

Beihilfenrückforderung nach einer Neuvergabe der Betriebsführung

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

Die Bestimmung des Beihilfenrückforderungsschuldners nach einer Negativentscheidung der Kommission kann sich im Einzelfall kompliziert gestalten. Dies gilt zunächst vor allem für den Fall einer zwischenzeitlichen Unternehmensveräußerung. Schwierigkeiten können sich darüber hinaus aber auch hinsichtlich einer Neuvergabe der Betriebsführung an einer Infrastrukturanlage ergeben. Dabei lässt sich nicht auf eine gefestigte Rechtspraxis zurückgreifen. Allerdings lassen sich die von der Kommission und den europäischen Gerichten gefundenen Grundsätze zur Bestimmung des Rückforderungsschuldners nach einem gebündelten Asset Deal auf die vergleichbare Problematik bei einer Betriebsführungsneuvergabe übertragen.

I. Betriebsführungswechsel und Unternehmensveräußerungen

Die Verwirklichung von Infrastrukturprojekten erfordert häufig eine Beteiligung der öffentlichen Hand in Form einer Fördermittelgewährung. Wird dabei im Einzelfall der EG-Beihilfentatbestand des Art. 87 I EG verwirklicht und ergeht in einem entsprechenden Kommissionsverfahren eine Negativentscheidung i.S. von Art. 13 I der Beihilfenverfahrensverordnung¹, so wird dem jeweiligen Mitgliedstaat aufgegeben, die rechtswidrige Maßnahme rückgängig zu machen. Dies beinhaltet neben einem Unterlas-

sen der beanstandeten Fördermaßnahme vor allem die Rückforderung bereits rechtswidrig gewährter Beihilfen vom Empfänger. Problematisch kann die Bestimmung des tatsächlichen Empfängers und damit des Rückforderungsschuldners dann werden, wenn die Betriebsführung des Infrastrukturunternehmens, in welches die Beihilfen geflossen sind, zwischenzeitlich gewechselt hat. Rückforderungsschuldner könnte dann sowohl der ursprüngliche Empfänger als auch der neue Betreiber der Anlage sein. Die Konstellation eines Betriebsführungswechsels mit Blick auf die Bestimmung des Rückforderungsschuldners bei einer rechtswidrigen Beihilfengewährung war bislang nicht konkreter Gegenstand von Kommissionsentscheidungen oder Urteilen des *EuGH* bzw. des *EuG*.

Im Rahmen dieses Beitrags soll daher untersucht werden, inwiefern mit Hilfe der umfangreich vorliegenden Rechtspraxis zu Unternehmensveräußerungen Maßstäbe für die Bestimmung des Rückforderungsschuldners nach einem Betriebsführungswechsel aufgestellt werden können. Dazu erfolgt zunächst eine Darstellung der Risiken einer Betriebs-

* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn; die Autorin Wetzel ist dort wissenschaftliche Referentin.

1) Verordnung (EG) Nr. 659/1999 v. 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrags, ABLEG 1999 Nr. L 83, S. 1.

führungsvergabe bezogen auf ein beihilfenbelastetes Unternehmen (sogleich unter II.). Im Anschluss soll die Entscheidungs- und Spruchpraxis zu Unternehmensveräußerungen kurz skizziert werden (III.). Schließlich wird der Versuch unternommen, durch die Übertragung der Vorgaben zur Unternehmensveräußerung allgemeine Grundsätze auch zur Rückforderungsadressierung bei einer Betriebsführungsneuvergabe zu entwickeln und Optionen zur Reduzierung des Risikos einer Rückforderungshaftung des Neubetreibers aufzuzeigen (IV.).

