. Nichtigkeit als Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV?

1. Die Nichtigkeitsjudikatur des BGH

Der BGH ist in tradiertener Rechtsprechung davon ausgegangen, dass unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot geschlossene privatrechtliche Verträge gem. § 134 BGB nichtig sind und demzufolge vollständig rückabgewickelt werden müssen. Er ist der

⁵⁸⁹ Zutreffend Wagner, in: FS Roth, S. 665, 679 f.

⁵⁹⁰ Pointiert wiederum Wagner, in: FS Roth, S. 665, 680: „Unter der durch das europäische Beihilferecht inspirierten Version des § 823 Abs. 2 BGB erhält der erfolgreich klagende Wettbewerber [...] weder Geld noch sonst etwas außer der Gewissheit, dass das Subventionsregime des AEUV durchgesetzt wird“.

⁵⁹¹ Ebenso Wagner, in: FS Roth, S. 665, 680; ders., in: MünchKom-BGB, § 823, Rn. 483.

Auffassung gewesen, das Ziel des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe erlangt, könnte „nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfengeber oder ein Wettbewerber des Begünstigten in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer weiteren Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen“.⁵⁹² Seinen Entscheidungen lag – wie er zwischenzeitlich eingeräumt hat – „die Annahme zu Grunde, die Rechtsprechung des EuGH gebiete die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags, durch den die Beihilfe gewährt werde“.⁵⁹³ Bedauerlich an dieser Rechtsprechung ist insbesondere, dass sich der BGH nicht mit abweichenden Lösungsansätzen der Vorinstanzen⁵⁹⁴ auseinandergesetzt hat, sondern aus der vom Gerichtshof geforderten „Unwirksamkeit“ der Verträge automatisch auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit geschlossen hat.

Es soll im Folgenden aufgezeigt werden, dass die Annahme der Gesamtnichtigkeit gegen das Durchführungsverbot verstößender Verträge weder vom Unionsrecht vorgeschrieben ist noch auf der Grundlage des deutschen Zivilrechts überzeugend begründet werden kann.

2. Unionsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Rechtsfolge

a) Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV/ Art. 3 VVO

Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV und der inhaltlich mit ihm übereinstimmende Art. 3 VVO normieren lediglich das Durchführungsverbot für anmeldpflichtige Beihilfen vor einem Genehmigungsbeschluss der Kommission. Sie enthalten keine ausdrückliche Rechtsfolge für den Fall der Nichtbeachtung der Stillhalteverpflichtung. Insoweit unterscheidet sich das Beihilferecht deutlich vom europäischen Kartellrecht, das in Art. 101 Abs. 2 AEUV explizit die Nichtigkeit verbotener Kartellvereinbarungen oder -beschlüsse vorsieht.⁵⁹⁵

Dass dem AEUV die Anordnung konkreter Zivilrechtsfolgen im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts demnach nicht fremd ist und im Beihilferecht – in auffälligem Gegensatz zum Kartellrecht – nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit vorgegeben ist, könnte im Wege eines Umkehrschlusses dafür sprechen, dass privatrechtliche Verträge, die gegen das Durchführungsverbot verstößen, gerade nicht zwingend für nichtig erklärt werden.⁵⁹⁶ In jedem Fall aber verbietet sich eine analoge Anwen-

⁵⁹² BGH, Urt. v. 4.4.2003, EuZW 2003, 444, 445; Urt. v. 20.1.2004, EuZW 2004, 252, 253; Urt. v. 5.7.2007, NJW-RR 2008, 429, 431; Beschl. v. 13.9.2012, NVwZ-RR 2012, 960, 963.

⁵⁹³ BGH, Urt. v. 5.12.2012, EuZW 2013, 753, 757.

⁵⁹⁴ Das OLG Hamm, Urt. v. 8.3.2003, Az. 31 U 140/98 (nicht veröffentlicht), hat sich – mit ausführlicher Begründung – für die Annahme der schwebenden Unwirksamkeit ausgesprochen.

⁵⁹⁵ Vgl. auch Kampe, Die Staatsbürgschaft im Europäischen Beihilferecht, S. 100; Rosenfeld, in: Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 109.

⁵⁹⁶ So etwa Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 50 f.; zustimmend Wöllik, in: Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 345, 350.

dung des Art. 101 Abs. 2 AEUV, da angesichts der systematischen Nähe der Regelungen des Beihilfenrechts zu den Kartellvorschriften nicht von einer für einen Analogieschluss erforderlichen planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden kann.⁵⁹⁷

b) Die Rechtsprechung des EuGH

Auch der Gerichtshof trifft in seiner Judikatur zu den Rechtsfolgen einer Verletzung des Durchführungsverbots keine Nichtigkeitsanordnung. Seinen bisherigen Entscheidungen lässt sich weder die Nichtigkeit einer unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährten privatrechtlichen Beihilfe noch sonst eine spezifische Rechtsfolge entnehmen. Der EuGH äußert sich zu der Frage der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit nur in sehr allgemeiner Form. So hat er lediglich festgestellt, dass eine Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV „die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen“ beeinträchtigt und die nationalen Gerichte dazu aufgefordert, „entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen zu ziehen“.⁵⁹⁸

Mit dem Begriff der „Ungültigkeit“ bringt der Gerichtshof klar zum Ausdruck, dass die Rechtsakte nicht wirksam sein dürfen, aus ihnen also kein Rechtsgrund erwachsen darf, der einer Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe entgegenstünde. Diese vom EuGH ausgesprochene „Ungültigkeit“ kann aber nicht automatisch als Anordnung der Nichtigkeit verstanden werden.⁵⁹⁹ Auffällig ist insoweit nämlich, dass der EuGH von der Terminologie des AEUV abweicht, der in Art. 101 Abs. 2 AEUV kartellrechtswidrige Vereinbarungen als „nichtig“ bezeichnet.⁶⁰⁰ Hätte er in seinen Entscheidungen ebenfalls die Rechtsfolge der Nichtigkeit anordnen wollen, hätte es nahegelegen, sich derselben Terminologie zu bedienen. Der Gerichtshof scheint daher bewusst zwischen der „Nichtigkeit“ und der „Ungültigkeit“ zu differenzieren.⁶⁰¹ Hinzu kommt, dass er die „rechtstechnische Umsetzung“ und damit die Frage der konkreten Rechtsfolgen ausdrücklich den nationalen Rechtsordnungen überantwortet⁶⁰² und dadurch deutlich macht, dass dem nationalen Richter zur Umsetzung dieser Vorgaben ein Gestaltungsspielraum verbleibt, er folglich zwischen verschiedenen Rechtsfolgen wählen kann, sofern diese geeignet sind, das Entstehen von irreversiblen Rechtswirkungen zu verhindern.⁶⁰³ Wäre die Ungültigkeit nach Ansicht des EuGH

597 Mit dieser Argumentation bereits Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 51.

598 EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 12 (FNCE).

599 Goldmann, Jura 2008, 275, 276; Pütz, NJW 2004, 2199, 2201; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 202; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 324.

600 Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 202 m. Fn. 7, weisen darauf hin, dass auch auf Französisch die Ausdrücke „validité“ bzw. „actes invalides“ und „prévenir la mise en vigueur“ genutzt werden und nicht „nullité“.

601 Wöllik, in: Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 345, 350; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 202.

602 So bereits EuGH, Urt. v. 11.12.1973, C-120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 9 (Lorenz).

603 Vgl. hierzu auch Athanasiadou, Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, S. 148.

zwingend mit der Nichtigkeit gleichzusetzen, hätte es dieses Verweises auf die innerstaatlichen Rechtsordnungen nicht bedurft.

Insbesondere aus den Entscheidungen des Gerichtshofs in den Rs. *CELF I*⁶⁰⁴ und *CELF II*⁶⁰⁵ geht klar hervor, dass die Nichtigkeit nicht die einzige in Betracht kommende zivilrechtliche Reaktion auf einen Verstoß gegen das Stand-still-Gebot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ist. Nach dieser Rechtsprechung ist eine vollständige Rückforderung der formell rechtswidrigen Beihilfe unionsrechtlich nicht geboten, wenn die Kommission zwischenzeitlich die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt hat. Aber auch vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission ist eine endgültige Rückforderung der Beihilfe aus der Perspektive des Europarechts nicht erforderlich. Ausreichend ist stattdessen bereits die Einzahlung der Beihilfenthaluta auf ein Sperrkonto. Im Anschluss an einen späteren Positivbeschluss muss dann lediglich der Zinsvorteil einbehalten werden, der gesperrte Beihilfenbetrag darf aber wieder an den Empfänger ausgekehrt werden. Diese den mitgliedstaatlichen Gerichten vom EuGH aufgezeigten Entscheidungsoptionen für den Fall, dass zum Zeitpunkt ihres Urteilsspruchs noch keine Negativentscheidung der Kommission ergangen ist, könnten freilich nicht bestehen, wenn allein die Verletzung des Durchführungsverbots unmittelbar zur Nichtigkeit des beihilfegewährnden Vertrags führen würde. In diesem Fall müsste stets und vollkommen unabhängig von der abschließenden Beurteilung der Maßnahme durch die Kommission die Rückforderung der gesamten Beihilfe angeordnet werden.

Nach Auffassung des EuGH ist allein entscheidend, dass Beihilfen bis zu einer Genehmigung seitens der Kommission keinerlei Wirkung entfalten, ein fortgesetzter Zugriff des Begünstigten auf die Beihilfe jedenfalls bis zu dieser Entscheidung ausgeschlossen ist, kein Rechtsgrund für das Behal tendürfen der rechtswidrig gewährten Beihilfe besteht und diese daher – zumindest vorübergehend – dem Empfänger umgehend entzogen werden kann. Eine endgültige Rückforderung ist erst und nur dann angezeigt, wenn sich die Beihilfe auch als mit dem Binnenmarkt unvereinbar erweist.

Der Gerichtshof hat indes auch betont, dass nationale Gerichte nicht daran gehindert sind, eine formell rechtswidrige Beihilfe auch noch nach festgestellter Binnenmarktkonformität nur aufgrund der Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zurückzufordern. Der Grund hierfür liegt dann aber nicht mehr in den Vorgaben des Unionsrechts, sondern kann sich einzig aus der nationalen Rechtsordnung ergeben.⁶⁰⁶

c) Zwischenergebnis

Eine systematische Auslegung des Art. 108 AEUV lässt darauf schließen, dass die Nichtigkeit jedenfalls keine zwingende zivilrechtliche Folge des Verstoßes gegen die Stillhalteverpflichtung ist. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt, dass die

⁶⁰⁴ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469 (CELF I).

⁶⁰⁵ EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/09, Slg. 2010, I-2099 (CELF II).

⁶⁰⁶ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 55 (CELF I).

mitgliedstaatlichen Gerichte den Begriff der Ungültigkeit entsprechend ihren nationalen Rechtsordnungen selbstständig ausformen können, dabei lediglich sicherzustellen haben, dass bis zum Zeitpunkt einer Kommissionsentscheidung keine durchsetzbaren Ansprüche des rechtswidrig Begünstigten bestehen. Darüber hinausgehende Sanktionen sind unionsrechtlich nicht erforderlich, dürfen aber getroffen werden, sofern die innerstaatliche Rechtsordnung diese vorschreibt.

3. Vorgaben des § 134 BGB für die adäquate Rechtsfolge

Da das Unionsrecht demnach keine Forderung nach einer vollumfänglichen und endgültigen Unwirksamkeit entsprechender Verträge enthält, soll in der Folge untersucht werden, ob sich die Nichtigkeit als zwingende Rechtsfolge aus dem deutschen Zivilrecht ergibt.

a) Bedeutung des Normzweckvorbehalts des § 134 Hs. 2 BGB

§ 134 BGB bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Diese Rechtsfolge soll ausweislich des Hs. 2 jedoch nur dann eintreten, „wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt“. Wie dieser sog. Normzweckvorbehalt zu interpretieren ist, wird überaus kontrovers diskutiert.

aa) Auslegungsregel zugunsten der Nichtigkeit

Unter Hinweis auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Norm wird von namhaften Vertretern des Schrifttums § 134 BGB als Auslegungsregel zugunsten der Nichtigkeitsfolge aufgefasst. Sobald ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliege, sei grds. von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen, es sei denn, aus dem letzten Gesetz ergebe sich (ausnahmsweise) etwas anderes.⁶⁰⁷ Stehe der Normzweck der Nichtigkeitssanktion nicht entgegen, folge die Nichtigkeit unmittelbar aus § 134 BGB. Eine Bestätigung für die Berechtigung der Nichtigkeitssanktion brauche im Zweck des Verbotsgegesetzes somit nicht gesucht zu werden. Nur wenn besondere Gründe vorlägen, könnte ein gegen § 134 BGB verstößendes Rechtsgeschäft nicht nichtig sein. Da die Vorschrift ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck bringe, trage die Argumentationslast insoweit derjenige, der das Rechtsgeschäft trotz des Verstoßes nicht für nichtig halte.⁶⁰⁸ Ansonsten würde § 134 BGB jeglichen eigenständigen Aussagegehalts beraubt, was mit den Geboten einer vernünftigen Gesetzesauslegung nicht in Einklang zu bringen wäre.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Canaris, Gesetzliches Verbot, S. 14 ff.; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 45, Rn. 2; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 646; Ellenberger, in: Palandt, § 134 BGB, Rn. 7.

⁶⁰⁸ Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 58; Bork, BGB AT, Rn. 1111; vgl. auch Steindorff, EuZW 1997, 7, 8.

⁶⁰⁹ Canaris, Gesetzliches Verbot, S. 15.

bb) Maßgeblichkeit des Normzweks

Die Gegenauffassung entnimmt § 134 BGB nur einen geringen Aussagewert und erachtet einzig den durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck des Verbotsge setzes als maßgeblich für die Art der Rechtsfolge.⁶¹⁰ § 134 BGB treffe keine eigenständige zivilrechtliche Sanktion, sondern verweise ausschließlich auf den Normzweck des verletzten Gesetzes. Ob ein Rechtsgeschäft nichtig sei, ergebe sich daher stets und ausschließlich aus dem Zweck des übertretenen Verbots gesetzes.⁶¹¹ Keinesfalls sei im Zweifel Nichtigkeit anzunehmen. Diese komme nur dann in Betracht, wenn der Schutzzweck der Norm die Nichtigkeit erforderne, weniger einschneidende zivilrechtliche Folgen also nicht ausreichten, den Schutzzweck gleichermaßen zu erfüllen.

Letztlich wurzelt diese Auffassung in der grundrechtlich geschützten Privatautonomie sowie im verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Anordnung der Nichtigkeit stelle eine Beschränkung der Privatautonomie und damit einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar, sodass bei der Auslegung des § 134 BGB der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sei und die Vertragsnichtigkeit als massivste Form der Einschränkung der Privatautonomie nur als ultima ratio in Betracht komme.⁶¹² Eine verfassungskonforme Auslegung des § 134 BGB verbiete es, von der Nichtigkeit als Regel auszugehen und erst anschließend zu prüfen, ob „ausnahmsweise besondere Gründe für die Wirksamkeit des verbotswidrigen Geschäfts sprechen“.⁶¹³

cc) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BGH gibt wenig Aufschluss über die Bedeutung des Normzweckvorbehalts. Während der BGH einerseits § 134 BGB als „Auslegungsregel“ bezeichnet,⁶¹⁴ statuiert er andererseits insbesondere in jüngeren Urteilen ein Erforderlichkeitskriterium für die Rechtsfolge der Nichtigkeit und macht diese davon abhängig, dass sie der ratio des Verbotes entspreche bzw. ob „es mit dem Sinn und Zweck des Verbots gesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen“.⁶¹⁵

⁶¹⁰ Sehr deutlich *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 17 1 (S. 341): „Die Vorschrift des § 134 BGB besagt in Wirklichkeit nichts. Es wird in § 134 BGB nicht etwa eine Vermutung oder eine Interpretationsregel für die Verbots gesetze aufgestellt, dass diese im Zweifel die Nichtigkeit des Geschäfts begründeten. Was die Frage der Nichtigkeit anbetrifft, kommt es vielmehr jeweils ausschließlich auf das einzelne Verbots gesetz an.“

⁶¹¹ *Hefermehl*, in: Soergel, § 134 BGB, Rn. 1, 29; *Taupitz*, JZ 1994, 221, 225.

⁶¹² Sehr deutlich *Köhler*, JuS 2010, 665, 666; ders., JZ 2010, 767, 768.

