

Dr. iur. Stefan Gesterkamp/Mara Hellstern/Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE)*
Münster/Bonn

Wettbewerberschutz gegen Quersubventionen im Rahmen von Rekommunalisierungsstrategien am Beispiel des Abfallrechts

INHALT

- I. Folgen von Verstößen gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV
- II. Geltendmachung von Verstößen gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV
 1. Beihilfegeber
 2. EU-Kommission
 3. Dritte
 - a. Das Durchführungsverbot als Marktverhaltensregelung und Schutzgesetz
 - b. Wettbewerberschutz gegen Quersubventionen
 - c. Instrumente gegen Beweisschwierigkeiten des klagenden Wettbewerbers
 - aa. Stufenklage, § 254 ZPO
 - bb. Beweislastumkehr
 - d. Verjährung
 - aa. Verjährung der Rückforderungsansprüche des Beihilfegebers gegen den Empfänger
 - bb. Verjährung der klägereigenen Ansprüche
 - e. Optionen des nationalen Gerichts bei Unsicherheiten über das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV
- III. Fazit

Auf dem Markt für Entsorgungsdienstleistungen stehen Unternehmen der privaten Entsorgungswirtschaft nicht nur im Wettbewerb zueinander, sondern auch im Wettbewerb zu Unternehmen der öffentlichen Hand. In jüngster Zeit werden von den kommunalen Gebietskörperschaften verstärkt Strategien zur Rekommunalisierung vormals privatisierter Bereiche der Daseinsvorsorge verfolgt. Rekommunalisierungsstrategien setzen dabei nicht selten auf wettbewerbswidrige Vorteile kommunaler Unternehmen. Werden kommunale Unternehmen von ihren öffentlichen Gesellschaftern quersubventioniert, können sie ihre Leistungen am Markt zu günstigeren, oft unter Kosten liegenden Konditionen anbieten, als dies selbst günstig kalkulierenden, aber nicht öffentlich (quer)subventionierten Marktteilnehmern möglich ist. In öffentlichen Ausschreibungen haben

dann privatwirtschaftlich finanzierte Wettbewerber regelmäßig kaum eine Chance, die quersubventionierten Angebote ihrer öffentlichen Konkurrenten zu schlagen. Eine solche öffentliche Quersubventionierung eines Verdrängungs- und Preiswettbewerbs eines öffentlichen Entsorgungsunternehmens zulasten des Wettbewerbs auf dem Entsorgungsmarkt stellt eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Die Quersubvention ist der kommunalen Gebietskörperschaft dabei EU-beihilferechtlich nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zurechenbar, soweit diese ihre Rekommunalisierungsstrategien über die verschiedenen Gesellschafterebenen (ggf. konzernrechtlich verschachtelt) initiiert und umsetzt.¹⁾ Der vorliegende Beitrag untersucht die Möglichkeiten, gegen eine solche Beihilfe vorzugehen, wenn sie unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährt wurde.

I. Folgen von Verstößen gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV

Die Durchführung einer nicht von der EU-Kommission genehmigten Beihilfe verstößt gegen das im deutschen Recht unmittelbar anwendbare²⁾ unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV. Im Falle der Beihilfegewährung durch privatrechtlichen Vertrag führt dessen Verletzung zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags nach § 134 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV.³⁾ Der Beihilfeempfänger hat die beihilferichtswidrige Begünstigung – die Quersubvention – also ohne rechtlichen Grund erlangt mit der Folge, dass der Beihilfegeber einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger hat.⁴⁾ Im Falle der Beihilfegewährung durch einen Verwaltungsakt ist der beihilfegewährende Verwaltungsakt zwar nicht nichtig, da ein Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV keinen besonders schwerwiegenden

* Dr. iur. Stefan Gesterkamp ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Baumeister Rechtsanwälte, Münster. Mara Hellstern ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. ist Geschäftsführender Direktor am ZEI.

1) EuGH, Rs. C-303/88 Rn. 11-14, Rs. C-482/99 Rn. 52 ff., Rs. C-345/02 Rn. 36 f.; EuG, Rs. T-136/05 Rn. 139 ff., insb. 163-165.
2) BGH EuZW 2003, 444, 445; Urt. v. 20.01.2004, XI ZR 53/03 Rn. 16; Urt. v. 05.07.2007, IX ZR 256/06 Rn. 33.
3) BGH EuZW 2003, 444, 445; Urt. v. 20.01.2004, XI ZR 53/03 Rn. 17 f.; Urt. v. 05.07.2007, IX ZR 256/06 Rn. 33, 34; Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 40.
4) Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 40.

