

Haftung der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 288 II EG wegen rechtswidriger Kommissionsentscheidungen in Beihilfensachen

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

Auf Grund von Negativentscheidungen der Kommission müssen die adressierten Beihilfeneempfänger dem Rückforderungsbetrag entsprechende Rückstellungen (§ 249 HGB) bilden und nicht selten wegen Überschuldung Insolvenz anmelden. Erklären der EuGH bzw. das EuG später die Kommissionsentscheidung für nichtig, stellt sich die Frage nach einer außervertraglichen Haftung der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 288 II EG für die Schäden, welche durch den von der Kommission zu verantwortenden Rechtsverstoß verursacht worden sind.

I. Rechtswidrige Amtshandlung und qualifizierte Rechtsverletzung

Rechtswidrig ist eine Amtshandlung, wenn sie gegen eine höherrangige Gemeinschaftsrechtsnorm verstößt. Hat der *EuGH* zum Beispiel in seinem Urteil vom 29. 4. 2004 in der Rechtssache C-277/00¹ (Urteil *SMI*) Art. 3 III der Kommissionsentscheidung vom 11. 4. 2000² für nichtig erklärt, „soweit darin die Rückforderung der der System Microelectronic Innovation GmbH [*SMI*] gewährten Beihilfen von anderen Unternehmen als ihr und die Rück-

forderung der der Silicium Microelectronic Integration GmbH [*SIMI*] gewährten Beihilfen von anderen Unternehmen als dieser angeordnet wird“ (Urteilstenor), so steht die Rechtswidrigkeit dieses Teils der Amtshandlung mit Rechtskraft fest. Die Rechtsverletzung muss nach ständiger Rechtsprechung bestimmte Qualifikationsmerkmale erfüllen (*hinreichend qualifizierte Schutznormverletzung*)³.

1. Schutznorm

Bei der verletzten Rechtsvorschrift muss es sich um eine Norm handeln, die gerade *auch* den Schutz der Interessen des Geschädigten bezweckt. Dass eine Vorschrift in erster Linie allgemeinen Interessen dient, schließt dabei freilich nicht aus, dass sie auch die Belange Einzelner schützen kann.

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.

1) *EuGH*, *EuZW* 2004, 370 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.
2) Entscheidung der Kommission 2000/567/EG v. 11. 4. 2000 – Beihilfe Deutschlands zu Gunsten der *SMI*, *ABIEG* 2000 Nr. L 238, S. 50.
3) *EuGH*, *Slg.* 2003, I-7541 Rdnr. 25 – *Fresh Marine*.

Die Auslösungshandlung für eine mögliche Schutznormverletzung lag im Beispielfall *SMI* im Erlass von Art. 3 III der Kommissionsentscheidung:

„Im Sinne dieses Artikels schließt der Begriff „Empfänger“ die *SMI*, die *SIMI* und die *Microelectronic Design & Development GmbH (MD & D)* ein, sowie jedes Unternehmen, dem die Vermögenswerte von *SMI*, *SIMI* oder *MD & D* in einer Form übertragen worden sind bzw. übertragen werden, um die Konsequenzen dieser Entscheidung zu umgehen.“

Der *EuGH* hat in seinem Urteil *SMI* diesen Art. 3 III der Kommissionsentscheidung für nichtig erklärt, da die weite Fassung der Empfängereigenschaft und damit der Rückforderungsschuldner „gegen die Grundsätze für die Rückforderung staatlicher Beihilfen verstößt“ bzw. „nicht mit den Grundsätzen für die Rückforderung rechtswidriger staatlicher Beihilfen in Einklang“ steht⁴. Der *EuGH* lässt in seiner Urteilsbegründung ein präzises Normzitat bzw. eine präzise Formulierung eines – eine Schutznorm qualifizierenden – allgemeinen Rechtsgrundsatzes (z. B. die Grundsätze der Rechtssicherheit bzw. der Verhältnismäßigkeit) vermissen. Dabei referiert der *EuGH* den für die festgestellte Rechtsverletzung alleine relevanten ersten Teil des ersten und vierten Klagegrundes der Bundesrepublik Deutschland, nämlich die Verletzung von Art. 87 I und 88 II EG⁵, auf die dann im operativen Teil der Urteilsbegründung Bezug genommen wird⁶. Diese nur allgemein gehaltene Verweisung ist lediglich auf die objektive Rechtsverletzung bezogen, beantwortet aber nicht die Schutznormfrage. Die in der Rechtsprechung bisher nicht beantwortete Grundsatzfrage, ob die primärrechtlichen Normen der „Wettbewerbsverfassung“, Art. 87 I und Art. 88 II EG, selbst die eine Schutznorm qualifizierenden Voraussetzungen erfüllen, insbesondere dem Geschädigten Rechte verleihen, ist angesichts ihrer höchst abstrakt-generell gehaltenen Tatbestände schwierig und damit erst zu beantworten, wenn keine spezieller gefasste Sekundärrechtsnorm die Schutznormvoraussetzungen erfüllt.

