

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Franziska Schramm, Bonn\*

## „Wirtschaftliche Kontinuität“ bei privatisierungsbedingten Unternehmensspaltungen als EU-beihilfenrechtliches Rückforderungsrisiko

Wird im Rahmen einer Aufspaltung eines öffentlichen Unternehmens der Betrieb zum Zweck seiner Privatisierung von nicht rentabler Infrastruktur befreit, so verbleiben bei der öffentlichen Unternehmensinfrastruktur regelmäßig „stranded costs“. Diese für den Erwerber des Betriebs befreiende Anlastung von Kapitalkosten bei dem verbleibenden öffentlichen Infrastrukturunternehmen, regelmäßig einer Besitzgesellschaft, kann eine Begünstigung darstellen. Damit kann der Betriebserwerber einem Rückforderungsrisiko aus alten bzw. laufenden Beihilfenverfahren ausgesetzt sein, da das EuG in seiner Rechtsprechung an die „wirtschaftliche Kontinuität“ des Unternehmensbetriebs anknüpft.

### I. Die Beihilfenrückforderung nach funktionalen Unternehmenssukzessionen

#### 1. Die Axiomatik aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs

Objekt der Beihilfenkontrolle ist das beihilfenbegünstigte Unternehmen, Rückforderungsschuldner ist dagegen grundsätzlich der Rechtsträger des Unternehmens als dessen Zurechnungssubjekt.<sup>1</sup> Dabei muss zwischen einem *Asset Deal* und einem *Share Deal* unterschieden werden.<sup>2</sup> Da beim *Share Deal* sowohl das Unternehmen als tatsächlich auf dem Markt operierende Einheit als auch dessen Rechtsträger identisch bleiben – nur die Anteilsinhaber wechseln –, sind Rückforderungsansprüche regelmäßig gegen den gleich bleibenden Rechtsträger zu richten.<sup>3</sup> Beim *Asset Deal* wechselt hingegen der Rechtsträger des Unternehmens, nicht dagegen die tatsächlich am Markt operierende Unternehmenseinheit.<sup>4</sup>

a) Rückforderungsschuldner ist, wer den tatsächlichen Nutzen aus der Beihilfe gezogen hat

Der EuGH hat diesen Ansatz allerdings in verschiedenen Urteilen durchbrochen: Demnach ist nicht mehr rechtsformali-

stisch auf die Unternehmens- bzw. Rechtsträgeridentität abzustellen, Rückforderungsschuldner ist vielmehr derjenige, der den tatsächlichen Nutzen aus der Beihilfe gezogen hat.<sup>5</sup> Folglich ist grundsätzlich nicht auszuschließen, dass der (neue) Rechtsträger der tatsächlich begünstigten Unternehmensfunktionseinheit(en) im Sinne dieser Rechtsprechung nunmehr (auch) ein anderes Rechtssubjekt sein kann.<sup>6</sup>

Eine solche Möglichkeit, eine Rückforderung auf Dritte zu erstrecken, soll nach dem EuGH jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn

- die Vermögensübernahme entweder zu keinem marktgerechten Preis erfolgte oder
- die Transaktion einer Umgehung der Rückzahlungspflicht diene.

Dies darzulegen und zu beweisen obliegt der Kommission.<sup>7</sup>

b) Der wirtschaftliche Vorteil muss beim neuen Unternehmensrechtsträger andauern

Der EuGH verlangt von der Kommission außerdem bei einer Ausdehnung des Kreises der Rückzahlungsverpflichteten eine präzise Begründung und einen konkreten Nachweis,

\* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, die Zweitautorin ist wissenschaftliche Referentin am ZEI. Mehr über sie erfahren Sie auf S. III.

- 1 Koenig/Ritter, Rückforderungen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, EuZW 2004, 487.
- 2 Koenig/Wetzel, Beihilfenrückforderung nach einer Neuvergabe der Betriebsführung, EuZW 2006, 655.
- 3 Koenig/Ritter (Fn. 1), EuZW 2004, 489.
- 4 Koenig/Ritter (Fn. 1), EuZW 2004, 489.
- 5 EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-277/00, SMI, Slg. 2004, I-3925, EWS 2004, 315 (m. Komm. van Ysendyck/Zühlke), EuZW 2004, 370, Rdnr. 86.
- 6 Vgl. schon EuGH, 21. 3. 1991 – Rs. C-305/89, Alfa Romeo, Slg. 1991, I-1603; EuGH, 20. 9. 2001 – Rs. C-390/98, Banks, Slg. 2001, I-6117, BeckEuRS 2001, 250625; EuGH, 8. 5. 2003 – verb. Rs. C-328/99 und C-399/00, Seleco, Slg. 2003, I-4035, EWS 2003, 320 (m. EWS-Komm. Schütte/Elsner), EuZW 2003, 368; EuGH Rs. C-277/00, SMI (Fn. 5), Rdnr. 86.
- 7 EuGH verb. Rs. C-328/99 und C-399/00, Seleco (Fn. 6); EuGH Rs. C-277/00, SMI (Fn. 5).

