

Aufsätze und Berichte

Bestimmung des passivlegitimierten Adressaten einer Beihilfenrückforderung nach der Veräußerung eines begünstigten „Unternehmens“

Von Universitätsprofessor Dr. Christian Koenig LL. M.*

Die Rückforderungsanordnung der Kommission ist, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung ausführt, die logische Restitutionsfolge der sich in der Wettbewerbsverfälschung entfaltenden Rechtswidrigkeit der Beihilfe. Dient die Rückforderung damit der (teilweisen) Wiederherstellung des ungestörten Wettbewerbs, bestimmt dieser Normzweck auch die Beantwortung der Frage, wer Begünstigter, d. h. wer Adressat der Rückzahlungsverpflichtung ist. Schwierig stellt sich die Situation dann dar, wenn das ursprünglich begünstigte Unternehmen verkauft wird. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Rückforderung an den Unternehmenserwerber bzw. an den Erwerber substanzialer Unternehmensaktiva gerichtet werden kann. Die in der folgenden Abhandlung aufgezeigten Ansätze zur Bestimmung des passivlegitimierten Adressaten einer Beihilfenrückforderung beruhen auf einer Stellungnahme, die der Verfasser gegenüber dem Juristischen Dienst der Europäischen Kommission abgegeben hat.

I. Problemaufriss anhand aktueller Kommissionsentscheidungen

Eine Erstreckung der Rückforderungshaftung auf die Erwerber von Anlage- und Umlaufvermögen des Beihilfempfängers wurde von der Kommission in grundsätzlicher Weise in ihrer Entscheidung vom 8. 7. 1999 betreffend die Gröditzer Stahlwerke (GSW) angeordnet. Darin rügt die Europäische Kommission, dass das „Anlagevermögen von GSW [...] an andere, von der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) kontrollierte Unternehmen übertragen wurde. Der Zweck oder die Wirkung eines solchen Vorgangs könnte in dem Versuch bestehen, die in Frage stehenden Vermögensanteile dem Geltungsbereich der Kommissionsentscheidung zu entziehen“¹.

Im Fall der Gröditzer Stahlwerke erfuhr die Kommission vor dem Erlass ihrer Entscheidung vom 8. 7. 1999 von den notariellen Verträgen vom 20. 4. 1999, durch die das gesamte Vermögen der GSW GmbH im Wege eines asset deal an Gesellschaften übertragen wurde, welche nicht zum Gesellschaftsvermögen der GSW gehörten, sondern vielmehr in einer komplizierten Holdingkonstruktion der BvS unterstanden. In diesem Fall stellte die Kommission ausdrücklich fest, dass die Veräußerung „unter dem Marktpreis bzw. ohne offenes Verkaufsverfahren an andere, von der BvS kontrollierte Unternehmen“ erfolgte. Daher lag ein begründeter Verdacht nahe, dass die Transaktionen darauf abzielten, die Rückzahlungsverpflichtung dadurch zu umgehen, dass das Vermögen der GSW an andere Unternehmen übertragen wurde². Insoweit verdeutlichte die Kommission, dass Empfänger der Beihilfe – und damit Rückzahlungsverpflichteter – jedes Unternehmen sei, an das Vermögenswerte übertragen wurden, um die Wirkung der Entscheidung zu umgehen³.

Ähnliche Ausführungen finden sich in der Kommissionsentscheidung vom 11. 4. 2000 über die staatliche Beihilfe

Deutschlands zu Gunsten der System Microelectronic Innovation GmbH (Halbleiterwerk Frankfurt [Oder], im Folgenden: SMI-Entscheidung)⁴, obwohl hier der Sachverhalt grundverschieden gelagert ist. Nach Art. 3 III dieser Entscheidung gelten als „Empfänger“ die SMI, die System Microelectronic Integration (SIMI) und die Microelectronic Design & Development GmbH (MD&D) sowie jedes Unternehmen, dem die Vermögenswerte von SMI, SIMI oder MD&D in einer Form übertragen worden sind bzw. übertragen werden, um die Konsequenzen dieser Entscheidung zu umgehen“.

Im Gegensatz zum Fall der Gröditzer Stahlwerke bietet der SMI-Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine Umgehung der Kommissionsentscheidung. Das Konkursverfahren über die beihilfenbegünstigte SMI wurde am 1. 7. 1997 eröffnet. Der Verwalter gründete in Abstimmung mit dem Land Brandenburg am 30. 6. 1997 die Auffanggesellschaft SIMI, um die Geschäftstätigkeit weiterzuführen. Sämtliche Anteile der SMI gehörten der SMI. Am 1. 7. 1997 gründete der Konkursverwalter eine 100%ige Tochtergesellschaft von SIMI, die MD&D. Nach mehreren gescheiterten Privatisierungsversuchen wurden die Geschäftsanteile der MD&D mit Vertrag vom 26. 6. 1999 zu 80% an die US-Gesellschaft MEGAXESS INC. und zu 20% an leitende Angestellte der SMI verkauft. Zum 14. 7. 1999 erwarb die MD&D 100% der Geschäftsanteile der SIMI. Der zwischen dem Verwalter und der MD&D am 14. 7. 1999 geschlossene Kaufvertrag für das bewegliche Anlagevermögen der SMI, das für den Geschäftsbetrieb der SIMI/MD&D betriebsnotwendig ist, wurde von der MD&D nicht erfüllt. Der vereinbarte Kaufpreis in Höhe von 2,1 Mio. DM lag über dem durch ein unabhängiges Gutachten ermittelten Nettowert des mobilen Anlagevermögens (Liquidationswert) von ca. 1,5 Mio. DM und war bisher gestundet.

Zunächst erscheint es befremdlich, woraus sich – trotz des „marktgerecht“ vereinbarten höheren Kaufpreises und der fehlenden Anzeichen für eine Umgehung – die Rückforderungspflicht aus der Logik der GSW-Entscheidung ergeben könnte. Um die Rückzahlungspflicht des Unternehmenserwerbers zu begründen, reicht der schlichte Verweis, dass die Umgehung der Rückforderungsanordnung vermieden werden muss, nicht aus. Es bedarf vielmehr des – von der Kommission in der Entscheidung SMI nicht erbrachten – Nachweises, dass gerade in der Art und Weise der Übernahmekonstruktion die objektive Gefahr einer Umgehung der Beihilfenkontrolle liegt.

Als dritter Fall ist schließlich die Entscheidung der Kommission über Beihilfen Deutschlands zu Gunsten der CDA

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Die Ausführungen geben die Rechtsansichten des Verfassers wieder, nicht die des Juristischen Dienstes der Europäischen Kommission. Herzlicher Dank gebührt Herrn Nicolai Ritter, wissenschaftlicher Referent am ZEI, für die hilfreiche Unterstützung.

1) Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999 – 1999/720/EG, EGKS, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 Rdnr. 102.

2) Rdnr. 104 GSW-Entscheidung (o. Fußn. 1).

3) Rdnr. 105 GSW-Entscheidung (o. Fußn. 1).

4) Kommission, Entsch. v. 11. 4. 2000 – 2000/567/EG, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50; dazu auch Ehrliche, ZIP 2000, 1656.

Compact Disc Albrechts GmbH, Thüringen (CDA-Entscheidung) von Interesse⁵. Zum einen bestätigt diese Entscheidung den Grundsatz, dass ein marktgerechter Preis im Rahmen eines *offenen und bedingungsfreien Veräußerungsverfahrens* das Beihilfenmerkmal „begünstigtes Unternehmen“ im Rahmen einer Prüfung von Beihilfenelementen *in dem Verkauf selbst auszuschließen vermag*:

„Der Übernahmepreis für die Güter des Anlagevermögens wurde in einem Verkehrswertgutachten mit 12,2 Mio. DM ermittelt. Das Umlaufvermögen wurde zum Jahresabschluss 1997 mit 23,1 Mio. DM bewertet. Der Kaufpreis in Höhe von insgesamt 35,3 Mio. DM wurde in Form der Übernahme von Verbindlichkeiten geleistet⁶. Die Kommission stellt insofern fest, dass der Erwerb des operativen Geschäfts sowie wesentlicher Vermögenswerte von CD Albrechts durch die Mediatech Datenträger GmbH (MTDA) keine staatliche Beihilfe darstellt. Die Wertermittlung für die zu übernehmenden Wirtschaftsgüter erfolgte auf der Basis mehrerer neutraler Wertgutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen. Das Anlage- und Umlaufvermögen wurde somit zu Verkehrswerten übertragen. Folglich liegt kein beihilferelevanter Sachverhalt vor⁷“.

Zum anderen erstreckt die CDA-Entscheidung die Rückforderungshaftung insoweit auf die Unternehmenserwerber, als „die Beihilfe von dem Unternehmen zurückzufordern [ist], das den tatsächlichen Nutzen davon hatte“:

„Ist das Empfängerunternehmen anschließend verkauft oder lediglich umfirmiert worden, so ist die Beihilfe vom Käufer oder allen anderen Personen zurückzufordern, die in irgendeiner Weise Nutzen aus der Transaktion gezogen haben, gleichgültig, ob die betreffenden Beträge in den Veräußerungsbedingungen berücksichtigt worden sind oder nicht. In dieser Hinsicht können kollidierende Grundsätze des nationalen Rechts der vollen Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht im Wege stehen“⁸.

Damit wird zugleich deutlich, dass die Frage, ob der Weiterverkauf selbst Beihilfenelemente enthält, klar unterschieden werden muss von der Frage, ob eine Passivlegitimation des Unternehmenserwerbers im Rückforderungsverfahren im Hinblick auf die bereits zuvor gewährte Beihilfe zu bejahen ist, und zwar Letzteres unabhängig von dem gezahlten Kaufpreis.

Im Hinblick auf die Beantwortung der zweiten Frage ist festzustellen, dass die Erstreckung der Rückforderungshaftung auf die Erwerber von Anlagevermögen voraussetzt, dass die Kommission die Fortsetzung der Begünstigung bei dem Erwerber kraft einer *ökonomisch-funktionalen Unternehmensidentität* i. S. des Art. 87 I EG darzulegen vermag. Darlegungs- und Beweislast hierfür liegen bei der Kommission. Als Kriterien für eine *ökonomisch-funktionale Unternehmensidentität* führt die Kommission in der CDA-Entscheidung aus:

„Um außerdem die Umgehung ihrer Entscheidung zu verhindern und sicherzustellen, dass jegliche Wettbewerbsverfälschung ausgeräumt wird, ist die Kommission erforderlichenfalls verpflichtet zu verlangen, dass ein Beitreibungsverfahren nicht auf den ursprünglichen Empfänger beschränkt, sondern auch auf das Unternehmen auszudehnen ist, das die Geschäftstätigkeit des ursprünglichen Unternehmens mit Hilfe der übertragenen Produktionsmittel fortführt, sofern bestimmte Aspekte der Übertragung bei beiden Unternehmen darauf schließen lassen, dass die Geschäftstätigkeit tatsächlich fortgeführt wird. Zu diesen Aspekten gehören u. a. der Übertragungsgegenstand (Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, Übernahme von Arbeitskräften, konsolidierte 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 Annahme der endgültigen Entscheidung) und der kommerzielle Charakter der Übertragung“⁹.