II. Die EG-beihilfenrechtlichen Risiken bei einem Betriebsführungswechsel

1. Problemaufriss

Die Verwirklichung eines Infrastrukturprojekts verspricht oft nur geringe Renditeaussichten. Eine Amortisierung der Errichtungs- und Betriebskosten durch entsprechende Betriebseinnahmen ist nicht immer möglich. Die Gewährung von Förderzuschüssen durch die öffentliche Hand ist daher für die Errichtung und auch den Betrieb von Infrastrukturanlagen häufig erforderlich. Wird dabei der EG-Beihilfentatbestand des Art. 87 I EG verletzt, so entstehen auch im Hinblick auf eine spätere Betriebsführungsvergabe bezogen auf die betreffende Anlage aus EG-beihilfenrechtlicher Sicht Risiken. Insbesondere stellt sich die Frage, inwiefern der Erwerber der Betriebsführungsrechte des beihilfenbelasteten Unternehmens von einer etwaigen Rückforderungshaftung freigestellt werden kann. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die EG-beihilfenrechtlichen Möglichkeiten für einen Ausschluss der Erwerberrückforderungshaftung. Auf die bezüglich einer Betriebsführungsvergabe ebenfalls relevante Frage, ob die Erteilung eines Betriebsführungsauftrags eine Beihilfe i. S. des Art. 87 I EG darstellt und wie dabei gegebenenfalls die Verwirklichung des EG-Beihilfentatbestandes verhindert werden kann, wird im Rahmen dieses Beitrags indes nicht eingegangen².

2. Überblick über die Rechtspraxis der Beihilfenrückforderung

Stellt die Kommission nach Abschluss eines Beihilfenprüfverfahrens fest, dass es sich bei der geprüften Maßnahme eines Mitgliedstaats um eine rechtswidrige Beihilfe handelt, so gibt sie gem. Art. 14 I der Beihilfenverfahrensverordnung dem betreffenden Mitgliedstaat auf, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern.

Rechtswidrig ist eine Beihilfe dann, wenn sie vor einer Genehmigung durch die Kommission gewährt wurde und nicht ausnahmsweise mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, d. h. soweit eine nachträgliche Genehmigung nicht in Betracht kommt. Rückforderungsschuldner ist der Rechtsträger des Unternehmens, welches durch die Beihilfen begünstigt worden ist, also regelmäßig des Unternehmens, das die Beihilfen tatsächlich empfangen hat³.

a) Zweck der Rückforderungsverpflichtung

Zweck der Rückforderungsverpflichtung ist die Beseitigung der auf Grund der rechtswidrigen Beihilfengewährung eingetretenen Wettbewerbsverfälschung durch Wiederherstellung des *status quo ante*⁴. Dadurch soll verhindert werden, dass der Beihilfenempfänger im Vergleich zu seinen Konkurrenten über einen Wettbewerbsvorteil verfügt⁵. Das bloße Unterlassen weiterer Beihilfenmaßnahmen zu Gunsten des bereits rechtswidrig geförderten Unternehmens reicht indes für die Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung nicht aus. Beihilfen, welche in die Errichtung eines Projekts geflossen sind, führen regelmäßig zu einer Wertsteigerung

der betreffenden Anlage und damit zur Aufrechterhaltung der eingetretenen Wettbewerbsverzerrung. Gleiches gilt in Bezug auf Zuschüsse für die Betriebsführung einer Anlage: Selbst bei einem vollständigen Verbrauch der geflossenen Mittel kann die Beeinträchtigung von Wettbewerbern, die konkurrierende Infrastrukturanlagen betreiben und die nicht öffentlich bezuschusst wurden, fortwirken.

b) Fortwirken einer rechtswidrigen Betriebsführungsbeihilfe auch nach Beendigung der Fördermittelgewährung

Durch die Betriebsführungsbeihilfe wurde es dem rechtswidrig geförderten Unternehmen nämlich ermöglicht, während des Förderzeitraums in wirtschaftlicher Hinsicht unter erleichterten Bedingungen oder sogar überhaupt erst auf dem jeweils relevanten Infrastrukturmarkt zu agieren. Auf diese Weise konnte sich das Unternehmen als Anbieter bestimmter Veranstaltungsdienstleistungen in das Bewusstsein potenzieller Vertragspartner bringen und bei entsprechender Leistungsqualität einen Kundenstamm aufbauen, der auch über den Förderzeitraum hinaus weitere Aufträge verspricht. Folge dieser Einräumung bzw. Steigerung von Marktpräsenz kann daher eine Verbesserung des *Good Wills* des geförderten Unternehmens sein. Dessen Wettbewerber wären indes im Vergleich zur „beihilfenfreien“ Situation regelmäßig zu einer Aufwandverstärkung bezogen auf das eigene Markt-*Standing* gezwungen und damit auf Grund der rechtswidrigen Beihilfengewährung zu Gunsten des Konkurrenten benachteiligt. Eine Wettbewerbsverzerrung wäre zu bejahen.