⁶¹³ *Köhler*, JZ 2010, 767, 768, unter Hinweis auf die gegenteilige Auffassung von *Canaris*, Gesetzliches Verbot, S. 44.

⁶¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 4.4.1966, NJW 1966, 1265, 1266; Urt. v. 26.9.1973, WM 1973, 1274, 1276; Urt. v. 7.5.1974, NJW 1974, 1374, 1377.

⁶¹⁵ BGH, Urt. v. 1.6.1966, NJW 1966, 1507, 1508; Urt. v. 10.12.1975, NJW 1976, 415; Urt. v. 23.9.1982, NJW 1983, 109; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.1.1985, NJW 1985, 1020; Urt. v. 30.4.1992, NJW 1992, 2021; Urt. v. 5.5.1992, NJW 1992, 2557, 2559; Urt. v. 25.2.1999, NJW 1999, 1715, 1717; Beschl. v. 18.2.2003, NVwZ 2003, 1140, 1142; Urt. v. 21.10.2010, NJW 2011, 373, 374.

dd) Stellungnahme

Praktische Bedeutung hat der Theorienstreit in denjenigen Fällen, in denen der Sinn und Zweck des Verbotsgegesetzes weder die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zwingend verlangt noch ihr eindeutig entgegensteht.⁶¹⁶ In solchen Konstellationen erscheint es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in der Tat überaus bedenklich, im Zweifel die Nichtigkeit anzurufen. Wie jede in grundrechtlich verbürgte Rechte des Bürgers eingreifende Norm muss sich auch § 134 BGB am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen, zumal der Zivilgesetzgeber vollumfänglich an die Grundrechte gebunden ist.⁶¹⁷ Stehen mehrere gleich geeignete Mittel zur Herstellung eines rechtskonformen Zustands zur Verfügung, so ist in jedem Fall das mildeste Mittel zu wählen. Eingriffe in die Privatautonomie, die nicht erforderlich sind, können daher nicht gerechtfertigt werden.⁶¹⁸

b) Ergebnis

Ob privatrechtliche Verträge, die gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstossen, als nichtig angesehen werden müssen, hängt also davon ab, ob das deutsche Zivilrecht jenseits der Nichtigkeitssanktion Möglichkeiten bietet, den unionsrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen.

IV. Schwebende Unwirksamkeit des Vertrags als mildere Alternative

Als Alternative zur Nichtigkeit der unter Verletzung des Durchführungsverbots geschlossenen Verträge kommt insbesondere die schwebende Unwirksamkeit in Betracht. Diese Rechtsfolge ist in der Literatur wiederholt und mit Nachdruck vertreten worden.⁶¹⁹ Auch das OLG Hamm hat bereits im Jahr 2003 entschieden, dass privatrechtliche Verträge, die gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstossen, bis zu einer abschließenden Entscheidung der Europäischen Kommission als schwebend unwirksam anzusehen sind.⁶²⁰ Der BGH hingegen hat die Annahme einer (nur) schwebenden Unwirksamkeit bislang abgelehnt.⁶²¹

616 Vgl. Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 62.

617 Vgl. zur unmittelbaren Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte und das verfassungsrechtliche Übermaßverbot überzeugend *Canaris*, JZ 1987, 993 f.

618 So auch Köhler, JuS 2010, 665, 666; ders., JZ 2010, 767, 768; a.A. *Canaris*, Gesetzliches Verbot, S. 17, der in § 134 BGB eine „Grundentscheidung für den Vorrang staatlicher Wirtschaftsordnung und -lenkung gegenüber der Privatautonomie“ erblickt und die von der Sanktion der Nichtigkeit ausgehende generalpräventive Wirkung hervorhebt; so auch Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 62.

619 So bereits Roth, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 133, 156 ff.; vgl. auch Pitz, Das Beihilfeverbot, S. 63 ff.; ders., NJW 2004, 2199, 2200 f.; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 204; Bartosch, EuZW 2008, 235, 239; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 325.

620 OLG Hamm, Urt. v. 8.3.2003, Az. 31 U 140/98 (nicht veröffentlicht).

621 BGH, Urt. v. 4.4.2003, EuZW 2003, 444, 445; Urt. v. 24.10.2003, EuZW 2004, 254, 255; Urt. v. 20.1.2004, EuZW 2004, 252, 253; Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 440, 444; Beschl. v. 13.9.2012,

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass diese beharrliche Weigerung des BGH bedauerlich ist, da die schwebende Unwirksamkeit nicht nur eine Alternative zur Nichtigkeit, sondern eine ihr gegenüber vorzugswürdige Rechtsfolge für Verstöße gegen die Stillhalteverpflichtung ist, mit der die Prämissen des EuGH recht passgenau im deutschen Zivilrecht umgesetzt werden können.

Schwebend unwirksame Verträge sind bis zur Genehmigung durch einen Dritten oder bis zum Ablauf einer bestimmten Frist zunächst unwirksam. Im Gegensatz zur Nichtigkeit, die zur anfänglichen und endgültigen Unwirksamkeit des Vertrags führt, kann ein schwebend unwirksamer Vertrag durch eine erteilte Genehmigung aber noch voll wirksam werden. Bis dahin sind die Parteien zwar grds. an den Vertrag gebunden, können aus diesem jedoch keine Rechte oder Pflichten herleiten. Gesetzlich normierte Fälle der schwebenden Unwirksamkeit im BGB sind etwa Geschäfte beschränkt Geschäftsfähiger, die zur Wirksamkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen (vgl. §§ 107 f. BGB), Geschäfte eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, die Wirkung für den Vertretenen nur entfalten, wenn dieser ihnen zugestimmt hat (vgl. § 177 BGB) oder Verfügungen eines Nichtberechtigten, die gegen den Berechtigten nur wirken, wenn er ihnen zugestimmt hat (vgl. § 185 BGB).

1. Schwebende Unwirksamkeit als mögliche Rechtsfolge des § 134 BGB

§ 134 BGB sieht im Falle eines Verstoßes gegen ein Verbotsgebot nicht nur die beiden Alternativen Nichtigkeit oder volle Wirksamkeit vor, sondern lässt Raum für jede der deutschen Rechtsordnung bekannte Rechtsfolge.⁶²² Da sich die Rechtsfolge an dem Sinn und Zweck des Verbotsgebotes zu orientieren hat, kann eine Deutung des § 134 BGB i.S. eines Alles-oder-Nichts-Prinzips nicht überzeugen.⁶²³ Immer dann, wenn der Zweck des Verbotes statt der Nichtigkeit die schwebende Unwirksamkeit fordert, sie also zur Verwirklichung des Verbotszwecks die angemessene oder effektivere Rechtsfolge ist, muss sie auch nach § 134 BGB als Rechtsfolge eintreten.⁶²⁴ Der Normzweckvorbehalt zwingt den Richter daher, die im konkreten Einzelfall normzweckgemäße Rechtsfolge auszusprechen.⁶²⁵ Als einzige adäquate Rechtsfolge des § 134 BGB

NVwZ-RR 2012, 960, 963; zustimmend etwa Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108; Armbrüster, in: MünchKom-BGB, § 134, Rn. 104; Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 313.

⁶²² § 134 BGB lässt somit neben der Alternative Nichtigkeit oder Wirksamkeit des Vertrags insbesondere auch die Möglichkeit zu, einen Vertrag als schwebend unwirksam zu behandeln, vgl. Roth, in: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 133, 156; Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 87; Armbrüster, in: MünchKom-BGB, § 134, Rn. 104; Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, S. 662.

⁶²³ So aber Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, S. 113 ff.; für eine weitgehende Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften im Wege einer nichtigkeitsvermeidenden Auslegung hingegen insbesondere Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung, S. 31 ff., 145 ff., 169 ff., 220.

⁶²⁴ Vgl. Rödel, Beihilfegeähnende Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 136 m.w.Nachw.; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 204.

⁶²⁵ Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Rn. 64; Sack, RdA 1975, 171, 175 f.; vgl. auch Armbrüster, in: MünchKom-BGB, § 134, Rn. 105; Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 71.

wird die schwebende Unwirksamkeit z.B. angesehen bei Rechtsgeschäften, die Rechte Dritter verletzen, jedoch nicht zu missbilligen sind, wenn diese die verbotswidrigen Rechtsgeschäfte genehmigen.⁶²⁶

2. Schwebende Unwirksamkeit entspricht den Vorgaben des EuGH

Damit die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit im Falle eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV überhaupt in Betracht kommt, muss sie geeignet sein, die unionsrechtlichen Vorgaben, wie sie der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung konkretisiert hat, sicherzustellen. Entscheidend ist also, ob auch ein schwebend unwirksamer Vertrag einklagbare Ansprüche des Begünstigten vor einer Positiventscheidung ausschließen sowie eine sofortige Rückforderung des Beihilfenbetrags ermöglichen kann.

Da ein schwebend unwirksamer Vertrag bis zur Genehmigung gerade unwirksam ist, entfaltet er im Hinblick auf die vertraglichen Leistungspflichten keine Rechtswirkungen. Der Begünstigte ist daher – wie vom EuGH gefordert – nicht in der Lage, Erfüllungsansprüche geltend zu machen.⁶²⁷ Einen Anspruch auf Auszahlung der Beihilfevaluta erhält er erst, sobald die Kommission die Beihilfe genehmigt hat und der Vertrag (voll) wirksam wird.

Fraglich ist jedoch, ob es Wettbewerbern des Begünstigten auch bei Annahme eines schwebend unwirksamen Vertrags möglich ist, umgehend die Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe zu erreichen, falls die öffentliche Hand sich nicht erst zur Auszahlung verpflichtet hat, sondern den Beihilfenbetrag dem Empfänger bereits zugewendet hat. Zweifel resultieren aus der Tatsache, dass ein schwebend unwirksamer Vertrag – anders als ein richtiger Vertrag – ggf. einen Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB darstellt, der die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ausschließt. Nach Ansicht des BGH erfolgt eine Leistung auf einen schwebend unwirksamen Vertrag „jedenfalls“ dann ohne rechtlichen Grund, wenn sie in Unkenntnis des Schwebezustandes vorgenommen wird.⁶²⁸ Möchte man aus diesem Urteil ableiten, dass eine Kondiktion der erbrachten Leistung nur dann möglich ist, wenn der Leistende den Schwebezustand nicht gekannt bzw. im Vertrauen auf eine spätere Genehmigung geleistet hat, wäre es der die Beihilfe gewährenden öffentlichen Hand nur in Ausnahmefällen möglich, vor einer Negativentscheidung der Kommission den Beihilfenbetrag kondizieren zu können. Da angesichts der strengen Rechtsprechung des EuGH davon auszugehen ist, dass die Mitgliedstaaten als unmittelbare Adressaten des Durchführungsverbots den Beihilfencharakter der Maßnahme und daher die Rechtswidrigkeit der Beihilfe kennen müssen, würden sie nämlich regelmäßig im Bewusstsein des

626 Vgl. *Sack/Seibl*, in: *Staudinger*, § 134 BGB, Rn. 103.

627 Wenngleich er sich gegen die Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit ausspricht, betont *Heidenhain*, EuZW 2005, 135, 137, zutreffend, dass sich die Rechtsfolgen der schwebenden Unwirksamkeit und der Nichtigkeit bis zum Zeitpunkt einer abschließenden Entscheidung der Kommission decken.

628 BGH, Urt. v. 8.10.1975, NJW 1976, 104.

Schwebezustandes und dementsprechend mit Rechtsgrund leisten.⁶²⁹ Entgegen der Vorgabe des Gerichtshofs könnte ein fortgesetzter Zugriff des begünstigten Unternehmens auf die Beihilfe dann nicht vermieden werden.

Ein solche Interpretation ist allerdings nicht zwingend. Der BGH hat bislang offengelassen, wie im Falle der Kenntnis des Schwebezustandes zu entscheiden ist. Die Formulierung „jedenfalls“ schließt keineswegs aus, dass ein Rechtsgrund ggf. auch in solchen Konstellationen abzulehnen ist, in denen sich der Leistende des Schwebezustandes bewusst ist. Eine anhand des subjektiven Moments der Kenntnis differenzierende Behandlung schwedend unwirksamer Verträge lässt sich überzeugend nur mit dem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleitenden und auch im Bereicherungsrecht in § 814 BGB zum Ausdruck kommenden Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) rechtfertigen. Wer leistet, obwohl er weiß, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist, soll sich nicht zu seinem bewusst überobligatorischen Verhalten in Widerspruch setzen und die Leistung zurückfordern dürfen. Da der Empfänger einer unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährten Beihilfe niemals darauf vertrauen kann, den Beihilfebetrug behalten zu dürfen, greift der übergeordnete Schutzzweck des Verbots des *venire contra factum proprium* in Falle rechtswidriger Beihilfe aber nicht. Im Anwendungsbereich des Beihilfenrechts hat dieser Grundsatz somit unangewendet zu bleiben.

Problematisch könnte schließlich sein, dass gemäß § 184 BGB eine Genehmigung im Regelfall auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt.⁶³⁰ Eine solche ex-tunc-Wirkung der Kommissionsentscheidung würde sich indes in klaren Widerspruch zu der Auffassung des EuGH setzen, wonach eine Positiventscheidung die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht heilt, der Formalverstoß also über den Zeitpunkt des Kommissionsbeschlusses hinaus bestehen bleibt.⁶³¹ Wettbewerber wären dann nicht in der Lage, auch noch im Anschluss an eine Vereinbarkeitsentscheidung die Zahlung von Rechtswidrigkeitszinsen anordnen zu lassen und dadurch den Vorteil aus der vorzeitigen Gewährung abzuschöpfen.

Zu beachten ist insoweit allerdings, dass die abschließende Positiventscheidung der Kommission als „Genehmigung“ einer auf Unionsebene errichteten Verwaltungsbehörde schon nicht als Genehmigung i.S.d. § 184 BGB zu klassifizieren sein dürfte. Als privatrechtliche Normen gelten die §§ 182 ff. BGB unmittelbar nur für solche Zustimmungserfordernisse, deren Entstehungsgrund in privatrechtlichen Normen oder Rechtsgeschäften liegt.⁶³² Öffentlich-rechtliche Zustimmungserfordernisse bzw. behördliche „Genehmigungen“ sind demgegenüber Hoheitsakte (sog. privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte), deren Wirksamkeit sich nach öffentlichem Verfahrensrecht richtet, sodass § 184 BGB auf diese allenfalls entsprechend anwendbar ist.⁶³³ Ob die Genehmigung zurückwirkt oder nur eine ex-nunc-Wirkung entfaltet, bestimmt sich

⁶²⁹ Hierauf weist Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 74, zutreffend hin.

⁶³⁰ Kritisch aber etwa Lorenz, ZRP 2009, 214 ff.

⁶³¹ Sehr deutlich EuGH, Urt. v. 21.10.2003, C-261/01, Slg. 2003, I-12249, Rn. 63 ff. (van Calster); vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.11.1991, C-354/90, Slg. 1991, I-5505, Rn. 16 (FNCE).

⁶³² Bub, in: BeckOK-BGB, § 182, Rn. 10.

⁶³³ Bayreuther, in: MünchKom-BGB, Vor § 182, Rn. 17 m.w.Nachw.

daher nicht nach § 184 Abs. 1 BGB, sondern nach dem Zweck des Genehmigungserfordernisses.⁶³⁴ Da der EuGH klargestellt hat, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht durch eine nachfolgende Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission geheilt werden kann und Wettbewerber des rechtswidrig Begünstigten auch noch nach festgestellter Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt die Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV erfolgreich vor den nationalen Gerichten geltend machen und jedenfalls auf Rückzahlung der sog. Rechtswidrigkeitszinsen klagen können, kann der Genehmigung der Kommission nur eine ex-nunc-Wirkung zukommen.⁶³⁵

3. Zwischenergebnis

Die Annahme der schwebenden Unwirksamkeit eines gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstößenden Vertrags reicht aus, um einen wettbewerbskonformen Zustand herzustellen. Schwebend unwirksame Verträge gewähren weder einklagbare Erfüllungsansprüche des Begünstigten noch stellen sie einen Rechtsgrund zum Behaltsdürfen des Beihilfenbetrages dar. Der Beihilfengeber hat daher, ohne auf die abschließende Kommissionsentscheidung warten zu müssen, nach einer entsprechenden Klage eines Wettbewerbers die Möglichkeit, die Beihilfe umgehend vom Empfänger zurückzufordern. Das unionsrechtliche Verbot der Rückwirkung des Positivbeschlusses der Kommission führt dazu, dass der abschließenden Genehmigung der Beihilfe lediglich eine ex-nunc-Wirkung zukommt. Konkurrenten können daher in jedem Fall erreichen, dass der Begünstigte zur Zahlung der sog. Rechtswidrigkeitszinsen verurteilt wird und somit seinen aus der verfrühten Gewährung folgenden rechtswidrigen Vorteil auch im Falle der Binnenmarktkonformität der Beihilfe wieder verliert.

