

controls and audits conducted in the previous year as well as the type and number of cases of non-compliance identified. It is obvious that for all new measurements some substantial financial support is needed for the competent authorities because otherwise they can't cope with their new challenges.

Staatlich finanzierte Absatzförderung in der Ernährungs- und Agrarwirtschaft – eine aufgedrängte EG-beihilfenrechtliche Begünstigung?

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) und René Pfromm, Bonn*

Die Beihilfenentscheidung N 571/2002 der Kommission zu den Änderungen im deutschen Absatzfondsgesetz hat eine bisher nicht näher untersuchte Form der EG-beihilfenrechtlichen Begünstigung aufgezeigt, in Folge derer auch von einer Beihilfenmaßnahme nur reflexartig begünstigte Unternehmen Adressaten einer EG-beihilfenrechtlichen Rückforderungsentscheidung nationaler Gerichte oder Behörden werden könnten. Die Fallgestaltung der durch Vorteilsreflex aufgedrängten Begünstigung beschränkt sich dabei nicht auf den der Entscheidung N 571/2002 zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern ist auch im Hinblick auf andere Konstellationen durchaus denkbar. Der folgende Beitrag stellt diese Fallgestaltung im Lichte der EG-beihilfenrechtlichen Rückforderungslogik dar und diskutiert ihre Zulässigkeit.

I. Die Fallgestaltung der durch Vorteilsreflex aufgedrängten Begünstigung in der Beihilfenentscheidung N 571/2002

In ihrer Beihilfenentscheidung N 571/2002¹ bewertete die Kommission die Änderungen des deutschen Absatzfondsgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Absatzfördertätigkeiten der CMA – Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH (CMA). Die CMA ist eine durch das Absatzfondsgesetz (AbsFondsG)² errichtete zentrale Einrichtung des Absatzförderungsfonds der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft.³ Der Absatzförderungsfonds finanziert die Durchführung seiner Aufgaben gemäß § 10 AbsFondsG aus Pflichtbeiträgen der Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft. Die CMA erhält für ihre Tätigkeit Zuschüsse des Absatzförderungsfonds und hat, ohne eigenes waren-

* Der Autor Koenig ist Direktor der juristischen Abteilung des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, der Autor Pfromm ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort. Alle Internet-Zitate sind auf dem Stand vom 01.01.2005.

- 1 Kommission, Beihilfenentscheidung N 571/2002 – Deutschland („Absatzfondsgesetz“) vom 21.01.2004, abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n571-02.pdf>.
- 2 Gesetz über die Errichtung eines zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft, BGBl. 1969 I 635, in der konsolidierten Fassung vom 21.06.1993 (BGBl. 1993 I 998), zuletzt geändert am 08.08.2002 (BGBl. 2002 I 3114).
- 3 Der Absatzförderungsfonds seinerseits ist eine Anstalt öffentlichen Rechts zur zentralen Förderung des Absatzes und der Verwertung von Erzeugnissen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft durch Erschließung und Pflege von Märkten im In- und Ausland, § 2 Abs. 1 AbsFondsG.

wirtschaftliches Interesse und mit allen zur Erschließung und Pflege von Märkten im In- und Ausland geeigneten Maßnahmen, den Absatz und die Verwertung von Erzeugnissen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft zu fördern.⁴ Hierzu gehört unter anderem die Förderung der Verwendung von Herkunfts- und Gütezeichen etwa auf Handzetteln des Handels und an Werbständen in Warenmärkten.⁵ Auf den von Handelsunternehmen herausgegebenen Handzetteln, die auf unterschiedliche Art an Verbraucher verteilt werden (etwa per Zeitungsbeilage, Briefkastenverteilung, Verteilung vor Ort), wirbt die CMA in Form von nicht herstellerbezogenen, generischen Anzeigen, die üblicherweise von einem grünen CMA-Rahmen, der ein eingetragenes und im Verkehr bekanntes Markenzeichen der CMA ist, visuell umschlossen sind. Für ihre Anzeigen auf den Handzetteln zahlt die CMA den herausgebenden Handelsunternehmen einen entsprechenden marktüblichen Preis. Auf die Produktplatzierungen und -gestaltungen im Umfeld der CMA-finanzierten Anzeige hat die CMA keinen Einfluß.

Gemäß Ziffer 18 des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen im Agrarsektor⁶ sind Beihilfen zur Förderung des Absatzes landwirtschaftlicher Erzeugnisse und zur Werbung hierfür gemäß den Bestimmungen der „Gemeinschaftsleitlinien für staatliche Beihilfen zur Werbung für in Anhang I des EG-Vertrags genannte Erzeugnisse und bestimmte nicht in Anhang I genannte Erzeugnisse“ (Werbeleitlinien)⁷ zu bewer-

⁴ Derartige Einrichtungen bestehen nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf regionaler Ebene, vgl. in letzter Zeit etwa *Kommission*, Beihilfenentscheidung N 260/A/2002 – Deutschland (Förderung von Agrarmarketingmaßnahmen Hessen), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n260a-02.pdf>; *dies.*, Beihilfenentscheidung N 431/2002 – Deutschland (Qualitätsprogramm „Öko-Qualität garantiert“ Bayern), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n431-02.pdf>; *dies.*, Beihilfenentscheidung N 368/2003 – Deutschland (Absatzförderungsmaßnahmen Sachsen), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n368-03.pdf>; *dies.*, Beihilfenentscheidung N 200/2003 – Deutschland (Absatzförderungs- und Werbemaßnahmen Niedersachsen), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n200-03.pdf>; *dies.*, Beihilfenentscheidung N 22/2003 – Deutschland (Qualitätsprogramm „Gepriüfte Qualität“ Bayern), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n022-03.pdf>. Vgl. zu staatlichen Absatzfördermaßnahmen in letzter Zeit etwa EuGH, Rs. C-325/00, *Kommission/Deutschland* (Absatzförderungsfonds), Slg. 2002, I-9977 mit Anm. *Ohler*, ZLR 2002, 713 und *Leible*, EuZW 2003, 25; *Kommission*, Beihilfenentscheidung NN 34/A/2000 – Österreich („Qualitätsprogramme und das AMA-Biozeichen und das AMA-Gütesiegel“), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/nn034a-00.pdf>; *dies.*, Beihilfenentscheidung N 239/2004 – Österreich (AMA Marketingmaßnahmen), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/n239-04.pdf>.

⁵ Zum CMA-Gütezeichen siehe *Korte/Oschmann*, Das CMA-Gütezeichen – ein Auslaufmodell, NJW 2003, 1767.

⁶ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen im Agrarsektor, ABl. EG 2000 C 28/2; berichtigte und neuveröffentlichte Fassung in ABl. EG 2000 C 232/19.