Auch die Neuvergabe der Betriebsführung vermag diese Wettbewerbsverzerrung zunächst nicht zu beseitigen. Die durch die Begünstigung eingetretene Wertsteigerung der bezuschussten Anlage besteht regelmäßig so lange, wie das Betreiberunternehmen am Markt agiert. In diese Richtung geht auch die Rechtspraxis⁶ von Kommission und *EuGH*: Eine Benachteiligung von Konkurrenten des begünstigten Unternehmens ist danach erst dann auszuschließen, wenn das „Unternehmen, das eine Beihilfe empfangen hat, seinen Betrieb eingestellt“⁷ hat. Nimmt das Unternehmen hingegen weiter am Wettbewerb teil, besteht auch die Wettbewerbsbeeinträchtigung fort.

c) Freistellungsmöglichkeit hinsichtlich einer Erwerberrückforderungshaftung?

Im Vorfeld einer Übernahme des Betriebs einer Infrastrukturanlage, in welche in der Vergangenheit rechtswidrig Beihilfen geflossen sind, stellt sich daher für den Auftragnehmer vor allem die Frage nach Ausschlussmöglichkeiten der eigenen Beihilfenrückzahlungshaftung. Letztere kann im Einzelfall den Wert des Unternehmens, an dem die Betriebsführungsrechte erworben wurden, aufzehren⁸. Zu berücksichtigen ist dieses Risiko dabei nicht nur von einem Erwerber, der neben den Betriebsführungsrechten auch eine dingliche Verfügungsbefugnis (z. B. Eigentum) an dem

2) S. dazu ausführlich *Pünder*, NZBau 2003, 530 ff.; *Koenig/Pffromm*, NZBau 2004, 375 ff.

3) Entsch. der Kommission v. 21. 6. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 318, S. 62 – CDA.

4) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-699 = *EuZW* 1995, 641 Rdnrn. 21 ff. – Kommission/Italienische Republik; *Arnold*, *EuZW* 2006, 42; *Koenig*, *EuZW* 2005, 202 (204).

5) *EuGH*, Urt. v. 2. 7. 2002 – C-499/99, Slg. 2002, I-06031 = *BeckRS* 2004, 77491 Rdnr. 23 – Kommission/Königreich Spanien.

6) Entsch. der Kommission v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 – *Gröditzter Stahlwerke*; s. dazu auch eingehend *Koenig*, *EuZW* 2004, 43 f.

7) *EuGH*, Slg. 2002, I-06031 = *BeckRS* 2004, 77491, Rdnr. 23 – Kommission/Königreich Spanien.

8) Zu berücksichtigen ist neben der Rückzahlung der tatsächlich geflossenen Beihilfen auch die Verpflichtung nach Art. 14 II der Beihilfenverfahrensverordnung zur Verzinsung der Fördersumme.

beihilfenbelasteten Unternehmen erhält. Zwar wird dieser erst recht Interesse an einem Ausschluss der Rückforderungshaftung haben, um eine Wertminderung der Anteile oder Vermögensgegenstände des Unternehmens, an dem er Verfügungsrechte erworben hat, zu verhindern. Jedoch wird das Risiko eines erheblichen oder sogar vollumfänglichen Wertverlustes des Unternehmens in Folge einer Beihilfenrückforderung regelmäßig auch bei einem auf den Erwerb der Betriebsführungsrechte beschränkten Austauschgeschäft relevant. Wird doch an dem Erwerb von Betriebsführungsrechten an einem Unternehmen, welches nach einer Beihilfenrückzahlung unter Umständen nicht mehr am Markt bestehen kann, regelmäßig kein wirtschaftliches Interesse bestehen.

Etwaig bestehende Möglichkeiten zum Ausschluss einer Erwerberrückforderungshaftung sind daher bei der Neuvergabe der Betriebsführung eines beihilfenbelasteten Unternehmens von erheblicher Relevanz. Hier stellt sich die Frage, inwiefern die Rückforderungspraxis bei einer Unternehmensveräußerung und die dabei bedeutsame Unterscheidung zwischen einem Share und einem Asset Deal für eine Betriebsführungsvergabe analog herangezogen werden kann.

