

## Aufsätze

Christian Koenig<sup>\*)</sup>

### Fremd- und Eigenkapitalzufuhr an Unternehmen durch die öffentliche Hand auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts

*Zuwendungen der öffentlichen Hand an Unternehmen tragen nicht selten das Gewand einer marktüblichen Kapitalzufuhr. Sie erfüllen nach dem „market economy investor“-Test der EG-Kommission gleichwohl den Beihilfentatbestand gem. Art. 87 Abs. 1 EGV, wenn neues Kapital für Unternehmen unter Umständen bereitgestellt wird, die für einen privaten Kapitalgeber, der unter Marktbedingungen und wettbewerbsorientiert handelt, nicht annehmbar wären. Der „market economy investor“-Test wirft dabei häufig die Frage auf, ob eine Darlehensvergabe als Fremdfinanzierung im Vergleich zu einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, also der Eigenkapitalgewährung, ebenso geeignet ist, die Spielräume längerfristiger Rentabilitätsüberlegungen auszuschöpfen. Bei einer Darlehensvergabe steht die regelmäßig synallagmatische Zuordnung „Geld gegen Zins“, mithin die Abzinsungssätze sowie die Forderungsbontät im Rahmen der Suche nach einer marktgerechten Gegenleistung im Vordergrund. Demgegenüber hängt der Wert einer Investition bei einer Eigenkapitalgewährung – viel mehr als bei einer Fremdkapitalvergabe – von den subjektiv gesetzten Zielen des Investors ab. Bevor einige Maßstäbe zum „market economy investor“-Test behandelt werden, führt der folgende Beitrag in das System der EG-Beihilfenkontrolle sowie das Notifikationsverfahren nach Art. 88 Abs. 3 EGV in Verbindung mit der neuen Verfahrensverordnung in Beihilfensachen kurz ein.*

#### I. Kurzeinführung in das System der EG-Beihilfenkontrolle

##### 1. EG-Beihilfenkontrolle auf Grund eines präventiven Verbotes mit Genehmigungsvorbehalt

Nach Art. 87 Abs. 1 EGV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen

drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.<sup>1)</sup> Gleichzeitig sieht Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV verschiedene Ausnahmetatbestände vor, so dass die EG-Beihilfenkontrolle kein absolutes und unbedingtes Verbot sanktioniert.<sup>2)</sup> Die EG-Beihilfenkontrolle unterstellt vielmehr die mitgliedstaatliche Beihilfengewährung einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt im Rahmen der Durchführung eines Aufsichtsverfahrens vor der Kommission nach Art. 88 Abs. 2 und 3 EGV in Verbindung mit der Verfahrensverordnung (EG) Nr. 659/99 in Beihilfensachen.<sup>3)</sup>

Art. 87 Abs. 1 EGV normiert, unter welchen Voraussetzungen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sind. Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe nach Art. 87 EGV ist weit zu verstehen und umfasst jede Art von Vergünstigung, für die keine Gegenleistung erbracht wird, also nicht nur Leistungssubventionen wie Geld- oder Sachleistungen, sondern auch Verschonungen wie Steuer- und Abgabenerleichterungen sowie Sondertarife.<sup>4)</sup> Demzufolge sind zum Beispiel Darlehen unter dem marktüblichen Zinssatz oder Zahlungserleichterungen<sup>5)</sup> als Beihilfen anzusehen. Unerheblich ist die Motivation der Gewährung, entscheidend ist allein die Wirkung der Leistung. Die Begünstigungswirkung einer Maß-

1) Vgl. die prägnanten Darstellungen (Auswahl) zum EG-Beihilfenrecht bei Dreher, in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, S. 583; Klein/Haratsch, EWS 1997, 410; Koenig, EuZW 1995, 595; Koenig/Braun/Lekar, EuZW 1998, 5; Koenig/Kühling, EuZW 1999, 517; Mederer, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. z. EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., 1999, Art. 92–94 EGV; Nicolaysen, Europarecht II – Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1996, S. 278 ff.

2) EuGH Slg. 1977, 595, 609 f. – Steinike und Weinlig/Deutschland; EuGH Slg. 1990, I-307, 355 – Kommission/Frankreich/CBSF.

3) Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrages, ABl Nr. L 83/1.

4) EuGH Slg. 1994, I-877, 907 f. – Banco de Crédito Industrial/Ayuntamiento de Valencia, dazu EWIR 1994, 565 (Schroeder).

5) EuGH ZIP 1999, 1278 = EuZW 1999, 506 – Déménagements-Manutention Transport/ONSS.

<sup>\*)</sup> Univ.-Prof. Dr. iur., Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn

nahme ist stets vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen zu beurteilen. Der Europäische Gerichtshof und die Kommission orientieren sich dabei am Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Unternehmers (sog. „market economy investor“). Würde die staatliche Maßnahme unter vergleichbaren Marktbedingungen auch von einem wettbewerbsorientierten privatwirtschaftlichen Unternehmen vorgenommen, ist der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erfüllt.<sup>6)</sup>

Eine Beihilfe ist „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ gewährt, wenn die Vergünstigung dem Staat zugerechnet werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Staat auf die Vergabe der Vergünstigung einen wesentlichen Einfluss hat, insbesondere wenn die Beihilfe „über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt“ wird.<sup>7)</sup>

Vom Beihilfenregime der Gemeinschaft werden auch Beihilfen erfasst, die von – in die Mitgliedstaaten eingegliederten – juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Ländern und den Kommunen (Städten, Gemeinden), gewährt werden.<sup>8)</sup> Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden sind demnach im gleichen Umfang gemeinschaftsrechtlich unmittelbar verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten Art. 87 Abs. 1 EGV zu beachten. Die Mitgliedstaaten haben als gemeinschaftsrechtliche Handlungseinheiten auf Grund ihrer Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue (Art. 10 EGV) dafür Sorge zu tragen, dass ihre innerstaatlichen Untergliederungen Art. 87 Abs. 1 EGV beachten. Damit erstreckt sich das Beihilfenverbot nicht nur auf die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien, sondern auf sämtliche Gliedkörperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere auf die Kommunen, öffentlich-rechtliche Anstalten sowie auf unter staatlicher Rechts- oder Fachaufsicht stehende Institutionen, da der Staat auf diese zur Einhaltung des Beihilfenverbots aufsichtsrechtlich zugreifen kann.