⁷ Ziffer 18 des Gemeinschaftsrahmens (Fn. 6) spricht von den Bestimmungen der „Rahmenregelung für einzelstaatliche Beihilfen im Bereich der Werbung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und bestimmte, nicht in Anhang I des EG-Vertrags genannte Erzeugnisse“, ABl. EG 1987 C 302/6. Diese wurden jedoch durch die Gemeinschaftsleitlinien für staatliche Beihilfen zur Werbung für in Anhang I des EG-Vertrags genannte Erzeugnisse und bestimmte nicht in Anhang I genannte Erzeugnisse, ABl. EG 2001 C 252/5, ersetzt.

ten.⁸ Dabei finden die Beihilfenbestimmungen des EG-Vertrags Anwendung, wenn die Behörden der Mitgliedstaaten Absatzförderungs- und Werbeaktionen entweder durch direkte finanzielle Beiträge aus ihren Haushaltsmitteln oder über andere staatlich zurechenbare, parafiskalisch generierte Mittel, etwa durch steuerähnliche Abgaben oder Pflichtbeiträge, bezuschussen.⁹ Gemäß Ziffer 29 der Werbeleitlinien sind Beihilfen für Werbeaktionen¹⁰ mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie die Erzeugnisse eines oder mehrerer bestimmter Unternehmen „direkt betreffen“. Diese Vorgabe konkretisiert die Kommission in den Ziffern 53-55 ihrer Entscheidung N 571/2002: Unvereinbar sind danach insbesondere solche Werbeaktionen, in denen bestimmte Unternehmen bzw. deren Produkte genannt, abgebildet oder in sonstiger Weise erwähnt werden. Gemäß Ziffer 54 dieser Entscheidung trifft das Verbot von Beihilfen für Werbeaktionen bestimmter Unternehmen auch auf Werbemaßnahmen zu, in denen von der Zielgruppe der Werbung (z. B. dem Verbraucher) nicht unterschieden werden kann, ob eine Werbemaßnahme für ein oder mehrere bestimmte(s) Unternehmen Teil einer aus öffentlichen Mitteln finanzierten Maßnahme ist oder nicht. Daher sei auch jede Art der insbesondere visuellen Kombination von öffentlich finanzierten und von bestimmten Einzelunternehmen finanzierten Maßnahmen unzulässig, die diesen Eindruck hervorrufen könnte (z. B. auf derselben Seite oder auf gegenüberliegenden Doppelseiten einer Werbezeitschrift). In solchen Fällen sei zusätzlich schwer nachvollziehbar, ob die öffentlich finanzierte Werbung nicht die Stelle von Werbung einnimmt, die bestimmte Produktionsunternehmen im Rahmen ihrer Vermarktungsvereinbarungen insbesondere mit Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gemeinsam finanzieren, so daß derartige Maßnahmen Ausgaben ersetzen könnten, welche diese Produktionsunternehmen im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit tätigen müßten. In der Folgeentscheidung der Kommission zur Absatzförderung durch die österreichische Agrarmarketing Austria Marketing GmbH genehmigte die Kommission die Maßnahme unter anderem auf Grund der

⁸ Zur EG-beihilfenrechtlichen Bewertung von Absatzfördermaßnahmen und Qualitätszeichen siehe etwa *Schroeder*, Europarechtliche Probleme mit der Qualitätssicherung durch nationale und regionale Gütezeichen, in: Institut für Landwirtschaftsrecht der Universität Passau (Hrsg.), 2004, S. 65 ff.; *ders.*, Nationale und regionale Agrarmarketingmaßnahmen in der neuen Entscheidungspraxis der EU-Organe, ZLR 2004, 517.

⁹ Vgl. etwa *Kommission*, Bericht an das Europäische Parlament und den Rat über die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2702/1999 des Rates über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse in Drittländern und der Verordnung (EG) Nr. 2826/2000 des Rates über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse im Binnenmarkt vom 05.04.2004, KOM (2004) 233 endg.

¹⁰ Gemäß Ziffer 7 der Werbeleitlinien (Fn. 7) umfaßt der Begriff „Werbung“ jegliche Aktion, die darauf ausgerichtet ist, die Marktteilnehmer bzw. die Verbraucher zum Kauf eines bestimmten Erzeugnisses anzuregen, einschließlich sämtlichen Materials, das mit derselben Absicht direkt an die Verbraucher verteilt wird, und der Werbemaßnahmen, die sich am Verkaufsort an den Verbraucher richten.

österreichischen Zusicherung, daß die subventionierten Werbemaßnahmen nicht in Verbindung mit privat finanzierten Anzeigen präsentiert würden.¹¹

Die EG-beihilfenrechtliche Logik der Kommission stellt sich dabei wie folgt dar: Zwar befürwortet die Kommission grundsätzlich die in fast allen Mitgliedstaaten erfolgende Beteiligung der öffentlichen Hand an der Finanzierung der Absatzförderung bestimmter Erzeugnisse und der Werbung für diese Erzeugnisse durch direkte finanzielle Zuschüsse aus staatlichen Mitteln, parafiskalischen Abgaben oder Zwangsbeiträgen, da diese die Entfaltung der Wirtschaftstätigkeiten im landwirtschaftlichen Sektor und die Umsetzung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik erleichtern.¹² Dabei geht die Kommission jedoch von dem Grundsatz aus, daß Erzeuger und Händler die Kosten für Werbemaßnahmen im Rahmen ihrer üblichen Geschäftstätigkeiten selbst zu tragen haben.¹³ Nach Auffassung der Kommission sind mit öffentlichen Mitteln finanzierte Werbeaktionen grundsätzlich geeignet, durch die Begünstigung der Erzeuger bestimmter Produkte, für die die betreffende Werbemaßnahme durchgeführt wird, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, so daß der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt ist. Zwar kann die Kommission Beihilfen im Rahmen der Ausübung ihres Ausnahmemeasures gemäß Art. 87 Abs. 3 EG für als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären, sofern die Beihilfenmaßnahme die Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete erleichtert¹⁴ und (unter hinreichender Berücksichtigung der in Art. 39 EG genannten Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik¹⁵) die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändert, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.¹⁶ Nicht genehmigungsfähig sind indes Betriebsbeihilfen, die – ohne zugleich bestimmte Projekte zu fördern – (einzig) der Senkung der laufenden Betriebsausgaben eines Unternehmens dienen und die keine dauerhaften Vorteile für die Entwicklung des Sektors insgesamt bieten. Eine solche nicht genehmigungsfähige Betriebsbeihilfe liegt in der Logik der Werbeleitlinien vor, wenn „Beihilfen für Werbeaktionen [...] die Erzeugnisse eines oder mehrerer Unternehmen *direkt betreffen*“, da solche Beihilfen die Wettbewerbsbedingungen unmittelbar zugunsten derjenigen Unternehmen verfälschen können, denen die Beihilfe gewährt wird.¹⁷ Daher ist zu verhindern, daß eine in visueller Nachbarschaft mit Erzeugerwerbung stehende (tatsächlich aus staatlichen Mitteln finanzierte)

11 Kommission, Beihilfenentscheidung NN 34/A/2000 – Österreich („Qualitätsprogramme und das AMA-Biozeichen und das AMA-Gütesiegel“), abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgb/state-aids/agriculture/nn034a-00.pdf>.