III. Bestimmung des Rückforderungsschuldners im Fall der Unternehmensveräußerung

Wie bereits festgestellt lassen sich aus der bisherigen Rechtspraxis von Kommission und *EuGH* bzw. *EuG* wenig Kriterien für einen Ausschluss der Erwerberrückforderungshaftung bei einer Betriebsführungsvergabe herleiten. Sind rechtswidrig ausgezahlte Beihilfen nach einer zwischenzeitlichen Betriebsführungsvergabe zurückzugewähren, kommt als Rückforderungsschuldner grundsätzlich sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber der Betriebsführungsrechte in Betracht.

Die Bestimmung des Beihilfenrückforderungsschuldners war allerdings bereits zentrale Frage zahlreicher Verfahren zur Unternehmensveräußerung. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang vor allem die Entscheidungen der Kommission in den Verfahren *Banks*⁹, *SMI*¹⁰, *Seleco*¹¹ und *CDA*¹² und die entsprechenden Folgeurteile des *EuG* bzw. des *EuGH*. Einheitliche Vorgaben wurden dabei indes nicht entwickelt. Insbesondere unterscheidet der *Gerichtshof* bei der Bestimmung des Rückforderungsschuldners nach einer Veräußerung nicht konsequent zwischen dem Unternehmen, seinem Rechtsträger und seinen Anteilseignern¹³. Inwiefern die Spruchpraxis von Kommission und *EuGH* dennoch belastbare Anhaltspunkte für die Rückforderungsadressierung nach einer Betriebsführungsvergabe bietet, soll sogleich untersucht werden. Zuvor sind die Grundsätze zur Bestimmung des Rückforderungsschuldners von EG-beihilfenrechtswidrig ausgegebenen Fördermitteln im Fall einer zwischenzeitlichen Unternehmensveräußerung kurz zu skizzieren¹⁴.

1. Unternehmensveräußerung im Wege eines Share Deals

Bei einer Veräußerung von Gesellschaftsanteilen (*Share Deal*) bleibt der Rechtsträger des beihilfenbegünstigten Unternehmens unverändert Rückforderungsschuldner. Die Unternehmensidentität und auch die Rechtsträgeridentität bleiben bei einem Anteilskauf vollständig gewahrt; nur die Anteilsinhaberschaft wechselt. Eine Rückforderung ist daher gegenüber dem Rechtsträger des begünstigten Unternehmens durchzusetzen. Ein Wechsel auf der Ebene der Anteilseigner des Rechtsträgers ändert daran nichts.

Diffus urteilte der *EuGH* allerdings in der Rechtssache *Banks*, wo es heißt, dass es „für den Anteilskäufer eines

Unternehmens eine nicht hinnehmbare Härte darstelle, wenn er die Anteile zu einem Marktpreis erlangt hat, ohne von einer Rückforderungsverpflichtung zu wissen, die im Einzelfall den Unternehmenswert vollkommen aufzehren kann“. In solchen Fällen erlange der Anteilverkäufer selbst den im Kaufpreis enthaltenen Beihilfenwert, so dass primär dieser und nicht „das veräußerte Unternehmen“ (und damit mittelbar der Anteilserwerber) Beihilfenbegünstigter und somit Rückforderungsschuldner sei. Die Reichweite dieses Urteils ist umstritten¹⁵ und wird auch durch die darauffolgende Rechtsprechung nicht abschließend geklärt¹⁶. Das Urteil *Banks* beruht jedenfalls auf einem Rechtsfehler, nämlich der Verwechslung von Unternehmen, Rechtsträger und Anteilseignern, und ist insoweit rechtsdogmatisch kaum belastbar.

2. Unternehmensveräußerung im Wege des Asset Deals

Als problematisch gestaltet sich die Rückforderungsadressierung nach einem sog. Vermögenskauf (*Asset Deal*). Bei dieser Art der Unternehmensveräußerung werden alle unternehmenszugehörigen Vermögensbestandteile einzeln auf den Erwerber übertragen, so dass der Rechtsträger des Unternehmens wechselt. Der alte Rechtsträger haftet dabei weiterhin für die Verbindlichkeiten und Forderungen, soweit nicht die Gläubiger einem Schuldnerwechsel zugestimmt haben. In einer solchen Konstellation soll grundsätzlich der Veräußerer Rückforderungsschuldner sein, da dieser anstelle der veräußerten Aktiva den Veräußerungserlös erhalte¹⁷.

