

Professor Dr. Christian Koenig, LL.M., Bonn

## EG-beihilfenrechtliche Rückforderung als Insolvenzauslöser

Im Blickpunkt: Insolvenzherbeiführung durch Vermögensübertragungen

Bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen stellt sich die Frage, ob die Fälligkeit der EG-beihilfenrechtlichen Rückgewährschuld des Zuwendungsempfängers dessen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO) sowie zugleich dessen Pflicht zur Bildung von Rückstellungen (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB) und damit möglicherweise die Pflicht zur Insolvenzantragstellung wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) auslöst. Kompliziert wird die Rechtslage, wenn der Beihilfenempfänger den Zuwendungsgegenstand selbst oder gar das gesamte Vermögen an einen Dritten übertragen hat, etwa an eine rechtlich selbständige Mutter- oder Tochtergesellschaft. Da die letztgenannten Drittbegünstigten den Beihilfegenstand nicht durch Leistung der staatlichen Gebietskörperschaft, sondern im Verhältnis zu dieser „auf sonstige Weise“ erlangt haben, stellt sich die Frage, ob die EG-beihilfenrechtliche Rückgewährschuld auf der Grundlage einer Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall 2 BGB) auch bei einem Dritten dessen Rückstellungspflicht nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB und damit möglicherweise die Pflicht zur Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung auszulösen vermag.

### I. Grundsätze der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen

Ein Unternehmen, das durch eine gegen Art. 87 EGV verstößende Beihilfe begünstigt wird, ist grundsätzlich verpflichtet, die erhaltene Beihilfe zurückzuerstatten. Eine solche Rückzahlungspflicht ergibt sich aus der Notwendigkeit einer wirksamen Wiedernerstellung („*effet utile*“) eines gemeinschaftsrechtskonformen Zustands. Im Urteil in der Rechtssache *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH*<sup>1</sup> nahm der EuGH zu den Anwendungsgrenzen nationaler Verfahrensvorschriften für die Rückforderung von rechtswidrig gewährten staatlichen Beihilfen Stellung. Er führte damit die von ihm in den Entscheidungen *Deutsche Milchkontor GmbH/Bundesrepublik Deutschland*<sup>2</sup> und *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*<sup>3</sup> aufgestellten Grundsätze zum unmittelbaren indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht in konsequenter Weise fort.

In dem zugrundeliegenden Fall hatte das Land Rheinland-Pfalz eine Überbrückungsbeihilfe in Höhe von DM 8 Mio. der wegen gestiegener Stromkosten in seiner Existenz gefährdeten Aluminiumhütte Alcan Deutschland GmbH bewilligt. Die Beihilfe wurde vom Land ohne vorherige Anmeldung bei der Kommission gewährt. Die Kommission stellte daraufhin fest, daß die Beihilfe gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV rechtswidrig

war und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an. Nach einem Urteil des Gerichtshofs nahm das Land die Bewilligungsbescheide zurück und verlangte die Rückzahlung der gewährten Beträge. Die Alcan Deutschland GmbH verweigerte jedoch eine Rückerstattung und stützte sich dabei auf § 48 VwVfG. Im einzelnen wurde vorgebracht, daß die Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG bereits abgelaufen sei. Zudem sei die Rücknahme der Bewilligung ermessensfehlerhaft gewesen, da die Beihilfe dem Unternehmen praktisch aufgedrängt worden sei und der Rücknahme deshalb der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstünde. Schließlich wurde noch darauf verwiesen, daß sich das Unternehmen auf den Wegfall der Bereicherung berufen könne, da es auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme vertraut habe. Das BVerwG legte dem EuGH die Frage vor, ob die nationalen Behörden im Hinblick auf Art. 87 und 88 EGV zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe auch dann verpflichtet sind, wenn der Rückforderung nationale Regelungen entgegenstehen.

### 1. Position des EuGH

Der EuGH stellt in der Entscheidung fest, daß die Rückforderung von Beihilfen grundsätzlich nach Maßgabe des einschlägigen nationalen Rechts stattfindet, „(…) jedoch darf dessen Anwendung die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich machen (..)“<sup>4</sup>. Insbesondere bei der Anwendung von Vorschriften, die die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts von der Abwägung der verschiedenen widerstreitenden Interessen abhängig machen, müsse das Interesse der Gemeinschaft in vollem Umfang berücksichtigt werden. Der EuGH legt die Aufgabe der nationalen Behörden wie folgt fest:

„Bei staatlichen Beihilfen, die für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt werden, beschränkt sich die Rolle der nationalen Behörden (...) auf die Durchführung der Entscheidung der Kommission. Die nationalen Behörden verfügen somit bezüglich der Rücknahme eines Bewilligungsbescheids über keinerlei Ermessen. Ordnet die Kommission also durch eine Entscheidung, gegen die keine Klage erhoben worden ist,

\* Wir stellen Ihnen den Autor auf S. VIII vor.

1 EuGH, Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan) – Slg. 1997, I-1607 = EWS 1997, 240. Die Alcan betreffende BVerwG-Entscheidung wurde durch die Entscheidung des BVerfG vom 17. 2. 2000, Az.: 2 BvR 1210/98, bestätigt.

2 EuGH, Rs. 205-215/82 (Deutsche Milchkontor GmbH/Bundesrepublik Deutschland; „Milchkontor“) – Slg. 1983, 2633.

3 EuGH, Rs. C-217/88 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland; „Tafelwein“) – Slg. 1990, I-2879.

4 EuGH, Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan) – Slg. 1997, I-1607, Tz. 24 = EWS 1997, 240.

die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Beträge an, so ist die nationale Behörde nicht berechtigt, irgendeine andere Feststellung zu treffen.<sup>5</sup>

Daraus folgt: Der nationalen Behörde steht kein Ermessen zu, so daß der Empfänger einer rechtswidrig gewährten Beihilfe von der Rücknahme des Bewilligungsbescheids ausgehen muß, sobald die Kommission in einer Entscheidung die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt hat. Der Grundsatz der Rechtssicherheit kann daher der Rückforderung einer Beihilfe nicht entgegenstehen. Der Bewilligungsbescheid ist selbst dann noch zurückzunehmen, wenn die Beihilfe nach nationalem Recht im Interesse der Rechtssicherheit aufgrund einer Ausschußfrist nicht mehr zurückgenommen werden könnte. Auch der Einwand, die Behörde könne aufgrund unzulässiger Rechtsausübung den Bewilligungsbescheid nicht zurücknehmen, wurde vom EuGH abgelehnt:

Es bestehe eine Verpflichtung des Begünstigten, sich zu vergewissern, daß das Verfahren des Art. 88 Abs. 3 EGV eingehalten werde. Diese Verpflichtung könne nicht vom Verhalten der Behörde abhängen, auch wenn diese für die Rechtswidrigkeit des Bescheids in einem solchen Maß verantwortlich war, daß die Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint. Schließlich stellt der EuGH fest, daß auch dem Ausschluß des Entreicherungseinwands der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht entgegensteht. Ein beihilfenbegünstigtes Unternehmen könne auf die Ordnungsgemäßheit der Beihilfe nur vertrauen, wenn diese unter Einhaltung des in Art. 88 Abs. 3 EGV vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde<sup>6</sup>.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang der in der Alcan-Entscheidung vom EuGH herausgearbeitete Gesichtspunkt, daß die Bereicherung im Zeitpunkt des Rückforderungsbegehrens regelmäßig auch dann noch vorhanden ist, wenn sie in der Bilanz des Unternehmens als solche nicht mehr auftaucht. Denn schon aus dem Fortbestand eines Unternehmens in Schwierigkeiten erwachsen diesem Vorteile, die aus der Ratio des EG-Beihilfenrechts den Einwand des Wegfalls der Bereicherung ausschließen.

Der EuGH betont, daß von der zuständigen Stelle der Bewilligungsbescheid für eine rechtswidrig gewährte Beihilfe nach einer bestandskräftigen Entscheidung der Kommission auch dann zurückzunehmen sei, wenn dies nach nationalem Recht wegen Wegfalls der Bereicherung mangels Bösgläubigkeit ausgeschlossen sein sollte<sup>7</sup>.