Sowohl die Nichtigkeit als auch die schwebende Unwirksamkeit des beihilfegewährenden Vertrags sind daher grds. geeignete Rechtsfolgen, die unionsrechtlichen Vorgaben im deutschen Zivilrecht effektiv umzusetzen. Ob solche Verträge nichtig oder aber nur schwebend unwirksam sind, hängt gem. § 134 Hs. 2 BGB daher davon ab, welche der beiden Rechtsfolgen dem Sinn und Zweck des Durchführungsverbots besser entspricht.

634 Vgl. BGH, Urt. v. 15.6.1960, NJW 1960, 1808, 1810; Bayreuther, in: MünchKom-BGB, Vor § 182, Rn. 17; Bub, in: BeckOK-BGB, § 182, Rn. 11.

635 Auch soweit § 184 BGB auf die vorliegende Konstellation entsprechende Anwendung finden sollte, lässt sich der Ausschluss der Rückwirkung der Genehmigung begründen. Diese steht nämlich gem. § 184 Abs. 1 Hs. 2 BGB unter dem Vorbehalt, dass „nicht ein anderes bestimmt ist“, und lässt daher die Anordnung einer ex-nunc-Wirkung zu. Aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben wäre dann i.S.v. § 184 Abs. 1 BGB etwas anderes bestimmt. Vgl. zu diesem Lösungsansatz Piütz, Das Beihilfe-verbot, S. 66.

4. Vorteile bei Annahme der schwebenden Unwirksamkeit

a) Berücksichtigungsfähigkeit der Kommissionsentscheidung

Nur die Annahme der schwebenden Unwirksamkeit trägt dem Charakter des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als zeitlich begrenztem Verbot⁶³⁶ Rechnung und gewährleistet, dass einer nachfolgenden Kommissionsentscheidung Bedeutung für den Umfang der Rückforderungsverpflichtung des Begünstigten zukommt. Der Gerichtshof hat in seiner jüngeren Rechtsprechung klar zum Ausdruck gebracht, dass eine vollständige Rückforderung der Beihilfe nicht erforderlich ist, wenn die Kommission sie zwischenzeitlich für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt hat.⁶³⁷ Nach Auffassung der Kommission ist es „am zweckmäßigsten“⁶³⁸ wenn der Beihilfenbetrag aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zunächst nur vorübergehend auf ein Sperrkonto eingezahlt und erst dann endgültig einbehalten wird, wenn die Kommission eine Negativentscheidung erlassen hat. Dieses zeitliche Moment kann indes nur dann berücksichtigt werden, wenn der Vertrag als schwebend unwirksam angesehen wird. Andernfalls hätte die Befassung der Kommission mit einer rechtswidrigen Beihilfe – entgegen der Intention des EuGH – keinen Einfluss auf den Ausgang des nationalen Verfahrens. Im Falle schwebender Unwirksamkeit hingegen verbleibt der Kommission auch bei formell rechtswidrigen Beihilfen ein substanzIELLER Anwendungsbereich ihres Monopols, Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären zu können, der ihrer herausgehobenen Stellung innerhalb der Beihilfenkontrolle gerecht wird.

b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die schwebende Unwirksamkeit erweist sich zugleich als deutlich milder Rechtsfolge. Da die Parteien während des Schwebezustands nach Treu und Glauben an ihre Erklärungen gebunden sind und diese nicht einseitig widerrufen können, wird sichergestellt, dass der Vertrag, sobald er von der Kommission genehmigt worden ist, automatisch wirksam wird.⁶³⁹ Im Falle der Nichtigkeit hingegen müsste der Vertrag auch nach einem Positivbeschluss der Kommission gem. § 141 BGB bestätigt werden.⁶⁴⁰ Aus § 141 BGB folgt indes kein Zwang der Parteien, das Rechtsgeschäft in der ur-

⁶³⁶ Vgl. Kampe, Die Staatsbürgschaft im Europäischen Beihilfenrecht, S. 102 f.; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 203 f.; Goldmann, Jura 2008, 275, 277 f.; Wöllik, in: Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 345, 351; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 325.

⁶³⁷ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469 (CELF I).

⁶³⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 61 f.

⁶³⁹ Goldmann, Jura 2008, 275, 278; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 204; Kampe, Die Staatsbürgschaft im Europäischen Beihilfenrecht, S. 102; Wöllik, in: Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 345, 352.

⁶⁴⁰ Vgl. Pütz, NJW 2004, 2199, 2200, der diesen Weg als „eine ebenso umständliche wie unnötige Konstruktion“ beschreibt.

sprünglichen Form zu bestätigen.⁶⁴¹ Die öffentliche Hand könnte eine Neuvornahme des Geschäfts daher verweigern. Zudem würden ganz erhebliche Kosten anfallen, da der Neuabschluss des Privatisierungs- oder Grundstücksvertrags (noch einmal) notariell beurkundet werden müsste.⁶⁴²

c) Schwebende Unwirksamkeit als allgemeiner Rechtsgedanke

Nach deutschem Recht ist die schwebende Unwirksamkeit die allgemein anerkannte Rechtsfolge in Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft, das der behördlichen Genehmigung bedarf, noch nicht genehmigt wurde, die Genehmigung aber auch noch nicht versagt worden ist.⁶⁴³ Nach Auffassung des BGH entspricht die Annahme der schwebenden Unwirksamkeit als Rechtsfolge einem „allgemeinen Rechtsgedanken“ in Bezug auf das Wesen der Genehmigung.⁶⁴⁴ Dies gelte auch, wenn die Rechtsfolge nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet sei und selbst dann, wenn von vornherein feststehe, dass die Genehmigung nicht erteilt werden könne.⁶⁴⁵

Als eine solche behördliche Genehmigung kann durchaus auch die abschließende Entscheidung der Kommission angesehen werden. Sobald sie die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festgestellt hat, darf die Beihilfe gewährt werden. Es erscheint daher naheliegend, den „allgemeinen Rechtsgedanken“ der schwebenden Unwirksamkeit genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte auch auf diese Konstellation zu übertragen.⁶⁴⁶ Die Annahme der schwebenden Unwirksamkeit des beihilfege-währenden Vertrags würde sich somit nahtlos in die bisherige Rechtsprechung des BGH zu den Rechtsfolgen genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte einfügen.

d) Gleichlauf zur Beihilfenvergabe durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Für die schwebende Unwirksamkeit spricht darüber hinaus, dass sie einen Gleichlauf der Rechtsfolgen mit den Fällen herstellen würde, in denen der Staat die Beihilfe im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrags gewährt.

Ersetzt der öffentlich-rechtliche Vertrag einen Verwaltungsakt, bei dem die Zustimmung einer anderen Behörde erforderlich gewesen wäre, ist der Vertrag zunächst schwebend unwirksam und wird gem. § 58 Abs. 2 VwVfG erst mit der Genehmigung der weiteren Behörde wirksam.⁶⁴⁷ In dieser Zwischenzeit sind die Parteien aufgrund des auch im Öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben an ihre

641 Vgl. hierzu auch Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, S. 661, der die aus der Nichtigkeit resultierende Möglichkeit der Vertragsparteien kritisiert, „bei unliebsamer Veränderung der Umstände von dem Vertrag Abstand nehmen zu können.“

642 Zu diesen praktischen Problemen etwa Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 202; Wöllik, in: Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 345, 354; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 325.

643 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 15.10.1992, NJW 1993, 648, 650; Urt. v. 9.11.1994, NJW 1995, 318, 320; BVerwG, Urt. v. 21.1.2004, NVwZ 2004, 871, 873.

644 BGH, Urt. v. 10.6.1999, NJW 1999, 3335, 3336.

645 BGH, Urt. v. 15.10.1992, NJW 1993, 648, 650 f.

646 Ebenso bereits Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 204.

647 Vgl. Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 58, Rn. 29 ff.

Erklärungen gebunden, wenngleich einklagbare Leistungspflichten erst durch die Genehmigung begründet werden.⁶⁴⁸

Da öffentlich-rechtliche Subventionsverträge zu den subordinationsrechtlichen Verträgen i.S.d. § 58 Abs. 2 VwVfG gehören⁶⁴⁹ und die Gewährung der Beihilfe nur unter Mitwirkung der Kommission als „anderer Behörde“ i.S.v. § 58 Abs. 2 VwVfG zulässig ist, sind beihilfegeähnende öffentlich-rechtliche Verträge bis zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung gem. § 58 Abs. 2 VwVfG ebenfalls als schwebend unwirksam anzusehen. Aufgrund der weitgehenden Wahlfreiheit der Verwaltung, auf welchem Wege sie Beihilfen gewähren will,⁶⁵⁰ ist eine parallele Rechtsfolgenbewältigung erstrebenswert.⁶⁵¹

5. Ergebnis

Zusammenfassend zeigt sich, dass die schwebende Unwirksamkeit die einzige gebotene Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot ist. Die Nichtigkeit des Vertrags ist unionsrechtlich nicht erforderlich. Sie ergibt sich auch nicht aus der „Scharniernorm“ des § 134 BGB, da der Zweck des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV die Nichtigkeit gerade nicht erfordert. Darüber hinaus verstößt sie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und führt zu unnötigen Brüchen mit der bisherigen Judikatur des BGH zu den Rechtsfolgen genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte. Schließlich ist allein die schwebende Unwirksamkeit in der Lage, den Ausgang des Prüfverfahrens der Kommission im Verfahren vor den nationalen Gerichten zu berücksichtigen und eine parallele Behandlung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verträge zu gewährleisten.

V. Aufrechterhaltung des Vertrags mittels salvatorischer Klauseln

1. Das Urteil des BGH v. 5.12.2012

Mit Urteil v. 5.12.2012⁶⁵² hat sich der BGH inzwischen von seiner bisherigen Anordnung der Gesamtnichtigkeit als Folge einer Verletzung des Durchführungsverbots abgewendet und klargestellt, dass unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV geschlossene Kaufverträge, deren Kaufpreis eine Beihilfe enthalte, zu markt- und damit beihilfekonformen Bedingungen aufrechterhalten werden können. Zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils sei es ausreichend, wenn der Beihilfe-

⁶⁴⁸ Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 93, sind dementsprechend der Ansicht, dass das „nur rudimentär geregelte öffentlich-rechtliche Vertragsrecht mit § 58 II VwVfG eine passgenaue Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen ermöglicht [...].“

⁶⁴⁹ Schneider, NJW 1992, 1197, 1199; Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 93.

⁶⁵⁰ S. hierzu bereits oben, S. 25 f.

⁶⁵¹ Ebenso Pütz, Das Beihilfeverbot, S. 68 f.

⁶⁵² BGH, Urt. v. 5.12.2012, EuZW 2013, 753.

empfänger den Differenzbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem höheren, beihilfefreien Marktpreis zuzüglich des entstandenen Zinsvorteils zahle. Voraussetzung für ein solches Vorgehen sei indes, dass sich dem Vertrag hinreichende Anhaltspunkte dafür entnehmen ließen, dass sich die Parteien – bei unterstellter Nichtigkeit der Kaufpreisvereinbarung – auf den beihilfefreien Kaufpreis verständigt hätten.

a) Wesentlicher Sachverhalt

Der Entscheidung liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Im Mai 2005 erwarb die WINGAS, eines der führenden Gashandelsunternehmen in Deutschland, ein Teilstück des vormals militärisch genutzten Central European Pipeline Systems (CEPS) zu einem Preis von 700.000 EUR von der Bundesrepublik. Diese hatte sich im Vorfeld der Veräußerung bei verschiedenen Unternehmen nach deren Kaufinteresse erkundigt. Weder wurde ein förmliches Bieterverfahren durchgeführt noch wurde der Marktwert des Gaspipelinennetzes durch einen unabhängigen Gutachter ermittelt. Ein Wettbewerber der WINGAS, der zuvor nicht über die Verkaufsabsichten der Bundesrepublik informiert worden war, bekundete aus eigener Initiative Interesse an dem Erwerb des Teilstücks und gab ein entsprechendes Angebot ab. Den Zuschlag erhielt letztlich jedoch die WINGAS. Der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag enthielt u.a. folgende Regelung:

„Sollten einzelne Regelungen dieses Vertrags – gleich aus welchem Grund – unwirksam sein oder werden, so soll dadurch die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen nicht berührt werden. Der Bund und die W. verpflichten sich für diesen Fall, eine dem Sinn und Zweck der unwirksamen Regelung wirtschaftlich entsprechende ergänzende Vereinbarung zu treffen. Gleiches gilt für den Fall, dass der Kaufvertrag Lücken enthält oder der Auslegung bedarf.“

Der Wettbewerber machte in der Folge geltend, der Kaufpreis für das veräußerte Teilstück unterschreite den Marktwert und stelle dementsprechend eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Er beantragte festzustellen, dass der Kaufvertrag mangels Notifizierung wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot gem. § 134 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV insgesamt nichtig sei. Das LG Bonn gab der Klage statt und erklärte den Vertrag für nichtig.⁶⁵³ Das OLG Köln als Berufungsinstanz bestätigte das Urteil.⁶⁵⁴

b) Die Entscheidung des BGH

Der BGH folgert zunächst aus der CELF-Judikatur des EuGH, dass eine Gesamtrückabwicklung eines unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot geschlossenen Vertrags unionsrechtlich nicht erforderlich und die Annahme der Totalnichtigkeit des Vertrags daher nicht geboten sei.⁶⁵⁵ Anstatt aber auf die Möglichkeit der schweben-

653 LG Bonn, Urt. v. 26.3.2010, BeckRS 2012, 04000.

654 OLG Köln, Urt. v. 27.4.2011, BeckRS 2011, 18439.

655 BGH, Urt. v. 5.12.2012, EuZW 2013, 753, 755 ff.

den Unwirksamkeit einzugehen, setzt er sich mit der Frage einer nur teilweisen Nichtigkeit des Vertrags auseinander. Er geht davon aus, dass ein Kaufvertrag nur soweit nichtig sei, als durch ihn auch tatsächlich eine Beihilfe gewährt werde. Im Falle eines Kaufvertrags liege das Beihilfeelement in einem zu niedrigen Kaufpreis, sodass nur die Kaufpreisvereinbarung von der Rechtsfolge der Nichtigkeit betroffen sei. Die effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts gebiete lediglich die Abschöpfung des beihilferechtswidrig erlangten Vorteils, sodass es ausreichend sei, den zu niedrig vereinbarten Kaufpreis auf ein beihilfenrechtlich unbedenkliches Maß heraufzusetzen und den Vertrag somit zu marktkonformen Bedingungen aufrechtzuerhalten.⁶⁵⁶

Der BGH weist jedoch zugleich darauf hin, dass eine Teilnichtigkeit nach § 139 BGB nicht in Betracht komme. Da die Vereinbarung über den Kaufpreis zu den essentialia negotii zähle, führe deren Nichtigkeit grds. zur Nichtigkeit des Vertrags insgesamt. Etwas anderes könnte sich allerdings aus einer vereinbarten salvatorischen Ersetzungsklausel ergeben, gegen die keine beihilfenrechtlichen Bedenken bestünden.⁶⁵⁷ Entscheidend sei aber, dass aus dieser hinreichend deutlich der Wille des Käufers hervorgehe, sich im Falle der Unwirksamkeit der Kaufpreisvereinbarung zur Zahlung eines höheren, marktgerechten Kaufpreises zu verpflichten. Enthalte die Ersetzungsklausel keine dahingehenden Anhaltspunkte, sei es dem Gericht verwehrt, in Anwendung dieser Klausel eine bestimmte, ihm interessengerecht erscheinende Klausel zum Vertragsinhalt zu machen. Insbesondere könne dann nicht angenommen werden, dass an die Stelle des vereinbarten Preises ein den Marktwert abbildender Preis trete, da nicht unterstellt werden könne, dass der Kauf zu einem ggf. deutlich höheren Preis gewollt gewesen sei. Dem Käufer sei in einem solchen Fall keineswegs unter allen Umständen ein Festhalten an dem Vertrag zu einem erhöhten Kaufpreis zuzumuten.⁶⁵⁸

Im konkreten Fall gelangte der BGH zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags, da er sich nicht in der Lage sah, der in der vereinbarten Ersetzungsklausel zum Ausdruck gebrachten Verpflichtung der Parteien, „eine dem Sinn und Zweck der unwirksamen Regelung wirtschaftlich entsprechende ergänzende Vereinbarung zu treffen“, hinreichend konkrete und belastbare Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die WIN-GAS den Vertrag auch zu anderen Konditionen geschlossen hätte, also bereit gewesen wäre, einen beihilfenrechtlich unbedenklichen Kaufpreis für das Teilstück zu zahlen.