Fehler i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfG darstellt.⁵⁾ Er ist jedoch rechtswidrig und kann daher nach § 48 VwVfG aufgehoben werden.⁶⁾ Infolge der Aufhebung des beihilfegewährenden Verwaltungsakts kann der Beihilfegeber die Erstattung der geleisteten Quersubvention durch den Empfänger durch Verwaltungsakt festsetzen (§ 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG).⁷⁾

II. Geltendmachung von Verstößen gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV

Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot und damit die Rückforderung der geleisteten Quersubvention kann durch die folgenden drei Personenkreise geltend gemacht werden:

1. Beihilfegeber

Der Beihilfegeber hat infolge des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot einen Rückforderungsanspruch gegen den Beihilfeempfänger. Allerdings wird er „aus den Gründen, auf denen die Gewährung der Beihilfe beruht, typischerweise daran interessiert sein (...), den Beihilfeempfänger möglichst wenig zu belasten.“⁸⁾ Der Grund für diese Schonung des Empfängers liegt in der Regel in der engen Verflechtung von Beihilfegeber und -empfänger. Diese kann z. B. darauf beruhen, dass beide demselben Unternehmen oder demselben Konzern angehören, der Empfänger eine Tochtergesellschaft oder der wichtigste Geschäftspartner des Beihilfegebers ist, „auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen naheliegt.“⁹⁾ Verzichtet der Beihilfegeber vor diesem Hintergrund auf die Geltendmachung seiner Rückforderungsansprüche, hält er damit die durch die Quersubventionierung verzerrte Wettbewerbssituation aufrecht. Wie kann diese – auch gegen den Willen des Beihilfegebers – wiederhergestellt werden? Wie kann also der Beihilfegeber zur Rückforderung der Beihilfe gezwungen werden? Hierfür stehen die unter 2. und 3. dargestellten Optionen zur Verfügung:

2. EU-Kommission

Grundsätzlich obliegt die Beihilfenkontrolle der EU-Kommission.¹⁰⁾ Diese übt die Kontrolle nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates¹¹⁾ (im Folgenden: VerfVO) aus. Art. 10 ff. VerfVO verleihen der Kommission für den Fall der Gewährung rechtswidriger Beihilfen insbesondere Prüfungs- und Auskunftsrechte sowie die Befugnis zum Erlass von Beschlüssen, die die Mitgliedsstaaten zur Rückforderung der gewährten Beihilfe zuzüglich Zinsen verpflichten.¹²⁾ Diese Verpflichtung trifft nicht nur die Zentralregierung, sondern auch jede andere

dem Mitgliedstaat unionsrechtlich zuzurechnende Stelle.¹³⁾ Allerdings ist unionsrechtlich nur die Rückforderung materiell rechtswidriger – also mit dem Binnenmarkt unvereinbarer – Beihilfen zwingend vorgeschrieben, vgl. Art. 14 VerfVO.¹⁴⁾ Liegt dagegen „nur“ ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vor, genügt dem Unionsrecht auch die Rückzahlung allein der Zinsen für den Zeitraum zwischen dem Erhalt der staatlichen Mittel und deren Genehmigung durch die Kommission.¹⁵⁾ Die Kommission kann dann nur nach Art. 11 Abs. 2 VerfVO eine einstweilige Rückforderung der Beihilfe bis zu ihrer Entscheidung über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt anordnen, sofern an dem Beihilfecharakter der betreffenden Maßnahme keine Zweifel bestehen, ein Tätigwerden dringend geboten ist und ein erheblicher, nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist.

3. Dritte

Für die Praxis wichtig ist vor diesem Hintergrund die Möglichkeit Dritter, gegen unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährte Beihilfen (z. B. wettbewerbswidrige Quersubventionen) vorzugehen. Erst jüngst hat der BGH ausdrücklich bestätigt, dass das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV Verbotsgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sowie Marktverhaltensregelung i. S. v. § 4 Nr. 11 UWG ist.¹⁶⁾

a. Das Durchführungsverbot als Marktverhaltensregelung und Schutzgesetz

Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Nach § 823 Abs. 2 BGB ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“ Ein Schutzgesetz in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Rechtsnorm „nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes und damit darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt hat.“¹⁷⁾ Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV erfüllt sowohl die genannten Voraussetzungen eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB als auch die einer Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG. Denn es „hat (...) gerade die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind, die durch die Gewährung der – schon allein wegen Verletzung des Durchführungsverbots – rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen wurde (...). Es soll verhindern, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbe-