In Anwendung dieser Kriterien folgert die Kommission in der CDA-Entscheidung:

„Im vorliegenden Fall ziehen die Logistic Center Albrechts GmbH (LCA) und die CDA nach wie vor Nutzen aus der Beihilfe, die zuvor der Pilz GmbH & Beteiligungs KG (PBK), dem Joint Venture und der Pilz Albrechts GmbH (PA) gewährt wurde, indem sie die Vermögensgegenstände und die Infrastruktur dieser Unternehmen nutzen. Beide führen die Geschäftstätigkeiten der PBK, des Joint Venture und der PA fort¹⁰. Die Kommission hält es daher für notwendig, in dieser Entscheidung klarzustellen, dass der Ausdruck ‚der Empfänger‘ nicht nur die PBK, das Joint Venture und die PA einschließt, sondern auch die LCA und die CDA sowie alle anderen etwaigen Unternehmen, auf die Vermögenswerte der PBK, des Joint Venture und der PA so übertragen worden sind oder übertragen werden, dass die Folgen dieser Entscheidung umgangen werden“¹¹.

II. Neuausrichtung der Beihilfenrückforderung von dritten Rechtspersonen auf Grund eines funktionalen Unternehmensbegriffs

Streng genommen verfolgt die Kommission mit ihrem CDA-Diktum, wonach „ein Beitreibungsverfahren nicht auf den ursprünglichen Empfänger beschränkt, sondern *auch auf das Unternehmen*“¹² auszudehnen ist, *das die Geschäftstätigkeit des ursprünglichen Unternehmens mit Hilfe der übertragenen Produktionsmittel fortführt*“¹³, gar keine originäre Erstreckung der Rückforderungshaftung auf die Erwerber. Trotz missverständlicher (zuvor *kursiv markierter*) Wortwahl wollte die Kommission vielmehr auf der Grundlage der von ihr aufgeführten Kriterien zur tatsächlichen Geschäftsfortführung (u. a. Übernahme von Aktiva, Verbindlichkeiten, Arbeitskräften etc.) die Rückzahlungsverpflichtung der (neuen) Rechtsträger des ein- und desselben begünstigten Unternehmens i. S. von Art. 87 I EG begründen. Missverständlich ist die Wortwahl, da sie den – wirtschaftlich unzutreffenden – Eindruck erwecken könnte, als fände eine Erstreckung der Rückforderungshaftung von dem ursprünglich begünstigten Unternehmen auf ein anderes Unternehmen statt, obwohl in – für das EG-Beihilfenrecht allein maßgeblicher – wirtschaftlicher Hinsicht lediglich die Rückzahlungsverpflichtung eines neuen Rechtsträgers des ein- und desselben begünstigten Unternehmens festgestellt worden ist.

Begründungstechnisch erweist sich hier eine strikt durchzuhaltende terminologische Unterscheidung zwischen dem beihilfenrechtlich begünstigten (identischen) Unternehmen und seinen alten bzw. neuen Rechtsträgern als wichtig. Auch sollte die Kommission künftig ihre Kriterien zur tatsächlichen Geschäftsfortführung weiter ausdifferenzieren, um damit eine „stoffgleiche“ sowie nahtlose Fortsetzung der ursprünglichen Begünstigung bei dem (neuen) Rechtsträger des ein- und desselben Unternehmens i. S. des Art. 87 I EG nach Maßgabe einer *ökonomisch-funktional begründeten Unternehmensidentität* darzulegen.

Dieser Ansatz, der den gesellschaftsrechtlichen Schleier („lifting the corporate veil“) hebt und auf die sich dahinter verbergenden *ökonomisch-funktionalen Unternehmensverhältnisse* abstellt, kann an eine reichhaltige Praxis und Dogmatik zum EG-Kartellrecht, insbesondere zum funktionalen Unternehmensbegriff nach Art. 81 I EG, anknüpf-

5) Kommission, Entsch. v. 21. 6. 2000 – C 42/98, noch nicht veröffentlicht.

6) Rdnr. 102 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

7) Rdnr. 103 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

8) Rdnr. 114 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

9) Rdnr. 118 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

10) Rdnr. 120 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

11) Rdnr. 121 u. Art. 2 III CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

12) Besser: den neuen Rechtsträger des ein- und desselben begünstigten Unternehmens.

13) Rdnr. 118 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

fen. Freilich muss der funktionale Unternehmensbegriff für die Beihilfenkontrolle spezifisch angepasst und fortentwickelt werden. Im Vergleich zum Kartellrecht, das im Gegensatz zum Beihilfenrecht an die Zurechnung von Unternehmensverhalten an den Rechtsträger (strafrechtsähnliche) Bußgeldfolgen knüpft, stellen sich für die Beihilfenkontrolle weniger rechtsstaatliche als ökonomische Fragen zur Bestimmung einer funktionalen Unternehmensidentität, um die eingetretenen Wettbewerbsverzerrungen praktisch wirksam zu beseitigen sowie die auf Gemeinschaftsrecht gestützten Forderungen wirksam beizutreiben.

1. Inhalt und Zweck des funktionalen Unternehmensbegriffes des EG-Wettbewerbsrechts mit Blick auf die Empfängereigenschaft gem. Art. 87 I EG

Das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ („undertaking“) ist ein – vom Recht der Mitgliedstaaten unabhängiger – autonomer Begriff des Europäischen Gemeinschaftsrechts¹⁴. Der EuGH bestimmt den Unternehmensbegriff vor allem im Hinblick auf das Kartellverbot nach Art. 81 I EG tätigkeitsbezogen (funktional) „im Rahmen des Wettbewerbsrechts“¹⁵. Die in Betracht genommene Tätigkeit muss wirtschaftlich – nicht notwendig kommerziell, d. h. sie muss nicht auf eine Gewinnerzielung – ausgerichtet sein¹⁶. Das heißt, die als Unternehmen qualifizierte Einheit muss als Anbieter oder Nachfrager (nicht als privater Endverbraucher) auf existierende Märkte treffen, ohne dass es auf die Art der Finanzierung oder die (rechtliche) Organisation der Einheit ankäme¹⁷.

Die Reichweite sowie die Kriterien des Unternehmensbegriffes sind nach Maßgabe der jeweiligen Zweckrichtung der einzelnen Wettbewerbsbestimmungen auszulegen¹⁸. Daher kann und muss der funktionale Unternehmensbegriff für die Beihilfenkontrolle spezifisch angepasst werden. Bei der Anwendung des Kartell- und Missbrauchsverbotes nach Art. 81 bzw. Art. 82 EG beschränkt sich die funktionale Unternehmenseigenschaft der Einheit konsequent auf die marktbezogene Tätigkeit¹⁹. In der Rechtssache Höfner monopolisierte die insoweit als Unternehmen qualifizierte Bundesanstalt für Arbeit die Arbeitsvermittlung, obwohl entsprechende Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten auf Wettbewerbsmärkten angeboten werden²⁰; dagegen wäre dieselbe Bundesanstalt für Arbeit in Bezug auf originär hoheitliche Tätigkeiten, z. B. die Verfolgung von Schwarzarbeit, auch gemeinschaftsrechtlich nicht als Unternehmen, sondern als Behörde zu qualifizieren.

Im Gegensatz zu den Kartell- und Missbrauchsverboten (Art. 81 bzw. Art. 82 EG) beurteilt das Beihilfenrecht nach Art. 87 ff. EG die Unternehmenseigenschaft nicht nach Maßgabe eines aktiven Verhaltens (Tätigkeit). Vielmehr wird die Unternehmenseigenschaft i. S. einer Empfängereigenschaft nach Maßgabe der passivselektiven Begünstigung einer wirtschaftlichen, auf einem relevanten Markt operierenden Einheit aus staatlichen Mitteln ermittelt. Bei einer nicht genehmigten Beihilfengewährung ist dem Mitgliedstaat, nicht dem Begünstigungsempfänger, eine missbräuchliche Tätigkeit vorzuwerfen. Deshalb muss der funktionale Unternehmensbegriff für die Beihilfenkontrolle spezifisch der mehr passiven Begünstigtenrolle des Beihilfenempfängers angepasst werden.

Während der im Zusammenhang mit den Kartell- und Missbrauchsverboten (Art. 81 bzw. Art. 82 EG) entwickelte Unternehmensbegriff alleine tätigkeitsbezogen konstruiert wird, muss der den Erfordernissen einer praktisch wirksamen Beihilfenkontrolle „funktional“ angepasste Unternehmensbegriff die Bestimmung der einseitig begünstigten Einheit (Beihilfenempfänger) an der wirksamen Beseitigung der eingetretenen Wettbewerbsverzerrungen sowie an der Beitreibung von auf Gemeinschaftsrecht gestützten Forderungen ausrichten.

Abzustellen ist mithin maßgeblich auf die infolge der Beihilfengewährung zu Gunsten einer funktional bestimmbareren Wirtschaftseinheit auf einem relevanten Produktmarkt eingetretenen Wettbewerbsverzerrungseffekte, die auch im Falle der Veräußerung und der Übertragung der für eine Geschäftsführung maßgeblichen Produktionsmittel andauern können und eine Rückforderung der Beihilfe verlangen, sofern nicht eine anderweitige (kompetitive) Restitution greift. In dem Moment des Andauerns

der durch die Beihilfengewährung eingetretenen Wettbewerbsverfälschung liegt der Grund dafür, dass ein auf eine gewisse Dauer angelegter Unternehmensbestand zu verlangen ist. Dagegen stellt der rein tätigkeitsbezogene kartellrechtliche funktionale Unternehmensbegriff auf das auch nur punktuell wettbewerbswidrige Verhalten ab, so dass im Rahmen des Art. 81 EG konsequent auf das Merkmal der Dauer verzichtet werden kann²¹.

Die Kommission wollte in der CDA-Entscheidung letztlich den Fortbestand der funktionalen Unternehmenseinheit bei den neuen Rechtsträgern begründen:

„Im vorliegenden Fall ziehen die LCA und die CDA nach wie vor Nutzen aus der Beihilfe, die zuvor der PBK, dem Joint Venture und der PA gewährt wurde, indem sie die Vermögensgegenstände und die Infrastruktur dieser Unternehmen nutzen. Beide führen die Geschäftstätigkeiten der PBK, des Joint Venture und der PA fort²². Die Kommission hält es daher für notwendig, in dieser Entscheidung klarzustellen, dass der Ausdruck ‚der Empfänger‘ nicht nur die PBK, das Joint Venture und die PA einschließt, sondern auch die LCA und die CDA sowie alle anderen etwaigen Unternehmen, auf die Vermögenswerte der PBK, des Joint Venture und der PA so übertragen worden sind oder übertragen werden, dass die Folgen dieser Entscheidung umgangen werden“²³.