⁶⁵⁶ BGH, Urt. v. 5.12.2012, EuZW 2013, 753, 756 f.

⁶⁵⁷ Unzulässig sind nach ständiger Kommissionspraxis hingegen Gewährleistungsklauseln, die es dem Erwerber erlauben, sich im Falle einer Rückforderung der Beihilfe bei dem Verkäufer schadlos zu halten, und somit dazu führen, dass die Wettbewerbsverzerrung letztlich fortbesteht. Vgl. etwa Kommission, E. v. 25.3.1992, ABl. 1992 L 171/63 (Hytasa I); E. v. 18.9.1996, ABl. 1997 L 96/36 (Hytasa II); zum vertraglich vereinbarten Schutz des Erwerbers vor Rückforderungsansprüchen auch v. Bonin, EuZW 2013, 247, 250 f.

⁶⁵⁸ BGH, Urt. v. 5.12.2012, EuZW 2013, 753, 757 f.

2. Bewertung des Urteils

Der BGH hat in seinem Urteil erstmals anerkannt, dass ein Kaufvertrag zwischen der öffentlichen Hand und einem Unternehmen, der wegen eines unterhalb des Marktwerts des Veräußerungsgegenstands liegenden Kaufpreises Beihilfeelemente enthält, nicht in jedem Fall gesamtnichtig nach § 134 BGB sein muss und damit seine bisherige rigide Nichtigkeitsjudikatur zu formell rechtswidrigen Beihilfen erheblich relativiert.⁶⁵⁹ Aus der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rs. *CELF* entnimmt der BGH ein argumentum a minore ad maius dergestalt, dass die fehlende Forderung des Unionsrechts nach einer Rückforderung einer zwar gegen das Durchführungsverbot verstößenden, jedoch mit dem Binnenmarkt vereinbaren Beihilfe erst recht für die Frage des Umfangs der Nichtigkeit gelten müsse, ein Vertrag also nur insoweit als nichtig anzusehen sei, wie er gegen das materielle Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV verstöße.⁶⁶⁰

Wenngleich durch die Zahlung der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem tatsächlichen Marktpreis der Wettbewerbsvorteil des Begünstigten egalisiert und somit ein beihilfenkonformer Zustand hergestellt wird, vermag die Entscheidung des BGH im Hinblick auf die Steuerungsziele des Beihilfenrechts nicht zu überzeugen.

Indem der BGH den Vertragsparteien das „vertragliche Hintertürchen“⁶⁶¹ öffnet, den Bestand des Kaufvertrags durch die Vereinbarung ausreichend konkretisierter salvatorischer Ersetzungsklauseln für den Fall eines zu niedrigen Kaufpreises gleichsam gegen den Zugriff des Beihilfenrechts zu immunisieren, lädt er geradezu dazu ein, die Grenzen beihilfenkonformer Vereinbarungen ohne jedes Risiko auszutesten.⁶⁶² Hat der Verstoß gegen das Durchführungsverbot lediglich zur Folge, dass der Käufer einen gewissen Aufschlag auf den Kaufpreis zu zahlen hat, besteht nämlich keinerlei Anreiz, von vornherein einen marktgerechten Preis zu vereinbaren. Die nachträgliche Korrekturmöglichkeit des Kaufpreises macht die Vereinbarung eines auch offensichtlich beihilfenwidrigen Kaufpreises zu einem vollkommen risikolosen Unterfangen für den Käufer.⁶⁶³ Wird der Verstoß nicht bekannt oder sind Wettbewerber etwa aufgrund des Prozessrisikos nicht bereit, gerichtlich gegen die Verletzung des Durchführungsverbots vorzugehen, so hat er „Glück gehabt“ und kommt in den Genuss eines rechtswidrigen Vorteils. Die Gefahr, dass ein Verstoß gegen die Vorgaben des Beihilfenrechts unentdeckt bleibt und der Begünstigte deswegen dauerhaft einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil erlangt, besteht freilich immer und vollkommen unabhängig von den drohenden Rechtsfolgen einer Verletzung der Stillhalteverpflichtung. Selbst die schärfste Sanktion der Totalnichtigkeit kann nämlich nur dann

⁶⁵⁹ Vgl. hierzu auch die Bewertungen des Urteils von *Kainer*, LMK 2013, 350127; *Maier/Bäuerle*, Kommunalwirtschaft 2013, 500 ff.; *Lotze/Smolinski*, ZKF 2014, 62 ff.; *Bartosch*, EuZW 2013, 759 f.; ders., EU-Beihilfenrecht, Art. 108 AEUV, Rn. 16; *Rödel*, PharmR 2014, 141 ff.

⁶⁶⁰ Vgl. *Bartosch*, EuZW 2013, 759.

⁶⁶¹ *Lotze/Smolinski*, BRZ 2014, 12, 15.

⁶⁶² Diesbezügliche Bedenken teilen *Kainer*, LMK 2013, 350127; *Lotze/Smolinski*, BRZ 2014, 12, 15.

⁶⁶³ Sehr deutlich *Wagner*, in: FS Roth, S. 665, 690 f.

greifen, wenn die Kommission und/oder ein Konkurrent des Begünstigten Kenntnis von der Vorteilsgewährung erlangt.

Lässt man nun aber Ersetzungsklauseln in Bezug auf einen beihilfewidrigen Kaufpreis zu, besteht darüber hinaus auch in den Fällen, in denen die rechtswidrige Begünstigung aufgedeckt wird, für den Begünstigten kein nennenswertes Risiko, da er die Kaufsache behalten darf und nur die Differenz zum Marktpreis nachzuzahlen braucht. Wenn er nicht Gefahr läuft, die Kaufsache aufgrund des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wieder herausgeben zu müssen, lohnt es sich für ihn – sofern er bereit ist, notfalls auch den regulären Preis für diese zu entrichten – einen Verstoß gegen das Beihilfenrecht in jedem Fall zunächst einmal „zu versuchen“.⁶⁶⁴ Einen wirklichen Anreiz zur Vereinbarung eines beihilfenkonformen Kaufpreises haben die Parteien nur dann, wenn die Folgen eines Verstoßes gegen das Beihilfenrecht belastender sind als die ursprünglichen Verpflichtungen. Droht dem Käufer im schlimmsten Fall jedoch nur das, wozu er ohnehin verpflichtet ist, nämlich die Zahlung eines dem Marktwert entsprechenden Kaufpreises, besteht für ihn keine Notwendigkeit, die beihilfenrechtlichen Vorgaben zu beachten. Unter ökonomischen Gesichtspunkten wäre es für einen rational handelnden Unternehmer indes sogar unvernünftig, „freiwillig“ mehr zu zahlen sowie zunächst ein ggf. langwieriges Prüfverfahren der Kommission abzuwarten und in diesem Zeitraum auf die Nutzungsmöglichkeit der Kaufsache zu verzichten. Zur Einhaltung des Durchführungsverbots wird er nur dann bereit sein, wenn ein Vergleich von Kosten und Nutzen ergibt, dass normgerechtes Verhalten im Vergleich zu einer Umgehung der Anmelde- und Wartepflicht für ihn günstiger ist.⁶⁶⁵ Dieser für die Präventivwirkung der Stillhalteverpflichtung erforderliche Vorteil der Normbefolgung kann aber nur in der Gewissheit des Begünstigten liegen, dass der Bestand des Vertrags ausschließlich dann unaugustet bleibt, wenn die Kommission ihn genehmigt hat. Im Falle eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot und anschließender Negativentscheidung der Kommission hingegen muss der Vertrag insgesamt rückabgewickelt werden.

Einzuräumen ist allerdings, dass die vom BGH zugelassene weitreichende Korrekturmöglichkeit des Kaufpreises bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Vertrags der Praxis der Kommission entspricht, die – wie bereits aufgezeigt –⁶⁶⁶ auch im Falle der Unvereinbarkeit einer Beihilfe, die auf der Grundlage eines Unternehmens- oder Grundstückskaufvertrags gewährt wird, keine vollständige Rückabwicklung des Vertrags verlangt, sondern die Zahlung des Differenzbetrages für ausreichend erachtet. Unabhängig davon, dass diese Entscheidungspraxis aufgrund der dargelegten Präventionserwägungen im Interesse eines dauerhaft unverfälschten Binnenmarktes nicht sachgerecht erscheint, sprechen die unterschiedlichen Rollen der Kommission und der mitgliedstaatlichen Gerichte innerhalb der Beihilfenkontrolle gegen eine schematische Übertragung der von der Kommission angeordneten Rechtsfolgen auch auf die

⁶⁶⁴ So auch Wagner, in: FS Roth, S. 665, 691.

⁶⁶⁵ Vgl. allgemein zur Anreizstruktur der Verhaltenssteuerung durch Privatrecht Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 375 ff.

⁶⁶⁶ Zu Beispielen aus der Kommissionspraxis s. oben, S. 85 ff.

nationale Ebene. Aufgabe der Kommission ist insoweit einzig der Schutz des Binnenmarktes vor staatlich induzierten Verfälschungen. Sie hat Sorge dafür zu tragen, dass Unternehmen mit dem Binnenmarkt unvereinbare Begünstigungen gar nicht erst erhalten bzw. wieder verlieren. Auf welche Weise der rechtswidrige Vorteil legalisiert wird, ist für den Schutz des freien Wettbewerbs unerheblich. Primäre Funktion der nationalen Gerichte im europäischen Beihilfenrecht ist hingegen der effektive Schutz von Wettbewerbern begünstigter Unternehmen. Diesen an sie adressierten Rechtschutzauftrag können die nationalen Gerichte indes nur dann erfüllen, wenn genügend Klageanreize für Konkurrenten bestehen. Ein Wettbewerber wird nur dann bereit sein, Klage wegen der Verletzung des Durchführungsverbots zu erheben und damit zugleich die Einhaltung des objektiven Unionsrechts fördern,⁶⁶⁷ wenn der mit der Klage zu erzielende Nutzen für ihn größer ist als das mit ihr verbundene Prozess- und Kostenrisiko.⁶⁶⁸ Gerade im Fall von Unikaten, wie etwa besonders attraktiven Grundstücken an für die Produktion günstigen Standorten, verfolgen die übrigen Interessenten vor allem das Ziel, selbst den Zuschlag erhalten und das betreffende Areal erwerben zu können. Notwendige Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, dass zunächst der mit dem Begünstigten geschlossene Kaufvertrag annulliert wird. Sind die Wettbewerber nicht in der Lage, dieses (Zwischen-)Ziel zu erreichen, da der Käufer das Grundstück durch eine bloße Kaufpreisergänzung auch im Falle einer Negativentscheidung der Kommission behalten kann, werden sie nicht selten von einer Klage absehen. Enthält der Kaufvertrag eine salvatorische Ersetzungsklausel, führt eine erfolgreiche Klage eines anderen Interessenten lediglich zu einer zusätzlichen finanziellen Belastung des Erwerbers. Dieser nur mittelbare Vorteil⁶⁶⁹ dürfte jedenfalls dann nicht als Klageanreiz ausreichen, wenn zwischen dem Käufer und den übrigen Interessenten kein direktes Wettbewerbsverhältnis besteht. Eine Aufrechterhaltung des Vertrags zu anderen Konditionen kann daher die Klagebereitschaft anderer Marktteilnehmer senken und damit die Effektivität der Beihilfenkontrolle insgesamt beeinträchtigen.

Die Entscheidung des BGH wirft zudem die Frage auf, welcher Kaufpreis letztlich maßgeblich sein soll, wenn der Kaufvertrag von der Kommission – beispielsweise nach Art. 107 Abs. 3 AEUV – genehmigt wird, nachdem das nationale Gericht aufgrund einer Klage des Wettbewerbers die Nichtigkeit der Kaufpreisvereinbarung fest-

667 Umfassend zu dem europarechtlich erkennbaren Konzept, die Bürger „als advokarische Sachwalter nicht nur privater, sondern auch öffentlicher Belange“ zu verstehen und individuelle Befugnisse für die Gewährleistung einer effektiven Umsetzung und Befolgung des Europarechts zu funktionalisieren, *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts; vgl. auch *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 272 ff., die zutreffend die „funktionale Subjektivierung als allgemeines Strukturprinzip des Europäischen Unionsrechts“ anerkennt.

668 Zur Bedeutung ausreichender Klageanreize für eine privatrechtliche Normdurchsetzung überzeugend *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 379 ff.

669 Vgl. auch *Pechstein*, EuZW 1998, 495, 497: „Zwar wird einer [...] Wettbewerbsverzerrung anscheinend auch durch die Nachzahlung der Differenzsumme zum Verkehrswert seitens des Begünstigten ein Ende bereitet. Dem klagenden Konkurrenten, der das konkrete Grundstück selbst erwerben will, wäre mit dieser Entscheidung allerdings nur zum Teil gedient.“; *ders.*, EuZW 2003, 447, 448, hebt zutreffend hervor, dass ein Auswahlfehler aus Sicht der Konkurrenten „ökonomisch viel gravierender sein kann als die übermäßige Vergünstigung des Erwerbs“.

gestellt und den vereinbarten Preis infolge einer im Vertrag enthaltenen Ersetzungsklausel auf das beihilfenfreie Marktniveau angehoben hat. Es ist unklar, ob der vom Käufer zu entrichtende Preis dann zwischen der vereinbarten Höhe, dem gutachterlich bestimmten Marktpreis und schließlich wieder zurück zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung schwankt.⁶⁷⁰ Alternativ – und dies dürfte wohl überzeugender sein – könnte die Ersetzungsklausel auch bereits aufgrund der Verletzung des Durchführungsverbots unumkehrbar greifen, sodass sich der Käufer an dem beihilfenfreien Marktpreis festhalten lassen müsste, ohne dass es auf die materielle Vereinbarkeit der Beihilfe ankäme. Hierfür spricht ganz entscheidend, dass die Ersetzungsklausel einzig wegen des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, nicht aber angesichts einer etwaigen Unvereinbarkeit der Beihilfe aktiviert wird. Da der Gerichtshof eindeutig entschieden hat, dass eine spätere Positiventscheidung der Kommission keine Rückwirkung entfaltet und den formellen Verstoß nicht heilen kann, wäre es mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, aufgrund der Genehmigung der Beihilfe nun wieder die ursprüngliche Vereinbarung aufleben zu lassen. Ein solches Vorgehen wäre gleichbedeutend mit der unzulässigen Heilung der Verletzung des Durchführungsverbots.

Für den Käufer hätte dies dann allerdings die überaus missliche Folge, an dem höheren Kaufpreis festgehalten zu werden, obgleich die privatautonome Vereinbarung nach Art. 107 AEUV zulässig ist. Es ergäbe sich die beinahe schon absurde Konsequenz, dass der Vertragspartner der öffentlichen Hand besser stünde, wenn die getroffene Kaufpreisvereinbarung mit dem Binnenmarkt unvereinbar wäre, da er in diesem Fall auf der Grundlage der Ersetzungsklausel nur den Betrag zu zahlen hat, den er ohnehin hätte zahlen müssen, wenn die Beihilfe zuvor notifiziert worden wäre. Im Falle der Vereinbarkeit der ursprünglichen Vereinbarung hingegen muss er – bedingt durch die im Verfahren vor den nationalen Gerichten aktivierte Klausel – nominell zwar denselben, jedoch einen höheren als den nach Art. 107 AEUV eigentlich nur erforderlichen Betrag zahlen. Geht der Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV mit einem Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV einher, kann er den Vertrag zu dem Preis schließen, der vom Beihilfenrecht als zwingend vorgeschrieben wird. Liegt ein solcher Doppelverstoß indes nicht vor, so muss er den Vertrag zu Konditionen schließen, die über dem zulässigen Mindestpreis liegen. Ein „schlechtes Geschäft“ hätte der Käufer infolge des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV daher nur dann gemacht, wenn er die Stillhaltepflicht bei genehmigungsfähigen Beihilfen nicht eingehalten hätte. Der Anreiz zur beihilfenkonformen Ausgestaltung des Vertrags würde so genau in sein Gegenteil verkehrt. Eine Rechtsfolge, die denjenigen, der „nur“ gegen das Durchführungsverbot verstößt, empfindlicher trifft als denjenigen, der zugleich die materiellen Vorgaben des Art. 107 Abs. 1 AEUV außer Acht lässt, ist mit dem Schutzzweck des Beihilfenrechts, den Binnenmarkt ausschließlich vor wettbewerbsverfälschenden Beihilfen zu schützen, aber nicht mehr vereinbar.