Zwar bezieht sich der *EuGH* in seiner Urteilsbegründung mehrfach auf die Verletzung der „Grundsätze für die Rückforderung staatlicher Beihilfen“, so dass zunächst an einen – eine Schutznorm qualifizierenden – ungeschriebenen Rechtsgrundsatz zu denken wäre. Da die ursprünglich durch richterliche Rechtsfortbildung konsolidierten Grundsätze für die Rückforderung staatlicher Beihilfen mit dem In-Kraft-Treten der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. 3. 1999⁷ (Verfahrensverordnung) nunmehr in unmittelbar anwendbares Verordnungsrecht kodifiziert worden sind, ist die Suche nach einer haftungsqualifizierenden Schutznorm zunächst an der speziellen Verfahrensverordnung auszurichten.

Als haftungsqualifizierende Schutznorm kommt Art. 14 I der Verfahrensverordnung in Betracht, der die primärrechtliche Rückforderungsgrundlage des Art. 88 II EG im Hinblick auf den Rückforderungsschuldner konkretisiert und damit – anders als die höchst abstrakt formulierten Art. 87 I und Art. 88 II EG – den *subjektiv betroffenen* „Empfänger“ der Beihilfenmaßnahme im Blick hat: „In Negativentscheidungen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde.“

Wenn der erste Satz dieser Bestimmung verlangt, dass die Beihilfe „vom Empfänger“, also von dem Empfänger der Begünstigung zurückzufordern ist, so wird damit das Gebot der restitutionsbezogenen Bestimmtheit der Adressierung des Rückforderungsschuldners festgeschrieben. Der *EuGH* hat präzisierend klargestellt, dass der „Empfänger“ jeweils derjenige ist, der den „tatsächlichen Nutzen“ aus der Beihilfe gezogen hat⁸. Eine vage Bestimmbarkeit der Rück-

