

Professor Dr. Christian Koenig, LL.M., Bonn, und Mara Hellstern, Wiss. Referentin, Bonn

## EU-beihilferechtskonforme Gestaltung von Vergleichsverträgen mit der öffentlichen Hand

Vergleichsverträge mit der öffentlichen Hand sind ein probates Mittel, beispielsweise nach einem rechtskräftig festgestellten Vergaberechtsverstoß, um eine einvernehmliche Vertragsbeendigung herbeizuführen und zugleich die rechtlichen (Schadensersatz-)Risiken einer einseitigen Kündigung zu vermeiden. Der folgende Beitrag untersucht die Frage, wie Vergleichsverträge mit der öffentlichen Hand EU-beihilferechtskonform auszugestalten sind.

### I. Problem

Erweist sich ein Vertrag zwischen der öffentlichen Hand und einem Unternehmen z. B. aufgrund einer gerichtlichen

Entscheidung nachträglich (auch nur teilweise) als rechtswidrig (z. B. vergaberechtswidrig), ohne gegen ein gesetzliches Verbot zu verstoßen, stellt sich die Frage, wie diese Rechtswidrigkeit rechtlich beseitigt werden kann. Sofern der Vertrag weder *ipso iure* aufgrund eines gesetzlich normierten Nichtigkeitstatbestands (z. B. nach §§ 134 oder 138 BGB) nichtig ist noch eine vertragliche Regelung für den Fall der Rechtswidrigkeit des Vertrags oder einzelner Vertragsklauseln getroffen wurde, kommt zur Beseitigung des festgestellten Rechtsverstoßes regelmäßig nur eine Vertragsanpassung oder -kündigung nach § 313 BGB (Wegfall bzw. Störung der Geschäftsgrundlage), bei Dauerschuldverhältnissen eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB oder eine einver-

nehmliche Vertragsaufhebung – ggf. unter Aufrechterhaltung und Anpassung des nicht von dem festgestellten Rechtsverstoß betroffenen Vertragsteils – in Betracht. Entscheiden sich die Vertragsparteien im Rahmen dieser Möglichkeiten für den Abschluss eines Änderungsvertrags zur Beseitigung des festgestellten Rechtsverstoßes, muss der abzuschließende Änderungsvertrag seinerseits rechtskonform sein, darf also weder den festgestellten Rechtsverstoß perpetuieren noch anderen rechtlichen Vorgaben widersprechen. Eine solche Vertragsanpassung setzt als einvernehmliche Lösung schon ihrem Wesen nach einen Vergleich zwischen den Vertragsparteien auf der Basis gegenseitigen Nachgebens unter sorgfältiger Abwägung der jeweiligen Auswirkungen und Risiken der in Betracht kommenden Beendigungsmöglichkeiten des (teil-)rechtswidrigen Vertrags voraus. Das Nachgeben der öffentlichen Hand kann eine Zuwendung an den Vertragspartner darstellen. Zuwendungen der öffentlichen Hand an bestimmte Unternehmen, die diesem einen Vorteil verschaffen, ohne dass das Unternehmen als Leistungsempfänger eine angemessene Gegenleistung erbringt, stellen eine staatliche Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex Art. 87 Abs. 1 EG) dar. Sofern eine solche Beihilfe nicht ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, ist sie nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex Art. 87 Abs. 1 EG) verboten. Dies wirft die Frage auf, wie die geschilderten Vergleichsvereinbarungen der öffentlichen Hand mit Unternehmen EU-beihilferechtskonform auszugestaltet sind.