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind nur Beihilfen, die auf die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind. Dieses Merkmal der Bestimmtheit oder Spezialität dient dazu, staatliche Fördermaßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zugute kommen, wie zum Beispiel der Ausbau der Infrastruktur oder die Erschließung von Gewerbegebieten, aus dem gemeinschaftlichen Beihilfenbegriff herauszunehmen. Weiterhin muss die Beihilfe den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen (Art. 87 Abs. 1 EGV).

Eine Wettbewerbsverfälschung ist zu bejahen, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert.<sup>9)</sup> Erforderlich ist daher, dass Unternehmen oder Produktionszweige einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktconformen Voraussetzungen nicht erhielten.

Der wirtschaftliche Vorteil muss zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen. Eine solche Beeinträchtigung ist schon dann gegeben, wenn der Vorteil eine

mögliche Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel hat.<sup>10)</sup> Das Vorliegen dieses grenzüberschreitenden Elements wird man bei immer dichter werdenden Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströmen allerdings nur ausnahmsweise verneinen können, etwa bei Beihilfen an Einzelhändler, Kleinhändler, Kleinstdienstleister und Freiberufler, deren Tätigkeiten auf einen lokalen Markt beschränkt sind. Auch geringfügige Beihilfen, die unterhalb bestimmter, von der Kommission festgelegter Schwellenwerte liegen (sog. „de minimis“-Beihilfen; zur Zeit 100 000 Euro in einem Zeitraum von drei Jahren), sind in der Praxis von der gemeinschaftlichen Beihilfenkontrolle ausgenommen.<sup>11)</sup> Nunmehr bildet Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998<sup>12)</sup> eine eindeutige Rechtsgrundlage für die Ausnahme von geringwertigen Beihilfen von der Beihilfenkontrolle.

Art. 87 Abs. 2 EGV nennt bestimmte Ausnahmen, unter denen Begünstigungen trotz ihres Beihilfencharakters mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Darunter fallen beispielsweise Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (Art. 87 Abs. 2 Buchst. a EGV) und Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen entstanden sind (Art. 87 Abs. 2 Buchst. b EGV). Ausgenommen vom gemeinschaftsrechtlichen Verbot sind auch Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit die Beihilfen zum Ausgleich teilungsbedingter Nachteile erforderlich sind (Art. 87 Abs. 2 Buchst. c EGV).<sup>13)</sup> Weiterhin können Beihilfen in bestimmten Fällen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden (Art. 87 Abs. 3 EGV), das heißt, sie können von der Kommission genehmigt werden. Dies betrifft etwa Beihilfen zur Förderung wirtschaftlich wenig entwickelter Gebiete (Art. 87 Abs. 3 Buchst. a EGV), Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats (Art. 87 Abs. 3 Buchst. b EGV), Beihilfen zur Förderung der Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige oder -gebiete (Art. 87 Abs. 3 Buchst. c EGV) und Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes (Art. 87 Abs. 3 Buchst. d EGV). Bei der Genehmigung solcher Beihilfen besitzt die Kommission einen erheblichen Ermessensspielraum.<sup>14)</sup> In der Folge einer verdichteten Genehmigungspraxis zu Art. 87 Abs. 3 hat sich die Kommission in ihrer Ermessensausübung allerdings regelmäßig durch sog. Leitlinien oder Gemeinschaftsrahmen selbst gebunden.

6) EuG ZIP 1999, 153 – Neue Maxhütte Stahlwerke; dazu *Martin-Ehlers*, EWS 1999, 244.

7) EuGH Slg. 1998, I-2629, 2641 – *Epifanio Viscido u. a./Ente Poste Italiane*.

8) EuGH Slg. 1987, 4013, 4041 – *Deutschland/Kommission*.

9) EuGH Slg. 1980, 2671, 2688 f. – *Philip Morris/Kommission*.

10) EuGH Slg. 1980, 2671, 2689 – *Philip Morris/Kommission*.

11) Mitteilung der Kommission über „de minimis“-Beihilfen vom 6. 3. 1996, ABI Nr. C 68/9.

12) Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. 5. 1998 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrages, ABI. Nr. L 142/1.

13) Dazu jüngst EuG ZIP 2000, 91 (in diesem Heft) – *Land Sachsen und VW/Kommission*.

14) EuGH Slg. 1980, 2671, 2690 f. – *Philip Morris/Kommission*; EuGH Slg. 1990, I-307, 363 – *Kommission/Frankreich (Boussac)*; EuGH Slg. 1991, I-1433, 1479 – *Kommission/Italien (ENI-Lanerossi)*.

## 2. Das Notifikationsverfahren nach Art. 88 Abs. 3 EGV in Verbindung mit der Verfahrensverordnung in Beihilfensachen

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, alle beabsichtigten Beihilfen zu notifizieren, das heißt der Kommission zu melden (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EGV). Die Notifizierungspflicht erstreckt sich nicht nur auf Einzelbeihilfen, sondern auch auf Beihilfenprogramme, wie zum Beispiel Filmförderrichtlinien der Länder.<sup>15)</sup> Anmeldepflichtig nach Art. 88 Abs. 3 EGV sind allein die Mitgliedstaaten, das heißt hierzulande die Bundesrepublik Deutschland. Die in einem föderalen System den Mitgliedstaaten eingegliederten Gebietskörperschaften (Länder und Kommunen) sind weder notifizierungsberechtigt noch notifizierungsverpflichtet.