Das Urteil ist schließlich auch deswegen bedenklich, weil es dazu führt, dass in vielen Fällen weiterhin von der Gesamtnichtigkeit des Vertrags infolge des Verstoßes

⁶⁷⁰ In diesem Sinne Kainer, LMK 2013, 350127.

gegen die Stillhalteverpflichtung auszugehen ist.⁶⁷¹ Haben die Parteien keine oder keine hinreichend aussagekräftige Ersetzungsklausel vereinbart, bleibt es nach wie vor bei der unverhältnismäßigen Anordnung der Nichtigkeit des Vertrags insgesamt. Anstatt den Bestand des Vertrags von seiner von der Kommission festzustellenden Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt abhängig zu machen, entscheidet nach Ansicht des BGH vielmehr die Qualität der von den Parteien getroffenen kautelarjuristischen Vorkehrungen über die Frage der Rechtsfolgen. Gleichzeitig wird der nationale Richter mit der oftmals schwierigen Aufgabe konfrontiert, eine Ersetzungsklausel auslegen und den hypothetischen Parteiwillen ermitteln zu müssen. Ein rechtssicheres System der zivilrechtlichen Folgenbewältigung kann hierin sicher nicht erblickt werden.⁶⁷²

VI. Aufrechterhaltung des Vertrags im Wege ergänzender Vertragsauslegung

1. Die Argumentation von Verse/Wurmnest

Noch einen Schritt weiter als der Ansatz von *Verse/Wurmnest*, die für eine Aufrechterhaltung des beihilfenwidrigen Vertrags auch dann plädieren, wenn die Parteien keine Ersetzungsklausel vereinbart haben. Sie sind der Auffassung, eine Vertragskorrektur könne im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung erfolgen.⁶⁷³

Nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung ist eine durch Nichtigkeit entstandene Vertragslücke entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu schließen.⁶⁷⁴ An die Stelle der nüchternen Vertragsklausel tritt die Regelung, von der anzunehmen ist, dass sie die Parteien als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht wirksam geregelten Fall bedacht hätten.

Überzeugend sei die Annahme einer Vereinbarung, die zum einen dem Interesse beider Parteien an der Durchführung des Vertrags Rechnung trage, zu anderen aber vermeide, dass dem Käufer ein Festhalten am Vertrag auch zu ihm nicht mehr günstig erscheinenden Konditionen zugemutet werde. Die ergänzende Vertragsauslegung müsse daher zu dem Ergebnis kommen, dass dem Käufer im Falle eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot das Recht zugestanden werde, innerhalb angemessener Frist eine Anpassung des Vertrags an beihilfenkonforme Bedingungen zu verlangen, und die öffentliche Hand verpflichtet sei, dieser Anpassung zuzustimmen. Der Käufer müsse aber in jedem Fall die Möglichkeit haben, sich infolge des korrigierten Kauf-

⁶⁷¹ Kainer, LMK 2013, 350127; vgl. auch Lotze/Smolinski, BRZ 2014, 12, 14; Grziwotz, DNotZ 2015, 246, 262; Otting, VPR 2013, 8.

⁶⁷² So auch die abschließende Einschätzung von Kainer, LMK 2013, 350127.

⁶⁷³ Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), 855, 869 ff.

⁶⁷⁴ Näher hierzu Busche, in: MünchKom-BGB, § 157, Rn. 26 ff. („Ermittlung des ‘hypothetischen’, auch an heteronomen Gerechtigkeitsvorstellungen orientierten Vertragssinns“); vgl. auch Wendtland, in: BeckOK-BGB, § 157, Rn. 28.

preises vom Vertrag lösen und einer Bindung an den höheren Kaufpreis entgehen zu können.⁶⁷⁵

Der Ansatz ist dogmatisch nicht angreifbar und kann sich insbesondere auf die viel besprochene sog. Tagespreisklausel-Entscheidung des BGH⁶⁷⁶ stützen.⁶⁷⁷ Diese betraf eine damals im Kfz-Handel übliche AGB-Klausel, die den Verkäufer zur nachträglichen Anpassung des vertraglich vereinbarten Kaufpreises auf den bei Auslieferung des Pkw gültigen Listenpreis berechtigte, sofern zwischen Vertragsschluss und Liefertermin ein Zeitraum von mehr als vier Monaten lag. Der BGH erkannte in dieser Klausel eine unangemessene Benachteiligung des Käufers und erklärte die Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (nunmehr § 307 BGB) für nichtig. Die entstandene Vertragslücke schloss er im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung mit einer Regelung, nach welcher der Käufer zwar grds. zur Zahlung des am Liefertermin aktuellen Listenpreises verpflichtet war, ihm aber für den Fall einer nicht unerheblichen Preissteigerung ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde.⁶⁷⁸

2. Kritik

Die Entscheidung des BGH weist in der Tat deutliche Parallelen zu der hier interessierenden Konstellation auf. Die dort angenommene Rechtsfolge eines Wahlrechts des Käufers kann aber gleichwohl nicht auf beihilfegewährende Verträge übertragen werden, deren Mangel in einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot begründet ist. Während es in der Tagespreisklausel-Entscheidung ausschließlich um einen angemessenen Ausgleich der Interessen der beiden Vertragsparteien ging, ist im Kontext des Beihilfenrechts zudem stets das übergeordnete Interesse an einem freien und unverfälschten Wettbewerb bei der Bestimmung der Rechtsfolgen im Blick zu haben.

Ließe man eine ergänzende Vertragsauslegung in der vorgeschlagenen Form zu, wäre eine Umgehung des beihilfenrechtlichen Verfahrens – ebenso wie im Falle einer vereinbarten Ersetzungsklausel – ein vollkommen risikoloses Unterfangen für die Parteien. Eine solche Optionslösung, die dem Käufer sogar noch nach gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit der privatautonomen Kaufpreisvereinbarung ein Wahlrecht zugesteht, ob er zu veränderten Konditionen am Vertrag festhalten oder aus seiner vertraglichen Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags entlassen werden möchte, würde gerade Anreize zur Verletzung des Durchführungsverbots setzen. Ein Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wäre für den Käufer ausschließlich vorteilhaft. Falls die rechtswidrige Beihilfegewährung unentdeckt bleibt, kommt er in den Genuss eines günstigen Geschäfts. Falls der Verstoß aufgedeckt wird, muss er nun aber – an-

⁶⁷⁵ Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), 855, 870 f.

⁶⁷⁶ BGH, Urt. v. 1.2.1984, NJW 1984, 1177.

⁶⁷⁷ So auch die maßgebliche Argumentation von Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), 855, 871 f.

⁶⁷⁸ BGH, Urt. v. 1.2.1984, NJW 1984, 1177, 1179; zustimmend Bunte, NJW 1984, 1145 ff.; Krampe, AcP 194 (1994), 1, 39; im Ergebnis auch Hager, JuS 1985, 264, 270; Schlosser, Jura 1984, 637, 642 f., spricht sich hingegen für eine geltungserhaltende Reduktion aus; die Entscheidung ablehnend Trinkner, BB 1984, 490 ff.; Löwe, BB 1984, 492 ff.

ders als bei einer vereinbarten Ersetzungsklausel – noch nicht einmal den Vertrag zu den marktkonformen Konditionen erfüllen, sondern darf sich von diesem wieder lösen. Die ergänzende Vertragsauslegung führt somit gewissermaßen zu einem Reurecht des Käufers, das immer dann äußerst interessant für ihn sein kann, wenn er in dem Zeitraum zwischen dem Vertragsschluss und der Klage eines Wettbewerbers etwa aufgrund einer geänderten Unternehmensstrategie oder einer neuen Produktionsweise ohnehin das Interesse an dem Kaufgegenstand verloren hat und den Vertrag gerne rückgängig machen würde, oder sich die wirtschaftlichen oder politischen Rahmenbedingungen so geändert haben, dass er den Kaufgegenstand (z.B. ein Grundstück) nicht mehr seinen Zwecken entsprechend nutzen kann. Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot hätte daher zur Folge, dass der Käufer über mehr Optionen verfügen würde als er bei ordnungsgemäßer Einhaltung des Notifizierungsverfahrens hätte. Er hat nicht nur die Chance, unerkannt ein äußerst lukratives Geschäft abzuschließen, sondern wird darüber hinaus des Risikos entbunden, im Falle der Aufdeckung der rechtswidrigen Beihilfe am Vertrag festhalten und den regulären Marktpreis zahlen zu müssen. Sollten sich seine Investitionen nicht wie erhofft rentieren, böte ihm das Beihilfenrecht zudem noch eine einfache Möglichkeit, den Kauf rückgängig zu machen. Es mutet ironisch an, doch vor diesem Hintergrund wäre jedem Vertragspartner der öffentlichen Hand nur zu raten, das Durchführungsverbot in jedem Falle bewusst zu umgehen. Von der Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung in der vorgeschlagenen Form ginge daher eine falsche Signalwirkung mit ganz verheerenden Folgen für den freien und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt aus. Ein nachhaltiger Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen lässt sich nur erreichen, wenn rechtmäßiges und damit wettbewerbskonformes Verhalten prämiert wird, sich also für die Marktteilnehmer vorteilhafter erweist als wettbewerbswidrige Verhaltensweisen. Eine ergänzende Vertragsauslegung, die zu einem Wahlrecht des Käufers führt, bewirkt jedoch genau das Gegenteil. Sie ist daher strikt abzulehnen.

VII. Aufrechterhaltung des Vertrags durch Annahme von zwei Verträgen

Um zu einer Aufrechterhaltung des Kaufvertrags zu einem beihilfenrechtlich unbedenklichen Kaufpreis zu gelangen, wird vereinzelt angenommen, im Falle einer vergünstigten Grundstücksveräußerung lägen zwei schuldrechtliche Verträge vor. So wird vorgeschlagen, neben dem eigentlichen Kaufvertrag nach § 433 BGB sei ein Schenkungsvertrag nach §§ 516 ff. BGB anzunehmen, der zum Gegenstand den Verzicht der öffentlichen Hand auf die Differenz zwischen dem tatsächlichen Marktwert und dem vereinbarten Preis habe. Die aus § 134 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV folgende Nichtigkeit treffe nur den Schenkungsvertrag als separates Rechtsgeschäft, da nur dieser Beihilfeelemente aufweise. Die öffentliche Hand könne daher den auf der Grundlage der unwirksamen Schenkung vom Käufer zu wenig gezahlten

Kaufpreis nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB kondizieren, demnach eine Nachzahlung i.H.d. Differenz verlangen.⁶⁷⁹

Eine solche Aufteilung des einheitlichen Geschäfts in zwei getrennt voneinander zu beurteilende Verträge kann nicht überzeugen. Ein Kaufvertrag, der einen bewusst zu niedrig angesetzten Preis enthält, beinhaltet zwar in der Tat Schenkungselemente. Bei der vergünstigten Veräußerung liegt indes ein einheitliches Rechtsgeschäft in Form der sog. gemischten Schenkung⁶⁸⁰ vor, da das Grundstück als solches die wertmäßige Zuwendung enthält und als Gegenstand der vereinbarten Leistung, anders etwa als die zusätzliche unentgeltliche Überlassung von Zubehör o.Ä., nicht real teilbar ist.⁶⁸¹ Zudem wirkt eine Lösung dergestalt, dass der Kaufvertrag zunächst zum Marktpreis geschlossen wird und die Schenkung sodann auf den Erlass der soeben vereinbarten Kaufpreisforderung i.H.d. Differenzbetrags zwischen diesem Marktwert und einem verbilligten Preis gerichtet ist, „in hohem Maße gekünstelt“.⁶⁸² Da zudem nicht ohne weitere Anhaltspunkte unterstellt werden kann, dass im Falle der Nichtigkeit des Schenkungsvertrags ein Festhalten am Kaufvertrag dem Willen der Parteien entspricht, gelangt man über § 139 BGB letztlich regelmäßig wieder zur Nichtigkeit auch des Kaufvertrags.

VIII. Vergleich der vorgeschlagenen Rechtsfolgen/Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass einzig die schwebende Unwirksamkeit als adäquate Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV in Betracht kommt. Weder das Unionsrecht noch die deutsche Zivilrechtsdogmatik gebietet die Annahme einer Totalnichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags, die als unverhältnismäßige Rechtsfolge abzulehnen ist.

Die Aufrechterhaltung des Vertrags mittels salvatorischer Klauseln oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist nicht mit den Steuerungszielen des Beihilfrechts vereinbar, da sie gerade Anreize setzt, das Notifizierungsverfahren bewusst zu umgehen.

⁶⁷⁹ Martin-Ehlers, WM 2003, 1598, 1603 f.

⁶⁸⁰ Vgl. zum Begriff BGH, Urt. v. 23.5.1959, NJW 1959, 1363; Koch, in: MünchKom-BGB, § 516, Rn. 34 f.

⁶⁸¹ So auch Goldmann, Jura 2008, 275, 277.

⁶⁸² Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), 855, 864.

H. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Thesen

- Nach der deutschen Rechtsordnung steht dem Staat grundsätzlich ein Wahlrecht hinsichtlich der Rechtsform der Beihilfenvergabe zu. Rein privatrechtlich gewährte Beihilfen treten vor allem im Bereich der Realförderung auf, wenn die öffentliche Hand Sachleistungen zu Vorzugstarifen gewährt. Praktisch bedeutsam sind insbesondere der Verkauf von Immobilien und Grundstücken seitens der öffentlichen Hand sowie die Privatisierung öffentlicher Unternehmen zu Konditionen unterhalb des Marktwerts. Das Vorliegen einer Begünstigung richtet sich in diesen Fällen nach dem sog. private-vendor-test. Entscheidend ist hiernach, ob auch ein privater Verkäufer anstelle des Staates dem Verkauf zu den ausgehandelten Bedingungen zugestimmt und den Kaufvertrag mit dem vereinbarten Kaufpreis abgeschlossen hätte. Um Beihilfeelemente auszuschließen, muss die öffentliche Hand grds. mindestens zum Marktwert veräußern. Dieser kann durch einen unabhängigen Gutachter festgestellt oder im Rahmen eines Bieterverfahrens ermittelt werden.
- Die Rückforderung mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen richtet sich nach dem nationalen Recht, welches aber die sofortige und tatsächliche Umsetzung einer Rückforderungsanordnung der Kommission gewährleisten muss. Beihilfen, die auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags gewährt werden, können ausschließlich im Wege der Leistungsklage oder -verfügung vor den Zivilgerichten zurückgefördert werden. Richtige Anspruchsgrundlage der öffentlichen Hand ist die *condictio indebiti* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Die für eine einseitig hoheitliche Rückforderung erforderliche sog. Verwaltungsaktbefugnis ist in diesen Konstellationen nicht gegeben, sodass eine Rückforderung privatrechtlich gewährter Beihilfen durch Verwaltungsakt gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verstößt. Der Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes ist darüber hinaus auch nicht erforderlich, um die von Art. 16 Abs. 3 VVO geforderte tatsächliche und unverzügliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung zu ermöglichen, da die zur Verfügung stehenden zivilprozessualen Eilverfahren ebenfalls eine zügige Rückgewähr der Beihilfe sicherstellen können.
- Die mitgliedstaatlichen Gerichte nehmen eine ganz zentrale Rolle bei der effektiven Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts ein. Im Bereich der Beihilfenkontrolle besteht eine feste Aufgabenverteilung. Während die Kommission die ausschließliche Kompetenz besitzt, staatliche Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu prüfen, haben die mitgliedstaatlichen Gerichte die Wirk-

samkeit des Durchführungsverbots sicherzustellen und schützen bis zu einer endgültigen Entscheidung der Kommission die Rechte des Einzelnen.