Gerade die mannigfaltigen Konstellationen von Veräußerungen und Übertragungen der für eine Geschäftsführung maßgeblichen Aktiva des ursprünglichen Beihilfenempfängers gebieten eine zweistufige Prüfung im Rahmen der Bestimmung der funktionalen Unternehmenseinheit, aus dessen materiell begünstigter Produktions- und Vermögensmasse die Beihilfe zurückzuführen ist, und zwar unabhängig davon, ob und wie in der Rechtsträgerschaft dieser Unternehmenseinheit Änderungen eingetreten sind.

Sowohl die Kommission als auch das EuG²⁴ bestimmen den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff im Zusammenhang von Unternehmensumstrukturierungen und verbundenen Unternehmen im Rahmen einer zweistufigen Prüfung. Danach wird zunächst die wirtschaftliche Einheit als Adressat des Kartellverbots und zwar nach Maßgabe der sanktionierten Tätigkeit ermittelt. Erst wenn das funktionale Unternehmen tätigkeitsbezogen feststeht, wird auf der zweiten Stufe dessen Rechtsträger, also die natürliche oder juristische Person ermittelt, die für das Verhalten des Unternehmens zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung rechtlich einzustehen hat²⁵. Damit wird die Bestimmung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit deutlich von der Bestimmung des rechtlich für das Unternehmensverhalten zu sanktionierenden Rechtsträgers unterschieden.

In dem Hydrotherm-Urteil führt der EuGH aus, dass „im Rahmen des Wettbewerbsrechts [...] unter dem Begriff des Un-

14) EuGH, Slg. 1991, I-1979 (2016) Rdnr. 21 = EuZW 1991, 349 – Höfner; EuGH, Slg. 1997, I-7119 (7147) Rdnr. 21 = EuZW 1998, 274 – Job Center. Ebenso arbeitet die Kommission in ihrer Polypropylen-Entscheidung v. 23. 4. 1986 die Eigenständigkeit des gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriffes heraus, und zwar im Hinblick auf seine Unabhängigkeit gegenüber dem mitgliedstaatlichen Steuer- und GesellschaftsR. ABIEG 1986 Nr. L 230, S. 1 (32).

15) EuGH, Slg. 1991, I-1979 (2016) Rdnr. 21 = EuZW 1991, 349 – Höfner.

16) Vgl. auch Art. 1 Protokoll Nr. 22 zum Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum, wonach ein „Unternehmen“ als „jedes Rechtssubjekt [eng.: entity], das eine kommerzielle [eng.: commercial] oder wirtschaftliche [eng.: economic] Tätigkeit ausübt“, definiert wird; BGBl II 1993, S. 267.

17) EuGH, Slg. 1991, I-1979 (2016) Rdnr. 21 = EuZW 1991, 349 – Höfner; EuGH, Slg. 1997, I-7119 (7147) Rdnr. 21 = EuZW 1998, 274 – Job Center.

18) Roth/Ackermann, in: Frankfurter Komm. z. GWB, Bd. 5, 3. Aufl. (2000), Art. 81 EG Rdnrn. 11 ff.

19) Roth/Ackermann (o. Fußn. 18), Art. 81 EG Rdnr. 13.

20) EuGH, Slg. 1991, I-1979 (2016) Rdnr. 21 = EuZW 1991, 349 – Höfner.

21) Roth/Ackermann (o. Fußn. 18), Art. 81 EG Rdnr. 18.

22) Rdnr. 120 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

23) Rdnr. 121 u. Art. 2 III CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

24) EuG, Slg. 1991, II-1623 (1695) Rdnrn. 235 f. – Enichem Anic; EuG, Slg. 1991, II-757 (884) Rdnr. 311 – Shell.

25) So auch Roth/Ackermann (o. Fußn. 18), Art. 81 EG Rdnr. 52.

ternehmens eine in Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen [ist], selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird²⁶“.

Dieser Rechtsgedanke einer zweistufigen Prüfung lässt sich dahingehend auf die Beihilfenkontrolle übertragen,

(1) dass die begünstigte Wirtschaftseinheit alleine nach Maßgabe der eingetretenen *wirtschaftlichen* Beihilfeneffekte, etwa der künstlichen Senkung der – für die Preisbildung auf dem jeweiligen relevanten Markt maßgeblichen – Produktionskosten, zu bestimmen ist (erste Prüfungsstufe: Unternehmen),

(2) während für die Beihilfenrückforderung der oder die aktuellen Rechtsträger unabhängig davon zu ermitteln sind, ob und wie in der Rechtsträgerschaft dieser Unternehmenseinheit Änderungen eingetreten sind (zweite Prüfungsstufe: Passivlegitimation für den Rückforderungsanspruch)²⁷.

Auf der ersten Prüfungsebene ist danach das beihilfenrechtlich begünstigte Unternehmen alleine nach Maßgabe von funktional wirtschaftlich zu beurteilenden *selektiven* Vorteileffekten als eine abgrenzbare Produktions- bzw. Handelseinheit auf dem jeweiligen relevanten Markt zu bestimmen. Der auf der zweiten Prüfungsebene für die Beihilfenrückforderung passivlegitimierte Rechtsträger (Unternehmensträger) muss die im ersten Prüfungsschritt ermittelte selektiv begünstigte Produktions- bzw. Handelseinheit, also das „Unternehmen“, in welchem die Begünstigung wettbewerbsverzerrend aufgegangen ist, übernommen haben.

2. Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem „Unternehmen“ unabhängig von seinem jeweiligen Rechtsträger

a) *Parallele zur Kontinuität der Rechtsverhältnisse beim Wechsel des Unternehmensträgers im Handels- und Gesellschaftsrecht sowie beim Unternehmens- und Betriebsübergang nach der Richtlinie 77/187/EWG.* Diese Bestimmung des für das Beihilfenrecht maßgeblichen Unternehmensbegriffs, welche auf eine Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem so ermittelten „Unternehmen“ hinausläuft, berührt sich mit dem in der gesellschaftsrechtlichen Literatur vorgetragenen Anliegen, eine „Kontinuität der Rechtsverhältnisse beim Wechsel des Unternehmensträgers“ zu begründen²⁸. So wird die *de lege lata* lückenhafte Rechts- und Gesetzeslage zur Haftungskontinuität nach den §§ 25–28 des deutschen Handelsgesetzbuches (HGB) mit Blick auf eine rechtsdogmatische Zuweisung der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse an wechselnde Unternehmensträger kritisiert. Danach wird die Zusammengehörigkeit von dem Unternehmen und bestimmten – etwa auf Grund einer betrieblichen Eigenschaft im Unternehmen verwurzelten (radizierten) – Rechtsverhältnissen hervorgehoben²⁹. Eine Loslösung bestimmter Rechtsverhältnisse vom Unternehmen müsse danach zumindest eigens rechtlich legitimiert werden.

Der Grundsatz der in einem Unternehmen – unabhängig von der Kontinuität oder dem Wechsel seines Rechtsträgers – *radizierten* Rechtsverhältnisse kommt auch in der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. 2. 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen³⁰ zum Tragen. In diesem Zusammenhang stellt der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Prüfung, ob die „radizierten“ Rechte der Arbeitnehmer auf den Unternehmenserwerber übergehen, entscheidend auf folgende, die wirtschaftliche Einheit eines Unternehmens

ausmachenden „Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung“ ab:

- die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes,
- die materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter,
- der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs,
- die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber,
- der Übergang der Kundschaft,
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten³¹.

b) *Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem „Unternehmen“.* Durchaus vergleichbar mit der Behandlung der Arbeitnehmeransprüche beim Unternehmens- bzw. Betriebsübergang geht auch die Kommission – ohne dies rechtsdogmatisch näher zu begründen – in ihrer jüngsten Praxis, insbesondere in der CDA-Entscheidung, implizit von einer grundsätzlichen Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem „Unternehmen“ unabhängig von seinem jeweiligen Rechtsträger aus. Sie nennt hierfür in der CDA-Entscheidung Kriterien, welche den vom *EuGH*³² zur Arbeitnehmerschutz-Richtlinie zuvor aufgeführten Gesichtspunkten ähneln, freilich insoweit davon abweichend, als sie auf die Ziele der Beihilfenkontrolle bezogen sind:

„Zu diesen Aspekten gehören u. a. der Übertragungsgegenstand (Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, Übernahme von Arbeitskräften, konsolidierte 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 Annahme der endgültigen Entscheidung) und der kommerzielle Charakter der Übertragung“³³.

Entscheidend für die Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem „Unternehmen“ unabhängig von seinem jeweiligen Rechtsträger ist nach der CDA-Entscheidung, dass der neue Rechtsträger weiterhin Vorteile aus der Beihilfe zieht, indem er Vermögensgegenstände und die Infrastruktur des „Unternehmens“ nutzt³⁴. Der Grundsatz der Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem „Unternehmen“ findet seine Legitimation in dem Umstand – und setzt deshalb voraus –, dass die Begünstigung durch das auch nur potenzielle Fortwirken des begünstigten „Unternehmens“ auf den jeweils relevanten Märkten unabhängig von einer Änderung seiner Rechtsträger andauert. Die Radizierung kann nur durch die Beseitigung der eingetretenen Wettbewerbsverfälschung im Wege einer kompetitiven Restitution mit Blick auf die auf den jeweiligen relevanten Märkten betroffenen Wettbewerbsteilnehmer unterbrochen werden. Dient die Rückforderung dabei der (teilweisen) Wiederherstellung des ungestörten Wettbewerbs, ist zu prüfen, ob die das begünstigte „Unternehmen“ ausma-

26) *EuGH*, Slg. 1984, 2999 (LS 1; 3016) Rdnrn. 11 f. – Hydrotherm. Auch die Bekanntmachung der Kommission zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1983/83 und Nr. 1984/83 v. 22. 6. 1983, ABIEG 1984 Nr. C 101, S. 2 Rdnr. 13, bestimmt, dass mehrere Unternehmen, die eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden, im Rahmen von Art. 1 der jeweiligen Verordnungen „wie“ ein einziges Unternehmen zu behandeln seien.

27) Anders *Ehricke*, ZIP 2000, 1656 (1661), der insoweit nicht von einer Unternehmensidentität ausgeht.

28) *Schmidt*, HandelsR., 5. Aufl. (1999), S. 211 ff.

29) *Schmidt* (o. Fußn. 28), S. 212.

