

AUFSÄTZE

Beihilfenrestitution bei zahlungs- und insolvenzunfähigen Körperschaften

Nach der Rechtsprechung des EuGH genügen Mitgliedstaaten ihrer Pflicht zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen von insolventen Beihilfenbegünstigten grundsätzlich durch die Anmeldung ihres Rückforderungsanspruches zu der Insolvenztabelle. Erhält der Mitgliedstaat die gewährten Beihilfen aber nicht vollständig zurück, wird die Beihilfenrestitution erst dann als abgeschlossen angesehen, wenn das Unternehmen liquidiert wurde und seine Tätigkeit eingestellt hat. Vor besondere und offene Fragen stellt Mitgliedstaaten die Beihilfenrestitution im Falle insolvenzunfähiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Der Beitrag zeigt auf, welche Pflichten die Mitgliedstaaten in solch einem Restitutionsfall treffen und wie eine eventuelle öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung weiterhin möglich bleiben kann, ohne dass das Nachfolgeunternehmen Restitutionsrisiken ausgesetzt wird.

Deskriptoren: Beihilfenrückforderung, Beihilfenrestitution, öffentlich-rechtliche Körperschaft, insolvenzunfähige Körperschaft, mitgliedstaatliche Pflichten, Insolvenz.

Normen: Artikel 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, Artikel 107 Abs. 1 AEUV, Artikel 14 der Verordnung 659/1999 und Artikel 260 AEUV.

Von Lucyne Ghazarian und Christian Koenig*

I. Besonderheiten des Beihilfenrestitutionsprozesses

Was ein Beihilfengewährer darf, darf ein Beihilfenrückforderer noch lange nicht! So, oder so ähnlich, lässt sich wohl am plakativsten die Restitutionsrechtsprechung der Unionsgerichte und die Restitutionspraxis der Europäischen Kommission beschreiben. Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume, die bei der Beihilfengewährung noch bestehen, werden im Restitutionsprozess vom Ziel der Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung durch Wiederherstellung des *status quo ante* überlagert.

Im Falle eines solventen Schuldners ist der Gestaltungsbedarf gering und die Rückforderung vergleichsweise einfach. Mit Ergreifen der erforderlichen Maßnahmen durch den Mitgliedstaat und Rückzahlung der erlangten Beihilfen und Rechtswidrigkeitszinsen ist eine Rückforderungsanordnung der Europäischen Kommission

grundsätzlich umgesetzt und das begünstigte Unternehmen führt seine Tätigkeit fort.

Ist der Rückforderungsschuldner hingegen zahlungs- und insolvenzunfähig und erfüllt das begünstigte (öffentlich-rechtliche) Unternehmen vielleicht darüber hinaus noch eine öffentliche (Pflicht-)Aufgabe, stehen Mitgliedstaaten vor der Frage, wie sie ihrer Rückforderungspflicht im Einzelfall genügen können.

Klarheit schafft in diesen Fragen eine Fokussierung auf das Restitutionsziel – der Wiederherstellung des *status quo ante* – und die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU zu mitgliedstaatlichen Restitutionsverpflichtungen bei insolventen Rückforderungsschuldnern.

II. Aus einer Rückforderungsanordnung resultierende Pflichten eines Mitgliedstaates

Die Europäische Kommission hat gemäß Artikel 14 Abs 1 der Beihilfenverfahrensverordnung¹ (BVVO) einen Mitgliedstaat zu verpflichten, rechtswidrige Beihilfen (in der Praxis regelmäßig binnen vier Monaten nach Bekanntgabe eines Negativbeschlusses) vom begünstigten Unternehmen zurückzufordern. Gemäß Artikel 14 Abs 2 BVVO umfasst die Rückforderungspflicht neben den gewährten Beihilfen auch Rechtswidrigkeitszinsen.

* Lucyne Ghazarian ist wissenschaftliche Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor am ZEI.

¹ Verordnung (EG) Nr 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über Vorschriften für die Anwendung von Artikel 88 EG-Vertrag (derzeit Artikel 108 AEUV) in der Fassung der Verordnung (EU) Nr 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags.

Aus dieser Anordnung resultiert die Pflicht des Mitgliedstaates, unverzüglich geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die rechtswidrig gewährten Beihilfen tatsächlich wiederzuerlangen.² Auch eine drohende Insolvenz des Rückforderungsschuldners oder im mitgliedstaatlichen Recht begründete Rückforderungshindernisse befreien den Mitgliedstaat nicht von seiner Rückforderungspflicht (kein Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit).³

1. Substituierende Umsetzungsmaßnahmen im Insolvenzfall

Für den Fall, dass das begünstigte Unternehmen aufgrund von bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit die erhaltenen Beihilfen und Rechtswidrigkeitszinsen nicht zurückzahlen kann oder durch die Rückzahlungsverpflichtung zahlungsunfähig wird, genügt der Mitgliedstaat seiner Rückforderungspflicht nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich „durch Eintragung der Forderung nach Rückerstattung der betreffenden Beihilfen in die Forderungstabelle“⁴ und durch die effektive Ausübung der Insolvenzgläubigerrechte.