Wird von einer Notifizierung abgesehen, so besteht die Gefahr, dass ein Wettbewerber die nationalen Gerichte oder die Kommission im Wege der Beschwerde mit den anvisierten Maßnahmen befasst. Nach der bisherigen Entscheidungspraxis besteht eine Befreiung von der Notifizierungspflicht nur in zwei Fällen. Eine Ausnahme besteht zum einen bei den sog. „de minimis“-Beihilfen, die „ganz offensichtlich den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar zu verfälschen drohen“.<sup>16)</sup> Innerhalb von drei Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten Vorteilsgewährung beträgt der Höchstbetrag der „de minimis“-Beihilfen 100 000 Euro. Wird dieser „de minimis“-Betrag nicht erreicht, erachtet die Kommission den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV als nicht erfüllt an; von einer Notifizierung kann dann abgesehen werden. Neben der „de minimis“-Ausnahme kann auf eine Anmeldung verzichtet werden, wenn das von der Kommission genehmigte Zuwendungsvolumen einer bestehenden Beihilferegulierung um nicht mehr als 20% überschritten wird.<sup>17)</sup> Diese Ausnahmetatbestände werden nunmehr auf Grund von Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998<sup>18)</sup> beziehungsweise Art. 27 der oben genannten, vom Rat am 22. März 1999 verabschiedeten Verfahrensverordnung (EG) Nr. 659/99 in Beihilfensachen als Durchführungsverordnungen der Kommission erlassen.

Häufig ist unklar, ob es sich bei einer öffentlichen Fördermaßnahme überhaupt um eine Beihilfe handelt. Dann ist für den Mitgliedstaat und auch für das begünstigte Unternehmen fraglich, ob die Maßnahme der Notifizierungspflicht unterliegt. Die Kommission, die sich seit einiger Zeit ohnehin vor einer Verfahrensüberlastung in Wettbewerbssachen zu schützen sucht,<sup>19)</sup> verlangt nicht mehr, dass selbst Maßnahmen, deren Beihilfencharakter höchst fraglich und eher konstruiert erscheint, anzumelden sind.<sup>20)</sup> Die Notifizierungspflicht greift somit nicht in Fällen durch, in denen der öffentliche Investor begründet annehmen kann, dass seine Maßnahme keine Beihilfe darstellt. Gelingt es dem öffentlichen Investor, etwa mittels einer genauen Analyse von regionalökonomischen Auswirkungen seiner Kapitalzufuhr an ein Unternehmen, eine kurz- beziehungsweise langfristige Rentabilitätsprognose (dazu unten II) zu erstellen, die das Zuschusselement aus ex-ante-Sicht eindeutig zu kompensieren vermag, so besteht keine Notifizierungspflicht; die öffentliche Finanzzufuhr ist dann nämlich nicht als Beihilfe zu werten. Da nur möglicherweise tat-

standsmäßige Beihilfen anzumelden sind, kann in diesem Falle berechtigterweise von einer Notifizierung abgesehen werden. Lässt die langfristige Rentabilitätsprognose dagegen nicht den Schluss zu, von einer wahrscheinlichen Kompensation der öffentlichen Unterstützungsmaßnahmen auszugehen, so besteht im Zweifel die Pflicht, die beabsichtigte Fördermaßnahme zu notifizieren. Dabei beurteilt die Kommission nach ständiger Praxis den Wert einer Investition für die öffentliche Hand ex ante. Eine ex-post-Bewertung der Rentabilität lehnt die Kommission eindeutig ab:

„Die Kommission wird keinesfalls durch eine Beurteilung im Rückblick feststellen, ob die Zuführung öffentlicher Mittel eine Beihilfe darstellt, bloß weil die tatsächlich erzielte Ertragsrate nicht angemessen war. Nur solche Maßnahmen können als Beihilfen behandelt werden, bei denen die Kommission der Ansicht ist, dass es für sie zum Zeitpunkt der Investitions- oder Finanzierungsentscheidung keine objektiven oder in gutem Glauben angenommenen Gründe gab, die vernünftigerweise eine mit einem privaten Unternehmen vergleichbare Rendite erwarten ließen.“<sup>21)</sup>

Diese von der Kommission zugrunde gelegte ex-ante-Bewertung der Rentabilitätsaussichten gilt auch für die eigene Einschätzung der Beihilfenqualität der in Frage stehenden Maßnahme durch den öffentlichen Investor. Vermag der öffentliche Investor auf der Grundlage seiner eigenen solide berechneten Rentabilitätsprognose überzeugend darzulegen, dass das Zuschusselement der Maßnahme durch einen „return on investment“ aller Voraussicht nach kompensiert werde, so kann von einer Notifizierung abgesehen werden. Dabei wird aufzuzeigen sein, dass eine Darlehensgewährung als klassisches Mittel der Fremdfinanzierung im Vergleich zu einer – auf ein „long term investment“ angelegten – gesellschaftsrechtlichen Beteiligung weniger geeignet erscheint, die Spielräume längerfristiger Rentabilitätsüberlegungen optimal auszuschöpfen (unten II 2).

Entscheidet sich der Mitgliedstaat, die fragliche Maßnahme zu notifizieren, so kann dies für das betroffene Unternehmen zu einem Zeitverlust führen. Die zeitliche Verzögerung der Fördermaßnahmen auf Grund vollständiger Notifizierung be-

15) Vgl. Koenig/Kühling, EuZW 2000, demnächst.

16) Mitteilung der Kommission vom 6. 3. 1996 (Fußn. 11).

17) Vgl. Kommission (Hrsg.), Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften, Bd. II A, Leitfaden für die Verfahren bei staatlichen Beihilfen, 1994, S. 30; Kruse, NVwZ 1999, 1049, 1051.

18) ABl Nr. L 142/1. Inzwischen hat die Kommission den Entwurf einer Verordnung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „de minimis“-Beihilfen im Internet veröffentlicht: <http://europa.eu.int/comm/dg04/la-waid/de/comcodemide.pdf>.

19) Die Suche nach einer Arbeitsentlastung ist eines der Motive für das Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EGV; Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027, ABl 1999 Nr. C 132, S. 1; kritisch vgl. Mestmäcker, EuZW 1999, 523; Wolf, EuZW 1999, 641.

20) S. dazu Kruse, NVwZ 1999, 1049, 1051; Sinneave, EuZW 1998, 268, 269. Auch ein vom Verfasser dieser Abhandlung am 27. 10. 1999 mit einem Kommissionsbeamten aus der Generaldirektion Wettbewerb (früher Generaldirektion IV), Abteilung für horizontale Beihilfen, geführtes Gespräch über die Notifikationsgrundsätze hat diese Einschätzung der Kommissionspraxis bestätigt.