5) *Karpenstein/Klein* in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3, VerfVO Anh. zu Art. 14 Rn. 13; Insbesondere führt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht zur Nichtigkeit. Nichtigkeit nach § 44 VwVfG liegt nur vor, wenn der Verwaltungsakt aufgrund eines offensichtlichen Fehlers schlechterdings unerträglich ist, BVerwG NVwZ 2000, 1039, 1040.

6) *Karpenstein/Klein* (Fn. 5) Rn. 10, 12 f.

7) *Karpenstein/Klein* (Fn. 5) Rn. 10, 18.

8) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 213/08 Rn. 13.

9) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 213/08 Rn. 13.

10) *Koenig/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2010, Kap. 8 V.

11) ABl. EU 1999 L 83, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1791/2006 des Rates. Die Kommission hat zur Durchführung dieser Verordnung die Verordnung (EG) Nr. 794/2004 erlassen, zuletzt geändert durch Kommissionsverordnung (EG) Nr. 1125/2009.

12) *Koenig/Schreiber* (Fn. 10) Kap. 8 V 4. a).

13) Vgl. EuGH, verb. Rs. 24 und 97/80 R, Rn. 16, verb. Rs. 314 bis 316/81 und 83/82 Rn. 14, Rs. C-101/91 Rn. 24.

14) *Ehricke*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 88 EGV Rn. 37; *Koenig/Schreiber* (Fn. 10) Kap. 8 V 4. c).

15) EuGH, Rs. C-199/06 Rn. 46, 52, 55.

16) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09, I ZR 213/08.

17) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 18, 19.

werb entstehen, die sanktionslos bleiben¹⁸⁾ und „gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber (...) schaffen. Dem Durchführungsverbot (...) ist ferner eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion eigen, weil es die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen gerade vor Wettbewerbsverfälschungen schützen soll.“¹⁹⁾

b. Wettbewerberschutz gegen Quersubventionen

Quersubventionierung innerhalb eines öffentlichen Unternehmens oder innerhalb eines öffentlichen Konzerns führt insofern zu einer Wettbewerbsverfälschung und zu Benachteiligungen im Wettbewerb, als ihr Empfänger – wettbewerbswidrig – in die Lage versetzt wird, zu günstigeren Konditionen tätig zu werden, als dies für einen Anbieter möglich ist, der den – für das EU-Beihilferecht paradigmatischen – Bedingungen des „Market Economy Investor Principle“ unterliegt. Letzterer hat also in öffentlichen Ausschreibungen gegenüber quersubventionierten Angeboten seiner öffentlichen Konkurrenten regelmäßig kaum eine Chance auf Zuschlagserhalt. Wettbewerber des Beihilfempfangers sind von dieser quersubventionsbedingten Wettbewerbsverzerrung unmittelbar betroffen. Daher können sie Auskunft über Art und Umfang der gewährten Beihilfen sowie deren Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz verlangen.²⁰⁾ Der Beseitigungsanspruch umfasst dabei die Rückforderung der Beihilfen vom Empfänger: „Anders als der Schadensersatzanspruch, der auf den Ausgleich des aus einem rechtswidrigen Eingriff entstandenen Schadens gerichtet ist, zielt der Beseitigungsanspruch darauf ab, den bereits erfolgten, fortdauernden Eingriff selbst und damit die Störungsquelle für die Zukunft abzustellen (...). Die behaupteten Beihilfen, die Gegenstand des Rückforderungsbegehrens sind, stellen unmittelbar den Eingriff in die geschützten Interessen der Klägerin als Mitbewerberin dar. Sie sind kein Schaden, der erst Folge eines solchen Eingriffs ist. Der mit den angeblichen Beihilfen verbundene Eingriff soll mit dem Rückforderungsverlangen für die Zukunft beseitigt werden.“²¹⁾