Der EuGH benannte somit alle Einwände gegen eine Rücknahme des Bewilligungsbescheids unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes und stellte fest, daß sich bei staatlichen Beihilfen, die mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar erklärt wurden, die Rolle der nationalen Behörden auf die Durchführung der Kommissionsentscheidung beschränkt.

## 2. Folgen für das nationale Recht

Dem nationalen Recht kommt nach der Alcan-Rechtsprechung des EuGH nur mehr die Funktion zu, die Ermächtigungsgrundlage für die Rückabwicklung der Beihilfengewährung zur Verfügung zu stellen<sup>8</sup>.

Die Einzelheiten zur Rückabwicklung der Beihilfengewährung werden nunmehr durch Art. 11 und 14 der Verfahrensverordnung in Beihilfensachen<sup>9</sup> geregelt. Die Verordnung kodifiziert zu einem großen Teil die in der Praxis von Kommission und EuGH herausgearbeiteten Verfahrensregeln. Die materiell- sowie verfahrensrechtliche Rückabwicklung selbst bestimmt

sich aber nach den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften (Art. 14 Abs. 3 der Verfahrensverordnung). Erfolgte die Beihilfengewährung im Verwaltungsverfahren, so richtet sich die Rückabwicklung in Deutschland nach den §§ 48, 49 VwVfG. Wurde die Beihilfe dagegen auf der Grundlage einer zivilrechtlichen causa, etwa eines marktunüblichen (zinsfreien) Darlehensvertrags, gewährt, so kommt als Anspruchsgrundlage einer Beihilfenrückabwicklung im Verhältnis zwischen der öffentlich-rechtlichen Geberkörperschaft und dem begünstigten Unternehmen vor allem eine Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall 1 BGB) in Betracht. Aber auch eine Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall 2 BGB) wäre eine geeignete Rückabwicklungsgrundlage, etwa wenn die Beihilfenvaluta an den Vertragspartner des Staates, sodann aber von diesem im selben Geldwert oder aber in Form von Investitionssurrogaten, z. B. erworbenen Anlagegütern, an einen Dritten übergegangen ist, sei es an eine Tochtergesellschaft, sei es an eine Privatperson (etwa durch Untreue oder Unterschlagung). Da die Endbegünstigten in den letztgenannten Fällen die Beihilfenvaluta nicht durch Leistung seitens der öffentlich-rechtlichen Geberkörperschaft, sondern im Verhältnis zu dieser „auf sonstiger Weise“ erlangt haben, ist der Tatbestand der Eingriffskondition erfüllt<sup>10</sup>. Der Wegfall des Behaltensgrunds (causa) ergibt sich sowohl im Sinne der Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall 1 BGB) als auch der Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall 2 BGB) aus den im FNCE-Urteil des EuGH<sup>11</sup> aufgestellten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen. Danach beeinträchtigt die Verletzung von Art. 87 f EGV, insbesondere der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EGV durch die nationalen Behörden, „die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen“<sup>12</sup>.

Die Details der Rückforderung von mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfen haben den EuGH schon mehrfach beschäftigt<sup>13</sup>. In der grundlegenden Entscheidung „Alcan“ hat der EuGH<sup>14</sup> auf Vorlage des BVerwG alle vorgebrachten nationalen Regelungen, die dem Rückzahlungsanspruch entgegenstehen könnten, für nicht anwendbar erklärt. Die Berufung auf die Vertrauensschutzregelungen in § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG, also auf den Fristablauf, den Grundsatz von Treu und Glauben oder den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB), ist somit nicht möglich. Zwar gehört der Vertrauensschutz zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und damit auch zu den Grundsätzen nach Art. 14 Abs. 2 der Verfahrensverordnung, die der Rückforderung entgegenstehen können<sup>15</sup>. Angesichts der inzwischen gefestigten

5 EuGH, Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan) – Slg. 1997, I-1607, Tz. 27 = EWS 1997, 240.

6 EuGH, Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan) – Slg. 1997, I-1607, Tz. 49 = EWS 1997, 240.

7 EuGH, Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan) – Slg. 1997, I-1607, Tz. 54 = EWS 1997, 240; s. aber auch EuGH, Rs. C-298/96 (Ölmühle Hamburg AG u. Jb. Schmidt Söhne GmbH & Co. KG/Bundesanstalt für Landwirtschaft) = EWS 1998, 391 = EuZW 1998, 603 (606), Tz. 38.

8 Erichsen, JK 97, VwVfG § 48, 49 a/16; Scholz, DÖV 1998, 261 (265).

9 Verordnung (EG) Nr. 659/99 des Rates vom 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV, ABIEG 1999 Nr. L 83, 1. Die Verfahrensverordnung konkretisiert die Anwendung des Art. 88 EGV und kodifiziert das gesamte Verfahren im Beihilfenrecht, das bislang nur einer unübersichtlichen Mischung aus Kommissionspraxis und -mitteilungen sowie EuGH-Rechtsprechung zu entnehmen war; dazu ausführlich Kruse, NVwZ 1999, 1049 ff.

10 Triantafyllou, DÖV 1999, 51 (56 f.).

11 EuGH, Slg. 1991, I-5505 – FNCE.

12 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528), Tz. 12 – FNCE; Hervorhebung nicht im Original. Siehe dazu Pechstein, EuZW 1998, 495 (495 f.); Koenig/Braun, NVwZ 1999, 1056 (1058).

13 EuGH, Slg. 1987, 901 (927 f.) – Deufil/Kommission; besonders umstritten zuletzt EuGH, Slg. 1997, I-1607 (1617 ff.) – Alcan = EWS 1997, 240; dazu Happe, NVwZ 1998, 26; Richter, DÖV 1995, 846; Scholz, DÖV 1998, 261.

14 EuGH, Slg. 1997, I-1607 (1617 ff.) – Alcan = EWS 1997, 240.

15 Kruse, NVwZ 1999, 1049 (1053).

Rechtsprechung des EuGH ist eine erfolgreiche Abwehr der Rückforderung über den Vertrauensschutz jedoch weitestgehend eingeschränkt, insbesondere wenn auch ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht vorliegt<sup>16</sup>. Entsprechendes gilt für den praktisch erfolglosen Einwand, die Rückforderung bedeute eine unbillige, gegen das Übermaßverbot verstoßende Härte, da sie mit – vor allem die Arbeitnehmer der Rückzahlungsschuldnerin treffenden – Insolvenzfolgen verbunden sei. Nach Auffassung der Kommission ist jedoch „die Liquidation nicht ohne Wert im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen. Konkurrerende 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“<sup>17</sup>.

Etwas anders stellt sich die Rückforderung nur formell rechtswidriger Beihilfen im Sinne des Art. 1 lit. f der Verfahrensverordnung dar, also von Neubehilfen, die ohne vorangegangene Notifizierung nach Art. 88 Abs. 3 EGV eingeführt wurden. Art. 11 Abs. 2 der Verfahrensverordnung sieht nunmehr vor, daß die Kommission dem Mitgliedstaat aufgeben kann<sup>18</sup>, die formell rechtswidrige Beihilfe einstweilig zurückzufordern, bis die Kommission über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt entschieden hat<sup>19</sup>.

