universität wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

"Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit auf die Gültigkeit von beihilfegewährenden Rechtsgeschäften"

verfasst von

Mag. Lukas Solek

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis iii

Abkürzungsverzeichnis ix

I. Einleitung

A. Zentrale Problemstellung und Untersuchungsgegenstand 1

B. Zentrale Fragestellung und Gang der Untersuchung 9

C. Untersuchungsmethoden und Zielsetzung 11

II. Grundlagen

A. Struktur des Beihilfeverbots 14

B. Rechtsquellen 16

1. Mitteilungen 17
2. Leitlinien 17
3. Gemeinschaftsrahmen 17
4. Zweckdienliche Maßnahmen 18
5. (Gruppenfreistellungs-) Verordnungen 18
6. Völkerrechtliche Verträge 19

C. Normzweck und Bedeutung 20

D. Tatbestandsvoraussetzungen der Beihilfe 22

1. Gewährung eines Vorteils 23
2. Übertragung staatlicher und dem Staat zurechenbarer Mittel 25
3. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige 28
4. Potenzielle Verfälschung des Wettbewerbs 30
5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten 32
6. Erscheinungsformen der Beihilfen 34

E. Beihilfeverfahren 36

1. Verfahren bei neuen Beihilfen 36
   a. Vorprüfungsverfahren 37
   b. Hauptprüfungsverfahren 38
2. Rechte Beteiligter und Drittparteienrechte 40
3. Durchführungsverbot und seine Reichweite 42

F. Kompetenzverteilung 46

G. Verhältnis von rechtskräftigen Entscheidungen nationaler Gerichte und der Kommission 48

III. Europäische Vorgaben

A. Grundsätze für die Anwendbarkeit des Europäischen Beihilferechts 51
1. Grundsatz der praktischen Wirksamkeit ("effet utile" Prinzip) 52
2. Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz 54
a. Effektivitätsgrundsatz 54
b. Äquivalenzgrundsatz 58
3. Unionsrechtskonforme Auslegung 58
4. Vorabentscheidungsverfahren 61
B. Rechtsprechung des EuGH zu den Auswirkungen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot auf nationaler Ebene 64
1. EuGH, Urt. v. 11.12.1973 – Rs. 120/73 –Lorenz 64
a. Sachverhalt 64
b. Rechtliche Probleme 64
c. Kernaussagen 65
d. Konsequenzen für die Praxis 65
2. EuGH, Urt. V. 21.11.1991 – Rs. C-354/90 – FNCE 66
a. Sachverhalt 66
b. Rechtliche Probleme 66
c. Kernaussagen 67
d. Konsequenzen für die Praxis 68
3. EuGH, Urt. V. 11.07.1996 – Rs. C-39/94 – SFEI 69
a. Sachverhalt 69
b. Rechtliche Probleme 70
c. Kernaussagen 70
d. Konsequenzen für die Praxis 72
4. EuGH, Urt. V. 21.10.2003 – Rs. C-261/01 – van Calster 74
a. Sachverhalt 74
b. Rechtliche Probleme 75
c. Kernaussagen 75
d. Konsequenzen für die Praxis 76
5. EuGH, Urt. V. 13.01.2005 – Rs. C-174/02 – Streekgewest 78
a. Sachverhalt 78
b. Rechtliche Probleme 78
c. Kernaussagen 79

d. Konsequenzen für die Praxis 79
6. EuGH, Urt. V. 05.10.2006 – Rs. C-368/04 – Transalpine-Ölleitung 81
a. Sachverhalt 81
b. Rechtliche Probleme 81
c. Kernaussagen 82
d. Konsequenzen für die Praxis 82
7. EuGH, Urt. V. 12.02.2008 – Rs. C-199/06 – CELF I 86
a. Sachverhalt 86
b. Rechtliche Probleme 87
c. Kernaussagen 87
d. Konsequenzen für die Praxis 88
8. EuGH, Urt. V. 11.03.2010 – Rs. C-1/09 – CELF II 91
a. Sachverhalt 91
b. Rechtliche Probleme 91
c. Kernaussagen 91
d. Konsequenzen für die Praxis 92
9. EuGH, Urt. V. 08.12.2011 – Rs. C-1/09 – Residex 94
a. Sachverhalt 94
b. Rechtliche Probleme 94
c. Kernaussagen 94
d. Konsequenzen für die Praxis 95

IV. Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Gültigkeit privatrechtlicher Rechtsakte

A. Nichtigkeit – allgemeiner Teil 98
1. Allgemeines 100
2. Durchführungsverbot als "Gesetz" 101
3. Abhängigkeit der Nichtigkeitsfolge vom Normzweck 103
a. Wortlaut 103
b. Normzweck 104
c. Exkurs: Normadressaten 106
d. Zwischenergebnis 109
4. Arten von Rechtsgeschäften und Culpa in Contrahendo 110
5. Rechtsfolgen 113
a. Absolute vs. relative Nichtigkeit 113

b. Gesamtnichtigkeit vs. Teilnichtigkeit 118
i. Trennbarkeit bei formeller Rechtswidrigkeit 119
ii. Bestandsfähigkeit des Restvertrags 123
c. Geltungserhaltende Reduktion 126
i. Allgemeines 126
ii. Voraussetzungen 127
(1) Durchführungsverbot als "Übermaßverbot" 127
(a) Marktkonformität der Maßnahme 128
(b) Keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Maßnahme 130
(c) Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung 130
(2) Geltungserhaltende Reduktion und der Normzweck 132
(3) Teilbarkeit der Klausel 134
(4) Hypothetischer Parteiwille 135
d. Rückabwicklung 137
i. Grundlage der Rückabwicklung 137
(1) § 1431 ABGB 137
(2) § 877 ABGB analog 138
ii. Normzweck und Rückabwicklung 139
iii. Inhalt und Umfang des Rückabwicklungsanspruchs 141
e. Schwebende Unwirksamkeit 143
i. Allgemeines 143
ii. Voraussetzungen 144
(1) Schutzwürdigkeit von Individualinteressen einer Partei 145
(2) Fehlen einer besonderen Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ("Mangel") 146
(a) Vergleichbarkeit der Genehmigungsverfahren 146
(b) Vergleichbarkeit der Ziele und Prinzipien 149
(3) Heilung des Mangels durch nachträgliche Zustimmung/Genehmigung 151
(4) Vereinbarkeit mit dem Normzweck 153
(a) Reichweite des Normzwecks 153

(b) Zeitliche Komponente 158
(5) Verhältnismäßigkeit 160
iii. Zwischenergebnis 162
B. Nichtigkeit – besonderer Teil 163
1. Staatliche Bürgschaft 163
a. Zivilrechtliche Grundlagen und Beihilfeelemente 164
i. Innenverhältnis 165
ii. Bürgschaftsverhältnis 167
iii. Kreditverhältnis 171
b. Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit 172
i. Auftrag 172
ii. Bürgschaftsvertrag 174
(1) Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditgebers 174
(2) Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditnehmers 176
c. Rückabwicklung / Anpassung 181
i. Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditnehmers (Nichtigkeit des Auftrags) 181
a. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung 184
b. Geltungserhaltende Korrektur 185
ii. Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditgebers (Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags) 188
2. Kapitalmaßnahmen 190
a. Rechtliche Grundlagen 191
i. Aktiengesellschaft 191
ii. GmbH 194
iii. Beihilfeelemente der Kapitalerhöhung 196
b. Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit 200
c. Zeichnungsvertrag/Übernahmsvertrag 209
i. Verbot der Einlagenrückgewähr 211
ii. Grundsatz fehlerhafter Gesellschaft 212
iii. Gleichbehandlungsgrundsaz 214
iv. Causa Societatis 215
v. Der Aktionär als Drittgläubiger 217
vi. Beihilfegeber als Drittgläubiger 220

vii. Unionsrechtliche Grundsätze 222
a. Grundsatz der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts 223
b. Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz 225
viii. Ergebnis 226
V. Zusammenfassung und Ergebnisse 217
Judikaturverzeichnis xiv
Literaturverzeichnis xxvii
Abstract xxxvii
Lebenslauf xxxix

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
ABl C	Amtsblatt Teil C
ABl L	Amtsblatt Teil L
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bzw seit 01.02.2003 Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz 1965 BGBl 1965/98
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltblatt
arg	argumentum
Art	Artikel
AusfVO	Ausführungsverordnung
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
BB	BetriebsBerater (Zeitschrift)
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BHG	Bundeshaushaltsgesetz idF BGBl I 78/2009
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BRZ	Zeitschrift für Beihilfen- und Subventionsrecht
BverfG	Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1/1930 idgF
bzw	beziehungsweise
ca	circa

dAktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089)
dGmbhG Haftung 4123-1,	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer veröffentlichten bereinigten Fassung
dh	das heißt
dUWG	deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, Erläuterungen der Regierungsvorlage
ECJ	European Court of Justice
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990 ff)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
Endg	endgültig
EO	Exekutionsordnung RGBl 1896/79
EStAL	European State Aid Law Quaterly (Zeitschrift)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EU-BIP	Bruttoinlandsprodukt der Europäischen Union
EuG	Gericht der europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUR	Euro
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
evtl	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FinStaG	Finanzmarktstabilitätsgesetz, BGBl I 136/2008
FMA	Finanzmarktaufsicht

Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GD	Generaldirektion der Europäischen Kommission
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG 1906/58	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung BGBl
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GRUR Int.	GRUR Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
idF	in der Folge bzw in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
idZ	in diesem Zusammenhang
ie	id est
ieS	im engeren Sinn
iHv	in Höhe von
Immolex	Entscheidungs- und Informationsdienst für neues Miet- und Wohnrecht
insb	insbesondere
iSd	im Sinne der/des
iSd	im Sinne des, - der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JRP	Journal für Rechtspolitik (Zeitschrift)
Jud	Judikatur

JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Kommission
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
krit	kritisch
KW	Kommunalwirtschaft (Zeitschrift)
L	Rechtsvorschriften (Reihe des ABl)
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LF	Landesgericht
Lfg	Lieferung
lit	Litera
lit	litera (Buchstabe)
LL	Leitlinien
lt	Laut
max	Maximal
mE	meines Erachtens
ME	Meines Erachtens, Ministerialentwurf
MEIP	Market Economy Investor Principle
Mio	Million(en)
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (Zeitschrift)
ÖBA	Zeitschrift für das gesamte Bank- Börsenwesen (Zeitschrift)
OGH	Oberster Gerichtshof
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht
Pkt, Pkte	Punkt, Punkte
RdM	Recht der Medizin (Zeitschrift)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft

RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie (der EG)
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
S	Seite, Sitzung
SEK	interne Dokumente der Kommission
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des
sog	sogenannt/e/r
stRsp	ständige Rechtsprechung
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
ThürVBl	Thüringer Verwaltungsblätter
u	und
uä	und Ähnliches
ua	unter anderem
udgl	und dergleichen
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uvm	und vieles/viele mehr
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	Vergleiche
vH	von Hundert (Prozent)
VVO	Verfahrensverordnung, VVO (EG) 659/1999 zu Art 88, ABl 1999 L 83/1
Wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WM	Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Z	Zahl, Ziffer
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (Zeitschrift)
zB	zum Beispiel

ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Zeitschrift)
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht (Zeitschrift)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Wirtschaftsrecht und Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung RGBl 1895/113
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)

I. Einleitung

A. Zentrale Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

Die essenzielle Bedeutung der Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit lässt sich plakativ anhand von konkreten Beispielen darstellen:

- Der Staat betreibt ein Unternehmen, welches sich in einer angespannten wirtschaftlichen Situation befindet. Da dieses Unternehmen nur mithilfe von Strukturmaßnahmen und Garantievereinbarungen seitens des Staates ein positives Jahresergebnis erzielen kann, kommt der Staat zum Schluss, dass das Unternehmen an einen privaten Investor verkauft werden muss. Zu diesem Zweck nimmt der Staat unter Geheimhaltung Kontakt mit einem ausgesuchten Bieter auf und verkauft diesem das betreffende Unternehmen deutlich unter dem Marktwert. Ein Mitbewerber des Käufers erfährt über den stattgefundenen Verkauf. Abgesehen davon, dass das günstig erworbene Unternehmen die Wirtschaftsmacht des Käufers wesentlich stärkt, stört den Mitbewerber auch der Umstand, dass dieser nicht die Gelegenheit gehabt hat, beim Verkauf des Unternehmens mitzubieten, und somit unter Umständen in einen neuen Markt einzutreten.

- Ein staatliches Postunternehmen beabsichtigt, neue Geschäftstätigkeit im Sektor der Expresszustellungsdienste aufzunehmen und gründet zu diesem Zweck eine neue Tochtergesellschaft. Um dieser Tochter beim Einstieg in den Markt unter die Arme zu greifen, stellt das Postunternehmen dieser ihre Infrastruktur, ihr Personal sowie finanzielle Mittel ohne eine entsprechende Gegenleistung zur Verfügung. Da die Tochter darüber hinaus weitere Unterstützung benötigt, verbürgt sich das Postunternehmen für ihren Kredit gegenüber der Bank. Vor diesem Hintergrund ist die Tochter in der Lage, auf dem Markt kommerziell sehr günstige Angebote zu legen. Da manche Mitbewerber diese Angebote nicht wirtschaftlich tragfähig unterbieten können, scheiden diese aus dem Markt aus.

- In einem bestimmten Marktsektor eröffnet sich die Möglichkeit des Einstiegs in ein neues Geschäftsfeld. Dieser Einstieg erfordert jedoch das Tätigen von großen Investitionen, sodass sich die Unternehmen auf die Suche nach

Finanzierungsquellen machen. Vor diesem Hintergrund gewährt der Staat einem Unternehmen in dem betreffenden Sektor einen Kapitalzuschuss in der Form einer Kapitalerhöhung, der aus Erlösen einer zu diesem Zweck eingeführten Abgabe finanziert wird. Dies versetzt das Unternehmen nicht nur in die Lage, Drittfinanzierungsmittel zu günstigeren Konditionen zu beschaffen, sondern ermöglicht diesem vielmehr die Realisation des Einstiegs. Die dadurch erlangte Wirtschaftsmacht des Unternehmens hält andere Unternehmen des Marktsektors davon ab, in den neuen Markt einzutreten. Zugleich belastet die Abgabe die Geschäftstätigkeit von weiteren Unternehmen.

Diesen drei Fällen ist gemeinsam, dass die betreffenden Maßnahmen des Staates insofern zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen, als dadurch (i) Markteintritt verhindert, (ii) Ausschaltung des tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs herbeigeführt und (iii) Umsatzeinbußen bzw. Ausscheiden aus dem Markt verursacht wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich insbesondere aus Sicht der Mitbewerber die Frage nach den Rechtsfolgen derartiger Verhaltensweisen. Diese hängen dabei davon ab, gegen welche Rechtsnorm der Staat durch die betreffende Maßnahme verstoßen hat:

Eines der Ziele der Europäischen Union ist gemäß Art 3 Abs 3 EUV[1] die Herstellung eines europäischen Binnenmarktes. Zur Verwirklichung dieses Zwecks enthält der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ("*AEUV*")[2]– im 2. Abschnitt des 1. Kapitels betreffend Wettbewerbsregeln des Titels VII – insbesondere Regeln über staatliche Beihilfen. Diese, an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorschriften, vervollständigen den Schutz des Wettbewerbs, indem sie verhindern, dass Körperschaften öffentlichen Rechts bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Begünstigungen gewähren, die diese Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten würden. Solche Maßnahmen führen in der Regel zu Wettbewerbsverfälschungen, weil den begünstigten Unternehmen dadurch marktunübliche Vorteile verschafft werden, über die ihre Mitbewerber nicht verfügen.[3]

Nach der primärrechtlichen Grundnorm des Beihilfeverbots – Art 107 Abs 1 AEUV – sind "*staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen*".