dass der in Anspruch genommene neue Unternehmensrechtsträger infolge der Beihilfengewährung vor der Unternehmenssukzession gegenüber den normalen Marktbedingungen tatsächlich einen das Unternehmenssukzessionsdatum überdauernden wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat.<sup>8</sup>

Die Urteile *Seleco*<sup>9</sup>, *SMI*<sup>10</sup> und *Banks*<sup>11</sup> des EuGH lassen noch keine klaren und widerspruchsfreien Konturen zur Frage der beihilfenrechtlichen Erwerberhaftung erkennen.<sup>12</sup> Dennoch kann festgehalten werden, dass der EuGH der Kommissionspraxis einer fallweisen Inanspruchnahme von Vermögens- bzw. Anteilserwerbern als Rückforderungsschuldern nicht grundsätzlich ablehnend gegenübersteht.<sup>13</sup> Die genauen Kriterien einer Inanspruchnahme präzisiert das EuG im (unter I. 2.) näher zu untersuchenden Urteil „*Olympiakes Aerogrammes*“.

### c) Vergleich mit dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts

Auch die kartellrechtliche Rechtsprechung sollte für Fragen einer Inanspruchnahme von Rechts- und funktionalen Unternehmensnachfolgern angesichts der erst wenigen EuGH-Entscheidungen zur beihilfenrechtlichen Erwerberhaftung berücksichtigt werden: In der Kartellrechtssache *Akzo Nobel*<sup>14</sup> haben sowohl das EuG in der ersten Instanz als auch der EuGH in der Rechtsmittelinstanz die Inanspruchnahme der Muttergesellschaft als rechtsfehlerfrei erachtet. Der EuGH rechnet darin das Verhalten der Unternehmensfunktionseinheit(en) von Tochtergesellschaften denjenigen Rechtsträgern (Muttergesellschaften) zu, die einen tatsächlich bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaften und damit auf deren Unternehmensfunktionseinheit(en) ausüben. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass der EuGH zukünftig auch im Beihilfenrecht für die Bestimmung des Kreises der Rückforderungsschuldner noch stärker als bisher – der *Akzo-Nobel*-Rechtsprechung entsprechend – auf materielle Beherrschungskriterien abstellt und damit verstärkt an das tatsächliche Verhältnis zwischen begünstigter Unternehmensfunktionseinheit und dem neuen Rechtsträger anknüpft.

### d) Anwendungsfall: Beihilfenrechtliche Durchgriffshaftung auf von „stranded costs“ entlastete (neue) Betriebsträger kommunaler Infrastrukturprojekte

Im Rahmen staatlich bzw. kommunal getragener Infrastrukturprojekte wie beispielsweise Häfen, Kongresszentren, Sport- und Entertainment-Arenen oder Flughäfen erfolgt nicht selten eine Trennung in Besitz- und Betriebsgesellschaft mit der Intention, den Betrieb von so genannten „stranded costs“ zu befreien und somit wirtschaftlich rentabel zu machen. Die Anlastung von Kapitalkosten bei dem öffentlichen Infrastrukturunternehmen („stranded costs“) kann umgekehrt, nämlich in der Größe des nicht marktwirtschaftlich – etwa durch Pachtzahlungen – kompensierten Entlastungseffektes, eine Beihilfe i. S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten des (neuen) Betriebsträgers darstellen. In derartigen Fällen stellt sich insbesondere die Frage, ob eine beihilfenrechtliche Durchgriffshaftung auf die Betriebsgesellschaft möglich ist. Werden „stranded costs“ nicht im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbs um die Betriebsübernahme eingepreist, etwa aufgrund eines Verzichtes auf einen die Kapitalkosten einbeziehenden Mindestpachtzins in den Ausschreibungsbedingungen, bietet also das beste Gebot keine marktangemessene Gegenleistung für den von

den gestrandeten Altlasten befreiten Betriebswert, dann wirkt diese Altlastenbefreiung im Unternehmen zugunsten des Betriebserwerbers als Wettbewerbsverzerrung fort. Der unverzerrte Wettbewerb kann dann nur mit einer Rückforderung durch den Beihilfegeber gegenüber dem Betriebserwerber restituiert werden.