c. Instrumente gegen Beweisschwierigkeiten des klagenden Wettbewerbers

aa. Stufenklage, § 254 ZPO

Häufig wird der klagende Wettbewerber keinen Einblick in unternehmensinterne Vorgänge des Beihilfegebers und -empfängers haben. Gerade im Hinblick auf Quersubventionen, die sich rein unternehmens- bzw. konzernintern abspielen, wird der Kläger daher regelmäßig Art und Umfang der behaupteten Beihilfen nicht bestimmt bezeichnen können. Denn dazu müsste er die Kalkulationsgrundlagen und exakten Kapazitäten von Beihilfegeber und -empfänger, mithin deren Betriebsgeheimnisse, kennen. Zur Vermeidung einer Klageabweisung wegen Unbestimmtheit des Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) bietet sich in einem solchen Fall ein Vorgehen im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO) an. Dies ist zulässig, weil und soweit der Kläger einen unerfüllten Auskunftsanspruch gegen

den Beihilfegeber aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB oder aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG jeweils i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV und § 242 BGB hat. Vor Erfüllung dieses Anspruchs kann der Kläger nur einen unbestimmten Klageantrag in Bezug auf seine Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche stellen. Von einer beihilferechtswidrigen Quersubvention betroffene Wettbewerber eines öffentlichen Entsorgungsunternehmens könnten z. B. mangels weiterer Sachverhaltskenntnisse nur beantragen, den Beihilfegeber zur Unterlassung und Beseitigung der Gewährung „staatlicher Beihilfen“ zu verurteilen. Einem solchen Antrag ließen sich weder Art noch Höhe der beanstandeten Beihilfen eindeutig entnehmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Beihilfecharakter der beanstandeten Maßnahmen vom Beklagten bestritten wird.²²⁾ Isoliert gestellt wäre der Antrag daher wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsfordernis (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) unzulässig. Das Auskunftsbegehren des Klägers dient also gerade der Erlangung der erforderlichen Informationen über Art und Höhe der wettbewerbswidrigen Maßnahmen um sein Klagebegehren sodann – auf der letzten Stufe der Klage – hinreichend bestimmt benennen zu können. Zwar ist der Antrag auf Auskunft nach dem Wortlaut des § 254 ZPO auf Rechnungslegung und Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses beschränkt. Dies steht jedoch einem Auskunftsbegehren über Art und Höhe der wettbewerbswidrigen Maßnahmen des Beklagten nicht entgegen. Denn mit der Stufenklage kann – entgegen dem Wortlaut des § 254 ZPO – jeder Informationsanspruch verfolgt werden.²³⁾ So kann z. B. ein Wettbewerber eines öffentlichen Entsorgungsunternehmens, der gegenüber einem beihilferechtswidrig quersubventionierten Angebot desselben im Rahmen eines Ausschreibungswettbewerbs unterlag, die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen dieses öffentlichen Konkurrenten zumindest gegenüber einem Sachverständigen nach § 144 Abs. 1 S. 2 ZPO verlangen. Zwar muss auch das Auskunftsbegehren im Rahmen des ersten Schritts der Stufenklage bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sein. Der Kläger genügt jedoch dem Bestimmtheitsgebot, wenn er den Antrag so genau fasst, dass Inhalt und Umfang der begehrten Auskünfte für den Anspruchsgegner sowie für ein etwaiges nachfolgendes Vollstreckungsverfahren eindeutig erkennbar sind.²⁴⁾ Denn der Sinn des Bestimmtheitsgebots des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO besteht gerade darin, zu verhindern, dass die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der vom verklagten Beihilfegeber gewährten Quersubvention in das Vollstreckungsverfahren verlagert oder der Beklagte im Unklaren über die Reichweite der ihm auferlegten Pflichten gelassen wird.²⁵⁾ Anders gewendet: Der Klageantrag muss in Bezug auf Inhalt und Umfang der begehrten Auskünfte eindeutig, nicht jedoch umfangmäßig begrenzt sein. Der klagende Wettbewerber eines öffentlichen Entsorgungsunternehmens muss sein Begehren also nicht auf die Offenlegung nur einzelner Kalkulationsgrundlagen beschränken, sofern er die offenzulegenden Informationen eindeutig erkennbar umschreibt und deren Erteilung für die Geltendmachung seiner Beseitigungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche

18) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 18, 19 m.w.N.; vgl. a. *Karpenstein/Klein* (Fn. 5) Rn. 110.

19) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 53.

20) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09, I ZR 213/08.

21) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 81.

22) Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 12.

23) *Becker-Eberhard*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2008, § 254, Rn. 9; *Foerste*, in: *Musielak, ZPO*, 7. Aufl. 2009, § 254, Rn. 2.