Liegt eine staatliche Beihilfe vor, so muss das zur Verwirklichung einer effizienten Beihilfeaufsicht eingeführte Beihilfeverfahren beachtet werden. Demzufolge sind die Mitgliedstaaten gemäß Art 108 Abs 1 AEUV verpflichtet, der Kommission alle Vorhaben zur Gewährung von Beihilfen oder zur Änderung bestehender Beihilferegelungen zu notifizieren. Dabei dürfen die Mitgliedstaaten die beabsichtigten Maßnahmen solange nicht durchführen, bis die Kommission eine abschließende Entscheidung in der Sache getroffen hat.[4] Wird die Beihilfe vor Genehmigung durch die Kommission durchgeführt, so wird der Fall als nicht

[1] Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union, ABl. C 83 vom 30.3.2010.
[2] Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 83 vom 30.3.2010.
[3] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 805; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Heidenhein in Heidenhein*, Handbuch des Beihilferechts, § 3 Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1 ff.
[4] Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV.

notifizierte Beihilfe eingestuft und nach dem entsprechenden Verfahren behandelt.[5]

Um auf die eingangs dargestellten Beispiele zurückzukommen, können die erwähnten staatlichen Maßnahmen insbesondere gegen zwei Rechtsnormen verstoßen:

- Ist die betreffende Maßnahme des Staates als Beihilfe zu qualifizieren und gewährt der Staat diese Maßnahme, noch bevor die Europäische Kommission ("*Kommission*") über ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt abschließend entschieden hat, so liegt ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV vor ("*formelle Rechtswidrigkeit*").

- Kommt die Kommission im Laufe der Prüfung der Beihilfe zum Ergebnis, dass diese mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so liegt ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot gemäß Art 107 Abs 1 AEUV vor ("*materielle Rechtswidrigkeit*").

Hinsichtlich des Rechtsschutzes können die Mitbewerber des begünstigen Unternehmens in diesem Zusammenhang in erster Linie folgende repressive Rechtsschutzmöglichkeiten auf europäischer Ebene in Anspruch nehmen:

- Gemäß Art 20 Abs 2 VO 659/1999[6] steht den Beteiligten das Recht zu, die Kommission über mutmaßlich (formell/materiell) rechtswidrige Beihilfen zu benachrichtigen, wobei diese beim Vorliegen ausreichender Gründe ein Beihilfeverfahren einleiten kann.

- Ferner haben die Mitbewerber unter Umständen das Recht gegen Kommissionsentscheidungen, mit denen ein Beihilfevorhaben genehmigt wurde, binnen zwei Monaten eine Nichtigkeitsklage gemäß Art 263 AEUV zu erheben.[7]

[5] Art 10 ff. VO 659/1999 vom 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG Vertrags ("*VO 659/1999*").
[6] Verordnung (EG) Nr. 659/1999 DES RATES vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, Abl. L 83 vom 27.03.1999.
[7] Vgl. dazu ausführlich *Ehricke in Streinz*, EUV/AEUV[2], Art. 263 AEUV, Rz. 1 ff.

Bei der Betrachtung dieser Rechtsschutzmöglichkeiten kommt jedoch zum Vorschein, dass diese insbesondere aus folgenden Gründen eine effektive Abwehr gegen formell/materiell rechtswidrige Beihilfen nicht gewährleisten:

- Zunächst haben die Mitbewerber im Falle der Erhebung einer Beschwerde gemäß Art 22 VO 659/1999 keinen Rechtsanspruch darauf, dass diese Beschwerde im Rahmen eines Beihilfeverfahrens behandelt wird.

- Selbst wenn die Kommission ein Beihilfeverfahren einleitet, kann diese die Rückforderung einer formell rechtswidrigen Beihilfe gemäß Art 14 VO 659/1999 nur dann anordnen, wenn die Beihilfe auch materiell rechtswidrig ist.

- Zudem kommt ein solcher Rechtsschutz in beiden Fällen relativ zu spät. Denn sowohl ein Beihilfeverfahren vor der Kommission als auch ein Nichtigkeitsverfahren vor den Unionsgerichten kann einige Jahre in Anspruch nehmen, wobei die formell und unter Umständen auch materiell rechtswidrige Beihilfe in der Zwischenzeit ihre wettbewerbsverfälschende Wirkung entfaltet.

- Schließlich fehlt es den Mitbewerbern insgesamt an der Möglichkeit, (i) die Gewährung der Beihilfe präventiv (bzw. mithilfe von einstweiligen Maßnahmen) zu verhindern, (ii) die Rückforderung auch rein formell rechtswidriger Beihilfen zu erreichen bzw. (iii) Ersatz des durch die formell und/oder materiell rechtswidrige Beihilfe zugefügten Schadens zu begehren.

Vor diesem Hintergrund stellt sich generell die Frage, ob den Mitbewerbern alternative Rechtsschutzmöglichkeiten (etwa auf nationaler Ebene) zur Verfügung stehen:

- Der EuGH anerkennt seit dem Urteil in der Rechtssache *Gebrüder Lorenz GmbH*[8] in ständiger Rechtsprechung den Rechtsschutz der Mitbewerber gegen formell rechtswidrige Beihilfen vor nationalen Gerichten. Grundlage hierfür ist die unmittelbare Anwendbarkeit von Art 108 Abs 3 AEUV, die vor

[8] EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 9.

den nationalen Gerichten zu schützende Individualrechte der Einzelnen begründet. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Durchführungsverbots wird darüber hinaus durch die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität flankiert.[9] Die konkrete Ausformung des Rechtsschutzes ist jedoch den nationalen Gerichten auf Basis des nationalen Rechts unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben überlassen.[10]

Diese Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH und der Entscheidungspraxis der Kommission wurden in der deutschen und österreichischen Rechtsprechung zunächst nicht berücksichtigt. So haben beispielsweise die Gerichte in Deutschland entschieden, dass die Beihilfevorschriften keinen auch nur sekundären Marktbezug hätten, und daher keine Anspruchsgrundlage darstellen,[11] oder dass die Mitbewerber seit dem Erlass der VO 659/1999 auf die Möglichkeit der Beschwerde beschränkt seien.[12] Mittlerweile wird jedoch die Möglichkeit der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch die Mitbewerber auf nationaler Ebene einhellig akzeptiert.[13]

Trotz dieser generellen Anerkennung des nationalen Rechtsschutzes gegen formell rechtswidrige Beihilfen durch nationale Gerichte waren bisher Klagen im Rahmen des beihilferechtlichen Private Enforcement ein vergleichsweise selten in Erscheinung tretendes Phänomen:

- Die aus diesem Anlass im Auftrag der Kommission durchgeführte Studie[14] ergab, dass die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung vor nationalen Gerichten – nicht zuletzt aufgrund der relativ unklaren Rechtslage auf nationaler Ebene – nur eine relativ geringe Rolle gespielt hat. Nach der Auffassung der Kommission könnte eine aktivere Rolle nationaler Gerichte den wirksamen Rechtsschutz und die Einhaltung des Beihilferechts

[9] EuGH 13.01.2005, C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 18; EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 26 ff.
[10] EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 9.
[11] LG Postdam, 23.11.2006, 51 O 167/05; LG Bad Kreuznach, 16.05.2007, 2 O 441/06.
[12] OLG Koblenz, 23.01.2008, 4 U 759/07.
[13] OGH 15.12.2008, 4 Ob 133/08z; OGH 19.01.2010, 4 Ob 154/09i; OGH 21.06.2011, 4 Ob 40/11b; BGH 10.02.2011, I ZR 213/08; BGH 10.02.2011, I ZR 136/09; BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.
[14] *Jestaedt/Derenne/Ottervanger*, Study on the enforcement of State aid law at national level, (2006).

insgesamt fördern.[15] Insbesondere wäre durch die Stärkung von beihilferechtlichen Private Enforcement die Überwachungstätigkeit extensiver, die Kommission zugunsten größerer Fälle entlastet und den formell rechtswidrigen Beihilfen könnte mit dem gesamten Arsenal der nationalen Rechtsdurchsetzungsbehelfe begegnet werden.[16]

- In diesem Zusammenhang präsentierte die Kommission im Jahr 2005 mit dem "*Aktionsplan staatliche Beihilfen*" eine Roadmap zur Reform des Beihilferechts, das wirksamer, transparenter, glaubwürdiger und berechenbarer werden sollte.[17] Im Aktionsplan wurde im Hinblick auf die staatlichen Beihilfen der Mitgliedstaaten betont, dass eine gezieltere Rechtsanwendung und Kontrolle erforderlich ist. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass privatrechtliche Klagen vor einzelstaatlichen Gerichten zu mehr Disziplin im Bereich der staatlichen Beihilfen führen und somit ebenfalls zu diesem Ziel beitragen könnten.[18]

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung von beihilferechtlichen Private Enforcement sind derartige Verfahren auch in Österreich sehr spärlich.[19] Die Gründe für diesen Zustand sind unbestrittenermaßen vielfältig. Neben einem Informationsnotstand, hohem Kostenrisiko und Beweisschwierigkeiten[20] beruht mE die fehlende Bereitschaft zur privaten Durchsetzung der formellen Rechtswidrigkeit primär auf dem Umstand, dass bereits die Rechtsgrundlagen der nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten, wie insbesondere das rechtliche Schicksal von den formell rechtswidrigen Beihilfen zugrunde liegenden Rechtsakten weitgehend ungeklärt sind.

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich die vorliegende Arbeit gerade mit den Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit. Aufgrund des gigantischen Ausmaßes

---

[15] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, Abl. 2009/C 85/01, Rz. 5.
[16] *Jaeger*, ecolex 2006, 805.
[17] Aktionsplan staatliche Beihilfen: Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009, KOM (2005) 107 endgültig.
[18] Aktionsplan staatliche Beihilfen: Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009, KOM (2005) 107 endgültig, Rz. 55 f.
[19] Vgl. dazu etwa *Jaeger in Hummer*, Entwicklungen EU-Recht, 463 ff.
[20] Vgl. dazu *Soltész*, ZWeR 2006, 389 ff.

dieses Themas bedarf es jedoch mehrerer Einschränkungen, die nachfolgend mit kurzer Begründung dargestellt werden sollen:

- In erster Linie besteht die Notwendigkeit einer Eingrenzung bezüglich des relevanten Verstoßes. Die nationalen Gerichte haben nämlich nicht nur aus den Verstößen gegen das Durchführungsverbot, sondern auch aus den Verstößen gegen die Negativentscheidungen der Kommission die entsprechenden Rechtsfolgen zu ziehen.[21] Darüber hinaus sind die nationalen Gerichte gehalten, die Rückforderungsentscheidungen der Kommission umzusetzen.[22] Da jedoch in der Praxis die Verstöße gegen das Durchführungsverbot vergleichsweise häufiger vorkommen dürften, setzt sich die vorliegende Arbeit nur mit den Konsequenzen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot auseinander.[23]

- Ferner bedarf es einer Einschränkung im Hinblick auf die Rechtsquelle. Der Begriff der Beihilfe ist nämlich weit und objektiv auszulegen und umfasst nicht nur die Rechtsakte des Staates im Rahmen der Hoheitsverwaltung (etwa Gesetze, Verordnungen usw.), sondern vielmehr auch die Rechtsakte im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (etwa Verträge, Kapitalmaßnahmen usw.).[24] Im Sinne der Wirkungs-Doktrin ist bei der Beurteilung einer Maßnahme auf ihre Beihilfeeigenschaft nämlich auf ihre begünstigende Wirkung und nicht auf ihren Grund, Ziel, Art oder sonstige Umstände abzustellen.[25] Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, beschäftigt sich die vorliegende Arbeit ausschließlich mit den Auswirkungen der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.

---

[21] Grundlegend EuGH 19.06.1973, 77/72, *Capolongo*, Slg. 1973, I-611, Rz. 6; vgl. auch Schlussanträge des GA Villalón – 09.09.2010, C-507/08, *Kommission/Slowakische Republik*, Slg. 2010, I-13489, Rz. 19.

[22] Vgl. dazu eingehend Bekanntmachung der Kommission – Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten, ABl. 2007/C 272/05.

[23] Vgl. dazu etwa *Maier/Bäuerle*, KW 2013, 500 ff.

[24] Vgl. dazu *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 803, 870 ff; *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 449.

[25] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 805; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1 ff.

- Aber auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung kann die Beihilfegewährung in jeder beliebigen Rechtsform des Privatrechts gewährt werden, weshalb eine weitere Einschränkung insbesondere in Bezug auf die Untersuchung der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Gültigkeit von beihilfegewährenden Rechtsakten unausweichlich ist. Aufgrund (i) der großen Palette an unterschiedlichen Rechtsakten (etwa Kaufverträge, Auslobungen, Bürgschaften, Kapitalerhöhungsbeschlüsse usw.) sowie (ii) der unterschiedlichen Basis der wirtschaftlichen Begünstigung (etwa marktunüblich niedriger Kaufpreis, günstige kommerzielle Bedingungen, Verzicht auf marktübliche Klauseln, Verkauf trotz schlechter Bonität des Käufers bzw. Stundung, Nichtdurchführung eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens usw.) sollen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht einzelne vordefinierte Fallkonstellationen, sondern vielmehr die Rechtsfolgen in ihrer Allgemeinheit analysiert werden:

    - In Bezug auf die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Gültigkeit von beihilfegewährenden Rechtsakten sollen daher zweipersonelle Rechtsgeschäfte im Allgemeinen und von den Mehrpersonenverhältnissen die Bürgschaft und die Kapitalerhöhung eingehend untersucht werden.

- Obwohl die dargestellten Einschränkungen sehr weitreichend zu sein scheinen, verhüllt das auf diese Weise eingeschränkte Thema noch immer sehr viele Fragen, die im Einzelnen aufgebohrt und gründlich untersucht werden müssten. Um somit den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, sollen an den relevanten Stellen weitere Eingrenzungen des Untersuchungsgegenstandes vorgenommen werden.

B. Zentrale Fragestellung und Gang der Untersuchung

Wie bereits oben ausgeführt, ist das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 AEUV nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar, wobei es den nationalen Gerichten obliegt, über die Rechte der Mitbewerber zu wachen. Mangels einschlägiger Regelung im Unionsrecht sind die

Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens für solche Klagen Sache der nationalen Rechtsordnung.[26] Die dort vorgesehenen Bedingungen dürfen nach dem Äquivalenzgrundsatz[27] nicht ungünstiger sein als diejenigen, die Rechte betreffen, die ihren Ursprung in der innerstaatlichen Rechtsordnung haben, und sie dürfen nach dem Effektivitätsgrundsatz[28] die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Die Mitgliedstaaten haben die Umsetzung der Judikatur des EuGH in diversen Formen vorgenommen, die auf ihre Unionsrechtskonformität geprüft werden sollen. Gerade die noch immer geringe Anzahl der Wettbewerberklagen vor den nationalen Gerichten lässt an der Effektivität und Äquivalenz der nationalen Durchsetzungsmöglichkeiten zweifeln:

- Die zentrale Frage lautet demnach, ob das österreichische System von beihilferechtlichen Private Enforcement den Vorgaben der Rechtsprechung der europäischen Instanzen entspricht.