## 2. Das EuG-Urteil *Olympiakes Aerogrammes*

### a) Sachverhalt

In dem Urteil *Olympiakes Aerogrammes*<sup>15</sup> bestätigt und verschärft das EuG die bisherige Rechtsprechung des EuGH: In dem dieser Rechtssache zugrunde liegenden Fall wurde eine griechische Fluggesellschaft (OA) zur Privatisierung und Umstrukturierung aufgespalten in eine Gesellschaft, die (in Fusion mit einer weiteren Tochterfluggesellschaft der OA, Macedonian Airways) den Flugbetrieb weiterführen sollte, und in eine Gesellschaft, die alle verbleibenden Aufgaben übernehmen sollte, wie zum Beispiel Bodenabfertigungsdienste, Instandhaltungsarbeiten und Schulungen. Die Abspaltung der Flugbetriebssparte der alten OA und deren Fusion mit einer Tochter der OA fand nicht unter den Bedingungen eines Ausschreibungswettbewerbs statt, der Preis für die Flugbetriebssparte wurde also nicht „am Markt“ ermittelt, sondern vom griechischen Staat per Dekret verordnet.<sup>16</sup> Tatsächlich war aber nur der Flugbetrieb rentabel (auch schon vor der Spaltung), so dass die verbleibende OA schnell ein negatives Eigenkapital aufwies, während die neue, aus der „Fusion“ hervorgegangene OA (im Urteil „NOA“) weiterhin rentabel operieren konnte. Sowohl gegen OA als auch gegen NOA ordnete die Kommission in mehreren Verfahren Rückforderungen rechtswidriger Beihilfen an.

### b) EuG: Fortwirkung von Beihilfen aufgrund „wirtschaftlicher Kontinuität“

Fraglich ist in diesem Fall jedoch, ob für die Beihilfen, die vom griechischen Staat vor der Unternehmensspaltung an OA geflossen waren, auch NOA als Rückforderungsschuldnerin belangt werden kann. Der Kommission hat sich der Verdacht aufgedrängt, dass mit der Unternehmensumbildung eine Umgehung von Beihilfenrückforderungen beabsichtigt wurde. Das EuG stellt dabei ausschließlich auf die „wirtschaftliche Kontinuität“ zwischen OA in der ursprünglichen Form und NOA ab und will nach Maßgabe dieser „wirtschaftlichen Kontinuität“ den tatsächlich Beihilfenbegünstigten identifizieren. Dieser Ansatz der „wirtschaftlichen Kontinuität“ weicht von dem Konzept einer Unternehmens-(teil)identität im engeren Sinn ab, wobei es für beide dogmatische Ansätze auf die Frage eines Rechtsträgerwechsels überhaupt nicht mehr ankommt. Vielmehr stellt das Gericht allein darauf ab, wohin die Beihilfen geflossen sind

8 EuGH verb. Rs. C-328/99 und C-399/00, *Seleco* (Fn. 6), Rdnrn. 76 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, EGWR § 45 Beihilfenverfahrensrecht, Rdnr. 25.

9 EuGH verb. Rs. C-328/99 und C-399/00, *Seleco* (Fn. 6).

10 EuGH Rs. C-277/00, *SMI* (Fn. 5).

11 EuGH Rs. C-390/98, *Banks* (Fn. 6).

12 *Koenig/Ritter* (Fn. 1), *EuZW* 2004, 489 ff.

13 *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, Komm. z. EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 108 AEUV, Rdnr. 33.

14 EuG, 12. 12. 2007 – Rs. T-112/05, *Akzo Nobel*, Slg. 2007, II-5049, Rdnr. 60; bestätigt durch EuGH, 10. 9. 2009 – Rs. C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Slg. 2009, I-8237, Rdnrn. 55–60.

15 EuG, 13. 9. 2010 – verb. Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, *Olympiakes Aerogrammes*, Slg. 2010, II-4749, BeckEuRS 2010, 522313.