Der EuGH betrachtet im Falle eines insolventen Begünstigten die rückzahlungsäquivalente Restitution von Beihilfen im Wege der Liquidation des begünstigten Unternehmens als ausreichende aber auch notwendige Umsetzungsmaßnahme.⁵

2. Besonderheiten bei Teilerfüllung der Rückzahlungspflicht

Können die Beihilfen nicht vollständig zurückerlangt werden, verlangt der EuGH neben der Eintragung der Forderung in die Insolvenztabelle zusätzlich, dass das begünstigte Unternehmen seine Tätigkeit vollständig einstellt:

„Denn wie der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden hat, kann die Eintragung der Forderung nach Rückerstattung der fraglichen Beihilfen in die Forderungstabelle die Rückforderungspflicht nur dann erfüllen, wenn das Konkursverfahren in dem

Fall, dass die staatlichen Stellen nicht den Gesamtbetrag der Beihilfen zurückerlangen können, zur Liquidation des Unternehmens, das die rechtswidrigen Beihilfen erhalten hat, führt, d. h. zur endgültigen Einstellung seiner Tätigkeit (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Belgien, Randnrn. 14 f., Kommission/Polen, Randnrn. 63 bis 65, sowie vom 13. Oktober 2011, Kommission/Italien, C-454/09, Randnr. 36).

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass mit der Rückforderung von Beihilfen, die für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt worden sind, die Wettbewerbsverzerrung beseitigt werden soll, die durch den Wettbewerbsvorteil verursacht wird, den der Empfänger dieser Beihilfen auf dem Markt gegenüber seinen Mitbewerbern besaß, und so die vor der Zahlung der Beihilfen bestehende Lage wiederhergestellt wird [...].“⁶

Die Europäische Kommission fordert weitergehend, dass, wenn die Rückzahlungspflicht nicht in voller Höhe erfüllt werden kann, erstens alle Aktiva des Rückzahlungsverpflichteten zu Marktbedingungen verwertet werden und zweitens Wettbewerber die Möglichkeit erhalten müssen, diese zu erwerben.⁷ Dem stimmt der EuGH in einer Restitutionskonstellation, in der ein neues Unternehmen teilweise die Tätigkeiten des liquidierten fortführt, im ersten Punkt zu, wenn er ausführt, dass der Wettbewerbsvorteil nicht bei einem Nachfolgeunternehmen fortwirken darf, was durch den Erwerb der Aktiva zu einem Marktpreis sichergestellt werden könne:

„Befindet sich das Unternehmen, dem die rechtswidrigen Beihilfen zugutegekommen sind, in Konkurs und ist eine Gesellschaft gegründet worden, um einen Teil der Tätigkeiten dieses in Konkurs gefallenen Unternehmens fortzusetzen, kann die Fortsetzung dieser Tätigkeit, ohne dass die betreffenden Beihilfen vollständig zurückerlangt wurden, die Wettbewerbsverzerrung fort dauern lassen, die durch den Wettbewerbsvorteil verursacht worden ist, den diese Gesellschaft auf dem Markt gegenüber ihren Mitbewerbern besaß. Somit kann eine derartige neu gegründete Gesellschaft, wenn dieser Vorteil zu ihren Gunsten fortbesteht, zur Rückerstattung der fraglichen Beihilfen verpflichtet sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn erwiesen ist, dass dieser Gesell-

2 EuGH, Urteil vom 14. April 2011, Rs C-331/09, Slg 2011, I-02933, Rn 55 und 59; Bungenberg, in: Bungenberg/Birnstiel/Heinrich, Kapitel 2, Rn 479.

3 EuGH, Urteil vom 27. Juni 2000, Rs C-404/97, Slg 2000, I-4897, Rn 52; Bungenberg, in: Bungenberg/Birnstiel/Heinrich, Kapitel 2, 2. Teil, Rn 483 ff.

4 EuGH, Urteile vom 11. Dezember 2012, Rs C-610/10, Rn 72; vom 15. Januar 1986, Rs 52/84, Kommission/Belgien, Slg 1986, 89, Rn 14, vom 21. Januar 1990, Rs C-142/87, Belgien/Kommission, Slg 1990, I-959, Rn 60 bis 62; vom 29. April 2004, Rs C-277/00, Deutschland/Kommission, Slg 2004, I-3925, Rn 85; vom 14. April 2011, Rs C-331/09, Kommission/Polen, Rn 60.