Im Grunde sollten die Mitgliedstaaten dabei mit bereits vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten das Auslangen finden:

- Neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts werden von diesen nicht verlangt, können aber geboten sein, soweit es nach dem System der betroffenen nationalen Rechtsordnungen keine Rechtsschutzmöglichkeit gäbe, mit der wenigstens inzident die Wahrung der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenen Rechte gewährleistet werden könnte.[29]

Inhaltlich ist die vorliegende Arbeit in drei Kapiteln gegliedert, die sich mit wesentlichen Fragen der Rechtsfolgen formeller Rechtswidrigkeit befassen sollen:

---

[26] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 23.
[27] EuGH 07.01.2004, C-201/02, *Wells,* Slg. 2004, I-723, Rz. 67.
[28] EuGH 14.12.1995, C-312/93, *Peterbroeck,* Slg. 1995, I-4599, Rz. 12; EuGH 16.05.2000, C-78/98, *Preston u. a.,* Slg. 2000, I-3201, Rz. 31.
[29] In ständiger Rsp zuletzt EuGH 13.07.2006, C-295/04 und C-298/04 *Manfredi,* Slg. 2006, I-6619, Rz. 77; EuGH 13.03.2007, C-432/05, *Unibet,* Slg. 2007, I-2271, Rz. 36 ff.

- Zur Sicherstellung einer grundlegenden Wissensbasis in Bezug auf das Europäische Beihilferecht sollen in erster Linie die Grundlagen des Beihilferechts sowie des Beihilfeverfahrens in gebotener Kürze präsentiert werden. Das Hauptaugenmerk ist dabei den für die Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot relevanten Punkten, wie insbesondere (i) dem Begriff der Beihilfe, (ii) dem Beihilfeverfahren bei neuen Beihilfen (iii) dem Durchführungsverbot sowie (iv) den Kompetenzen der Kommission und nationaler Gerichte zu widmen.

- In weiterer Folge soll (i) die Rechtsprechung des EuGH auf ihre Vorgaben und Ziele im Hinblick auf die Rechtsfolgen der formellen Rechtswidrigkeit gründlich analysiert werden.

- Schließlich sind die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die den Beihilfen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte zu durchleuchten. Dabei soll zunächst untersucht werden, ob (i) das Durchführungsverbot die Nichtigkeit bezweckt, und falls dies zu bejahen ist, (ii) welche Reichweite diese hat. Anschließend sollen die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot im Falle (iii) einer Bürgschaft und (iv) einer Kapitalerhöhung erforscht werden.

C. Untersuchungsmethoden und Zielsetzung

Die Basis der gegenständlichen Untersuchung bildet die Analyse der Rechtsakte der Unionsorgane, insbesondere der Entscheidungen des EuGH und der Kommission zum Thema des nationalen Rechtsschutzes gegen unionswidrige Beihilfemaßnahmen. Die auf diese Weise eruierten Ergebnisse sollen demnächst als Maßstäbe für die Prüfung der österreichischen Rechtsprechung und Gesetzgebung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht angewendet werden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die nationalen Behörden bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts insbesondere die nachfolgenden Grundsätze zu beachten haben, die auch den Untersuchungen im Rahmen der gegenständlichen Arbeit zugrunde gelegt werden sollen:

- In erster Linie ist laut dem "effet utile" Prinzip bei der Auslegung des Unionsrechts, dessen "praktische Wirksamkeit" bzw. "nützliche Wirkung"

sicherzustellen. Es darf somit der Zweck der einzelnen Bestimmungen des Unionsrechts durch die Auslegung nicht verfehlt werden.[30]

- Ferner dürfen zum einen die nationalen Verfahrensvorschriften die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) und zum anderen dürfen die nationalen Verfahrensvorschriften für Klagen nach dem Unionsrecht nicht weniger günstig sein als diejenigen für Klagen nach nationalem Recht (Äquivalenzgrundsatz).

- Schließlich ist zwecks Vermeidung eines Normenkonflikts zwischen Unionsrecht und nationalem Recht auf die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts zurückzugreifen.

Dabei sollen die Rechtsauffassungen in Österreich sowie Deutschland, insbesondere aufgrund der Vergleichbarkeit dieser Rechtsordnungen im Hinblick auf den gegenständlichen Untersuchungsgegenstand besondere Berücksichtigung finden:

- Als Vergleichsbasis für die österreichische Rechtsprechung sollen die deutsche Judikatur und ihre Entwicklungen herangezogen werden.

- Um sämtliche Aspekte der vorliegenden Problembereiche zu erforschen, sollen auch die Rechtsansichten im deutschen Schrifttum herangezogen werden.

- Anschließend sollen Vor- und Nachteile der verschiedenen, dargestellten Meinungen dokumentiert werden. Wo sich dies als unabdingbar herausstellt, soll auch der Versuch unternommen werden, eigene Bewältigungskonzepte darzubieten.

[30] EuGH 08.04.1976, Rs. 48/75, *Royer*, Slg. 1976, 4977; EuGH 17.01.1980, Rs. 792/79, *Camera Care/Kommission*, Slg. 1980, 119; EuGH 06.10.1981, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311; EuGH 06.10.1970, Rs 9/70, *Grad*, Slg. 1970, 825.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit einer Vielzahl von Problemen, die in der bisherigen Rechtsprechung entweder nicht behandelt wurden bzw. noch nicht ausjudiziert sind. Soweit ersichtlich wurde das (eingegrenzte) Thema der vorliegenden Arbeit auch im Schrifttum noch nicht vollumfänglich behandelt, wobei vor allem eine aktuelle Auseinandersetzung mit der ganzen Problematik fehlt.[31]

Und gerade diesem Anliegen soll die vorliegende Arbeit dienen. Auf Basis der Ausführungen der vorliegenden Arbeit sollten sowohl die negativ Betroffenen als auch die nationalen Gerichte in der Lage sein, zu beurteilen, ob sowie inwiefern ein beihilfegewährendes Rechtsgeschäft beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot rechtswirksam ist.

[31] Vgl. etwa für Österreich *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, (2000); *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung (2004); *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, (1999); *Wöllik in Jaeger,* Jahrbuch Beihilferecht 2008, 349 ff; *Vejseli*, Durchführungsverbot und die nachträgliche Genehmigung, (2011); *Sutter*, Das EG-Beihilfeverbot und sein Durchführungsverbot in Steuersachen, (2004); *Halder*, Das Beihilfen-Durchführungsverbot in Art 108 Abs 3 AEUV und seine Implementierung durch Intervention Dritter, (2011); für Deutschland *Staebe*, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen vor europäischen und deutschen Gerichten, (2001); *Blume*, Staatliche Beihilfen in der EG, (2004); *Heimann/Thieltges*, Die Konsequenzen des Durchführungsverbots des Artikels 88 EGV auf die Ansprüche der Bank aus dem Kreditvertrag und die Verwertung der Kreditsicherheiten, (2007); *Plenge*, Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts für wirtschaftsverwaltungsrechtliche Genehmigungsentscheidungen, (2009); *Rosenberg*, Konsequenzen des beihilferechtlichen Durchführungsverbots für die Normanwendung durch die Finanzverwaltung, (2013).

II. Grundlagen

A. Struktur des Beihilfeverbots

Die Art 107 ff AEUV[32] regeln die Gewährung von Beihilfen durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Gemäß Art 107 Abs 1 AEUV sind

"*soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.*"

Nach der herrschenden Auffassung enthält Art 107 Abs 1 AEUV kein absolutes Verbot der Gewährung von Beihilfen.[33] Die Gewährung von Beihilfen ist nicht *per se* verboten. Über den Umstand, ob eine Beihilfe verboten ist, entscheidet nämlich die Kommission in einem besonderen Verfahren. Eine Beihilfe ist somit bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV nicht verboten. Art 107 Abs 1 AEUV stellt somit ein relatives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar.[34]

Primärrechtliche Ausnahmen vom Beihilfeverbot sind in Art 107 Abs 2 und 3 AEUV geregelt. Art 107 Abs 2 sieht eine Reihe von *Legalausnahmen*[35] vor, etwa für die einzelnen Verbrauchern gewährte Sozialbeihilfen, für Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, sowie für Beihilfen zum Ausgleich der durch die Teilung Deutschlands verursachten wirtschaftlichen Nachteile.

Art 107 Abs 3 AEUV regelt die *Ermessensausnahmen*. Bei den *Ermessensausnahmen* handelt es sich etwa um Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung in Gebieten mit außergewöhnlich niedriger

[32] Konsolidierte Fassung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. C 83 vom 30.3.2010.
[33] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 815 – "*Mitgliedstaaten gewährend laufend Beihilfen in Milliardenhöhe*"; EuGH 22.03.1977, 78/76 *Steinike und Weinlig*, Slg. 1977, 595, Rz. 8.
[34] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 25.
[35] Bereits der Begriff "*Legalausnahme*" impliziert, dass beim Vorliegen der Voraussetzungen das Beihilfevorhaben zwingend zu genehmigen ist.

Lebenshaltung oder erheblicher Unterbeschäftigung[36] sowie um Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sich die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen.[37]

Das Verfahren, in dem die Kommission über die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt entscheidet, ist in Art 108 AEUV geregelt. Die Ausgestaltung dieses Verfahrens richtet sich danach, ob (i) die Beihilfe von dem Mitgliedstaat vor seinem EU-Beitritt gewährt bzw. (ii) nach dem EU-Beitritt genehmigt wurde ("*bestehende Beihilfen*"), oder ob der Mitgliedstaat (iii) die Gewährung einer Beihilfe bzw. (iv) Änderung einer genehmigten Beihilferegelung nach seinem EU-Beitritt beabsichtigt ("*neue Beihilfen*"). Bestehende Beihilfen werden von der Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten fortlaufend überwacht und dürfen solange beibehalten werden, bis die Kommission nicht anders entscheidet ("*repressive Aufsicht*").[38]

Neue Beihilfen müssen die Mitgliedstaaten bei der Kommission anmelden ("*Anmeldungsprinzip/Notifizierungsprinzip*"). Der Mitgliedstaat darf dabei das Beihilfevorhaben so lange nicht durchführen, bis die Kommission die Beihilfe genehmigt hat ("*Durchführungsverbot*").[39]

Die Gewährung von Beihilfen durch die Mitgliedstaaten stellt ein legitimes und durchaus häufig eingesetztes Mittel nationaler Wirtschaftspolitik dar.[40] Dies ergibt sich unter anderem auch aus den zahlreichen empirischen Analysen der Beihilfegewährung in der EU: Einen umfassenden Einblick in die laufenden Entwicklungen des Beihilferechts auf der europäischen Ebene bieten die jährlich von der Kommission veröffentlichten Berichte zur Wettbewerbspolitik dar.[41] Eine hingegen nur auf die Entwicklungen im Bereich des Beihilferechts gerichtete

[36] Art 107 Abs 3 lit a.
[37] Art 107 Abs 3 lit c.
[38] Art 108 Abs 1 und 2 AEUV; vgl. dazu EuGH 18.07.2013, C-6/12, *P Oy*, Slg. 2013, I-00000.
[39] Art 108 Abs 3 AEUV.
[40] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 817.
[41] Siehe dazu Bericht über die Wettbewerbspolitik 2012, 7.5.2013, COM(2013) 257 final.

Studie wird seit 1988 in einem Bericht über staatliche Beihilfen bzw. derzeit halbjährlich in dem Beihilfeanzeiger ("*Scoreboard*") veröffentlicht.[42]

B. Rechtsquellen

Die primärrechtlichen Rechtsquellen des Beihilferechts sind Art 107 ff AEUV. Diese allgemein formulierten Bestimmungen werden durch die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte konkretisiert und erweitert. Beihilferechtliche Sonderregeln bestehen etwa im Bereich der EU-Agrarmarktpolitik (Art 38 und Art 42 AEUV).

Die Kommission hat die Kriterien für die Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Binnenmarkt insbesondere in Verordnungen, Mitteilungen, Bekanntmachungen, Gemeinschaftsrahmen, Leitlinien und Schreiben an die Mitgliedstaaten festgelegt.[43]

Das wichtigste Handlungsinstrument der Kommission ist dabei der Beschluss gemäß Art 288 Abs 4 AEUV über die (Un-)Vereinbarkeit des Beihilfevorhabens mit dem Binnenmarkt.

[42] Siehe dazu Bericht über staatliche Beihilfe der EU-Mitgliedstaaten Herbstausgabe 2012, 21.12.2012 KOM(2012) 778 endgültig.

[43] Für eine vollständige Aufzählung aller sekundärrechtlichen Rechtsquellen siehe *Immenga/Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker,* EU-Wettbewerbsrecht[4], Band 3, A. VII, Rz. 59-71.

1. Mitteilungen

Die Mitteilungen der Kommission sind zwar aufgrund ihrer Rechtsnatur unverbindliche Rechtsakte, sie haben jedoch im Zusammenhang mit der Auslegung maßgebliche Bedeutung. So können diese insbesondere zur Interpretation des Beihilfetatbestands, der *Legalausnahmen* des Art 107 Abs 2 AEUV sowie der Verfahrensbestimmungen des Art 108 AEUV herangezogen werden. Die Mitteilungen binden die Kommission in ihrem Ermessen. Zudem verweist auch der EuGH in seinen Entscheidungen in der Regel auf die Mitteilungen der Kommission und prüft, ob die Kommission bei der Beurteilung der betreffenden Maßnahme die Kriterien ihrer Mitteilungen korrekt angewendet hat.[44]

2. Leitlinien

Die Leitlinien stellen eine Zusammenfassung der beihilferechtlichen Verwaltungspraxis der Kommission dar. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, ihre Beihilfevorhaben anhand der Leitlinien so zu gestalten, dass diese von der Kommission nicht beanstandet werden können. Die Kommission ist in Anbetracht des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung verpflichtet, ihre Leitlinien auf gleich gelagerte Fälle gleichmäßig anzuwenden.[45]

3. Gemeinschaftsrahmen

Gemeinschaftsrahmen enthalten Regeln für die Beurteilung von Beihilfen in bestimmten Industriesektoren. Für die Wirksamkeit der Gemeinschaftsrahmen bedarf es der Zustimmung der Mitgliedstaaten, und zwar durch jeden Mitgliedstaat gesondert. Inhaltlich enthalten Gemeinschaftsrahmen sowohl Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze für neue Beihilfen als auch Verpflichtungen in Bezug auf bestehende Beihilfen.[46]

---

[44] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht^2, Rz. 38 ff..
[45] Vgl. EuGH 13.06.2002, C-382/99, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2002, I-5163, Rz. 24.
[46] EuGH 15.10.1996, C-311/94, *Ijssel/Vliet*, Slg. 1996, I-5023, Rz. 43; zuletzt EuG 11.03.2009, T-354/05 *Television Francaise/Kommission*, Slg. 2009, II-471, Rz. 73.