16 EuG verb. Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, *Olympiakes Aerogrammes* (Fn. 15), Rdnr. 3.

und wo sie aufgrund der wirtschaftlichen Kontinuität trotz der Spaltung des Unternehmens und des Wechsels seines Rechtsträgers weiterhin fortwirken:

„Besteht nämlich eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen diesen beiden Gesellschaften, kann NOA als die tatsächliche Begünstigte der Beihilfen angesehen werden, die der Flugbetriebspartei zugute gekommen sind und die der früheren Fluggesellschaft OA gewährt worden waren, bevor diese Sparte durch NOA übernommen wurde.“<sup>17</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass die Vorteile für NOA, auf die das EuG in Bezug auf die Frage nach dem Rückforderungsschuldner abstellt, allein aus der wirtschaftlichen Kontinuität erwachsen sein müssen und nicht auf spätere Vergünstigungen von OA an NOA (nach der Spaltung) zurückzuführen sein dürfen.<sup>18</sup>

Das Kriterium der „wirtschaftlichen Kontinuität“ präzisiert das EuG bezüglich der Voraussetzungen und Indizien, die objektiv, das heißt ohne einen subjektiven Umgehungswillen, vorliegen müssen.<sup>19</sup> Vielmehr kann eine beihilfenrechtliche Durchgriffshaftung des neuen Betriebsträgers zur Rückzahlung der Beihilfe begründet sein,

„... wenn diese Übertragung die Feststellung einer wirtschaftlichen Kontinuität zwischen beiden Gesellschaften [dem Betriebsveräußerer und dem -erwerber] erlaubt, die folgenden Punkte berücksichtigt werden können: der Gegenstand der Übertragung (Aktiva und Passiva, Fortbestand der Belegschaft, gebündelte Aktiva), der Übertragungspreis, die Identität der Aktionäre oder Eigentümer des erwerbenden und des ursprünglichen Unternehmens, der Zeitpunkt der Übertragung (nach Beginn der Untersuchung, der Verfahrenseinleitung oder der abschließenden Entscheidung) oder schließlich die ökonomische Folgerichtigkeit der Transaktion.“<sup>20</sup>

Aus der im Urteil in der Rechtssache Olympiakes Aerogrammes kondensierten Gesamtschau der einschlägigen Rechtsprechung des EuG und des EuGH lassen sich folgende EU-beihilfenrechtliche Bewertungsparameter der Rückforderungsrisiken aus laufenden Beihilfeverfahren extrahieren:

1. Primärer Rückforderungsschuldner ist der Rechtsträger des Unternehmens, dem die rechtswidrigen Beihilfen tatsächlich zugeflossen sind.
2. Bei einer Unternehmens(teil)veräußerung kann jedoch im Falle einer wirtschaftlichen Kontinuität auch auf den Erwerber als neuen Rechtsträger des Unternehmens oder der separierten Unternehmenssparte als Rückforderungsschuldner zurückgegriffen werden.
3. Für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Kontinuität führt das EuG folgende Indizien auf:<sup>21</sup>
  - a) Gegenstand der Übertragung (Aktiva und Passiva, Fortbestand der Belegschaft, gebündelte Aktiva)
  - b) Übertragungspreis
  - c) Identität der Aktionäre oder Eigentümer des erwerbenden und des ursprünglichen Unternehmensrechtsträgers
  - d) Zeitpunkt der Übertragung (nach Beginn der Untersuchung, der Verfahrenseinleitung oder der abschließenden Entscheidung) und schließlich
  - e) die ökonomische Folgerichtigkeit der Transaktion.

c) *Ermessensentscheidung: objektive Umgehung der Rückzahlungspflicht*

Liegen mehrere dieser (nicht kumulativ aufgestellten) Indizien im konkreten Einzelfall objektiv und hinreichend quali-

fiziert vor, so kann die Kommission nach Abwägung der Gesamtsituation rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis kommen, dass eine wirtschaftliche Kontinuität besteht. Bei Vorliegen einer solchen kann die Kommission nach sorgfältigem Ermessen zu dem Resultat kommen, dass die Rückzahlungspflicht *objektiv* umgangen wurde.

