

Aufsätze und Berichte

Das Unternehmen, sein Rechtsträger und dessen Anteilseigner im Rahmen der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE), und Dr. Nicolai Ritter, Bonn*

Die gesellschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Unternehmen, seinem Rechtsträger sowie dessen Anteilseignern gilt selbstverständlich auch im EG-Beihilfenrecht und insbesondere bei der Beihilfenrückforderung. Eine präzise Trennung dieser Ebenen ist dabei nicht nur ein rechtsdogmatisches Postulat, sie ist vielmehr aus Gründen der Rechtssicherheit unabdingbar. Wie jedoch die jüngere Rechtsprechung des EuGH aufzeigt, bereitet diese Differenzierung im EG-Beihilfenrecht gerade bei der Rückforderungsadressierung nach einem Anteilskauf erhebliche Schwierigkeiten. Durch die mangelnde Unterscheidung der verschiedenen Ebenen in den Urteilen *Banks*, *SMI* und *Seleco* hat der EuGH für erhebliche Verwirrung gesorgt.

Der Beitrag nimmt die Urteile zum Anlass, um die gesellschaftsrechtlichen Ebenen zu skizzieren und deren Bedeutung für die Beihilfenrückforderung darzustellen. Dabei wird in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung insbesondere auf die Rückforderungsadressierung nach einem Wechsel der Anteilseigner des Unternehmensträgers eingegangen.

I. Einführung

Werden nicht genehmigungsfähige Beihilfen i. S. von Art. 87 I EG rechtswidrig ausgekehrt, sind diese vom „Empfänger“ zurückzufordern¹. Objekt der Beihilfenkontrolle ist das beihilfenbegünstigte Unternehmen, Rückforderungsschuldner ist dagegen der Rechtsträger des Unternehmens als dessen Zurechnungssubjekt.

Die Konkretisierung des Rückforderungsschuldners bereitet dann Schwierigkeiten, wenn das begünstigte Unternehmen zwischenzeitlich in Form des Vermögens- oder Anteilskaufs veräußert wurde. Die jüngere Diskussion bezog sich dabei vor allem auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen nach einem *Vermögenskauf* (*asset deal*) nicht nur der frühere Rechtsträger des beihilfenbegünstigten Unternehmens, sondern auch dessen Vermögenserwerber zur Rückforderung herangezogen werden kann². Auf den ersten Blick scheint demgegenüber die Rückforderungsadressierung nach einem Wechsel der Anteilseigner (*Anteilskauf*, *share deal*) unproblematisch. Die Urteile des EuGH in den Sachen *Banks*³, *Seleco*⁴ und *SMI*⁵ machen jedoch deutlich, dass auch hier erhebliche Unsicherheiten bei der Rückforderungsadressierung bestehen⁶. Nach diesen – in Vorgehensweise und Ergebnis höchst unterschiedlichen – Urteilen ist bei einem Anteilseignerwechsel die Marktgleichheit des Anteilskaufpreises der bestimmende Faktor zur Ermittlung des Rückforderungsadressaten. Abhängig vom Kaufpreis kann hiernach nicht (nur) der Rechtsträger des Unternehmens, sondern unter Umständen der frühere Anteilseigner bzw. der Anteilserwerber als Rückforderungsschuldner in Betracht kommen. Diesem Ansatz stehen grundlegende Zweifel gegenüber, da die Unterscheidung zwischen dem Rechtsträger des Unterneh-

mens und dessen Anteilseignern missachtet und letztlich eine – beihilfenrechtlich nicht begründbare – Durchgriffshaftung statuiert wird.

Zur Überprüfung der Rechtsprechung soll zunächst die gesellschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Unternehmen, seinem Rechtsträger sowie dessen Anteilseignern unter dem Blickwinkel der Rückforderungsadressierung beleuchtet werden (unter II.). Vor diesem Hintergrund wird untersucht, welche Auswirkungen ein Anteilskauf in Abgrenzung zum Vermögenskauf auf die Rückforderungsschuld des Rechtsträgers des Unternehmens hat (unter III.). Auf dieser Grundlage ist die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* einer kritischen Würdigung zu unterziehen (unter IV.).

II. Das Unternehmen als Objekt der Beihilfenkontrolle

Das Beihilfenverbot des Art. 87 I EG wendet sich gegen die staatliche „Begünstigung bestimmter Unternehmen“⁷. Wurden Beihilfen, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, rechtswidrig ausgekehrt, müssen diese von dem Empfänger zurückgefordert werden. Für die Anwendbarkeit des EG-Beihilfenrechts auf eine staatlich begünstigte Einheit ist damit deren Unternehmenseigenschaft von zentraler Bedeutung. Hierbei erweist sich, dass gerade für die Frage der Rückforderungsadressierung eine strikte Unterscheidung zwischen dem Unternehmen, seinem Rechtsträger und dessen Anteilseignern notwendig ist.

1. Der gemeinschaftsrechtliche Unternehmensbegriff

Der zunächst maßgeblich im Europäischen Kartellrecht geprägte Begriff des Unternehmens umfasst jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechts-

* Der Autor Koenig ist Direktor, der Autor Ritter wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) in Bonn.

1) Vgl. Art. 14 der Beihilfenverfahrensverordnung 659/1999, ABIEG 1999 Nr. L 83, S. 1. Siehe zu den Grundsätzen der Beihilfenrückforderung Quardt u. Jestaedt/Loest, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 1. Aufl. 2003, 10. Kapitel, S. 889 ff.; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2002, S. 216 ff.