24) Vgl. BGH GRUR 1992, 561, 562.

25) Vgl. BGH GRUR 1992, 561, 562.

notwendig ist. Jede weitergehende Beschränkung des Auskunftsanspruchs würde dem Beklagten ermöglichen, seine Quersubventionspraktiken weiter zu verschleiern, und damit zu deren Perpetuierung beitragen.

bb. Beweislastumkehr

Nicht allen Beweisschwierigkeiten des Klägers kann durch die Stufenklage begegnet werden. Mangels Einblicks in unternehmens- bzw. konzerninterne Vorgänge des Beihilfegebers und -empfängers wird ein klagender Wettbewerber häufig nicht nur seinen Klageantrag nicht bestimmt bezeichnen können. Vielmehr wird er oft auch keine Beweise für das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorlegen können, weil er keinen Zugriff auf die diesbezüglichen Informationen hat, während der verklagte Beihilfegeber diese Informationen leicht beschaffen könnte. In einem solchen Fall gebietet der Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts die Nutzung „alle[r] nach einzelstaatlichem Verfahrensrecht zur Verfügung stehenden Mittel (...), um dem Kläger Zugang zu diesen Beweisen zu verschaffen.“²⁶⁾ Das deutsche Recht stellt für derartige Konstellationen mit dem auf § 242 BGB basierenden Institut der Beweislastumkehr ein geeignetes Mittel zur Verfügung um den Anspruch des Klägers nicht an der Beweislastverteilung scheitern zu lassen. Danach muss „der Beklagte die erforderliche und nach den Umständen zumutbare Auskunft (...) erteilen, wenn und soweit dem Kläger unverschuldet genaue Kenntnis hinsichtlich der entscheidenden Tatumstände fehlt, wohingegen der Beklagte eben diese Kenntnis hat und die notwendigen Aufklärungen leicht beibringen kann.“²⁷⁾ In Bezug auf Nachweise innerbetrieblicher Vorgänge trifft also ausnahmsweise den Beklagten die Beweislast. Hat z. B. ein öffentliches Entsorgungsunternehmen, das neu in den relevanten Markt eintritt, in einem Ausschreibungswettbewerb ein wirtschaftlich günstigeres Angebot abgegeben als der Altunternehmer, der den ausgeschriebenen Auftrag bisher hielt, obwohl der Neueintretende im Gegensatz zum Altunternehmer nicht auf Synergieeffekte wie bestehende Infrastrukturen aus dem Altvertrag zurückgreifen kann, sondern insbesondere die für die Auftragsdurchführung benötigten Sach- und Personalmittel erst noch anschaffen und seine Initialkosten bei der Angebotskalkulation berücksichtigen muss, indiziert dies – prima facie – das Vorliegen einer beihilferechtswidrigen Quersubvention. Es obliegt dann dem Beklagten, das Vorliegen einer Beihilfe zu widerlegen. Denn im Gegensatz zum Kläger kann der Beklagte die erforderlichen Informationen über seine Initialkosten und deren unternehmensinterne Tragung leicht beibringen.

d. Verjährung

Möchte ein Entsorgungsunternehmen beihilferechtswidrige Quersubventionspraktiken und darauf gestützte Rekommunalisierungsstrategien eines öffentlichen Konkurrenten gerichtlich

unterbinden lassen, ist es bei der Geltendmachung seiner Ansprüche aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG jeweils i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV an bestimmte Verjährungsfristen gebunden. Dabei sind zwei Problemkreise voneinander zu unterscheiden: zum einen die Verjährung der klägergereichten Ansprüche und zum anderen die Verjährung der Rückforderungsansprüche des verklagten Beihilfegebers gegen den Beihilfeempfänger.

aa. Verjährung der Rückforderungsansprüche des Beihilfegebers gegen den Empfänger

