

AUFSATZ

Folgebeitrag zu Ghazarian/Koenig, BRZ 2014, 131–138: Insolvenzrechtliche Vehikelgesellschaften und Beihilfenrestitution

Dieser Beitrag schließt an eine Abhandlung zur Beihilfenrestitution bei zahlungs- und insolvenzunfähigen Körperschaften (Ghazarian/Koenig, BRZ 2014, 131–138) an und beschäftigt sich mit der Unternehmenskontinuität von Vehikelgesellschaften und insolventen Beihilfenempfängern. Vehikelgesellschaften dienen der Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines insolventen Unternehmens bis zu dessen Verkauf oder dessen endgültigen Liquidation unter Verwertung der vorhandenen *Assets*. Wird ein solches Vehikel nach Abschluss des Insolvenzverfahrens aber nicht liquidiert, stellen sich Fragen der Unternehmenskontinuität und Beihilfenrestitutionschuld des Vehikels. Die Autoren beleuchten die Implikationen der Unionsrechtsprechung zur wirtschaftlichen Kontinuität für insolvenzrechtliche Vehikelgesellschaften und das Erfordernis einer Übertragung von Eigentum für die Annahme einer Unternehmenskontinuität.

Deskriptoren: Beihilfenrückforderung, Beihilfenrestitution, mitgliedstaatliche Pflichten, Insolvenz, Vehikel.

Normen: Artikel 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, Artikel 14 der Verordnung (EG) 659/1999.

Von Lucyne Ghazarian und Christian Koenig*

I. Vehikelgesellschaften in der Insolvenz

Über Vehikelgesellschaften gewährleisten Insolvenzverwalter die Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines insolventen Unternehmens bis zu dessen Verkauf oder dessen endgültigen Liquidation unter Verwertung der vorhandenen *Assets*. Offene Fragen der wirtschaftlichen Unternehmenskontinuität und Beihilfenrestitution stellen sich, wenn eine von einem Insolvenzverwalter gegründete Vehikelgesellschaft die Tätigkeit eines insolventen Beihilfenempfängers unter Nutzung der *Assets* des Beihilfenempfängers weiterführt, das Vehikel nach Abschluss des Insolvenzverfahrens aber nicht liquidiert wird.

Gründet der Insolvenzverwalter zum Beispiel eine Vehikelgesellschaft, welche die *Assets* des insolventen Beihilfenempfängers während des Insolvenzverfahrens unentgeltlich oder zu einem marktüblich niedrigen Pachtzins pachtet, könnte diese restitutionspflichtig werden, wenn zwischen ihr und der insolventen Gesellschaft

wirtschaftliche Unternehmenskontinuität im EU-beihilfenrechtlichen Sinne bestünde.

Die Grundlagen der wirtschaftlichen Kontinuität zwischen einem zahlungsunfähigen Beihilfenempfänger und einem Nachfolgeunternehmen waren bereits Gegenstand eines früheren Beitrags (Ghazarian/Koenig, BRZ 2014, 131–138) an den die folgende Abhandlung anschließt.

Diese befasst sich mit der Frage, wie die wirtschaftliche Kontinuität und die Restitutionsschuldner zu bestimmen sind, wenn die *Assets* von einer insolvenzrechtlichen Vehikelgesellschaft während des Insolvenzverfahrens gleich einem Eigentümer unter Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Beihilfenempfängers genutzt/betrieben werden, das Eigentum an den *Assets* aber bei dem insolventen Beihilfenempfänger verbleibt.