21) Mitteilung 93/C 307/03 der Kommission vom 13. 11. 1993 zur Anwendung der Art. 92 und 93 EWGV und des Art. 5 der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie; ABl Nr. C 307/3, 10, Tz. 28.

läuft sich mindestens auf zwei Monate. Die Verzögerung kann sich bei Unvollständigkeit der Angaben gegenüber der Kommission erheblich verlängern. Der bisherigen Praxis folgend<sup>22)</sup> ist die Kommission nach Art. 4 Abs. 5 der Verfahrensverordnung (EG) Nr. 659/99 in Beihilfensachen verpflichtet, das angemeldete Beihilfenvorhaben innerhalb von zwei Monaten einer Vorprüfung zu unterziehen. Das Vorprüfungsverfahren dient dazu, der Kommission eine erste Meinungsbildung über die teilweise oder vollständige Vereinbarkeit der angemeldeten Beihilfe mit den Vorgaben des Art. 87 EGV zu ermöglichen.<sup>23)</sup> Das Vorprüfungsverfahren wird durch die Genehmigungs- beziehungsweise Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission oder die Einleitung des förmlichen Hauptprüfverfahrens abgeschlossen (Art. 88 Abs. 3 Satz 2 EGV). Bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission ist es dem Mitgliedstaat verboten, die beabsichtigte Beihilfe zu gewähren (Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV, Art. 3 der Verfahrensverordnung; sog. „Stillhaltegebot“). Entgegenstehendes nationales Recht darf wegen des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs so lange nicht angewendet werden, bis die Kommission die Fördermaßnahmen im Verfahren nach Art. 88 EGV genehmigt. Trifft die Kommission allerdings innerhalb der Zweimonatsfrist keine Entscheidung, ist der Mitgliedstaat nicht mehr an das Durchführungsverbot gebunden und kann, nachdem er die Kommission in Kenntnis gesetzt hat, die Beihilfe gewähren. Zu berücksichtigen ist aber, dass diese Frist dadurch unterbrochen wird, dass die Kommission Nachfragen zur Anmeldung stellt. Erst die Erteilung der Antwort löst eine neue Zweimonatsfrist aus. Zudem stellt Art. 4 Abs. 6 der Verfahrensverordnung die Umsetzung der Maßnahme unter den Vorbehalt, dass nicht innerhalb von 15 Arbeitstagen nach erneuter Benachrichtigung über die anstehende Umsetzungsmaßnahme durch den Mitgliedstaat das Hauptprüfverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EGV eröffnet wird.<sup>24)</sup>

Die Dauer eines Hauptprüfverfahrens lässt sich im Voraus kaum präzise abschätzen; zumeist geht es jedoch weit über die Dauer des Vorprüfungsverfahrens hinaus. Regelmäßig wird eine Genehmigung im Vorverfahren nur dann erteilt, wenn es für die Kommission relativ einfach zu beurteilen ist, dass es sich bei der notifizierten Maßnahme um keine Beihilfe handelt. Haben sich dagegen in einem – zudem politisch – problematischen Bereich<sup>25)</sup> auf Grund mangelnder Notifikationsbeziehungsweise Verfahrenspraxis noch keine Parameter für die Genehmigungsfähigkeit herausgebildet, so ist es nicht wahrscheinlich, dass die Kommission eine notifizierte Maßnahme bereits mit Abschluss des Vorverfahrens genehmigt.

Hält die Kommission das Vorhaben in der Vorprüfung für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, leitet sie das Hauptprüfverfahren ein (Art. 88 Abs. 2 EGV). Hier erhält der Mitgliedstaat Gelegenheit zur Stellungnahme. Daneben wird auch den anderen Beteiligten die Gelegenheit gegeben, sich zu den beabsichtigten Maßnahmen zu äußern. Zu den „Beteiligten“ zählen gem. Art. 1 Buchst. h Verfahrensverordnung neben den beihilfenbegünstigten Unternehmen die anderen Mitgliedstaaten sowie alle von der Beihilfe potenziell Betroffenen, insbesondere die konkurrierenden Unternehmen und die in ihren Interessen berührten Berufsverbände.<sup>26)</sup> Das Haupt-

prüfverfahren endet gem. Art. 7 der Verfahrensverordnung mit der Entscheidung der Kommission, die Beihilfe entweder zu genehmigen oder endgültig zu versagen. Wird die Genehmigung verweigert und ist die Beihilfe bereits ausgezahlt, gibt die Kommission dem Mitgliedstaat auf, sie zurückzufordern (Art. 11 und 14 Verfahrensverordnung).

## II. Darlehensgewährung und gesellschaftsrechtliche Beteiligung der öffentlichen Hand auf dem Prüfstand des „market economy investor“-Vergleichstests

### 1. Referenz- und Abzinsungssätze als „market economy investor“-Maßstäbe bei der Darlehensgewährung

Die Frage, ob eine Zuwendung der öffentlichen Hand an Unternehmen dem Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV unterfällt, hängt maßgeblich vom sog. „market economy investor“-Test ab. Nach diesem Beurteilungskriterium liegt dann eine Beihilfe vor, wenn neues Kapital für Unternehmen unter Umständen bereitgestellt wird, die für einen privaten Kapitalgeber, der unter Marktbedingungen und wettbewerbsorientiert handelt, nicht annehmbar wären.<sup>27)</sup> Die Kommission beschreibt den „market economy investor“-Test in ihrer Mitteilung über die „Anwendung der Art. 92 und 93 EWGV über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“<sup>28)</sup> wie folgt:

„Die Beachtung des Prinzips der Neutralität erfordert es, den Unterschied in den Bedingungen, zu denen die Mittel dem ... Unternehmen vom Staat bereitgestellt wurden, und den Bedingungen, zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen, als Beihilfe zu bewerten.“

Für die Bestimmung der marktüblichen Gegenleistung im Rahmen einer Darlehensgewährung und damit zur Berechnung des Beihilfenäquivalents ist die Mitteilung der Kommission vom 9. September 1997 über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze<sup>29)</sup> heranzuziehen. In dieser Mitteilung zeigt die Kommission die abstrakten Parameter auf, die sie zur Berechnung des Beihilfenelements einer in mehreren Tranchen gezahlten Beihilfe und zur Ermittlung der Beihilfenelemente zinsgünstiger Darlehen verwendet. Zur Bewertung der Beihilfenqualität einer Darlehensvergabe benutzt die Kommission einen Referenzsatz, der die Durchschnittshö-

22) Seit EuGH Slg. 1973, 1471, 1482 – Gebr. Lorenz GmbH/Deutschland und Rheinland-Pfalz.