## II. EG-beihilfenrechtliche Rückgewährschuld bei Herbeiführung einer Insolvenz durch Vermögensübertragung

### 1. Juristischer Hintergrund

Die von FNCE-Urteil des EuGH<sup>20</sup> ausgesprochene unannehme Nichtigkeitsfolge – auch nur formell – rechtswidriger Beihilfen bringt vor allem für Beihilfen, die in vertraglicher Form gewährt werden, erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich<sup>21</sup>. Probleme ergeben sich insbesondere bei Unternehmen, die nicht in der Lage sind, die Beihilfen rückzuzahlen. Dann stellt sich – neben einer möglichen Zahlungsunfähigkeit aufgrund der fälligen Beihilfenrückforderung – die Frage, ob die EG-beihilfenrechtliche Rückgewährschuld den Zuwendungsempfänger zur Rückstellungsbindung nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB verpflichtet und damit möglicherweise zugleich die Pflicht zur Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) auslöst. Kompliziert wird die Rechtslage, wenn der Beihilfenempfänger den Zuwendungsgegenstand selbst oder gar große Teile seines mit Hilfe der Zuwendung erworbenen Vermögens an einen Dritten übertragen hat, etwa an eine rechtlich selbständige Mutter- oder Tochtergesellschaft. Da dann die letztgenannten Endbegünstigten den Beihilfengegenstand nicht durch Leistung der staatlichen Geberkörperschaft, sondern im Verhältnis zu dieser „auf sonstiger Weise“ erlangt haben, wären diese dem Rückabwicklungsanspruch einer Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall 2 BGB) ausgesetzt<sup>22</sup>. Damit kann die EG-beihilfenrechtliche Rückgewährschuld auf der Grundlage einer Eingriffskondition auch bei einem Dritten dessen Rückstellungspflicht nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB und damit möglicherweise die Pflicht zur Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) auslösen.

### 2. Praxisfall: Gröditzter Stahlwerke GmbH

Entsprechende Fragen stellen sich in dem von der Kommission entschiedenen Fall der *Gröditzter Stahlwerke GmbH*, der aufgrund der Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland vom 17. 9. 1999 nunmehr beim EuGH<sup>23</sup> anhängig ist. Mit ihrer

Entscheidung vom 8. 7. 1999<sup>24</sup> verlangt die Kommission, daß die Bundesrepublik Deutschland die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um die in der Entscheidung genannten rechtswidrig zur Verfügung gestellten Beihilfen vom Empfänger zurückzufordern (Art. 7 Abs. 1 der Entscheidung). Die Beitreibung erfolge danach nach den nationalen Verfahren, sofern sie durch das nationale Recht nicht unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werde (Art. 7 Abs. 2 der Entscheidung). Da aufgrund von notariellen Verträgen vor dem Erlaß der Kommissionsentscheidung das Vermögen der *Gröditzter Stahlwerke GmbH* im Wege eines „asset deals“ an zwei gesellschaftsrechtlich selbständige Unternehmen übertragen wurde, stellt die Kommission in Art. 7 Abs. 3 ihrer Entscheidung ausdrücklich fest, daß Rückgewährschuldner einer rechtswidrig zur Verfügung gestellten Beihilfe nicht nur der unmittelbare Beihilfenempfänger selbst ist, sondern „letztlich auch jedes andere Unternehmen [als Empfänger gilt], an das Vermögenswerte dergestalt übertragen worden sind, daß die Übertragung die Aufhebung der Wirkung von Erwägungsgrund 1 nach sich zieht“<sup>25</sup>. In der Begründung ihrer Entscheidung führt die Kommission zur Übertragung des Anlagevermögens von einem EG-beihilfenrechtlichen Rückgewährschuldner auf andere rechtlich selbständige Unternehmen aus: „Der Zweck oder die Wirkung eines solchen Vorgangs könnte in dem Versuch bestehen, die in Frage stehenden Vermögensanteile dem Geltungsbereich der Kommissionsentscheidung zu entziehen.“<sup>26</sup> Weiter heißt es in der Entscheidungsbegründung:

„Um zudem die Umgehung ihrer Entscheidung zu verhindern und sicherzustellen, daß jegliche Wettbewerbsverfälschung ausgeräumt wird, ist die Kommission gegebenenfalls verpflichtet zu verlangen, daß ein Beitreibungsvorgang nicht auf den ursprünglichen Empfänger beschränkt ist, sondern auch auf das Unternehmen ausgedehnt werden muß, das die Tätigkeit des ursprünglichen Unternehmens mit Hilfe der übertragenen Produktionsmittel fortführt, sofern bestimmte Aspekte der Übertragung bei den beiden Unternehmen die Feststellung einer Fortführung der Geschäftstätigkeit zulassen. Zu diesen Aspekten, die von der Kommission überprüft werden, gehören u. a. der Übertragungsgegenstand (Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, Übernahme von Arbeitskräften, zusammengefaßte Vermögenswerte), der Kaufpreis, die Identität der Anteilseigner und/oder Eigentümer des ursprünglichen Unternehmens und des Erwerbers, der Zeitpunkt, zu dem die Übertragung durchgeführt wurde (nach Einleitung der Überprüfungen, des förmlichen Prüfverfahrens oder nach

16 Zu den Einzelheiten *Mederer*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EUV/EGV, 5. Aufl. 1999, Art. 93, Rn. 66 f.; vgl. kritisch *Happe*, NVwZ 1998, 26; *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1053); *Schalz* DÖV 1998, 261 (265).

17 Entscheidung der Kommission vom 8. 7. 1999 über die staatliche Beihilfe, die Deutschland zugunsten der Gröditzter Stahlwerke GmbH und ihres Tochterunternehmens Walzwerk Burg GmbH gewährt hat; (1999/720/EG, EGKS) ABIEG 292/27 Rn. 101.

18 Die Kompetenz zur Rückforderung nach Art. 11 Abs. 2 der Verfahrensordnung besitzt die Kommission allerdings nur dann, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: (1) Nach geltender Praxis bestehen hinsichtlich des Beihilfencharakters der betreffenden Maßnahmen keinerlei Zweifel, und (2) ein Tätigwerden ist dringend geboten, und (3) ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden ist für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten.

19 Vgl. kritisch zu dieser Regelung *Kruse*, NVwZ 1999, 1049 (1054); *Sinnaeve*, EuZW 1998, 268 (270); *dies.*, EuZW 1999, 272 (273); aber auch v. *Wallenberg*, in: Grabitz, EWG-Vertrag, 1996, Art. 94, Rn. 3.

20 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528 f.) – FNCE.

21 Dazu *Pechstein*, EuZW 1998, 495 ff.; vgl. auch *Triantafyllou*, DÖV 1999, 51 ff.

22 *Triantafyllou*, DÖV 1999, 51 (56 f.).

23 Az. C-334/99.

24 ABl. L 292/27 (Fn. 17).

25 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27, Rn. 100.

26 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27, Rn. 102.

Annahme der endgültigen Entscheidung) und die Wirtschaftlichkeit der Übertragung."<sup>27</sup>

### 3. Auswirkungen der Alcan-Rechtsprechung

Die Kommission nimmt in dieser Entscheidung eine unmittelbare beihilfenrechtliche Sekundärhaftung der Übernehmer von wesentlichen Vermögensbestandteilen eines primär haftenden – infolge der Vermögensübertragung aber insolventen – Rückgewährschuldners an. Damit folgt sie einem alten deutschrechtlichen – auch dem mit Wirkung zum 31. 12. 1998 außer Kraft getretenen § 419 BGB zugrundeliegenden – Gedanken, wonach Schulden Lasten des Vermögens sind, mithin bei dessen Übertragung mit übergehen<sup>28</sup>. Interessant ist die Kommissionsentscheidung auch hinsichtlich der Prüfung des Übernahmetatbestands aus dem Blickwinkel einer Funktionsnachfolge „mit Hilfe der übertragenen Produktionsmittel“. Allerdings wird man den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Haftungsbeschränkung auf das übernommene Vermögen im Rahmen der vom EuGH herausgearbeiteten Alcan-Restriktionen<sup>29</sup> auf Fälle der beihilfenrechtlichen Rückgewährhaftung der Vermögensübernehmer anzuwenden haben, so wie dieses Prinzip in Absatz 2 des im Zuge der Insolvenzrechtsreform außer Kraft getretenen § 419 BGB kodifiziert war.