30) ABIEG 1977 Nr. L 61, S. 26 ff.

31) *EuGH*, EuZW 2000, 442 ff. (444) Rdnr. 26 – Allen u. a./Amalgamated Construction Co. Ltd.; *EuGH*, Slg. 1997, I-1259 Rdnr. 14 = EuZW 1997, 244 – Süzen.

32) *EuGH*, EuZW 2000, 442 ff. (444) Rdnr. 26 – Allen u. a./Amalgamated Construction Co. Ltd.; *EuGH*, Slg. 1997, I-1259 Rdnr. 14 – Süzen.

33) Rdnr. 118 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

34) Rdnr. 120 CDA-Entscheidung (o. Fußn. 5).

chende Unternehmenssubstanz („unternehmenskonstituierende Aktiva“) auf den jeweils relevanten Märkten auch bei den neuen Rechtsträgern (Erwerbern) wirkt und damit die Wettbewerbsverfälschung noch andauert.

III. Share deal: Die Rückforderungsschuld folgt dem „Unternehmen“ als Beihilfempfangener

Eindeutig ist die Rechtslage bei einem share deal. Hier wird sowohl die Unternehmensidentität als auch die Rechtsträgeridentität vollständig gewahrt. Die gemeinschaftsrechtlich „radizierte“ Rückforderungsschuld folgt dem „Unternehmen“ als Beihilfempfangener; irrelevant ist, wer das Eigentum an den Gesellschaftsanteilen hält³⁵. Nach einem share deal bleibt nämlich nicht nur das Unternehmen, sondern auch der Rechtsträger (Unternehmensträger) identisch. Da bei dem für die Beihilfenrückforderung passivlegitimierten Rechtsträger im Rahmen eines Anteilsverkaufs gar keine Änderung in der Unternehmensträgerschaft eintritt, unterliegt die rechtliche Verantwortlichkeit für die Rückführung der Beihilfe keiner weiteren Begründungspflicht seitens der Kommission. Insoweit besteht auch eine gesicherte Kommissionspraxis.

IV. Asset deal: Unter welchen Bedingungen ist ein Erwerber von wesentlichen Vermögensteilen des unmittelbaren Beihilfempfangers selbst passivlegitimierter Adressat der Rückforderung?

1. Asset deal innerhalb einer verbundenen Unternehmensgruppe: beihilfenrechtliche Gleichstellung mit einem share deal

Werden Unternehmensaktiva innerhalb einer verbundenen Unternehmensgruppe übertragen, so rechtfertigt sich eine beihilfenrechtliche Gleichstellung mit der Behandlung eines share deal auf Grund des wirtschaftlichen Integrationsgrades innerhalb eines Unternehmensverbundes³⁶. Diese Gleichbehandlung rechtfertigt sich um so mehr, wenn so genannte cash concentration- bzw. management-Systeme die finanzielle Verbundintegration verstärken. Innerhalb eines solchen nicht nur wirtschaftlich, sondern hinsichtlich der Geldströme auch finanziell integrierten Unternehmensverbundes ist sowohl die funktionale Unternehmensidentität als auch die Unternehmensträgeridentität zwischen der Veräußererseite und der Erwerberseite über das Verbunddach auf jeden Fall belegt³⁷.

Ähnlich verfährt die Kommission bereits seit langem im Zusammenhang mit der Ahndung von Kartellverstoßen eines Konzerns bzw. innerhalb eines Konzerns nach Art. 15 der Verordnung Nr. 17. Verstoßen konzernverbundene Unternehmen gegen Art. 81 EG, so kann neben oder an Stelle der Verantwortung des unmittelbar handelnden Unternehmens auch die Verantwortung des übergeordneten Konzernunternehmens treten³⁸. Nach diesem Ansatz wird entweder der Konzern als wirtschaftliche Einheit („Unternehmen“) angesehen, oder aber das Verhalten der Tochtergesellschaften wird der übergeordneten Konzerngesellschaft zugerechnet³⁹. Sowohl die Kommission als auch der EuGH haben in der Rechtssache Continental Can über das Verhalten der Tochtergesellschaft die marktbeherrschende Stellung der Muttergesellschaft begründet⁴⁰. In ihren Entscheidungen John Deere⁴¹ und Peroxyd-Produkte⁴² hat die Kommission eine wirtschaftliche Einheit aus mehreren Konzerngesellschaften als ein „Unternehmen“ qualifiziert und dieser wirtschaftlichen Konzerneinheit die täterschaftliche Verantwortung für das Wettbewerbsdelikt zugerechnet.

Obgleich die Gemeinschaftspraxis die Zurechnungsproblematik im Verhältnis der Verbundmitglieder untereinander – rechtsdogmatisch angreifbar – mit der Bestimmung der wirtschaftlichen Unternehmenseinheit als Normadressat des Kartellverbotes vermengt, um mit dieser Ausweitung des funktionalen Unternehmensbegriffs die Zurechnungsprobleme zu lösen⁴³, lässt sich aus dieser Praxis ein auf das Beihilfenrecht übertragbarer Grundsatz über die beihilfenrechtliche Einheit eines Unternehmensverbun-

des ableiten. Dieser Grundsatz findet bereits in der beihilfenrechtlichen Inter Mills-Entscheidung einen vom EuGH sanktionierten Vorläufer. In diesem Fall hatte die Kommission konstatiert, dass die Begünstigung einer Muttergesellschaft nicht dadurch entfällt, dass sie im Rahmen einer Umstrukturierung mit den gesamten Produktionsanlagen wesentliche assets an Tochtergesellschaften ausgliedert⁴⁴. Der Gerichtshof hat diese Entscheidung dahingehend bestätigt, dass auch die Tochtergesellschaften Begünstigte darstellen und die Zurechnung zur Mutter darauf gestützt, dass Unternehmen eines Verbundes dann eine wirtschaftliche Einheit bilden, wenn sie durch die gemeinsame Muttergesellschaft kontrolliert werden könnten⁴⁵.

Die Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in den substanziellen Unternehmensaktiva stellt sich damit bei einem asset deal innerhalb eines Verbundes wie folgt dar: Die Wettbewerbsverfälschung wirkt hier nicht nur bei einem neuen Rechtsträger (Erwerber) fort. Vielmehr geht die Wettbewerbsverfälschung von einem selektiv begünstigten Unternehmen aus, welches die wettbewerbsverzerrenden Effekte unter dem Gewand verschiedener Rechtsträger innerhalb des Unternehmensverbundes flexibel zu bewegen und auch zu kaschieren vermag.

Vor dem Erlass der Kommissionsentscheidung vom 8. 7. 1999 wurde das gesamte Vermögen der GSW GmbH im Wege eines asset deal an Gesellschaften übertragen, welche nicht zum Gesellschaftsvermögen der ursprünglichen Rückzahlungsschuldnerin GSW gehörten, vielmehr in einer komplizierten Holdingkonstruktion der BvS unterstanden. Angesichts der Umstände dieser Übertragung substanzieller Unternehmensaktiva innerhalb eines weit gefassten Holdingverbundes der BvS war der Verdacht begründet, dass „der Zweck oder die Wirkung eines solchen Vorgangs in dem Versuch bestehen [könnte], die in Frage stehenden Vermögensanteile dem Geltungsbereich der Kommissionsentscheidung zu entziehen“⁴⁶. Innerhalb einer verbundenen Unternehmensgruppe wird nicht nur die Unternehmensidentität vollständig gewahrt, analog einem share deal wird darüber hinaus die Unternehmensträgeridentität fingiert. Der für die Beihilfenrückforderung passivlegitimierte Rechtsträger ist jede in den Verbund integrierte Rechtsperson, die von einem anderen verbundenen Rechtsträger die mit der Beihilfenrückzahlungslast radizierten substanziellen Unternehmensaktiva erwirbt, ohne dass es auf die Marktgerechtigkeit eines etwa gezahlten Kaufpreises ankäme.

35) EuGH, Slg. 1991, I-1433 (1470) – ENI-Lanerossi.

36) Hierzu auch Ehrlicke, ZIP 2000, 1656 (1663).

37) Im Hinblick auf die Rückzahlungsschuld der neuen Unternehmensträger hätte die Kommission in ihrer Entscheidung CDA Compact Disc Albrechts, insbesondere in den für die Entscheidung maßgeblichen Ausführungen der Rdnrn. 114 ff., mithin stärker auf den in Rdnr. 27 erwähnten Umstand abstellen sollen, dass „diese Zuschüsse über das gemeinsame Cash-Management indirekt der gesamten Pilz-Gruppe zugute [kamen]“.

38) Immenga, in: ders./Mestmäcker, Komm. z. EG-WettbewerbsR, Bd. II, 1997, Art. 15 VO 17, Rdnrn. 76 ff. (S. 1796 ff.).

39) Vgl. zu dieser uneinheitlichen Praxis EuGH, Slg. 1984, 2999 (3016) – Hydrotherm/Compact; Kommission, ABIEG 1986 Nr. L 230, S. 1 (31 ff.) – Polypropylen; ABIEG 1988 Nr. L 65, S. 19 (30) – Eurofix-Bauco/Hilti; ABIEG 1989 Nr. L 284, S. 36 (41) – Filmeinkauf deutscher Fernsehanstalten; vgl. auch Dannecker/Fischer-Fritsch, Das EG-KartellR in der Bußgeldpraxis, FIW-Schriftenreihe, Heft 133, 1989, S. 265.

40) Kommission, Entsch. v. 9. 12. 1971, ABIEG 1972 Nr. L 7, S. 25 ff.; EuGH, Slg. 1973, 215 = NJW 1973, 966.

41) Kommission, Entsch. v. 14. 12. 1984, ABIEG 1985 Nr. L 35, S. 58 ff.

42) Kommission, Entsch. v. 23. 11. 1984, ABIEG 1985 Nr. L 35, S. 1 ff.

43) Roth/Ackermann (o. Fußn. 18), Art. 81 EG Rdnr. 70.

44) Kommission, Entsch. v. 22. 7. 1982 – 82/670/EWG, ABIEG 1982 Nr. L 280, S. 30 ff.

45) EuGH, Slg. 1984, 3809 (3824 ff.) – Inter Mills S. A./Kommission.

46) Rdnr. 102 der Entscheidung GSW (o. Fußn. 1).