2) S. hierzu aus der Literatur: Borchardt, ZIP 2001, 1301; Ehrlicke, ZIP 2000, 1656; ders., ZIP 2001, 489; Ehrlicke/Blask, ZinsO 2002, 693; Harings, Beihilfenrecht, Rdnrn. 271 ff.; Koenig, BB 2000, 573; ders., EuZW 2001, 37; Meessen, DB 2001, 1294; Rapp/Bauer, KTS 2001, 1 (23 ff.); Ritter, EuZW 2003, 374; ders., Beihilfenrückforderung von Dritten, C. H. Beck, 1. Aufl. 2004, im Erscheinen; Soltész, BB 2001, 1049; Verse/Würmnest, ZHR 167 (2003), 403; Zühlke, EWS 2003, 61.

3) EuGH, Slg. 2001, I-6117 – H. J. Banks & Co. Ltd.

4) EuGH, Slg. 2003, I-4035 – Seleco.

5) EuGH, EuZW 2004, 370 – SMI.

6) Die Urteile *Seleco* und *SMI* behandeln dabei auch die Problematik der Rückforderungsadressierung nach einem Vermögenskauf.

7) Daneben ist dem Wortlaut nach auch die Begünstigung „bestimmter Produktionszweige“ erfasst. Dieses Tatbestandsmerkmal ist allerdings bei der gegenwärtigen Auslegung gegenüber dem Tatbestandsmerkmal Unternehmen redundant; siehe Koenig/Kühling/Ritter (o. Fußn. 1), S. 79.

form oder ihrer Finanzierungsart⁸. Der Unternehmensbegriff ist mithin tätigkeitsbezogen, also funktional aufzufassen (funktionaler Unternehmensbegriff). Hinsichtlich der Frage, welchem Objekt die wirtschaftliche Tätigkeit (phänomenologisch) zuzuordnen ist, ist es sowohl im Kartellrecht⁹, in der Missbrauchskontrolle¹⁰, als auch im Beihilfenrecht¹¹ – trotz vereinzelter begrifflicher Inkohärenzen – mittlerweile ständige Rechtsprechung, dass auf die jeweils handelnde wirtschaftliche Einheit abzustellen ist und Rechtsobjektivität für den Unternehmensbegriff insoweit nicht (notwendig) zu verlangen ist¹². Der gemeinschaftsrechtliche Unternehmensbegriff kann dazu führen, dass mehrere juristisch unabhängige Gesellschaften als ein Unternehmen im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts anzusehen sind, soweit sie eine wirtschaftliche Einheit bilden¹³.

2. Die Unterscheidung zwischen dem Unternehmen, seinem Rechtsträger und dessen Anteilseignern

Der gemeinschaftsrechtliche Unternehmensbegriff beleuchtet mit der Fokussierung auf die wirtschaftliche Einheit allein die faktische Frage nach den sachlichen und personellen Mitteln, die das Unternehmen auszeichnen, und blendet damit die rechtliche Frage nach dem hinter dem Unternehmen stehenden Rechtsträger aus. Für die Rückforderungsadressierung erweist sich demgegenüber eine Befassung mit dem Rechtsträger als erforderlich. Zum einen kann hierdurch terminologischen Unklarheiten vorgebeugt werden. Zum anderen werden nur auf diesem Wege die Vorgänge beim Vermögenskauf bzw. beim Anteilskauf offengelegt. Dass die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Rechtsträger im Rahmen des gemeinschaftlichen Unternehmensbegriffs seinen Platz hat, führen gerade die Schwierigkeiten des *EuGH* bei der Identifizierung der Rückforderungsschuldner nach einem Verkauf der Anteile am Rechtsträger des beihilfenbegünstigten Unternehmens vor Augen.

Die Firma, also der Name, unter dem der Träger des Unternehmens im Rechtsverkehr auftritt, bedarf dagegen vorliegend keiner Behandlung, da sie lediglich der Identifizierung des Rechtsträgers dient und insofern für die beihilfenrechtliche Problematik irrelevant ist.

a) Das Unternehmen

Der Begriff des Unternehmens beschreibt hiernach die tatsächliche, am Markt operierende Einheit. Als Unternehmen ist demzufolge die Gesamtheit von Personen und materiellen sowie immateriellen Rechtsgütern und Geschäftswerten zu verstehen, die in einer Organisation zusammengefasst sind und zu einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck dienstbar gemacht sind¹⁴. Insofern ist die Organisation beschrieben, die die wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs ausübt.

b) Der Rechtsträger des Unternehmens

Der Rechtsträger (= Unternehmensträger) ist das Rechtssubjekt, dem das Unternehmen und sein Verhalten zuzurechnen ist. Dies ist der Eigentümer der dem Unternehmen zugeordneten Sachen, Rechten und Geschäftswerten¹⁵. In der Regel handelt es sich dabei um Personen- oder Kapitalgesellschaften, es kann sich aber auch um eine wirtschaftlich tätig werdende natürliche Person handeln. Konsequenz des gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriffs ist, dass unter Umständen mehrere juristische oder natürliche Personen in ihrer Gesamtheit als Rechtsträger des Unternehmens zu behandeln sind. Dies ist der Fall, wenn sie nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.