Im Fall *Gröditzter Stahlwerke GmbH*, in dem das Anlagevermögen der primären (insolventen) Rückgewährschuldnerin inzwischen (infolge einer komplizierten Restrukturierung der Holdingverhältnisse) in den Händen von zwei Tochtergesellschaften liegt, lehnt die Bundesrepublik Deutschland eine unmittelbare beihilfenrechtliche Inanspruchnahme dieser Vermögensübernehmer ab: Für die gemeinschaftsrechtlich gebotene Rückabwicklung bedeutete es nämlich keinen Unterschied, ob der Insolvenzverwalter der Muttergesellschaft deren verwertbare Vermögensbestandteile, nämlich die Tochtergesellschaften, aus dieser Muttergesellschaft heraus zum Verkauf anbietet oder aber ein Insolvenzverfahren auch für die Tochtergesellschaften eröffnet wird, um aus diesen heraus das übertragene Anlagevermögen zu verwerten. Diese Auffassung muß im Lichte einer effektiven Rückführung der rechtswidrig gewährten Beihilfe hinterfragt werden. So wären außerhalb der Insolvenz der Tochtergesellschaften die Möglichkeiten der Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) versperrt, wenn z. B. Vermögen der Tochtergesellschaften – etwa das von der Muttergesellschaft mit den Beihilfemitteln erworbene und einer Tochtergesellschaft weiter übertragene mobile Anlagevermögen – schenkungsweise oder unter Preis an Drittunternehmen abgegeben worden wäre.

Auch kämen insolvenzrechtliche Kündigungserleichterungen, die zur Rettung des Tochterunternehmens im Wege der übertragenen Sanierung unvermeidbar sein könnten, nicht zur Anwendung. So gibt § 113 Abs. 1 S. 1 InsO dem Insolvenzverwalter der Tochtergesellschaften das Recht, auch befristete und ordentlich kündbare Dienstverhältnisse mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende zu kündigen<sup>30</sup>. Außerhalb der Insolvenz beurteilt sich die Kündigungsfrist dagegen nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln und fällt damit regelmäßig erheblich länger als im Insolvenzfall aus, nämlich bis zu sieben Monate (§ 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB) oder darüber hinaus nach individualvertraglicher oder tarifvertraglicher Regelung. Wird für die Tochtergesellschaften als für die Beihilfenrückabwicklung haftende Schuldner kein Insolvenzverfahren eröffnet, so sind höhere Sozialplanabfindungen zu zahlen, da außerhalb der Insolvenz die Begrenzung auf 2,5 Monatsbeträge (§ 23 InsO) nicht greift. Die Vermögensmassen der Toch-

tergesellschaften würden ohne Insolvenz möglicherweise deutlich stärker reduziert, was sich in einem niedrigeren Beteiligungswert niederschlagen könnte. Unter diesem Aspekt kann die „praktische Wirksamkeit“ der Kommissionsentscheidung zur Beihilfenrückabwicklung am besten sichergestellt werden, wenn auch die Tochtergesellschaften, die inzwischen das Anlagevermögen der insolventen Muttergesellschaft, der primären Rückgewährschuldnerin, halten, als sekundäre Rückgewährschuldner zur Verfügung stehen. Dann müßte nämlich für diese Tochtergesellschaften ein – geringere Sozialverpflichtungen auslösendes – Insolvenzverfahren wegen Überschuldung dieser sekundären Beihilfen-Rückgewährschuldner nach § 19 InsO eröffnet werden, soweit Rückstellungen zu bilden sind (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB), welche die vorhandenen Aktiva übersteigen (dazu unten IV.).

## III. Anspruchsgrundlagen zur innerstaatlichen Beihilfenrückabwicklung

### 1. Art. 10 EGV und der Factortame-Grundsatz des EuGH

Es ist zunächst auf die Bedeutung der Factortame-Entscheidung des EuGH für den vorliegenden Sachverhalt einzugehen. Der EuGH leitet in dieser Entscheidung aus Art. 10 EGV die Verpflichtung für ein nationales Gericht ab, einseitigen Rechtsschutz für ein aus dem Gemeinschaftsrecht entstehendes Individualrecht zu gewähren, auch wenn eine Vorschrift des nationalen Rechts den Erlaß einer entsprechenden einseitigen Anordnung verbietet<sup>31</sup>. Der Grundsatz der Vertragstreue verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einer einheitlichen und uneingeschränkten Erfüllung des Gemeinschaftsrechts insbesondere bei der Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung<sup>32</sup>: die Mitgliedstaaten haben durch den Erlaß geeigneter Sanktionen die Befolgung des Gemeinschaftsrechts zu bewirken<sup>33</sup>. Dieser Entscheidung kann daher der Grundsatz entnommen werden, daß das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten notfalls zur Schaffung eines Rechtsbehelfs verpflichtet, sofern das nationale Recht (bisher) keine hinreichenden Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt. Auch in der Konstellation eines Fehlens von Rechts- oder Anspruchsgrundlagen zur (innerstaatlichen) Beihilfenrückabwicklung nach der nationalen Rechtsordnung wird die Anwendbarkeit des Factortame-Grundsatzes deutlich. Die Wettbewerber sind die mittelbar Begünstigten der Kommissionsentscheidung und können sich daher nach Factortame darauf berufen, daß das nationale Recht Instrumente bereitstellen muß, um die Beihilfenrückabwicklung wirtschaftlich wirksam durchsetzen zu können.

Sollte das nationale Recht keine Anspruchsgrundlage vorsehen, so müßte diese notfalls geschaffen werden, um Art. 10 EGV im Sinne der Factortame-Rechtsprechung und dem

27 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27, Rn. 104 f.

28 RGZ 69, 286; BGHZ 62, 101.

29 Da die Bereicherung im Zeitpunkt des Rückforderungsbegehrens regelmäßig auch dann noch vorhanden ist, wenn sie in der Bilanz des Unternehmens als solche nicht mehr auftaucht, mithin schon aus dem Fortbestand eines Unternehmens in Schwierigkeiten diesem Vorteile erwachsen, schießt der EuGH (Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1607 = EWS 1997, 240) wegen der Ratio des EG-Beihilfenrechts den Einwand des Wegfalls der Bereicherung aus.

30 S. nur Müller, in: Smid (Hrsg.), Insolvenzordnung, § 113, Rdnr. 1.

31 EuGH, Slg. 1990, I-2433, 2473 f. – Factortame; vgl. dazu Koenig/Haratsch, Europarecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 110; Craig/de Burca, EU Law, 2. Aufl. 1998, S. 262 f.

32 EuGH, Slg. 1990, I-2433, 2473 f., Tz. 19 – Factortame; Herdegen, Europarecht, 2. Aufl. 1999, § 7, Rn. 94.

33 S. nur Zuleeg, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, 5. Aufl. 1997, Art. 5, Rn. 6.

Grundsatz der „praktischen Wirksamkeit“ (effet utile) zu genügen. Dies wird von deutscher Seite im Fall *Gröditzter Stahlwerke*<sup>34</sup> übersehen, soweit vorgetragen wird, daß keine gesetzliche Grundlage bestehe, nach der die Bundesrepublik gegen die Tochtergesellschaften als sekundäre Rückgewährschuldner, die inzwischen das Anlagevermögen der insolventen Muttergesellschaft halten, Ansprüche auf Rückzahlung von Beihilfen durchsetzen könnte.

Wie zu zeigen ist, kennt das deutsche Recht überdies sehr wohl Rechts- bzw. Anspruchsgrundlagen, die einer (innerstaatlichen) Beihilfenrückabwicklung in bezug auf Fälle zur Seite stehen, in denen Anlagevermögen von einem EG-beihilfenrechtlichen Rückgewährschuldner auf andere rechtlich selbständige Unternehmen übertragen worden ist. Genau genommen wäre damit ein Rückgriff auf Art. 10 EGV im Sinne der Factotame-Rechtsprechung gar nicht erforderlich, um der „praktischen Wirksamkeit“ der Beihilfenrückabwicklung nach den Alcan-Grundsätzen des EuGH zu genügen.