23) *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 88 Rz. 9.

24) Die Kommission hat allerdings in einem Zusatzprotokoll zur Verfahrensverordnung erklärt, dass sie davon ausgehe, diese 15-Tage-Frist nur selten in Anspruch nehmen zu müssen; vgl. *Kruse*, NVwZ 1999, 1049, 1052, *Sinneave*, EuZW 1998, 268, 269; *dies.*, EuZW 1999, 270, 272.

25) Ein langwieriges Beihilfenverfahren zeichnet sich z. B. – ohne dass eine mitgliedstaatliche Notifizierung vorausgegangen ist – bei der voraussichtlich *ex officio* zu erwartenden Verfahrenseröffnung in Sachen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten deutscher Landesbanken ab; vgl. *Koenig*, EWS 1998, 149; *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363.

26) Vgl. EuGH Slg. 1984, 3809 Tz. 16 – *Intermills/Kommission*; EuGH Slg. 1993, I-2487 Tz. 24 – *Cook/Kommission*.

27) *Mederer* (Fußn. 1), Art. 92 EGV Rz. 9.

28) ABl 1993 Nr. C 307/6.

29) Mitteilung der Kommission über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze vom 9. 9. 1997, ABl Nr. C 273/3.

he der geltenden Zinssätze für mittel- und langfristige (5 bis 10 Jahre) mit den üblichen Sicherheiten versehene Darlehen widerspiegelt. Der Referenzsatz wird auf der Grundlage eines Richtsatzes berechnet, der dem sog. Inter-Bank-Swap-Satz für Laufzeiten von fünf Jahren zuzüglich eines Zuschlags von 0,75 Punkten entspricht.<sup>30)</sup> Der Referenzsatz entspricht dem Durchschnittswert der in den Vormonaten September, Oktober und November festgestellten Richtsätze und wird im Verlauf des Jahres angepasst, wenn er um mehr als 15% vom Durchschnittswert der in den letzten drei Monaten festgestellten Richtsätze abweicht. Seit dem 1. November 1999 liegt der so errechnete Referenzzinssatz sowohl für langfristige als auch für kurzfristige Darlehen in der Bundesrepublik bei 5,61%.<sup>31)</sup> Bei der Berechnung des Referenzsatzes weist die Kommission allerdings auf Folgendes hin:

„Der so festgestellte Referenzsatz ist ein Mindestsatz, der in besonderen Risikofällen erhöht werden kann (zum Beispiel Unternehmen in Schwierigkeiten, Mangel an üblicherweise von Banken geforderten Sicherheiten usw.). In diesem Fall kann der Zuschlag bei 400 Basispunkten und sogar darüber liegen, wenn keine Privatbank zur Gewährung des betreffenden Darlehens bereit gewesen wäre; . . .“

## 2. Vorteile einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung im Vergleich zu einer Darlehensgewährung mit Blick auf die Rentabilitätsprognose des „market economy investor“-Tests

Das Kriterium des „market economy investors“ ist vom EuGH im Hinblick auf eine Eigenkapitalzufuhr durch die öffentliche Hand weiter differenziert worden.<sup>32)</sup> Dabei unterscheiden sowohl die Kommission<sup>33)</sup> als auch der EuGH<sup>34)</sup> zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Anlagestrategie. Nur bei einer als „long term investment“ deutlich ausgewiesenen Beteiligungskonstruktion wird die Kapital einbringende öffentliche Hand einer privaten Unternehmensgruppe gleichgestellt, die nicht etwa nur eine kurzfristige, sondern vielmehr eine globale und sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt. In dem Urteil „Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH“ vom 21. Januar 1999 führte das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) in Anlehnung an die inzwischen gefestigte Rechtsprechung des EuGH zum Maßstab längerfristiger Rentabilitätsaussichten der Kapitalzufuhr durch öffentliche Körperschaften aus:

„Der private Investor, dessen Verhalten mit demjenigen eines wirtschaftspolitische Ziele verfolgenden öffentlichen Investors verglichen werden muss, braucht nicht notwendigerweise ein gewöhnlicher Investor zu sein, der Kapital zum Zweck seiner mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung anlegt, es muss sich aber zumindest um eine private Holding oder um eine private Unternehmensgruppe handeln, die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt.“<sup>35)</sup>

Langfristige Rentabilitätsaussichten des Investors können indes nur dann Berücksichtigung finden, wenn Art und Umfang einer Beteiligung des öffentlichen Investors auf eine Langzeitstrategie angelegt sind. Wie die Kommission in ihrer Mittei-

lung „über die Anwendung der Art. 92 und 93 EWGV auf Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“ deutlich macht, muss in diesem Zusammenhang zwischen Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen unterschieden werden:

„In dem ersten Fall (scil. Minderheitsbeteiligung) dürfte die Beteiligung eher spekulativer Natur und nur kurzfristig von Interesse sein, während im zweiten Fall (scil. Mehrheitsbeteiligung) von einem längerfristigen Interesse auszugehen ist.“<sup>36)</sup>

Diese Kommissionsmitteilung kann analog für die beihilfenrechtliche Bewertung von Beteiligungen der öffentlichen Hand in anderen Sektoren herangezogen werden.

Die Kapitalzufuhr des öffentlichen Investors ist damit in dem Maße als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren, als die öffentliche Hand selbst langfristig von jeder Rentabilitätsaussicht absieht.