Beruft sich der Beihilfeempfänger gegenüber dem Beihilfegeber auf die Verjährung von dessen Rückforderungsansprüchen, könnte der Beihilfegeber versuchen, dem Beseitigungsanspruch des Wettbewerbers die Verjährung seiner eigenen Rückforderungsansprüche gegen den Empfänger als rechtshindernde Einwendung entgegenzuhalten. Dies lehnt der BGH jedoch im Urteil vom 10.02.2011 mit guten Gründen ab. Danach kann sich der Beihilfegeber nicht auf die Verjährung seiner Rückforderungsansprüche gegen den Empfänger berufen,²⁸⁾ da sich auch der Empfänger seinerseits gegenüber dem Beihilfegeber gem. § 242 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht auf deren Verjährung berufen könne.²⁹⁾ Es widerspräche dem Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts, „wenn im Hinblick auf den Rückforderungsanspruch kurze nationale Verjährungsfristen eingreifen würden. Denn die beihilfegewährenden Stellen können möglicherweise erst durch ein rechtskräftiges Urteil zur Rückforderung angehalten werden (...). Ein solches Urteil wird sich häufig nicht innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) erstreiten lassen.“³⁰⁾ Wird die Klage gegen den Beihilfegeber auf Rückforderung innerhalb der Verjährungsfrist erhoben, muss diesem daher „nach Rechtskraft des ihn zur Rückforderung verpflichtenden Urteils eine angemessene Frist eingeräumt werden, die Rückforderungsklage gegen den Beihilfeempfänger zu erheben. Dabei könnte eine analoge Anwendung der Dreimonatsfrist in § 204 Abs. 1 Nr. 12 BGB in Betracht kommen. Erfolgt die Klage danach rechtzeitig, ist es dem Beihilfeempfänger nach § 242 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV versagt, sich auf eine zwischenzeitlich eingetretene Verjährung des Rückforderungsanspruchs zu berufen.“³¹⁾ Eine dem Beihilfeempfänger unzumutbare Rechtsunsicherheit entstehe hierdurch nicht. Unzumutbar ist dieser Zustand für den Beihilfeempfänger nicht, da der EuGH in ständiger Rechtsprechung dem Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe bei deren Rückforderung die Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes mit dem Argument versagt, dass „ein beihilfegünstigtes Unternehmen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe (...) grundsätzlich nur dann vertrauen [darf], wenn diese unter Einhaltung des (...) [in Art. 108 Abs. 3 AEUV] vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden ist es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten wurde.“³²⁾ Parallel zu dieser EuGH-

26) Ziffer 2.4.4. Rn. 76 der Kommissionsbekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. EU 2009 C 85, S. 1.

27) *Hasselblatt*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2010, § 58 Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG) Rn. 55; vgl. a. BGH GRUR 1963, 270, 271, GRUR 1971, 164, 167, GRUR 1975, 78, 79, GRUR 1983, 650, 651, NJW-RR 2004, 616, 617, GRUR 2005, 1059, 1061; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 12 UWG Rn. 2.92.

28) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 39.

29) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 43.

30) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 44.

31) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 46.

32) EuGH, Rs. C-24/95 Rn. 25.

Rechtsprechung stellt der BGH in der vorliegenden Konstellation zur Begründung der Zumutbarkeit darauf ab, dass sich der Beihilfeempfänger „als sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer darüber [hätte] informieren müssen, ob die Zuwendungen (...) bei der Kommission angemeldet und genehmigt worden waren.“³³⁾

bb. Verjährung der klägereigenen Ansprüche

„Die Verjährungsfrist für den auf §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gestützten Beseitigungsanspruch beträgt drei Jahre (§ 195 BGB). Obwohl die Klägerin, wenn ihr ein deliktsrechtlicher Beseitigungsanspruch zusteht, ihre Klage auch auf eine unlautere geschäftliche Handlung der Beklagten stützen kann (§§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV), findet die kurze Verjährung des § 11 UWG keine Anwendung.“³⁴⁾ Vielmehr „unterliegt grundsätzlich jeder der (...) Ansprüche der für ihn geltenden besonderen Verjährung. Insbesondere schließen die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht schlechthin als Spezialgesetze aus, wenn eine geschäftliche Handlung vorliegt. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob eine der Bestimmungen als erschöpfende und deshalb die anderen ausschließende Regelung der jeweiligen Teilfrage anzusehen ist (...).“³⁵⁾ Dies ist bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu verneinen, da dessen Unrechtsgehalt „schon nach Unionsrecht unabhängig von einer Verletzung des deutschen Lauterkeitsrechts“³⁶⁾ besteht. Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot bezieht sich auf Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem Binnenmarkt, während sich das Lauterkeitsrecht auf den Schutz des Wettbewerbs in Deutschland beschränkt.³⁷⁾ Der Schwerpunkt des Unrechtsgehalts des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot liegt mithin außerhalb des Lauterkeitsrechts.³⁸⁾ Die Ansprüche aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB und aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG jeweils i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV bestehen und verjähren also unabhängig voneinander.³⁹⁾ Sie können zudem nebeneinander geltend gemacht werden.⁴⁰⁾ Auch wenn die kurze Verjährungsfrist des § 11 UWG verstrichen ist, kann also ein Wettbewerber eines quersubventionierten öffentlichen Entsorgungsunternehmens seine deliktsrechtlichen Ansprüche gegen den Beihilfegeber vor Gericht einklagen, sofern die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) noch nicht verstrichen ist.