4. Zweckdienliche Maßnahmen

Gelangt die Kommission im Rahmen der fortlaufenden Überwachung einer bestehenden Beihilferegelung zur Ansicht, dass die Beihilferegelung mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so ist die Kommission gemäß Art 18 f. VO 659/1999[47] verpflichtet, dem Mitgliedstaat zweckdienliche Maßnahmen hinsichtlich der Abänderung oder Beseitigung der Beihilferegelung (bzw. einzelner Beihilfeelemente) vorzuschlagen. Die zweckdienlichen Maßnahmen können dabei auf einen individuellen Fall der Beihilfegewährung Anwendung finden oder im Rahmen eines Gemeinschaftsrahmens allgemein für bestimmte Typen von Beihilferegelungen gelten.[48]

5. (Gruppenfreistellungs-)Verordnungen

Die Kommission ist zum Erlass von Verordnungen berechtigt,[49] welche die Vereinbarkeit von bestimmten Arten von Beihilfen mit dem Binnenmarkt regeln. Beihilfen, die die Voraussetzungen dieser Verordnungen erfüllen, unterliegen nicht der Anmeldepflicht gemäß Art 108 Abs 3 AEUV. In Ausübung dieser Kompetenz hat die Kommission zahlreiche Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen. Als Teil der Reform des Beihilferechts hat die Kommission die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung erlassen, in der die geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen zusammengefasst wurden.[50] Der Zweck der Gruppenfreistellungsverordnungen ist neben der Verwaltungsvereinfachung die weitgehende Entlastung der Kommission, damit sich diese auf komplizierte Fälle konzentrieren kann. Abgesehen von den Gruppenfreistellungsverordnungen regeln einzelne Verordnungen das Beihilfeverfahren, und zwar die Verordnung

[47] Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags; zuletzt ergänzt durch Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags.
[48] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 50.
[49] Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 (vormals Artikel 92 und 93) des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen.
[50] Zuletzt: Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag.

(EG) Nr. 659/1999[51] des Rates vom 22. März 1999 und die Durchführungsverordnung 794/2004.[52]

6. Völkerrechtliche Verträge

Bei der Gewährung von Beihilfen sind auch bilaterale und multilaterale völkerrechtliche Verträge zu berücksichtigen.

Der unionsrechtlichen Beihilfeaufsicht fast identisch nachgebildet ist das Beihilferegime der EFTA-Staaten in Art 61 ff EWR-Abkommen.[53] Die Prüfung der Beihilfen der EFTA-Staaten ist der EFTA-Überwachungsbehörde (ähnliche Kompetenzen wie die Kommission) vorbehalten, deren Entscheidungen vor dem EFTA-Gerichtshof (wie EuG/EuGH) bekämpft werden können.[54]

Weitere wichtige bilaterale Abkommen, die beihilferechtliche Regelungen vorsehen, sind etwa Art 34 des Beschlusses Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei[55] sowie Art 13 des Luftverkehrsabkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweiz vom 21.06.1999.[56]

Auf multilateraler Basis ist die Europäische Union als Mitglied der Welthandelsorganisation ("*WTO*") an das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen gebunden.[57] Dieses Übereinkommen ist als Teil des Anhangs zum Übereinkommen über die Errichtung der WTO für deren Mitglieder verbindlich. Erfasst werden jedoch nur finanzielle Beiträge aus öffentlichen Mitteln, die den Empfängern dieser Beiträge einen Vorteil verschaffen.[58] Für den Fall, dass ein WTO-Mitglied seinen Unternehmen Subventionen gewährt, sind andere WTO-Mitglieder berechtigt, das betreffende WTO-Mitglied um Konsultationen zu

[51] ABl. Nr. L 83/1 vom 27.03.1999.
[52] ABl. Nr. L 140/1 vom 30.04.2004.
[53] Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. Nr. L 1 vom 03/01/1994 S. 0003 – 0036.
[54] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 22 ff.
[55] 13.02.1996, ABl. Nr. L35/1.
[56] ABl. Nr. L 114/73 vom 30.04.2002.
[57] Englische Fassung des Übereinkommens abrufbar unter: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf.
[58] Bericht des Appelate Body in Brasilien – Export Financing Programme for Aircraft (WT/DS46/AB/R), Rz. 157 – zur Anwendung kommt daher der engere Subventionsbegriff iSv Leistungsgewährung.

ersuchen, die WTO Streitbeilegungsorgane anzurufen oder Ausgleichszölle auf eingeführte Waren zu erheben.[59]

C. Normzweck und Bedeutung

Eines der Ziele der Union ist gemäß Art 3 Abs 3 EUV die Errichtung eines Binnenmarktes.[60] Zur Verwirklichung dieses Ziels sollen auch die Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts wesentlich beitragen. Das Europäische Beihilferecht steht daher aus Sicht des Unionsrechts – als Teil des europäischen Wettbewerbsrechts – auch im Dienst der Schaffung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes. Die Verhinderung der Gewährung von marktunüblichen wirtschaftlichen Wettbewerbsvorteilen durch die Mitgliedstaaten an bestimmte Unternehmen ist nämlich für das Funktionieren eines unverfälschten Wettbewerbs in der EU und der Realisierung des Binnenmarktes unverzichtbar.[61]

Das Europäische Beihilferecht bezweckt nicht ein absolutes Verbot staatlicher Interventionen in das Marktgeschehen oder Reduktion der Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten auf das Minimum. Vielmehr fördert die Union mittels Beihilfen viele Produktionszweige, wie insbesondere die Landwirtschaft. Außerdem können staatliche Beihilfen in besonderen Marktsituationen aus einer volkswirtschaftlichen Sicht sogar geboten sein, um Fälle des Marktversagens zu kompensieren.[62] Damit jedoch diese positiven Wirkungen der Beihilfen nicht durch die Gewährung von marktunüblichen Fördermaßnahmen vollkommen in den Hintergrund treten, bedürfen die Beihilfen einer Überprüfung durch die Kommission.[63]

Die Kommission erweitert durch die weite Auslegung des Beihilfebegriffes den Anwendungsbereich der Art 107 ff AEUV. Die Kommission sichert sich auf diese Weise ihre Kontroll- und Regulierungskompetenzen bei der Gewährung von Beihilfen. In diesem Zusammenhang wird mitunter sogar befürchtet, dass zahlreiche Vorschriften einer staatlichen Regelung, die das Verhältnis

[59] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 31 ff.
[60] Der Binnenmarkt der Europäischen Union ist ein einheitlicher Markt, der durch den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen gekennzeichnet ist und innerhalb dessen die Unionsbürger sich ungehindert niederlassen und einer Arbeit, einer Ausbildung oder einer unternehmerischen Tätigkeit nachgehen können.
[61] *Säcker in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, Band 3, Einl., Rz. 1; *Immenga/Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht[4], Band 3, A. VII., Rz. 61.
[62] *Przybilla,* KommJur 2012, 94.
[63] *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 mwN.

verschiedener privaten Personen untereinander regeln unter die Beihilfeaufsicht fallen könnten.[64]

Die Beihilfeaufsicht stellt eines der wirkungsvollsten Mittel der europäischen Wettbewerbspolitik dar. Die Beihilfeaufsicht schränkt die Kompetenz der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährung von Beihilfen. Die Kommission entscheidet dabei sowohl über die Zulässigkeit der Gewährung von Beihilfen als auch über die Aussetzung der Gewährung bzw. die Rückzahlung der gewährten Beihilfen.[65] Die Beihilfeaufsicht soll somit sicherstellen, dass mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen nicht gewährt werden. Die Kommission ist hingegen nicht befugt, im Rahmen der Beihilfeaufsicht eigene strukturpolitische, sozialpolitische oder wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen.[66]

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Normzweck des Beihilferechts, und insbesondere mit dem Zweck und Sinn des Durchführungsverbots erfolgt erst im Rahmen der Analyse der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen.[67]

[64] Deutsche Monopolkommission, XVII. Gutachten – 2006/2007, Weniger Staat mehr Wettbewerb, BT-Drucksache 16/10140, Rz. 974.
[65] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 1.
[66] *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 1, Rz. 9.
[67] Siehe dazu unten IV. A. 3. b.

D. Tatbestandsvoraussetzungen der Beihilfe

Der Begriff der Beihilfe ist extensiv und objektiv auszulegen.[68] Dadurch soll verhindert werden, dass der Staat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt, den das Unternehmen unter marktüblichen Konditionen nie erhalten hätte.[69]

Bei der Prüfung einer Maßnahme auf ihre Beihilfeeigenschaft ist auf die Wirkung und nicht auf den Grund, Ziel, Art oder die Verbindung mit einem Verhalten des Beihilfeempfängers der betreffenden Maßnahme (die sogenannte "*Wirkungs-Doktrin*")[70] abzustellen. Der Beihilfebegriff ist somit ein funktioneller Begriff.[71]

Die Kommission unterscheidet zwischen Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen. Auf Basis von Beihilferegelungen werden einzelnen Unternehmen ohne weitere Durchführungsmaßnahmen Beihilfen gewährt.[72] Einzelbeihilfen sind "*ad-hoc*" Beihilfen, die lediglich im Einzelfall gewährt werden.[73]

Das Verhältnis zwischen Beihilfegeber und Beihilfeempfänger kann entweder hoheitlich oder nicht-hoheitlich ausgestaltet werden, und zwar je nach dem, ob die Gewährung auf Basis eines Bescheids oder eines Vertrages erfolgt.[74]

Der Tatbestand der Beihilfe ist in Art 107 Abs 1 AEUV allgemein definiert. Die einzelnen Tatbestandselemente des Beihilfebegriffes wurden durch die Rechtsprechung der Unionsgerichte und die Entscheidungspraxis der Kommission entwickelt und präzisiert. Die genaue Anzahl und Ausprägung einzelner Tatbestandselemente variieren bei den einzelnen Autoren, obwohl diese sehr eng miteinander verbunden und verflochten sind.

---

[68] *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 48 mwN.
[69] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 2.
[70] *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 105.
[71] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 805; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1 ff.
[72] Art 1 lit d VO 659/1999.
[73] Art 2 Z 1 und 2 VO Nr. 800/2008.
[74] Vgl. *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 23 f mwN; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 32 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 2; *Schmidt-Kötters in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 56, Rz. 15 ff;

Um als staatliche Beihilfe qualifiziert zu werden, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

i. Gewährung eines Vorteils (wirtschaftliche Begünstigung);

ii. Übertragung staatlicher und dem Staat zurechenbarer Mittel;

iii. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität);

iv. Potenzielle Verfälschung des Wettbewerbs;

v. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

Die Anwendung von Art 107 AEUV ist ausgeschlossen, wenn eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt ist.[75]

1. Gewährung eines Vorteils

Die erste Voraussetzung für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ist die Gewährung eines Vorteils.[76] Dieser Vorteil ergibt sich aus der Marktunüblichkeit der gewährten Maßnahme. Marktunüblich ist die Maßnahme dann, wenn kein Marktteilnehmer unter gewöhnlichen Marktbedingungen eine solche Maßnahme gewähren würde. Die Feststellung eines solchen marktunüblichen Vorteils setzt nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte eine wirtschaftliche Analyse voraus.[77]

Bei dieser wirtschaftlichen Analyse ist auf die Begünstigungswirkung der Maßnahme und nicht auf ihren Zweck oder Grundlage abzustellen.[78]

Der Vorteil kann sowohl eine Leistungsgewährung als auch eine Belastungsverminderung beinhalten. Es werden neben den positiven Geld- und

[75] EuGH 02.09.2010, C-399/08, *Kommission/Deutsche Post*, Slg. 2010, I-7831, Rz. 39; EuGH 10.06.2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti*, Slg. 2010, I-5243, Rz. 31; EuG 22.10.2008, T-309/04 u.a. *TV2/Danmark/Kommission*, Slg. 2008, II-2935, Rz. 155.
[76] EuGH 29.04.1999, C-342/96, *Spanien/Kommission*, Slg. 1999, I-2459, Rz. 41.
[77] EuGH 11.07.1996, C-39/94 *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 61; EuG 17.10.2002, T-98/00, *Linde/Kommission*, Slg. 2002, II-3961, Rz. 39.
[78] Siehe diesbezüglich insbesondere EuGH 13.02.2003, C-409/00, *Spanien/Kommission*, Slg. 2003, I-1487, Rz.46 – *funktioneller Beihilfebegriff*; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 62.

Sachleistungen auch Maßnahmen erfasst, die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen zu tragen hat.[79]

Der EuGH definiert den Begriff der Marktüblichkeit folgendermaßen: Marktüblich ist der Vorteil dann, wenn der Empfänger für diesen Vorteil eine marktübliche Gegenleistung erbringt oder für eine Leistung an den Staat das marktgerechte Entgelt erhält. Leistung und Gegenleistung müssen dabei nicht im Austauschverhältnis stehen, sondern es reicht aus, wenn diese in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.[80] Eine Begünstigung ist ausgeschlossen, wenn der Vorteilsgewährung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Im Einzelfall kann der Nachweis einer angemessenen Gegenleistung auch durch einen detaillierten Kostennachweis geführt werden.[81]

Die Marktüblichkeit einer Maßnahme ist vor dem Hintergrund normaler Marktverhältnisse zu beurteilen. Zu diesem Zweck wendet man den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers ("*market economy investor principle*", nachstehend "*MEIP*" genannt) an. Das MEIP besagt, dass eine Maßnahme keine Beihilfe darstellt, wenn diese auch ein privater Investor gewähren würde. Insgesamt ist dabei auf den Typus eines informierten und umsichtigen privaten Investors abzustellen, der auf eine angemessene Rendite abzielt.[82] Dieses Prinzip versagt allerdings stets dort, wo ein marktkonformes

---

[79] Vgl. EuGH 20.11.2003, C-126/01, *GEMO SA*, Slg. 2003, I-13769, Rz. 28; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 68.

[80] So der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung "…*das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte...*" – EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 60; zuletzt EuG 03.03.2010, T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken eV/Kommission*, Slg. 2010, II-387, Rz. 35; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 8 es muss somit stets untersucht werden, mit welchen Konditionen der Beihilfeempfänger ohne das staatliche Zutun zu rechnen gehabt hätte – "*marktrelative Günstigkeit*" d.h. vorteilhaftere Bedingungen, als die am Markt üblichen.

[81] Vgl. EuG 13.07.2000, T-46/97 *SIC*, Slg. 2000, II-2125, Rz. 84.

[82] *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 2 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 29 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 823; jeweils mwN; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 74; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 247 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 2 ff; *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 239.

Verhalten nicht eruiert werden kann, was beispielsweise bei Märkten mit Monopolunternehmen der Fall ist.[83]

Dabei obliegt es der Kommission, einen umfassenden Vergleich mit dem Verhalten eines privaten Investors vorzunehmen. Das Unterlassen eines solchen Vergleichs begründet nämlich einen von der Nichtigkeit behafteten Verfahrensmangel.[84]

2. Übertragung staatlicher und dem Staat zurechenbarer Mittel

Eine weitere Tatbestandsvoraussetzung ist die Übertragung staatlicher und dem Staat zurechenbarer Mittel.[85] Die Maßnahme muss vom Staat veranlasst sein und in letzter Konsequenz den öffentlichen Haushalt[86] belasten. Die dabei in der Rechtsprechung des EuGH geläufige Unterscheidung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen hat nur insofern eine Bedeutung, als unter dem Beihilfebegriff auch solche Beihilfen zu subsumieren sind, die durch die vom Staat benannten oder errichteten öffentlichen oder privaten Einrichtungen gewährt werden.[87]

Der Begriff des Staates ist extensiv zu interpretieren und umfasst neben dem Staat (in Bundesstaaten den Bund), die Gebietskörperschaften (etwa Bundesländer) und Einrichtungen der Selbstverwaltung (zB Gemeinden). Dem Staat zurechenbar sind allerdings auch die vom Staat beherrschten Einrichtungen (zB Fonds), öffentliche Unternehmen (einschließlich Staatsholding) sowie von all diesen beauftragten öffentlichen oder privaten Einrichtungen, sogenannte

---

[83] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 823; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 75; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 15 ff.