Die Darlehensvergabe als klassisches Mittel der Fremdfinanzierung erscheint im Vergleich zu einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung unter diesen Vorgaben weniger geeignet, die Spielräume längerfristiger Rentabilitätsüberlegungen optimal auszuschöpfen. Denn durch die statische – regelmäßig synallagmatische – Zuordnung „Geld gegen Zins“ steht bei der Suche nach einer marktgerechten Gegenleistung hauptsächlich die Betrachtung der Abzinsungssätze sowie die Forderungsbonität im Vordergrund. Dies zeigt die Mitteilung der Kommission vom 9. September 1997 über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze,<sup>37)</sup> welche für zinsgünstige Darlehen gelten. Nach dieser Mitteilung legt die Kommission – wie bereits dargelegt – ein differenziertes System von Richt- und Referenzsätzen im Rahmen der Bewertung der Beihilfenqualität einer Darlehensvergabe zugrunde. Die Bewertungskriterien beschränken sich dabei auf eine bank- und finanzwirtschaftliche Analyse, zum Beispiel auf die Koppelung der Richtsätze für die Verzinsung mit dem jeweiligen Inter-Bank-Swap-Satz. Indes führt die Mitteilung keine Spielräume für Rentabilitätsüberlegungen außerhalb der in der Mitteilung vorgegebenen Parameter auf. Langfristige Aussichten, Rendite aus dem eingesetzten Kapital ziehen zu können, insbesondere Umstände außerhalb eines typischen Darlehensverhältnisses, sind dabei schwerer in Ansatz zu bringen als bei einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, die auf ein „long term investment“ ausgerichtet ist. So kann etwa eine Gesellschaftsbeteiligung der öffentlichen Hand an einem Freizeit- und Sportpark mit Blick auf die langfristigen Rentabili-

30) Diese Berechnung gilt für alle EG-Mitglieder mit Ausnahme Italiens, Spaniens und Griechenlands; vgl. ABl 1997 Nr. C 273/3.

31) Die Kommission veröffentlicht den jeweils aktuellen Referenzzinssatz unter folgender Internet-Adresse: <http://europa.eu.int/comm/dg04/aid/taux-ref.htm>.

32) EuGH Slg. 1991, I-1433, 1459 f. – Kommission/Italien (ENI-Lanerossi); EuGH Slg. 1991, I-1603, 1625 f. – Kommission/Italien (Alfa Romeo); EuGH Slg. 1990, I-959, 1012 – Kommission/Belgien (Tubemeuse).

33) Vgl. zuletzt Entscheidung der Kommission 95/422/EGKS (Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH) vom 4. 4. 1995 über eine geplante staatliche Beihilfe des Freistaates Bayern an die EGKS-Stahlunternehmen Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, und Lech-Stahlwerke GmbH, Meitingen-Herbertshafen, ABl Nr. L 253/22, 25 f.

34) Siehe Fußn. 32.

35) EuG ZIP 1999, 153 – Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH.

36) ABl 1993 Nr. C 307/3.

37) ABl 1997 Nr. C 273/3.

tätsprognosen durch eine flexiblere Einbeziehung weiter gefasster Begründungsgründe die Spielräume längerfristiger Rentabilitätsüberlegungen besser ausschöpfen. Solche weiter gefassten Begründungsgründe einer kommunalen Gebietskörperschaft sind zum Beispiel die regionalwirtschaftliche Rentabilität auf Grund von angebotsseitigen Sogeffekten, die ein Freizeit- und Sportpark durch Zuzug weiterer Anbieter sowie durch eine Ergänzung um neue Produkte auslöst, der Imagewert einer Kommune, nachfrageseitige regionale Multiplikatorwirkungen, Einnahmenerhöhung des kommunalen Haushaltes etc. Ein Beteiligungsmodell hat zudem den Vorteil, dass die Zuwendung nicht als Fremd-, sondern als Eigenfinanzierung erfolgt und damit Umstände wie zum Beispiel der mögliche Wertzuwachs des Unternehmens in die Rentabilitätsaussichten miteinbezogen werden können. Jedenfalls sind bei einer Darlehensfinanzierung die Wertungsspielräume im Rahmen der Rentabilitätsprognose verhältnismäßig geringer als bei einem auf ein „long term investment“ ausgerichteten Beteiligungsmodell.

Die Wertungsspielräume sind bei einem Beteiligungsmodell, also bei einer Eigenkapitalgewährung, nicht zuletzt auch deshalb größer als bei einer Fremdkapitalvergabe durch Darlehen, da die Gesellschaftsanteile wirtschaftlich bewertet werden müssen. Hierzu werden zahlreiche, zum Teil völlig unterschiedliche Bewertungsmethoden angeboten.<sup>38)</sup> Der Wert einer Investition hängt aber bei einer Eigenkapitalgewährung – viel mehr als bei einer Fremdkapitalvergabe – von den subjektiv gesetzten Zielen des Investors ab. Dies erkennt auch die EG-Kommission zumindest indirekt an, wenn sie im Rahmen der Beihilfenkontrolle einer Kapitalzuführung letztlich auf den aus den Investorzielen zu ermittelnden Wert der Investition abstellt. In ihrer Mitteilung zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen sieht die Kommission das Beihilfenelement einer Eigenkapitalzuführung in „den jeweils auf den Gegenwert abgezinsten Kosten der Investition abzüglich des Wertes der Investition“<sup>39)</sup>.

Je kurzfristiger allerdings die gesellschaftsrechtliche Beteiligungsstrategie angelegt ist, umso mehr wird die Finanzierungsstruktur der Gefahr ausgesetzt, an den Parametern der Kommission für die beihilfenrechtliche Bewertung zinsgünstiger Darlehen, insbesondere hinsichtlich der Referenz- und Abzinsungssätze,<sup>40)</sup> analog gemessen zu werden. Deshalb empfiehlt es sich etwa, von einer Option des privaten Gesellschafters zum Kauf der Gesellschaftsanteile der öffentlichen Hand abzusehen, weil dies auf eine verhältnismäßig kurzfristige Beteiligungsstrategie der öffentlichen Hand hinweisen könnte. In gefährlicher Weise würde der Beihilfentatbestand aber indiziert, wenn für den Anteilskauf schon zum Zeitpunkt der Beteiligung der öffentlichen Hand im Gesellschaftsvertrag ein fester Veräußerungspreis vereinbart würde,<sup>41)</sup> mithin eine unterdurchschnittliche Anfangsrendite beziehungsweise sogar Betriebsverluste ganz offensichtlich nicht mit langfristigen Rentabilitätsaussichten kompensiert werden können.