- Hat die Kommission ein förmliches Prüfverfahren eröffnet, ist es einem nationalen Gericht grds. nicht mehr möglich, den Beihilfencharakter der Maßnahme abzulehnen. Eine vollumfängliche Bindungswirkung besteht indes nicht. Erkennen die nationalen Gerichte in der Maßnahme keine Beihilfe, können sie die Frage nach der Beihilfenqualität dem EuGH vorlegen und dürfen ihr Verfahren bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs aussetzen.
- Die Rechtskraft eines zivilgerichtlichen Feststellungsurteils kann einer Rückforderung rechtswidriger Beihilfen nicht entgegengehalten werden. Solange der deutsche Gesetzgeber nicht bereit ist, einen entsprechenden Restitutionsgrund in den Katalog des § 580 ZPO aufzunehmen, hat § 322 ZPO in diesen Konstellationen unangewendet zu bleiben.
- Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ist sowohl Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB als auch Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Wettbewerber werden so in die Lage versetzt, vor den Zivilgerichten die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen zu erreichen.
- Einzige adäquate zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot ist die schwebende Unwirksamkeit des beihilfegewährenden Vertrags. Die vom BGH in tradiertener Rechtsprechung angenommene Gesamtnichtigkeit des Vertrags wird vom Unionsrecht nicht gefordert und ist unverhältnismäßig. Eine Aufrechterhaltung des Vertrags zu beihilfekonformen Konditionen, wie sie der neuen Rechtsprechung des BGH entspricht, ist mit den Steuerungszielen des Beihilfenrechts nicht vereinbar, da ansonsten keine Anreize zur Einhaltung des Notifizierungsverfahrens gesetzt werden.

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert: Der Verwaltungsvorakt, DÖV 1971, S. 397
- Aicher, Josef: Staatliche Beihilfen nach dem Recht der EWG und die österreichische Subventionsspraxis, in: Korinek, Karl/Rill, Heinz Peter (Hrsg.): Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, 1990, S. 351
- Arhold, Christoph: Beihilfenrechtliche Konkurrentenklagen im Lichte der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung, EWS 2011, S. 209
- Arhold, Christoph: Anmerkung zu OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.11.2005 – 8 S 93/05, EuZW 2006, S. 94
- Athanasiadou, Natasa: Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, 2017
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar VwVfG mit VwVG und VwZG, 38. Edition, 2018
- Bamberger, Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 44. Edition, 2018
- Barbist, Johannes/Halder, Jakob: Die Rückforderung staatlicher Beihilfen am Beispiel des Verkaufs der Bank Burgenland, BRZ 2010, S. 79
- Barbist, Johannes/Halder, Jakob/Schachl, Roland: Praxisstudie: Bank Burgenland, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2012, S. 551
- Bärenbrinker, Verena: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf dem Gebiet des Beihilferechts im Jahr 2013, EWS 2014, S. 68
- Bartosch, Andreas: EU-Beihilfenrecht – Kommentar, 2. Aufl., 2016
- Bartosch, Andreas: Aktuelle letztinstanzliche Urteile zur beihilferechtlichen Stillhalteverpflichtung – mehr Schatten als Licht, EuZW 2013, S. 208
- Bartosch, Andreas: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.12.2012 – I ZR 92/11, EuZW 2013, S. 759
- Bartosch, Andreas: Die EU-Beihilfenkontrolle vor der nationalen Gerichtsbarkeit, RIW 2011, S. 577
- Bartosch, Andreas: Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots – Das CELF-Urteil vom 12.2.2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland, EuZW 2008, S. 235
- Bartosch, Andreas: Die Verfahrensverordnung in Beihilfesachen – Notwendigkeit und Chancen einer Generalüberholung, RIW 2007, S. 401
- Bartosch, Andreas: Die Durchsetzung der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Maßnahmen vor nationalen Gerichten, EuZW 2005, S. 396
- Bartosch, Andreas: Verschärft sich die Spruchpraxis zum Europäischen Beihilferecht?, ZIP 2000, S. 2010
- Basedow, Jürgen: Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Everling, Band 1, 1995, S. 49
- Basedow, Jürgen: Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992
- Bauer, Hartmut: Zum Gesetzesvorbehalt für die Handlungsform des Verwaltungsakts, NVwZ 1987, S. 112
- Baumann, Johannes Maria: Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht vor mitgliedstaatlichen Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen, 2010

- Becker, Tobias:* Die parallele Prüfung beihilferechtlicher Sachverhalte durch Kommission und nationale Gerichte – Entscheidungskompetenzen und -konflikte – Zugleich eine Besprechung des Vorlagebeschlusses des OLG Koblenz vom 30.5.2012 – 9 U 759/07, EuZW 2012, S. 725
- Behrens, Peter:* Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.): Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, S. 73
- Berrisch, Georg M.:* Mehr Fragen als Antworten – Keine Klärung der „Bindungswirkung“ von beihilferechtlichen Eröffnungsentscheidungen der Kommission, EuZW 2014, S. 253
- Birnstiel, Alexander/Bungenberg, Marc/Heinrich, Helge* (Hrsg.): Europäisches Beihilfenrecht, Nomos Kommentar, 1. Aufl., 2013
- Blauberger, Michael:* State aid control from a political science perspective, in: Szyszczak, Erika (Hrsg.): Research Handbook on European State Aid Law, 2011, S. 28
- Blazek, Sarah/Wagner, Christian:* EU-beihilferechtliche Risiken bei Bauvorhaben und Immobilienprojekten – Neuere Entwicklungen des Beihilfeverbots, NZBau 2016, S. 141
- Bleckmann, Albert:* Materielles und formelles europäisches Beihilferecht, JZ 1992, S. 46
- Bleckmann, Albert:* Subventionsrecht, 1978
- Böhm, Monika:* § 12 Haftungsrecht, in: Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl., 2015
- Bonhage, Jan D./Dieterich, Peter:* Berücksichtigung von Alt-Beihilfen im Market Economy Operator Principle?, EuZW 2017, S. 749
- Bonin, Andreas von:* Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, S. 247
- Bonin, Andreas von/Wittenberg, Tim:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 (Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH), EuZW 2014, S. 68
- Bonkamp, Josef:* Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 2001
- Bork, Reinhard:* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., 2016
- Bork, Reinhard:* Europarechtswidrige Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, in: Schneider, Uwe H./Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag: Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, 2000, S. 301
- Brevern, Daniel von:* Die Rückforderung von staatlichen Beihilfen durch Verwaltungsakt, EWS 2006, S. 150
- Brevern, Daniel von:* Die Umsetzung von Beihilfe-Rückforderungsentscheidungen der Kommission, EWS 2005, S. 154
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:* Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 2018
- Bultmann, Peter Friedrich:* Beihilfenrecht und Vergaberecht: Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung – ein Leistungsvergleich, 2004
- Bungenberg, Marc/Motzkus, Matthias:* Die Praxis des Subventions- und Beihilfenrechts in Deutschland, WiVerW 2013, S. 73
- Bunte, Hermann-Josef:* Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1984, S. 1145
- Burgi, Martin/Wolff, Daniel:* Der Beihilfebegriff als fortbestehende Grenze einer EU-Energieumweltpolitik durch Exekutivhandeln, EuZW 2014, S. 647
- Busz, Eick/Rosenkötter, Annette:* EG-Beihilferecht und überhöhte Vereinbarungen über die Miete, NZM 2004, S. 561
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Aufl., 2016
- Canaris, Claus-Wilhelm:* Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993

- Canaris, Claus-Wilhelm:* Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983
- Caspari, Manfred:* Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim/Möller, Hans/Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.): Eine Ordnungspolitik für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, 1987, S. 69
- Cichy, Patrick:* Wettbewerbsverfälschung durch Gemeinschaftsbeihilfen: Eine Untersuchung der Kontrolle von Gemeinschaftsbeihilfen anhand wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe des europäischen Gemeinschaftsrechts, 2002
- Danwitz, Thomas von:* Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, JZ 2000, S. 429
- Dauses, Manfred A./Ludwigs, Markus* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, 44. Erg.-Lfg., 2018
- Deckert, Martina/Schroeder, Werner:* Öffentliche Unternehmen und EG-Beihilferecht, EuR 1998, S. 291
- Detterbeck, Steffen:* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl., 2018
- Detterbeck, Steffen:* Öffentliches Recht – Ein Basislehrbuch zum Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht mit Übungsfällen, 10. Aufl., 2015
- Detterbeck, Steffen:* Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht: Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, 1995
- Dickersbach, Alfred:* Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1984, NVwZ 1993, S. 846
- Drexel, Josef:* Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., 2009, S. 905
- Ebers, Martin:* Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016
- Egger, Alexander:* Glosse zu OGH, Urt. v. 25.3.2014 – 4 Ob 209/13h, BRZ 2014, S. 123
- Egger, Alexander:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 24.10.2013 – C-214/12 P, C-215/12 P, C-223/12 P (Bank Burgenland), BRZ 2013, S. 193
- Ehlermann, Claus-Dieter:* Modernisierung des Beihilferechts – Institutionelle Überlegungen, in: Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Potacs, Michael/Wunderlich, Nina (Hrsg.): Verfassung und Verwaltung in Europa – Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag, 2014, S. 577
- Ehlers, Dirk:* Rechtsfragen des Subventionsrechts, DVBl 2014, S. 1
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann:* Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1 – Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2012
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann:* Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3 – Kommunalrecht, Haushalts- und Abgabenrecht, Ordnungsrecht, Sozialrecht, Bildungsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes, 3. Aufl., 2013
- Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann:* Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2015
- Ehlers, Dirk/Scholz, Daniel:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, JZ 2011, S. 585
- Ehrcke, Ulrich:* Staatliche Beihilfen zur Unternehmenssanierung und europäisches Beihilferecht. Zu den neuen Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, in: Koenig, Christian/Roth, Wulf-Henning/Schön, Wolfgang (Hrsg.): Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, ZHR, H. 69: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 176
- Eilmansberger, Thomas:* Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung – Zur Bedeutung der Art. 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in: Koppensteiner, Hans-Georg (Hrsg.): Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht – Teil 8/2, Staatliche Beihilfen, 2000
- Englisch, Joachim:* Zur Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes im Recht der Gemeinschaftsbeihilfen, EuR 2009, S. 488

- Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig/Geiger, Harald et al. (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO – Kommentar, 14. Aufl., 2014*
- Färber, Gisela: Binnenmarktgerechte Subventionspolitik in der Europäischen Union: Strukturen, Normen und Defizite, 1995*
- Feebelkorn, Vera/Petzold, Hans Arno: Anm. zu BGH, Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, EuZW 2011, S. 447*
- Feebelkorn, Vera/Petzold, Hans Arno: Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, EuZW 2009, S. 323*
- Finck, Christopher/Gurlit, Elke: Die Rückabwicklung formell unionsrechtswidriger Beihilfen, Jura 2011, S. 87*
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 1992*
- Förtsch, Beate: Bericht über die EUROFORUM-Veranstaltung „Kompaktwissen Beihilfenrecht“, KommJur 2014, S. 167*
- Frenz, Walter: Anm. zu EuGH, Urt. v. 11.11.2015 – C-505/14 (Klausner Holz Niedersachsen/Land Nordrhein-Westfalen), DVBl 2016, S. 45*
- Frenz, Walter: Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007*
- Fronczak, Emilia: 50 Jahre gerichtliche Durchsetzung des Beihilfenrechts – Vom Durchführungs- zum Prüfungsverbot?, EuR 2014, S. 576*
- Fronczak, Emilia: Anm. zu EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 (Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH), RIW 2014, S. 67*
- Frotscher, Werner/Kramer, Urs: Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht: eine systematische Einführung anhand von Grundfällen, 6. Aufl., 2013*
- Gambaro, Edoardo/Nucara, Alessandro/Prete, Luca: Pearle: so much unsaid, EStAL 2005, S. 3*
- Germelmann, Claas F: Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union. Eine Untersuchung vor dem Hintergrund der deutschen, französischen und englischen Rechtskraftlehren, 2009*
- Geulen, Reiner: Unionsrechtliche Grenzen der staatlichen Sportförderung, NVwZ 2017, S. 1663*
- Ghazarian, Lucyne: Binding Effect of Opening Decisions – Lufthansa AG v FFH. Annotation on the Judgement of the Court of Justice of 21 November 2013 in Case C-284/12, Lufthansa AG v FFH, EStAL 2014, S. 108*
- Giesberts, Ludger/Kleve, Guido: Anm. zu EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 (Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH), NVwZ 2014, S. 643*
- Giesberts, Ludger/Kleve, Guido: „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht – Das Ryanair-Urteil des EuG, EuZW 2009, S. 287*
- Giesberts, Ludger/Streit, Thilo: Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, S. 484*
- Goldmann, Achim: Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht für privatrechtliche Verträge und ihre Rückabwicklung, Jura 2008, S. 275*
- Götz, Volkmar: Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966*
- Gotzen, Hans-Heiner: Nötige Grundstücksgeschäfte – EG-Beihilferecht und § 134 BGB, KommJur 2005, S. 161*
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Loseblattausgabe, 64. Erg.-Lfg., 2018*
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., 2015*

- Gross, Ivo:* Das europäische Beihilfenrecht im Wandel – Probleme, Reformen und Perspektiven, 2003
- Gröteke, Friedrich:* Europäische Beihilfenkontrolle und Standortwettbewerb: Eine ökonomische Analyse, 2007
- Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter* (Hrsg.): Erman. Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, 15. Aufl., 2017
- Grziwotz, Herbert:* Vereinbarungen über Abgaben und eine Kaufpreisermäßigung bei kommunalen Grundstücksgeschäften, DNotZ 2015, S. 246
- Grziwotz, Herbert:* Verbilligte Grundstücksveräußerungen durch Kommunen, KommJur 2010, S. 250
- Grziwotz, Herbert:* EG-Recht, Verfahren und Nichtigkeit, ZfIR 2004, S. 53
- Guarrata, Angela/Wagner, Christian:* Das Verhältnis von Vergabe- und Beihilferecht. Best friends – Faux amis, NZBau 2018, S. 443
- Gundel, Jörg:* Effektive und gleichwertige Durchsetzung des EU-Rechts versus nationale Rechtskraftregeln: Konsolidierung oder Neubestimmung? Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – Rs C-69/14 (Tarsia), EWS 2016, 51, EWS 2016, S. 2
- Gundel, Jörg:* Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht – Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche Richterprivileg (§ 839 Abs. 2 BGB) – Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs C-224/01 (Gerhard Köbler/Republik Österreich), EWS 2004, 19, EWS 2004, S. 8
- Gusy, Christoph:* Subventionsrecht (Teil 2), JA 1991, S. 327
- Haas, Julia/Hoffmann, Jan Martin:* Einstweilige Anordnung zur Rückforderung vertraglich gewährter gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, JA 2009, S. 119
- Hager, Johannes:* Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten – BGHZ 89, 316 und 90, 69, JuS 1985, S. 264
- Hager, Johannes:* Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983
- Harries, Heinrich:* Der Förderkredit zwischen privatem und öffentlichem Recht, in: Hadding, Walter/Immenga, Ulrich/Mertens, Hans-Joachim/Pleyer, Clemens/Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984 – Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, 1984, S. 201
- Hatje, Armin:* Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., 2009
- Hatje, Armin:* Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen – zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-119/05 (Lucchini) vom 18. Juli 2007, EuR 2007, S. 654
- Hayek, Friedrich A. von:* Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 1952
- Heidehain, Matthias:* Echo zum Aufsatz von Bartosch, EuZW 2008, 235, EuZW 2008, S. 324
- Heidenhain, Martin:* Anmerkung zu VG Berlin, Beschl. v. 15.8.2005 – VG 20 A 135.5, EuZW 2005, S. 660
- Heidenhain, Martin:* Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG – Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, 252, EuZW 2005, S. 135
- Heidenhain, Martin* (Hrsg.): Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 1. Aufl., 2003
- Heinemann, Daniela:* Bereicherungsausgleich im Gemeinschaftsprivatrecht – Wettbewerbsrechtliche Aspekte, GPR 2007, S. 62
- Heinrich, Helge:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-39/14 (BVVG), EuZW 2015, S. 752