forderungsschuldner auf der Grundlage einer nicht am Rückforderungszweck ausgerichteten Definition des Kreises in Betracht zu ziehender Empfänger, also der tatsächlichen Nutznießer aus der Beihilfenmaßnahme, genügt diesem in der Verfahrensverordnung kodifizierten, speziell beihilfenrechtlich ausgerichteten, nämlich restitutionsbezogenen Bestimmtheitsgebot nicht. Aber auch eine fehlerhafte Nennung von konkreten Unternehmen, die gar keinen tatsächlichen Nutzen aus der Beihilfengewährung an ein anderes Unternehmen gezogen haben, verletzt dieses auf eine zutreffende Empfängeridentifizierung ausgerichtete Gebot des Art. 14 I der Verfahrensverordnung. Die These, dass das restitutionsbezogene Bestimmtheitsgebot zumindest auch dem Schutz der Interessen von Verfahrensbeteiligten oder gar unbeteiligten Dritten davor dient, nicht auf fehlerhafter Definitionsgrundlage als Rückforderungs-(gesamt-)schuldner belastet zu werden, wird von Art. 14 I 2 der Verfahrensverordnung gestützt. Die dort in Bezug genommenen allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die Grundrechte und ihre rechtsstaatlichen Annexprinzipien der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes etc., bilden im Falle ihrer – durch die *Alcan*-Rechtsprechung restriktiv definierten⁹ – Verletzung ein Rückforderungsverbot zu Gunsten „des Empfängers“. Diese Inbezugnahme der subjektiv schützenden Rechtsgrundsätze in Art. 14 I 2 der Verfahrensverordnung spannt einen Schutzrahmen um das die Rückforderung nach nationalem Recht auslösende Entscheidungsverfahren der Kommission. Ein entsprechender Schutz durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze muss a fortiori gerade den noch nicht als „Empfänger“ qualifizierten Verfahrensbeteiligten oder gar unbeteiligten Dritten gewährt werden. Auch sie sind im Beihilfenverfahren davor zu schützen, auf fehlerhafter Definitionsgrundlage oder fehlerhafter Empfängeridentifizierung als Rückforderungs-(gesamt-)schuldner belastet zu werden. Die Kommission wird auch im Rahmen einer von ihr vorgenommenen Definition des Kreises der Empfänger angehalten, dabei subjektive Rechtspositionen zu beachten, da sie durch die Definition eine schon durch die massive Rückstellungspflicht (§ 249 HGB) hervorgerufene Belastung als Rückforderungsschuldner begründet. Zu den über die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf Art. 14 der Verfahrensverordnung ausstrahlenden Grundrechten gehört auch das europäische Eigentumsgrundrecht und insbesondere das europäische Grundrecht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb¹⁰. Die massive Rückstellungspflicht (§ 249 HGB) des in der Kommissionsentscheidung genannten Rückforderungsschuldners führt nicht selten zu dessen Überschuldung und damit zu seiner Insolvenz. Die von einer (unberechtigten) Empfängeradressierung ausgelöste Rückforderungsschuld wird zunächst auch mit einer fehlerhaften Kommissionsentscheidung begründet und kann die Insolvenz des adressierten Unternehmens verursachen¹¹.

Denn Klagen vor dem *EuGH* (bzw. dem *EuG*) entfalten nach Art. 242 S. 1 EG zunächst keine aufschiebende Wirkung, es sei denn, der *EuGH* (bzw. das *EuG*) setzt ausnahmsweise nach Satz 2

4) *EuGH*, EuZW 2004, 370 Rdnrn. 83, 89, 97 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

5) *EuGH*, EuZW 2004, 370 Rdnr. 60 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

6) *EuGH*, EuZW 2004, 370 Rdnr. 99 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

7) ABIEG 1999 Nr. L 83, S. 1; geänd. ABIEG 2003 Nr. L 236, S. 33.

8) *EuGH*, EuZW 2004, 370 Rdnr. 86 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

9) St. Rspr. seit *EuGH*, Slg. 1997, I-1591 Rdnr. 43 = EuZW 1997, 276 m. Anm. *Hoerike – Alcan*.

10) *EuGH*, Slg. 1984, 4057 Rdnrn. 21 f. – *Biovilac*.

11) *Koenig*, BB 2000, 573.

die angefochtene Kommissionsentscheidung aus. Das Inanspruchnahmerrisiko bei „ungewissen Verbindlichkeiten“ (§ 249 I HGB), welches die Rückstellungspflicht und damit möglicherweise die Insolvenz auslöst, wird entscheidend durch die sofortige Vollziehbarkeit – auch von fehlerhaften Kommissionsentscheidungen – erhöht. Die rechtlichen Hürden für eine Aussetzung der Durchführung der angefochtenen Entscheidung sind nach Art. 242 S. 2 EG vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Rechtsprechung hoch¹². Soweit auch eine unberechtigte Empfängeradressierung die unverzüglich einzulösende Rückforderungsschuld und damit über entsprechende Rückstellungspflichten die Insolvenz der in der Kommissionsentscheidung adressierten Unternehmen auslöst, greift die rechtswidrige Kommissionsentscheidung unmittelbar in das europäische Grundrecht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein. Zudem verletzt eine solche Kommissionsentscheidung Art. 14 I 1 der Verfahrensverordnung, insbesondere das von dieser Bestimmung mit umfasste restitutionsbezogene Bestimmtheitsgebot bei der Definition des Empfängers, sowie das *Sorgfaltsprinzip* als haftungsqualifizierende Schutznormen. Nach Auffassung des EuG ist das *Sorgfaltsprinzip* als eine den Einzelnen schützende Norm anzusehen¹³. Die Kommission hat im Prüfungsverfahren die Pflicht, rechtlich geschützte Interessen Dritter bzw. Verfahrensbeteiligter sorgfältig zu beachten.