Ist der Wert der Investition<sup>42)</sup> bei einer Eigenkapitalgewährung auch nach Maßgabe der von dem Investor selbst gesetzten Ziele ex ante<sup>43)</sup> zu bestimmen, so muss eine ausschließliche Fixierung auf einen unmittelbaren Finanzvorteil vermieden

werden. Einer Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts muss im Wege der Beteiligung an einer Gesellschaft auch die Möglichkeit erhalten bleiben, wirtschaftsstrategische Ziele zu verfolgen, die keinen unmittelbaren „return on investment“ aus den Gesellschaftsanteilen hervorbringen.<sup>44)</sup> Insofern können sich Staat und Kommunen ähnlich verhalten wie private Holding- oder Konzerngesellschaften, die in gleicher Weise globale oder sektorale wirtschaftsstrategische Ziele verfolgen wie politisch gelenkte Gebietskörperschaften und dabei kurzfristige Rentabilitätsaspekte hintanstellen, ja sogar Verluste auch über einen erheblichen Zeitraum hinweg in Kauf nehmen.<sup>45)</sup> Damit können Staat und Kommunen ebenso wie Muttergesellschaften Gründe für die wirtschaftliche Plausibilität, mithin des Wertes ihrer Investition anführen, die, wie etwa die Aufrechterhaltung des gesamten Körperschaftsbeziehungsweise Konzernimages oder eine strategische Neuausrichtung ihrer Aktivitäten, zunächst nicht von unmittelbaren Gewinnaussichten getragen sind.<sup>46)</sup> Soweit es plausibel erscheint, dass auch ein privater Investor vergleichbarer Größe und in vergleichbarer Lage<sup>47)</sup> eine entsprechende Beteiligung erworben hätte, könnte die öffentliche Hand sogar einen über dem marktüblichen liegenden Anteilspreis für die Gesellschaftsbeteiligung bezahlen, soweit der bezahlte Beteiligungspreis dem individuellen Nutzen der Beteiligung der öffentlichen Hand, also dem Wert der Investition, entspricht.<sup>48)</sup>

In diesem Sinne hat der EuGH eine Entscheidung der Kommission für nichtig erklärt, in der die Kommission zu einseitig auf den Kurswert der erworbenen Aktien abstellte. Nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 24. Oktober 1996 in der Rechtsache Bremer Vulkan<sup>49)</sup> hätte die Kommission neben dem Börsenkurs der Aktien weitere Faktoren, wie etwa zu erwartende Synergieeffekte infolge einer Fusion oder Insiderwissen über den fraglichen Markt, welches durch die Beteiligung erst entsteht,<sup>50)</sup> berücksichtigen müssen. Eine ausschließliche Betrachtung des Aktienkurses bei Abschluss der beanstandeten Vereinbarungen sei „zu formal, zu starr und zu restriktiv“ und bedeute einen zu engen „Automatismus“, der dem marktwirtschaftlichen System widerspreche, in dem jeder Investor den Wert seiner Investition zunächst selbst einschätzen und danach seine – von längerfristigen Rentabilitätsaussichten geleiteten – wirtschaftlichen Entscheidungen treffen müsse.<sup>51)</sup>

38) Dreher (Fußn. 1), S. 583, 600.

39) Mitteilung der Kommission v. 13. 11. 1993, ABl 1993 Nr. C 307/3.

40) ABl 1997 Nr. C 273/3.

41) Dreher (Fußn. 1), S. 583, 588.

42) EG-Bulletin 9/1984, S. 12.

43) Vgl. die Mitteilung 93/C 307/03 der Kommission vom 13. 11. 1993 (Fußn. 21); ABl Nr. C 307, S. 3, 10, Tz. 28.

44) Dreher (Fußn. 1), S. 583, 602.

45) Dreher (Fußn. 1), S. 583, 595.

46) EuGH Slg. 1991, I-1433, 1476 – Kommission/Italien (ENI-Lanerossi).

47) Vgl. zu diesem „market economy investor“-Vergleichsmaßstab EuGH Slg. 1991, I-1603, 1640 – Kommission/Italien (Alfa Romeo).

48) Pape, Staatliche Kapitalbeteiligungen an Unternehmen und das Beihilfeverbot gem. Art. 92 EGV, 1996, S. 54; Dreher (Fußn. 1), S. 583, 595.

49) EuGH Slg. 1996 I-5151, 5215 = ZIP 1996, 2035 Tz. 36 ff. – Bundesrepublik Deutschland u. a./Kommission.

50) EuGH Slg. 1996, I-5151, 5214 = ZIP 1996, 2035 Tz. 33 – Bundesrepublik Deutschland u. a./Kommission.

51) EuGH Slg. 1996, I-5151, 5215 = ZIP 1996, 2035 Tz. 36 – Bundesrepublik Deutschland u. a./Kommission.

### III. Ergebnisse

1. Grundsätzlich ist ein Darlehensmodell als klassisches Mittel der Fremdfinanzierung im Vergleich zu einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, also der Eigenkapitalgewährung, weniger geeignet, die Spielräume längerfristiger Rentabilitätsüberlegungen optimal auszuschöpfen. Denn durch die statische – regelmäßig synallagmatische – Zuordnung „Geld gegen Zins“ steht bei der Suche nach einer marktgerechten Gegenleistung hauptsächlich die Betrachtung der Abzinsungssätze sowie die Forderungsbonität im Vordergrund (Mitteilung der Kommission vom 9.9.1997 über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze).
2. Dagegen hängt der Wert einer Investition bei einer Eigenkapitalgewährung – viel mehr als bei einer Fremdkapitalvergabe – von den subjektiv gesetzten Zielen des Investors ab. Nach ständiger Praxis sieht die Kommission das Beihilfenelement einer Eigenkapitalzuführung in den jeweils auf den Gegenwert abgezinsten Kosten der Investition abzüglich des Wertes der Investition.
3. Je kurzfristiger allerdings die gesellschaftsrechtliche Beteiligungsstrategie angelegt ist, umso mehr wird die Finanzierungs-

konstruktion der Gefahr ausgesetzt, an den Parametern der Kommission für die beihilfenrechtliche Bewertung zinsgünstiger Darlehen, insbesondere hinsichtlich der Referenz- und Abzinsungssätze, analog gemessen zu werden.