## 2. Rückforderung nach § 812 BGB

Als Anspruchsgrundlage einer Beihilfenrückabwicklung kommt bei einer Übertragung des Anlagevermögens von einem EG-beihilfenrechtlichen Rückgewährschuldner auf andere rechtlich selbständige Unternehmen vor allem eine Eingriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1, Fall 2 BGB in Betracht<sup>35</sup>. Der Wegfall des Behaltensgrunds (causa) ergibt sich aus den im FNCE-Urteil des EuGH<sup>36</sup> aufgestellten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen. Danach beeinträchtigt die Verletzung von Art. 88 Abs. 3 EGV durch die nationalen Behörden „die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen“<sup>37</sup>. Zwar gilt nach der Rechtsprechung des BGH im Bereicherungsrecht der Grundsatz des Vorrangs der Leistungskondition vor der Eingriffskondition<sup>38</sup>: Hat der Bereicherungsempfänger die Vermögensverschiebung durch die Leistung eines anderen erlangt, so hat grundsätzlich nur dieser einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger. Ein Anspruch aus Bereicherung „in sonstiger Weise“, etwa gegen einen Dritten, tritt demgegenüber grundsätzlich zurück<sup>39</sup>. Allerdings wird auch der Grundsatz des Vorrangs der Leistungskondition durch den Anwendungsvorrang des gemeinschaftsrechtlichen Gebots einer wirksamen Beihilfenrückabwicklung (effet utile) modifiziert: Dieser darf nämlich nicht dazu führen, daß die Rückabwicklung einer unter Verstoß gegen die Artt. 87, 88 EGV gewährten Beihilfe erschwert oder gar vereitelt wird. Einem Erstattungsanspruch des Staates kann nach den Alcan-Grundsätzen der Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB insofern nicht entgegengehalten werden, als die Begünstigten bei Nichtwahrung des Verfahrens nach Art. 88 Abs. 3 EGV – also vor der Genehmigung der Kommission – grundsätzlich keinen Vertrauensschutz genießen<sup>40</sup>. Dies gilt nach Alcan sogar bei Gutgläubigkeit des Begünstigten.

## 3. Rückforderung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Artt. 87, 88 EGV

Als innerstaatliche Anspruchsgrundlage bietet sich zudem § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Artt. 87, 88 EGV an. Dann müßten Artt. 87, 88 EGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sein. Die generelle Möglichkeit, in einer Bestimmung des EG-Vertrages eine schützende Norm zu sehen, wurde vom EuGH schon in anderem Zusammenhang diskutiert. Der EuGH<sup>41</sup> bezog sich auf das Kartellverbot des Art. 81 EGV und stellte fest, daß diese Vorschrift eine grundlegende Bestimmung darstelle, die für die Erfüllung der Aufgaben

der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich sei<sup>42</sup>. Danach könne Art. 81 EGV als eine Vorschrift betrachtet werden, die der öffentlichen Ordnung zuzurechnen sei<sup>43</sup>. Ein Schutzgesetz liegt dann vor, wenn eine Rechtsnorm (gleich welcher verfassungsrechtlichen Qualität, Art. 2 EGBGB) mindestens neben der Allgemeinheit auch den einzelnen zu schützen intendiert<sup>44</sup>. Solche Gesetze sind überaus zahlreich<sup>45</sup>. Deswegen stellt der BGH zusätzlich darauf ab, ob die schützenswerten Interessen des Geschädigten nicht schon durch andere Regeln ausreichend berücksichtigt werden<sup>46</sup>. Das Interesse der Konkurrenten an einem unverzerrten Wettbewerb wird nur dann hinreichend berücksichtigt, wenn sie innerstaatlich die Möglichkeit erhalten, die sie begünstigende Kommissionsentscheidung effektiv durchzusetzen. Die Kommissionsentscheidung ihrerseits dient wiederum der effektiven Durchsetzung der Artt. 87, 88 EGV. Diese Normen haben also zumindest dann Schutzgesetzcharakter, wenn sie durch eine Kommissionsentscheidung dritt-schützend konkretisiert werden.

Darüber hinaus ist für die Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB erforderlich, daß der Schutzbereich der Norm auch den Geschädigten und die Art der Schadenszufügung umfaßt („Rechtswidrigkeitszusammenhang“)<sup>47</sup>. Artt. 87, 88 EGV zielen gerade auf die Vermeidung von Schäden, die durch von der Kommission nicht genehmigte Beihilfen verursacht werden. In den persönlichen Schutzbereich von Artt. 87, 88 EGV fallen dabei insbesondere auch die Konkurrenten des Empfängers der Beihilfenvaluta, denen durch nicht genehmigte Beihilfen zu einem Schaden verdichtete Wettbewerbsnachteile entstehen. Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Schaden grundsätzlich durch Naturalrestitution auszugleichen<sup>48</sup>. Naturalrestitution bedeutet die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde<sup>49</sup>; die hypothetische Weiterentwicklung des früheren Zustands ist zu berücksichtigen<sup>50</sup>. Diesem schadensrechtlichen Verständnis folgt auch die Kommission, wenn sie verlangt, daß konkurrierende Unternehmen, denen durch die mit den Artt. 87, 88 EGV unvereinbaren staatlichen Beihilfen ein Schaden zugefügt worden sein könnte, die Gelegenheit haben sollten, die vom liquidierten Unternehmen hinterlassene Marktlücke auszufüllen und schließlich auch die verkauften Anlagegüter zu erwerben und sie effizienter einzusetzen<sup>51</sup>.

34 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27.

35 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Triantafyllou*, DÖV 1999, 51 (56 f.).

36 EuGH, Slg. 1991, I-5505 – FNCE.

37 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528), Tz. 12 – FNCE; Hervorhebung nicht im Original. Siehe dazu *Pechstein*, EuZW 1998, 495 (495 f.); *Koenig/Braun*, NVwZ 1999, 1056 (1058).

38 S. BGHZ 40, 272 (278) = BB 1964, 58; 240; Palandt/Thomas, 58. Aufl. 1999, § 812, Rdnr. 2; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, § 28, Rn. 727; vgl. auch noch *Schlechtriem*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 9. Aufl. 1999, § 812 Rn. 82 ff., und *Loewenheim*, Bereicherungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 76 ff.; gegen einen solchen Grundsatz aber mit Nachdruck *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 67 IV 3, S. 144.

39 Palandt/Thomas (Fn. 38), § 812, Rdnr. 2.

40 S. statt aller nur *Triantafyllou*, DÖV 1999, 51 (57) m. w. N.

41 EuGH, Rs. C-126/97 (Eco Swiss China Time Ltd./Benetton International NV), EuZW 1999, 565.

42 EuGH, Rs. C-126/97 (Eco Swiss China Time Ltd./Benetton International NV), Tz. 36, EuZW 1999, 565.

43 EuGH, Rs. C-126/97 (Eco Swiss China Time Ltd./Benetton International NV), Tz. 81, EuZW 1999, 565.

44 *Medicus* (Fn. 38), § 24, Rn. 621.

45 Vgl. nur Palandt/Thomas (Fn. 38), § 823, Rn. 145 ff.

46 S. BGH, NJW 1980, 1792 f.; BGHZ 125, 366 (374) = BB 1994, 1095; zustimmend *Medicus* (Fn. 38), § 24, Rn. 621.

47 S. statt aller nur *Medicus* (Fn. 38), § 24, Rn. 622.

48 Vgl. nur Palandt/Heinrichs (Fn. 38), Vorbem. v. § 249, Rn. 1.

49 BGH, NJW 1985, 793 (793).

50 RGZ 131, 178 (178).

51 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27 Rn. 101.

Zwar ist den Wettbewerbern eines durch gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen begünstigten Unternehmens ein Schaden zugefügt worden, doch hat die – aufgrund der Rückforderungsanordnung der Kommission in diese Rolle gezwungene-deliktische Anspruchstellerin, nämlich die staatliche Geberkörperschaft, keinen Schaden erlitten. Soweit ein potentieller Ersatzgläubiger keinen eigenen Schaden erlitten hat, kommt eine Drittschadensliquidation in Betracht<sup>52</sup>. Bei der Drittschadensliquidation verlangt derjenige, in dessen Person die Voraussetzungen einer Anspruchsnorm mit Ausnahme des Schadens erfüllt sind, fremden Schaden ersetzt<sup>53</sup>. Die Drittschadensliquidation kommt nach überkommener zivilrechtlicher Dogmatik allerdings in der Regel nur bei vertraglichen Ansprüchen in Betracht<sup>54</sup>. Bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung soll sie dagegen nur in einigen besonderen Fallkonstellationen – etwa bei der obligatorischen Gefahrenentlastung oder der mittelbaren Stellvertretung – zulässig sein<sup>55</sup>.