12 Werbeleitlinien (Fn. 7), Ziffer 1.

13 So auch Werbeleitlinien (Fn. 7), Ziffer 12.

14 Werbeleitlinien (Fn. 7), Ziffern 11f.

15 Werbeleitlinien (Fn. 7), Ziffer 16.

16 Vgl. zu den Genehmigungsvoraussetzungen die Ziffern 10 ff. der Werbeleitlinien (Fn. 7), sowie Schroeder, ZLR 2004, 517, 519 ff.

17 Werbeleitlinien (Fn. 7), Ziffer 29.

Maßnahme aus Sicht des Verbrauchers aufgrund spezifischer (suggestiver) Effekte dem Erzeugerunternehmen zugerechnet wird. Denn bei einem engen visuellen Zusammenhang droht die aus staatlichen Mitteln finanzierte Werbemaßnahme beim Verbraucher die gleichen suggestiven Effekte hervorzurufen wie die Werbung der Erzeugerunternehmen, deren Kosten als laufende Betriebsausgaben von diesen selbst zu tragen sind. Würde die Bewerbung der Gütezeichen in Kombination mit Erzeugerwerbung die gleichen auf das Nachfrageverhalten der Verbraucher wirkenden Effekte wie direkte Unternehmenswerbung (Erzeugerwerbung) entfalten, so bliebe den Erzeugerunternehmen dieser Betriebsausgabenaufwand erspart, indem die dem Erzeugerunternehmen zugute kommenden direkten Werbeeffekte aus staatlichen Mitteln finanziert wären.

Nach der Kommissionsauffassung ist es durchaus denkbar, daß ein auf einem Handzettel in Nachbarschaft zu einer CMA-finanzierten (generischen) Anzeige beworbenes Erzeugnis oder Produkt, welches etwa ein auch in der CMA-Anzeige generisch beworbenes Gütezeichen trägt, als in direktem Zusammenhang mit der CMA-finanzierten Maßnahme stehend betrachtet wird. Bezugspunkt hierfür ist, wenngleich in der Kommissionsentscheidung nicht ausdrücklich erwähnt, die Wahrnehmung eines verständigen Verbrauchers.¹⁸ Denn das Leitbild des verständigen Verbrauchers ist ein in der Rechtsprechung des EuGH fest etablierter Binnenmarktgrundsatz,¹⁹ an den auch die Kommission gebunden ist. Dieser verständige Verbraucher besitzt das Reflektionsvermögen und den Willen, sich mit den angebotenen Waren und Werbemaßnahmen kritisch und distanziert auseinanderzusetzen und diese eingehend zu prüfen; er hat gewisse Kenntnisse und stellt Überlegungen an, weshalb er eigenverantwortlich, mündig und umsichtig am Marktgeschehen teilnimmt, Angebote abwägt und rationale Entscheidungen trifft.²⁰ Die Entscheidung N 571/2002 ist daher im Lichte dieses Leitbildes auszulegen. Ziffer 54 der Entscheidung kommt damit keineswegs eine Regelwirkung dahingehend zu, daß eine CMA-Printmaßnahme, die sich auf derselben Seite wie Erzeugerwerbung oder auf gegenüberliegenden Doppelseiten mit solcher befindet, *stets* die gleichen auf das Nachfrageverhalten der Verbraucher wirkenden Effekte entfaltet wie direkte Erzeugerwerbung. Denn der verständige Verbraucher besitzt ja gerade das Reflektionsvermögen und den Willen, sich mit den angebotenen Waren und Werbemaßnahmen kritisch und distanziert auseinanderzusetzen. Er ist daher sehr wohl in der Lage, auch bei visueller Nachbar-

18 So wohl auch Schroeder, ZLR 2004, 517, 526.

19 St. Rspr. Seit EuGH, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* („*Cassis de Dijon*“), Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 13 = ZLR 1979, 343. Entgegen dem zweifelhaften Ansatz von einem „flüchtigen, unkritischen Verbraucher“ geht der EuGH vom Leitbild des „verständigen Verbrauchers“ aus, vgl. EuGH, Rs. C-210/96, *Gut Springheide*, Slg. 1988, I-4657, Rn. 31 = ZLR 1998, 459, 464; Rs. C-303/97, *Sektellerei Kessler*, Slg. 1999, I-513 Rn. 36 = ZLR 1999, 225, 233; Rs. C-220/98, *Estée Lauder/Lancaster* („*Lifting-Creme*“), Slg. 2000, I-117 Rn. 27 = ZLR 2000, 186, 191.

20 Vgl. Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. A., 2003, S. 299 m.w.N.

schaft auf derselben Seite oder auf gegenüberliegenden Doppelseiten einer Zeitschrift staatlich finanzierte und durch Erzeugerunternehmen finanzierte Werbung zu unterscheiden, vorausgesetzt die CMA-Maßnahmen und die Erzeugerwerbung sind durch visuelle Abgrenzungsmerkmale (etwa Trennbalken oder klare Trennlinien) für den Verbraucher deutlich erkennbar voneinander abgesetzt. Hinzu kommt, daß die Wahrnehmung eines aufmerksamen und verständigen Verbrauchers grundsätzlich im Spiegel der ihm täglich präsentierten (mithin üblichen) Werbemaßnahmen zu sehen ist, die neben CMA-Maßnahmen auch solche (EG-) ausländischer Absatzförderunternehmen umfassen. Oftmals wird daher bereits der grüne CMA-Balken, der dem Verbraucher – zusammen mit dem Logo der CMA – aus verschiedenen und bereits seit Jahren laufenden Maßnahmen der CMA (etwa Anzeigen in Printmedien; Plakate; Fernsehwerbespots, wie zum Beispiel zum Thema Milch vor jeder Bundesligaberichterstattung) bekannt ist, zu einer Abgrenzung der CMA-Maßnahme von der benachbarten Erzeugerwerbung beitragen. Auch wird dem aufmerksamen Verbraucher oftmals bekannt sein, daß die CMA ihre Absatzfördermaßnahmen deutschlandweit und flächendeckend betreibt, so daß er, im Falle einer CMA-Maßnahme in Nachbarschaft zu Erzeugerwerbung die allgemein und deutschlandweit auftretende CMA-Maßnahme nicht betriebsbezogen bewerten würde.