5 EuGH, Urteil vom 15. Januar 1986, Rs C-52/84, Rn 14.

6 EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2012, Rs C-610/10, Kommission/Spanien, Rn 104–105.

7 Bekanntmachung der Kommission, Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten, ABl C 272 vom 15. November 2007, S 4–17, Rn 61; vgl auch bezüglich der Liquidation: EuGH, Urteil vom 15. Januar 1986, Rs C-52/84, Rn 14 und 16.

schaft der tatsächliche Nutzen des mit dem Erhalt dieser Beihilfen verbundenen Wettbewerbsvorteils verbleibt, vor allem wenn sie die Vermögensgegenstände der Gesellschaft in Liquidation erwirbt, ohne dafür einen den Marktbedingungen entsprechenden Preis zu zahlen, oder wenn erwiesen ist, dass mit der Gründung einer derartigen Gesellschaft die Pflicht zur Rückerstattung der Beihilfen umgangen wurde.“⁸

Gemeinsam ist den Ansätzen des EuGH und der Kommission bei einer Teilerfüllung, dass sie in der Essenz die Marktberichtigung durch die Liquidation des Unternehmens unter wirtschaftlich tatsächlicher Einstellung der Tätigkeit des begünstigten Unternehmens fordern.

Die Kommission geht aber deutlich weiter, wenn sie fordert, dass Wettbewerber die Möglichkeit des Erwerbs der Aktiva erhalten müssen, um die Marktlücke schließen zu können. *„Konkurrierende Unternehmen, denen durch die unvereinbaren staatlichen Beihilfen geschadet worden sein könnte, sollten die Gelegenheit haben, die vom liquidierten Unternehmen hinterlassene Marktlücke auszufüllen und schließlich auch die verkauften Anlagegüter zu erwerben und sie effizienter einzusetzen.“⁹*

Eine Pflicht des Mitgliedstaats, Wettbewerbern im Rahmen der Restitution den Erwerb der Aktiva zu ermöglichen, lässt sich der EuGH-Rechtsprechung, die vor allem den Verbleib der Beihilfe am Markt verhindern will, hingegen nicht entnehmen.

3. Umfang der Restitutionspflichten und Abschluss der Restitution

Aus den vorgenannten Ausführungen des EuGH lassen sich darüber hinaus aber noch Schlüsse zu dem Umfang der mitgliedstaatlichen Beihilfenrückforderungspflichten bzw. zu dem Abschluss des mitgliedstaatlichen Restitutionsprozesses ziehen.

Die Eintragung der Beihilfenrückforderung in die Insolvenztabelle stellt das mindestens geschuldete Verhalten des Mitgliedstaates dar. Dies genügt im Grundsatz, wenn durch die Liquidation die vollständige Beihilfenrückforderung befriedigt werden kann. Gelingt die vollständige Restitution nicht, was bei einem zahlungsunfähigen Unternehmen regelmäßig der Fall ist, dann ist der Restitutionsprozess erst dann als abgeschlossen anzusehen, wenn erstens das Unternehmen liquidiert wurde und zweitens der wettbewerbliche *status quo ante* tat-

sächlich wiederhergestellt wurde. Dieser Restitutionszustand ist somit auch prozessual für die Feststellung einer Vertragsverletzung gemäß Art 108 Abs 2 UAbs 2 AEUV, Art 23 Abs 1 BVVO und Art 108 Abs 2 UAbs 2, 260 AEUV, Art 23 Abs 2 BVVO maßgeblich.

III. Die insolvenzunfähige öffentlich-rechtliche Körperschaft

Noch nicht entschieden hat der EuGH allerdings, welche konkreten Pflichten den Mitgliedstaat treffen, wenn das begünstigte Unternehmen zahlungs- und insolvenzunfähig ist, also über dessen Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Gemäß § 12 Abs 1 Nr 2 InsO können die deutschen Bundesländer landesrechtlich bestimmen, dass über das Vermögen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, die unter Aufsicht des normierenden Bundeslandes stehen, kein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. In einem solchen Fall kann die Bundesrepublik Deutschland die Beihilfenrückforderung nicht entsprechend der zuvor dargestellten Rechtsprechung *„in die Forderungstabelle“* eintragen und durch Ausübung der Insolvenzgläubigerrechte betreiben.

1. Wiederherstellung des status quo ante

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat ein *„Mitgliedstaat, an den eine Entscheidung gerichtet ist, die ihn zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet, nach Art. 249 EG alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Durchführung der Entscheidung sicherzustellen“*.¹⁰ Dabei ist der Mitgliedstaat in der Wahl seiner Mittel frei, allerdings mit der Maßgabe, dass die effektive Umsetzung von Unionsrecht, die *„Wiederherstellung der früheren Lage und die Beseitigung der aus den rechtswidrig gezahlten Beihilfen resultierenden Wettbewerbsverzerrung“* gewährleistet sind.¹¹ Die Restitution erfordert, dass der aus der Beihilfe resultierende wirtschaftliche Vorteil nicht beim Begünstigten verbleibt,¹² dh. das Beihilfenäquivalent zuzüglich Verzugszinsen zurückgezahlt wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH *„besteht das Hauptziel der Rückerstattung einer zu Unrecht gezahlten staatlichen Beihilfe darin, die Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen, die durch den mit der rechtswidrigen*

⁸ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2012, Rs C-610/10, Kommission/Spanien, Rn 106.

