

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 14/2003

24. Juli · 14. Jahrgang 2003 · Seite 417 – 448

Schriftleitung: Rechtsanwältin *Dr. Monika Tacke*, Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge! Was nun?

Das Urteil des *BGH* vom 4. 4. 2003 (EuZW 2003, 444 m. Anm. *Pechstein*, EuZW 2003, 447 – beide in diesem Heft) fördert eine – bisher als „weitgehend akademisch“ bagatellierte – Tretmine zutage, die in nicht wenigen von Unternehmen mit der öffentlichen Hand eingegangenen Vertragsverhältnissen mit offenen oder verdeckten Förderelementen verborgen sein kann. Man denke nur an öffentliche Eigenkapitalbeteiligungen an gemischten Gesellschaften oder an komplexe Public Private Partnerships, z. B. zur Errichtung und zum Betrieb von Infrastrukturen. Nicht etwa das materiellrechtliche Beihilfenverbot (Art. 87 I EG), sondern das an die Mitgliedstaaten gerichtete formelle Verbot des Art. 88 III 3 EG, Beihilfenmaßnahmen vor einer abschließenden (positiven) Kommissionsentscheidung durchzuführen, wirkt als ein Verbots-gesetz i. S. von § 134 BGB und bewirkt damit die Vertragsnichtigkeit.

Soweit das Beihilfenäquivalent in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag enthalten ist, greift die Fehlerfolge des § 59 I VwVfG. Auch hier ist Folge der rechtswidrigen Beihilfenvergabe die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 59 I VwVfG i. V. mit § 134 BGB. Die Beihilfenrückgewähr erfolgt dann nicht – wie bei privatrechtlichen Verträgen – über die §§ 812 ff. BGB, sondern über den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch.

Die Auffassung, welche für die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB einen beiderseitigen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz verlangt (Art. 88 III 3 EG richtet sich aber alleine an den Mitgliedstaat), entkräftet der *BGH* mit einem Federstrich à l'effet utile: „Jedenfalls ist aber anerkannt, dass § 134 BGB auch dann Anwendung findet, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots geht, wenn aber der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung. So ist es hier“. Der *BGH* betont insbesondere unter Berufung auf die Rs. FNCE (*EuGH*, Slg. 1991, I-5505 = EuZW 1993, 62) und *Pechstein* (EuZW 1998, 495), es ginge bei diesem Durchführungsverbot „konkret darum, Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen könnte. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Begünstigten in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer – weiteren – Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen“. Obwohl der *BGH* die Teilnichtigkeit nach § 139 BGB nicht thematisiert, weist die in den Entscheidungsgründen formulierte Zielrichtung „Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe“ genau auf diese Rechtsfigur, welche die causa nur insoweit ex tunc entzieht, als dies zur Rückführung der Beihilfe selbst oder ihres Begünstigungsäquivalents erforderlich ist. *Pechstein* (EuZW 2003, 447 – in diesem Heft) weist

zutreffend darauf hin, dass Gesamtnichtigkeit die Regel, Teilnichtigkeit nach § 139 BGB die Ausnahme ist. Doch bei komplexen, insbesondere multipolaren (Förder-)Vertragsverhältnissen sollte die Zivilrechtsdogmatik die gesetzliche Ausnahmeregel der Teilnichtigkeit in Form von Regelausnahmen (beihilfenrechtlich) typologisieren, also zur Regel machen, wenn eine Totalrückabwicklung objektiv unbillig (etwa für eine Infrastruktur „chaotisch“) oder rechtsmissbräuchlich wäre (z.B. den Beihilfenempfänger einseitig begünstigt). Ein Fallbeispiel, bei dem sich diese Dogmatik bewähren könnte, wäre eine – nicht notifizierte, Beihilfen beinhaltende – öffentliche Eigenkapitalbeteiligung an einer gemischten Bau- bzw. Betriebsgesellschaft betreffend eine Konzerthalle mit internationalem Nutzerkreis. Mit Blick auf den drohenden „kulturellen Infrastrukturschaden“ nach einer Totalrückabwicklung könnte es unter näher zu typologisierenden Umständen rechtsmissbräuchlich sein, wenn sich der private Eigenkapitalgeber (Beihilfenempfänger) der gemischten Bau- und/oder Betriebsgesellschaft bei eintretendem Misserfolg seiner Investition einseitig auf die Gesamtnichtigkeit beruft. Nicht die einfachen Vertragsverhältnisse, wie sie dem Urteil des *BGH* zu Grunde lagen (Verkäufe ehemals volkseigener Agrarflächen), sondern komplexe Fördervertragsverhältnisse sind in der Beihilfenpraxis die Regel!

Pechstein begründet die Gesamtnichtigkeitsfolge mit der Sanktionswirkung zwecks Effizienzsteigerung des Durchführungsverbots nach Art. 88 III 3 EG. Bei vielen öffentlich geförderten Projekten entfaltet aber gerade das Festhalten des Investors (Beihilfenempfängers) an den von ihm vertraglich geschuldeten Leistungspflichten bei gleichzeitiger Rückführung des Beihilfenäquivalentes auf Grund einer Teilnichtigkeit der Verträge eine viel bessere Sanktionswirkung als die völlige Entlassung aus den Leistungspflichten in Folge einer Gesamtnichtigkeit. Denn der auf den Beihilfenanteil setzende Investor hat dann sein Finanzierungsfundament auf Treibsand gebaut. Wird er dennoch an der Investition festgehalten, sanktioniert ihn die Teilnichtigkeit schmerzhafter als die Gesamtnichtigkeit.

Pechsteins weitere These, nur die Gesamtnichtigkeit und in ihrer Folge die Neuverteilung gewährte ein diskriminierungsfreies Verfahren der Investorenauswahl, ist zwar tatsächlich und rechtspolitisch richtig. Aber die Art. 87 und 88 EG sprechen nicht für eine Annullierung des Auswahl- und Verteilungsverfahrens. Letzteres obliegt dem Kontrollstrahl des Vergaberechts. Beihilfenrecht ist eben nicht Vergaberecht. Wenn das Vergaberecht aber nicht anwendbar ist – z. B. beim Verkauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand oder bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (*Koenig*, EuZW 2003, 289) –, so beschränkt sich die Beihilfenkontrolle auf die Rückführung eines etwaigen Begünstigungsäquivalents. Dem genügt auch die Teilnichtigkeit.

Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M. (LSE), Bonn