## II. Funktion und Anforderungen des EU-Beihilferechts

Staatliche Beihilfen sind nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex Art. 87 Abs. 1 EG) grundsätzlich verboten, um den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverzerrungen zu schützen.<sup>1</sup> Eine Beihilfe im Sinne des Unionsrechts ist nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex Art. 87 Abs. 1 EG) jede staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung eines bestimmten Unternehmens oder eines bestimmten Produktionszweigs. Der Beihilfebegriff setzt somit *per definitionem* eine Begünstigung eines bestimmten Unternehmens voraus. Entscheidend für die Qualifizierung einer einseitigen Maßnahme oder einer Vertragsleistung als Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex Art. 87 Abs. 1 EG) ist daher die Frage, ob ein Unternehmen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einen Vorteil erhält, dem keine oder keine adäquate Kompensation im Sinne einer angemessenen Gegenleistung dieses Unternehmens gegenübersteht.<sup>2</sup> Ob ein mit der öffentlichen Hand abgeschlossener Vertrag einem Unternehmen einen solchen Vorteil verschafft, ist anhand des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Privatinvestors („Market Economy Investor“) zu ermitteln.<sup>3</sup> Danach ist das Vorliegen einer Begünstigung und damit einer Beihilfe zu verneinen, wenn sich die öffentliche Hand wie ein hypothetischer marktwirtschaftlich handelnder privater Vertragspartner verhält, sog. „Market Economy Creditor/Debtor Principle“ (MEC/DP), das ein Rechtsderivat aus dem „Market Economy Investor Principle“ (MEIP) bildet.

Zur EU-beihilferechtlichen Beurteilung von Vergleichsvereinbarungen ist demnach das Verhalten der öffentlichen Hand mit dem hypothetischen Verhalten eines umsichtigen, nach Rentabilitäts Gesichtspunkten agierenden privaten Vertragspartners in der Situation der öffentlichen Hand zu

vergleichen. Wenn dieser die getroffene Vereinbarung nicht oder allenfalls zu für ihn günstigeren Konditionen abgeschlossen hätte, könnte in deren Abschluss eine Begünstigung i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex Art. 87 Abs. 1 EG) liegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Hand ihre Entscheidung auch aufgrund längerfristiger strategischer Überlegungen, Rentabilitätsrechnungen und Risikoanalysen treffen darf (sog. „long-term-investor-Maßstab“).<sup>4</sup> Dies erfordert eine wirtschaftlich-kaufmännische Evaluation der Kostenrisiken aus der unbestimmten Rechts- oder Sachlage sowie aus den darauf aufbauenden Bedingungen des Vergleichs. Aus EU-beihilferechtlicher Sicht sind

- (1) in einem ersten Schritt aus einer *ex ante*-Perspektive die Vergleichsbedingungen einer unbestimmten Rechts- oder Sachlage zu beurteilen und dann
- (2) in einem zweiten Schritt die gerichtlichen Unterliegensrisiken ohne ein vergleichsweises gegenseitiges Nachgeben zu prognostizieren,
- (3) bevor in einem dritten Schritt zu bewerten ist, ob eine hypothetische private Vergleichspartei zu diesen Konditionen des gegenseitigen Nachgebens einen entsprechenden Vergleich abgeschlossen hätte.

Dabei sind nicht die im Einzelfall verwendeten Vergleichsformen und Rechtskonstruktionen, sondern die wirtschaftlichen Effekte der Vereinbarung entscheidend.<sup>5</sup> Die konkreten Vertragsbestimmungen in ihren ökonomischen Auswirkungen dürfen nicht zu einer EU-beihilferechtsrelevanten Begünstigung des beteiligten Unternehmens führen.

## III. Die Prüfungsschritte im Einzelnen

### 1. Vergleichsvertrag oder einseitige Vertragsbeendigung?

Die Prüfungsschritte (1) und (2) (Bestehen einer unsicheren Rechts- oder Sachlage als Vergleichsvoraussetzung sowie eines hinreichenden Unterliegensrisikos vor Gericht ohne vergleichsweises gegenseitiges Nachgeben) betreffen die Frage, ob ein an der Stelle der öffentlichen Hand stehender hypothetischer marktwirtschaftlich handelnder Vergleichspartner als betroffene Vertragspartei den nachträglich festgestellten Rechtsverstoß ebenfalls im Wege einer Vergleichsvereinbarung beseitigt hätte.