⁹ Entscheidung der Kommission vom 8. Juli 1999 über die staatliche Beihilfe Deutschlands zugunsten der Gröditzter Stahlwerke GmbH und ihres Tochterunternehmens Walzwerk Burg GmbH, K(1999) 2264, ABl Nr L 292 vom 13. November 1999 S 27–41, Rn 101.

¹⁰ EuGH, Urteile vom 14. April 2011, Rs C-331/09, Slg 2011, I-02933, Rn 55; vom 12. Dezember 2002, C-209/00, Kommission/Deutschland, Slg 2002, I-11695, Rn 31; vom 26. Juni 2003, C-404/00, Kommission/Spanien, Slg 2003, I-6695, Rn 21.

¹¹ EuGH, Urteil vom 14. April 2011, Rs C-331/09, Slg 2011, I-02933, Rn 57, 58 und 60.

¹² EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs C-277/00, Deutschland/Kommission, Slg 2004, I-3925, Rn 75.

Beihilfe verbundenen Wettbewerbsvorteil verursacht wurde.“¹³

Mithin sind die die (vollständige und tatsächliche) Beihilfenrückzahlung¹⁴ substituierenden mitgliedstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen maßgeblich an dieser Zielsetzung der Restitution des wettbewerblichen *status quo ante* zu messen. „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass mit der Rückforderung von Beihilfen [...] die vor der Zahlung der Beihilfen bestehende Lage wiederhergestellt wird“¹⁵.

2. Eine dem Insolvenzverfahren wirtschaftlich äquivalente Verwertung der Aktiva

Für den Fall, dass über das Vermögen eines begünstigten Unternehmens kein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann, ist eine Verwertung der verbliebenen Aktiva so zu gestalten, dass sie den vorgenannten Grundsätzen entspricht und in ihrer wirtschaftlichen Wirkung zumindest einer Gläubigerbefriedigung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens funktional gleichkommt, um die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Rückforderungsverpflichtung sicherzustellen.

Das wirtschaftliche Äquivalent zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens unter den Bedingungen einer EU-beihilferechtskonformen Liquidation des Unternehmens ist die vollständige Verwertung der Aktiva des Begünstigten und die Verwendung der Verwertungserlöse zur (teilweisen) Erfüllung von Gläubigerforderungen in einem geordneten Verfahren. Dagegen kommen unternehmenserhaltende Sanierungen in der Insolvenz kaum als beihilferechtlich geeignete, die Beihilfenrückzahlung substituierende mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahmen im Sinne der Restitution des wettbewerblichen *status quo ante* in Betracht, zumindest sind sie aber aus beihilferechtlicher Sicht sehr risikoträchtig.¹⁶

Übertragen auf den Fall einer insolvenzunfähigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedeutet dies, dass grundsätzlich alle Aktiva des insolvenzunfähigen Begünstigten möglichst ertragsreich verwertet und Erlöse vollständig – oder anteilig bei Existenz weiterer Gläubigerforderungen („*insolvenzrechtsanalog*“) – zur Erfüllung der Rückforderungsverpflichtung verwendet werden müssen. Erst mit Abschluss dieses wirtschaftlich äquivalenten Vorgangs kann eine Umsetzungsmaßnah-

me als vollständige Umsetzung einer Rückforderungsanordnung angesehen werden.

Die Verwertungsweise steht dabei dem Mitgliedstaat grundsätzlich frei. Der EuGH hat zB die Aufrechnung eines Rückforderungsanspruchs mit einem Zahlungsanspruch gegen den Mitgliedstaat als zulässige „Rückzahlungsmodalität“ anerkannt, sofern das mitgliedstaatliche Recht diese Form der Forderungsbefriedigung vorsieht.¹⁷

IV. Vermeidung wirtschaftlicher Kontinuität

Die Rückforderung einer Beihilfe kann nur dann als umgesetzt angesehen werden, wenn zwischen dem begünstigten Unternehmen und einem Erwerber aller oder einzelner (gebündelter) Aktiva, insbesondere im Rahmen eines *asset deal*, keine wirtschaftliche Kontinuität besteht.¹⁸

Eine Übertragung von (gebündelten) Aktiva eines Beihilfenbegünstigten auf eine andere juristische Person würde bei wirtschaftlicher Kontinuität zur Weitergabe des wirtschaftlichen Vorteils führen und den Kreis der Rückzahlungspflichtigen erweitern, und/oder – im Falle fehlender Kontinuität – ein anderes Unternehmen selektiv begünstigen.

Damit würde die beihilfeninduzierte Wettbewerbsverzerrung nicht beseitigt, sondern aufrechterhalten.