Diese Pflicht zur Sorgfalt und zur ordnungsgemäßen Verwaltung¹⁴ besteht insbesondere gegenüber den Unternehmen, die im Rückforderungsverfahren (nach mitgliedstaatlichem Recht) als Rückforderungsschuldner in Betracht kommen, und zwar sowohl bei der Ermittlung der Tatsachen, als auch bei deren Würdigung und schließlich bei der Abfassung des Entscheidungstenors. Daher hat die Kommission alle relevanten Indizien zu berücksichtigen und zu würdigen, welche die rechtlich geschützten Interessen Dritter und Verfahrensbeteiligter einschneidend betreffen, indem sie die Empfängereigenschaft und damit die Rückforderungsschuld begründen können (u. a. Preis der vom ursprünglichen Beihilfenempfänger übernommenen Vermögenswerte, Pachtzins). Wenn die Kommission zum Beispiel in ihrer SMI-Entscheidung auf Grund einer bloß abstrakt beschriebenen, nicht aber substantiierten Umgehungshypothese kategorisch verlangt, dass die Beihilfe vom Käufer von Vermögenswerten des ursprünglichen Beihilfenempfängers zurückgefordert werden muss, „unabhängig davon, ob die entsprechenden Beträge in den Verkaufsbedingungen berücksichtigt wurden oder nicht“¹⁵, so begeht sie eine Sorgfaltspflichtverletzung. Zwar handelt es sich um einen Erwerb von zunächst beihilfeninfinzierten Aktiva; durch die marktgerechte Kaufpreiszahlung kann sich die Begünstigung in Form einer marktunüblichen Nutzziehung aber überhaupt nicht mehr beim Erwerber fortsetzen. Vielmehr verbleibt das ökonomische Surrogat der veräußerten Aktiva in Form des Kaufpreises in der beihilfeninfinzierten Konkursmasse. Die Verknüpfung dieser Zusammenhänge begründet eine Sorgfaltspflicht- und damit eine Schutznormverletzung, wenn die Kommission die tatsächlich relevanten Indizien, wie insbesondere den konkreten Kaufpreis oder den Pachtzins für übernommene Vermögenswerte des ursprünglichen Beihilfenempfängers, kategorisch außer Acht lässt.

2. Hinreichend qualifizierte Verletzung

Hinsichtlich dieser Voraussetzung ist entscheidend, „ob das betreffende Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. Wenn dieses Organ nur über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfügt, kann die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen“¹⁶. Es kommt für die Begründung einer hinreichend qualifizierenden Verletzung nicht darauf an, ob es sich um einen normativen (Verordnung, Richtlinie) oder

administrativen Akt (Entscheidung) handelt¹⁷. Ob ein Gestaltungsspielraum gegeben ist, ist von Fall zu Fall zu prüfen.

Es stellt sich zum Beispiel im Fall SMI die Frage, ob die Kommission zum einen Spielraum bei der tatbestandlichen Identifizierung des/der tatsächlichen Beihilfenempfänger(s) hat und zum anderen bei der (gestaltenden) Tenorierung von Negativentscheidungen. Entscheidungen in Beihilfenkontrollverfahren sind keine allgemeinen wirtschaftspolitischen Grundsatzentscheidungen, bei denen die Kommission zwischen mehreren ordnungs- bzw. wirtschaftspolitischen Strategien wählen kann.