Dies ist der Fall, wenn sich die Nichtigkeit des Vertrags bzw. des rechtswidrigen Vertragsteils nicht bereits *ipso iure* aus dem Gesetz (z. B. aus § 134 BGB i. V. m. einem Verbotsgesetz oder aus § 138 BGB) ergibt und sich der Abschluss eines Vergleichsvertrags gegenüber einer alternativ allein in Betracht kommenden einseitigen Vertragskündigung nach §§ 313 oder 314 BGB aufgrund einer realistischen Analyse der rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken einer einseitigen Vertragsbeendigung durch die öffentliche Hand als vorzugswürdig erweist. Dies ist insbe-

<sup>1</sup> Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065.

<sup>2</sup> Cremer, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rdnr. 9; Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065, 1066; v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 87 EGV Rdnr. 12, 15.

<sup>3</sup> Vgl. nur EuGH, Frankreich/Kommission (Stardust), Slg. 2002, I-4397 für Kapitalzuweisungen der öffentlichen Hand an Unternehmen; Cremer (Fn. 2), Art. 87 EGV Rdnr. 10.

<sup>4</sup> Vgl. Cremer (Fn. 2), Art. 87 EGV Rdnr. 10.

<sup>5</sup> Vgl. Cremer (Fn. 2), Art. 87 EGV Rdnr. 9; v. Wallenberg (Fn. 2), Art. 87 EGV Rdnr. 12.

sondere dann der Fall, wenn eine weitere Auseinandersetzung über die Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Vertrags oder über die Zulässigkeit einer bestimmten Art der Vertragsbeendigung zu einem langjährigen, kostenaufwendigen und risikoreichen Rechtsstreit führen würde. Gerade angesichts des im deutschen Recht geltenden Grundsatzes *pacta sunt servanda* kann die gerichtliche Durchsetzbarkeit einer einseitigen Vertragsbeendigung durch die öffentliche Hand fraglich sein. Ferner kann die öffentliche Hand im Falle einer einseitigen Vertragsbeendigung erheblichen Haftungsrisiken in Bezug auf Schadensersatz- oder Ausgleichsansprüche ihres Vertragspartners ausgesetzt sein. Diese sind beim Vergleich der Folgen und Risiken von einseitiger und einvernehmlicher Vertragsbeendigung ebenfalls zu berücksichtigen.

Insbesondere im Fall einer einseitigen Kündigung seitens der öffentlichen Hand gem. § 313 BGB oder § 314 BGB kann die gerichtliche Durchsetzbarkeit dieser einseitigen Vertragsbeendigung im Einzelfall fraglich sein. Sowohl § 313 BGB als auch § 314 BGB setzen neben dem Vorliegen einer schwerwiegenden Änderung der Geschäftsgrundlage bzw. eines wichtigen Grunds voraus, dass dem öffentlichen Auftraggeber das Festhalten am unveränderten Vertrag und im Falle des § 313 BGB darüber hinaus eine Vertragsanpassung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist (vgl. § 313 Abs. 1, 3 BGB, § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB). In diese Zumutbarkeitsprüfung ist insbesondere die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung einzustellen bzw. sind die gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien im Hinblick auf den Bestand des abgeschlossenen Vertrags gegeneinander abzuwägen.<sup>6</sup> Im Einzelfall kann fraglich sein, ob das einseitige Beendigungsinteresse der öffentlichen Hand tatsächlich das Erfüllungs- und Bestandsinteresse ihres Vertragspartners überwiegt.

**Beispiel:** Die Stadt S vergibt unter Verkennung der rechtlichen Notwendigkeit einer Ausschreibung freihändig einen Entsorgungsauftrag an ein privates Unternehmen (sog. Defacto-Vergabe). Die Vertragslaufzeit beträgt fünfzehn Jahre. Nach zehn Jahren stellt der EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens rechtskräftig fest, dass dieser Auftrag europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen und der Vertrag daher EU-vergaberechtswidrig ist. Erst aufgrund dieser Entscheidung wird der vergaberechtswidrig geschlossene Vertrag von den Vertragsparteien als rechtswidrig erkannt. Gesetzliche Nichtigkeitstatbestände (insbesondere § 134 BGB i. V. m. §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 GWB, § 138 BGB, § 13 Satz 6 VgV a. F. oder § 101 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB) greifen nicht ein.