Der Rechtsträger ist auch Träger der Rechte und Pflichten des Unternehmens, so dass die Rückforderung letztlich gegenüber dem Rechtsträger vollstreckt wird.

c) Die Anteilseigner des Rechtsträgers

Vom Rechtsträger – im Zweifel also der Gesellschaft – strikt zu unterscheiden sind dessen Anteilseigner. Dies sind die juristischen oder natürlichen Personen, die die Geschäfts- oder Gesellschaftsanteile an dem Rechtsträger halten. Da die Forderungen und Verbindlichkeiten solche des Rechtsträgers sind, haftet gegenüber den Gläubigern grundsätzlich das Gesellschaftsvermögen. Das Gesellschaftsvermögen ist Grundlage der Schuldenhaftung der Gesellschaft und unterliegt als solches dem Vollstreckungszugriff der Gesellschaftsgläubiger.

Inwieweit daneben der Anteilseigner für die Begleichung der Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden kann, hängt von der jeweiligen Gesellschaftsform des Rechtsträgers ab. Grundsätzlich ist bei Personengesellschaften eine Inanspruchnahme der Anteilseigner möglich, bei Kapitalgesellschaften dagegen ausgeschlossen¹⁶. Hervorzuheben ist dabei, dass es sich auch bei der möglichen Inanspruchnahme des Anteilseigners/Gesellschafters jeweils um eine Gesellschaftsschuld, nicht aber um eine Gesellschafterschuld handelt.

III. Der Rückforderungsadressat nach einem Unternehmenskauf in Form des Anteilskaufs

Rückforderungsschuldner ist mithin der Rechtsträger als Zurechnungssubjekt des begünstigten Unternehmens. Zu überprüfen ist, ob sich an diesem Grundsatz etwas ändert,

8) S. jüngst *EuGH*, *EuZW* 2004, 241 Rdnr. 46 – AOK Bundesverband u. a.; ferner: *EuGH*, *Slg.* 1994, I-43 Rdnr. 18 = *EuZW* 1994, 248 = *NJW* 1994, 2344 – SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol; *EuGH*, *Slg.* 1993, I-637 Rdnr. 17 – Poucet und Pistre; *EuGH*, *Slg.* 1991, I-1979 Rdnr. 21 = *EuZW* 1991, 349 – Höfner und Elser; zu Art. 87 ff. EG: *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, *Komm. z. EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EG Rdnr. 8; *Mederer*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, 6. Aufl. 2003, Art. 92 EG, Rdnr. 21.

9) *EuGH*, *Slg.* 1998, I-3851 Rdnr. 36 = *EuZW* 1999, 93 – Kommission/Italien; *EuGH*, *Slg.* 1997, I-7119 Rdnr. 21 – Job Center; *EuGH*, *Slg.* 1991, I-1979 Rdnr. 21 = *EuZW* 1991, 349 – Höfner und Elser.

10) *EuG*, *Slg.* 1992, II-1403 (1548) Rdnr. 358 – Società Italiana Vetro; der *EuGH* stellt dagegen darauf ab, dass Art. 82 EG auf mehrere Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen anwendbar ist, s. *EuGH*, *Slg.* 1988, 2479 (2513) Rdnr. 21 – Bodson; *EuGH*, *Slg.* 1986, 3021 (3092) Rdnr. 79 ff. – Metro.

11) *EuG*, *Slg.* 2000, II-2603 Rdnr. 124 – D SZG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH; *EuGH*, *Slg.* 1984, 3809 (3825 f.) Rdnr. 11 f. – Intermills.

12) Davon zu unterscheiden ist die verfahrensrechtliche Frage der Rechtsdurchsetzung: Diese erfolgt gegenüber den hinter der wirtschaftlichen Einheit stehenden Rechtsträgern. Insofern erfolgt eine zweistufige Prüfung; vgl. *EuG*, *Slg.* 1991, II-1623 Rdnr. 235 f. – Enichem Anic; *Glüss/Hirsch*, *Komm. z. EG-Kartellrecht*, 4. Aufl. 1993, Art. 85, Rdnr. 11 f.

13) Hierzu ausführlich *Ritter*, *Beihilfenrückforderung von Dritten*, 1. Aufl. 2004, im Erscheinen, S. 139 ff.

14) Vgl. zu den Unternehmensdefinitionen für das deutsche Handelsrecht bzw. für den Unternehmenskauf *Semler*, in: *Hölters*, *Unternehmens- und Beteiligungskauf*, 5. Aufl. 2002, IV Rdnr. 1; *K. Schmidt*, *Handelsrecht*, 5. Aufl. 1999, § 4 I 2.

15) S. *Picot*, in: ders., *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, 2. Aufl. 1998, Teil I, Rdnr. 28 ff.; *Semler*, in: *Hölters*, (o. Fußn. 14), IV, Rdnr. 2.

16) Bei Kapitalgesellschaften haftet den Gläubigern das Gesellschaftsvermögen (§ 13 II GmbHG, § 1 I 2 AktG). Eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist ausgeschlossen. Lediglich in besonderen Ausnahmefällen bejaht die Rechtsprechung *praeter legem* einen „Durchgriff“ auf die einzelnen Gesellschafter. Bei Personengesellschaften ist zu unterscheiden: Der Gläubiger einer GbR (§§ 705 ff. BGB) kann seine Forderungen gegen die Gesellschaft grundsätzlich auch gegenüber den Gesellschaftern geltend machen. Der Erwerber von Anteilen an der GbR haftet dabei auch für „Altschulden“ (*BGH*, ZIP 2003, 899). Der Übernehmer von Gesellschaftsanteilen an einer OHG oder von Komplementäranteilen einer KG tritt im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch in die Haftung ein (§§ 128, 130, 161 HGB). Der Erwerber eines Kommanditistenanteils haftet dagegen im Außenverhältnis nur in Höhe seiner Einlage, soweit er diese noch nicht eingebracht hat (näher §§ 171 I, 172 IV HGB).

wenn zwischenzeitlich ein Unternehmenskauf in Form des Anteilskaufs stattgefunden hat.