II. Erfordert Unternehmenskontinuität eine Eigentumsübertragung?

Das Urteil des EuG in der Rechtssache *Operator ARP*¹ deutet stark darauf hin, dass für die Annahme von Unternehmenskontinuität die Übertragung von Eigentum(-srechten) erforderlich ist. Gegen die Erweiterung des Kreises der Rückforderungspflichtigen aufgrund wirtschaftlicher Kontinuität in einer Rückforderungsanordnung der Europäischen Kommission führte das EuG aus:

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

„Allerdings trifft auch zu, erstens, dass die Erweiterung des Kreises der zur Rückzahlung der Beihilfe verpflichteten Unternehmen eine Übertragung von Vermögenswerten voraussetzt.“²

Für das Erfordernis einer Übertragung im Sinne einer sachenrechtlichen Verfügung über die *Assets* vom Beihilfenbegünstigten auf das Nachfolgeunternehmen, also gegen eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen einem insolventen Beihilfenempfänger und einem Vehikel, sprechen auch andere Sprachfassungen der Randnummer 64 des Urteils (Rs T 291/06), insbesondere die polnische Verfahrenssprache:

„Niemniej jednak, po pierwsze, poszerzenie kręgu podmiotów zobowiązanych do zwrotu pomocy wymaga przekazania aktywów.“³

„The fact remains that, first, in order to widen the group of entities required to repay the aid there must be a transfer of assets.“⁴

„Il n'en reste pas moins que, premièrement, l'élargissement du cercle des entités tenues au remboursement de l'aide exige un transfert d'actifs.“⁵

Bei der Heranziehung dieser Entscheidung ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Aussage des Urteils des EuG auf die Frage bezog, ob die Europäische Kommission bei Erlass ihrer Entscheidung die Betreiberfunktion des Erwerbberunternehmens, welche die Voraussetzung für die Eigentumsübertragung im zugrunde liegenden Fall darstellte und noch nicht endgültig feststand, hätte berücksichtigen dürfen.

Die Rechtsprechung könnte auch dahingehend auszulegen sein, dass in einem Fall, in dem die Eigentumsübertragung durch die Übernahme der Betreiberfunktion bedingt ist und diese noch nicht endgültig übernommen wurde, die wahrscheinliche Übernahme der Betreiberfunktion – wie im zugrunde liegenden Fall – nicht ausreicht, um als Indiz der Übertragung von *Assets* zu dienen.

Wenn auch die verschiedenen Sprachfassungen für eine Rechte- oder Eigentumsübertragung der *Assets* sprechen, ist das Urteil in Anbetracht der grundsätzlich wirtschaftlichen Betrachtungsweise des EU-Beihilfenrechts nicht eindeutig.

Die Auslegung des Urteils in der Rechtssache *Operator ARP* deutet zwar stark darauf hin, dass für die wirtschaftliche Kontinuität eine Übertragung des Eigentums oder der Rechte an den *Assets* erforderlich ist und eine Betreibertätigkeit (Operatortätigkeit), die einer wirtschaftlichen Nutzung der beihilfengeförderten *Assets* durch einen Eigentümer gleichkommt, nicht ausreicht.

Wenn das Indiz der Übertragung von Aktiva im Rahmen der Bestimmung der wirtschaftlichen Kontinuität hingegen wirtschaftlicher – nicht rechtlich im Sinne einer sachenrechtlichen Verfügung – zu verstehen ist, wäre eine Übertragung des Eigentums oder der Rechte an den *Assets* nicht zwingend für die Annahme einer Unternehmenskontinuität erforderlich.

Die Übertragung des Betriebs von *Assets* im Wege der Betreiberschaft kann wirtschaftlich einer Übertragung von Aktiva gleichstehen, insbesondere wenn die Betreiberschaft einer möglichen Nutzung der *Assets* durch den Eigentümer wirtschaftlich entspricht.

Für ein solches Verständnis könnte auch sprechen, dass die Rechtsprechung des EuGH die Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung erfordert, so 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 zugeflossene Gelder behalten und daraus einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil ziehen“.⁶

Der Betrieb beihilfengeförderter Einrichtungen, für deren wirtschaftliche „Zurverfügungstellung“ das Vehikel als potenzielles Nachfolgeunternehmen kein marktgerechtes Entgelt entrichtet, kann diesem erlauben, den aus den rechtswidrigen Beihilfen resultierenden unzulässigen Wettbewerbsvorteil weiterhin zu ziehen.