[84] Zuletzt EuG 02.03.2012, T-29/10 und T-33/10, *Niederlande/Kommission*, I-00000, Rz. 153.

[85] Vgl. zum Thema der Staatlichkeit der Mittel und ihrer Übertragung eingehend *Mesecke,* BRZ 2011, 206.

[86] ISv auf Kosten des Staates – vgl. die Diskrepanz im Hinblick auf das Erfordernis der Belastung des öffentlichen Haushalts: *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 34; nach der älteren Rechtsprechung des EuGH wurde die Belastung des öffentlichen Haushalts sehr wohl als eigenständiges Kriterium behandelt vgl. dazu *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 60 f mwN; abzustellen ist dabei auf die unmittelbaren Einnahmeänderungen des staatlichen Haushalts infolge der Begünstigung des Beihilfeempfängers und nicht auf indirekte Vermögenseffekte bei der öffentlichen Hand; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 64.

[87] EuGH 13.03.2001, C-379/98 *Preussen Elektra AG/Schleswag AG*, Slg. 2001, I-2099, Rz. 58 mwN.

Subventionsmittler (so etwa eine Privatbank, der die Verantwortung für die Verwaltung einer staatlich geförderten KMU-Beihilferegelung übertragen wird).[88]

Sobald die Gewährung eines marktunüblichen wirtschaftlichen Vorteils und das Tätigwerden einer staatlichen Stelle feststehen, muss zwischen diesen beiden Faktoren eine Art Kausalzusammenhang geprüft und festgestellt werden. In der Diktion der jüngsten Entscheidungspraxis der Kommission wird verlangt, dass die Maßnahmen (i) unmittelbar oder mittelbar durch eine zwischengeschaltete Stelle, die Kraft der ihr verliehenen Befugnisse handelt, aus staatlichen Mitteln finanziert werden und (ii) dem Staat zurechenbar sind.[89]

In einem ersten Schritt prüft somit die Kommission, ob die öffentliche Hand potenziell die Möglichkeit hat, Kontrolle über die Gewährung des geldwerten Vorteils auszuüben. Dies wird beispielsweise bereits dann bejaht, wenn der Staat Mehrheitsgesellschafter des beihilfegewährenden öffentlichen Unternehmens[90] ist oder die finanziellen Mittel direkt oder indirekt den öffentlichen Haushalt belasten.[91]

Der zweite Prüfungsschritt besteht darin, festzustellen, ob die öffentliche Hand im konkreten Fall tatsächlich Kontrolle ausgeübt hat ("*Zurechenbarkeit*"). In der Rechtsprechung ist etwa bislang jedoch noch nicht abschließend geklärt worden, welches Ausmaß der tatsächlichen Kontrolle auf die Geschäftstätigkeit des von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmens vorliegen muss, um die Zurechenbarkeit zu bejahen.[92]

Eine bahnbrechende Entscheidung des EuGH bezüglich der Zurechenbarkeit war die Entscheidung in der Rechtssache "*Stardust Marine*". In dieser Entscheidung wurde klargestellt, dass die Gewährung von staatlichen Mitteln dem Staat erst dann zurechenbar ist, wenn dieser auf die Übertragung der Mittel in der Tat einen

---

[88] Vgl. EuGH 20.11.2003, C-126/01, *GEMO SA*, Slg. 2003, I-13769, Rz. 23; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 56; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 27; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 58; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 87, Rz. 23.

[89] Vgl. Kommission 21.03.2012, *Nürburgring*, (2012/C 333/01), ABl. 2012 C 333/1, Rz. 81; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 28 ff.

[90] Kommission 13.07.2011, *Flughafen Frankfurt Hahn*, (2012/C 216/01), ABl. 2012 C 216/1, Rz. 29.

[91] Kommission 21.03.2012, *Nürburgring*, (2012/C 333/01), ABl. 2012 C 333/1, Rz. 82.

[92] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 202; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 123; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 154; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 21.

konkreten Einfluss nimmt. In Anbetracht der Schwierigkeiten, die mit dem Nachweis der Ausübung tatsächlicher Kontrolle verbunden wären, hält es der EuGH in diesem Zusammenhang für ausreichend, wenn bestimmte Indizien auf die konkrete Einflussnahme durch den Staat schließen lassen. Das Kriterium der Zurechenbarkeit ist in einer Gesamtschau von Indizien zu gewichten.[93]

Zum besseren Verständnis sei auf die wichtigsten Beispiele aus der Judikatur des EuGH verwiesen:

So wurde die Zurechenbarkeit zum Staat etwa in folgenden Grenzfällen verneint:

- Einführung eines internationalen Seeschifffahrtsregisters, das die Lohnkosten von Reedereien und damit indirekt das Steueraufkommen vermindert;[94]
- Freistellung kleiner Unternehmen von den Vorschriften über den Kündigungsschutz;[95]
- Gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme vom Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen;[96]
- Verwendung des Aufkommens einer parafiskalischen Abgabe, die ausschließlich zugunsten derjenigen Unternehmen verwendet wurde, von denen die Abgabe erhoben worden war.[97]

Die Zurechenbarkeit wurde hingegen in folgenden Grenzfällen bejaht:

- Eine vom Staat angeordnete und vom privaten Fond verwaltete Abgabe;[98]

[93] EuGH 16.05.2002, C-482/99 *Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397, Rz. 54 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 207 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 123; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 159; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 21; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 57; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 73 ff.
[94] EuGH 17.03.1993, C-72/91, *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887, Rz. 14 ff.
[95] EuGH 30.11.1993 C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1991, I-6185, Rz. 12-19.
[96] EuGH 13.03.2001, C-379/98, *Preussen Elektra AG/Schleswag AG*, Slg. 2001, I-2099, Rz. 58.
[97] EuGH 15.07.2004, C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139, Rz. 36 f.
[98] EuGH 22.03.1977, 78/76 *Steinike und Weinlig*, Slg. 1977, 595, Rz. 21.

- Staatliches Genehmigungserfordernis für die Verwendung von Erträgen oder einer öffentlichen Einrichtung aus privatwirtschaftlicher Tätigkeit.[99]

3. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige

Die dritte Voraussetzung ist die Gewährung von Vorteilen an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige.[100]

Der Unternehmensbegriff entspricht dabei demjenigen des Art 101 AEUV. Das Unternehmen ist jene Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne ist jede Tätigkeit, die mit dem Anbieten von Waren und Dienstleistungen auf einem Markt in direktem Zusammenhang steht und auch von Privaten ausgeübt werden kann.[101]

Keine Unternehmen sind private Haushalte, staatliche Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt[102] sowie Sozialversicherungsträger. In diesem Sinne hat die Kommission etwa entschieden, dass staatliche Einrichtungen, in denen Behinderte für die Produktion von Waren eingesetzt werden, keine Unternehmen sind.[103]

Eine staatliche Maßnahme ist nur dann eine Beihilfe, wenn diese der Staat nur bestimmten Unternehmen gewährt. Die Bevorzugung von bestimmten Unternehmen bewirkt die Wettbewerbsbeschränkung. Unproblematisch ist dabei die unterschiedliche Behandlung der Unternehmen aufgrund von allgemeinen Vorgaben der Konjunktur-, Wirtschafts-, Steuer-, oder Sozialpolitik.[104]

---

[99] EuGH 16.05.2002, C-482/99 *Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397, Rz. 37.
[100] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 232 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 823; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 166 ff; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 48 ff; *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 306 ff.
[101] EuGH 10.01.2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio*, Slg. 2006, I-289, Rz. 107; weiter vgl. Art. 2 VO Nr. 800/2008; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 50 ff; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 25; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 43 ff; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 87, Rz. 31.
[102] EuG 17.12.2008, T-196/04, *RyanAir/Kommission*, Slg. 2008, II-3643, Rz. 84, 98.
[103] Kommission 27.06.2007, *Establishments of professional activity for seriously disabled people*, (2007/C 255/03), ABl. 2007 C 255/22, Rz. 54 ff.
[104] EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 34; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 233.

Da die Grenze zwischen der Gewährung von marktunüblichen Vorteilen an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige und der Gewährung von Vorteilen an alle Unternehmen fließend ist, gibt es keine förmlichen Kriterien für die Beurteilung der Selektivität. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist die Begünstigung von bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen insbesondere dann anzunehmen, wenn die Empfänger ausdrücklich individualisiert werden oder nach der Größe,[105] nach der Branchenzugehörigkeit oder nach ihrem Standort[106] ausgewählt werden. Darüber hinaus hat der EuGH entschieden, dass die Selektivität auch dann gegeben ist, wenn eine Gebietskörperschaft (etwa Bundesland) für die, innerhalb ihres geografischen Wirkungsbereiches ansässigen Unternehmen eine Beihilferegelung einführt.[107]

Die nicht-selektiven Maßnahmen werden nach objektiven Kriterien gewährt.[108] Zu solchen Maßnahmen gehören etwa die allgemeine Senkung der Körperschaftssteuer, Zuschüsse für die Einstellung der Langzeitarbeitslosen oder die Eröffnung einer Möglichkeit zur beschleunigten Abschreibung von Investitionsausgaben, die von allen Unternehmen beansprucht werden kann.[109]

Schließlich ist auch bei der Beurteilung der Selektivität ausschließlich auf die Wirkung der Maßnahme abzustellen.[110]

[105] EuGH 17.06.1999, C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671, Rz. 26.
[106] EuGH 19.09.2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2000, I-6857, Rz. 23.
[107] EuGH 06.09.2006, C-88/03, *Portugal/Kommission*, Slg. 2006, I-7115, Rz. 57 ff.
[108] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 172.
[109] Vgl. dazu insb. EuGH 10.01.2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio*, Slg. 2006, I-289, Rz. 134 ff; EuGH 15.12.2005, C-148/04 *Unicreditio*, Slg. 2005, I-11137, Rz. 44 ff; EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 49 ff; EuGH 05.10.1999, C-251/97, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1999, I-6639, Rz. 36; EuGH 23.03.2006, C-237/04 *Enirisorse*, Slg. 2006, I-2843, Rz. 47.
[110] Eingehend dazu *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 52 ff mwN.

4. Potenzielle Verfälschung des Wettbewerbs

Die vierte Tatbestandsvoraussetzung ist die potenzielle Verfälschung des Wettbewerbs. Die Verfälschung des Wettbewerbs durch die Gewährung von Beihilfen ist jede künstliche, sogar auch potenzielle Veränderung der Wettbewerbssituation auf einem bestimmten Markt im Vergleich zur Lage ohne Beihilfen.[111]

Die potenzielle Verfälschung des Wettbewerbs wird dadurch verursacht, dass der Beihilfeempfänger Maßnahmen vornehmen kann, die für seine Mitbewerber nicht durchführbar wären.[112] Man könnte insofern vermuten, dass die Beihilfen bereits ihrem Wesen nach eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung innehaben.[113]

Art 107 ff AEUV schützen auch den potenziellen Wettbewerb. Die Beihilfen sind nämlich geeignet, unüberwindbare Marktzutrittsschranken zu schaffen und den Wettbewerb insgesamt auszuschalten.[114]

Die Kommission muss in jedem Einzelfall nachweisen, dass die betreffende Maßnahme den Wettbewerb verfälscht. Es reicht somit nicht aus, dass die übrigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beihilfe erfüllt sind, denn ein solcher Umstand begründet keinen Verdacht einer Wettbewerbsverfälschung.[115] Wenn es die Kommission vernachlässigt, die Situation auf dem betroffenen Markt zu untersuchen und die Wettbewerbsverfälschung ausreichend zu begründen, so kann die Kommissionsentscheidung wegen eines Verfahrensmangels angefochten

---

[111] Vgl. EuGH 03.03.2005, C-172/03, *Heiser*, Slg. 2005, I-1627, Rz. 55 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht^2, Rz. 241 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 127; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht^2, Rz. 176; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 60; *Soltész in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 404 ff.

[112] *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 79.

[113] EuGH 24.02.1987, 304/85, *Acciaierie e Ferriere Lombarde Falck*, Slg. 1987, I-871, Rz. 871,895; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 30.

[114] Vgl. EuGH 10.01.2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg. 2006, I-289, Rz. 140; idS auch *Götz/Matrinez Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 68; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 87, Rz. 41.

[115] Kürzlich EuG 01.07.2009, T-81/07 bis /83/07, *Jan Rudolf Maas und andere/Kommission*, Slg. 2009, II-2411, Rz. 63; EuGH 19.10.2000, C-15/98 und C-105/99, *Italien und Sardegena Lines/Kommission*, Slg. 2000, I-8855, Rz. 66; EuG 28.02.2002, T-155/98, *SIDE/Kommission*, Slg. 2002, II-1179, Rz. 56,71.

werden.[116] Dennoch werden an diesen Nachweis nicht allzu hohe Anforderungen gestellt.[117]

Ob die Beihilfe in das Verhältnis zwischen dem Beihilfeempfänger und seinen Mitbewerbern eingreift und den Ablauf des Wettbewerbs verändert, ist anhand des Vergleiches mit der vor der Gewährung der Beihilfe auf dem relevanten Markt bestehenden Wettbewerbslage vorzunehmen.[118] Bei staatlichen Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von EUR 200.000 innerhalb von drei Steuerjahren nicht übersteigen wird dabei vermutet, dass diese den Wettbewerb weder verfälschen noch zu verfälschen drohen.[119]

Es ist nicht erforderlich, dass die wettbewerbsverfälschende Wirkung von dem Staat beabsichtigt ist, sondern es reicht aus, wenn sich die Beihilfe tatsächlich oder potenziell auf den betroffenen Wettbewerb negativ auswirkt.[120]

Wettbewerbsverfälschende Wirkung entfalten auch Beihilfen, die der Mitgliedsstaat seinen inländischen Unternehmen als Ausgleich für die Beihilfen gewährt, die den Mitbewerbern der inländischen Unternehmen durch ihre Heimatstaaten gewährt werden. Der EuGH geht nämlich davon aus, dass solche Beihilfen nicht geeignet sind, die wettbewerbsverfälschende Wirkung der ausländischen Beihilfen zu beseitigen, sondern die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vielmehr kumulieren.[121]

---

[116] EuG 28.02.2002, T-155/98, *SIDE/Kommission*, Slg. 2002, II-1179, Rz. 71-73.
[117] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 242; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 128; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 61; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 30.
[118] EuGH 08.12.2011, C-81/10 P, *Francé Télecom SA*, Slg. 2011, Rz. 42 ff.
[119] Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5 (De minimis Verordnung); siehe dazu sogleich unten; vgl. auch den Entwurf der neuen "De-minimis"-VO unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/de_minimis_regulation_de.pdf.
[120] EuGH 20.11.2003, C-126/01, *GEMO SA*, Slg. 2003, I-13769, Rz. 41; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 32.
[121] EuGH 22.03.1977, 78/76 *Steinike und Weinlig*, Slg. 1977, 595, Rz. 595, 612; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 87, Rz. 44.