1. Die Rechtswirkungen des Anteilskaufs in Abgrenzung zum Vermögenskauf

Beim Anteilskauf erwirbt der Anteilskäufer die Geschäfts- oder Gesellschaftsanteile an dem das Unternehmen haltenden Rechtsträger (= Unternehmensträger). Mithin erfolgt alleine eine Veränderung in der Anteilseignerschaft des Rechtsträgers¹⁷. Sowohl das Unternehmen als auch dessen Rechtsträger bleiben identisch. Da der Rechtsträger nicht wechselt, verbleiben die Schulden und Forderungen grundsätzlich bei diesem.

Im Gegensatz dazu tritt beim Vermögenskauf (Singularsukzession) der Erwerber in die Eigentümerstellung bezüglich der übernommenen Wirtschaftsgüter ein, so dass der das Eigentum innehabende Rechtsträger wechselt¹⁸. Im Falle des Vermögenskaufs verbleiben die Verbindlichkeiten und Forderungen beim alten Rechtsträger und gehen nicht auf den neuen Rechtsträger über. Dies gilt freilich vorbehaltlich privatrechtlicher Abreden oder gesetzlicher Sonderhaftungstatbestände wie etwa der Regelung des früheren § 419 BGB a. F.¹⁹.

2. Der Rückforderungsadressat beim Anteilskauf in Abgrenzung zum Vermögenskauf

Da beim Anteils- oder Beteiligungskauf sowohl die Unternehmensidentität als auch die Rechtsträgeridentität vollständig gewahrt bleibt, kann die Rückforderung weiterhin in den das Unternehmen haltenden Rechtsträger vollstreckt werden. Dies gilt unabhängig davon, wer das Eigentum an den Gesellschaftsanteilen hält²⁰. Dass insoweit der Rückforderungsschuldner nicht wechselt, liegt auf der Hand und war bis zu den jüngeren Urteilen des *EuGH* überwiegende Auffassung²¹.

Anders liegt der Sachverhalt beim Vermögenskauf: Da der Rechtsträger wechselt, kommt eine Rückforderungshaftung der das Unternehmen haltenden Einheit (Vermögenserwerber) kraft Rechtsträgeridentität nicht in Frage. Aus diesem Grund stand in jüngster Zeit gerade in Frage, ob eine Rückforderungserstreckung gegenüber dem vermögenserwerbenden Dritten auf anderem Wege begründet werden kann, etwa auf Grundlage des gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriffs²² oder – wie nach dem Ansatz der Kommission – auf Grundlage eines Umgehungsstatbestandes²³.

IV. Marktgerechtheit des Anteilsübertragungspreises als Kriterium für die Rückforderungsadressierung nach einem Anteilskauf? – Die jüngere Rechtsprechung des *EuGH*

Trotz des Wechsels des Anteilseigners richtet sich die Rückforderung weiterhin gegen den Rechtsträger des Unternehmens. Von diesem Grundsatz ist der *EuGH* allerdings in drei Urteilen abgewichen. Danach kommt der frühere Anteilseigner sowie u.U. auch der Anteilserwerber als Rückforderungsschuldner in Betracht. Obgleich die Urteile in Vorgehensweise und Ergebnis höchst unterschiedlich sind, erheben sie sämtlich die Marktgerechtheit des für die übernommenen Anteile gezahlten Kaufpreises zu dem für die Rückforderungsadressierung entscheidenden Kriterium.

1. Das Urteil des Gerichtshofs in der Sache *H. J. Banks*

In dem Vorabentscheidungsverfahren in der Sache *H. J. Banks* setzte der *EuGH* implizit voraus, dass nach einem Anteilskauf der (frühere oder aktuelle) Anteilseigner des Rechtsträgers als Rückforderungsschuldner in Betracht

komme. Der *EuGH* hatte sich in dem Urteil vom 20. 9. 2001 in einem obiter dictum mit der Frage auseinandergesetzt, ob als Beihilfenrückforderungsschuldner solche Gesellschaften in Betracht kommen, die im Rahmen der Privatisierung des englischen Steinkohlebergbaus die Anteile an den staatlichen Nachfolgegesellschaften der beihilfenbegünstigten *British Coal* erworben hatten²⁴. Ohne die naheliegende Inanspruchnahme der Gesellschaft (des Rechtsträgers) selbst in Betracht zu ziehen, prüfte der *EuGH*, unter welchen Voraussetzungen der Anteilserwerber für die Beihilfenrückforderung in Anspruch genommen werden kann²⁵. Der *EuGH* stellte für diese Frage maßgeblich darauf ab, dass der Erwerbsvorgang „im Rahmen einer offenen und durch Wettbewerb gekennzeichneten Ausschreibung zu Marktbedingungen“ stattgefunden hatte²⁶. Da die Zuschlagsempfänger die staatlichen Nachfolgegesellschaften „unter nicht diskriminierenden Wettbewerbsbedingungen und definitionsgemäß zum Marktpreis, d. h. zum höchsten Preis, den ein privater Investor unter normalen Wettbewerbsbedingungen für diese Gesellschaft in der Situation, in der sie sich – insbesondere nach dem Erhalt staatlicher Beihilfen – befanden, zu zahlen bereit war“, erworben hatten, sah der *EuGH* die Zuschlagsempfänger nicht als Nutznießer der Beihilfe an²⁷. Werde ein beihilfenbegünstigtes Unternehmen zum Marktpreis verkauft, spiegele der Kaufpreis grundsätzlich die Auswirkungen der zuvor gewährten Beihilfe wider, so dass der Verkäufer dieses Unternehmens Nutznießer der Beihilfe bleibe²⁸.