Die Kommissionsentscheidungen zu rechtswidrigen Beihilfen basieren auf den Rechtsgrundlagen der Art. 88 II EG und Art. 14 I der Verfahrensverordnung, die der Kommission keinen ordnungs- bzw. wirtschaftspolitischen Handlungsspielraum einräumen. Stellt die Kommission fest, dass die rechtswidrige staatliche Beihilfe „mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 unvereinbar ist oder dass sie missbräuchlich angewandt wird“ (Art. 88 II EG), so muss sie nach Art. 14 I der Verfahrensverordnung entscheiden, dass „der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern.“ Insofern handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Keine der beiden Vorschriften verlangt indes, dass die Kommission den Rückforderungsschuldner identifiziert. Der EuGH hat in der Rechtssache ENI/Lanerossi implizit festgehalten, dass es (in erster Linie) dem Mitgliedstaat obliegt, die Rückforderungsschuldner zu identifizieren¹⁸. Allerdings hat es der EuGH im Urteil SMI der Kommission nicht grundsätzlich versagt, den Empfänger und damit den Rückforderungsschuldner zu bestimmen. Dabei ist die Kommission dann aber an das vom EuGH formulierte, auf einen unverzerrten Wettbewerb (status quo ante) ausgerichtete Restitutionsziel der Beihilfenrückforderung gebunden, nämlich dem tatsächlichen Empfänger den Wettbewerbsvorteil, der ihm auf den relevanten Märkten gegenüber seinen Mitbewerbern rechtswidrig gewährt wurde, wieder zu entziehen¹⁹. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn die rechtswidrigen Beihilfen auch von dem tatsächlichen Empfänger, der den ökonomischen Nutzen aus der Beihilfenmaßnahme ziehen konnte, zurückgezahlt werden. Wer tatsächlicher Empfänger ist, unterliegt keinem Entscheidungsspielraum der Kommission. Vielmehr muss die Kommission anhand aller Umstände des Einzelfalls untersuchen, wer wirtschaftlicher Nutznießer der Beihilfenmaßnahme (geblieben) ist.

In diesem Sinne hat der EuGH im Urteil SMI festgestellt, dass tatsächlicher Empfänger für die gewährten Beihilfen nur SMI ist. Der EuGH betont, dass für die Kommission keine Anhaltspunkte bestanden, SIMI bzw. MD & D, die die Aktiva der SMI nutzten, als Empfänger zu klassifizieren²⁰. Angesichts der vom EuGH im Hinblick auf den Kauf- und Pachtpreis sowie den Veräußerungsrahmen der gerichtlich überwachten Gesamtvollstreckung festgestellten marktüblichen Transaktionsumstände haben weder SIMI noch MD & D einen marktunüblichen Nutzen aus den der SMI gewährten Beihilfen gezogen. Daher blieb kein Spielraum für die Kommission, andere Empfänger als SMI für die (an SMI) geleisteten Beihilfen zu bestimmen. Insofern

12) EuG, Slg. 2002, II-5081 Rdnrn. 111 ff. – Neue Erba Lautex GmbH Weberei und Veredlung/Kommission; EuG, Slg. 1999, II-179 Rdnr. 74 = EuZW 1999, 346 m. Anm. Nowak, Nehl – Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen und Hapag-Lloyd/Kommission.

13) EuG, Slg. 1995, II-2589 Rdnrn. 75 ff. = EuZW 1996, 405 – Nölle.

14) EuG, Slg. 1995, II-2589 Rdnrn. 89 ff. = EuZW 1996, 405 – Nölle.

15) Entscheidung der Kommission 2000/567/EG v. 11. 4. 2000, Rdnr. 43, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50.

16) EuGH, Slg. 2003, I-7541 Rdnr. 26 – Fresh Marine.

17) EuGH, Slg. 2003, I-7541 Rdnr. 27 – Fresh Marine.

18) Siehe EuGH, Slg. 1991, I-1433 Rdnr. 58 – ENI/Lanerossi.

19) Vgl. EuGH, Slg. 1995, I-699 Rdnrn. 21 ff. = EuZW 1995, 641 – Kommission/Italienische Republik.

20) EuGH, EuZW 2004, 370 m. Anm. Carsten Grave, Rdnrn. 88, 92 bis 97 – Bundesrepublik Deutschland/Kommission.

könnte man mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass mangels eines der Kommission eingeräumten Ermessensspielraums die Rechtsverletzung nicht über diesen Verletzungstatbestand hinausgehend besonders qualifiziert sein müsse, so dass ein vom *EuGH* rechtskräftig festgestellter Gemeinschaftsrechtsverstoß für eine Haftungsbegründung nach Art. 288 II EG ohne weiteres ausreichen würde.