Eine Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung erfordert, dass das begünstigte Unternehmen (ebenso ein „wirtschaftliches Nachfolgeunternehmen“) zukünftig nicht mehr von den erhaltenen Beihilfen profitiert, denn „solange die Beihilfe nicht wieder eingezogen worden ist, kann der Beihilfeempfänger ihm durch die für unvereinbar erklärte Beihilfe zugeflossenen Gelder behalten und daraus einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil ziehen“.¹⁹

Nur bei Verhinderung der wirtschaftlichen Kontinuität kann die Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung durch Entziehung der beihilfenbedingten wirtschaftlichen Vorteile – also das Hauptziel der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen –²⁰ erreicht und die Rückforderungsanordnung als umgesetzt angesehen werden. Auf diesem Gedanken gründet auch die Rechtsprechung des EuGH im Falle der Teilrückzahlung und Teilfortführung und daraus ergibt sich auch die Anwendbarkeit der im Folgenden dargestellten Rechtsprechung zum Ausschluss der wirtschaftlichen Kontinuität, die vor allem der Bestimmung des Rückforderungsschuldners gilt.

13 *Ebenda*, Rn 76.

14 Die geschuldeten Beträge müssen tatsächlich und vollständig wiedererlangt werden; EuGH, Urteil vom 12. Mai 2005, Rs C-415/03, Kommission/Griechenland, Slg 2005, I-3875, Rn 44.

15 EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2012, Rs C-610/10, Kommission/Spanien, Rn 105.

16 Sanierungen bzw Umstrukturierungen bezwecken das Überleben des Unternehmens, was dem Ziel der Entziehung des wirtschaftlichen Vorteils entgegenstehen kann, siehe hierzu: *Bungenberg*, in: *Bungenberg/Birnstiel/Heinrich*, Kapitel 2, Rn 504 ff.

17 EuGH, Urteil vom 07. Juli 2009, Rs C-369/07, Olympic Airways, Rn 66.

18 *Bungenberg*, in: *Bungenberg/Birnstiel/Heinrich*, Kapitel 2, 2. Teil, Rn 472 ff.

19 EuGH, Urteil vom 14. April 2011, Rs C-331/09, Slg 2011, I-02933, Rn 56.

20 EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs C-277/00, Deutschland/Kommission, Slg 2004, I-3925, Rn 76.

1. Bestimmung der wirtschaftlichen Kontinuität anhand von Indizien

Die Bestimmung der Kontinuität ist eine Frage des Einzelfalls, allerdings hat das EuG Indizien formuliert, die kumulativ oder alternativ für eine wirtschaftliche Kontinuität sprechen können²¹:

- i. der Gegenstand der Übertragung (Aktiva und Passiva, Fortbestand der Belegschaft, gebündelte Aktiva)
- ii. der Übertragungspreis
- iii. die Identität der Aktionäre oder Eigentümer des erwerbenden und des ursprünglichen Unternehmensrechtsträgers
- iv. der Zeitpunkt der Übertragung (nach Beginn der Untersuchung, der Verfahrenseinleitung oder der abschließenden Entscheidung)
- v. schließlich die ökonomische Folgerichtigkeit der Transaktion.²²

Bei der Anwendung dieser Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, dass die Nachfolgerechtsprechung vornehmlich aus dem Bestreben resultiert, Auslagerungen von Aktiva auf andere Rechtsträger zur Umgehung der Beihilfenrestitution zu verhindern und sie dies über die Ausdehnung des Kreises der Rückforderungsschuldner erreicht.²³

2. Übertragungspreis

Der Übertragungspreis dient dabei als wesentlicherer Anhaltspunkt für die Abgrenzung von Aktivaverwertungen und Umgehungskonstruktionen. Ein starkes Indiz für die wirtschaftliche Kontinuität zwischen einem begünstigten Unternehmen und einem Erwerber- bzw. Nachfolgeunternehmen ist also ein nicht marktgerechter Übertragungspreis bzw. ein nicht marktgerechtes Überlassungs- oder Nutzungsentgelt.²⁴ Die Marktangemessenheit des Preises ist darüber hinaus bestimmend für den Ausschluss einer neuen Beihilfe an ein anderes Unternehmen.

a) Marktgerechter Übertragungspreis

Eine indizierte wirtschaftliche Kontinuität zwischen einem begünstigten Unternehmen und einem Erwerber von Aktiva respektive das Fortbestehen der beihilfenin-

duzierten Wettbewerbsverzerrung kann nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Aktiva zu Marktpreisen, dh dem „höchsten Preis, den ein privater Investor unter normalen Wettbewerbsbedingungen für diese Gesellschaft in der Situation, in der sie sich – insbesondere nach dem Erhalt staatlicher Beihilfen – befand, zu zahlen bereit war“²⁵, verwertet werden.