17) *Semler*, in: *Höllers* (o. Fußn. 14), VI, Rdnr. 5.

18) Wird das nahezu gesamte Vermögen des Unternehmens übertragen (= Unternehmenskauf), wechselt mit dem Rechtsträger auch der Unternehmensträger; siehe die frühere Regelung zur Haftung beim Vermögensübergang des § 419 BGB a. F.

19) Vgl. auch § 25 HGB (Haftung des Erwerbers bei Fortführung der Firma), § 75 AO (Haftung des Erwerbers für Steuerschulden bei Fortführung des Betriebs); § 613a BGB (Haftung des Betriebsübernehmers für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverhältnissen).

20) S. Generalanwalt *Geelhoed*, Schlussanträge v. 27. 9. 2001 zu *EuGH*, Slg. 2003, I-4035 Rdnr. 77 – *Seleco*; *Koenig*, *EuZW* 2001, 37 (41).

21) *EuGH*, Slg. 1991, I-1433 (1484) Rdnr. 57 – *ENI-Lanerossi*, dort implizit vorausgesetzt; *Borchardt*, ZIP 2001, 1301 (1303); *Koenig*, *EuZW* 2001, 37 (41); *Lübbig*, *EWS* 2001, 517 (521); *Lübbig/Martin-Ehlers*, *Beihilfenrecht*, Rdnr. 704; *Ritter*, *EuZW* 2003, 374 (376); *Soltész*, *BB* 2001, 1049.

22) S. hierzu einerseits *Koenig*, *EuZW* 2001, 37 und andererseits *Ritter* (Fußn. 13), S. 144 ff., 172 ff.

23) S. die Entscheidung der Kommission v. 8. 7. 1999, *Gröditzter Stahlwerke GmbH*, ABIEG 1999 Nr. L 292/27 Rdnr. 104; Entscheidung der Kommission v. 2. 6. 1999 – *Seleco*, ABIEG 2000 Nr. L 227, S. 24 Rdnr. 116; Entscheidung der Kommission v. 11. 4. 2000 – *SMI*, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50 Rdnr. 48; Entscheidung der Kommission v. 21. 6. 2000 – *CDA Albrechts GmbH*, ABIEG 2000 Nr. L 318 S. 62 Rdnr. 118; Entscheidung der Kommission v. 30. 10. 2001, *Graf von Henneberg Porzellan*, ABIEG 2002 Nr. L 307, S. 1 Rdnr. 145; vgl. hierzu auch die in Fußn. 2 zitierte Literatur sowie die Rdnrn. 65 ff. des Urteils *Seleco* (Fußn. 4) und die Rdnrn. 73 ff. des Urteils *SMI* (Fußn. 5).

24) *EuGH*, Slg. 2001, I-6117 – *H. J. Banks & Co. Ltd.* Für die Beantwortung dieser Frage bestand kein Anlass. *H. J. Banks* hatte die Zahlungen von Lizenzgebühren mit der Begründung verweigert, dass die staatlichen Nachfolgegesellschaften von diesen Gebühren befreit waren und insofern eine rechtswidrige Beihilfe vorläge. Der *Court of Appeal* stellte daraufhin die Vorlagefrage, ob die einschlägigen EGKS-Beihilfenverbote unmittelbar anwendbar seien und *Banks* sich auf diese Vorschriften berufen könne (Rdnr. 52 des Urteils). Der *EuGH* hätte sich daher einfach auf die ständige Rechtsprechung stützen können, nach der sich der Schuldner einer Zwangsabgabe nicht darauf berufen kann, dass die Befreiung anderer Personen eine staatliche Beihilfe darstelle, um sich der Zahlung dieser Abgabe zu entziehen (z. B. *EuGH*, Slg. 2000, I-1157 Rdnrn. 51 ff. = *EuZW* 2000, 316 – *EKW und Wein & Co.*; *EuGH*, Slg. 2000, I-6048 Rdnrn. 26 ff. – *Idéal tourisme*). In den Schlussanträgen von Generalanwalt *Fennelly* finden sich demgemäß keine Ausführungen zur Frage der Rückforderungsschuld.

25) Dass es sich bei dem dem Urteil zu Grunde liegenden Sachverhalt um einen Anteilskauf handelte, ergibt sich aus Rdnr. 10 des Urteils (Fußn. 24).

26) Rdnr. 77 des Urteils (Fußn. 24).

27) Rdnr. 77 des Urteils (Fußn. 24).

28) Rdnr. 78 des Urteils (Fußn. 24); so auch *EuGH*, Slg. 2002, I-7869 Rdnr. 180 – *Falck SpA*.