Bei einer wirtschaftlichen Kontinuität lässt das EuG den Schluss auf eine tatsächliche Begünstigung des veräußerten Unternehmens(teils) zu, die wirtschaftlich auch nach Veräußerung/Abspaltung fortwirkt, und bestätigt deshalb eine Inanspruchnahme des Erwerbers als Rückforderungsschuldner der Beihilfe.<sup>22</sup>

### 3. Kritik an der EuG Rechtsprechung

#### a) *Keine stringente Unterscheidung zwischen Voraussetzungen und Schlussfolgerungen*

Diese Einordnungen sind aus rechtsdogmatischer Perspektive insofern nicht ganz überzeugend, als das EuG gleiche tatsächliche Gegebenheiten sowohl als Voraussetzungen als auch als Schlussfolgerungen einsetzt: So spiegelt sich das Kriterium der Begünstigung – laut EuG eigentlich eine Folge der wirtschaftlichen Kontinuität – bereits auf der Voraussetzungsseite in einem Indiz für die wirtschaftliche Kontinuität – nämlich in einem nicht marktgerechten Übertragungspreis – wider, wenn dessen Marktgerechtigkeit umgekehrt ja gerade zu einem Begünstigungsausschluss beim Erwerber führen soll.

#### b) *Unterscheidung zwischen der Prüfungsebene der funktionalen Unternehmens(teil)identität und der Prüfungsebene eines Begünstigungseffektes*

Außerdem scheint das entscheidende Merkmal der wirtschaftlichen Kontinuität von zwei verschiedenen Ansätzen geprägt zu sein: Zum einen kommt es auf formale Merkmale wie die Identität der Aktionäre oder Eigentümer des erwerbenden und des ursprünglichen Unternehmensrechtsträgers an, andererseits spielt ein faktischer Ansatz – nämlich ein marktgemessener Übertragungspreis zum Ausschluss der Weitergabe von Vorteilen aus den geflossenen Beihilfen an den Erwerber – ebenfalls eine wichtige Rolle. Eine rechtsdogmatische Unterscheidung zwischen der vorgelagerten Prüfungsebene der funktionalen Unternehmens(teil)identität einerseits und einer nachgelagerten (also nach Feststellung einer Unternehmens(teil)identität zu beschreibenden) Prüfungsebene hinsichtlich eines Begünstigungseffektes beim Erwerber (wegen nicht marktgerechter Transaktionsbedingungen) andererseits trifft das EuG indes nicht. Dies ist allerdings auch dem Umstand geschuldet, dass das EuG in der Rechtssache Olympiakes Aerogrammes über die Abspaltung der Flugbetriebspartei der alten OA und deren Fusion mit einer Tochter der OA ohne Durchführung eines

17 EuG verb. Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes (Fn. 15), Rdnr. 104; bestätigt durch EuG, 28. 3. 2012 – Rs. T-123/09, Ryanair/Kommission, BeckEuR 2012, 80780, Rdnr. 155.

18 EuG Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes (Fn. 15), Rdnr. 105.

19 EuG Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes (Fn. 15), Rdnr. 146.

20 EuG-Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes (Fn. 15), Rdnr. 135.

21 EuG Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes (Fn. 15), Rdnr. 135.

22 EuG Rs. T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes (Fn. 15), Rdnr. 104.

Ausschreibungswettbewerbs zu entscheiden hatte (der Preis für die Flugbetriebssparte wurde vom griechischen Staat per Dekret verordnet). Im Gegensatz dazu ist bei einer Unternehmensteilabspaltung unter Marktbedingungen, die im Wettbewerb ermittelt werden, eine Unterscheidung zwischen den Prüfungsebenen der funktionalen Unternehmens(teil)identität einerseits und eines möglichen Begünstigungseffektes beim erfolgreichen Bieter andererseits im Rahmen der Bewertung der Rückforderungsrisiken aus Beihilfeverfahren vor der Spaltung geboten. Denn trotz einer den Veräußerungsvorgang überdauernden funktionalen Unternehmens(teil)identität kann ein von dem Erwerber gezahlter marktgerechter Transaktionspreis, der auch den von den gestrandeten Altlasten befreiten Betriebswert abbildet, zu einem Begünstigungsausschluss beim Erwerber führen.

## II. Kommissionspraxis zu Beihilfenrückforderungen gegen Vermögens- oder Anteilserwerber

Die Kommission hat mehrfach auch den Vermögens- oder Anteilserwerber zur Rückforderung herangezogen. So verlangt die Kommission insbesondere bei einer Umgehung der Folgen einer Negativentscheidung, dass ein Betreibungsvorgang im Einzelfall nicht auf den Veräußerer beschränkt, sondern auch der Erwerber in Anspruch genommen wird.<sup>23</sup> Besonders achtet die Kommission dabei auf Fälle, bei denen eine Umgehung der Pflicht zur Rückzahlung der erhaltenen Beihilfen möglich ist, zum Beispiel wenn nur die rentablen Vermögensteile auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden und der veräußernde Rechtsträger als wertlose Hülle zurückbleibt. In diesem Fall würde die Rückforderung der Beihilfe durch den Veräußerungsvorgang vereitelt.<sup>24</sup> Aber auch in weniger extremen Fällen ordnet die Kommission eine Rückforderung beim Erwerber der Unternehmensbestandteile an, wenn die Rückforderung gegen den Veräußerer allein nicht reicht, um die endgültige Aufhebung der Wettbewerbsverfälschung zu erreichen.<sup>25</sup> Ob die Rückforderung beim Veräußerer diesem Zielgedanken gerecht wird, prüft die Kommission in erster Linie anhand folgender Kriterien:<sup>26</sup>