3. Erstreckung der Haftung auf den Erwerber der Assets

Ausgeschlossen werden kann die Inanspruchnahme des Erwerbers als Beihilfenrückforderungsschuldner allerdings auch bei einem *Asset Deal* nicht kategorisch. So verlangt die Kommission insbesondere bei einer Umgehung der Folgen einer Negativentscheidung, dass ein Beitreibungsvorgang im Einzelfall nicht auf den Veräußerer beschränkt, sondern auch der Erwerber in Anspruch genommen wird¹⁸. Besonders handgreiflich ist die Umgehungproblematik, wenn nur die wirtschaftlich rentablen Vermögensteile auf eine neue Gesellschaft übertragen werden und der veräußernde Rechtsträger als wertlose Hülle zurückbleibt und der Insolvenz überantwortet wird. In diesem Fall würde die Rückforderung der Beihilfe durch den Veräußerungsvorgang verteilt. Aber auch in weniger extremen Fällen ordnet die Kommission eine Rückforderung beim Erwerber der Unternehmensbestandteile an. Leitendes Prinzip ist dabei der *effet utile* der Rückforderung – also die Frage, ob die

9) *EuGH*, Urt. v. 20. 9. 2001 – C-390/98, Slg. 2001, I-6117 Rdnr. 78 – *HJ Banks*.

10) *EuGH*, Slg. 2004, I-03 925 = *EuZW* 2004, 370 (374) Rdnr. 81 – Bundesrepublik Deutschland/Kommission (SMI).

11) *EuGH*, Urt. v. 8. 5. 2003 – verb. Rs. C-328/99 u. C-399/00 Slg. I-04 035 = *EuZW* 2003, 368 – Italien und SIM/Kommission (SELECO).

12) *Entsch. der Kommission* v. 21. 6. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 318, S. 62 – CDA.

13) S. zu dieser Problematik *Koenig/Ritter*, *EuZW* 2004, 487 ff.

14) Für eine ausführliche Darstellung s. *Arnold*, *EuZW* 2006, 42 ff.; *Bauer*, *EuZW* 2001, 748 ff.; *Koenig/Ritter*, *EuZW* 2004, 487 ff.

15) S. dazu eingehend *Koenig/Ritter*, *EuZW* 2004, 487 ff.

16) So auch *Arnold*, *EuZW* 2006, 42 (43) und o. Fußn. 6.

17) S. statt vieler die *Entsch. der Kommission* v. 30. 10. 2001, ABIEG 2002 Nr. L 307, S. 1 – Graf von Henneberg Porzellan GmbH.

18) Dies gilt vor allem bei der sog. „Veräußerung en bloc“, bei der die gesamten Vermögenswerte gebündelt veräußert werden. Dann könne, so die Kommission in den Verfahren *Gröditzter Stahlwerke*, *CDA* und *Seleco*, der Erwerber die ursprüngliche, durch die Beihilfen begünstigte wirtschaftliche Tätigkeit nahezu unverändert fortführen. Zur Gewährleistung der Beseitigung der Wettbewerbsverfälschung solle daher in solchen Umgehungsfällen die Haftung des Erwerbers neben die Haftung des Veräußerers treten.

Rückforderung gegenüber dem Veräußerer genügt, um die endgültige Aufhebung der Wettbewerbsverfälschung zu erreichen. Ob die Rückforderung beim Veräußerer diesem Zielgedanken gerecht wird, prüft die Kommission in erster Linie anhand folgender Kriterien¹⁹:

- Übertragungsgegenstand (Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, Übernahme von Arbeitskräften, zusammengefasste Vermögenswerte),
- Marktüblichkeit des Übertragspreises,
- Verkauf „über den Markt“ (insb. durch ein offenes und transparentes Ausschreibungsverfahren),
- Identität der Anteilseigner des veräußernden und erwerbenden Unternehmens,
- Zeitpunkt der Übertragung (vor oder nach Beginn des Beihilfenprüfverfahrens),
- Wirtschaftlichkeit der Übertragung.

