

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](http://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 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

<b>A. Einleitung und Gang der Darstellung .....</b>	1
I. Zentrale Themenstellung .....	1
II. Bedeutung des Beihilfenrechts .....	5
III. Gang der Darstellung .....	12
<b>B. Überblick über die wichtigsten Rechtsquellen des europäischen Beihilfenrechts.....</b>	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
<b>C. Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und privatrechtliche Verträge .....</b>	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
 <b>D. Das Beihilfeverfahrensrecht .....</b>	 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
 <b>E. Rückforderung von Beihilfen durch die Kommission .....</b>	 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
<b>G. Die Rechtsprechung des BGH zu rechtswidrigen Beihilfen.....</b>	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
<b>H.</b>	<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Thesen .....</b>	<b>171</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>173</b>