- Übertragungsgegenstand (Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, Übernahme von Arbeitskräften, zusammengefasste Vermögenswerte)
- Marktüblichkeit des Übertragspreises
- Verkauf „über den Markt“ (insbesondere durch ein offenes, diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren)
- Identität der Anteilseigner des veräußernden und erwerbenden Unternehmensrechtsträgers
- Zeitpunkt der Übertragung (vor oder nach Beginn des Beihilfenverfahrens)
- Wirtschaftlichkeit der Übertragung

Diese Kriterien wurden durch die Entscheidung Olympiakes Aerogrammes des EuG im Wesentlichen bestätigt.

Auch hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen von 2007<sup>27</sup> den Adressatenkreis der Rückzahlungsverpflichtung explizit auf Dritte ausgedehnt, die zwar selbst keine Beihilfen erhalten, jedoch sämtliche oder doch einen wesentlichen Teil der Vermögensgegenstände vom beihilfebegünstigten Unternehmen bzw. der Gesellschaft erworben haben und somit tatsächlicher Nutznießer der Beihilfe sein können.<sup>28</sup>

## III. EU-beihilfenrechtskonforme Anlastung von „stranded costs“

„Stranded costs“ bezeichnen Kapitalkosten für Altinvestitionen, die etwa im Zuge einer Privatisierung bei der öffentlichen Hand „gestrandet“ werden müssen, um einen Privatisierungserfolg überhaupt zu ermöglichen. Häufig bestehen solche privatisierungsbedingten „stranded costs“ aus sog. „sunk costs“, die – regelmäßig bei Infrastrukturinvestitionen – als irreversible Kosten verursacht worden sind und im Falle eines Marktaustrittes nicht durch einen dem Investitionswert angemessenen Veräußerungserlös gedeckt und damit nicht rückgängig gemacht werden können.

### 1. Begünstigung trotz offener, transparenter und diskriminierungsfreier Ausschreibung, ...

Bei einer (gezielten) Befreiung des künftigen Betriebserwerbers von „stranded costs“ ist bezüglich des von der Kommission und auch vom EuG und EuGH eingesetzten Kriteriums der „Marktüblichkeit des Übertragspreises“ jedoch zu beachten, dass auch durch einen transparenten, offenen und diskriminierungsfreien Wettbewerb um den Übertragspreis und um die Übertragungskonditionen die Weitergabe von durch Beihilfen erlangten Begünstigungen des Unternehmensveräußerers an den erfolgreichen Bieter als Unternehmenserwerber nicht kategorisch ausgeschlossen, vielmehr grundsätzlich nur auf ein Minimum reduziert wird. In der Generaldirektion Wettbewerb und dem Juristischen Dienst der Kommission hat sich sektorenübergreifend die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine Begünstigung selbst im Fall einer offen, transparent und diskriminierungsfrei gestalteten Ausschreibung nicht ausgeschlossen werden kann, wenn nicht durch eine spezifische Gestaltung des Bietverfahrens gewährleistet wird, dass der erfolgreiche Bieter auch einen den zugeschlagenen („mit staatlichen Mitteln infizierten“) Erwerbsgegenstand vollständig kompensierenden Preis bezahlt. Diesen Gedanken hat die Kommission u. a. beispielhaft in Ziffer 12 ihrer Leitlinien für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01)<sup>29</sup> deutlich gemacht.

<sup>23</sup> Koenig/Wetzel (Fn. 2), in: EuZW 2006, 655.

<sup>24</sup> Koenig/Wetzel (Fn. 2), in: EuZW 2006, 655.

<sup>25</sup> Koenig/Wetzel (Fn. 2), in: EuZW 2006, 655.