2. Das Urteil des Gerichtshofs in der Sache Seleo

In der Sache Seleo stand in Frage, ob Beihilfen, die der Seleo gewährt worden waren, subsidiär auch von der Multimedia zurückgefordert werden durften. Die Multimedia hatte im Wege des Vermögenskaufs die rentabelsten Tätigkeiten der beihilfenbegünstigten Seleo übernommen, wobei Seleo gleichzeitig Alleineigentümerin der Multimedia wurde. Später verkaufte Seleo die Aktien, die sie an Multimedia hielt, zu jeweils 33,33% an zwei staatliche Holdinggesellschaften sowie an ein Tochterunternehmen (Finanziana Elettronica)²⁹.

Der EuGH stellte fest, dass diese Transaktionen jeweils zum Marktpreis erfolgt waren, wobei er insbesondere den Anteilsverkauf der Seleo in Bezug nahm³⁰. Zwar wirke es sich grundsätzlich nicht auf die Rückforderungspflicht aus, wenn ein Anteilseigner einem Dritten Anteile an einer Gesellschaft verkaufe, die durch eine rechtswidrige Beihilfe begünstigt wurde. Vorliegend sei jedoch der besonderen Fallgestaltung Rechnung zu tragen: „Es handelt sich nämlich um den Verkauf von Multimedia-Anteilen durch Seleo, die diese Gesellschaft gegründet hat und deren Vermögen der Kaufpreis der Anteile zugute kommt. Daher lässt sich nicht ausschließen, dass Seleo den Vorteil der empfangenen Beihilfen dadurch behalten hat, dass sie ihre Anteile zum Marktpreis verkauft hat“³¹. Deswegen fehle es an einer ausreichenden Begründung, um die Beihilfen auch von der Multimedia zurückzufordern³². Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass nach Auffassung des EuGH die Multimedia dann hätte in Anspruch genommen werden können, wenn die Seleo ihre Anteile an der Multimedia nicht zum Marktpreis verkauft hätte³³.

3. Das Urteil des Gerichtshofs in der Sache SMI

In der Entscheidung SMI hatte die Kommission u. a. rechtswidrige Beihilfen behandelt, die an die SIMI, die Auffanggesellschaft der SMI, geflossen waren³⁴. Die Anteile der SIMI wurden von deren ehemaliger Tochtergesellschaft MD&D – einer GmbH – erworben. Die Kommission ordnete auf Grund dieses Vorgangs die Rückforderung der der SIMI gewährten Beihilfen von der MD&D an³⁵.

Unter Bezugnahme auf das Urteil Banks führte der Gerichtshof hierzu aus, dass der Erwerber eines Unternehmens nicht als Nutznießer der diesem Unternehmen gewährten Beihilfen angesehen werden könne, wenn er das Unternehmen zum Marktpreis erwerbe³⁶. Da die Kommission den Preis für den Verkauf der Anteile von SIMI an MD&D nicht berücksichtigt habe, könne MD&D nicht in Anspruch genommen werden³⁷. Insofern hätte die MD&D nach Auffassung des EuGH in Anspruch genommen werden können, wenn die Kommission nachgewiesen hätte, dass kein marktgerechter Preis gezahlt wurde.

Bemerkenswerterweise beschränkte sich der EuGH nicht auf diese Feststellungen, sondern hob parallel zu dieser Argumentation den Charakter des share deals hervor: „Im vorliegenden Fall behält das Unternehmen, dem rechtswidrige staatliche Beihilfen gewährt wurden, seine Rechtspersönlichkeit und übt weiterhin für eigene Rechnung die mit den staatlichen Beihilfen subventionierten Tätigkeiten aus. Normalerweise verbleibt daher der mit den fraglichen Beihilfen verbundene Wettbewerbsvorteil bei diesem Unternehmen, so dass ihm die Verpflichtung obliegt, einen Betrag in Höhe dieser Beihilfen zurückzuzahlen. Vom Erwerber kann daher die Rückzahlung solcher Beihilfen nicht verlangt werden“³⁸.

4. Quintessenzen der Rechtsprechung

Allen drei Urteilen ist gemein, dass sie dem Anteilskaufpreis eine wesentliche Bedeutung für die Beihilfenrückforderung zumessen. Dabei werden jedoch aus der Zahlung eines marktgerechten Kaufpreises vollkommen unterschiedliche Konsequenzen für die Rückforderungsadressierung gezogen. Diese lassen sich wie folgt darstellen:

Urteil Banks: Der Anteilsverkäufer ist Rückforderungsschuldner für Beihilfen, die dem Unternehmen gewährt wurden, wenn er seine Anteile am Rechtsträger zum Marktpreis verkauft. Ansonsten ist der Anteilskäufer Rückforderungsschuldner.

Urteil Seleo: Eine Tochtergesellschaft ist dann kein Rückforderungsschuldner für die der Mutter gewährten Beihilfen, wenn die Mutter die Anteile am Tochterunternehmen zum Marktpreis verkauft. Ansonsten ist (auch) das Tochterunternehmen Rückforderungsschuldner.

Urteil SMI: Der Rechtsträger des Unternehmens ist Rückforderungsschuldner für die ihm gewährten Beihilfen, wenn der Anteilseigner seine Anteile zum Marktpreis verkauft. Ansonsten ist der neue Anteilseigner Rückforderungsschuldner.