2. Asset deal mit (nicht verbundenen) Dritten

Bei einem bloßen asset deal mit einem unverbundenen Dritten gestaltet sich die Begründung einer Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast insofern schwierig, als der Unternehmensträger wechselt und die Radizierung nicht wie im Fall eines asset deal innerhalb eines Unternehmensverbundes aus der Bindung zwischen dem (ursprünglich) Begünstigten und dessen Erwerber mittels des wirtschaftlichen Integrationsgrads im Unternehmensverbund resultiert. Eine Haftung des Unternehmenserwerbers im Fall des bloßen asset deal kommt nur dann in Frage, wenn die Identität des Unternehmens nach der Übertragung in einem solchen Maße gewahrt bleibt, dass der durch die Beihilfe bedingte wirtschaftliche Nutzen weiterhin dem „Unternehmen“ zugeordnet werden kann⁴⁷. Vor dem Hintergrund des Telos des Beihilfenrückforderungsregimes – Restitution des ungestörten Wettbewerbs – muss in diesem Fall die Passivlegitimation im Rückforderungsverfahren auf den unverbundenen Unternehmenserwerber erstreckt werden. Damit vermag der Erhalt der (wesentlichen) Unternehmensidentität die Radizierung der Rückzahlungslast in dem „Unternehmen“ zu begründen. Die Beihilfenrückzahlungslast kann dagegen dann nicht auf den Erwerber erstreckt werden, wenn der Kauf einzelner assets nicht zu einem Fortbestand der funktionalen Identität des Unternehmens führt. Denn der Rückforderungsanspruch ist an das Unternehmen gebunden und kann nicht auf einen Unternehmensträger ausgeweitet werden, welcher funktional keine Identität mit dem (Erst-)Begünstigten aufweist. Insofern ist bei einem asset deal mit einem unverbundenen Dritten maßgeblich auf die Einzelheiten der Übertragung abzustellen. Die Übertragung, welche die „Identität“ des Unternehmens wahrt, ist abzugrenzen von der Sachmittelveräußerung, d. h. der Veräußerung einer Summe von Wirtschaftsgütern.

Eine funktionale Unternehmensidentität besteht dann nicht, wenn lediglich einzelne Produktionsmittel bzw. Bestandteile des Anlage- und Umlaufvermögens übertragen werden, ohne dass das Unternehmen als Wirtschaftseinheit übergeht. Werden dagegen die wesentlichen materiellen und immateriellen Betriebsmittel veräußert, wirkt mithin das „Unternehmenssubstrat“ fort, bleibt die Wirtschaftseinheit und damit die Identität des Unternehmens bestehen. Für die Frage, welche Betriebsmittel die Identität des Unternehmens begründen, ist auf die Eigenart des Unternehmens abzustellen. Bei Produktionsbetrieben bestehen die „prägenden“ Aktiva im Regelfall aus den materiellen Betriebsmitteln, d. h. insbesondere aus den Produktionsanlagen und -gebäuden. Bei Dienstleistungsunternehmen muss hingegen stärker auf die immateriellen Betriebsmittel wie den Kundenstamm, Kundenlisten, „know-how“ und „good will“ abgestellt werden. Auch die Übernahme der Arbeitnehmer kann von Bedeutung sein: Denn nicht selten bestimmen die Know How-Träger in einem Unternehmen die Identität des Unternehmens wesentlich mit. Insofern bedarf die Ermittlung des Unternehmenssubstrats jeweils einer wertenden Gesamtbetrachtung. Hierbei bietet sich die Anlehnung an die Unterscheidung zwischen „neutralen“ Betriebsmitteln und „individualisierenden“ Betriebsmitteln aus der arbeitsrechtlichen Literatur zum Betriebs- und Unternehmensübergang an⁴⁸.

Neben dem Übergang der wesentlichen Betriebsmittel ist auch zu untersuchen, ob der Unternehmenserwerber die wesentlichen Tätigkeitsschwerpunkte des Unternehmens beibehält bzw. potenziell beibehalten wird. Obgleich dies keine notwendige Bedingung für die Wahrung der Unternehmensidentität ist, kann es doch von indizieller Bedeutung sein, wenn der Asset-Käufer im gleichen oder zumindest benachbarten relevanten Markt (potenziell) tätig wird.

Die Erwägungen machen deutlich, dass Parallelen zu den vom EuGH entwickelten Grundsätzen zur Definition des Betriebs- und Unternehmensübergangs auf der Grundlage der Arbeitnehmer-

schutz-Richtlinie 77/187/EWG⁴⁹ bestehen. Trotz der Parallelen dürfen die Unterschiede zwischen der Problematik der Passivlegitimation im Beihilfenrückforderungsverfahren und dem Übergang der Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer im Fall des Betriebs- und Unternehmensübergangs nicht übersehen werden. Während das Beihilfenrückforderungsregime das Ziel verfolgt, durch die Restitution der ungestörten Marktlage den Wettbewerb zu schützen, ist die Bestimmung des Begriffs „Betriebs- und Unternehmensübergang“ von dem mit der Richtlinie (vorrangig) verfolgten Zweck des Schutzes der Arbeitnehmer vor einem Arbeitsplatzverlust geprägt. Diese unterschiedlichen Zielrichtungen bedingen verschiedene Wertungen, so dass nur eine vorsichtige Anlehnung an die zum Betriebsübergang entwickelte Dogmatik angezeigt ist.

a) *Funktionale Unternehmensidentität bei der Übernahme von „unternehmenskonstituierenden“ Aktiva.* Ob bei einem asset deal die Wirtschaftseinheit und damit die funktionale Identität des Unternehmens erhalten bleibt, hängt davon ab, ob die wesentlichen „beihilfeninfinzierten“ Betriebsmittel des Unternehmens auf den Erwerber übergegangen sind.

Die Wesentlichkeit ist nach der Eigenart der jeweiligen Wirtschaftseinheit zu bestimmen. D. h. es geht um die Feststellung, ob die „individualisierenden“ Betriebsmittel bzw. die „unternehmenskonstituierenden“ Aktiva übergehen. Im Vordergrund stehen hierbei zumeist die im Unternehmen vorhandenen Produktionsmittel. Gerade bei Dienstleistungsunternehmen sind allerdings oftmals die Kundenpflege und Kundenkontakte („good will“) von hoher Relevanz. Bedarf es hingegen für die Fortführung der Dienstleistungstätigkeit besonderer Einrichtungen, z. B. speziell für das Tätigkeitsfeld entwickelte Software, gehören auch hier die sachlichen Betriebsmittel zu den unternehmenskonstituierenden Aktiva. Daher bedarf es jeweils einer Einzelfallüberprüfung, die auch die Frage beantworten muss, ob und durch welche unternehmenssubstanziellen Aktiva die unternehmerische Zielsetzung fortgeführt wird, um die unternehmenskonstituierenden Merkmale festzustellen. Eine derartige Prüfung hat immer vor dem Hintergrund der Radizierung der Rückforderungslast im „Unternehmen“ stattzufinden. Es ist daher jeweils zu prüfen, ob das Maß an Identität des Unternehmens die Passivlegitimation des Unternehmenserwerbers im Beihilfenrückforderungsverfahren zu rechtfertigen vermag.

b) *Unternehmens(teil)identität bei der Übernahme funktional gebündelter Produktionseinheiten.* Auch in dem Fall, in dem der Asset-Erwerber nur einzelne Produktionseinheiten des Unternehmens übernimmt, bleibt unter bestimmten Voraussetzungen die Beihilfenrückforderungslast in den Aktiva radiziert. Soweit eine Produktionseinheit von anderen Betriebsteilen deutlich abgrenzbar ist und eigene Aufgaben und Zielsetzungen verfolgt, stellt ihre Übertragung nicht lediglich die Veräußerung einzelner Sachmittel des Unternehmens, sondern die Veräußerung einer homogenen Wirtschaftseinheit dar. Insofern kann einer solchen Einheit eine eigene Unternehmensidentität zugeschrieben werden.

Geht diese Einheit auf den Erwerber über, so reicht auch eine – auf das Unternehmensganze bezogene – (Teil-)identität aus, um die Radizierung der Beihilfenrückforderungslast zu begründen. Voraussetzung ist, dass die Produktionseinheit eine eigene wirtschaftliche Einheit darstellt, die eine eigene, von anderen Produktionseinheiten unabhängige Zielsetzung verfolgt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um Kern-(Schlüssel-)bereiche des Unternehmens handelt, die nicht lediglich einzelne Betriebsfunktionen im Unternehmen wahrnehmen, sondern abgrenzbare, eigenständige und in sich zusammenhängende arbeitstechnische Zwecke verfolgen. Die Erstreckung der Beihilfenrückforderung auf den Unternehmenserwerber kann im Fall der (Teil-)identität jedoch nur dann erfolgen, wenn der Übernehmer tatsächlich die funktional gebündelte Einheit übernimmt, da sich der asset deal

47) Vgl. dazu XXIX. Wettbewerbsbericht der Kommission, 1999, SEK (2000), 720 endg., Rdnr. 314.

48) Vgl. Pietzko, Der Tatbestand des § 613 a BGB, 1988, S. 31 ff.

49) ABIEG 1977 Nr. I 61, S. 26 ff.

ansonsten als schlichte Veräußerung einzelner Wirtschaftsgüter darstellt, die eine fortbestehende Identität des Unternehmens im Hinblick auf die Bindung der Rückforderungslast an das „Unternehmen“ nicht rechtfertigt.

c) *Funktionale Unternehmens(teil)identität bei der Übernahme von (qualifiziertem) Personal, insbesondere von Know-How-Trägern, zwecks Fortführung der Unternehmensfunktionen.* Die Identität der wirtschaftlichen Einheit kann sich auch aus dem Personal des Unternehmens ergeben. Die Frage, ob und inwieweit die das bisherige Unternehmen tragenden Arbeits- und Führungskräfte vom Erwerber übernommen werden, wirkt sich damit ebenfalls auf die Feststellung der fortwirkenden Unternehmensidentität aus.

Übernimmt der Erwerber lediglich die Arbeitskräfte eines Unternehmens ohne Erwerb sonstigen Betriebsvermögens, wird im Regelfall nicht von einer Unternehmensidentität auszugehen sein. Im Einzelfall sind jedoch die Fachkenntnisse und Fähigkeiten der Mitarbeiter von derartiger Bedeutung für das Unternehmen, dass sie auch für die Fortführung des Betriebes im Vordergrund stehen. Ist das Fachwissen der Know-How-Träger in der Branche bekannt und sichert dies die Kontakte sowie den Kundenstamm des Unternehmens, ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse auch für den Erwerber von großem Interesse und Nutzen. Das Wissen und die Kontakte der Arbeitnehmer als in den Personen verkörperte immaterielle Betriebsmittel können daher bei der Gesamtabwägung in Einzelfällen den wesentlichen Teil einer Unternehmensidentität ausmachen. Dies ist insbesondere bei Dienstleistungsunternehmen der Fall, deren Charakter oft nur unwesentlich von sachlichen Betriebsmitteln bestimmt wird. Ob unter diesen Gesichtspunkten allein die Übernahme eines eingespielten Teams von Arbeitnehmern bereits die Annahme einer Unternehmensidentität rechtfertigt und damit die Passivlegitimation des Erwerbers begründet, muss im Einzelfall festgestellt werden.

d) *Funktionale Unternehmensidentität bei der Übernahme von Verpflichtungen zur Fortführung bestimmter Unternehmensaktivitäten.* Die Ermittlung der funktionalen Unternehmensidentität im Hinblick auf die andauernde Wettbewerbsverfälschung hat auch die Absprachen zwischen Veräußerer und Erwerber bzw. die Verpflichtungen, die der Erwerber beim Kauf übernommen hat, zu berücksichtigen. Gerade die Verpflichtung des Erwerbers, bestimmte Tätigkeitsfelder des Unternehmens weiter zu verfolgen, kann – auch ohne dass die dafür wesentlichen Betriebsmittel sämtlich übernommen werden – für eine funktionale Identität sprechen.