Fraglich ist bereits, ob das (fiktive) Urteil des EuGH überhaupt einen wichtigen Grund (bei Anwendung des § 314 BGB) oder eine Änderung der Geschäftsgrundlage (bei Anwendung des § 313 BGB) darstellt.<sup>7</sup> Zudem ist hier im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nach § 313 BGB bzw. § 314 BGB fraglich, ob die Möglichkeit der Stadt S, den Vertrag wirksam durch einseitige Kündigung beenden zu können, höhere Aussicht auf Erfolg vor Gericht hat als die Berufung des privaten Vertragspartners auf sein Bestands- und Erfüllungsinteresse. Aufgrund der Parteiautonomie darf nur ausnahmsweise vom Grundsatz *pacta sunt servanda* abgewichen werden.<sup>8</sup> Zwar ist der betreffende Mitgliedstaat im Falle eines im Vertragsverletzungsverfahren durch den EuGH festgestellten Verstoßes gegen das Unionsrecht nach Art. 260 Abs. 1 AEUV (ex Art. 228 Abs. 1 EG) dazu verpflichtet, den festgestellten Verstoß zu

beenden.<sup>9</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen der Mitgliedstaaten kann sich der Empfänger einer solchen Beihilfe nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen, wenn gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) verstoßen wird, um die effektive Durchsetzung und praktische Wirksamkeit (effet utile) des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>10</sup> Es ist jedoch noch nicht abschließend geklärt, ob diese Grundsätze zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen auch auf die Beendigung vergaberechtswidriger Verträge der öffentlichen Hand anwendbar sind. In der Rechtssache C-503/04 hat der EuGH zwar mit Urteil vom 18. 7. 2007<sup>11</sup> entschieden, dass sich ein Mitgliedstaat auch bei Vergaberechtsverstößen nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen darf, um die Nichteinhaltung der aus dem Unionsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen. Er hat jedoch zugleich festgehalten, dass sich der Vertragspartner eines öffentlichen Auftraggebers diesem gegenüber bei der Kündigung eines unter Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geschlossenen Vertrags auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* und das Grundrecht auf Eigentum berufen kann. Das Verbot, sich auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände der nationalen Rechtsordnung zu berufen, um die Nichteinhaltung der aus dem Unionsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen, bezieht sich also – anders als im Beihilferecht – nur auf das Verhältnis von Mitgliedstaat und Union. Nur der Mitgliedstaat kann sich nicht auf die genannten Grundsätze berufen, um die Nichtbefolgung eines eine Vertragsverletzung nach Art. 258 AEUV (ex Art. 226 EG) in Form eines den Vergaberechtsverstoß feststellenden Urteils zu rechtfertigen.

Zudem spricht viel dafür, dass die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens, insbesondere das Unterlassen einer Ausschreibung, im Beispielfall nicht in der Sphäre des Kündigungsempfängers wurzelt, sondern im Verantwortungsbereich der Stadt liegt.<sup>11</sup> Diese Rechtsfrage ist allerdings höchstrichterlich noch nicht entschieden. Folgt man der vorgenannten Sphärenprämisse, kann dies die Zumutbarkeitsschwelle des Festhaltens am Vertrag zumindest erhöhen. Daher ist fraglich, ob der Stadt S das weitere Fest-

6 §§ 313 Abs. 1, 314 Abs. 1 Satz 2 BGB; Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 314 Rdnr. 10; Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 313 Rdnr. 20, 57 ff.