- Herrmann, Christoph:* Wann sind Beihilfen auf lokaler Ebene (nicht) geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen?, *KommJur* 2016, S. 201
- Herrmann, Christoph:* Die Bindungswirkung von Beschlüssen der Kommission zur Einleitung von förmlichen Beihilfeprüfverfahren in nationalen Gerichtsverfahren, in: Stumpf, Cordula/Kainer, Friedemann/Baldus, Christian (Hrsg.): *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatiniziativ und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, 2015, S. 616
- Herrmann, Christoph/Kruis, Tobias:* Die Rückforderung vertraglich gewährter gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen unter Beachtung des Gesetzesvorbehalts, *EuR* 2007, S. 141
- Hildebrandt, Burghard/Castillon, Nicole:* Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, *NVwZ* 2006, S. 298
- Hoffmann, Jan Martin/Bollmann, Michael:* Rückforderung vertraglich gewährter Beihilfen durch Verwaltungsakt? VA-Befugnis aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht bei Verstoß gegen die Beihilfevorschriften des EG-Vertrags, *EuZW* 2006, S. 398
- Hopt, Klaus J./Mestmäcker, Ernst-Joachim:* Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht – am Beispiel staatlich verbürgter Kredite – Teil I, *WM* 1996, S. 753
- Hout, Robin van der:* Von Flughäfen, Freizeitbädern und Fußballstadien – Europäische Beihilfenkontrolle als Ersatzstrukturpolitik?, *ZEuS* 2015, S. 391
- Huthmacher, Karl Eugen:* Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen: Eine Studie zum Verhältnis von EG-Recht zu nationalem Vollzugsrecht, dargestellt am Beispiel des Konflikts zwischen materiellem EG-Recht und nationalen Rechtsmittelfristen, 1985
- Ilgner, Theresa:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-39/14 (BVVG), *NVwZ* 2015, S. 1750
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht: EG, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. Aufl., 2007
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten* (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfenrecht/Sonderbereiche*, 5. Aufl., 2016
- Ipsen, Hans Peter:* Haushaltssubventionierung über zwei Stufen – Rückblick auf einen rechtsstaatlichen Ansatz, in: Vogel, Klaus/Tipke, Klaus (Hrsg.): *Verfassung – Verwaltung – Finanzen: Festschrift für Gerhard Wacke*, 1972, S. 139
- Jaeger, Thomas:* Die höchstrichterliche Beihilfejudikatur in Deutschland: Ein Vorbild für Österreich?, *wbl* 2012, S. 9
- Jaeger, Thomas:* Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.): *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von EU-Recht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten – ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 2010, S. 417
- Jaeger, Thomas:* Neue Parameter für Privatisierungen?, *EuZW* 2008, S. 686
- Jaeger, Thomas:* Gemeinschaftsrechtliche Probleme einer Privatisierung, *EuZW* 2007, S. 499
- Jaeger, Thomas:* Nachträgliche Beihilfengenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten, *EuZW* 2004, S. 78
- Jürschik, Corina:* Keine Beihilfe bei reiner Lokalwirkung, *NZBau* 2017, S. 472
- Kachel, Markus:* Der Ärger mit den UEBLL – Energiepolitik und Beihilferecht, *ZUR* 2016, S. 641
- Kainer, Friedemann:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.12.2012 – I ZR 92/11, *LMK* 2013, 350127
- Kamann, Hans-Georg:* Kommission vs. nationale Gerichte im europäischen Beihilfenrecht – Private Rechtsdurchsetzung während des förmlichen Prüfverfahrens, *ZWeR* 2014, S. 60
- Kamann, Hans-Georg/Selmayr, Martin:* Der praktische Fall – Europarecht – „Europäisierter Vertrauensschutz“, *JuS* 1998, S. 148
- Kampe, Sebastian-Alexander:* Die Staatsbürgschaft im Europäischen Beihilfenrecht, 2008

- Karpenstein, Ulrich/Corzilius, Oriana:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.9.2014 – C-527/12, EuZW 2014, S. 827
- Karpenstein, Ulrich/Dorn, Jenny Katharina:* Zwischen Bindungsgebot und Abweichungsverbot – BGH und BVerwG auf neuen Wegen im Beihilfenrecht, EuZW 2017, S. 337
- Kerst, Andreas:* EU-beihilferechtliches Primat des Höchstgebots bei Privatisierungen, GWR 2014, S. 82
- Kiethe, Kurt:* Abwicklung der wegen Verstoßes gegen das Verbot der Durchführung rechtswidriger Beihilfemaßnahmen (Art. 88 EG) nichtigen Verträge, RIW 2003, S. 782
- Kiewitt, Anja:* Rückforderung staatlicher Beihilfen nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht bei Insolvenz oder Veräußerung des Empfängerunternehmens, 2004
- Kilb, Wolfgang:* Subventionskontrolle durch europäisches Beihilferecht – Eine Übersicht, JuS 2003, S. 1072
- Klanten, Thomas:* Staatliche Kreditabsicherung durch Bürgschaft oder Exportkreditversicherung und EG-Beihilfeverbot, ZIP 1995, S. 535
- Kleve, Guido/Gayger, Michael:* Die Rekommunalisierung in der Beihilfenrechtsfalle?, NVwZ 2018, S. 273
- Koenig, Christian:* Bindung nationaler Gerichte an Kommissionsbeschlüsse zur Eröffnung des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens, EWS 2014, S. 1
- Koenig, Christian:* Where is State Aid Law heading to?, EStAL 2014, S. 611
- Koenig, Christian:* Ein Luxemburger Urteil mit brisanter Breitenwirkung, FAZ v. 4.12.2013, S. 19
- Koenig, Christian/Förtsch, Beate:* Gilt die Wende des BGH in seiner EU-beihilferechtlichen Nichtigkeitsrechtsprechung auch öffentlichen Garantieübernahmen?, EWS 2014, S. 61
- Koenig, Christian/Hellstern, Mara:* Die Klagebefugnis bei wettbewerbsrechtlichen Klagen gegen unionsrechtswidrige Beihilfemaßnahmen, GRURInt 2012, S. 14
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen:* Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht, NZBau 2001, S. 409
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen:* Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, S. 1065
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen:* Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs – Zeit für eine Neuausrichtung?, EuZW 1999, S. 517
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Ritter, Nicolai:* EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl., 2005
- Köhler, Helmut:* BGB, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 41. Aufl., 2017
- Köhler, Helmut:* Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, S. 665
- Köhler, Helmut:* Wettbewerbsverstoß und Vertragsnichtigkeit, JZ 2010, S. 767
- Kohm, Simon:* Beihilfenrechtliche Überprüfung einer rein lokalen Fördermaßnahme, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, GRUR-Prax 2017, S. 224
- Koller, Tanja:* Beihilferechtliche Bewertung von Privatisierungen, in: Jaeger, Thomas/Rumersdorfer, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2011, S. 497
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich:* Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG – Kommentar, 19. Aufl., 2018
- Kortmann, Walter:* Subventionen: Die verkannten Nebenwirkungen, Wirtschaftsdienst 2004, S. 462
- Köster, Thomas:* Recovery of unlawful State Aid, in: Sánchez Rydelski, Michael (Hrsg.): The EC State Aid Regime – Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade, 2006, S. 653
- Köster, Thomas/Molle, Alexander:* Gilt das Privatgläubigerprinzip bei der Beihilfenrückforderung? – Zur Frage der Anwendung des Privatgläubigerprinzips („private creditor test“) im Verfahren zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe, EuZW 2007, S. 534
- Kramer, Urs/Bayer, Melanie/Fiebig, Verena/Freudenreich, Katrin:* Die Zweistufentheorie im Verwaltungsrecht oder: Die immer noch bedeutsame Frage nach dem Ob und Wie, JA 2011, S. 810

- Krampe, Christoph:* Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln – Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur –, AcP 194 (1994), S. 1
- Kremer, Carsten:* Effektuierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft, EuZW 2007, S. 726
- Kremer, Carsten:* Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft, EuR 2007, S. 470
- Kremer, Carsten:* Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte, NJW 2004, S. 480
- Kristoferitsch, Hans:* Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bietverfahrens bei Privatisierungen? Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, S. 428
- Kruse, Eberhard:* Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensverordnung für die Beihilfenkontrolle – Erwägungen zu einzelnen Verfahrensregelungen und zu Rechtsschutzmöglichkeiten, NVwZ 1999, S. 1049
- Kühling, Jürgen:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.11.2015 – C-505/14 (Klausner Holz Niedersachsen/Land Nordrhein-Westfalen), ZfIR 2016, S. 67
- Kühling, Jürgen/el-Barudi, Stefan:* Grundzüge des Rechts der Wirtschaftsförderung, Jura 2006, S. 672
- Kühling, Jürgen/Schwendinger, Gerd:* Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht – Die Tragweite der EuGH-Vorlage des LG Münster, EWS 2015, S. 1
- Kulms, Katrin:* Der Effektivitätsgrundsatz. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, 2013
- Langer, Stefan:* Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung – Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation, 1995
- Leeb, Cornelia:* Sport und Beihilferecht, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2015, S. 399
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar. EUV, AEUV, GRCh, 6. Aufl., 2012
- Lintschinger, Clemens:* Neues zu Privatisierungen, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 403
- Lintschinger, Clemens:* Private Durchsetzung des Beihilfeverbots und neuere Judikatur österreichischer und deutscher Gerichte, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2012, S. 505
- Lorenz, Bernd:* Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), ZRP 2009, S. 214
- Lotze, Andreas/Smolinski, Sebastian:* Bedeutung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots bei Verträgen der öffentlichen Hand, ZKF 2014, S. 62
- Lotze, Andreas/Smolinski, Sebastian:* Zur (Teil-)Nichtigkeit von Kaufverträgen bei Verstößen gegen das Beihilferecht, BRZ 2014, S. 12
- Löwe, Walter:* Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamer AGB-Klausel, BB 1984, S. 492
- Lübbig, Thomas/Martín-Ehlers, Andrés:* Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl., 2009
- Ludwigs, Markus:* Rückforderung privatrechtlich gewährter, gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen durch Verwaltungsakt, Jura 2007, S. 612
- Mager, Stefan/Ganschow, Silke:* Aktuelle Schwerpunkte der beihilferechtlichen Judikatur in Deutschland, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 563
- Magiera, Siegfried:* Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen, in: Baur, Jürgen F./Müller-Graff, Peter-Christian/Zuleeg, Manfred (Hrsg.): Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht – Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, 1992, S. 213
- Mähring, Matthias:* Grundzüge des EG-Beihilfenrechts, JuS 2003, S. 448
- Maier, Martina:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 (Deutsche Lufthansa), BB 2014, S. 17

- Maier, Martina/Bäuerle, Robert:* Vermeidung der aus dem Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot folgenden Nichtigkeit von Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen, *Kommunalwirtschaft* 2013, S. 500
- Maier, Martina/Nordmann, Matthias Johannes:* Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 15.5.2003 – 29 U 1703/03, EuZW 2004, S. 127
- Martín-Ehlers, Andrés:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.2.2017 – I ZR 91/15, EuZW 2017, S. 316
- Martín-Ehlers, Andrés:* Die Bindungswirkung einer Eröffnungentscheidung der Kommission im Beihilferecht, EuZW 2014, S. 247
- Martín-Ehlers, Andrés:* Drittschutz im Beihilfenrecht – Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung, EuZW 2011, S. 583
- Martín-Ehlers, Andrés:* Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag bei Beihilfen – Zugleich eine Besprechung von BGH WM 2003, 1491 –, WM 2003, S. 1598
- Martín-Ehlers, Andrés/Strohmayer, Sebastian:* Private Rechtsdurchsetzung im EG-Beihilfenrecht – Konkurrentenklagen vor deutschen Zivilgerichten, EuZW 2008, S. 745
- Masing, Johannes:* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997
- Matthies, Heinrich:* Grundlagen des Subventionsrechts und Kompetenzen aus EG-rechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), S. 442
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian:* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017
- Mederer, Wolfgang/Pesaresi, Nicola/van Hoof, Marc:* EU Competition Law, Volume IV: State Aid, Book One, 2008
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens:* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016
- Meier, Alexander:* Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, EuZW 1991, S. 11
- Melcher, Philipp:* Der Staat als Anteilseigner in Ausübung hoheitlicher Befugnisse – Der Private Investor Test nach dem Urteil EDF, EuZW 2012, S. 576
- Meßner, Stefan:* Die neue Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe – Schluss mit der Verwirrung?, KommJur 2017, S. 1
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike:* Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004
- Montag, Frank/Säcker, Jürgen (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht, 2011
- Möschen, Wernhard:* Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat, 1995
- Möschen, Wernhard:* Eine Verfassungskonzeption für die Europäische Union, in: Gröner, Helmut/Schüller, Alfred (Hrsg.): Die europäische Integration als ordnungspolitische Aufgabe, 1993
- Müller-Graff, Peter-Christian:* Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), S. 403
- Müller, Thomas:* Wettbewerb und Unionsverfassung: Begründung und Begrenzung des Wettbewerbsprinzips in der europäischen Verfassung, 2014
- Münster, Winfried:* Brüssel treibt Subventionen ein, in: Süddeutsche Zeitung v. 15.2.1989, S. 24
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.):* Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 15. Aufl., 2018
- Mutius, Albert von:* Zur „Verwaltungsaktsbefugnis“, in: Krebs, Walter (Hrsg.): Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen zum 70. Geburtstag am 15. Oktober 2004, 2004, S. 135
- Nehl, Hanns Peter:* 2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection, EStAL 2014, S. 235

- Niggemann, Peter:* Staatsbürgschaften und Europäisches Beihilferecht, 2001
- Oldiges, Martin:* Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1996 – 2. Teil: Rückabwicklung fehlgeschlagener Subventionierung, NVwZ 2001, S. 626
- Ossenbühl, Fritz:* Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS 1979, S. 681
- Osterloh, Lerke:* Erfordernis gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungshandeln in der Form des Verwaltungsakts?, JuS 1983, S. 280
- Otting, Olaf:* Beihilferechtswidriger Kaufvertrag ist nicht zwingend nichtig!, VPR 2013, S. 8
- Palandt, Otto* (Begründer): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Aufl., 2018
- Papier, Hans-Jürgen:* Rechtsformen der Subventionierung und deren Bedeutung für die Rückabwicklung, ZHR 152 (1988), S. 493
- Pechstein, Matthias:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, S. 447
- Pechstein, Matthias:* Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, EuZW 1998, S. 495
- Plenge, Nils:* Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts für wirtschaftsverwaltungsrechtliche Genehmigungsentscheidungen. Eine Untersuchung am Beispiel personenbeförderungsrechtlicher Genehmigungen nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Altmark Trans“, 2009
- Poelzig, Dörte:* Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012
- Poelzig, Dörte:* Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, S. 858
- Pütz, Markus:* EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, NJW 2004, S. 2199
- Pütz, Markus:* Das Beihilfeverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag: Verstöße und ihre zivilrechtlichen Folgen im deutschen Recht, 2003
- Quardt, Gabriele:* Reduzierung des beihilferechtlichen Prüfungsmonopols der EU-Kommission auf eine Modellfunktion?, EuZW 2007, S. 204
- Quardt, Gabriele/Nielandt, Dörte :* Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, EuZW 2004, S. 201
- Renck, Ludwig:* Der Verwaltungsakt im Subventionsrecht, BayVBl. 1977, S. 76
- Renck, Ludwig:* Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt – BVerwGE 18, 283, JuS 1965, S. 129
- Rennert, Klaus:* Bedeutung von Kommissionsentscheidungen für die nationalen Gerichte, EuZW 2017, S. 567
- Rennert, Klaus:* Die Bindung des nationalen Richters an Eröffnungsentscheidungen der Kommission – Das Urteil des EuGH im Fall Flughafen Frankfurt-Hahn, DVBl 2014, S. 669
- Rennert, Klaus:* Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, S. 576
- Ress, Georg:* EG-Beihilfenaufsicht und nationales Privatrecht, EuZW 1992, S. 161
- Reufels, Martin:* Europäische Subventionskontrolle durch Private: Partizipation der Unternehmen an der EG-Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, 1997
- Riedel, Heidelinde:* Das Binnenmarktziel und seine Bedeutung nach dem Vertrag von Lissabon: Eine Analyse der Entwicklung insbesondere in Bezug auf das System des unverfälschten Wettbewerbs, 2014
- Ritter, Nicolai:* EG-Beihilfenrückforderung von Dritten – Der Adressat der Beihilfenrückforderung nach Vermögensübertragungen vom Beihilfen(erst-)empfänger auf einen anderen Rechtsträger, 2004
- Ritzenhoff, Lukas:* Das Beihilfe- und Vergaberecht in der Krise, Maßnahmen zur Überwindung der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise, 2012