Außerdem haben Aspekte wie die vernachlässigbare wirtschaftliche Stärke des begünstigten Unternehmens, keinen Einfluss auf die Beurteilung der wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen einer Beihilfe.[122]

In klassischen Kartell- und Fusionskontrollfällen geht der Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung stets die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes vor. Eine vergleichbare Vorgehensweise ist der Entscheidungspraxis der Kommission in Beihilfefällen eher fremd.[123] Dennoch finden sich in der Entscheidungspraxis der Kommission Entscheidungen, die eine detaillierte Analyse und Auseinandersetzung mit den relevanten Märkten beinhalten.[124]

5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Die fünfte Tatbestandsvoraussetzung ist die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten liegt dann vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der marktunübliche Vorteil den Wettbewerb von Waren und Dienstleistungen im Binnenmarkt beeinträchtigt.[125] Dieses Kriterium erfüllt primär die Funktion, die Anwendbarkeit des Europäischen Beihilferechts auf rein lokale (innerstaatliche) Sachverhalte auszuschließen.[126]

Zum Nachweis der Handelsbeeinträchtigung genügt, dass der Begünstigte auf einem Markt tätig ist, auf dem Handel zwischen Mitgliedstaaten stattfindet. Eine solche Beeinträchtigung liegt auch dann vor, wenn das begünstigte Unternehmen

---

[122] EuG 29.09.2000, T-55/99, *CETM/Kommission*, Slg. 2000, II-3207, Rz. 92, 94; Schlussanträge GA Alber 07.05.2002, C-351/98, *Spanien/Kommission*, Slg. 2002, I-8031, Rz. 88; es wird insbesondere keine "*spürbare*" Marktmacht des Beihilfeempfängers gefordert so wie *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 82.

[123] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 179; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 825; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 243; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 129; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 64; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 72.

[124] Kommission 23.02.2000, *Korn Technik und Fahrzeuge GmbH*, (2000/732/EG), ABl. 2000 L 295/21, Rz. 20 ff; Kommission 24.04.2007, *Hafenbetrieb Rotterdam*, (2007/C 196/01), ABl. 2007 C 196/1, Rz. 61 ff.

[125] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 181 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 826; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 235 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 133 ff; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 67; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 35 f; *Soltész in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 440 ff.

[126] *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 87, Rz. 46.

selbst keine Ausfuhrgeschäfte vornimmt, weil auch die Unterstützung der heimischen Produktion die Möglichkeit der Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten verringert, in den Markt einzutreten.[127] Zudem kann die marktunübliche Begünstigung eines Unternehmens, das bisher nicht am zwischenstaatlichen Handel teilgenommen hat, dieses in die Lage versetzten, in den Markt eines anderen Mitgliedstaates einzudringen.[128]

Der EuGH stellt an das Erfordernis der Beeinträchtigung vom zwischenstaatlichen Handel nur geringe Anforderungen.[129] Auch eine verhältnismäßig geringfügige Beihilfe kann diesen Handel beeinträchtigen,[130] wenn auf dem Markt ein lebhafter Wettbewerb herrscht[131] oder Überkapazitäten vorhanden sind.[132] So hat die Kommission die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns bereits dann angenommen, wenn ein von Niederlanden finanziertes Bauprojekt nahe an der deutschen Grenze geplant wurde, weil auf dem Markt für den Bau und den Verkauf oder die Vermietung von Wohnungen und Ladenlokalen zum Teil auch international tätige und vor allem deutsche Bauunternehmen tätig waren.[133]

Ausreichend ist die bloße Eignung der Maßnahme zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Maßgeblich ist dabei eine zukunftsorientierte Betrachtung des Sachverhalts.[134]

Das Beihilferecht der Union sah ursprünglich keine Spürbarkeitsschwelle vor, sodass bald das Bedürfnis nach einer betragsmäßigen Einschränkung der

---

[127] Zuletzt EuGH 30.04.2009, C-494/09, *Italien und Wam/Kommission*, Slg. 2009, I-3639, Rz. 56 ff; EuGH 21.07.2005, C-71/04, *Xunta de Galicia*, Slg. 2005, I-7419, Rz. 45; EuGH 24.07.2003, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rz. 78; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 70.

[128] EuGH 15.12.2005, C-148/04 *Unicreditio*, Slg. 2005, I-11137, Rz. 55 ff; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 36 – wobei auf die positiven Auswirkungen auf den Handel keine Rücksicht zu nehmen ist.

[129] EuGH 03.03.2005, C-172/03, *Heiser*, Slg. 2005, I-1627, Rz. 32 f; EuGH 21.07.2005, C-71/04, *Xunta de Galicia*, Slg. 2005, I-7419, Rz. 41 ff; EuGH, 17.09.1980, 730/79, *Philip Morris/Kommission*, Slg. 1980, I-2671, Rz. 11.

[130] *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 37.

[131] EuG 28.11.2008, T-254/00, *Hotel Cipriani/Kommission*, Slg. 2008 II-3269, Rz. 247.

[132] Vgl. EuG 30.04.1998, T-214/95, *Vlaams Gewest/Kommission*, Slg. 1998, II-717, Rz. 49; EuG 04.04.2001, T-288/97, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Kommission*, Slg. 2001, II-1169, Rz. 51.

[133] Kommission 04.04.2006, *Projekt Marktpassageplan in Haaksbergen*, (2006/746/EG), ABl. 2006 L 307/207, Rz. 35.

[134] EuGH 17.09.1980, 730/79, *Philip Morris/Kommission*, Slg. 1980, I-2671, Rz. 2688 f.

Beihilfeaufsicht entstand. Die wichtigste Regelung zur Entlastung der Kommission stellt die De-minimis-VO dar.[135]

Es gilt grundsätzlich die Vermutung, dass Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von EUR 200.000 innerhalb von drei Steuerjahren nicht übersteigen, weder den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen noch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Da die Beihilfen, die die De-minimis-Grenze nicht überschreitet, bereits definitionsgemäß keine Beihilfen darstellen, sind solche Maßnahmen nicht bei der Kommission anzumelden.[136]

6. Erscheinungsformen der Beihilfen

Die Erscheinungsformen einer Beihilfe können nicht abschließend aufgezählt werden. Bei der Einordnung einer Maßnahme als Beihilfe kommt es nämlich auf die Form oder Rechtsgrundlage nicht an.[137]

Die Kommission hat sich bislang insbesondere mit folgenden Beihilfen befasst:

(i) Als Beihilfe kommen in erster Linie positive Geldleistungen an Unternehmen in Betracht:

- Zuschüsse zu den Zinsen und Kreditkosten, Kredite mit verringertem Zinssatz;
- Interzessionen, wie etwa Bürgschaften, Garantien, Haftungen.

(ii) Als Beihilfe kommen auch Sachleistungen in Betracht:

---

[135] Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5 (De minimis Verordnung); *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 183 f; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 826; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 246; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 135 f; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 77 eingehend § 5; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 35 f; *Soltész in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 454 ff; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 75 ff.

[136] Art 2 Abs 2 De-minimis VO; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 33; unter Hinweis auf die problematische Vereinbarkeit mit dem Primärrecht *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 89; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 87, Rz. 52 ff.

[137] *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 16; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 827 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 246; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 135 f; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 77 eingehend § 5; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 38.

- Zuwendung einer Sache (Grundstücke), Überlassen von Personal (Beamte), Erbringen von Dienstleistungen (Beratung) oder Überlassung des Kundenstammes, Errichtung von Infrastrukturen, Eintreibung von Forderungen.

(iii) Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen:

- Erwerb von Liegenschaften (allgemein Gütern), unter Umständen Ausgleichzahlungen an Erbringer gemeinwirtschaftlicher Dienste.

(iv) Entlastungen von Steuern oder sonstigen öffentlichen Abgaben:

- Verzichte auf Abgabenförderung bzw. Sozialversicherungsbeiträge, Zahlungsaufschub, Duldung des Nichtzahlens von Abgaben, sachwidriges Ausnützen des Ermessenspielraums, Befreiung von allgemeinen Rechtsvorschriften.

(v) Maßnahmen des Staates als Eigentümer von Unternehmen:

- Veräußerung oder Erwerb von Unternehmensbeteiligungen, Quersubventionen, Verzicht auf die Rendite, Zurverfügungstellung von Eigenkapital, sonstige Beteiligung an Kapitalmaßnahmen, Privatisierung von Unternehmen, Übernahme von Verlusten.

E. Beihilfeverfahren

Das Beihilfeverfahren ist in Art 108 AEUV und in der Verfahrensverordnung VO 659/1999 geregelt.[138] Seit April 2004 gilt zusätzlich die Durchführungsverordnung VO (EG) 794/2004, die vor allem die Form und den Inhalt der Anmeldung durch die Mitgliedstaaten regelt. Da es in der Praxis zum Verstoß gegen das Durchführungsverbot hauptsächlich bei der Gewährung von neuen Beihilfen ohne vorherige Genehmigung durch die Kommission kommt, beziehen sich die folgenden Ausführungen ausschließlich auf das Beihilfeverfahren bei neuen Beihilfen.

1. Verfahren bei neuen Beihilfen

Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art 108 Abs 3 AEUV und Art 2 ff VO 659/1999 verpflichtet, alle Vorhaben zur Gewährung einer neuen Beihilfe oder Änderung einer bestehenden Beihilfe der Kommission zwecks Genehmigung zu notifizieren. Die Anmeldepflicht entfällt bei Beihilfen, die in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen, nicht jedoch bei Beihilfen, die die Voraussetzungen des Art 107 Abs 2 und 3 AEUV erfüllen, weil die Kommission das Vorliegen dieser Voraussetzungen stets im Einzelfall prüfen muss.[139]

Die Anmeldung eines Beihilfevorhabens kann nur vom Staat vorgenommen werden. Für die Beihilfeanmeldung ist in Österreich das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend zuständig.[140]

---

[138] Verordnung (EG) Nr. 659/1999 Des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags; zur Durchführung Verordnung (EG) Nr 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags.

[139] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 373 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 844 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 849 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 2 VO 659/1999, Rz. 1 f; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 32, Rz. 22; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 41 f; *Werner in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 108, Rz. 19 ff.

[140] Die Aufgaben werden seit dem Bundesministeriengesetz 2003 (Anlage zu § 2 Z 6) für die gesamte Republik Österreich durch das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend wahrgenommen. Als zuständige Organisationseinheit steht dafür die Abteilung "EU-Beihilferecht" zur Verfügung, die sich als Serviceeinrichtung versteht. Zentrale Aufgabe der Abteilung ist die Koordination unternehmensbezogener Wirtschaftsförderungen von öffentlichen Körperschaften *in* Österreich aufgrund des europäischen Gemeinschaftsvertrages und die dazu erforderliche Kommunikation mit der Kommission.

a. Vorprüfungsverfahren

Das Beihilfeverfahren besteht unter Umständen aus zwei Teilen: einem vorläufigen Vorprüfungsverfahren[141] und einem eventuell nachfolgenden förmlichen Hauptprüfungsverfahren.[142]

Im Rahmen des vorläufigen Vorprüfungsverfahrens muss die Kommission innerhalb einer Frist von zwei Monaten entscheiden, ob die Beihilfe zu genehmigen, oder ob ein förmliches Hauptprüfungsverfahren einzuleiten ist.[143] Diese Frist kann in Einvernehmen mit dem Mitgliedstaat verlängert werden. Lässt die Kommission diese Frist hingegen verstreichen, kann der Mitgliedstaat der Kommission seine Absicht mitteilen, das Vorhaben durchführen zu wollen. Unterlässt es die Kommission daraufhin, innerhalb von weiteren 15 Werktagen eine Entscheidung zu treffen, so kann die Beihilfe gewährt werden.[144]

Nimmt die Kommission jedoch eine Prüfung des angemeldeten Beihilfevorhabens vor, so stehen ihr folgende Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung: Die Kommission kann das Beihilfevorhaben genehmigen, oder entscheiden, dass das Vorhaben keine Beihilfe darstellt bzw. dass die Voraussetzung einer Ausnahme gemäß Art 107 Abs 2 und 3 AEUV erfüllt sind.[145]

Die Kommission leitet das Hauptprüfungsverfahren ein, wenn diese ernste Schwierigkeiten[146] bei der Analyse des Vorliegens einer Beihilfe oder der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt hat.[147] Die Einleitung des förmlichen Hauptprüfungsverfahrens durch die Kommission muss dabei keineswegs darauf deuten, dass die Kommission gegen das angemeldete

---

[141] Der Begriff "vorläufig" ist nach der zutreffenden Auffassung mancher Autoren irreführend, weil die positive Kommissionsentscheidung im vorläufigen Prüfungsverfahren denselben rechtlichen Stellenwert hat, wie die positive Entscheidung im förmlichen Hauptprüfungsverfahren; so *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 88, Rz. 4.

[142] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 845.

[143] Vgl. EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 31: "Lorenz-Frist" aus EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 4; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 862 ff.

[144] Art 4 Abs 5 und 6 VO 659/1999; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 88, Rz. 41; *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1073.

[145] Art 4 Abs 2 und Abs 3 VO 659/1999.

[146] Zum Begriff der ernsten Schwierigkeiten siehe zuletzt EuG 10.02.2009, T-388/03, *Deutsche Post und DHL/Kommission*, Slg. 2009, II-199, Rz. 87 ff.

[147] Vgl. EuG 15.03.2001, T-73/98, *Prayon-Rupel*, Slg. 2001, II-867, Rz. 42; dies gilt auch für den Fall, dass der anmeldende Staat unzureichende Informationen über die geplante Maßnahme zur Verfügung stellt.

Beihilfevorhaben Bedenken hegt. Wegen der Komplexität der einzelnen Beihilfevorhaben ist es in vielen Fällen für die Kommission unausweichlich, sich für die Prüfung des Beihilfevorhabens mehr Zeit zu nehmen. Das förmliche Hauptprüfungsverfahren ist auch dann einzuleiten, wenn die Kommission der Auffassung ist, dass das Beihilfevorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen genehmigt werden kann bzw. wenn nur hinsichtlich einzelner Aspekte des Vorhabens Bedenken bestehen.[148]

b. Hauptprüfungsverfahren

Das förmliche Hauptprüfungsverfahren wird von der Kommission mit einem Schreiben an den Mitgliedstaat eingeleitet, in dem die Einwände gegen die Maßnahme im Einzelnen dargelegt werden. Der Mitgliedstaat wird zugleich aufgefordert, sich zu den Bedenken der Kommission binnen einer Frist von (in der Regel) einem Monat zu äußern. Die Kommission veröffentlicht den Inhalt dieses Schreibens im Amtsblatt, damit auch andere Mitgliedstaaten sowie Beteiligte des Verfahrens die Gelegenheit bekommen, diesbezüglich ihre Stellungnahmen abzugeben.[149]

Die Kommission ist verpflichtet, eine Entscheidung möglichst innerhalb von 18 Monaten nach Eröffnung des Verfahrens zu treffen. Wie im formlosen Vorprüfungsverfahren besteht auch hier die Möglichkeit, eine Verlängerung dieser Frist in Einvernehmen mit dem Mitgliedstaat zu vereinbaren.[150]

Äußert sich der Mitgliedstaat binnen der vorgeschriebenen Frist von einem Monat nicht, so ist die Kommission befugt, auf Basis der ihr vorliegenden Informationen zu entscheiden. Reichen die der Kommission vorliegenden Informationen nicht für eine abschließende Entscheidung aus, so ordnet die Kommission den betroffenen

---

[148] *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 36; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 88, Rz. 42; *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 108 AEUV, Rz. 10.

[149] EuGH 02.04.1998, C-367/95, *Kommission/Sytraval*, Slg. 1998, I-1719, Rz. 41 ff; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht^2, Rz. 379 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht^{10}, Rz. 846; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht^2, Rz. 876 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 6 VO 659/1999, Rz. 1 ff; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 38 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 42 f; *Werner in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 108, Rz. 74 ff.

[150] Art 7 Abs 6 VO 659/1999.