4. Die von der Kommission zugrunde gelegte ex-ante-Bewertung der Rentabilitätsaussichten einer Eigenkapitalgewährung durch die öffentliche Hand gilt auch für die eigene Einschätzung der Beihilfenqualität der in Frage stehenden Maßnahme durch den öffentlichen Investor. Vermag der öffentliche Investor auf der Grundlage seiner eigenen solide berechneten Rentabilitätsprognose überzeugend darzulegen, dass das Zuschusselement der Maßnahme durch einen „return on investment“ aller Voraussicht nach kompensiert werde, so kann von einer Notifizierung nach Art. 88 Abs. 3 EGV in Verbindung mit der Verfahrensverordnung in Beihilfensachen abgesehen werden.

Wird auf Grund einer soliden Rentabilitätsprognose von einer Notifizierung abgesehen, so bleibt allerdings das Risiko bestehen, dass ein Wettbewerber die nationalen Gerichte oder die Kommission im Wege der Beschwerde mit den Unterstützungsmaßnahmen befasst.

Raimond Emde<sup>\*)</sup>

## Die Bestimmtheit von Gesellschafterbeschlüssen

*In der Praxis kann es vorkommen, dass es einem Gesellschafterbeschluss an der notwendigen inhaltlichen Klarheit mangelt. Der nachfolgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, wann von einer fehlenden Bestimmtheit von Gesellschafterbeschlüssen auszugehen ist und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben.*

### I. Der Gesellschafterbeschluss im Kontext der Rechtsgeschäftslehre

In allen Gesellschaftsformen erfolgt die innere Willensbildung durch Gesellschafterbeschlüsse.<sup>1)</sup> Ihre rechtsdogmatische Einordnung ist umstritten.<sup>2)</sup> Auf der Grundlage der Rechtsgeschäftslehre ist der Beschluss ein regelmäßig<sup>3)</sup> mehrseitiges Rechtsgeschäft<sup>4)</sup> eigener Art, kein Vertrag<sup>5)</sup>, da ein solcher nur die Vertragsschließenden, nicht aber – wie der Beschluss – auch diejenigen bindet, welche ihm nicht zugestimmt haben.<sup>6)</sup> Seine rechtsgeschäftliche Natur beruht auf dem Umstand, dass die Mitglieder Rechtsfolgen verbindlich festlegen wollen und dürfen. Der Beschluss enthält also eine auf die Erzielung von Außen- wie Innenwirkung gerichtete, von der Privatautonomie getragene Willensäußerung.<sup>7)</sup> Die BGB-Vorschriften über Rechtsgeschäfte sind teilweise, das heißt im Grundsatz, anwendbar,<sup>8)</sup> vielfach allerdings – nicht anders als im Verhältnis zu weiteren Sonderprivatrechten<sup>9)</sup> – durch ge-

sellschaftsrechtliche Normen der speziellen Gesetze wie HGB, GmbHG und AktG verdrängt.<sup>10)</sup> Das BGB beansprucht auf seinem hohen Abstraktionsgrad Gültigkeit über alle zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte,<sup>11)</sup> auch Beschlüsse. Zwar handelt es sich bei ihnen um keine Willenserklärungen im Sinne der

1) Vgl. hierzu Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, § 15.

2) Zum Meinungsstand: Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 3 III 1; Karsten Schmidt (Fußn. 1), § 15 I 2; Hachenburg/Hüffer, GmbHG, 8. Aufl., 1997, § 47 Rz. 3; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Stand: 23. Lfg., 1996, Rz. I 482.

3) Anders bei Einpersonengesellschaften, vgl. nur Rowedder/Koppensteiner, GmbHG, 3. Aufl., 1997, § 47 Rz. 3.

4) Vgl. BGHZ 14, 264, 267; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., 1983, § 18 II, S. 307; Hachenburg/Hüffer (Fußn. 2), § 47 Rz. 3; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 119 Rz. 3; Semler, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, 1988, § 39 Rz. 1; Ingerl, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, 1996, § 36 Rz. 5; Wiedemann (Fußn. 2), § 3 III 1; Rowedder/Koppensteiner (Fußn. 3), § 47 Rz. 3; Staudinger/Bork, BGB, 13. Bearb., 1996, vor § 145 Rz. 6; Weipert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. II, 1991, § 10 Rz. 3; Westermann (Fußn. 2), Rz. I 484; Sudhoff/Schulte, Personengesellschaften, 7. Aufl., 1999, Rz. H 9, 10; Münch-Komm-Ulmer, BGB, 3. Aufl., 1997, § 709 Rz. 47; Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl., 1984, Rz. 100; Roth/Atmeppen, GmbHG, 3. Aufl., 1997, § 47 Rz. 2.

5) Piper, in: BGB-RGRK, 12. Aufl., 1982, vor § 145 Rz. 19; Flume, Allgemeiner Teil II, 4. Aufl., 1992, S. 602.

6) Larenz (Fußn. 4), § 18 II 3 a, S. 308.

7) Wiedemann (Fußn. 2), § 3 III 1.

8) Hachenburg/Hüffer (Fußn. 2), § 47 Rz. 3; Staudinger/Bork (Fußn. 4), vor § 145 Rz. 6; Westermann (Fußn. 2), Rz. I 482.

9) Westermann (Fußn. 2), Rz. I 482.

10) Karsten Schmidt (Fußn. 1), § 15 I 2.

11) Wiedemann (Fußn. 2), § 3 III 2.

<sup>\*)</sup> Dr. iur., Rechtsanwalt im Hamburger Büro der Sozietät Graf v. Westphalen Fritze & Modest, Hamburg