- Robertson, Viktoria H.S.E.:* Apple, Starbucks & Co im Beihilfefokus, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): *Jahrbuch Beihilferecht 2015*, S. 419
- Robertson, Viktoria H.S.E.:* Neues im Bereich staatliche Zurechnung: Das Urteil Doux Élevage, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): *Jahrbuch Beihilferecht 2014*, S. 355
- Rödel, Vera Angela Karoline:* Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge – Entwurf von Klauseln für die Vertragsgestaltung in der Praxis, 2014
- Rödel, Vera Angela Karoline:* Rechts- und Planungssicherheit durch die drohende Gesamtnichtigkeit beihilfegewährender Forschungs- und Entwicklungsverträge?! Ausweg durch den Entwurf von Klauseln für die Praxis, *PharmR 2014*, S. 141
- Rodi, Michael:* Die Beihilfeaufsicht zwischen nationaler Autonomie und europäischer Metakompetenz. „Definitionshoheit“ und Vermutungsregeln bei der Identifikation von Beihilfen, in: Osterloh, Lerke/Schmidt, Karsten/Weber, Hermann (Hrsg.): *Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung – Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 479
- Rosenfeld, Andreas:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 5.10.2005 – C-232/05 (Kommission/Frankreich), *EuZW 2007*, S. 59
- Rosenfeld, Katrin:* Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeaufsicht: die primär-rechtliche Regelung und ihre Ausgestaltung durch die Verfahrensverordnung, 2000
- Roth, Carsten:* Aktuelle beihilferechtliche Judikatur österreichischer Gerichte 2014, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): *Jahrbuch Beihilferecht 2015*, S. 491
- Roth, Wulf-Henning:* Kreditsicherung und Beihilfenrecht, in: Koenig, Christian/Roth, Wulf-Henning/Schön, Wolfgang (Hrsg.): *Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, ZHR*, H. 69: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 133
- Rung, Christoph:* Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in der neueren beihilferechtlichen Entscheidungspraxis der Kommission – Mehr Rechtssicherheit oder Konflikt mit dem EuGH?, *NVwZ 2017*, S. 1174
- Ruthig, Josef/Storr, Stefan:* Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2015
- Sack, Rolf:* Der rechtswidrige Arbeitsvertrag, RdA 1975, S. 171
- Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limpert, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-240 BGB, ProstG, AGG), 7. Aufl., 2015; Band 3 (§§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG), 7. Aufl., 2016; Band 6 (§§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG), 7. Aufl., 2017
- Sánchez Rydelski, Michael:* Handbuch EU Beihilferecht, 2003
- Scherer, Peter/Schödermeier, Martin:* Staatliche Beihilfe und Kreditgewerbe, ZBB 1996, S. 165
- Schlarmann, Hans/Krappel, Thomas:* Subvention, in: Bultmann, Peter Friedrich/Grigoleit, Klaus Joachim/Gusy, Christoph u.a. (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht. Institute, Kontexte, System – Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, 2014, S. 257
- Schlette, Volker:* Die Verwaltung als Vertragspartner – Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000
- Schlosser, Peter:* BGH-Rechtsprechung zur Tagespreisklausel – 800 unverdiente Millionen für Mercedes? Zu den Urteilen vom 1.2.1984 – VIII ZR 54/83 und 106/83, Jura 1984, S. 637
- Schmahl, Stefanie/Köber, Michael:* Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts?, *EuZW 2010*, S. 927
- Schmid-Kühnholz, Rüdiger:* Die Staatlichkeit von Beihilfen. Mittel- und Transferzurechnung nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, 2004
- Schmidt-Aßmann, Eberhard:* Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, S. 533
- Schmidt-Räntsche, Jürgen:* Zivilrechtliche Wirkungen von Verstößen gegen das EU-Beihilfenrecht, NJW 2005, S. 106

- Schmidt, Reiner/Wollenschläger, Ferdinand (Hrsg.): Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2015
- Schmitz, Stefan Friedrich: Der Vertrauenschutz bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter nationaler Beihilfen, 1998
- Schneider, Jens-Peter: Vertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen europäischem Beihilferecht und nationalem Verwaltungsrecht, NJW 1992, S. 1197
- Schoch, Friedrich: Die behördliche Befugnis zum Handeln durch Verwaltungsakt, Jura 2010, S. 670
- Scholz, Rupert: Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht – Zur Rechtsprechung des EuGH im Fall „Alcan“, DÖV 1998, S. 261
- Schön, Wolfgang: Steuerliche Beihilfen, in: Koenig, Christian/Roth, Wulf-Henning/Schön, Wolfgang (Hrsg.): Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, ZHR, H. 69: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 106
- Schöndorf-Haubold, Bettina: Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, JuS 2006, S. 112
- Schröder, Meinhard: Subventionen als staatliche Handlungsmittel, ZHR 152 (1988), S. 391
- Schroeder, Werner: Vernünftige Investition oder Beihilfe?, ZHR 161 (1997), S. 805
- Schröter, Helmuth/Jakob, Thinam/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang (Hrsg.): Europäisches Wettbewerbsrecht, Nomos Kommentar, 2. Aufl., 2014
- Schuhmacher, Annika: Die zunehmende Bedeutung der Rechtsdurchsetzung durch Wettbewerber im Bereich des EU-Beihilfenrechts. Erhöhte Risiken für Kommunen und kommunale Unternehmen, KommJur 2012, S. 179
- Schulte, Martin/Kloos, Joachim (Hrsg.): Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht. Grundlagen, Beihilfen, Öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Umweltrecht, Regulierungsrecht, 2016.
- Schulze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos Kommentar, Handkommentar, 9. Aufl., 2017
- Schütte, Michael/Kirchhoff, Wolfgang: Staatliche Bürgschaften und EG-Beihilfenrecht, EWS 1996, S. 189
- Schütterle, Peter: EG-Beihilfenkontrolle und kommunale Grundstücksverkäufe, EuZW 1993, S. 625
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Aufl., 2012
- Schwarze, Jürgen: Subventionen im Gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz des Konkurrenten – Grundzüge und neuere Entwicklungen, in: Selmer, Peter/von Münch, Ingo (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 819
- Schwintowski, Hans-Peter: Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, RabelsZ 58 (1994), S. 232
- Seidel, Achim/Reimer, Ekkehart/Möstl, Markus: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Kommunalrecht, Beck'sches Examinatorium, 2. Aufl., 2005
- Seidel, Holger: Die Auswirkungen des Europäischen Beihilferechts auf privatrechtliche Subventionsverträge, 2003
- Sild, Judith Ellen: Überblick über die beihilferechtliche Judikatur deutscher und österreichischer Gerichte, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2013, S. 545
- Simon, Herbert Alexander: Models of bounded rationality, Volume 1 – Economic analysis of public policy, Volume 2 – Behavioral economics and business organization, 1982
- Sinnaeve, Adinda: State aid procedures: Developments since the entry into force of the procedural regulation, 44 CMLRev (2007), S. 965
- Sinnaeve, Adinda: Die ersten Gruppenfreistellungen – Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?, EuZW 2001, S. 69
- Sinnaeve, Adinda: Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen – Ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts, EuZW 1999, S. 270

- Sinnaeve, Adinda:* Der Kommissionsvorschlag zu einer Verfahrensverordnung für die Beihilfenkontrolle, EuZW 1998, S. 268
- Sinnaeve, Adinda:* Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen: Kollisionen im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht, 1997
- Slot, Piet Jan:* Das Verfahren zur Gewährung staatlicher Beihilfen im Gemeinschaftsrecht, in: Koenig, Christian/Roth, Wulf-Henning/Schön, Wolfgang (Hrsg.): Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, ZHR, H. 69: Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 43
- Sodann, Helge/Ziekow, Jan:* Grundkurs Öffentliches Recht – Staats- und Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 2018
- Soltész, Ulrich:* Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts in 2016, EuZW 2017, S. 51
- Soltész, Ulrich:* Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts in 2015, EuZW 2016, S. 87
- Soltész, Ulrich:* Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahre 2014, EuZW 2015, S. 127
- Soltész, Ulrich:* Nach der Reform ist vor der Reform – Herausforderungen für die künftige europäische Beihilfekontrolle, EuZW 2015, S. 277
- Soltész, Ulrich:* Das neue europäische Beihilferecht, NJW 2014, S. 3128
- Soltész, Ulrich:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 (Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH), NJW 2013, S. 3773
- Soltész, Ulrich:* Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilferecht im Jahre 2012, EuZW 2013, S. 134
- Soltész, Ulrich:* Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilferecht im Jahre 2011, EuZW 2012, S. 174
- Soltész, Ulrich:* Ryanair und Tierkörperbeseitigung – Wendepunkt für beihilferechtliche Konkurrenzenklagen?, EuR 2012, S. 60
- Soltész, Ulrich:* Wann ist eine Beihilfe „staatlich“? – Das Kriterium der „Zurechenbarkeit“ nach Stardust, ZWeR 2010, S. 198
- Soltész, Ulrich:* Beihilferecht als Privatisierungsbremse!, EuZW 2008, S. 353
- Soltész, Ulrich/Melcher, Philipp:* Privatisierungen werden schwieriger – Anmerkung zum Urteil Bank Burgenland, BRZ 2014, S. 16
- Soltész, Ulrich/Pflock, Thomas:* Die „Wiederentdeckung“ der beihilferechtlichen Zwischenstaatlichkeitsklausel – vom Schattendasein ins Scheinwerferlicht?, EuZW 2017, S. 207
- Sonder, Nicolas:* Die Bindung nationaler Gerichte an förmliche Beihilfeprüfverfahren der EU-Kommission nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-284/12, ZEuS 2014, S. 361
- Staebe, Erik:* Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen vor europäischen und deutschen Gerichten, 2001
- Staiger, Birgit:* Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse der Kompetenzallokation, 2009
- Stapper, Volker:* Erwerb staatlicher Grundstücke vor dem Hintergrund des EG-Beihilferechts – EG-rechtliche Risiken unternehmerischer Neuansiedlungen –, DB 1999, S. 2399
- Staudinger, Julius von* (Begründer)/*Hager, Johannes* (Hrsg.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 826-829, ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), 2018
- Staudinger, Julius von* (Begründer)/*Rieble, Volker* (Hrsg.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 1. Allgemeiner Teil, §§ 134-138; ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), 2017

- Steindorff, Ernst:* Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften, EuZW 1997, S. 7
- Steindorff, Ernst:* Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationales Privatrecht, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.): Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag, 1996, S. 497
- Steindorff, Ernst:* Chancengleichheit im europäischen Wettbewerbsrecht und Solidarität, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.): Umbruch der Wettbewerbsordnung in Europa, FIW-Schriftenreihe, Heft 165, 1995, S. 23
- Steindorff, Ernst:* Rückabwicklung unzulässiger Beihilfen nach Gemeinschaftsrecht, ZHR 152 (1988), S. 474
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael:* Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG – Kommentar, 9. Aufl., 2018
- Stelkens, Ulrich:* Verwaltungsprivatrecht: Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, 2005
- Stöbener de Mora, Patricia Sarah:* Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, S. 685
- Stober, Rolf:* Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 18. Aufl., 2015
- Stober, Rolf/Eisenmenger, Sven:* Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht: Gewerberechtliche Grundlagen, spezielles Branchenrecht und branchenübergreifende Querschnittsmaterien, 16. Aufl., 2016
- Stolba, Matthias:* Europäisierung staatlicher Beihilfen: Direkte und indirekte Kollisionen. Rückforderung – Staatshaftung, 1998
- Storr, Stefan:* Der Staat als Unternehmer, 2001
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2018
- Streinz, Rudolf:* Anm. zu EuGH, Urt. v. 11.11.2015 (C-505/14) – Rechtskraftdurchbrechung bei (mutmaßlichem) Verstoß eines Vertrags gegen EU-Beihilferecht, NVwZ 2016, S. 603
- Strievi, Stephanie/Werner, Philipp:* Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V.m. Art. 88 III 3 EG, JuS 2006, S. 106
- Stürner, Rolf* (Hrsg.): Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUnProt und EuErbVO, Kommentar, 17. Aufl., 2018
- Sühnel, Steffen:* Der „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EWS 2007, S. 115
- Sutter, Franz Philipp:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 5.10.2006 – C-368/04 (Transalpine Ölleitung), EuZW 2006, S. 729
- Taupitz, Jochen:* Berufsständische Satzungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, JZ 1994, S. 221
- Tilmann, Winfried/Schreibauer, Marcus:* Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, GRUR 2002, S. 212
- Tollmann, Claus:* Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften vor dem Hintergrund des EG-Beihilfeverbots, WM 2000, S. 2030
- Traupel, Tobias/Jennert, Carsten:* Der EuGH überdehnt die Bindungswirkung der Verfahrenseröffnung im Beihilferecht: Wo die Kommission keinen Verstoß festgestellt hat, kann das nationale Gericht auch nicht gebunden sein, EWS 2014, S. 1
- Triantafyllou, Dimitris:* Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht, DÖV 1999, S. 51
- Trinkner, Reinhold:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BB 1984, S. 490
- Ulrici, Bernhard/Purmann, Anja:* Einwendungen und Einreden, JuS 2011, S. 104
- Uwer, Dirk/Wodarz, Katharina:* Verabschiedung des Gesetzesvorbehalts bei der Umsetzung von Kommissionsentscheidungen im EG-Beihilferecht?, DÖV 2006, S. 989

- Vejseli, Marta:* Durchführungsverbot und die nachträgliche Beihilfegenehmigung, 2011
- Verse, Dirk A./Wurmnest, Wolfgang:* Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, AcP 204 (2004), S. 855
- Verse, Dirk A./Wurmnest, Wolfgang:* Rückforderung EG-rechtswidriger Beihilfen und Unternehmenskauf, ZHR 167 (2003), S. 403
- Vögler, Michael:* Rückforderung vertraglich gewährter Subventionen ohne Rechtsgrundlage? Zum Warnow-Werft-Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 7.11.2005, NVwZ 2007, S. 294
- Wagner, Gerhard:* Die zivilrechtliche Durchsetzung des Europäischen Beihilferechts – Enforcement außer Rand und Band? –, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes (Hrsg.): Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa – Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, 2015, S. 665
- Walker, Wolf-Dietrich:* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993
- Wegener, Bernhard W.:* (Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, EuR 2004, S. 84
- Weiß, Harald:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.11.2015 – C-505/14 (Klausner Holz Niedersachsen/ Land Nordrhein-Westfalen), EuZW 2016, S. 60
- Weiß, Wolfgang:* Anmerkung zu EuG, Beschl. v. 3.3.2015 – T-251/13 (Gemeente Nijmegen/Kommision), EuZW 2015, S. 527
- Weiß, Wolfgang:* Der Subventionsbegriff im EG- und im WTO-Recht – ein Vergleich, in: Ehlers, Dirk/Wolfgang, Hans-Michael/Schröder, Jan (Hrsg.): Subventionen im WTO- und EG-Recht, 2007, S. 21
- Weissenberger, Christian:* Die Zweistufentheorie im Wirtschaftsverwaltungsrecht – Teil I, GewArch 2009, S. 417
- Weissenberger, Christian:* Die Zweistufentheorie im Wirtschaftsverwaltungsrecht – Teil II, GewArch 2009, S. 465
- Wiemer, Dirk T.:* Glosse zu EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 (Deutsche Lufthansa), BRZ 2014, S. 52
- Wienbracke, Mike:* Europäisches Beihilfenrecht (Teil 2), WRP 2016, S. 294
- Wimmer, Norbert/Arhold, Christoph:* Gericht mißbilligt neue Praxis der Beihilfengrundforderung, FAZ v. 14.9.2005, S. 4
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg:* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016
- Wöllik, Anna:* Die Zivilrechtsfolgen bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 letzter Satz EGV, in: Jaeger, Thomas (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 345
- Zellhofer, Andreas/Solek, Lukas:* Absolute rechtliche Unmöglichkeit der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, EuZW 2015, S. 622
- Zellhofer, Andreas/Solek, Lukas:* Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in: Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.): Jahrbuch Beihilferecht 2014, S. 539
- Zimmermann, Reinhard:* Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?: Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge, 1979
- Zöller, Richard (Hrsg.):* Zivilprozessordnung, 32. Aufl., 2018