Die Gewichtung und Bewertung der Kriterien ist bislang nicht vollständig geklärt. In der Entscheidung Graf von Henneberg hieß es zwar, dass „bei dem Verkauf eines Beihilfen empfangenden Unternehmens zum Marktwert der Nutzen der Beihilfe beim Verkäufer [bleibt]“²⁰. Das deutet darauf hin, dass ein *Asset Deal*, bei dem der Kaufpreis marktangemessen ist, den Erwerber von jeder Rückforderungshaftung frei hält. Allerdings beanstandete die Kommission zugleich, dass „kein bedingungsloses Ausschreibungsverfahren stattgefunden hat“ und schlussfolgerte hieraus „a contrario“, dass der entrichtete Kaufpreis nicht dem marktüblichen Preis entsprach. Damit ist zwar offen geblieben, ob eine Bewertung des Kaufpreises als „marktangemessen“ auch anhand anderer Methoden vorgenommen werden kann (z. B. anhand betriebswirtschaftlicher Unternehmensbewertungsmethoden wie der Ertragswertberechnung etc.). Deutlich geworden ist aber, dass die Kommission einem offenen und transparenten Ausschreibungsverfahren große Bedeutung beimisst und geneigt ist, beim Fehlen eines derartigen Verfahrens von der Marktunüblichkeit des Entgelts auszugehen.

IV. Vergleichbarkeit der Rückforderungsproblematik bei einer Betriebsführungsvergabe mit der eines gebündelten *Asset Deals*

Für die Frage nach Ausschlussmöglichkeiten der Erwerberrückforderungshaftung bei einer *Betriebsführungsvergabe* ist die für eine Unternehmensveräußerung bedeutsame Differenzierung zwischen einem *Share* und einem *Asset Deal* zwar nicht von unmittelbarem Belang. Jedoch verdeutlichen die dabei bestehenden Unsicherheiten in der Spruchpraxis zunächst die Schwierigkeiten, belastbare Aussagen zu Ausschlussmöglichkeiten einer Erwerberrückforderungshaftung zu treffen.

Vor allem aber kann die Rückforderungsproblematik bei einem Betreiberwechsel durchaus mit der bei einem – gebündelten – *Asset Deal* verglichen werden: Bei Letzterem geht es um die Fortführung eines Unternehmens, in dessen Aktiva in der Vergangenheit Beihilfen geflossen sind. Mit der Neuvergabe einer Betriebsführung wird der – die Substanz des (staatlich geförderten) Unternehmens im Wesentlichen verkörpernden – Unternehmensgegenstand am Markt gehalten. Dabei sind die Beihilfen an den ehemaligen Betreiber gewährt worden. Sie stecken indes noch in dem Unternehmen und wirken daher bei einem Weiterbetrieb fort. Kurz: Im Rahmen eines *Asset Deals* kommt es zu einem Rechtsträgerwechsel, bei einer Betriebsführungsvergabe wird der Betrieb auf einen neuen Rechtsträger übertragen (was freilich auch mit einer Unternehmensveräußerung einhergehen kann).

Für die Bestimmung des Rückforderungsschuldners nach einem *Asset Deal* stellt sich die Frage, ob der neue, mit dem Beihilfenempfänger nicht verbundene Rechtsträger von den in der Vergangenheit geflossenen Zuschüssen profitiert – ob also die durch die Beihilfengewährung eingetretene Wettbewerbsverzerrung fortbesteht. Die gleiche Frage stellt sich bei einer Neuvergabe der Betriebsführung: Kommt dem neuen Betreiber der Nutzen der in das Anlagevermögen des Unternehmens geflossenen Fördermittel noch zugute und wirkt damit die rechtswidrige Beihilfenmaßnahme in Bezug auf die Fortführung der wirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit fort?