„Hierzu hat der Gerichtshof entschieden, dass, wenn ein Unternehmen, das eine rechtswidrige staatliche Beihilfe erhalten hat, zum Marktpreis erworben wird, der Käufer nicht als Nutznießer eines Vorteils gegenüber den übrigen Marktteilnehmern angesehen werden kann. Vom Erwerber kann daher die Rückzahlung solcher Beihilfen nicht verlangt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil SMI, oben in Randnr. 53 angeführt, Randnrn. 80 und 81). Speziell in Bezug auf den Erwerb von Vermögenswerten hat das Gericht in seinem Urteil CDA Datenträger Albrechts/Kommission (oben in Randnr. 66 angeführt) entschieden, dass dem Erwerber der tatsächliche Nutzen des Wettbewerbsvorteils, der mit den dem Veräußerer gewährten Beihilfen verbunden ist, nicht verblieben ist, wenn er für die Übernahme von Vermögenswerten einen marktgerechten Kaufpreis gezahlt hat. In einem solchen Fall kann nicht die Auffassung vertreten werden, dass der ursprüngliche Empfänger der Beihilfe als „leere Hülle“ verbleibt, von der die rechtswidrigen Beihilfen nicht zurückerlangt werden können (vgl. in diesem Sinne Randnrn. 99 und 100 des Urteils), oder dass dem Erwerber der tatsächliche Nutzen des mit den gewährten Beihilfen verbundenen Wettbewerbsvorteils verblieben ist.“²⁶

Für die Übertragung von Aktiva und/oder eine Betriebsüberlassung/Benutzungsüberlassung muss demnach ein marktgemessener Kaufpreis, Pachtzins oder ein marktgemessenes Nutzungsentgelt als Gegenleistung vereinbart werden.

b) Bestimmung des Marktpreises

Die Grundstücksmitteilung der Kommission²⁷, die in langer Kommissionspraxis auch auf Vermietungen und Verpachtungen öffentlicher Grundstücke analoge Anwendung findet,²⁸ sieht zwei alternative Verfahren zur Ermittlung des Marktpreises vor:

21 EuG, Urteil vom 13. September 2010, Rs T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Slg 2010 II-04749, Rn 135.

22 Koenig/Schramm, Wirtschaftliche Kontinuität bei privatisierungsbedingten Unternehmensspaltungen als EU-beihilfenrechtliches Rückforderungsrisiko, EWS 7/2013, S 267 (269).

23 EuG, Urteil vom 01. Juli 2009, Rs T-291/06.

24 Bungenberg, in: Bungenberg/Birnstiel/Heinrich, Kapitel 2, 2. Teil, Beihilfenverfahrensrecht, Rn 504 ff.

25 EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Rs C-277/00, Deutschland/Kommission, Slg 2004, I-3925, Rn 80.

26 EuG, Urteil vom 1. Juli 2009, Rs T-291/06, Rn 67.

27 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl Nr C 209 vom 10. Juli 1997 S 3–5.

28 Wollenschläger, in: Bungenberg/Birnstiel/Heinrich, Kapitel 1, 1. Teil, Rn 479 ff mit weiteren Nachweisen.

„1. Verkauf durch ein bedingungsfreies Bietverfahren [...]

2. Unabhängige Gutachten“

Rechtlich stehen diese alternativen Verfahren gleichwertig nebeneinander, wenn auch in der Kommissionspraxis eine Präferenz zum Verkauf durch bedingungsfreie Bietverfahren besteht.²⁹

Dies entspricht der Rechtsprechung der Unionsgerichte, nach der Mitgliedstaaten zur Bestimmung des Marktpreises neben dem Bietverfahren auf Wertgutachten zurückgreifen können:

„Zur Prüfung der finanziellen Bedingungen der Übertragung können die nationalen Behörden u. a. auf die für die Übertragung verwendete Form abstellen, beispielsweise die der öffentlichen Versteigerung, bei der davon auszugehen ist, dass sie einen Verkauf zu Marktbedingungen gewährleistet. Sie können außerdem insbesondere ein eventuell anlässlich der Übertragung angefertigtes Gutachten berücksichtigen.“³⁰

Eine Pflicht zur Durchführung eines wettbewerblichen Bietverfahrens lässt sich nicht entnehmen.

„Ferner hat der Gerichtshof festgestellt, dass die nationalen Behörden zur Prüfung der finanziellen Bedingungen der Übertragung insbesondere ein eventuell anlässlich der Übertragung angefertigtes Gutachten berücksichtigen können [...]“

Die Rechtsprechung der Unionsgerichte lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Die Verwertung der Aktiva muss zu einem marktgerechten Preis erfolgen, ansonsten könnte die wirtschaftliche Kontinuität zwischen dem begünstigten Unternehmen und dem Nachfolgeunternehmen indiziert sein. Die Bestimmung des Marktpreises kann alternativ durch ein Bietverfahren oder ein Wertgutachten erfolgen.

In der Konsequenz ist es auf der – eine mögliche Begünstigung des Nachfolgeunternehmens fokussierenden – Prüfungsebene des Beihilfetatbestandes grundsätzlich nicht erforderlich, ein Bietverfahren durchzuführen, um die wirtschaftliche Kontinuität auszuschließen. Scharf von der Prüfungsebene des Beihilfetatbestandes (Art 107 Abs 1 AEUV) ist aber die der erfolgten Verbotstatbestandsverletzung nachgelagerte – auf die Wiederherstellung des *status quo ante* ausgerichtete – Rechtsebene des Restitutionsprozesses (Art 108 Abs 2 AEUV, Artikel 14 Abs 1 BVVO) zu unterscheiden.

c) Das Erfordernis eines Bietverfahrens im Restitutionsprozess

Die Europäische Kommission ist der Ansicht, dass in einem Restitutionsprozess Wettbewerbern die Möglichkeit gewährt werden müsse, die Aktiva eines liquidierten Unternehmens zu erwerben.