Bewertet jedoch ein befäßtes Gericht bei Zugrundelegung der Wahrnehmung eines verständigen Verbrauchers eine aus staatlichen Mitteln finanzierte Werbemaßnahme nicht als eigenständige Maßnahme, sondern rechnet es diese dem in der Nachbarschaft werbenden Erzeugerunternehmen zu, ist nach Kommissionsauffassung der Beihilfentatbestand erfüllt. Denn dann werden die Effekte einer aus öffentlichen Mitteln finanzierten Werbemaßnahme einem bestimmten Unternehmen zuteil, das für diese Effekte selbst keine Betriebskosten aufgewendet hat. Diese „Begünstigung“ erfolgt in dem der Kommissionsentscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nach Auffassung der Kommission aus staatlichen Mitteln, da die CMA ihre Tätigkeit aus Zuschüssen des Absatzfonds finanziert, der wiederum aus parafiskalisch (auf Grundlage von § 10 AbsFondsG von den Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft) erhobenen Abgaben finanziert wird.²¹ Hinsichtlich der weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG könnte es zwar noch an einer Handelsbeeinträchtigung fehlen. Denn dieses Tatbestandsmerkmal ist bei geringfügigen Beihilfen, die unterhalb bestimmter, von der Kommission festgelegter Schwellenwerte liegen (so genannte De-minimis-Beihilfen), nicht erfüllt. Derzeit plant die Kommission jedoch die Verabschiedung einer De-minimis-Verordnung für den Agrarsektor, die – neben einer Begrenzung der mitgliedstaatlichen Gesamtzuwendungen an die Landwirtschaft auf einen geringen Prozentsatz ihres Produktionswer-

21 *Kommission*, Beihilfenentscheidung N 571/2002 (Fn. 1), Ziffer 39. Siehe auch *Kommission*, Beihilfenentscheidung N 571/2002 (Fn. 11), Ziffer 27; sowie EuGH, Rs. C-78/76, *Steinike und Weinlig*, Slg. 1977, 595 Rn. 2.

tes – einen Schwellenwert von € 3.000 in drei Jahren vorsieht.²² Dieser Grenzwert dürfte indes bei den Anzeigekosten der oft in Millionenaufgabe erscheinenden Handzettel regelmäßig überschritten sein. Ist im Ergebnis der Beihilfentatbestand jedoch erfüllt, muß die Maßnahme gemäß Art. 88 Abs. 3 EG der Kommission notifiziert werden. Erfolgt eine solche Notifizierung nicht, droht eine EG-beihilfenrechtliche Rückforderung.

II. Exkurs: Das EG-beihilfenrechtliche Rückforderungsregime

Das Instrument der Beihilfenrückforderung dient insbesondere der Wiederherstellung des vor der Beihilfengewährung bestehenden Zustands sowie dem Entzug des Vorteils, den der Beihilfempfänger rechtswidrig gegenüber seinen Konkurrenten erhalten hat (Gedanke des Konkurrentenschutzes).²³ Wird eine Beihilfe unter Verstoß gegen das Notifizierungsgebot und das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG gewährt und kommt die Kommission in ihrer Beihilfenprüfung zu dem Ergebnis, daß die Beihilfenmaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, erläßt sie gemäß Art. 13 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 5 der Verfahrensverordnung Nr. 659/99 in Beihilfensachen²⁴ (VerfVO) eine Negativentscheidung und entscheidet gemäß Art. 14 Abs. 1 VerfVO, daß der betreffende Mitgliedstaat alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, um die rechtswidrige Beihilfe zurückzufordern.²⁵

Die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen kann auch vor nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten erzwungen werden. Diese sind auch dann zur Anordnung der Rückforderung ermächtigt, wenn (noch) keine Negativentscheidung oder Anordnung der vorläufigen Rückforderung durch die Kommission vorliegt. So hat der Gerichtshof den nationalen Gerichten im Interesse einer effektiven Beihilfenkontrolle das Recht zuerkannt, neben der Aussetzung der Auszahlung auch die Rückforderung von unter

22 Vgl. Art. 3 des Entwurfs einer Verordnung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen im Agrar- und Fischereisektor, ABL.EU 2004 C 93/9. Die Verordnung (EG) Nr. 69/2001 vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABL.EG 2001 L 10/30, gilt gemäß ihrem Art. 1 lit. a) nicht für „Tätigkeiten, die sich auf die Herstellung, Verarbeitung oder Vermarktung von in Anhang I des EG-Vertrags aufgeführten Waren beziehen“.

23 Zur Beihilfenrückforderung als logische Restitutionsfolge der sich in der Wettbewerbsverfälschung entfaltenden Rechtswidrigkeit vgl. etwa EuGH, Rs. 70/72, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1973, 813 (Rn. 13); EuGH, Rs. C-142/87, *Belgien/Kommission* („*Tubemeuse*“), Slg. 1990, I-959 (1020); EuGH, Rs. C-305/89, *Italien/Kommission* („*Alfa Romeo*“), Slg. 1991, I-1603 (Rn. 41). Zum Gedanken des Konkurrentenschutzes vgl. etwa EuGH, Rs. C-350/93, *Kommission/Italien*, Slg. 1995, I-669 (Rn. 22); EuG, verb. Rs. T-116/01 u. T-118/01, *P&O European Ferries*, Slg. 2003, II-2963 (Rn. 208). Daneben wird der Rückforderung oftmals auch eine Wettbewerbsbereinigungsfunktion zugeschrieben, kritisch hierzu *Ritter*, EG-Beihilfenrückforderung von Dritten, 2004, S. 107 ff.

24 Verfahrensverordnung Nr. 659/99 in Beihilfensachen (VerfVO), ABL.EG 1999 L 83/1.

25 Neben die endgültige Beihilfenrückforderung aufgrund einer Negativentscheidung tritt die Möglichkeit der einstweiligen Rückforderung einer formal rechtswidrigen Beihilfe gemäß Art. 11 Abs. 2 VerfVO. Von dieser hat die Kommission indes bislang noch keinen Gebrauch gemacht. Vgl. zu dieser Konstellation etwa *Quardt*, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 50 Rn. 9 ff.

Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährten Beihilfen anzuordnen.²⁶ Denn Aufgabe der nationalen Gerichte ist es, die Rechte Dritter zu schützen, die sich aus einem Verstoß gegen die Notifizierungspflicht sowie das Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 EG ergeben. Da das Durchführungsverbot mit seinem drittschützenden Charakter²⁷ unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht ist, können sich Wettbewerber eines durch eine nicht notifizierte Beihilfe begünstigten Unternehmens unmittelbar an die nationalen Gerichte wenden.²⁸ Als Rückforderungsgrund ist ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG ausreichend. Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn eine als Beihilfe zu qualifizierende Maßnahme tatsächlich durchgeführt wird, bevor sie von der Kommission genehmigt wurde. Da die Genehmigung einer Beihilfenmaßnahme gemäß Art. 87 Abs. 2 oder Abs. 3 EG wegen ihrer (materiellen) Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt einzig der Kommission zusteht, entscheiden die nationalen Gerichte allein über das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot.²⁹ Bestehen keine Zweifel, daß der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt ist und das Vollzugsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG verletzt wurde, müssen die nationalen Gerichte einer Klage auf Rückzahlung ausgezahlter Beihilfen stattgeben, da ihnen wegen der Bedeutung einer präventiven Beihilfenkontrolle für das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes kein Ermessen zusteht.³⁰ Da die Rückforderungsbefugnis der nationalen Gerichte nicht den restriktiven Voraussetzungen unterworfen ist, denen die vorläufige Rückforderungsanordnung der Kommission gemäß Art. 11 Abs. 2 VerfVO unterliegt,³¹ und nationale Gerichte häufig schneller und effizienter reagieren können, bietet sich für Wettbewerber gerade eine Klage vor nationalen Gerichten an und macht diese zu einem scharfen Schwert der Beihilfenkontrolle auf nationaler Ebene.