Im Rahmen der Rückabwicklung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfengewährung liegt eine vergleichbar atypische Fallkonstellation insoweit vor, als einzelne zivilrechtsdogmatische Prämissen den mit gemeinschaftsrechtlichem Anwendungsvorrang ausgestatteten *Factortame*- und *Alcan*-Grundsätzen angepaßt werden müssen. Jedoch kommt eine „gemeinschaftsrechtskonforme“ Drittschadensliquidation nur subsidiär in Betracht, wenn einer Rückabwicklung der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfengewährung keine andere zivil- oder verwaltungsrechtliche Anspruchsgrundlage, insbesondere weder eine Leistungs- noch eine Eingriffskondition, zur Seite stünde. Solange aber der EuGH sein Unwirksamkeitsdiktum des FNCE-Urteils<sup>56</sup> aufrechterhält, kann die Beihilfenrückabwicklung auf eine der kondiktionsrechtlichen Anspruchsgrundlagen nach § 812 BGB gestützt werden, so daß auf eine Drittschadensliquidation nach Maßgabe des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB nicht zurückgegriffen werden muß.

#### IV. Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) infolge EG-beihilfenrechtlicher Rückgewährschuld

##### 1. Rückstellungspflicht für die EG-beihilfenrechtlichen Rückgewährverbindlichkeiten

Rückstellungen sind für *ungewisse Verbindlichkeiten* und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB). Eine EG-beihilfenrechtliche Rückgewährschuld aufgrund einer Kommissionsentscheidung begründet diese Rückstellungspflicht nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB, da es sich um eine bereits entstandene – also um mehr als nur eine ungewisse – Verbindlichkeit handelt. Ohnein werden an das Merkmal der Ungewißheit einer die Rückstellungspflicht auslösenden Verbindlichkeit keine hohen Anforderungen gestellt. Vielmehr folgt die Reichweite der Rückstellungspflicht dem im Sinne ordnungsgemäßer Buchführung eines sorgfältigen und gewissenhaften Kaufmanns anerkannten Vorsichtsprinzip. Dieses gebietet, nicht nur bestehende, sondern auch in ihrer Existenz oder Durchsetzung ungewisse Verbindlichkeit zu passivieren, soweit sie dem jeweiligen Rechnungslegungszeitraum zugeordnet werden können<sup>57</sup>. Die herrschende Meinung sieht den Rückstellungstatbestand nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB bereits als erfüllt an, wenn bei verständiger Betrachtung die Möglichkeit einer Forderungsexistenz sowie ihrer Geltendmachung besteht, d. h. daß nicht zweifelsfrei Existenz oder Geltendmachung einer Forderung ausgeschlossen werden kann<sup>58</sup>.

Auch nach der engeren Auslegung begründet eine EG-beihilfenrechtliche Rückgewährschuld die Rückstellungspflicht nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB.<sup>59</sup> Danach ist darauf abzustellen, ob die Existenz der Forderung überwiegend wahrscheinlich ist, ob also der Schuldner damit rechnen kann, in Anspruch genommen zu werden.<sup>60</sup> Hat die Kommission in einer Entscheidung im Beihilfenverfahren nach Art. 88 EG die Rückgewährschuld des Zuwendungsempfängers festgestellt, so begründet dies auch nach der strengen Auffassung – Bestand und Geltendmachung der Forderung müßten überwiegend wahrscheinlich sein – die Rückstellungspflicht nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB. Adressaten von Beihilfenentscheidungen sind zunächst zwar nur die der Notifizierungspflicht unterliegenden Mitgliedstaaten. Da die mitgliedstaatlichen Behörden hinsichtlich des Rückforderungsvorganges aber kein Ermessen haben, steht die Rückgewährschuld des Zuwendungsempfängers so lange rechtswirksam und *sofort vollziehbar* fest, bis der EuGH die Kommissionsentscheidung rechtskräftig aufgehoben hat. Selbst eine Nichtigkeitsklage gegen die Kommissionsentscheidung entfaltet gemäß Art. 242 S. 1 EG keine aufschiebende Wirkung. Gerade wegen dieser sofortigen Vollziehbarkeit von Kommissionsentscheidungen in Beihilfensachen muß eine Rückgewährverpflichtung als Rückstellung zwingend in der Bilanz berücksichtigt werden – und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche durch die staatliche Geberkörperschaft. Rückstellungen sind unstreitig dann zu passivieren, wenn – auch nur vorläufig vollstreckbare – zusprechende Urteile vorliegen<sup>61</sup>. Die Inanspruchnahmewahrscheinlichkeit bei einem vorläufig vollstreckbaren Urteil ist mit der Konstellation einer sofort vollziehbaren Entscheidung der Kommission vergleichbar, gegen die eine erhobene Nichtigkeitsklage beim EuGH keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Dies kann eine Überschuldung des Rückgewährschuldners nach § 19 InsO zur Folge haben, so daß für diesen ein Insolvenzeröffnungsantrag zu stellen wäre.

##### 2. Passivierungspflichtiges Inanspruchnahmerrisiko aufgrund sofortiger Vollziehbarkeit von Kommissionsentscheidungen zur Beihilfenrückabwicklung

###### a) Prüfungsmaßstab des EuGH

Das Inanspruchnahmerrisiko, welches die Rückstellungspflicht und damit möglicherweise die Insolvenz auslöst, wird entscheidend durch die sofortige Vollziehbarkeit von Kommissionsentscheidungen zur Beihilfenrückabwicklung erhöht: Klagen beim EuGH bzw. beim EuG haben keine aufschiebende Wirkung (Art. 242 S. 1 EG). Zwar kann der EuGH nach Art. 242 S. 2 EG die Durchführung der angefochtenen Handlung aussetzen, wenn er dies den Umständen nach für nötig hält<sup>62</sup>. Es erscheint jedoch vor dem Hintergrund der diesbe-

52 Vgl. Palandt/Heinrichs (Fn. 38), Vorbem. v. § 249, Rn. 112–114; Medicus (Fn. 38), § 33, Rn. 838.

53 Medicus (Fn. 38), § 33, Rn. 838.

54 Palandt/Heinrichs (Fn. 38), Vorbem. v. § 249, Rn. 112.

55 Vgl. Palandt/Heinrichs, (Fn. 38), Vorbem. v. § 249, Rn. 112.

56 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528).

57 Eibelshäuser, BB 1987, 860 ff. (863); Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl. 1988, § 249 HGB Rn. 72.

58 Vgl. dazu Bork, Kurzgutachten zu Fragen der Rückstellungsbildung, 16. 1. 2000, S. 6, veröffentlicht im Internet unter [www.kueblerkrp.de/inverf/groeditzerstahl](http://www.kueblerkrp.de/inverf/groeditzerstahl); OLG Celle, BB 1983, 2229 ff. (2231); Eibelshäuser, BB 1987, 860 ff. (863).

59 Bork (Fn. 58), S. 9 ff.

60 Heymann/Walz, HGB, 2. Aufl. 1999, § 249 Rn. 16; Jonas, DB 1986, 337 ff. (338).

61 Vgl. dazu auch Pape, in: Kübler/Prütting (Hrsg.), Insolvenzzordnung, 1. Lfg. 8/98, § 19 Rn. 13.

62 Zur Funktion und zum Verfahren der vorläufigen Vollzugsaussetzung Koenig/Sander, Einführung in das EG-Prozeßrecht, Rn. 503 ff.

züglichen Praxis des EuGH regelmäßig als unwahrscheinlich, daß der Gerichtshof zu diesem Instrument greift. Ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist nur dann begründet, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, daß die Entscheidung zur Vermeidung eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens unter Abwägung der beteiligten Rechte dringend erforderlich ist und daß die abhängige Klage hinreichend Aussicht auf Erfolg besitzt. Die vorläufige Anordnung muß danach – unter Abwägung der beteiligten Interessen – zur Abwendung eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens erforderlich sein. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfaßt ein solcher Schaden „jede materielle und immaterielle Einbuße, die der Betroffene durch ein bestimmtes Ereignis an seinem Vermögen oder an seinen sonstigen rechtlich geschützten Gütern erleiden könnte“<sup>63</sup>. Nur gewichtige, irreparable Schäden rechtfertigen den Erlaß einstweiliger Anordnungen. Ein solcher Schaden könnte in der Insovenz zu sehen sein.