„Obwohl der Erlös aus dem Verkauf der Anlagegüter nicht ausreichend sein könnte, um alle Schulden des Unternehmens zu bedienen und damit eine vollständige Rückzahlung zu gewährleisten, ist die Liquidation nicht ohne Wert im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen. Konkurrierende Unternehmen, denen durch die unvereinbaren staatlichen Beihilfen geschadet worden sein könnte, sollten die Gelegenheit haben, die vom liquidierten Unternehmen hinterlassene Marktlücke auszufüllen und schließlich auch die verkauften Anlagegüter zu erwerben und sie effizienter einzusetzen.“³¹

Für das Bietverfahren könnte mit der Kommission angeführt werden, dass mit der Restitution von Beihilfen die Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung bezweckt wird, also Wettbewerbern der Marktzutritt, -wiedereintritt oder die Erlangung des vormals verwehrten Wettbewerbsvorteils ermöglicht werden müsse.

Gegen das Kommissionsverlangen eines offenen, transparenten, bedingungs- und diskriminierungsfreien Bietverfahrens könnte angeführt werden, dass Mitgliedstaaten bei der Liquidation einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft verpflichtet werden könnten, öffentliches Eigentum an private Wettbewerber zu übertragen oder ihnen zur Nutzung zur Verfügung zu stellen, obwohl eine Reduzierung der Beihilfenrückforderung um den Marktpreis der dem liquidierten Unternehmen entzogenen Aktiva im Rahmen einer Rückübertragung an den Mitgliedstaat möglich wäre. Darin könnte auf einen ersten Blick eine Diskriminierung öffentlichen Eigentums unter Verstoß gegen Art 345 AEUV gesehen werden, weil Private kein Bietverfahren durchführen müssten. Dagegen spricht aber entschieden, dass der Mitgliedstaat in einem solchen Fall nicht anders gestellt werden würde als ein zu liquidierendes privates Unternehmen. Der Fall der Gröditzter Stahlwerke GmbH zeigt auch, dass die im Liquidationsprozess im Rahmen einer Beihilfenrestitution zu eröffnende Möglichkeit des Erwerbs der Aktiva durch Wettbewerber private wie öffentliche Unternehmen als Restitutionsschuldner gleichermaßen betrifft:

29 Wollenschläger, in: Bungenberg/Birnstiel/Heinrich, Kapitel 1, 1. Teil, Rn 480 ff.

30 EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Kommission/Frankreich, C-214/07, Rn 59 und 60.

31 Entscheidung der Kommission vom 8. Juli 1999 über die staatliche Beihilfe Deutschlands zugunsten der Gröditzter Stahlwerke GmbH und ihres Tochterunternehmens Walzwerk Burg GmbH, K(1999) 2264, ABl Nr L 292 vom 13. November 1999 S 27–41, Rn 101.

„Obwohl der Erlös aus dem Verkauf der Anlagegüter nicht ausreichend sein könnte, um alle Schulden des Unternehmens zu bedienen und damit eine vollständige Rückzahlung zu gewährleisten, ist die Liquidation nicht ohne Wert im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen. Konkurrierende Unternehmen, denen durch die unvereinbaren staatlichen Beihilfen geschadet worden sein könnte, sollten die Gelegenheit haben, die vom liquidierten Unternehmen hinterlassene Marktlücke auszufüllen und schließlich auch die verkauften Anlagegüter zu erwerben und sie effizienter einzusetzen.“³²

Der Ansicht der Europäischen Kommission³³ könnte wiederum entgegengebracht werden, dass eine beihilfeninduzierte Wettbewerbsverzerrung nicht primär durch die Möglichkeit des Erwerbs von Aktiva durch Wettbewerber beseitigt wird, sondern dadurch, dass das insolvente/insolvenzunfähige Unternehmen aufgrund seiner Liquidation weder die aus der Beihilfe resultierenden Vorteile noch seine Aktiva mehr nutzen kann. Die Möglichkeit des Erwerbs der Aktiva durch Wettbewerber könnte als sekundär und lediglich als ein Mittel zur Entziehung des wirtschaftlichen Vorteils angesehen werden. Es lässt sich kaum prognostizieren, ob der EuGH sich der Kommissionsansicht und dem auf den wettbewerblichen *status quo ante* bezogenen Ziel einer *rückforderungsäquivalenten* Restitution anschließen könnte. Denn die bisherige Rechtsprechung der Unionsgerichte zur freien mitgliedstaatlichen Auswahl zwischen Bietverfahren und Wertgutachten bezieht sich in erster Linie auf den Market-Economy-Vendor-Ausschluss des Beihilfentatbestandes nach Artikel 107 Abs 1 AEUV und nicht wie vorliegend auf *rückforderungsäquivalente* Restitutionsmaßnahmen, die den Rückforderungsausfall einer insolvenzunfähigen öffentlich-rechtlichen Unternehmenskörperschaft praktisch wirksam zur Umsetzung einer Beihilfenrückforderungsanordnung gemäß Art 14 Abs 1 BVVO kompensieren müssen.