Eine solche Verpflichtung ist insofern von Bedeutung, als sie ein wesentliches Indiz für die Weiterwirkung der Unternehmenssubstanz sein kann. Eine Änderung der betrieblichen Tätigkeit würde hingegen eher gegen einen Fortbestand der Unternehmensidentität sprechen. Indes kann die Verpflichtung, bestimmte Unternehmensaktivitäten weiterzuführen, nur ein Anhaltspunkt für die Fortwirkung der beihilfenbegünstigten Unternehmenssubstanz sein. Soweit die für die Tätigkeitsfortsetzung notwendigen Betriebsmittel nicht oder nur in begrenztem Umfang übertragen werden und der Erwerber die Weiterführung der Unternehmensaktivität maßgeblich mit eigenen Produktionsmitteln betreibt, ist die Radizierung der Beihilfenrückforderungslast mangels ausreichender Substanzübertragung nicht herzuleiten. Insofern kann die Erstreckung der Beihilfenrückforderungslast nicht allein mit der Fortführung bestimmter Unternehmensaktivitäten begründet werden. Es bedarf immer auch der Übertragung wesentlicher Unternehmensaktiva. Ein Indiz für die funktionale Unternehmensidentität kann auch in der Übernahme von Verpflichtungen zur Erhaltung der Arbeitsplätze gesehen werden. Eine derartige Verpflichtung allein kann jedoch genauso wenig wie eine Verpflichtung, bestimmte Unternehmensaktivitäten weiterzuführen, die Radizierung der Beihilfenrückforderungslast für sich herleiten⁵⁰.

Die soeben entwickelten Fallgruppen einer funktionalen Unternehmensidentität erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Nach den oben dargelegten Grundsätzen ist auch in anderen Fällen der Unternehmensübertragung je-

weils zu prüfen, ob die durch die Übertragung der wesentlichen Betriebsmittel vermittelte Unternehmensidentität bei dem übernehmenden Unternehmensträger fortwirkt.

V. Die Unterbrechung der Rückforderungserstreckung auf den Unternehmenserwerber durch das Insolvenzverfahren

Unter Beachtung der hier entwickelten beihilfenrechtlichen Grundsätze kann die Unterbrechung der Rückforderungserstreckung dann gerechtfertigt werden, wenn der Erwerb des Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgt. Voraussetzung ist, dass das Insolvenzverfahren zu einer möglichst weitgehenden Beseitigung der Wettbewerbsverfälschung führt. Auszugehen ist von der besonderen Schuldnersituation in der Insolvenz: Das Insolvenzrecht dient der Verwirklichung der Vermögenshaftung in den Fällen, in denen der Schuldner zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht mehr in der Lage ist⁵¹. Es geht mithin für die Gläubiger lediglich darum, ihre Verluste zu minimieren⁵². Dies betrifft auch den Mitgliedstaat, der seine Beihilfenrückforderung zur Insolvenztabelle anzumelden hat. Eine vollständige Rückzahlung der Beihilfe und damit eine gänzliche kompensatorische Restitution der Wettbewerbssituation ist daher in der Insolvenz des Unternehmens nicht zu erwarten. Indes kann die Insolvenz zumindest teilweise eine kompetitive Restitution bewirken, z. B. indem assets des Unternehmens an Konkurrenten verkauft werden. Angesichts der Insolvenz des Schuldners verschoben sich damit die an die Beihilfenrückforderung anzusetzenden Parameter: Ist die vollständige kompensatorische Restitution nicht möglich, muss gleichwohl eine bestmögliche Haftungsdurchsetzung angestrebt werden. Jedes (zwangsläufig verbleibende) „Weniger“ an kompensatorischer Restitution ist aber auszugleichen durch ein „Mehr“ an kompetitiver Restitution. In diesem Fall ist das Ziel des Beihilfenrechts, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, hinlänglich erreicht. Von einer Rückforderungserstreckung auf den Unternehmenserwerber kann dann abgesehen werden.

Voraussetzung ist zunächst, dass der Staat sich bei der Breitreibung seiner Forderung wie ein privater Gläubiger verhält⁵³, dessen Interesse im Insolvenzverfahren allein auf eine Minimierung der Verluste und damit eine möglichst wirksame Haftungsdurchsetzung gerichtet ist. Nur so ist gewährleistet, dass ein Höchstmaß an kompensatorischer Restitution erreicht wird. Verhält der Staat sich nicht wie ein privater Gläubiger, verzichtet er etwa im Gegensatz zu

50) Derartige Absprachen zwischen Veräußerer und Erwerber sind allerdings insoweit von Relevanz, als sie ein Beihilfenelement in dem Verkauf selbst begründen können. Denn bei einer solchen Vorgehensweise liegt es zumindest nahe, dass kein bedingungsloses Veräußerungsverfahren durchgeführt wurde.

51) Smid, in: *ders.* (Hrsg.), Grundzüge des neuen InsolvenzR, 3. Aufl. (1999), InsO, § 1 Rdnr. 33.

52) Smid, in: *ders.* (o. Fußn. 51), § 1 Rdnr. 33. Die Funktion des Insolvenzverfahrens zur Haftungsvirklichung unter Gleichbehandlung der Gläubiger legt auch die Kommission der beihilfenrechtlichen Prüfung der „Marktgerechtigkeit“ einer Veräußerung von Unternehmenswerten durch den Verwalter nach Konkurseröffnung zu Grunde. So führte die Kommission in einem Schreiben vom 9. 12. 1999 im Verfahren betreffend die Gröditzter Stahlwerke aus, dass eine Veräußerung der Aktiva im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in einem offenen und an keine Bedingungen geknüpften Verfahren erfolgen müsse; die Bemühungen des Insolvenzverwalters und der nationalen Gerichte dürften einzig und allein auf eine größtmögliche Befriedigung der Gläubiger gerichtet sein; Schreiben des Direktors H. Drabbe, Generaldirektion für Wettbewerb, Staatliche Beihilfen II, an das Bundesministerium für Finanzen, Herrn Dr. Langner, Referat EC 3, v. 9. 12. 1999 (D/65 171), S. 3.

53) So auch die Kommission in der Entscheidung GSW (o. Fußn. 1), Rdnr. 100.

anderen Gläubigern auf einen Teil seiner Forderungen, sind die Anforderungen an die Beitreibung der Beihilfenrückforderung in der Insolvenz nicht erfüllt. Selbst wenn in diesem Fall das Insolvenzverfahren eine weitgehende kompetitive Restitution bewirken sollte, kann die Durchbrechung der Rückforderungserstreckung daher nicht herbeigeführt werden⁵⁴.

Soweit das Insolvenzverfahren auf die Liquidation des Unternehmens gerichtet ist, kann prinzipiell davon ausgegangen werden, dass das Verfahren auf die bestmögliche Gläubigerbefriedigung ausgerichtet ist. Schwieriger stellt sich die Situation im Fall der unternehmenserhaltenden Insolvenz (d. h. im Fall der auf den Wechsel des Unternehmensträgers ausgerichteten übertragenden Sanierung bzw. der Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens durch Sanierung) dar. Nach der deutschen Insolvenzordnung (vgl. insb. §§ 217 ff. InsO) verfolgen auch diese Verwertungsarten weiterhin das Primärziel der möglichst weitreichenden Gläubigerbefriedigung⁵⁵. Die InsO bietet insoweit nur einen rechtlichen Rahmen für diese Verwertungsarten, der von den Gläubigern im Einzelfall auszufüllen ist. Die Gläubiger werden sich daher – zumindest nach dem Leitbild der InsO – nur dann für eine unternehmenserhaltende Insolvenz entscheiden, wenn dies die beste Aussicht auf eine möglichst weitgehende Minimierung der Forderungsausfälle bietet. Damit ist gewährleistet, dass die jeweils eintägigste („marktkonforme“⁵⁶) Verwertungsart durchgeführt wird. Freilich ist gerade im Rahmen der unternehmenserhaltenden Insolvenz die Gefahr groß, dass das Primärziel der Haftungsdurchsetzung dem Ziel der Rettung des Unternehmens weicht, insbesondere wenn es sich um Prestigeunternehmen handelt. Geht etwa die unternehmenserhaltende Insolvenz mit der Verpflichtung für den neuen Unternehmensträger bzw. das umstrukturierte Unternehmen einher, die bestehenden Arbeitsplätze zu sichern, wird offenbar, dass das Insolvenzverfahren nicht an dem Ziel der möglichst weitgehenden Gläubigerbefriedigung ausgerichtet war⁵⁷.

Die kompetitive Restitution wird vor allem dadurch bewirkt, dass der durch die Beihilfe eingetretene Nachteil der Konkurrenten im jeweils relevanten Markt, insbesondere durch den Verkauf von assets des begünstigten insolventen Unternehmens, zumindest teilweise rückgängig gemacht wird. Das Maß der zu fordernden (ausgleichenden) kompetitiven Restitution bestimmt sich zunächst nach dem Maß der Durchsetzbarkeit der staatlichen Beihilfenrückforderung. In jedem Fall verlangt aber das EG-Beihilfenrecht, dass die kompetitive Restitution zu einer möglichst wirksamen Wiederherstellung der unverfälschten Marktsituation führt. Es ist insbesondere darauf abzustellen, inwieweit Konkurrenten durch den Fortbestand des Begünstigten bzw. Teile desselben im jeweils relevanten Markt weiterhin benachteiligt werden. Insoweit ist im Hinblick auf die Frage, inwieweit durch eine kompetitive Restitution eine Wiederherstellung des unverfälschten Wettbewerbs möglich ist, zwischen der unternehmensauflösenden (1.) und der unternehmenserhaltenden Insolvenz (2.) zu unterscheiden.