7 Für Letzteres LG München I, 20. 12. 2005 – 33 O 16465/05 (n. rkr.; zitiert nach juris); kritisch, aber regelmäßig einen wichtigen Grund nach § 314 BGB behandelnd Bitterich, NJW 2006, 1845, 1848. – Das zitierte Urteil des LG München I ist deshalb nicht rechtskräftig geworden, weil die Parteien in der Berufungsinstanz (OLG München) einen Vergleich geschlossen haben (Az.: 20 U 5925/05). Das Verfahren betraf die Frage, ob die Stadt München einen von ihr ohne Durchführung einer – vergaberechtlich erforderlichen – öffentlichen Ausschreibung abgeschlossenen Mülltransportvertrag wirksam kündigen konnte, nachdem der EuGH die Vergaberechtswidrigkeit des Vertrags festgestellt hatte. Das LG München I hatte dies bejaht.

8 Vgl. Roth (Fn. 6), § 313 Rdnr. 20.

9 EuGH, NZBau 2007, 594 („Abfallentsorgung Braunschweig II“); EuGH, NZBau 2005, 49, 51 („Abfallentsorgung Donau-Wald“).

10 So zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe EuGH, RIW 1997, 433, Rheinland-Pfalz/Alcan, Rdnr. 24.

11 So auch LG München I, 20. 12. 2005 – 33 O 16465/05, Rdnr. 90 (n. rkr.), das das Risiko europarechtlicher Maßnahmen und Entscheidungen aufgrund der Vergaberechtswidrigkeit eines Vertrags aber dennoch beiden Vertragsparteien zuweist, Rdnr. 79.

halten am Vertrag unzumutbar ist. Somit ist zugleich fraglich, ob die Möglichkeit der Stadt, den Vertrag wirksam durch einseitige Kündigung beenden zu können, höhere Aussicht auf Erfolg vor Gericht hat als die Berufung ihres Vertragspartners auf sein Bestands- und Erfüllungsinteresse. Es ist also unsicher, wessen Rechtsposition sich vor Gericht durchsetzen würde. Somit besteht ein hinreichendes Unterliegensrisiko des öffentlichen Auftraggebers – beihilferechtlich der öffentlichen Hand – vor Gericht im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit einer einseitigen Vertragsbeendigung, um den Abschluss eines Vergleichsvertrags zu rechtfertigen.

Selbst wenn die Stadt S ihre Rechtsposition vor Gericht durchsetzen sollte, könnte sie zumindest Schadensersatz- und Ausgleichsansprüchen ihres Vertragspartners ausgesetzt sein. Nach der Konzeption des § 314 BGB stehen diesem als Kündigungsempfänger zwar grundsätzlich weder Vergütungsansprüche für noch nicht erbrachte Leistungen noch Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche zu.<sup>12</sup> Hinter diesem Grundsatz steht jedoch der – im vorliegenden Fall nicht einschlägige – Gedanke, dass der Kündigungsgrund regelmäßig aus der Sphäre des Kündigungsempfängers stammt.<sup>13</sup> Die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens, insbesondere das Unterlassen einer Ausschreibung, wurzelt hier jedoch nicht in der Sphäre des Kündigungsempfängers, sondern liegt im Verantwortungsbereich der Stadt.<sup>14</sup> Unter diesem Gesichtspunkt sind Ausgleichs- oder Schadensersatzansprüche des privaten Vertragspartners zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen. Ein solcher Anspruch könnte sich z. B. aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) oder § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG (Amtshaftungsanspruch) ergeben, sofern man in der Missachtung des Unionsvergaberechts eine zurechenbare Pflicht- bzw. Rechtsverletzung der Stadt sieht,<sup>15</sup> oder aber aus einer analogen Anwendung des § 649 Satz 2 BGB folgen.<sup>16</sup> Eine einseitige Vertragskündigung durch die Stadt S würde diese daher mit einem erheblichen Prozess- und Haftungsrisiko im Hinblick auf die (gerichtliche) Geltendmachung von Ausgleichs- und Schadensersatzansprüchen durch ihren privaten Vertragspartner belasten. In einem einvernehmlichen Aufhebungsvertrag könnte dieses Risiko dagegen durch Aufnahme einer Vertragsklausel beseitigt werden, wonach die Vertragsparteien auf sämtliche wechselseitigen Ansprüche verzichten, die ihre Grundlage in dem in Rede stehenden Vertragsverletzungsverfahren finden.