<sup>26</sup> Europäische Kommission, Entscheidung v. 2. 6. 1999 – Seleco, ABl. EG 2000 Nr. L 227, 24; Europäische Kommission, Entscheidung v. 8. 7. 1999 – Gröditzter Stahlwerke, ABl. EG 1999 Nr. L 292, 27; Europäische Kommission, Entscheidung v. 11. 4. 2000 – SMI, ABl. EG 2000 Nr. L 238, 50; Europäische Kommission, Entscheidung v. 21. 6. 2000 – CDA, ABl. EG 2000 Nr. L 318, 62; Europäische Kommission, Entscheidung v. 30. 10. 2001 – Graf von Henneberg Porzellan GmbH, ABl. EG 2002 Nr. L 307, 1.

<sup>27</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 272/4, 15. 11. 2007, Ziff. 3.1/Rdnr. 32.

<sup>28</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert (Fn. 13), Art. 108 AEUV, Rdnr. 33.

<sup>29</sup> „(12) In der Regel werden Beihilfen direkt den Netzinvestoren gewährt, welche in den meisten Fällen im Wege einer wettbewerblichen Ausschreibung bestimmt werden. Wenn der Beitrag des Staates nicht zu normalen Marktbedingungen bereitgestellt wird und folglich im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers als staatliche Beihilfe einzustufen ist, wird durch das wettbewerbliche Auswahlverfahren sichergestellt, dass alle Beihilfen auf das für das jeweilige Vorhaben erforderliche Minimum beschränkt bleiben. Dabei liegt aber dennoch eine staatliche Beihilfe vor, weil die staatliche Stelle dem ausgewählten Bieter eine finanzielle Unterstützung zukommen lässt (z. B. durch „Ergänzungsfinanzierung“ oder Sachleistungen) und der Zweck eines solchen Verfahrens gerade in der Auswahl des Beihilfeempfängers besteht. Durch die finanzielle Förderung kann der Bieter, der den Zuschlag bekommt, zu Konditionen geschäftstätig werden, die auf dem Markt nicht angeboten werden. Neben den unmittelbaren Beihilfeempfängern können Drittbetreiber, die auf Vorleistungsebene Zu-

a) ... wenn „stranded costs“ nicht eingepreist sind, ...

Wird etwa die Befreiung des künftigen Betriebserwerbers von „stranded costs“ nicht im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbs um die Betriebsübernahme eingepreist, z. B. aufgrund eines Verzichtes auf einen die Kapitalkosten einbeziehenden Mindestpreis in den Ausschreibungsbedingungen, so bietet auch das beste Gebot keine marktgemessene Gegenleistung für den von den gestrandeten Altlasten befreiten Betriebswert.

Die staatlich zurechenbare Anlastung von „stranded costs“ bei einer von der öffentlichen Hand getragenen Besitzgesellschaft erfolgt regelmäßig bereits vor der Unternehmensspaltung zwischen Besitz und Betrieb, also auch bevor der zu veräußernde Betriebsteil in den Bieterwettbewerb gestellt wird. Die damit verbundene Kostenfreistellung der Betriebseinheit ist dem Ausschreibungswettbewerb zwar vorgelagert. Der nicht im Wettbewerb eingepreiste, aber staatlich zurechenbar angelastete Teil der Infrastrukturkapitalkosten erfüllt dann gleichwohl in der Größe des nicht marktwirtschaftlich – etwa durch Pachtzahlungen – kompensierten Entlastungseffektes den Beihilfentatbestand gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten des (neuen) Betriebs-trägers.

Die beihilfenrechtliche Problematik einer Ablagerung der „stranded costs“ bei staatlichen Haushalten zwecks Ermöglichung eines Privatisierungsprozesses ist in der Kommissionspraxis mehrfach behandelt worden. In der Ausgangslage ging es in der Mehrzahl der Fälle um ehemalige Monopolmärkte, auf denen der Staat der einzige Akteur war und deren Liberalisierung angestrebt wurde (zum Beispiel der Telekommunikationsmarkt in Griechenland<sup>30</sup>, die Straßenbaubehörde in Finnland<sup>31</sup> oder der Energiemarkt in Frankreich<sup>32</sup>). Im Rahmen dieser Liberalisierungen wurde der jeweilige staatliche Monopolist (teil-)privatisiert, um in einen Wettbewerb mit weiteren privaten Anbietern der Branche treten zu können. Bei der Umwandlung des jeweiligen Staatsunternehmens in ein privates Unternehmen wurden die monopoltypischen Altlasten kostenrechnerisch als „stranded costs“ abgebildet, die aufgrund langfristiger Vereinbarungen oder anderer Umstände nicht unverzüglich „marktgängig“ abgebaut werden konnten, also weiterhin getragen werden mussten. Da diese „stranded costs“ den Eintritt und den Verbleib des ehemaligen Staatsunternehmens am Markt aufgrund ihrer betriebswirtschaftlich untragbar hohen Belastung aber erschwert oder verhindert hätten, wurden sie durch verschiedene Mechanismen in den betreffenden Fällen vom Staat übernommen oder teilfinanziert.