III. *Operator ARP* im Lichte der neueren Restitutionsrechtsprechung des EuGH

Die nach dem *Operator ARP* Urteil⁷ ergangene Restitutionsrechtsprechung des EuGH bezüglich der Restitutionspflichten der Mitgliedstaaten bei insolventen Beihilfenempfängern lässt es nicht unwahrscheinlich erscheinen, dass das EuG seine Rechtsprechung nicht bestätigen würde. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU ist die Beihilfenrestitution erst dann abgeschlossen, wenn das beihilfenbegünstigte Unternehmen seine wirtschaftliche Tätigkeit vollständig eingestellt hat und liquidiert wurde.⁸

2 *Ebenda*, Rn 64.

3 *Ebenda*, Hervorhebung durch Verfasser.

4 *Ebenda*, Hervorhebung durch Verfasser.

5 *Ebenda*, Hervorhebung durch Verfasser.

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

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

8 „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, dh 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).“ EuGH, Rs C 610/10, Kommission/Spanien, Rn 104.

Das Ziel der Beihilfenrestitution ist die Wiederherstellung des vor der Beihilfengewährung bestehenden Zustandes (*status quo ante*).⁹ Dieser Zustand ist nicht wiederhergestellt, wenn ein neues Unternehmen gegründet wird, welches die Tätigkeit des insolventen beihilfenbegünstigten Unternehmens wirtschaftlich fortführt, wobei Aspekte der Rechtsnachfolge außer Betracht bleiben. Maßgeblich ist danach in erster Linie die (Teil-)Fortführung der *wirtschaftlichen Tätigkeit*, wie der EuGH in seinem Urteil *Kommission gegen Spanien* feststellte:

„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 fortauern 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 Gesellschaft 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 (vgl. in diesem Sinne Urteil Deutschland/Kommission, Randnr. 86). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Zahlung eines den Marktbedingungen entsprechenden Preises nicht ausreichen würde, um den mit dem Erhalt der rechtswidrigen Beihilfen verbundenen Wettbewerbsvorteil zu neutralisieren.“¹⁰

Diese Feststellung dürfte auch nicht anders ausfallen, wenn das potenzielle Nachfolgeunternehmen eine Vehikelsgesellschaft, also ein Handlungsinstrument des Insolvenzverwalters zur Liquidation des Beihilfenempfängers ist.

IV. Das Verhältnis von Beihilfenrestitution und nationalem Insolvenzrecht

Ein nach nationalem Insolvenzrecht gebotenes und zur Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit eingesetztes Vehikel wird EU-beihilfenrechtlich so lange geduldet, wie dieses insolvenzrechtliche Vehikel zur Abwicklung des beihilfenrechtlichen Restitutionsverfahrens erforderlich ist. Danach muss dieses Vehikel, damit die wirtschaftliche Kontinuität durchbrochen wird, entweder zu einem Marktpreis verkauft oder liquidiert werden und seine wirtschaftliche Tätigkeit vollständig einstellen. Im Vehikel verbliebene *Assets* müssen zur Restitution der Beihilfen eingesetzt werden.

Die konkrete Abwicklung des Vehikels richtet sich dabei nach nationalem Insolvenz- und Gesellschaftsrecht. Das EU-Beihilfenrecht verlangt lediglich, dass das nationale Insolvenz- oder Gesellschaftsrecht mit der Maßgabe der wirtschaftlichen (nicht rechtlichen) endgültigen Abwicklung des Vehikels unter Marktbedingungen stattfindet. Die Auflösung des Rechtsträgers ist dabei nicht maßgeblich, sondern der Marktaustritt des Vehikels unter vollständiger Einstellung der Tätigkeit und vollständiger Verwertung der im Vehikel vorhandenen *Assets* unter Marktbedingungen.