1. Das Ausschreibungsverfahren als taugliches Mittel für den Ausschluss einer Erwerberrückforderungshaftung

Der Schlüssel zur Beantwortung dieser Fragen liegt in der Kommissions- und Rechtsprechungspraxis zur Rückforderungsadressierung im Rahmen eines *Asset Deals*: Einvernehmen besteht dabei zumindest in der Hinsicht, dass entscheidendes Kriterium für die Frage der Rückforderungserstreckung auf den Vermögenserwerber die Marktgerechtigkeit des für den übernommenen Gegenstand entrichteten Kaufpreises sein soll²¹. Ein geeignetes Mittel zur Feststellung der Marktgerechtigkeit stelle vor allem die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens dar²². Dabei geht die Kommission von der Prämisse aus, dass ein qualifiziertes Ausschreibungsverfahren durch die Schaffung eines Wettbewerbs um die ausgeschriebene Leistung die Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses am besten gewährleistet und – durch die Schaffung eines Referenzmarkts für die ausgeschriebene Leistung – etwaige markt-fremde Begünstigungen eines Unternehmens grundsätzlich ausschließt.

Ganz ausgeschlossen wird die Inanspruchnahme des *Asset*-Erwerbers von etwaigen Beihilfenrückzahlungsverpflichtungen zwar auch damit nicht. Entscheidend ist nach wie vor, ob die durch die rechtswidrige Beihilfengewährung entstandene Wettbewerbsverzerrung in Bezug auf den *Asset*-Erwerber fortwirkt²³. Erfolgt aber die *Asset*-Veräußerung im Wege eines offenen Ausschreibungsverfahrens und werden dabei die in die Unternehmensaktiva geflossenen Beihilfen bei der Festlegung des Kaufpreises berücksichtigt, also „eingepreist“, so wird das Risiko einer Erwerberrückforderungshaftung zumindest stark minimiert.

Gleiches sollte auch für den Erwerber von Betriebsführungsrechten gelten: Auch hier kommt es maßgeblich auf das Fortwirken der Wettbewerbsverzerrung bei der wirtschaftlichen Betätigung des neuen Betreibers an. Konkret

19) Entsch. der Kommission v. 2. 6. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 227, S. 24 – Seleco; v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 – Gröditzter Stahlwerke; v. 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50 – SMI; v. 21. 6. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 318, S. 62 – CDA; v. 30. 10. 2001, ABIEG 2002 Nr. L 307, S. 1 – Graf von Henneberg Porzellan GmbH.

20) Entsch. der Kommission v. 30. 10. 2001, ABIEG 2002 Nr. L 307, S. 1 – Graf von Henneberg Porzellan GmbH.

21) *EuGH*, Slg. 2001, I-6119 Rdnr. 78 – HJ Banks (o. Fußn. 9); Entsch. der Kommission v. 2. 6. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 227, S. 24 – Seleco; v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 – Gröditzter Stahlwerke; v. 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50 – SMI; v. 21. 6. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 318, S. 62 – CDA; v. 30. 10. 2001, ABIEG 2002 Nr. L 307, S. 1 – Graf von Henneberg Porzellan GmbH.

22) S. vor allem die Mitteilung der Kommission „betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ (ABIEG Nr. C 209 v. 10. 7. 1997, S. 3 II 1) und die Entsch. der Kommission v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. L 108/44 (47) – Draiserwerke; v. 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 265/15 (Rdnr. 85 f.) – Centrale del Latte di Roma; v. 2. 10. 2002, Beihilfe NN 264/02, London Underground, C (2002) 3578 endg. Nr. 79.

23) S. dazu oben unter III. 3).

stellt sich die Frage: Wann ist eine (Mit-)Haftung des Erwerbers im Hinblick auf den Zweck einer Beihilfenrückforderung erforderlich, d. h. in welchen Fällen muss für die Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung auch der Erwerber der Betriebsführungsrechte, der zum Zeitpunkt der Beihilfengewährung mit dem Unternehmen nicht verbunden war, herangezogen werden? Entscheidend ist wiederum, ob die Höhe der seitens des Erwerbers entrichteten Gegenleistung für den Erwerb der Betriebsführungsrechte den Wert der geflossenen Beihilfen widerspiegelt. Dies kann am ehesten bejaht werden, wenn die Betriebsführungsvergabe im Rahmen eines offen, transparent und diskriminierungsfrei durchgeführten Vergabeverfahrens erfolgt. Werden dabei die durch die Beihilfengewährung eingetretenen Vorteile bei der Festlegung des Leistungsgegenstands des Auftraggebers berücksichtigt und die Gegenleistung der am Erwerb der Betriebsführungsrechte interessierten Bieter entsprechend wettbewerbslich justiert, so spricht vieles dafür, dass die Wettbewerbsverzerrung bei der Betriebsweiterführung nicht fortbesteht.