Aus Sicht beider Vertragsparteien besteht somit das Risiko, dass ihre jeweilige Rechtsposition vor Gericht nicht durchsetzbar ist. Selbst im Falle des (unsicheren) Obsiegens der öffentlichen Hand besteht zumindest ein Haftungsrisiko gegenüber dem privaten Vertragspartner und damit das Risiko eines weiteren Prozesses mit unsicherem Ausgang. In dieser Konstellation ist eine einvernehmliche Vertragsbeendigung und damit Beseitigung des rechtswidrigen Zustands durch (Vergleichs-)Vertrag vorzuzugswürdig, um einen langjährigen, kostspieligen und risikoreichen Rechtsstreit vor Gericht zu vermeiden. Ein hypothetischer, marktwirtschaftlich handelnder, an der Stelle der Stadt S stehender Vergleichspartner würde vorliegend daher einen Vergleichsvertrag abschließen, statt den bestehenden Vertrag einseitig zu kündigen. Insofern bestehen keine EU-beihilferechtlichen Bedenken gegen den Abschluss eines Vergleichsvertrags, sofern dessen Konditionen im Einzelnen EU-beihilferechtskonform sind.

## 2. Prüfung der Vertragsbestimmungen im Einzelnen

Stellt sich die Entscheidung der öffentlichen Hand und ihres Vertragspartners, sich im Wege eines Vergleichsvertrags von dem (teil-)rechtswidrigen Vertrag zu lösen und dadurch den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, nach den soeben erörterten Grundsätzen als EU-beihilferechtskonform dar, ist im nächsten Schritt (Prüfungsschritt (3)) zu prüfen, ob auch die konkreten Vertragsbestimmungen des Vergleichsvertrags im Einzelnen EU-beihilferechtskonform ausgestaltet sind. Dies ist zu bejahen, wenn ein hypothetischer Vergleichspartner einen entsprechenden Vergleich zu diesen konkreten Konditionen abgeschlossen hätte.

## IV. Besondere Anforderungen an salvatorische Klauseln

Salvatorische Klauseln treffen Regelungen für den Fall, dass sich einzelne Bestimmungen des abgeschlossenen Vertrags als ganz oder teilweise unwirksam erweisen. Für diesen Fall können die Vertragsparteien z. B. vereinbaren, mit dem Ziel neu zu verhandeln, den festgestellten Rechtsverstoß auszuräumen und eine Einigung zu treffen, die dem wirtschaftlich Gewollten entspricht bzw. möglichst nahe kommt. Solche Klauseln dürfen jedoch nicht darauf zielen, den rechtswidrigen Zustand zu perpetuieren. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Vergleichsvertrag gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) verstößt, der die Durchführung von Beihilfen bis zu ihrer Genehmigung durch die Kommission untersagt. Gegen dieses Durchführungsverbot verstoßende Beihilfen sind nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) nichtig.<sup>17</sup> Erweist sich der Vergleichsvertrag aufgrund eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) als nichtig, würde auch jede Vertragsklausel von dieser Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfasst, welche den EU-beihilferechtswidrigen Zustand perpetuieren würde. Mithin wäre jede Abrede, die wirtschaftlich (nicht nur rechtlich) darauf hinausliefe, dass die öffentliche Hand im Fall der Unwirksamkeit oder Undurchführbarkeit der abgeschlossenen Vergleichsvereinbarung auf eine Rückforderung des auf der Grundlage dieser Vereinbarung an ihren Vertragspartner geleisteten Entgelts rechtlich verzichtet oder auch nur faktisch von einer Rückforderung Abstand nimmt, ihrerseits unwirksam, ohne dass der Nichtigkeit nach § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) der Arglisteinwand (§ 242 BGB) oder der Vertrauensgrundsatz entgegengehalten werden könnte.