e. Optionen des nationalen Gerichts bei Unsicherheiten über das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV

Bei Unsicherheiten über das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot, z. B. weil sich das nationale Gericht über das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV unsicher ist, kann es die Kommission um eine unverbindliche⁴¹⁾

Stellungnahme bitten.⁴²⁾ Dadurch wird zugleich die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen der Kommission und der nationalen Gerichte verringert.⁴³⁾ Dagegen darf das nationale Gericht das Verfahren „nicht deshalb aus(...)setzen, weil bislang kein abschließender Beschluss der Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorliegt. Die nationalen Gerichte haben die Maßnahmen anzuordnen, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit der Durchführung der Beihilfen zu beseitigen, damit der Empfänger in der bis zur Entscheidung der Kommission noch verbleibenden Zeit nicht weiterhin frei über sie verfügen kann. Eine Aussetzung der Entscheidung liefe darauf hinaus, dass der Vorteil der Beihilfe während des Zeitraums des Durchführungsverbots aufrechterhalten bliebe, was mit dem Ziel des Art. 108 Abs. 3 AEUV unvereinbar wäre und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nähme.“⁴⁴⁾ So würde eine Aussetzung des wettbewerbsrechtlichen Konkurrentenklageverfahrens einer Rekommunalisierungsstrategie geradezu Vorschub leisten, da aufgrund einer zeitlichen Verzögerung des Rechtsschutzes das öffentliche Unternehmen die Quersubventionspraktiken weiter verschleiern und seine Vorteile in laufenden Ausschreibungsverfahren weiter ausbauen könnte. Ein solcher „Verzögerungsschaden“ würde z. B. einem privaten Wettbewerber in der Abfallwirtschaft drohen, wenn Gerichte zum einen keinen einstweiligen Rechtsschutz gewähren und zum anderen das Hauptsacheverfahren bis zur abschließenden Kommissionsentscheidung aussetzen würden.

III. Fazit

Mit den Urteilen vom 10.02.2011 in den Verfahren I ZR 213/08 (Flughafen Lübeck) und I ZR 136/09 (Flughafen Frankfurt-Hahn) hält der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Nichtigkeit unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährter Beihilfen fest: Der einer solchen Beihilfe zugrundeliegende privatrechtliche Vertrag ist gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz – das unionsrechtliche Durchführungsverbot – nichtig. Damit fehlt ein Rechtsgrund für die gewährte Beihilfe, z. B. eine gegen das Durchführungsverbot verstoßende Quersubventionierung innerhalb eines öffentlichen Unternehmens. Diese kann daher nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB durch den Beihilfegeber vom Empfänger zurückgefordert werden. Die Urteile vom 10.02.2011 bestätigen nunmehr, dass der Beihilfegeber zur Geltendmachung und Durchsetzung seines Rückforderungsanspruchs durch von der Beihilfe betroffene Dritte, insbesondere Wettbewerber des Beihilfeempfängers, gezwungen werden kann. Denn in den genannten Urteilen erkennt der BGH ausdrücklich Auskunft-, Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der von der Beihilfe betroffenen Wettbewerber des Beihilfeempfängers an. Diese Ansprüche von der Beihilfe betroffener Dritter ergeben sich aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG jeweils i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV. Sie können nebeneinander im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO) geltend gemacht werden.

33) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 45.

34) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 213/08 Rn. 47; s.a. Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 49, 55.

35) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 56.

36) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 58.

37) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 58.

38) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 57.

39) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 213/08 Rn. 47, I ZR 136/09 Rn. 49, 55.

40) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 54.

41) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 213/08 Rn. 36, I ZR 136/09 Rn. 30.

42) Ziffer 3 der Kommissionsbekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte (Fn. 26) Rn. 77 ff.

43) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 213/08 Rn. 36, I ZR 136/09 Rn. 30.

44) BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09 Rn. 75, I ZR 213/08 Rn. 70; vgl. a. EuGH, Rs. C-1/09 Rn. 40.