b) ... es sei denn, das Liberalisierungsziel überwiegt die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen

Die Kommission bewertete die staatlichen Anlastungen der „stranded costs“ in allen Fällen durchweg als tatbestandliche Beihilfen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV, gelangte jedoch bei den Maßnahmen der Mitgliedstaaten ganz überwiegend zu dem Ergebnis, dass eine Kompatibilität mit dem gemeinsamen Markt gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV vorliegt, wenn das Ziel der Liberalisierung und Öffnung des Marktes gegenüber der Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen überwiegt, also die staatlichen Anlastungen der „stranded costs“ „zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete“ den Wettbewerb erst ermöglichen, mithin erforderlich sind.

## 2. Rechtfertigung auf Kompatibilitätsebene am Beispiel der Luftverkehrsleitlinien

Dass die Kommission ganz grundsätzlich eine staatliche Finanzierung von Kapitalkostenlücken nur auf der Kompatibilitätsebene gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV (oder Art. 106 Abs. 2 AEUV) zulassen will, belegt auch der Entwurf der neuen Luftverkehrsleitlinien (Leitlinien-E 2013).<sup>33</sup> Die neuen Leitlinien-E 2013 adressieren zwar nicht die beihilfenrechtliche Problematik einer Anlastung von „stranded costs“ bei staatlichen Infrastrukturunternehmen zum Zweck der Ermöglichung eines Betriebsprivatisierungsprozesses. Die (gegenwärtig nur in englischer Sprache vorliegenden) Leitlinien-E 2013 ermöglichen stattdessen eine staatliche Kapitalkostenlückenfinanzierung („capital costs gap funding“) von Flughafeninfrastrukturen:

„on the basis of an ex ante business plan as the difference between the investment costs and the net present value (NPV) of the expected operating profits of the investment.“ (Rdnr. 90).

Nach dem 5. Abschnitt der Leitlinien-E 2013 kann eine solche staatliche Kapitalkostenlückenfinanzierung in einem Raster von zulässigen Beihilfeintensitäten (nach Passagieraufkommen p.a.) der zuschussfähigen Investitionskosten (Rdnr. 92) nur auf der Kompatibilitätsebene gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV gerechtfertigt, nicht aber auf der Ebene des Beihilfentatbestandes behandelt werden – und zwar unabhängig von der Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbes um den Flughafenbetrieb, auf den die Kommission in diesem Zusammenhang noch nicht einmal Bezug nimmt.

## IV. Fazit

Wird im Rahmen der Aufspaltung eines öffentlichen Unternehmens der Betrieb zum Zweck seiner Privatisierung von Kapitalkosten nicht rentabler Infrastruktur befreit, so bleibt der Betriebserwerber einem Rückforderungsrisiko aus alten bzw. laufenden Beihilfenverfahren ausgesetzt.

Nur ein von dem Erwerber gezahlter marktgerechter Transaktionspreis, der auch den von den gestrandeten Altlasten befreiten Betriebswert abbildet, vermag zu einem Begünstigungsausschluss beim Erwerber zu führen.

gang zu der geförderten Infrastruktur erhalten, mittelbar begünstigt sein“; ABl. EU Nr. C25/01, 26. 1. 2013, 1.

30 Europäische Kommission, Entscheidung Nr. C 1436 v. 10. 5. 2007 bezüglich der Beihilfe Nr. C 2/06 (ex N 405/05) – early voluntary retirement scheme of OTE, ABl. EU 2008 Nr. L 243, 11. 9. 2008, 7.

31 Europäische Kommission, Entscheidung Nr. C 6073 v. 11. 12. 2007 bezüglich der Beihilfe Nr. C 7/06 (ex NN 83/05) – Tielikelaitys, ABl. EU 2008 Nr. L 270, 10. 10. 2008, 1.

32 Europäische Kommission, Entscheidung Nr. C 4637 v. 16. 12. 2003 – EDF, ABl. EU 2005 Nr. L 49, 22. 2. 2005, 9.

33 Noch nicht veröffentlicht.