5. Bewertung einer inkonsistenten Rechtsprechung

Schon die inkonsistenten Ergebnisse der drei Urteile zeigen, dass der Gerichtshof keine stringenten Grundsätze für die Rückforderungsadressierung nach einem Anteilskauf gefunden hat.

Die Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Seleo leuchten dabei schon auf den ersten Blick nicht ein: Wieso soll es für die Inanspruchnahme der (ehemaligen) Tochtergesellschaft einer beihilfenbegünstigten Mutter darauf ankommen, unter welchen Konditionen diese ihre Anteile an der Tochtergesellschaft verkauft hat³⁹? Die Relevanz dieser Transaktionen kann auch nicht mit dem besonderen Mutter-Tochter-Verhältnis begründet werden.

Jedoch auch die Urteile Banks und SMI können nicht überzeugen. Denn auch nach diesen Urteilen kommt der Marktgerechtigkeit des Anteilsübertragungspreises die entscheidende Bedeutung für die Rückforderungsadressierung zu. Richtigerweise ist der Wechsel der Anteilseigner – und damit auch die Konditionen der Anteilsübernahme – vollkommen irrelevant für die Rückforderungsadressierung, die

29) EuGH, Slg. 2003, I-4035 Rdnr. 9 – Seleo.

30) Rdnr. 82 mit Rdnr. 72 des Urteils (Fußn. 29).

31) Rdnr. 83 des Urteils (o. Fußn. 29) unter Verweis auf das Urteil Banks.

32) Rdnr. 83 des Urteils (o. Fußn. 29).

33) Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen im Urteil Seleo alles andere als klar sind (so auch Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 19. 7. 2003 zu EuGH, Urt. v. 29. 4. 2004 – Rs. C-277/00 Rdnr. 80 = EuZW 2004, 370 – SMI). Einiges spricht dafür, dass der Gerichtshof mit seinen zitierten Ausführungen gar nicht allein die Inanspruchnahme der Multimedia überprüfen wollte, sondern auch auf die Inanspruchnahme der SIM Multimedia abzielte. Die SIM Multimedia wurde von Italien zur Rückforderung herangezogen, weil sie (damals noch unter der Firma Formenti) die Aktien, welche Seleo an der Finanziana Elettronica hielt, im gerichtlichen Zwangsverkauf erwarb (siehe insoweit die Schlussanträge von Generalanwalt Geelhoed, Rdnr. 6; in Rdnr. 2 des Urteils Seleo wird die SIM Multimedia fälschlicherweise als Rechtsnachfolger der Multimedia bezeichnet). Die Unklarheiten des Urteils Seleo sind gerade darin begründet, dass der EuGH die Vermögenstransaktionen zwischen Seleo und Multimedia sowie den späteren Aktienverkauf der Seleo *uno acto* prüfte.

34) Entscheidung der Kommission vom 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50 Rdnr. 13 – SMI.

35) Rdnr. 44 der Entscheidung (Fußn. 34).

36) EuGH, Urt. v. 29. 4. 2004 – Rs. C-277/00 Rdnr. 80 = EuZW 2004, 370 – SMI.

37) Rdnr. 82 des Urteils (Fußn. 36).

38) Rdnr. 81 des Urteils (o. Fußn. 36).

39) Siehe allerdings die Ausführungen in Fußn. 32.

weiterhin in den Rechtsträger des Unternehmens zu erfolgen hat⁴⁰.

Es ist kein Grund erkennbar, warum die Rückforderung nicht beim Rechtsträger des Unternehmens verbleibt, sondern – abhängig vom geleisteten Kaufpreis – auf den (früheren oder aktuellen) Anteilseigner zurückgegriffen werden soll. Der *EuGH* durchbricht mit diesen Urteilen vielmehr die grundlegende Unterscheidung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern (sog. Trennungsprinzip⁴¹) und begründet damit letztlich eine Durchgriffshaftung der Anteilseigner⁴².

In beiden Fällen war nämlich nicht der Anteilseigner begünstigt – in diesem Fall läge seine Adressatenstellung auf der Hand –, sondern das Unternehmen, an dessen Rechtsträger der Anteilseigner seine Anteile hielt. Vor diesem Hintergrund ist die Marktadäquanz des Anteilskaufs, wie sie der *EuGH* prüfte, unerheblich⁴³. Selbst wenn die Anteilserwerber keinen marktgerechten Preis gezahlt hätten, könnte dies nicht zu ihrer beihilferechtlichen Begünstigung führen. Begünstigt ist weiterhin das Unternehmen. Rückforderungsschuldner ist daher der Rechtsträger des Unternehmens, unabhängig davon, wer das Eigentum an den Gesellschaftsanteilen jeweils hält⁴⁴. Dies ist die Konsequenz der rechtlichen Verselbstständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern. Der Anteilseigner ist mithin nicht Rückforderungsschuldner. Zwar kann er unter Umständen für die Begleichung der Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden⁴⁵. Dies hängt jedoch von der jeweiligen Gesellschaftsform des Rechtsträgers ab und ist daher eine Frage des Gesellschaftsrechts, nicht aber eine Frage der beihilfenrechtlichen Rückforderung.

Die Ausführungen des *EuGH* sind umso zweifelhafter, als erst der Anteilskauf die mögliche Inanspruchnahme der Anteilseigner auslösen soll – bis dahin hält auch der *EuGH* den Rechtsträger des Unternehmens für den richtigen Rückforderungsadressaten⁴⁶.