Da eine Rückforderungsregelung im EG-Vertrag fehlt und auch die Verfahrensverordnung über die Benennung der Rückforderungsvoraussetzungen und die zwingende Vorgabe, daß das nationale Recht eine effektive und sofortige Beihilfenrück-

forderung zu ermöglichen habe,³² hinaus keine das Verfahren betreffenden Elemente aufweist, erfolgt die Rückforderung unter Beachtung europarechtlicher Vorgaben³³ nach nationalem Recht.³⁴ Adressat der Rückforderungsentscheidung ist gemäß Art. 14 VerfVO der „Empfänger“ der Beihilfe. Der Gerichtshof hat präzisierend klargestellt, daß dies derjenige ist, der den „tatsächlichen Nutzen“ aus der Beihilfe gezogen hat.³⁵ Das auf die Rückforderung anwendbare Recht bestimmt sich nach der Rechtsnatur der Handlungsform bei der Beihilfengewährung und wird im Sinne eines *actus contrarius* bestimmt: Erfolgte die Gewährung der Beihilfe durch Verwaltungsakt in Form eines Zuwendungsbescheids, so richtet sich auch die Rückforderung nach öffentlichem Recht;³⁶ wurde die Beihilfe durch einen öffentlich-rechtlichen³⁷ oder privatrechtlichen Vertrag gewährt, kann die Rückforderung grundsätzlich nur als Anspruch geltend gemacht werden.³⁸ Werden, wie in dem dieser Abhandlung zugrunde liegenden Beispielsachverhalt, Beihilfen auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages vergeben, führt der Verstoß gegen das Durchführungsverbot zur Nichtigkeit des Vertrages wegen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB. Diese, von der herrschenden Literatur³⁹ bereits seit längerem befürwortete Anwendung der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG hat der BGH jüngst mehrfach bestätigt.⁴⁰ Zwar stelle die unterlassene Notifizierung einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich genommen noch nicht die Sanktion des § 134 BGB auslöse. Doch komme dem Abschluß beihilfengewährender Verträge ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle Bedeutung zu, weil das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG im Interesse gleicher

32 Art. 14 Abs. 3 VerfVO.

33 Solche Vorgaben sind primär im gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot und im Effizienzgebot enthalten. Vgl. hierzu etwa *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 52 Rn. 2 m.w.N.

34 St. Rspr., siehe nur EuGH, Rs. C-24/95, *Alcan Deutschland* („*Alcan II*“), Slg. 1997, I-1591 (1616, Rn. 24). Siehe zur Rückforderung nach deutschem Recht etwa *Beckmann*, Die Rückforderung gemeinschaftswidriger staatlicher Beihilfen, 1996, S. 54 ff.; *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 52.

35 EuGH, Rs. C-303/88, *Italien/Kommission* („*ENI-Lanerossi*“), Slg. 1991, I-1433 (Rn. 57); EuGH, Rs. C-277/000, *SMI*, ZIP 2004, 1013 (Rn. 86).

36 Der Großteil der Beihilfen in Deutschland wird durch Verwaltungsakt gewährt, vgl. vertiefend hierzu etwa *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 52 Rn. 5 ff.

37 Vgl. hierzu vertiefend *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 52 Rn. 31 ff.

38 BVerwGE 59, 65.

39 *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain, § 52 Rn. 49; *Mederer*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 93 Rn. 65; so bereits *Steindorff*, Rückabwicklung unzulässiger Beihilfen nach Gemeinschaftsrecht, ZHR 152 (1988), 474 (488f.). Differenzierend *Pechstein*, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EG, EuZW 1998, 495 (496). A.A. *Hopt/Mestmäcker*, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht, WM 1996, 753 (805f.); *Scherer/Schödermeier*, Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, ZBB 1996, 165 (183f.).

40 BGH, EuZW 2003, 444 mit Anm. *Pechstein*, EuZW 2003, 447; BGH, EuZW 2004, 252; BGH, EuZW 2004, 254. Hierzu etwa *Koenig*, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge! Was nun?, EuZW 2003, 417; *Kühling*, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbots aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, ZWeR 2003, 498; *Martin-Ehlers*, Die Rechtsfolge von Verstößen gegen Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag bei Beihilfen, WM 2003, 1598. So auch LG Rostock, VIZ 2002, 632 (636).

26 EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547 (Rn. 68) mit Anm. *Abbamonte*, ECLR 1997, 87 und *Sinnaeve*, EuZW 1996, 569.

27 *Kommission*, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten, ABL EG 1995 C 312/8, Rn. 10; *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 53 Rn. 4.

28 EuGH, Rs. 120/73, Slg. 1973, 1471 (1483), Rn. 8 – Lorenz, ständige Rspr.; näher *Keppenne*, Guide des Aides d'État en droit communautaire, 1999, S. 303 ff.

29 Der Ausgang eines späteren Kommissionsverfahrens ist ohne Einfluß auf die Rückforderungsentscheidung des nationalen Gerichts, da ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht durch eine spätere Kommissionsgenehmigung geheilt werden kann, vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547 (Rn. 67); EuGH, Rs. C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505 (Rn. 16); *Koenig/Kühling/Ritter*, Beihilfenrecht, Heidelberg 2002, S. 211; *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 53 Rn. 6.

30 Der Gerichtshof läßt jedoch außergewöhnliche Umstände als Rückzahlungshindernis zu, vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547 (Rn. 70); *Quardt*, Zur Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, EuZW 2002, 424.

31 Vgl. hierzu im Einzelnen *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 29), S. 212; *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhain (Fn. 25), § 53 Rn. 7.