1. Die liquidierende Insolvenz im Wege der Veräußerung von Aktiva aus der Konkursmasse

Im Fall der Liquidation des Unternehmens in der Insolvenz kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine ausreichende, den Mangel an kompensatorischer Restitution ausgleichende kompetitive Restitution erfolgen kann. Denn das beihilfenbegünstigte Unternehmen verschwindet vom Markt, so dass von ihm keine Störungen des Wettbewerbs mehr ausgehen. Die benachteiligten Konkurrenzunternehmen können seine Marktposition einnehmen und sich zusätzlich an den assets aus der Konkursmasse befriedigen. Insoweit werden die durch die Beihilfenvergabe hervorgerufenen Wettbewerbsverfälschungen im Wege der kompetitiven Restitution beseitigt. Auch die Kommission hält die Rückforderungserstreckung auf den Käufer aus Sicht des Beihilfenrechts in diesem Fall nicht für erforder-

lich. Im Hinblick auf die das Unternehmen treffenden Verwertungsfolgen betont die Kommission in der Gröditz-Entscheidung:

„Obwohl der Erlös aus dem Verkauf der Anlagegüter nicht ausreichend sein könnte, um alle Schulden des Unternehmens zu bedienen und damit eine vollständige Rückzahlung zu gewährleisten, ist die Liquidation nicht ohne Wert im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen. Konkurrernde Unternehmen, denen durch die unvereinbaren staatlichen Beihilfen geschadet worden sein könnte, sollten die Gelegenheit haben, die vom liquidierten Unternehmen hinterlassene Marktücke auszufüllen und schließlich auch die verkauften Anlagegüter zu erwerben und sie effizient einzusetzen“⁵⁸.

Zu Recht stellt die Kommission demnach darauf ab, dass die Insolvenz und die daran anschließende Verwertung des Unternehmens im Rahmen eines offenen und bedingungs-freien Verfahrens die Wettbewerbsverletzung zumindest teilweise i. S. einer kompetitiven Restitution zu beseitigen im Stande ist. Nur im Zusammenspiel mit der effektiven Haftungsdurchsetzung, d. h. einem Höchstmaß an kompensatorischer Restitution, vermag allerdings die durch die Liquidation bedingte kompetitive Restitution der ungestörten Wettbewerbsverhältnisse die Unterbrechung der Rückforderungserstreckung zu begründen.

2. Veräußerung von Aktiva im Rahmen eines auf den Unternehmenserhalt gerichteten Insolvenzverfahrens

Im Rahmen der unternehmenserhaltenden Insolvenz ist zwischen der übertragenden Sanierung und der Sanierung des Unternehmens beim gleichen Unternehmensträger zu unterscheiden⁵⁹. In der übertragenden Sanierung wird das Unternehmen von dem zu liquidierenden Unternehmensträger auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Aus dem Verwertungserlös werden die Gläubiger des alten Unternehmensträgers befriedigt. Das auf Sanierung des Unternehmens gerichtete Insolvenzverfahren hat dagegen das Ziel der investiven Verwertung, indem das Unternehmen in die Lage versetzt wird, Erträge zu erwirtschaften, aus denen die Gläubiger befriedigt werden⁶⁰.

Während die Liquidation des Unternehmens eine weitgehende kompetitive Restitution der ungestörten Wettbewerbsverhältnisse dadurch bedingt, dass das begünstigte Unternehmen vom Markt genommen wird, bleibt im Fall der übertragenden Sanierung das Unternehmen im Markt bestehen, es wechselt lediglich der Rechtsträger. Eine kompetitive Beseitigung bzw. Eindämmung der eingetretenen Wettbewerbsverfälschung tritt im Fall der übertragenden Sanierung nur insoweit ein, als konkurrierende Unternehmen die erlittenen Nachteile dadurch ausgleichen, dass sie das beihilfenbegünstigte Unternehmen bzw. assets desselben erwerben und die Aktiva effizienter einsetzen. Von einer hinreichenden kompetitiven Restitution wie im Fall der Liquidation des Unternehmens kann daher grundsätzlich nicht ausgegangen werden. Insofern ist allerdings auf den Einzelfall abzustellen. Insbesondere dann, wenn der Unternehmensverkauf im Rahmen des Insolvenzverfahrens mit einem wesentlichen Kapazitätsabbau einhergeht, kann auch die unternehmenserhaltende Insolvenz eine ausreichende

54) Ein solcher Verzicht könnte im Übrigen selbst wiederum Beihilfenelemente beinhalten, wenn ein „market economy investor“ dem insolventen Unternehmen einen solchen Vorteil nicht gewährt hätte.

55) *Smid*, in: *ders.* (Fußn. 51), InsO, § 1 Rdnrn. 40, 41.

56) RegE InsO, BT-Dr 12/2443, 77.

57) Auch hier wäre dann – zusätzlich – zu prüfen, ob dies nicht seitens des Staates eine neue Beihilfe an das Unternehmen darstellt.

58) Rdnr. 101 der Entscheidung GSW (o. Fußn. 1).

59) S. z. B. *Huber* JuS 1998, 1036 (1038).

60) Vgl. *Huber*, JuS 1998, 1036 (1038); *Smid/Rattunde*, in: *Smid* (o. Fußn. 51), InsO, § 217 Rdnr. 11.

kompetitive Restitution bedingen. Soweit der Kapazitätsabbau mit der Veräußerung von Produktionskapazitäten einhergeht, die von Konkurrenten erworben werden, können bestehende Wettbewerbsnachteile ausgeglichen werden⁶¹. Daraus ergibt sich, dass die unternehmenserhaltende Insolvenz nur in Ausnahmefällen eine hinreichende kompetitive Restitution zu erzielen vermag, die – im Zusammenspiel mit einer möglichst weitgehenden kompensatorischen Restitution – die Rückforderungserstreckung auf den Unternehmenserwerber ausschließen kann.

Die auf die Unternehmensumstrukturierung gerichtete, sanierende Insolvenz bedingt weder die Änderung der Unternehmensidentität, noch einen Wechsel in der Unternehmensträgerschaft. Insofern ist die Rückforderung gegenüber diesem Unternehmen nicht Gegenstand dieses Beitrags. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach obigen Grundsätzen auch im Fall der Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz eine Rückforderung auszuschließen ist, wenn kompensatorische und kompetitive Restitution die Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen vermögen. Da das Unternehmen allerdings am Markt fortbesteht und der Unternehmensträger nicht wechselt, ist kaum vorstellbar, dass in diesem Fall eine hinreichende kompetitive Restitution des unverfälschten Wettbewerbs realisiert werden kann. Allein im Fall eines wesentlichen Kapazitätsabbaus im Zusammenhang mit dem Verkauf von Produktionsmitteln an Konkurrenten könnten die Wettbewerbsstörungen in kompetitiver Hinsicht ausgeglichen werden.

3. EG-beihilfenrechtliche Anforderungen an ein vom Insolvenzverwalter durchgeführtes offenes und bedingungsloses Veräußerungsverfahren

In jedem Fall müssen jedoch die im Folgenden dargestellten Voraussetzungen erfüllt sein, unter denen die Rückforderungserstreckung auf den Unternehmenserwerber und damit die – in den substanzialen Unternehmensaktiva – radizierte Beihilfenrückzahlungslast durch ein vom Insolvenzverwalter durchgeführtes offenes und bedingungsloses Veräußerungsverfahren, in dem ein marktgerechter Preis erzielt wird, unterbrochen wird.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der in einem Wertgutachten festgestellte Nettoliquidationswert durch Zeitablauf regelmäßig einem erheblichen Wertminderungsprozess bei technischen Anlagengütern unterliegt, während sich ein Versteigerungserlös regelmäßig aktueller auf der Grundlage vorherrschender Marktbedingungen bildet, zumal die Versteigerungsveranstaltung selbst einen authentischen „Marktplatz“ darstellt. Hinsichtlich der formellen Anforderungen an ein offenes und bedingungsloses Veräußerungsverfahren, welches das Beihilfenmerkmal „begünstigtes Unternehmen“ auszuschließen vermag, kann die – analog auf industriell genutzte Vermögensgegenstände anwendbare⁶² – Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken⁶³ herangezogen werden. Während die in dieser Mitteilung aufgestellten Anforderungen an ein Wertgutachten im Hinblick auf die Qualifikation und Unabhängigkeit des Sachverständigen ohne weiteres für die Bewertung von Unternehmensaktiva übernommen werden können, sollte die Kommission die Versteigerungsregeln in Zukunft – etwa in Form einer Mitteilung – den spezifischen Bedingungen einer marktgerechten Veräußerung von Unternehmenswerten anpassen. Analog zu den bei Grundstücksverkäufen entwickelten Grundsätzen lassen sich folgende beihilfenrechtliche Voraussetzungen für die Versteigerung von Unternehmensaktiva ab bestimmten, von der Kommission festzusetzenden Schwellenwerten, skizzieren:

(1) Zunächst ist die Veröffentlichung des Angebotes mindestens zwei bis drei Monate vor der Durchführung des Bietverfahrens in der branchenspezifischen (möglichst international rezipierten) Fachpresse, insbesondere in Veröffentlichungsorganen deutscher und europäischer Unternehmensverbände sowie im Internet auf einer eigens von der zuständigen Behörde in englischer Sprache eingerichteten Homepage, geboten.

(2) Bedingungslos ist eine Ausschreibung, wenn grundsätzlich jeder Kaufinteressent unabhängig davon, in welchem Produktionszweig er bisher tätig ist, die Assets erwerben und für seine eigenen

wirtschaftlichen Zwecke nutzen kann. Unabhängig davon, ob die Vermögenswerte getrennt oder zusammen zu erwerben sind, dürfen dem Erwerber keine Auflagen in Bezug auf den künftigen Verwendungszweck der Aktiva (wie z. B. keine Entlassung von Mitarbeitern) gemacht werden. Einschränkungen zur Vermeidung rein spekulativer Gebote beeinträchtigen dagegen nicht die Bedingungslosigkeit eines Angebots.

(3) Den Kaufinteressenten muss – bevor sie als Bieter Sicherheiten vorzuweisen haben – angemessene Gelegenheit gegeben werden, die Werthaltigkeit der angebotenen Assets zu prüfen (ggf. unter Hinzuziehung von Sachverständigen).

(4) Der Zuschlag erfolgt an den Meistbietenden; das höchste Gebot entscheidet.

(5) Für die Zulassung des höchsten Gebotes darf als Voraussetzung nur die Stellung marktüblicher Sicherheiten vorgesehen werden.