12 Vgl. BGH, NZBau 2001, 621, 622; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 649 Rdnr. 33; *Hofmann*, Zivilrechtsfolgen von Vergabefehlern, 2009, S. 163, 174.

13 *Hofmann* (Fn. 12), S. 163.

14 LG München I, 20. 12. 2005 – 33 O 16465/05, Rdnr. 90 (n. rkr.); Diese Rechtsfrage ist allerdings höchstrichterlich noch nicht entschieden.

15 Vgl. *Hofmann* (Fn. 12), S. 163; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 126 GWB Rdnr. 13 ff.

16 So *Hofmann* (Fn. 12), S. 163, 174 ff.

17 BGH, Urt. v. 4. 4. 2003 – V ZR 314/02; BGH, Urt. v. 24. 10. 2003 – V ZR 48/03; BGH, Urt. v. 20. 1. 2004 – XI ZR 53/03; ebenso *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 134 Rdnr. 104; kritisch (und für schwebende Unwirksamkeit) z. B. *Pütz*, NJW 2004, 2199; *Quardt/Nielandt*, EuZW 2004, 201.

## 1. Kein Arglistenwand nach § 242 BGB

Der Nichtigkeit nach § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) kann nicht der Arglistenwand (§ 242 BGB) entgegengehalten werden. Andernfalls würde der EU-beihilferechtswidrige Zustand perpetuiert und das Unionsrecht entgegen seinem Anwendungsvorrang mithilfe eines im nationalen Recht begründeten Einwands umgangen werden. § 134 BGB versagt mit der Rechtsordnung unverträglichen Vereinbarungen die rechtliche Wirksamkeit.<sup>18</sup> Zur Rechtsordnung gehört aber jedenfalls auch das unmittelbar anwendbare Unionsrecht.<sup>19</sup> Dessen effektive Durchsetzung und praktische Wirksamkeit (effet utile) darf nicht durch das nationale Recht vereitelt oder praktisch unmöglich gemacht werden.<sup>20</sup>

## 2. Kein nationaler Vertrauensgrundsatz

Der Vertragspartner der öffentlichen Hand kann sich auch nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen, weil er als Beihilfempfänger in dieser Konstellation nicht schutzwürdig ist. Denn ein Beihilfempfänger kann nach der Rechtsprechung des EuGH gegen die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit einer Beihilfe geltend machen, wenn das in Art. 108 Abs. 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 EG) vorgesehene Verfahren nicht eingehalten wurde.<sup>21</sup> Der Beihilfempfänger ist verpflichtet, sich zu vergewissern, dass das Verfahren des Art. 108 Abs. 3 AEUV (ex Art. 88 EG) eingehalten wurde.<sup>22</sup> Diese Verpflichtung hängt nach der Rechtsprechung des EuGH selbst dann nicht vom Verhalten der beihilfegewährenden staatlichen Stelle ab, „wenn diese für die Rechtswidrigkeit des [beihilfegewährenden] Bescheids in einem solchen Maße verantwortlich war, dass die Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint“.<sup>23</sup> Für die Frage der Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) kann nichts anderes gelten als im Rahmen der Rückforderung einer durch Verwaltungsakt gewährten rechtswidrigen Beihilfe. Andernfalls würde die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs von der Rechtsform der Beihilfegewährung abhängen. Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) dient (zumindest auch) dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Systems der präventiven Beihilfekontrolle und an der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Der effektive Schutz dieses öffentlichen Interesses darf weder von dem Verhalten der beihilfegewährenden Stelle noch von der Rechtsform der Beihilfegewährung abhängen. Andernfalls stünde die Effektivität der Durchsetzung des Durchführungsverbots im Belieben der beihilfegewährenden Stelle.

Daher kann der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) keine Einwendung aus dem nationalen Recht, insbesondere nicht der Arglistenwand nach § 242 BGB, entgegengehalten werden.