Wettbewerbsvoraussetzungen eine solche verfrühte Beihilfengewährung verhindern solle.⁴¹ Dabei stehe der Anwendung des § 134 BGB auch nicht entgegen, daß sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, nicht jedoch an die Empfänger der Beihilfe richte. Denn § 134 BGB finde anerkanntermaßen auch dann Anwendung, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots gehe, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen sei als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung.⁴² Das Ziel des Durchführungsverbots – neben der Sicherung des Systems der präventiven Beihilfenkontrolle durch die Kommission insbesondere die Verhinderung von Wettbewerbsvorteilen eines Einzelnen – könne nur erreicht werden, indem der die Beihilfe gewährende privatrechtliche Vertrag als nichtig angesehen werde, damit der Beihilfengeber oder ein Wettbewerber⁴³ des Begünstigten in die Lage versetzt werde, umgehend die Erstattung der Beihilfe zu verlangen.⁴⁴ Die Beihilfenrückgewähr erfolgt bei nichtigen privatrechtlichen Verträgen nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB).⁴⁵

III. Die Rückforderung von durch Vorteilsreflex aufgedrängten Begünstigungen

Ist der materielle Beihilfentatbestand erfüllt und klagt etwa ein Wettbewerber des „begünstigten“ Erzeugerunternehmens, stellt sich die Frage des Rückforderungsgegners. Die mit einer EG-beihilfenrechtlichen Rückforderung verbundenen Probleme sollen im Folgenden anhand des der Kommissionsentscheidung N 571/2002 zugrunde liegenden Sachverhalts beispielhaft dargestellt werden. Dabei kommen als potentielle Rückforderungsgegner entweder der Handelspartner der CMA, der für die Werbeträger verantwortlich ist (dazu unter I.), oder der Erzeuger der durch die CMA-finanzierte Maßnahme reflexartig begünstigten Erzeugnisse (dazu unter II.) in Betracht.

1. Die Rückforderung des Beihilfenäquivalents vom Vertragspartner (Handel)

Die Rückforderung des Beihilfenäquivalents vom Vertragspartner der CMA (etwa das den Handzettel herausgebende Handelsunternehmen) käme in Betracht, wenn

41 BGH, EuZW 2003, 444; BGH, EuZW 2004, 252 (253).

42 BGHZ 131, 385 (389); BGHZ 139, 387 (392).

43 EuGH, Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991 I-5505 (5528); Rs. C-144/91 und C-145/91, Demoor, Slg. 1992 I-6613 (6631); Rs. C-39/94, SFEI, Slg. 1996 I-3547 (3590).

44 BGH, EuZW 2003, 444; BGH, EuZW 2004, 252 (253).

45 Vgl. Jestaedt/Loest, in: Heidenhain (Fn. 25), § 52, Rn. 56 ff.; Triantafyllou, Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht, DÖV 1999, 51 (56f.); nach Pechstein, EuZW 1998, 495 (496), erfaßt die Nichtigkeit des § 134 BGB auch den dinglichen Vertrag, so daß zudem an eine Rückabwicklung nach § 985 BGB bzw. nach §§ 951, 812 BGB zu denken ist.

entweder der Handelspartner durch den Vertrag mit der CMA begünstigt oder der Vertrag zwischen der CMA und dem Handelspartner wegen Verstoßes gegen das beihilfenrechtliche Notifizierungsgebot (§ 134 BGB i.V.m. Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) nichtig wäre. Da die Anzeigenfinanzierung in den Handzetteln regelmäßig marktüblich ausgestaltet sein wird, so daß der Handel (nur) ein marktübliches Entgelt für die Schaltung der CMA-Anzeige erhält, liegt in diesen Anzeigenkosten keine rückforderungsauslösende Begünstigung des Handels. Voraussetzung für eine EG-beihilfenrechtliche Rückforderung ist damit die Nichtigkeit des Vertrags zwischen der CMA und dem Handelspartner wegen Verstoßes gegen das EG-beihilfenrechtliche Notifizierungsgebot. Beihilfenrechtlich Begünstigter ist jedoch nicht der Handelspartner, sondern allenfalls das dritte Erzeugerunternehmen. Ob es in einer solchen Konstellation zu einer Nichtigkeit auch des – die Begünstigung des Dritten (Erzeugerunternehmen) transportierenden – „Zwischenvertrages“ zwischen der CMA als Auftraggeber für die Anzeige und dem Handelspartner als Verantwortlicher für den Werbeträger (aber eben Nicht-Begünstigter) kommt, ist bislang nicht geklärt, zumal die vom BGH entschiedenen Fälle dieser Konstellation nicht entsprechen.

Für eine Nichtigkeit des Vertrages mit dem Handelspartner könnte angeführt werden, daß der Begünstigungsvorteil durch diesen Vertrag mit dem Handelspartner gleichsam „transportiert“ wird. Denn erst durch den entsprechenden Vertrag mit dem Handelspartner kommt es zu einer CMA-Anzeige, die dann unter der Hypothese der Verwechslung durch den Verbraucher fehlerhaft dem diese Anzeigekosten nicht tragenden Erzeugerunternehmen zugerechnet wird. Doch selbst wenn bereits bei der Anzeigenaufgabe erkennbar sein sollte, daß eine fehlerhafte Zurechnung mangels klarer visueller Trennung eintreten könnte, entspricht die Nichtigkeit des Vertrages mit dem Handelspartner nicht der Logik der EG-beihilfenrechtlichen Rückforderung. Denn das Austauschverhältnis zwischen der CMA und dem Handelspartner ist regelmäßig marktüblich ausgestaltet, so daß hierdurch keine Wettbewerbsverzerrung induziert wird; die harte Sanktion der Nichtigkeit (§ 134 BGB) als Kondiktionsgrundlage kann in diesem Verhältnis nicht den unverzerrten Wettbewerb im nachgelagerten Werbemarkt (Handel – Erzeugerunternehmen) restituieren. Die durch die Beihilfenrückforderung nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH anzustrebende Wiederherstellung des unverfälschten Wettbewerbs ist durch die bloße Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses zwischen der CMA und den Handelspartnern kaum erreichbar. So stellt auch der BGH in seiner Rechtsprechung unmißverständlich klar, daß durch die Nichtigkeit des Vertrages als Kondiktionsgrundlage Wettbewerbsvorteile des Einzelnen verhindert werden sollen, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Wege gewährten Beihilfe ziehen könnte. Dieses Ziel könne jedoch nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche (beihilfengewährende) Vertrag als nichtig angesehen werde, um damit den Beihilfengeber oder einen Wettbewerber in die Lage zu versetzen, zur Vermeidung einer (weiteren) Wettbewerbsverzerrung umge-

hend die Kondiktion der nicht genehmigten Beihilfe verlangen zu können. In diesem Sinne fände § 134 BGB auch dann Anwendung, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an die eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots ginge, aber der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen sei als durch Nichtigkeit der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung. In der vorliegenden Konstellation würde die Nichtigkeitserklärung des Vertrages zwischen der CMA und dem Handelspartner indes nicht dazu führen, daß dem Erzeugerunternehmen der durch die fehlerhafte Verbraucherzurechnung erzielte Wettbewerbsvorteil (nämlich die fehlende Kostentragung für die CMA-finanzierte, aber fehlerhaft dem Erzeugerunternehmen zugerechnete Maßnahme) wieder entzogen werden würde. Denn durch die Nichtigkeitserklärung des Vertrages zwischen der CMA und dem Handelspartner würde eine Kondiktionsgrundlage nur in Bezug auf das von der CMA geleistete Werbeentgelt geschaffen. Eine – den unverzerrten Wettbewerb restituierende – Abschöpfung des Begünstigungseffekts beim Erzeugerunternehmen würde hierdurch aber gerade nicht erreicht. Dieses Ergebnis entspricht schließlich auch der Logik des EG-beihilfenrechtlichen Rückforderungsregimes. Denn nach dem Wortlaut des Art. 14 VerfVO ist Rückforderungsschuldner der „Empfänger“ der Beihilfe. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang präzisierend klargestellt, daß dies jeweils derjenige ist, der den „tatsächlichen Nutzen“ aus den Beihilfen gezogen hat.⁴⁶ Den Nutzen zöge vorliegend jedoch das Erzeugerunternehmen, das sich die Kosten für die von der CMA-finanzierte, aber vom Verbraucher dem Erzeugerunternehmen zugerechnete Maßnahme erspart. Eine beihilfenrechtliche Rückforderung vom Handelspartner kommt damit nicht in Betracht.