Der EuGH verlangt jedoch darüber hinaus, daß die drohende Beeinträchtigung der Rechtsposition des Antragstellers von erheblicher Intensität sein muß, um vom Gerichtshof als *schwerwiegender Schaden* anerkannt zu werden. Ein wichtiges Indiz für die Schadensintensität ist die Schwere des ange-mahnten Rechtsverstoßes<sup>64</sup>. Der Gerichtshof erkennt danach eine wesentliche Beeinträchtigung der geschützten Interessen des Antragstellers an, wenn die angefochtene Maßnahme offenkundig unter grober Mißachtung grundlegender Rechte und Prinzipien des Gemeinschaftsrechts ergangen ist. Wurde eine Beihilfengewährung schon nicht oder nur unzureichend der Kommission nach Art. 88 Abs. 3 EGV notifiziert, so ist ein offenkundiger und grober Verstoß der Kommissionsentscheidung gegen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts von vornherein ausgeschlossen.

Regelmäßig ist auch die *Notwendigkeit* des Erlasses einer einstweiligen Anordnung zur Aussetzung (Art. 242 S. 2 EGV) der sofortigen Vollziehbarkeit von Kommissionsentscheidungen zur Beihilfenrückabwicklung sehr zweifelhaft. Diese Notwendigkeit besteht nur, wenn der Gerichtshof der Klage eine hinreichende Aussicht auf Erfolg beimißt. Die Erfolgsaussichten von Nichtigkeitsklagen gegen Kommissionsentscheidungen zur Beihilfenrückabwicklung sind jedoch in Fällen der Notifizierungspflichtverletzungen nach Art. 88 Abs. 3 EGV gleich Null. Gering sind auch die Erfolgsaussichten der im Fall *Grö-ditzer Stahlwerke* von der Bundesrepublik Deutschland am 17. 9. 1999 beim EuGH<sup>65</sup> erhobenen Nichtigkeitsklage gegen die Erstreckung des Empfängerbegriffs auf „jedes andere Unternehmen, an das Vermögenswerte dergestalt übertragen worden sind, daß die Übertragung die Aufhebung der Wirkung von Erwägungsgrund 1 nach sich zieht“<sup>66</sup>. Dabei hatte die Kommission die wettbewerbsrechtlichen Grundentscheidungen des EGV im Auge. Art. 88 EGV verlangt in erster Linie, daß mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbare Zuwendungen aufgehoben oder umgestaltet werden. Das Wettbewerbsrecht konzentriert sich insoweit auf die zugewandten Mittel. Die Frage nach dem Empfänger der Beihilfe spielt zwar bei der Feststellung, ob eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, eine Rolle. Ist diese Feststellung jedoch getroffen, so sind die bezeichneten Mittel ohne Rücksicht darauf zurückzugewähren, in welcher Gesellschaftshand sie sich aktuell befinden. Die Beihilfenkontrolle kann einen unverfälschten Wettbewerb schließlich nur gewährleisten, wenn verbotene Beihilfen auch in solchen Fällen zurückgefordert werden müssen, in denen mittlerweile ein anderer als der ursprüngliche Empfänger in den Genuß der Zuwendung gekommen ist. Anderenfalls könnte durch geschickte gesellschafts-

rechtliche Gestaltungsmaßnahmen die Beihilfenkontrolle unterlaufen<sup>67</sup> und die wettbewerbsfördernde Wirkung dieser Kontrolle in Frage gestellt werden. Auch Art. 10 EGV stützt die Ansicht der Kommission in bezug auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Rückforderung der Beihilfen von „Zweitempfängern“. Nach Art. 10 Abs. 1 EGV sind die Mitgliedstaaten gehalten, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Verpflichtungen zu erfüllen, die sich aus dem Vertrag oder aus den Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Der Gemeinschaftstreue aus Art. 10 EGV kommt in diesem Zusammenhang nicht nur deklaratorische Wirkung zu. Vielmehr trifft die Mitgliedstaaten die Pflicht, die Verwirklichung von Gemeinschaftsrechtsakten zu fördern und deren praktische Wirksamkeit sicherzustellen<sup>68</sup>. Daher ist Art. 10 EGV ein grundsätzliches Verbot von Umgehungsversuchen hinsichtlich der sich aus dem Gemeinschaftsprimär- und -sekundärrecht ergebenden Pflichten zu entnehmen. Dementsprechend hat der EuGH ausdrücklich festgestellt, daß die Mitgliedstaaten alles zu unterlassen haben, was den Wettbewerbsregeln des Vertrags ihre praktische Wirksamkeit nehmen könnte<sup>69</sup>.

### b) Auswirkungen des FNCE-Urteils

Darüber hinaus kommt auch in diesem Zusammenhang das FNCE-Urteil des EuGH<sup>70</sup> zum Zuge. Nach Auffassung des EuGH beeinträchtigt die Verletzung von Art. 88 Abs. 3 EGV durch die nationalen Behörden „die *Gültigkeit* der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen“<sup>71</sup>. Die nationalen Gerichte müßten „daraus zugunsten der einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmungen gewährten finanziellen Unterstützung oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen“<sup>72</sup>. Genau diese *ratio decidendi* verfolgt die Kommission mit der Erstreckung des Empfängerbegriffs auf „jedes andere Unternehmen, an das Vermögenswerte dergestalt übertragen worden sind, daß die Übertragung die Aufhebung der [Entscheidungswirkung] nach sich zieht“<sup>73</sup>.

### 3. Sicherung der praktischen Wirksamkeit von Beihilfenentscheidungen der Kommission in Insolvenzfällen

#### a) Rückabwicklungsgrundlagen im nationalen Recht

Kommt dem nationalen Recht nach der Alcan-Rechtsprechung des EuGH nur mehr die Funktion zu, die verfahrens- und materielrechtlichen Rückabwicklungsgrundlagen zur Verfügung zu stellen, so hat dies auch Einfluß auf das Insolvenzverfahren und die Pflichten des Insolvenzverwalters. In-

63 EuGH, Rs. 166/78 R, Slg. 1978, S. 1745 (1747) – Italien/Rat; *Koenig/Sander* (Fn. 62), Rn. 524.

64 EuGH, Rs. 809/79 R, Slg. 1980, S. 139 (149) – *Pardini/Kommission; Koenig/Sander* (Fn. 62), Rn. 525.

65 Az. C-334/99.

66 Art. 7 Abs. 3 der Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27.

67 Vgl. dazu in freilich etwas anderem Zusammennang *Koenig/Braun*, NVwZ 1999, 1056 (1058).

68 S. dazu *Zuleeg*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EGV, 5. Aufl. 1997, Art. 5 Rn. 8; vgl. auch *Lenz*, in: *Lenz* (Hrsg.), EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 10 Rn. 5 ff.

69 EuGH, Slg. 1986, 1471, Rs. 209-213/84, *Asjes*, Tz. 70 ff.; Slg. 1987, 380, Rs. 311/85, *Vereinigung van Vlaamse Reisbureaus*, Tz. 9.

70 EuGH, Slg. 1991, I-5505 – FNCE.

71 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528), Tz. 12 – FNCE; Hervorhebung nicht im Original. Siehe dazu *Pechstein*, EuZW 1998, 495 (495 f.); *Koenig/Braun*, NVwZ 1999 (1058).

72 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528), Tz. 12.