2. Ausschreibungsverfahren zur Vergabe einer Betriebsführung aus vergaberechtlicher Sicht nicht immer zwingend

Die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens bei der Vergabe einer Betriebsführung bezogen auf ein beihilfenbelastetes Unternehmen ist also zur Risikominimierung der Erwerberrückforderungshaftung sinnvoll. Aus vergaberechtlicher Sicht zwingend ist ein solches Verfahren indes nicht für die Übertragung einer Dienstleistungskonzession²⁴. Diese unterfällt im Gegensatz zu einem Dienstleistungsauftrag nicht dem Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts²⁵. Handelt es sich bei einer avisierten Betriebsführungsübergabe bezüglich eines öffentlich geförderten Unternehmens also um eine Dienstleistungskonzession, ist hierfür die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens vergaberechtlich nicht erforderlich. Der Einsatz eines solchen Verfahrens wäre jedoch zweckmäßig im Hinblick auf das Risiko einer etwaigen Beihilfenrückzahlungspflicht.

3. Fazit

Die Problematik der Ausschlussmöglichkeiten einer Erwerberrückforderungshaftung bei einer Betriebsführungsübertragung ähnelt der Rückforderungsproblematik im Rahmen eines gebündelten *Asset Deals*. Aus der analogen Betrachtung der bisherigen Entscheidungs- und Urteilspraxis von Kommission und *EuGH* bzw. *EuG* hinsichtlich eines beihilfenbelasteten *Asset Deals* folgt für die Bestimmung des Rückforderungsschuldners nach einem Betreiberwechsel, dass es im Wesentlichen auf die *Marktangemessenheit der Übertragungsbedingungen und des Übertragspreises* ankommt. Zwar ist die Entscheidungspraxis zur Rückforderungsadressierung bei einer Unternehmensveräußerung nach wie vor unklar und nicht gefestigt. Die Bestimmung des Rückforderungsadressaten ist vielmehr stark einzelfallabhängig. Restrisiken einer Erstreckung der Rückforderungshaftung auf den Erwerber können daher auch bei Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens nicht vollständig ausgeschlossen werden.

Im Hinblick auf die analog heranzuziehende Entscheidungs- und Spruchpraxis von Kommission und *EuGH* bzw. *EuG* insbesondere in den Rechtssachen *Banks*²⁶, *Gröditzer Stahlwerke*²⁷, *Graf von Henneberg*²⁸ und *Seleco*²⁹ kann allerdings die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens als das am besten geeignete Mittel für eine weitestgehende Risikominimierung der Erwerberrückfor-

derungshaftung nach einer Betriebsführungsvergabe qualifiziert werden.

24) Dienstleistungskonzessionen sind dadurch gekennzeichnet, dass private Unternehmer notwendige Leistungen der öffentlichen Hand erbringen, wobei an Stelle einer direkten Bezahlung das Recht eingeräumt wird, über eine bestimmte Zeitspanne hinweg ein Bauwerk exklusiv zu nutzen oder eine Dienstleistung exklusiv zu erbringen. Dienstleistungskonzessionen weichen also von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit ab, als die Gegenleistung für die Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zusätzlich der Zahlung eines Preises besteht.

25) Art. 17 der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge v. 31. 3. 2004, ABIEG Nr. L 134, S. 114; s. dazu auch *Hentschel*, in: *Koenig/Kühling/Theobald*, Recht der Infrastrukturförderung, Kapitel 2, Rdnr. 79.

26) *EuGH*, Slg. 2001, I-6119 Rdnr. 78 – *HJ Banks* (o. Fußn. 9).

27) *Entsch. der Kommission* v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 – *Gröditzer Stahlwerke*.

28) *Entsch. der Kommission* v. 30. 10. 2001, ABIEG 2002 Nr. L 307, S. 1 – *Graf von Henneberg Porzellan GmbH*.

29) *Entsch. der Kommission* v. 2. 6. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 227, S. 24 – *Seleco*.