Schließlich ist auch auf die ausschreibungsaffine Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Veräußerung öffentlicher Unternehmen hinzuweisen, selbst wenn diese – wiederum auf den Ausschluss des Beihilfentatbestandes nach Artikel 107 Abs 1 AEUV bezogene – Rechtsprechung nicht unmittelbar auf die hier vorliegende Restitutionskonstellation übertragbar ist. Dennoch lassen sich aus dieser Rechtsprechung grundsätzliche Erwägungen des Gerichtshofs erkennen, welche die Ausschreibungsfunktion im Hinblick auf die hier wie dort

gebotene authentische Marktbewertung der Unternehmensaktiva akzentuieren:

„Wird das Unternehmen nicht über die Börse privatisiert, sondern als Ganzes oder in Teilen an andere Unternehmen verkauft, sind folgende Bedingungen einzuhalten, damit ohne weitere Prüfung davon ausgegangen werden kann, dass kein Beihilfeelement enthalten ist:

- Es muss ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden, der allen offensteht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten;
- das Unternehmen muss an den Meistbietenden veräußert werden und
- die Bieter müssen über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können, auf die sich ihr Angebot stützt.

Privatisierungen, die durch Börsenverkauf oder Ausschreibungswettbewerb zu den oben genannten Bedingungen erfolgen, müssen der Kommission nicht im Voraus zur Prüfung möglicher Beihilfeelemente mitgeteilt werden; allerdings können die Mitgliedstaaten eine Mitteilung machen, wenn sie zusätzliche Rechtssicherheit wünschen. In anderen Fällen müssen Verkäufe auf etwaige Beihilfeelemente überprüft und deshalb notifiziert werden.“³⁴

Zusammenfassend lässt sich aus der Rechtsprechung folgern, dass, wenn Aktiva in offener, transparenter, bedingungsfreier und nicht-diskriminierender Weise verwertet werden, der Preis grundsätzlich³⁵ dem Marktpreis entspricht. Der wettbewerbsoffene Verwertungsvorgang verhindert insbesondere aufgrund der „Einpreisung“ der Beihilfe die wirtschaftliche Kontinuität zwischen dem Begünstigten und dem Nachfolgeunternehmen und erfüllt damit die beihilfenrechtlichen Anforderungen an substituierende Umsetzungsmaßnahmen.

V. Ergebnisse

Aus der bisherigen Rechtsprechung der Unionsgerichte lassen sich klare Ableitungen für die Beihilfenrückforde-

³² *Ebenda*.

³³ *Ebenda*.

³⁴ EuG, Urteil vom 28. Februar 2012, Land Burgenland und Österreich / Kommission, Rs T-268/08 und T-281/08, Rn 62 inzwischen durch Rechtsmittelurteil des EuGH vom 24. Oktober 2013, Land Burgenland ua / Kommission, Rs C-214/12 P bestätigt.

³⁵ Die Fälle, in denen die Ausschreibung lediglich dazu dient, die Beihilfe bzw die erforderliche Wettbewerbsverzerrung auf der Ebene der Kompatibilität möglichst gering zu halten, kann in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben.

zung von zahlungs- und gemäß § 12 Abs 1 Nr 2 InsO insolvenzunfähigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften bilden.

Kann über ein zahlungsunfähiges Unternehmen kein Insolvenzverfahren eröffnet werden, so muss dieses in einem wirtschaftlich äquivalenten Verfahren liquidiert werden. Dies umfasst grundsätzlich die vollständige Verwertung der Aktiva.

Können die Beihilfenrückforderungen nicht durch die Verwertungserlöse erfüllt werden (Teilerfüllung), muss das begünstigte Unternehmen seine wirtschaftliche Tätigkeit vollständig einstellen. Der Restitutionsprozess ist erst dann als abgeschlossen anzusehen, wenn erstens das Unternehmen liquidiert wurde und zweitens der

wettbewerbliche *status quo ante* tatsächlich wiederhergestellt wurde.

Im Falle einer Teilfortführung der Tätigkeit durch ein Nachfolgeunternehmen verlangt die Rechtsprechung eine Vermeidung der wirtschaftlichen Kontinuität, was bei einer Aktivaübertragung oder -überlassung durch marktgerechte Kaufpreise und Nutzungsentgelte sichergestellt werden kann, da die Beihilfe aufgrund der Einpreisung dem Markt entzogen wird.

Abzuwarten bleibt hingegen, ob der EuGH sich der weitergehenden Kommissionsansicht anschließt und für die Herstellung des *status quo ante* eine Möglichkeit des Aktivaerwerbs durch Wettbewerber im Restitutionsprozess verlangt.