Allerdings ist es denkbar, dass der *EuGH* (bzw. das *EuG*) im Falle von Amtshaftungsklagen wegen rechtswidriger Negativentscheidungen der Kommission eine strenge Linie im Hinblick auf eine besonders qualifizierte Rechtsverletzung entwickelt. So könnte der *EuGH* bei der Formulierung der Anforderungen an den Rechtsverstoß von der Überlegung geleitet werden, dass eine insoweit niedrige Haftungshürde geradezu einen Anreiz biete, nach einer erfolgreichen Nichtigkeitsklage gegen eine rechtswidrige Negativentscheidung der Kommission in Beihilfensachen sogleich eine aussichtsreiche Amtshaftungsklage zu erheben. Der *EuGH* wäre dann mit der Überlegung konfrontiert, wie eine solche Entwicklung zu vermeiden ist, die zu einer empfindlichen Störung, vielleicht sogar teilweisen Lähmung der Beihilfenkontrolle der Kommission führen könnte. Getragen von diesen Überlegungen könnte der *EuGH* entweder einen Ermessensspielraum bei der konkreten Formulierung von Negativentscheidungen begründen („Tenorierungsermessen“) oder – trotz fehlendem Ermessensspielraum – eine besonders qualifizierte Verletzung verlangen.

Geht man von einem Tenorierungsermessen der Kommission aus, so ist vor der „hinreichend qualifizierten Gemeinschaftsrechtsverletzung“ zunächst zu prüfen, ob die Kommission auch tatsächlich dieses Tenorierungsermessen überschritten hat. Dabei stellt sich die Frage, wann der *EuGH* die Grenzen des Ermessens als überschritten erachtet. Die Grenzen des Ermessens sind nach Maßgabe der Zwecksetzung der ermessensgewährenden Norm zu bestimmen. Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ist „die Aufhebung einer rechtswidrigen Beihilfe im Wege der Rückforderung [...] die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit und zielt auf die Wiederherstellung der früheren Lage ab“²¹ (status quo ante). Das Ziel der Beihilfenrückforderung ist die Wiederherstellung der früheren Lage, damit dem Empfänger die rechtswidrige Begünstigung entzogen wird und damit die Wettbewerbsverzerrung beseitigt wird. Dies aber setzt voraus, dass es einen Vorteil für das im Tenor der Kommissionsentscheidung genannte Unternehmen tatsächlich gibt und folglich der Wettbewerb verzerrt ist. Das heißt, die Kommission würde den ihr bei der Formulierung des Entscheidungstenors zugebilligten Ermessensspielraum überschreiten, wenn sie einen Nichtbegünstigten als Empfänger und damit als Rückforderungsschuldner identifizierte, dessen Inanspruchnahme durch den betreffenden Mitgliedstaat überhaupt nicht den status quo ante herzustellen geeignet ist. Wenn die Kommission – unter Beachtung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit – in ihrer Entscheidung überhaupt einen Begünstigungsempfänger identifiziert, so muss zumindest der Entscheidungstenor eindeutig dahin gehend formuliert werden, dass der status quo ante durch eine mitgliedstaatlich durchzuführende Rückforderung beim tatsächlichen Empfänger hergestellt wird. Dies bedeutet, dass jede fehlerhafte Nennung nichtbegünstigter Dritter wie auch nichtbegünstigter Verfahrensbeteiligter oder eine derart fehlerhafte Empfängerbeschreibung, unter welche Nichtbegünstigte fallen, die Grenzen des Tenorierungsermessens der Kommission überschreitet.

Nun stellt sich die Frage, ob die durch eine rechtswidrige Negativentscheidung der Kommission begangene Gemeinschaftsrechtsverletzung hinreichend qualifiziert ist. Eine hinreichend qualifizierte Gemeinschaftsrechtsverletzung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, „wenn das handelnde Organ die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.“²² Im Urteil *HNL* geht der *EuGH* davon aus, dass die Auswirkungen