## V. Fazit

Eine EU-beihilferechtskonforme Vergleichsvereinbarung muss dem „Market Economy Creditor/Debtor Principle“ (MEC/DP) entsprechen. Dieses bildet ein Rechtsderivat aus dem „Market Economy Investor Principle“ (MEIP). Danach

muss sich die öffentliche Hand als Vertragsgläubiger/schuldner unter den „marktüblichen“ Vergleichsbedingungen einer unbestimmten Rechts- oder Sachlage und des gegenseitigen Nachgebens entsprechend einem hypothetischen privaten Gläubiger/Schuldner außergerichtlich vergleichen. Dies erfordert eine wirtschaftlich-kaufmännische Evaluation der Kostenrisiken aus der unbestimmten Rechts- oder Sachlage sowie den darauf aufbauenden Bedingungen des Vergleichs.

Aus rechtlicher Sicht sind in einem ersten Schritt aus einer ex ante-Perspektive die Vergleichsbedingungen einer unbestimmten Rechts- oder Sachlage zu beurteilen und dann in einem zweiten Schritt die gerichtlichen Unterliegensrisiken ohne ein vergleichsweises gegenseitiges Nachgeben zu prognostizieren, bevor in einem dritten Schritt zu bewerten ist, ob eine hypothetische private, anstelle der öffentlichen Hand stehende Vergleichspartei zu diesen Konditionen des gegenseitigen Nachgebens einen entsprechenden Vergleich abgeschlossen hätte. Dabei sind nicht die im Einzelfall verwendeten Vergleichsformen und Rechtskonstruktionen, sondern die wirtschaftlichen Effekte der Vereinbarung entscheidend.



**Professor Dr. Christian Koenig**

Jahrgang 1961, seit dem 1. 4. 1999 Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn. Studium der Rechtswissenschaften in Berlin und Mainz, 1986 Master of Law an der London School of Economics (LSE). Promotion 1988, Habilitation 1993, 1995 ordentlicher Professor am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Seine Veröffentlichungen, Forschungsprojekte sowie Gutachtertätigkeiten befassen sich schwerpunktmäßig mit dem Gesundheits- und Arzneimittelrecht, dem EU-Wettbewerbsrecht, insbesondere dem Beihilferecht, dem europäischen Telekommunikationsrecht sowie dem Energierecht.



**Mara Hellstern**

Seit August 2009 Wiss. Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn (ZEI). Ihre Arbeiten beschäftigen sich schwerpunktmäßig mit dem EU-Wettbewerbsrecht, insbesondere dem europäischen Beihilfe- und Vergaberecht.

18 *Armbrüster*, (Fn. 17), § 134 Rdnr. 1, 110; *Dörner*, in: Schulze u. a., BGB, 6. Aufl. 2009, § 134 Rdnr. 1.

19 *Armbrüster* (Fn. 17), § 134 Rdnr. 37; *Dörner* (Fn. 18), § 134 Rdnr. 3.

20 So zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe EuGH, RIW 1997, 433, Rheinland-Pfalz/Alcan, Rdnr. 24.

21 EuGH, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103 Rdnr. 76; EuGH, RIW 1997, 433, Rheinland-Pfalz/Alcan, Rdnr. 25, 41, 43; EuGH, Urt. v. 29. 4. 2004, Rs. C-91/01, Italien/Kommission, Rdnr. 65; EuG, Urt. v. 1. 7. 2010, Rs. T-62/08, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Kommission, Rdnr. 269 f.; BGH, Urt. v. 20. 1. 2004 – XI ZR 53/03, Rdnr. 21.

22 EuGH, RIW 1997, 433, Rheinland-Pfalz/Alcan, Rdnr. 25, 41; EuG, Urt. v. 1. 7. 2010, Rs. T-62/08, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Kommission, Rdnr. 269 f.

23 EuGH, RIW 1997, 433, Rheinland-Pfalz/Alcan, Rdnr. 41.