73 Art. 7 Abs. 3 der Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27.

solvenzverwalter kann nur eine Person werden, die sowohl gegenüber den Gläubigern als auch gegenüber dem Gemeinschuldner eine derart unabhängige Stellung hat, daß Interkollisions von vornherein ausgeschlossen sind (vgl. § 56 Abs. 1 InsO)<sup>74</sup>. Der Insolvenzverwalter handelt „als Amtswalter, der die berechtigten Interessen der am Verfahren Beteiligten nach streng objektiven Gesichtspunkten zu wahren und abzuwägen hat“<sup>75</sup>. In seiner Eigenschaft als Amtswalter ist er weder Verwalter der Gläubiger- noch der Gemeinschuldnerinteressen<sup>76</sup>. Aufgrund seiner auf Objektivität und Unabhängigkeit ausgerichteten Amtswalterfunktion ist der Insolvenzverwalter wie jede andere hoheitlich bestellte<sup>77</sup> Amtsperson dem objektiven Recht verpflichtet. Dazu gehört auch das mit Anwendungsvorrang gegenüber jedweden nationalen Recht ausgestattete Gemeinschaftsrecht. Als Amtswalter ist der Insolvenzverwalter der nach Art. 10 EGV alle mitgliedstaatlichen Organe treffenden Pflicht unterworfen, die praktische Wirksamkeit von Gemeinschaftsrechtsakten sicherzustellen. Mithin muß ein Insolvenzverwalter auch den *effet utile* von Kommissionsentscheidungen in Beihilfensachen wahren. Der Insolvenzverwalter muß also den Rückabwicklungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber den aus nationalem Recht resultierenden Einwendungen im Sinne der *Alcan*-Grundsätze des EuGH sicherstellen.

Dem Insolvenzverwalter steht hinsichtlich des Zugriffs auf das Vermögen des Gemeinschuldners gerade kein nur vorrangig von Gläubigerinteressen geprägtes Verwertungsermessens zu. Vielmehr konzentriert sich seine Aufgabe vor allem auf die praktisch wirksame Umsetzung einer Kommissionsentscheidung, die die Rückabwicklung einer Beihilfengewährung anordnet. Nur im Rahmen der effektiven Umsetzung einer solchen Kommissionsentscheidung darf der Insolvenzverwalter den ihm zur Befriedigung der Gläubigerinteressen am besten erscheinenden Verwertungsweg beschreiten. Primär ist damit die Wahl des Verwertungswegs von den Erfordernissen einer praktisch wirksamen Umsetzung der Kommissionsentscheidung geprägt; erst sekundär kommen in diesem Rahmen die Gläubigerinteressen zum Zuge. Dies ist auch mit dem Vertrauensgrundsatz vereinbar, da die Gläubiger nicht auf den Vermögensverlust der Beihilfenvaluta in den Tochtergesellschaften vertrauen könnten. Selbst eine Betrachtung des Gläubigerschutzes im Insolvenzverfahren unter dem Blickwinkel des Eigentumschutzes, der im Beihilfenverfahren als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts wirkt<sup>78</sup>, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Denn ein solcher Eigentumschutz kann nur im Rahmen des schutzwürdigen Vertrauens gewährt werden.

#### b) Primat einer effektiven Beihilfenrückabwicklung

Dieser Grundsatz des Primats einer effektiven Beihilfenrückabwicklung in Insolvenzfällen wird auch in der Kommissionsentscheidung im Fall *Gröditzter Stahlwerke*<sup>79</sup> bestätigt. Die Kommission führt aus, daß es möglich oder sogar wahrscheinlich sei, daß im Rahmen der insolvenzmäßigen Liquidation alle verbleibenden Anlagegüter des Unternehmens verkauft werden. Dies sei aber nicht als besonders problematisch anzusehen, da der Verkauf unter Aufsicht eines Insolvenzverwalters stattfindet, der im Interesse der Gläubiger das bestmögliche Ergebnis erzielen muß, wobei der Erlös aus dem Verkauf der Anlagegüter der Befriedigung der Gläubigerforderung dienen soll. 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, sei die Liquidation nicht ohne Wert im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen: Konkurrierende Unterneh-

men, 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<sup>80</sup>.

Diese für das EG-Beihilfenrecht verallgemeinerungsfähigen Überlegungen der Kommission treffen sich mit einem Grundsatz, der für das deutsche Zivilrecht von *Canaris* in beeindruckender begrifflicher Schärfe als einer der drei maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte zur Entscheidung von bereicherungsrechtlichen Fällen (insbesondere in Dreiecksfällen) herausgearbeitet worden ist: Jede Partei hat das Insolvenzrisiko hinsichtlich ihres selbst ausgewählten Partners in einem fehlerhaften Kausalverhältnis zu tragen<sup>81</sup>. Übertragen auf die beihilfenrechtliche Rückabwicklung ist unter „fehlerhaft“ dabei der fehlende Behaltensgrund zu verstehen, also die formelle oder materielle Unvereinbarkeit mit dem EG-Beihilfenrecht. Eine Übertragung dieses Grundsatzes auf das Beihilfenrecht ist angesichts der strukturellen Parallelen zwischen dem Bereicherungsrecht und dem Beihilfenrecht sachgerecht: In seinem FNCE-Urteil führt der EuGH im Jahre 1991 aus, daß die Verletzung von Art. 88 Abs. 3 EGV durch die nationalen Behörden „die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen [beeinträchtigt]“<sup>82</sup> – eine Aussage, die terminologisch dem bereicherungsrechtlichen Sprachgebrauch der fehlenden *causa* sehr nahekommt. Würde man dagegen die Interessen der Gläubiger als maßgeblichen Wertungsgesichtspunkt begreifen, so nimmt man diesen das Insolvenzrisiko ab und überträgt es auf die Wettbewerber, also auf die Geschädigten der Beihilfengewährung.

#### V. Fazit

Aufgrund seiner auf Objektivität und Unabhängigkeit ausgerichteten Amtswalterfunktion ist der Insolvenzverwalter (§ 56 Abs. 1 InsO) wie jede andere hoheitlich bestellte Amtsperson dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verpflichtet (Art. 10 EGV). So muß ein Insolvenzverwalter die „praktische Wirksamkeit“ (*effet utile*) von Kommissionsentscheidungen sicherstellen. Nur im Rahmen einer effektiven Umsetzung von Kommissionsentscheidungen darf der Insolvenzverwalter den ihm zur Befriedigung der Gläubigerinteressen am besten erscheinenden Verwertungsweg beschreiten. Insoweit „bewahrheitet“ sich der in der *Alcan*-Rechtsprechung des EuGH ausgesprochene Grundsatz, daß dem nationalen Recht nur mehr die Funktion zukommt, die Rechts- oder Ermächtigungsgrundlage für die Rückabwicklung der Beihilfengewährung zur Verfügung zu stellen.

74 Lücke, in: Kübler/Prütting (Hrsg.) (Fn. 61), § 56, Rn. 9.

75 Vgl. die Richtlinien des Arbeitskreises Insolvenzrecht des Deutschen Anwaltsvereins, DRiZ 1993, 192.

76 Smid, in: Smid (Hrsg.), Insolvenzordnung, § 56, Rn. 6 ff.

77 § 56 Abs. 2 InsO: „Der Verwalter erhält eine Urkunde über seine Bestellung. Bei Beendigung seines Amtes hat er die Urkunde dem Insolvenzgericht zurückzugeben.“

78 S. nur EuGH, Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3745 ff.); vgl. nunmehr auch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Verfahrensordnung (Fn. 9).

79 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27.

80 Entscheidung der Kommission (Fn. 17), ABIEG L 292/27, Rn. 101.

81 S. *Canaris*, 1. FS Larenz, 1973, S. 799 ff.; *ders.*, WM 1980, 354 (367 ff.); *ders.*, NJW 1992, 3140 (3144); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl. 1994, § 70 VI 1, S. 247 f.; vgl. ferner *Medicus* (Fn. 38), § 27, Rn. 667 f.; OLG Celle, WM 1987, 777 (779).

82 EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528), Tz. 12 – FNCE; Hervorhebung nicht im Original. Vgl. die scharfsinnigen Überlegungen zu diesem Urteil von *Pechstein*, EuZW 1998, 495; s. ferner *Koenig/Braun*, NuWZ 1999, 1056 (1058); *Deckert/Schroeder*, EuR 1998, 291 (315); *Neufels*, Europäische Subventionskontrolle durch Private, 1997, S. 114 ff.