Überdies läuft der Rückgriff auf den Anteilseigner der Zielrichtung der EG-beihilfenrechtlichen Rückforderung zuwider: Ist der staatliche Kapitalgeber selbst Anteilseigner des Rechtsträgers, wäre er Beihilfengeber und Begünstigter in einer Person und müsste an sich selbst zurückzahlen⁴⁷. Genauso stellte sich die Situation im Urteil *Banks* dar, in dem die englische Krone als Beihilfengeber Anteilseigner der staatlichen Nachfolgesellschaft der beihilfenbegünstigten *British Coal* war. Der *EuGH* kam daher zu dem Schluss: „Im vorliegenden Fall ist aber der Staat derjenige, der die eventuelle Beihilfe gewährt hat, da die Gebühren, von denen *British Coal* und ihre staatlichen Nachfolgesellschaften befreit wurden, normalerweise an ihn gezahlt worden wären. Wenn die Erlöse der Privatisierung letztlich dem Staat zugute kamen, vereinigt dieser die Eigenschaften des Verkäufers und des Beihilfegewährenden auf sich. [...] In diesem Fall kann durch die Rückerstattung der Beihilfe nicht für die Wiederherstellung der früheren Situation gesorgt werden⁴⁸.“

Dies hätte aber zur Konsequenz, dass sämtliche Beihilfen, die durch einen staatlichen Beihilfengeber ge-

währt werden, der selbst Anteilseigner des begünstigten Rechtsträgers ist, nicht zurückgefordert werden dürften. Danach könnten die Mitgliedstaaten immer dann folgenlos Beihilfen vergeben, wenn sie diese statt in Form der Fremdkapitalzufuhr in Form der Eigenkapitalzufuhr gewährten. Überdies wären zahlreiche Rückforderungsentscheidungen der Kommission, die die Beihilfenvergabe in Form der Kapitalbeteiligung betrafen, sowie die diese Entscheidungen bestätigenden *EuGH*-Urteile unrichtig⁴⁹.

V. Ergebnis

Die jüngere Rechtsprechung hat keine konsistenten Maßstäbe für die beihilfenrechtliche Rückforderungsadressierung nach einem Anteilskauf gefunden. Dies ist in erster Linie darin begründet, dass der *EuGH* die – für eine präzise Identifizierung der Rückforderungsschuldner unabdingbare – Unterscheidung zwischen dem Unternehmen, seinem Rechtsträger und dessen Anteilseignern nicht vollzieht. Entgegen der Rechtsprechung ist der (frühere oder aktuelle) Anteilseigner des Rechtsträgers niemals Rückforderungsschuldner für die an das Unternehmen geflossenen Beihilfen – und zwar unabhängig davon, unter welchen Konditionen der Anteilskauf stattgefunden hat.

Die Rückforderung ist vielmehr stets gegenüber dem Rechtsträger des begünstigten Unternehmens durchzusetzen. Hieran ändert sich nichts, wenn zwischenzeitlich auf der Ebene der Anteilseigner des Rechtsträgers ein Wechsel stattgefunden hat, da sowohl die Unternehmensidentität als auch die Rechtsträgeridentität vollständig gewahrt bleibt.

40) Im Ergebnis ebenso Generalanwalt *Tizzano*, Schlussanträge vom 19. 6. 2003 zu *EuGH*, Urt. v. 29. 4. 2004 Rs. C-277/00 Rdnrn. 83 ff. = *EuZW* 2004, 370 – SMI.

41) S. K. *Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, § 9 I 1.

42) *Ritter*, *EuZW* 2003, 374 (376). Entgegen *Zühlke*, *EWS* 2003, 61 (62) hat der *Gerichtshof* im Urteil *Banks* daher eine Durchgriffshaftung nicht abgelehnt, sondern sie gerade für den Fall begründet, in dem der Anteilserwerber keinen marktgerechten Preis zahlt.

43) Ebenso *Verse/Wurmnest*, *ZHR* 167 (2003), 403 (410).

44) Dies bestätigt der *EuGH* in seinem Urteil SMI implizit, indem er gegen die Inanspruchnahme der MD&D (auch) anführt, dass die Rechtspersönlichkeit der SIMI fortbestehe (s. Fußn. 38 mit Text). Umso unverständlich ist es dann aber, dass er dennoch den von der MD&D gezahlten Anteilskaufpreis für relevant hält.

45) Hierzu unter II. 2.u. 3.

46) Zumind. das Urteil *Banks* hat zudem zur Folge, dass der Anteilskauf zu einer Schuldbefreiung des Rechtsträgers des Unternehmens führt, da nunmehr nur noch der alte oder neue Anteilseigner des Rechtsträgers zur Rückforderung heranzuziehen ist.

47) Siehe bereits *Ritter*, *EuZW* 2003, 374 (376).

48) *EuGH*, Slg. 2001, I-6117 (6174) Rdnr. 79 – H.J. *Banks & Co. Ltd.*

49) Siehe nur *EuGH*, Slg. 1990, I-307 – *Tubemeuse*; *EuGH*, Slg. 1986, 89 – *Boch*; allgemein zu Beihilfen in Form der Eigenkapitalzufuhr sowie der Rückforderung von Kapitalbeteiligungen: *Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 2001, S. 34 ff., 204 ff.; *Koenig/Kühling/Ritter* (o. Fußn. 1), S. 40 ff., 231 ff.; *Schroeder*, *ZHR* 161 (1997), 805 (812 f.).