Mitgliedstaat an, die erforderlichen Angaben sowie Unterlagen zur Verfügung zu stellen.[151]

Die Kommission kann im Hauptprüfungsverfahren einen positiven, negativen oder einen teils positiven und teils negativen Beschluss fassen. Positive Beschlüsse können auch unter Auflagen oder allgemeinen Einschränkungen erlassen werden. Der Beschluss muss generell ordnungsgemäß begründet werden, um eine Rechtskontrolle zu ermöglichen.[152] Der Beschluss wird dem betreffenden Mitgliedstaat zugestellt und anschließend im Amtsblatt veröffentlicht.

Noch während des Hauptprüfungsverfahrens hat die Kommission gemäß Art 11 Abs 1 VO 659/1999 die Möglichkeit eine ohne Anmeldung gewährte Beihilfe solange auszusetzen, bis diese eine abschließende Entscheidung in der Sache getroffen hat. Bei einer Negativentscheidung kann die Kommission gemäß Art 7 Abs 4 VO 659/1999 aussprechen, dass das geplante Beihilfevorhaben nicht durchgeführt werden darf und bereits gewährte Beihilfen zuzüglich Zinsen zurückzufordern sind.[153]

[151] Vgl. EuGH 13.04.1994, C-324/90 u. C-342/90, *Deutschland u. Pleugher Worthington*, Slg. 1994, I-1173, Rz. 24 ff.
[152] EuG 25.06.1998, T-371/94 u. T-394/94, *British Airways*, Slg. 1998, II-2405, Rz. 64.
[153] Art 14 Abs 1 VO 659/1999.

2. Rechte Beteiligter und Drittparteienrechte

Gemäß Art 1 lit h VO 659/1999 können Beteiligte des Beihilfeverfahrens nicht nur der Beihilfeempfänger und seine Mitbewerber, sondern auch Berufsverbände, Interessenvereine, Nachbarregionen und Arbeitnehmervereinigungen[154] sein, falls ihre Interessen aufgrund der Gewährung der Beihilfe beeinträchtigt sind. Die Beteiligten haben dabei nur eingeschränkte Verfahrensrechte.[155] Sie sind weder unmittelbare Parteien des Verfahrens vor der Kommission noch haben sie im Rahmen des Verfahrens direkte Beteiligtenrechte.[156]

Die Beteiligten haben gemäß Art 20 Abs 1 VO 659/1999 das Recht, nach der Eröffnung des förmlichen Hauptprüfungsverfahrens eine Stellungnahme abzugeben. Die Kommission ist grundsätzlich verpflichtet, diesen Stellungnahmen nachzugehen. Obwohl die Kommission über die Befugnis verfügt, einzelnen Beteiligten Gehör zu verschaffen bzw. um weitere Stellungnahmen oder Informationen zu ersuchen, haben die Beteiligten kein Recht auf rechtliches Gehör[157] oder Akteneinsicht.[158] Der EuGH bestätigte in seinem jüngst ergangenen Urteil in der Rechtssache *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*,[159] dass Beihilfeempfänger und Wettbewerber nicht nur kein Recht auf Akteneinsicht haben, sondern in der Regel auch keinen Anspruch auf Dokumentenzugang auf Basis der allgemeinen Transparenzverordnung[160] geltend machen können.

Gemäß Art 20 Abs 2 VO 659/1999 sind die Beteiligten berechtigt, der Kommission formlose Mitteilungen[161] über mutmaßlich rechtswidrige Beihilfen bzw. über mutmaßlich missbräuchliche Anwendung von Beihilfen zu übermitteln. Trotz dieser

---

[154] Siehe auch EuG 18.12.1998, T-189/97, *Comité d´enterprise de la SFP/Kommission*, Slg. 1998, II-335, Rz. 67.
[155] *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 37, Rz. 1 mwN.
[156] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 913 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 6 VO 659/1999, Rz. 4 ff; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 40 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 43 f; *Köster in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, VerfVO Art. 20, Rz. 1 ff; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 88, Rz. 23.
[157] EuGH 02.04.1998, C-367/95, *Kommission/Sytraval*, Slg. 1998, I-1719, Rz. 58 f.
[158] EuG 07.06.2006, T-613/97, *UFEX/Kommission*, Slg. 2000, II-4055, Rz. 86 ff; EuG 08.07.2004, T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau/Kommission*, Slg. 2004, II-2717 ff.
[159] EuGH, 29.06.2010, C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, Slg. 2010, I-5885, Rz. 69.
[160] Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission ABl L 145/43.
[161] Manchmal nicht ganz zutreffend auch als "*Beschwerden*" bezeichnet.

Berechtigung sieht die VO 659/1999 kein förmliches "*Beschwerdeverfahren*" vor. Sogar in der Rechtsprechung des EuGH werden diese Mitteilungen der Beteiligten lediglich als Informationsquelle des Beihilfeverfahrens betrachtet.[162] Die Prüfung einer solchen Mitteilung durch die Kommission kann zu zwei Ergebnissen führen:

- Ist die Kommission aufgrund von Informationen aus anderen Quellen der Auffassung, dass gegen die betreffende Maßnahme keine Bedenken bestehen, so unterrichtet sie die Beteiligten darüber, dass keine ausreichenden Gründe bestehen, zu dem Fall Stellung zu nehmen. Diesbezüglich hat nach der älteren Entscheidungspraxis ausgereicht, wenn der Beschwerdeführer mittels eines einfachen Schreibens über die Entscheidung der Kommission unterrichtet wurde.[163] In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der EuGH klargestellt, dass eine formlose Unterrichtung des Beschwerdeführers nicht ausreicht, sondern dass stets eine förmliche Entscheidung nach Art 4 VO 659/1999 dahin gehend ergehen muss, dass keine Beihilfe vorliegt bzw. dass kein Beihilfeverfahren einzuleiten ist. Gegen diese Entscheidung können die Beteiligten beim Vorliegen der Voraussetzungen eine Nichtigkeitsklage erheben.[164]

- Hält die Kommission den Verdacht für begründet, so ist sie gemäß Art 10 iVm Art 13 VO 659/1999 verpflichtet, den Fall weiter zu prüfen und sich insbesondere eine Stellungnahme vom betreffenden Mitgliedstaat einzuholen. Infolgedessen muss eine Entscheidung getroffen werden, die dem Anlass gebenden Beteiligten gemäß Art 20 Abs 2 letzter Satz VO 659/1999 zuzustellen ist.

Schließlich erhält jeder Beteiligte gemäß Art 20 Abs 3 VO 659/1999 auf Antrag eine Kopie der im Verfahren erlassenen Entscheidungen. Da die meisten Entscheidungen veröffentlicht werden, spielt dieses "*Informationsrecht*" lediglich bei der Anordnung zur Auskunftserteilung, Aussetzung oder einstweiligen

[162] EuGH 02.04.1998, C-367/95, *Kommission/Sytraval*, Slg. 1998, I-1719, Rz. 45.
[163] Damalige Auslegung des Art 20 Abs 2 Satz 2 VO 659/1999 vgl. insb. EuG 15.09.1998, T-95/96, *Gestevisíon Telecinco/Kommission*, Slg. 1998, II-3407, Rz. 53; mit der Begründung, dass die Beschwerde das vorläufige Vorprüfungsverfahren nicht einleiten kann.
[164] EuGH 17.07.2008, C-521/06, *Athinaiki Techniki*, Slg. 2008, I-5829, Rz. 38-46.

Rückforderung der Beihilfen eine Rolle, weil diese Entscheidungen nicht veröffentlicht werden.[165]

3. Durchführungsverbot und seine Reichweite

Eine möglichst lückenlose Beihilfeaufsicht bei neuen Beihilfen gewährleistet Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV, indem dieser vorsieht, dass eine Beihilfe erst dann durchgeführt werden kann, wenn das Beihilfevorhaben durch die Kommission abschließend genehmigt wurde oder als genehmigt gilt.

Das Durchführungsverbot soll die Verfälschung des Wettbewerbs durch die Gewährung einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe verhindern.[166] Zugleich sichert das Durchführungsverbot das Entscheidungsmonopol der Kommission hinsichtlich der Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt.

Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot führt allerdings nicht automatisch zur Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt. Eine entgegen dem Durchführungsverbot durchgeführte Beihilfe ist vorerst formell rechtswidrig.[167] Die Kommission muss die Beihilfe ungeachtet des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot in Bezug auf die materielle Rechtmäßigkeit prüfen.[168]

Erfährt die Kommission – etwa durch Mitbewerber des Beihilfeempfängers[169] – von der Durchführung einer mutmaßlich formell rechtswidrigen Beihilfe, so hat diese das Beihilfeverfahren einzuleiten.[170] Die Verfasser der Mitteilung an die Kommission sind in solchem Verfahren Beteiligte des Verfahrens, sodass sie bei Untätigkeit der Kommission mit einer Untätigkeitsklage vorgehen können.[171]

---

[165] *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 20 VO 659/1999, Rz. 4; *Köster in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, VO 659/1999 Art. 20, Rz. 11.
[166] *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 108 AEUV, Rz. 11.
[167] Formelle Rechtswidrigkeit im Sinne des Art 1 lit f VO 659/1999 im Gegensatz zur materiellen Rechtswidrigkeit iSv Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß § 107 AEUV. Die konkreten Folgen und Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit werden unten IV. und V. eingehend erörtert.
[168] EuGH 14.02.1990, C-301/87, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1990, I-307, Rz. 19.
[169] "*Beschwerde*" gemäß Art 22 Abs 2 VO 659/1999.
[170] Art 11 VO 659/1999.
[171] Art 266 AEUV.

Das Durchführungsverbot gilt nur für tatbestandsmäßige Beihilfen gemäß Art 107 Abs 1 AEUV und erfasst zum einen neue Beihilfen und zum anderen die Änderung bestehender Beihilferegelungen.[172]

Da die Verletzung des Durchführungsverbots unter Umständen mit gravierenden Rechtsfolgen verbunden sein kann, sind nachstehend der Begriff und der Zeitpunkt der Durchführung zu definieren.[173]

Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt die Beihilfe als im Sinne von Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV durchgeführt, sobald eine unbedingte und rechtlich bindende Zusage vorliegt.[174] Eine unbedingte und rechtlich bindende Zusage liegt vor, wenn der Beihilfeempfänger einen Rechtsanspruch auf die Gewährung der Beihilfe erwirbt.[175]

In einigen Fällen ist die Kommission jedoch auch hierüber hinausgegangen und hat eine Durchführung bejaht, obwohl noch kein Rechtsanspruch auf die Beihilfe entstanden war, sondern lediglich ein (rechtlich nicht bindendes) Versprechen des Staates zur Kapitalzuführung vorlag.[176]

Der Zeitpunkt der Durchführung hängt grundsätzlich von zwei wesentlichen Kriterien ab: Einerseits muss das Vorliegen eines Rechtsanspruchs nach nationalem Recht festgestellt werden. Anderseits ist zu prüfen, wann dieser Rechtsanspruch bei der konkreten Form der Beihilfe entsteht.[177]

Im Hinblick auf staatliche Interzessionen, wie etwa Bürgschaften liegt eine unbedingte und rechtliche bindende Zusage bereits mit der Übernahme der Garantie (Haftung) durch den Staat vor und nicht erst dann, wenn die Garantie in

---

[172] EuG 14.01.2004, T-109/01, *Fleuren Compost*, Slg. 2004, II-127, Rz. 69 ff.
[173] *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 88, Rz. 38.
[174] EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 38; ohne jedoch den Begriff der Durchführung näher zu definieren; vgl. auch EuG 06.03.2002, T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Slg. 2002, II-1371, Rz. 181 ff.
[175] Kommission 25.09.2007, *langfristige Strombezugsvereinbarungen,* (2009/287/EG), ABl. 2009 L 83/1, Rz. 342; VO Nr. 800/2008-Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Rz. 36; VO Nr. 1998/2006-De minimis Verordnung, Rz. 10.
[176] Kommission 02.08.2004, *France Télécom*, (2006/621/EG), ABl. 2006 L 257/11; Kommission 21.12.2010, *Second rescue recapitalisation of INBS*, (2011/C 60/02), ABl. 2011 C 60/3, Rz. 43; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 43.
[177] EuG 14.01.2004, T-109/01, *Fleuren Compost*, Slg. 2004, II-127, Rz. 74.

Anspruch genommen wird, oder aufgrund der Garantie Zahlungen geleistet werden.[178]

Wie das nationale Verfahren zur Gewährung einer Beihilfe zu gestalten ist, damit es nicht zum Verstoß gegen das Durchführungsverbot kommt, bleibt den Mitgliedstaaten weitgehend überlassen. Infrage kommen insbesondere aufschiebende Bedingungen oder entsprechende Vorbehalte der Genehmigung durch die Kommission in Betracht. Die Mitgliedstaaten können beispielsweise die Durchführung der Beihilfe von der Genehmigung durch die Kommission abhängig machen (bzw. eine diesbezügliche "*Closing Condition*" vorsehen).[179]

Das Durchführungsverbot reicht zeitlich bis zu einer abschließenden Genehmigungsentscheidung durch die Kommission.[180] Entscheidet die Kommission abschließend, dass die geprüfte Maßnahme keine Beihilfe darstellt, bzw. mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, so fällt das Durchführungsverbot endgültig weg. Wird die abschließende positive Kommissionsentscheidung binnen zwei Monaten angefochten, muss der Mitgliedstaat diese zweimonatige Frist und im Falle der Erhebung einer solchen Anfechtung das Verfahren vor dem EuG abwarten. Die Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung durch das EuG bewirkt nämlich die *ex tunc* Aufhebung der Kommissionsentscheidung.[181] Wird die Beihilfe von der Kommission mittels einer Negativentscheidung für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt, so wird das Durchführungsverbot durch diese Negativentscheidung endgültig ersetzt.[182]

Kommission 20.12.2006, *Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens in Schweden*, (2007/258/EC), ABl 2007/L 112/77, Rz. 107.

[179] EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 39 f; Kommission 15.11.2000, *Solar Tech*, (2001/779/EG), ABl. 2001 L 292/45, Rz. 29.

[180] EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 24.

[181] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 63.

[182] *Werner in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 108, Rz. 131.

Im Hinblick auf die konkreten Stadien des Verfahrens dürfen die Beihilfen somit nicht durchgeführt werden:

- vor Anmeldung der neuen Beihilfe;
- während des formlosen Vorprüfungsverfahrens bis zur Genehmigung oder Fristablauf;[183]
- während des förmlichen Hauptprüfungsverfahrens bis zur abschließenden Genehmigungsentscheidung der Kommission;
- innerhalb der zweimonatigen Frist zur Anfechtung der Kommissionsentscheidung vor dem EuG;
- bis zur Entscheidung des EuG über die Aufhebung der Kommissionsentscheidung, sowie
- unter Abweichung von den Auflagen der positiven Kommissionsentscheidung oder des genehmigten Beihilfevorhabens.

Auch wenn der Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass das Beihilfevorhaben mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, so darf er diese bis zur Genehmigung nicht durchführen.[184]

Da sich das Hauptthema der vorliegenden Arbeit auf die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot fokussiert, wird auf die einzelnen Aspekte des Durchführungsverbots in den folgenden Kapiteln noch einzugehen sein.

[183] Zu beachten ist diesbezüglich, dass gemäß Art 4 Abs 6 VO 659/1999 der Mitgliedstaat verpflichtet ist die Kommission von der Durchführung der Beihilfe in Kenntnis zu setzten, die innerhalb von 15 Tagen entscheiden kann, ob ein förmliches Prüfungsverfahren durchgeführt werden soll. Damit soll die implizite Genehmigung der Beihilfe durch bloßen Fristablauf verhindert werden.