VI. Begrenzung der Rückforderung auf den Wert der übernommenen Aktiva

Die Erstreckung der – in dem „Unternehmen“ radizierten – Beihilfenrückforderungslast findet ihre Begründung in dem Fortbestand der funktionalen Identität des Unternehmens trotz des Wechsels des Unternehmensträgers. Nur dann ist eine Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast zulässig. Soweit damit die fortwirkende Identität des Unternehmens die Adressatenstellung des Erwerbers als Passivlegitimierter im Beihilfenrückforderungsverfahren bestimmt, ist sie auch Maßstab für den Umfang der Haftung des Erwerbers. Der Erwerber ist nur in dem Maße zur Haftung heranzuziehen, in dem die Identität des ursprünglich begünstigten Unternehmens weiterwirkt. Da die „beihilfenfinanzierte“ Substanz des (Erst-)Begünstigten nur in der Höhe der übernommenen Aktiva auf der Seite des erwerbenden Unternehmensträgers erhalten bleibt, kann eine weitergehende Haftung des Übernehmers nicht begründet werden. Die Rückforderung gegenüber dem Erwerber ist daher auf den Wert der übernommenen Aktiva zu begrenzen.

Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus der Argumentation der Kommission im Fall Hamburger Stahlwerke. Dort hatte die Kommission ausgeführt, dass bei der Rückforderung darauf zu achten sei, dass diese nicht die Höhe des „unzulässigerweise empfangenen wirtschaftlichen Vorteil[s]“ – verstanden als die erlangte Leistung – übersteigt⁶⁴. Dieser maximale wirtschaftliche Vorteil, bzw. die maximal erlangte Leistung, entspricht aber der Höhe des Werts der übernommenen Aktiva.

VII. Fazit: Die generalpräventive Wirkung der Radizierung der Beihilfenrückforderungslast in substanzialen Unternehmensaktiva

Die Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in dem „Unternehmen“ (genauer: in den die Unternehmenssubstanz ausmachenden assets) zeitigt Wirkungen für die Bewertung der so belasteten Aktiva. Schon das bloße Risiko

61) Diese Grundsätze finden eine Parallele in den Bestimmungen der Kommission für Umstrukturierungsbeihilfen (Kommission, Mitteilung v. 9. 10. 1999, ABIEG 1999 Nr. C 288, S. 2), die eine „Schrumpfung“ des beihilfenbegünstigten Unternehmens verlangen. Auch hier müssen u. a. Maßnahmen erfolgen, die unzumutbare Wettbewerbsverfälschungen vermeiden. Dazu zählen insbesondere Kapazitätsreduzierungen, v. a. wenn in dem betreffenden Industriezweig Überkapazitäten bestehen.

62) Die Kommission hat ihre beihilfenrechtlichen Verfahrensgrundsätze zu Grundstücksverkäufen auch auf die Veräußerung anderer industriell genutzter Vermögensgegenstände, wie Produktionsanlagen, übertragen; so im Verfahren betreffend die Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen mbH, vgl. insb. Rdnrn. 5.2. und 5.4. der Aufforderung, 1999/C 280/04, ABIEG 1999 Nr. C 280, 8 ff. (10).

63) ABIEG 1997 Nr. C 209, S. 3.

64) Kommission, Entsch. v. 31. 10. 1995 – 96/236/EGKS, ABIEG 1995 Nr. L 78, S. 31, IV. a. E. – Hamburger Stahlwerke GmbH.

der radizierten Beihilfenrückzahlungslast führt auf den relevanten Märkten zu einem Risikoabschlag bei der Bewertung der Aktiva eines Unternehmens, welches durch eine von der Kommission nicht genehmigte Beihilfe begünstigt worden ist. Auch ohne die Eröffnung eines Beihilfenkontrollverfahrens würden die Kaufinteressenten einen solchen Risikoabschlag bei der Bewertung belasteter Unternehmensaktiva ansetzen, je nach dem wie die Marktteilnehmer das Verfahrenseröffnungs- bzw. das Rückzahlungsrisiko einschätzen. Diese Zusammenhänge müssten schon die Anteilseigner bzw. die Unternehmensleitung im Zeitpunkt der Beihilfenannahme berücksichtigen. Denn die Annahme einer von der Kommission nicht genehmigten Beihilfe führt über den Risikoabschlag zu einer niedrigeren Bewertung der Unternehmensaktiva; danach wird auch die Kreditwürdigkeit (Rating) durch ein höheres Beleihungsrisiko beeinträchtigt. Mit dieser Belastung der Unternehmensaktiva geht eine generalpräventive Wirkung einher: Die Annahme einer von der Kommission nicht genehmigten Beihilfe belastet die Bewertung der Unternehmensaktiva, so dass eine Beihilfenannahme wohl überlegt werden muss. Auf Grund dieser Belastung der Unternehmensbewertung (Reduktion des Aktivawertes) kann die durch die Beihilfengewährung eingetretene Wettbewerbsverfälschung teilweise wieder gut gemacht werden. Angesichts der Überlastung der Beihilfenkontrollenheiten der Generaldirektion Wettbewerb unterstützt die generalpräventive Wirkung einer Radizierung der Beihilfenrückzahlungslast in den die Unternehmenssubstanz ausmachenden assets die Dezentralisierungsbemühungen der Kommission. Denn die Beihilfenannahme muss durch die Unternehmensleitung wegen der dargelegten Risiken bereits zu einem Zeitpunkt wohl überlegt werden, in dem sich eine Verfahrenseröffnung noch nicht abzeichnet.

Gedanken zum Verwechslungs- und Verwässerungsschutz im europäischen Markenrecht

von Mag. Dr. iur. Meinhard Novak, Luxemburg

In dem von dem folgenden Beitrag analysierten Urteil *Marca Mode* entschied der EuGH (EuZW 2000, 504), dass die aus drei parallel laufenden Streifen bestehende einfache Marke von Adidas nur dann verletzt ist, wenn eine Verwechslungsgefahr mit den von *Marca Mode* verwendeten zwei parallel laufenden Streifen positiv festgestellt wird; die bloße Vermutung der Verwechslungsgefahr, die sich z. B. durch eine Gefahr des gedanklichen Inverbindungbringens zwischen zwei Zeichen ergeben könnte, begründet noch keine Verletzung des Schutzrechts.

I. Einleitung

Sowohl die Markenrichtlinie 89/104/EWG als auch die Gemeinschaftsmarkenverordnung (EG) Nr. 40/94 sind auf einem zweistufigen Schutzsystem aufgebaut, wobei der Schutzzumfang der einfachen Marke auf die Verwechslungsgefahr im Ähnlichkeitsbereich beschränkt ist¹. Bekannte Marken genießen demgegenüber auch dann Schutz, wenn die Waren bzw. Dienstleistungen verschieden sind. Nach den Urteilen *Sabèl*² und *Adidas*³ steht für die einfache Marke fest, dass die Verwechslungsgefahr durch den natio-

nalen Richter positiv festgestellt werden muss, um zeichenrechtlich Schutz zu erlangen. Die bloße Vermutung der Verwechslungsgefahr, die sich z. B. durch eine Gefahr des gedanklichen Inverbindungbringens zwischen zwei Zeichen ergeben könnte, begründet noch keine Verletzung des Schutzrechts.

Das europäische Markenrecht geht im Ergebnis von einem engen Begriff der Verwechslungsgefahr aus. Zusätzlich ist die Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit eine unabdingbare Voraussetzung für den Schutz. Das gedankliche Inverbindungbringen erfasst nicht alle möglichen Assoziationen mit der Marke. Es besteht daher kein selbstständiger Schutz vor ungunstigen Assoziationen, welche die Wertschätzung oder Unterscheidungskraft der einfachen Marke beeinträchtigen. Oder vereinfacht gesagt: es besteht kein selbstständiger Verwässerungsschutz bei der einfachen Marke. Muss der *EuGH* die Frage beantworten, ob das Schutzsubjekt – der aufgeklärte und mündige Verbraucher – einer Täuschung unterliegt oder nicht, verwendet er den verwandten Begriff der Irreführungsgefahr im Lauterkeitsrecht als Auslegungsmaßstab⁴. Diese restriktive Linie in der Rechtsprechung zur einfachen Marke führt dazu, dass dem Schutz der bekannten Marke besondere Bedeutung zukommt. Bei dieser Art von Marken geht es nicht um eine Verwechslung über die Herkunft des Erzeugnisses, sondern es steht das Image und der Wert der bekannten Marke für den Inhaber des Schutzrechts zur Diskussion. Die unternehmerische Leistung, die sich in der Bekanntheit der Marke manifestiert, wird damit zum entscheidenden Schutzobjekt der Norm. In der Literatur wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass beim Schutz der bekannten Marke nicht der Verkehr, sondern hauptsächlich der Inhaber des Zeichenrechts geschützt werden soll⁵. Insofern kann man von einem selbstständigen Schutz vor ungunstigen Assoziationen bei der bekannten Marke sprechen. Umgekehrt birgt das Kriterium des gedanklichen Inverbindungbringens bei der einfachen Marke bloß Elemente des Assoziationschutzes in sich, der in der Literatur⁶ mit Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung und Verwässerungsgefahr beschrieben wird. Unsicherheit besteht nun über die Antwort auf die Frage, ob eine bekannte Marke auch dann besonderen Schutz genießt, wenn die Waren- und Dienstleistungen einander nur ähnlich sind. Eine wörtliche Auslegung von z. B. Art. 9 I lit. c Gemeinschaftsmarkenverordnung (EG) Nr. 40/94 erlaubt den vordergründigen Schluss, dass ein solcher Schutz nicht besteht. Im Fall *Adidas* hat das vorliegende Gericht dem *EuGH* eine Lösung dahingehend vorgeschlagen, den Schutz der bekannten Marke für gleiche oder ähnliche Waren über die Feststellung der Gefahr der gedanklichen Verbindung mit einer Vermutung der Verwechslungsgefahr auf die Ebene des Schutzes der einfachen Marke zu verlagern. Diesem Vorschlag ist der *EuGH* nicht gefolgt. Allerdings haben Generalanwalt⁷ und *Gerichtshof*⁸ die konkrete Frage, ob eine bekannte Marke auch bei ähnlichen Waren- bzw. Dienstleistungen vor ungunstigen Assoziationen geschützt ist, noch offengelassen. Festgehalten werden kann, dass bei einer bekannten Marke die Feststellung der Verwechslungsgefahr jedenfalls dann entbehrlich ist, wenn die Waren und Dienstleistungen nicht ähnlich sind

1) *Novak*, EuZW 2000, 56.

2) *EuGH*, Slg. 1997, I-6191 = EuZW 1998, 20; vgl. dazu St. Galler Europarechtsbriefe EU B 1997, 632 mit Anm. *Joller*.

3) *EuGH*, EuZW 2000, 504 – *Marca Mode CV/Adidas*.

4) *EuGH*, Slg. 1998, I-4657 = EuZW 1998, 526 = NJW 1998, 3138 Gut Springenheide.

5) *Joller*, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, 2000, S. 349 ff.

6) Vgl. dazu *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 272 ff.

7) Schlussanträge Generalanwalt *Jacobs* v. 27. 1. 2000 – Rs. C-425/98.

8) *EuGH*, EuZW 2000, 504 Rdnr. 23.