2. Die Rückforderung des Beihilfenäquivalents vom Begünstigten

Die Rückforderung des Beihilfenäquivalents im Sinne der EG-rechtlichen Vorgaben und dem Ansatz des BGH könnte sich somit gegen das reflexartig begünstigte Erzeugerunternehmen als demjenigen, der den „tatsächlichen Nutzen“ aus der Beihilfe zieht, richten. Bei diesem tritt indes nicht zwingend eine Bereicherung im Sinne ersparter (geplanter) Aufwendungen ein. Denn das entsprechende Unternehmen hätte im Falle einer nicht geschalteten CMA-Anzeige vermutlich kaum eine den Werbeeinflüssen der CMA-Maßnahme entsprechende Anzeige im eigenen Namen und auf eigene Kosten finanziert. Die „Begünstigung“ des Erzeugerunternehmens erfolgt allenfalls im Wege der „Aufdrängung“ durch einen „Vorteilsreflex“, nämlich durch die von dem Erzeugerunternehmen gar nicht „bestellten“ Effekte der CMA-Werbung, die der Verbraucher aufgrund der engen visuellen Kombination diesem Erzeugerunternehmen zurechnet. Das Erzeugerunternehmen weiß in der Regel gar nicht

⁴⁶ EuGH, Rs. C-303/88, *Italien/Kommission („ENI-Lanerossi“)*, Slg. 1991, I-1433, Rn. 57; EuGH, Rs. C-277/00, *SMI, ZIP 2004*, 1013 (Rn. 86).

von der Leistungsbeziehung zwischen der CMA und dem Handelspartner, mithin ebenso wenig von der konkreten Maßnahme und der fehlerhaften Zurechnung aus Verbrauchersicht im konkreten Fall.

Zur hier vorliegenden Konstellation der EG-beihilfenrechtlichen Rückforderung einer „durch Vorteilsreflex aufgedrängten Begünstigung“ besteht keine Entscheidungspraxis der Europäischen Gerichte bzw. der Kommission. Bei strenger Anwendung der EG-beihilfenrechtlichen Rückforderungsgrundsätze könnte ein mit der vorliegenden Konstellation befaßtes Gericht auf den auf Seiten des Erzeugerunternehmens eingetretenen Effekt einer (objektiviert) *fiktiven* Betriebskostensparnis abstellen und die Auffassung vertreten, daß deren „Rückzahlung“ zur Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen und Handelsbeeinträchtigungen erforderlich sei. Dabei könnte sich das befaßte Gericht im Rahmen einer solchen Argumentation insbesondere die Argumentation des EuGH in der Rechtssache *Alcan* zunutze machen, wonach sich ein beihilfenrechtlich Begünstigter zur Abwehr einer Rückforderung nicht auf bereicherungsrechtliche Einwendungen und sonstige der Rückforderung entgegenstehende Hinderungsgründe berufen kann.⁴⁷ Auf dieser Argumentationsgrundlage könnte das befaßte Gericht zu dem Ergebnis gelangen, daß ein durch einen derartigen Begünstigungsreflex „begünstigtes“ Erzeugerunternehmen den erlangten Vorteil, nämlich die aus Verbrauchersicht ihm zugerechneten Effekte aus der CMA-finanzierten Werbung, „zurück“ zu zahlen hätte.

Freilich kann die vorliegende Konstellation auch anders bewertet werden. So erfolgt die Vermögensmehrung ohne Beteiligung des (gutgläubigen) Erzeugerunternehmens und dieses weiß in der Regel von der visuellen Kombination seiner Werbung mit einer CMA-Maßnahme und der fehlerhaften Verbraucherzurechnung gar nichts. Zwar entsteht dem „begünstigten“ Erzeugerunternehmen ein (objektiver) „Vorteil“, da ihm ein „Mehr“ an Werbung zugerechnet wird als es tatsächlich nachgefragt und bezahlt hat. Eben dieses Unternehmen hätte regelmäßig aber eine der ihm zugerechneten Maßnahme vergleichbare Werbung gar nicht im Rahmen seiner Betriebskosten finanziert. Doch nur die Ersparnis von Betriebsausgaben rechtfertigt in der Kommissionslogik⁴⁸ die Einordnung als nicht rechtfertigungsfähige Betriebsbeihilfe. Wenn aber das Erzeugerunternehmen entsprechende Werbemaßnahmen gar nicht geschaltet hätte, liegt selbst bei objektivierender Betrachtungsweise keine Betriebsbeihilfe vor. Eine *fiktiv* unterstellte Betriebsausgabensparnis bleibt ungeeignet, den Tatbestand einer Betriebsbeihilfe zu erfüllen. Da das Erzeugerunternehmen sich die Begünstigung zudem nicht aktiv zugeeignet und diese auch nicht (konkludent) angenommen hat, muß das Vorliegen des Begünstigungstatbestands, und damit die Möglichkeit einer EG-beihilfenrechtlichen Rückforderung im Ergebnis verneint werden.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-24/95, *Alcan Deutschland („Alcan II“)*, Slg. 1997, I-1591 (Rn. 39 ff.).

⁴⁸ Vgl. Ziffer 29 der Werbeleitlinien (Fn. 7) und Ziffer 54 der Entscheidung N 571/2002.