als „erheblich“ einzustufen sind, wenn von der Rechtsverletzung eine begrenzte und klar umrissene Gruppe von Unternehmen betroffen sowie der Schaden für diese Unternehmen gravierend ist und über die Grenzen der zumutbaren wirtschaftlichen Risiken hinausgeht²³. Eine Kommissionsentscheidung, die fehlerhaft nichtbegünstigte Unternehmen als Empfänger rechtswidriger Beihilfen qualifiziert, bringt „offenkundig“ gravierende Konsequenzen für diese Unternehmen mit sich. Die infolge von rechtswidrigen Negativentscheidungen auf Grund der massiven Rückstellungspflichten eingetretenen Schäden, nicht selten in Form von Insolvenzen, gehen über die Grenzen der den betroffenen Unternehmen wirtschaftlich zumutbaren Risiken hinaus. Wirtschaftlich zumutbar sind solche Risiken, die einem Unternehmen im Markt begegnen, und die durch (Investitions-)Handlungen oder Unterlassungen, etwa auf Grund wettbewerblicher Prognosen, verursacht werden und damit dem Unternehmen zurechenbar sind. Risiken aus fehlerhaften und damit rechtswidrigen Hoheitsakten sind einem Unternehmen nicht zumutbar, sie gehen über die Grenzen der normalen wirtschaftlichen Risiken hinaus²⁴. Darüber hinaus sind Erheblichkeit und Offenkundigkeit auch anhand der Bereitschaft der Kommission festzustellen, alle erheblichen Transaktionsumstände zu berücksichtigen. Lässt die Kommission a priori bestimmte Transaktionsumstände außer Acht, welche die beihilfenrechtliche Bewertung und damit die Interessen der an der Transaktion Beteiligten erheblich bestimmen (wie z. B. die Kaufpreis- oder Pachtzinszahlungen, die Regie der Transaktion unter einem gerichtlich bestellten Verwalter), so hat die Kommission die Grenzen ihrer Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten.

II. Schadenssubstanziierung

Die Amtshaftung nach Art. 288 II EG setzt einen vom Kläger zu substantzierenden Schaden voraus. Darlegungs- und Beweislast treffen vollumfänglich den Kläger; hierbei legt der *EuGH* einen strengen Nachweismaßstab zu Grunde²⁵. Dabei ist die haftungsbegründende Schadensfeststellung von dem haftungsausfüllenden Schadensumfang scharf zu unterscheiden. Die Substanziierung des haftungsausfüllenden Schadensumfangs ist für die Zulässigkeit und Begründetheit einer Amtshaftungsklage („dem Grunde nach“) nicht Klagevoraussetzung. Die Schadenssubstanziierung stellt – neben der haftungsbegründenden Kausalität – regelmäßig eine große Hürde für den Erfolg einer Amtshaftungsklage dar: Weder mögliche Sanierungs- oder Geschäftsaussichten auf der Basis bloßer Mutmaßungen²⁶ noch die Bezugnahme auf Statistiken oder „globale Zahlen“²⁷ genügen dem vom *EuGH* aufgestellten Darlegungs- und Beweislastmaßstab. Angesichts zu wenig voraussehbarer Einflussfaktoren lehnte es der *EuGH* bisher ab, einen entgangenen Gewinn als Schaden auf der Grundlage von statistisch hergeleiteten Entwicklungsprognosen im Vergleich zu Wettbewerbern zu begründen²⁸. Die Zerstörung einer nachweisbar aussichtsreichen Sanierungsgrundlage – etwa auf Grund einer von Privatinvestoren vertraglich zugesagten Eigen- oder Fremdkapitalzufuhr – vermag grundsätzlich einen Schaden zu begründen. Je mehr dagegen die Sanierungsaussichten auf nur wenig voraussehbare, gleichwohl gewichtige exogene Einflussfaktoren (z. B. Prognosen über die Marktentwicklung) gestützt werden, umso weniger lässt sich eine Schadensverdichtung substantzieren. Gegen eine Verdichtung der Sanierungsaussichten zu einer schadensfähigen Position

21) *EuGH*, *EuZW* 2004, 370 Rdnr. 74 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*.

22) *EuGH*, Slg. 2003, I-7541 Rdnr. 26 – *Fresh Marine*.

23) Siehe *EuGH*, Slg. 1978, 1209 Rdnr. 6 – *HNL*.

24) Siehe *EuGH*, Slg. 1992, I-3061 Rdnr. 13 – *Mulder*.

25) *EuGH*, Slg. 1997, I-4775 Rdnr. 31 – *Blackspur*; *EuG*, *Urt.* v. 1. 2. 2001 – *Rs.* T-1/99, Slg. 2001, II-465 Rdnr. 55 – *T. Port*.