Die Besonderheiten des nationalen Insolvenzrechts und daraus resultierende Hindernisse der Beihilfenrestitution werden von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU und auch von der Europäischen Kommission anerkannt,¹¹ entbinden nach der Rechtsprechung des EuGH den Mitgliedstaat und seine ihm zurechenbaren Körperschaften aber nicht von seinen Restitutionspflichten:

„Was darüber hinaus die von der Republik Polen angeführte mögliche Gefahr einer doppelten Rückzahlung betrifft, ist festzustellen, dass die Befürchtung, es könne im Rahmen der Umsetzung einer Entscheidung über die Rückzahlung einer für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärten staatlichen Beihilfe zu internen Schwierigkeiten kommen, nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Rechtfertigung dafür ist, dass ein Mitgliedstaat seinen unionsrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommt [...]“¹²

V. Gesamtschuld oder nachrangige Haftung?

Gemäß Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung (EG) 659/1999¹³ sind Mitgliedstaaten und ihre Gerichte ver-

⁹ „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 (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. April 1995, *Kommission/Italien*, C 348/93, Slg 1995, I 673, Randnr. 27, und *Kommission/Polen*, Randnr. 56).“ EuGH, Rs C 610/10, *Kommission/Spanien*, Rn 105.

¹⁰ EuGH, Rs C 610/10, *Kommission/Spanien*, Rn 106.

¹¹ Beschluss der Kommission vom 01.10.2014, SA.31550, Rn 269.

¹² EuGH, Rs C-331/09, Rn. 72 m.w.N.

¹³ Urteil des EuGH (Zweite Kammer) vom 21. November 2013, Case C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG v. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, intervenier Ryanair Ltd.*

pflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die rechtswidrigen Beihilfen zurückzuerlangen. Die Umsetzung einer Rückforderungsanordnung richtet sich nach nationalem Recht und die nationalen Rechtsgrundlagen sind durch die nationalen Gerichte EU-beihilfenrechtskonform dergestalt auszulegen, dass die Rückforderungsanordnung möglichst effektiv umgesetzt wird. Dabei stellt sich die Anschlussfrage, ob der ursprüngliche Beihilfenempfänger und das insolvenzrechtliche Vehikel gesamtschuldnerisch oder nachrangig in einem Stufenverhältnis für die Restitutionsschulden einstehen müssen.

Die nationalen Rechtsgrundlagen (Anspruchsgrundlagen) müssen unionsrechtskonform so ausgelegt werden, dass möglichst die **gesamte** Beihilfe vom (zunächst) primären Beihilfenrückforderungsschuldner und – wenn einer möglichst umfassenden Beihilfenrückführung dienlich – auch **gesamtschuldnerisch** vom (bisher) sekundären Beihilfenrückforderungsschuldner (Vehikel) zurückgefordert wird. Das EU-Beihilfenrecht verlangt somit, falls dies erforderlich ist, um einen möglichst großen Teil der rechtswidrigen Beihilfe zurückzuerlangen, eine **gesamtschuldnerische** Rückforderung.

Ausblick

Aufgrund der Fokussierung des EuGH auf die Fortsetzung der wirtschaftlichen Tätigkeit und den Marktaustritt (weniger auf die Indizien der wirtschaftlichen Kontinuität) ist es durchaus wahrscheinlich, dass das EuG trotz der Rechtsprechung in *Operator ARP* – welche durchaus eine andere Interpretation zulässt – die wirtschaftliche Kontinuität zwischen einem Restitutionsschuldner und einer insolvenzrechtlichen Vehikelgesellschaft, welche die *Assets* des insolventen Unternehmens

wirtschaftlich gleich einem Eigentümer und zu der Fortsetzung der wirtschaftlichen Tätigkeit des insolventen Beihilfenempfängers nutzt/betreibt, bejahen könnte. Ein Mittel zur Verhinderung der wirtschaftlichen Kontinuität wäre die Zahlung eines marktüblichen Entgelts des Vehikels für die Nutzung der *Assets*. Ein Mittel zur Unterbrechung wäre der Verkauf des Vehikels zu einem Marktpreis oder die wirtschaftliche Auflösung des Vehikels mit Abschluss des Insolvenzverfahrens.