Aber selbst wenn das Vorliegen einer Beihilfe zu bejahen wäre, spräche gegen eine Rückforderung der Grundsatz von Treu und Glauben. Zwar hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Alcan hervorgehoben, daß es einem sorgfältigen Kaufmann regelmäßig möglich und zuzumuten sei, sich der Einhaltung der Beihilfenvorschriften und der Notifizierungspflicht zu vergewissern.⁴⁹ Die diesem Urteil zugrunde liegende Konstellation betraf jedoch ein Zwei-Parteien-Verhältnis, im Rahmen dessen ein beihilfenbelasteter Gegenstand ausgetauscht wurde. Im Falle einer Rückforderungsanordnung wegen durch Vorteilsreflex aufgedrängten Begünstigungen wird demgegenüber jedes in Handzetteln und Werbebroschüren von Handelsunternehmen werbende Erzeugerunternehmen potentiellen und unvorhersehbaren beihilfenrechtlichen Rückforderungen für Werbeeffekte, die es selbst gar nicht als Betriebskosten finanziert hätte, ausgesetzt. Auf den Auslöser der zurückzufordernden Beihilfe, eine nicht hinreichend abgesetzte CMA-Maßnahme im visuellen Zusammenhang mit ihren Erzeugnissen, haben diese Unternehmen jedoch gar keinen Einfluß und auch keine tatsächliche Einflussnahmemöglichkeit. Um eine EG-beihilfenrechtliche Rückforderung zu verhindern, müßten diese Unternehmen – mangels anderweitiger Einflussnahmemöglichkeit – auf die Werbung in Handzetteln ganz verzichten. Da die Kommission aber selbst die mitgliedstaatliche Absatzförderung zur Entfaltung der Wirtschaftstätigkeiten im landwirtschaftlichen Sektor sowie zur Erleichterung der Umsetzung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik gutheißt⁵⁰ und die Absatzförderung von Agrarerzeugnissen im Binnenmarkt im Rahmen ihrer Förderpolitik unterstützt⁵¹, muß ein die mitgliedstaatliche Absatzförderung behindernder oder gar vereitelnder strenger beihilfenrechtlicher Rückforderungsansatz als EG-rechtlich dysfunktional abgelehnt werden. Denn die beihilfenrechtliche Rückforderung soll Wettbewerbsbeeinträchtigungen beseitigen, sie darf jedoch den „effet utile“ der im Rahmen einer gemeinsamen Agrarpolitik verfolgten Absatzförderung nicht konterkarieren, so daß es einer kohärenten Lösung zwischen Absatzförderung auf der einen und EG-beihilfenrechtlicher Rückforderung auf der anderen Seite bedarf.

IV. Ergebnis

Durch die Qualifizierung einer öffentlich-finanzierten Werbemaßnahme, die in direktem (visuellen) Zusammenhang, etwa auf der gleichen oder gegenüberliegenden Seite, mit einer privat-finanzierten Werbemaßnahme steht, schafft die Kommission

49 EuGH, Rs. C-24/95, *Alcan Deutschland („Alcan II“)*, Slg. 1997 I-1591 (1617); BVerwGE 92, 81 (86); jeweils hinsichtlich der Berufung auf Entreichung gemäß § 818 Abs. 3 BGB im Zusammenhang mit §§ 48, 49a VwVfG.

50 Vgl. Ziffer 1.1 der Werbeleitlinien (Fn. 7).

51 Vgl. etwa die Verordnung (EG) Nr. 2826/2000 des Rates vom 19.12.2000 über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 L 328/2.

erhebliche Rechtsunsicherheit. Denn durch ihre Ausführungen zu dieser durch Vorteilsreflex aufgedrängten Begünstigung müssen in Handzetteln und Werbebroschüren des Handels werbende Unternehmen, die auf die Platzierung ihrer Erzeugnisse und Produkte in den Handzetteln und Werbebroschüren keine Einwirkungsmöglichkeiten haben, unvorhersehbare beihilfenrechtliche Rückforderungen befürchten. Zwar kommt den Ausführungen der Kommission zum visuellen Zusammenhang von benachbarten Werbemaßnahmen keine Regelwirkung dahingehend zu, daß öffentlich finanzierte Werbemaßnahmen, die sich auf der gleichen oder gegenüberliegenden Seite eines Handzettels wie Erzeugerwerbung befinden, stets die gleichen auf das Nachfrageverhalten der Verbraucher wirkenden Effekte entfalten wie direkte Erzeugerwerbung. Denn Bezugspunkt für die Bewertung des „direkten Zusammenhangs“ ist nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein „verständiger Verbraucher“, der gerade das Reflexionsvermögen und den Willen, sich mit Werbemaßnahmen kritisch auseinanderzusetzen, besitzt. Eine EG-beihilfenrechtliche Begünstigung liegt jedoch vor, wenn eine aus staatlichen Mitteln finanzierte Werbemaßnahme aufgrund spezifischer (suggestiver) Effekte und mangels hinreichender visueller Trennung aus Sicht eines verständigen Verbrauchers einem in unmittelbarer Nachbarschaft werbenden Erzeugerunternehmen zugerechnet wird. Die Kommission täte gut daran, das sich in einer solchen Konstellation ergebende Dilemma der nationalen Gerichte zu lösen: Denn einer Nichtigkeit des beihilfentransportierenden Vertrages zwischen der CMA und ihren Handelspartnern steht entgegen, daß dessen Nichtigkeit noch keine Kondiktionsgrundlage für eine – den unverzerrten Wettbewerb restituierende – Abschöpfung der Wettbewerbsvorteile bei dem begünstigten Erzeugerunternehmen schafft. Die „Begünstigung“ des von der CMA-finanzierten Werbung profitierenden Unternehmens erfolgt allenfalls im Wege der „Aufdrängung“ durch einen „Vorteilsreflex“, nämlich durch die von diesem Unternehmen gar nicht „bestellten“ Effekte der CMA-Werbung, die der Verbraucher aufgrund der engen visuellen Kombination diesem Unternehmen zurechnet. Aber auch eine Rückforderung von dem in der Kommissionslogik „begünstigten“ Unternehmen muß im Ergebnis scheitern. Denn eine fiktiv unterstellte Betriebsausgabensparnis bleibt ungeeignet, den Tatbestand einer Betriebsbeihilfe zu erfüllen. Doch selbst wenn der Beihilfentatbestand bezüglich dieses Unternehmens erfüllt wäre, muß eine Rückforderung der durch Vorteilsreflex aufgedrängten Bereicherung scheitern. Denn die beihilfenrechtliche Rückforderung soll Wettbewerbsbeeinträchtigungen beseitigen, sie darf jedoch weder den „effet utile“ der im Rahmen einer gemeinsamen Agrarpolitik verfolgten Absatzförderung konterkarieren noch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Eine kohärente Lösung zwischen Absatzförderung auf der einen und EG-beihilfenrechtlicher Rückforderung auf der anderen Seite tut Not!

Summary

The EU-Commission qualifies advertising measures that are financed by public means as subsidies. Moreover, it has ruled in certain cases that private advertisements may take advantage from such advertisements financed by public means if they are placed on the same or the opposite side of a print medium. Such public advertisement can be regarded as a forbidden subsidy since it directly affects the products of a single enterprise. The Commission justifies this decision by referring to the circumspect consumer who allegedly recognizes a connection between the public advertising measure and the private one. The authors criticise this understanding and the consequences of such decisions, namely unforeseeable claims for the returns of subsidies against private enterprises etc., and demand coherent solutions of these legal issues.