26) *EuG*, Slg. 1996, II-195 Rdnr. 42 ff. – *Farrugia*.

27) *EuGH*, Slg. 2000, I-203 Rdnr. 73 ff. – *Mulder II*.

28) *EuGH*, Slg. 1997, I-4775 Rdnr. 38 ff. – *Blackspur*.

sprechen nicht selten die „harten Zahlen“ des von einem Wirtschaftsprüfer testierten Jahresabschlussberichtes eines „Unternehmens in Schwierigkeiten“.

III. Haftungsbegründende Kausalität

Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität hat der Kläger nachzuweisen, dass der Schaden bei einem – hypothetisch zu unterstellenden – rechtmäßigen Alternativverhalten des Gemeinschaftsorgans nicht eingetreten wäre²⁹. Der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität und damit die Durchsetzung eines Amtshaftungsanspruchs nach Art. 288 II EG können scheitern, wenn die Sanierungsfähigkeit und die Bereitschaft von Privatinvestoren zu kapitalwirksamen Unterstützungsmaßnahmen ihrerseits von genehmigungspflichtigen Beihilfenmaßnahmen des Mitgliedstaates nach den Leitlinien der Kommission zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten³⁰ (Leitlinien) abhängig gemacht werden. Eine Rechtsverletzung durch eine rechtswidrige Negativentscheidung wäre nämlich nicht ursächlich für den zu substantzierenden Schaden, etwa eine Insolvenz oder gar Liquidation des fehlerhaft für die Beihilfenrückforderung in Anspruch genommenen Unternehmens, wenn der „Insolvenzscha-den“ ausweislich der Bilanz oder des Jahresabschlussberichtes schon auf Grund der – auch ohne die Negativentscheidung – vorliegenden Überschuldung und damit der insolvenzreifen Lage eingetreten wäre. Dies gilt insbesondere, wenn die Kommission den notwendigen Rettungsmaßnahmen des Mitgliedstaates nach den Leitlinien eine Genehmigung versagen kann. Dann dürfte der Nachweis einer haftungsbegründenden Kausalität regelmäßig scheitern. Auch die Überlegung, dass eine Nichtigkeitsklage gegen eine Ablehnungsentscheidung der Kommission auf einen

Rettungsbeihilfenantrag möglich wäre, hilft für den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität der Rechtsverletzung für die Insolvenz wenig. Denn Klagen vor dem *EuGH* bzw. dem *EuG* entfalten nach Art. 242 S. 1 EG keine aufschiebende Wirkung. Selbst wenn das *EuG* später die (auf einen Rettungsbeihilfenantrag ergehende) Ablehnungsentscheidung der Kommission für rechtswidrig erklären würde, bliebe bis dahin (durchschnittlich etwa drei Jahre bis zum Erlass eines Urteils) der Versagungsstatus maßgeblich: Eine Rettungsbeihilfengewährung bliebe dann nämlich auf Grund des Durchführungsverbot nach Art. 88 III 3 EG gesperrt, es sei denn, ein Antrag auf Aussetzung der angefochtenen Entscheidung nach Art. 242 S. 2 EG wäre erfolgreich. Letzteres kann aber angesichts der hohen Anforderungen an einen Aussetzungsantrag nach Art. 242 S. 2 EG gerade im Kontext der strengen Darlegungs- und Beweislastmaßstäbe des *EuGH* zur haftungsbegründenden Kausalität im Rahmen einer Amtshaftungsklage nicht unterstellt werden.

IV. Fazit

Eine Rechtsverletzung durch eine rechtswidrige Negativentscheidung der Kommission ist nicht ursächlich für den zu substantzierenden Schaden, etwa eine Insolvenz oder gar Liquidation des fehlerhaft für die Beihilfenrückforderung in Anspruch genommenen Unternehmens, wenn der „Insolvenzscha-den“ ausweislich der Bilanz oder des Jahresabschlussberichtes schon auf Grund der – auch ohne die Negativentscheidung – vorliegenden Überschuldung und damit der insolvenzreifen Lage eingetreten wäre.

29) *EuGH*, Slg. 1992, I-3061 Rdnrn. 26 ff. – *Mulder*.

30) ABIEG 2004 Nr. C 244, S. 2.