[184] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 375; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 848 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 805 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art 88 EGV, Rz. 6 ff; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 19; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 65 f; *Werner in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 108, Rz. 118 ff.

F. Kompetenzverteilung

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH spielen auch die nationalen Gerichte im beihilferechtlichen Kontext eine wesentliche Rolle, und zwar sowohl bei der behördlichen als auch bei der privaten Durchsetzung des Beihilferechts.[185]

Die Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten richtet sich nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Beihilfevorschriften. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art 107 AEUV nicht unmittelbar anwendbar. Folglich darf nur die Kommission die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt überprüfen.[186]

Art 108 AEUV ist unmittelbar anwendbar und verleiht den Einzelnen Individualrechte, die von den nationalen Gerichten zu schützen sind.[187]

In die funktionelle Zuständigkeit der nationalen Gerichte fällt somit die Anordnung der Rechtsfolgen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot und die Durchsetzung der eigenen oder von der Kommission erlassenen Rückforderungsentscheidungen.[188]

Diese Kompetenzverteilung wurde auch vom OGH in seiner ständigen Rechtsprechung bestätigt. Den österreichischen Gerichten ist es unionsrechtlich verwehrt, sich abgesehen von der Feststellung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe und des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zu den sonstigen Fragen der beihilferechtlichen Zulässigkeit zu äußern.[189]

Die Gewährleistung des ordnungsgemäßen Funktionierens der Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt erfordert, dass die Kommission eng mit den nationalen Gerichten

---

[185] Vgl. EuGH 05.10.2006, C-368/06, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 37; EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 74; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht^2, Rz. 426 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht^{10}, Rz. 848 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht^2, Rz. 1017 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art 88 EGV, Rz. 6 ff; *Schmidt-Kötters in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 56, Rz. 6 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 51 ff; *Schwab in Säcker/Rixecker Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 34 ff.

[186] EuGH 22.03.1977, 78/76 *Steinike und Weinlig*, Slg. 1977, 595, Rz. 9 f.

[187] Ständige Rechtsprechung seit EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1253; EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 8.

[188] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, 2009/C 85/01, Rz. 19 ff; vgl. *Götz/Matrinez Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 47.

[189] OGH, 4 Ob 133/08z; OGH, 4 Ob 154/09i; OGH 4 Ob 40/11b.

zusammenarbeitet. Die nationalen Gerichte sind nämlich in einer besseren Position, Verstöße gegen das Durchführungsverbot zu verhindern bzw. rückgängig zu machen.[190]

Die nationalen Gerichte haben insbesondere folgende Rechtsschutzmöglichkeiten zu gewährleisten:[191]

- Verhinderung der Auszahlung von rechtswidrigen Beihilfen;
- Rückforderung rechtswidriger Beihilfen auf Anordnung der Kommission:
- Zahlung von Rechtswidrigkeitszinsen;
- Schadenersatz für Mitbewerber und sonstige Dritte;
- Einstweilige Maßnahmen gegen rechtswidrige Beihilfen.[192]

Die nationalen Gerichte haben in erster Linie zu prüfen, ob das Beihilfevorhaben überhaupt als Beihilfe qualifiziert werden kann, und wenn ja, ob die Maßnahme eine neue bzw. eine bestehende Beihilfe darstellt. Ferner hat das Gericht zu prüfen, ob eine Einzelbeihilfe vorliegt, oder ob die Beihilfe aufgrund einer Beihilferegelung gewährt wurde. Auf Basis der somit erlangten Ergebnisse ist zu entscheiden, ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegt.[193]

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die nationalen Gerichte verpflichtet, auf Antrag einer betroffenen Partei sämtliche Folgerung, sowohl hinsichtlich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützung oder eventueller vorläufiger Maßnahmen zu ziehen, wenn eine Beihilfe ohne vorherige Genehmigung der Kommission gewährt wurde oder gewährt werden soll.[194]

---

[190] Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, Abl 95/C 312/07, Rz. 3.
[191] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009/C 85/01, Rz. 26.
[192] Das Bestehen und die Reichweite von weiteren Rechtsdurchsetzungsbehelfen soll im Rahmen dieser Arbeit tief gehend untersucht werden.
[193] Bekanntmachung, Abl 95/C 312/07, Rz. 16.
[194] Zuletzt EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 41.

Bei der Auslegung des Begriffes der Beihilfe steht es den nationalen Gerichten frei, auf die Rechtsprechung des EuGH und EuG bzw. auf die Entscheidungspraxis der Kommission zu rekurrieren. Damit sollten die nationalen Gerichte in der Lage sein, ihren Pflichten zur Auslegung und Anwendung des Begriffes der Beihilfe nachzukommen. Sie können zusätzlich die Kommission im Rahmen der Amtshilfe um Rechts- und Wirtschaftsinformationen, insbesondere um Marktstudien, Statistiken oder Wirtschaftsanalysen, sowie um eine unverbindliche Stellungnahme ersuchen.[195] Ungeachtet dessen haben die nationalen Gerichte die Möglichkeit bzw. die Pflicht sich an den EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 267 AEUV zu wenden.[196]

G. Verhältnis von rechtskräftigen Entscheidungen nationaler Gerichte und der Kommission

Aufgrund der parallelen Kompetenzen der Kommission und der nationalen Gerichte im Rahmen der Beihilfeaufsicht stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Entscheidungen dieser Behörden. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die vom nationalen Gericht als formell rechtswidrig eingestufte Beihilfe von der Kommission genehmigt wird. In diesem Zusammenhang hat der EuGH klargestellt, dass die unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährte Beihilfe trotz nachträglicher Genehmigung formell rechtswidrig bleibt. Die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe kann somit nicht geheilt werden. Die positive Entscheidung der Kommission entfaltet Wirkungen erst ab dem Zeitpunkt des Erlasses.[197]

Ist bei einem nationalen Gericht ein Verfahren wegen der Gewährung einer formell rechtswidrigen Beihilfe anhängig und leitet die Kommission gleichzeitig das Beihilfeverfahren ein, so stellt sich aus Sicht der nationalen Gerichte die Frage nach der Unterbrechung des nationalen Verfahrens.

---

[195] Im Zusammenhang mit dem Kartellverfahren, EuGH 28.02.1991, C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935, Rz. 44 f.

[196] Bekanntmachung, Abl 95/C 312/07, Rz. 20; jedoch ausschließlich in Bezug auf die Auslegung des Beihilfetatbestandes.

[197] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 63 ff; wobei der EuGH explizit befand, dass es einem Mitgliedstaat verwehrt sei, eine von der Kommission genehmigte Beihilfe mit Wirkung für die Zeit vor der Genehmigung in Kraft zu setzen; in EuGH 05.10.2006, C-368/06, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 65 hat der Gerichtshof dies auch für die Abgabenbefreiungen klargestellt.

Nach der Rechtsprechung des EuGH darf das nationale Gericht das Verfahren bis zur abschließenden Entscheidung durch die Kommission nicht aussetzten.[198]

Im Rahmen der Kooperation der Kommission mit den nationalen Gerichten stellt sich auch umgekehrt die Frage, inwiefern die nationalen Gerichte an die Entscheidungen der Kommission gebunden sind.

Kommt die Kommission im Laufe des Beihilfeverfahrens zum Schluss, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so fasst sie einen negativen Beschluss. Macht ein Mitbewerber des Empfängers auf der Grundlage dieser Kommissionsentscheidung vor einem nationalen Gericht seine Ansprüche geltend, so stellt sich die Frage, inwieweit das nationale Gericht an diese Entscheidung gebunden ist:

Das nationale Gericht hat in erster Linie aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts nicht die Befugnis über die Gültigkeit von Kommissionsentscheidungen zu befinden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das nationale Gericht die Gültigkeit der Entscheidung im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens infrage stellen darf. Der EuGH hat diese Problematik konkret für Beihilferecht aus Gründen der Rechtssicherheit so gelöst, dass sofern die Kommissionsentscheidung nicht innerhalb der vorgesehenen Frist (von den Aktivlegitimierten) wegen Nichtigkeit bekämpft wird,[199] die nationalen Gerichte an diese Entscheidung gebunden sind und nicht befugt sind, die Gültigkeit der Entscheidung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens "*wieder und wieder*" infrage zu stellen.[200]

Wird die Beihilfe von der Kommission genehmigt und verabsäumen es die Betroffenen eine Nichtigkeitsklage bei den Unionsgerichten einzureichen, so sind die nationalen Gerichte auch an diese Entscheidung vollumfänglich gebunden und es bestehet keine Möglichkeit, die Gültigkeit der Kommissionsentscheidung im

[198] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 40.
[199] Nichtigkeitsklage vor dem EuGH (EuG) gemäß Art 263 ff AEUV.
[200] EuGH 09.03.1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Slg. 1994, I-833, Rz. 13 ff, zuletzt EuGH 17.02.2011, C-494/09, *Bolton Alimentari SpA*, Slg. 2011, Rz. 20.

Wege des Vorabentscheidungsverfahrens infrage zu stellen. Es gelten somit dieselben Grundsätze wie bei den negativen Beschlüssen.[201]

All die bisher erwähnten Grundsätze gelten auch für den Fall, dass die Entscheidung der Kommission aufgrund einer rechtszeitig eingebrachten Nichtigkeitsklage von den Gerichten der Union aufgehoben wird. Denn eine Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung erfolgt mit der Wirkung *ex tunc*, sodass die Beihilfe als weder angemeldet noch genehmigt/untersagt gilt. Somit tritt aus einer prozessualen Sicht lediglich insofern eine Änderung ein, als das Verfahren erneut in das Anfangsstadium rückpositioniert wird.[202]

Ansonsten sollte es soweit ersichtlich zu keinen Kompetenzkonflikten zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten kommen.

[201] EuGH 09.03.1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Slg. 1994, I-833, Rz. 13 ff, zuletzt EuGH 17.02.2011, C-494/09, *Bolton Alimentari SpA*, Slg. 2011, Rz. 20.
[202] EuGH 19.12.2012, C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG/Kommission*, Slg. 2012, Rz. 12 ff.

III. Europäische Vorgaben

A. Grundsätze für die Anwendbarkeit des Europäischen Beihilferechts

Im Rahmen dieses Kapitels soll die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Auswirkungen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot detailliert analysiert und die Ergebnisse dieser Analyse im Weiteren als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.

Wie bereits ausgeführt,[203] sind die nationalen Gerichte aufgrund der Kompetenzverteilung verpflichtet – unter Anwendung des Unionsrechts – den Verstoß gegen das Durchführungsverbot festzustellen und die Rechtsfolgen aus der Nichtbeachtung des Durchführungsverbots anzuordnen und somit die Rechte der Einzelnen zu schützen.[204]

Aus dem Umstand, dass es sich beim Europäischen Beihilferecht um einen Teil der Rechtsordnung der Europäischen Union handelt, sind im Zusammenhang mit der Anwendung und Auslegung des Europäischen Beihilferechts durch die nationalen Gerichte mehrere Aspekte zwingend zu beachten:

- Es handelt sich in erster Linie um die Grundsätze bei der Auslegung und Anwendung des primären (Art 107 ff AEUV) und sekundären (Gruppenfreistellungsverordnung, VO 659/1999 usw.) Unionsrechts, wie insbesondere das "effet utile" Prinzip;

- zudem um die Berücksichtigung des Unionsrechts bei der Auslegung und Anwendung des nationalen (Vollzugs-)Rechts in Anbetracht des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes sowie der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts; und

- schließlich um die Möglichkeit der nationalen Gerichte, bei Auslegungsschwierigkeiten das nationale Verfahren auszusetzen und ein Vorabentscheidungsverfahren in die Wege zu leiten.

---

[203] Siehe dazu oben II F.

[204] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, 2009/C 85/01, Rz. 19 ff.

Bei der nachfolgenden Darstellung handelt es sich lediglich um eine kurze Zusammenfassung. Zur Vertiefung wird auf die gängige Kommentarliteratur zum Europarecht verwiesen.[205]

1. Grundsatz der praktischen Wirksamkeit ("effet utile" Prinzip)

Die Kompetenzen der nationalen Gerichte im beihilferechtlichen Zusammenhang leiten sich unmittelbar aus dem Unionsrecht ab. Die Kompetenzen der nationalen Gerichte sowie die Ansprüche von Betroffenen, beruhen auf den Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts und wurden durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert.[206]

Nach dem "effet utile" Prinzip ist bei der Auslegung des Unionsrechts, dessen "*praktische Wirksamkeit*" bzw. "*nützliche Wirkung*" sicherzustellen.[207] Es darf somit der Zweck der einzelnen Bestimmungen des Unionsrechts durch die Auslegung nicht vereitelt werden. Es ist vielmehr unter Berücksichtigung der Zwecke der Unionsverträge die praktische Wirksamkeit der betreffenden Vorschrift zu wahren.[208] Erfordert es die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, so kann die Anwendung des "effet utile" Prinzips auch zur Rechtsfortbildung führen.[209]

Die Rechtsnatur und die dogmatische Einordnung des "effet utile" Prinzips sind äußerst umstritten. Da der EuGH zu diesen Fragen bislang keine eindeutige Position eingenommen hat, haben sich in der Lehre mehrere Auffassungen etabliert.[210] So vertreten manche Autoren die Auffassung, dass das "effet utile" Prinzip eine eigenständige Auslegungsmethode darstellt.[211] Andere hingegen, dass es sich hierbei um ein Leitprinzip (Maxime) bei der Auslegung bzw. eine

---

[205] *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Auflage (2012); *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 5. Auflage (2010); *Streinz*, EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage (2011); Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4.Auflage (2011).
[206] *Borchardt,* Europarecht[4], Rz. 407 mwN.
[207] EuGH 08.04.1976, Rs. 48/75, *Royer*, Slg. 1976, 4977; EuGH 17.01.1980, Rs. 792/79, *Camera Care/Kommission*, Slg. 1980, 119; EuGH 06.10.1981, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311; EuGH 06.10.1970, Rs 9/70, *Grad*, Slg. 1970, 825.
[208] So ausdrücklich EuGH 22.09.1988, 187/87, *Saarland*, Slg. 1988 05013 – S. 5013 ff; *Anweiler,* Auslegungsmethoden, 219 f; *Buck,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs, 208; *Moisek*, Effet Utile und Rechtsgemeinschaft, 6.
[209] *Karpenstein,* Rechtsanwalts-Handbuch, § 14, Rz. 33.
[210] Vgl. dazu *Potacs*, EuR 2009, 479 ff mwN.
[211] *Pechstein,* Entscheidungen, 217; *Pechstein/Drechsler in Riesenhuber,* EU Methodenlehre[2], 174.

besondere Variante der teleologischen Auslegung handelt, die eine zentrale Rolle bei der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH einnimmt.[212] Nach einer weiteren Lehrmeinung ist das "effet utile" Prinzip der Rechtsfortbildung zuzuordnen.[213]

Das "effet utile" Prinzip erfüllt zwei Funktionen:

- Zum einen verhindert das "effet utile" Prinzip, dass die betreffende Bestimmung des Unionsrechts durch restriktive Auslegung jegliche Bedeutung verliert. Die betreffende Vorschrift soll durch die Auslegung nicht praktisch "*nutzlos*" werden.[214] Mit anderen Worten: Das Unionsrecht ist so auszulegen, dass die Vorschriften nicht jeglicher Wirksamkeit beraubt werden, und somit zum obsoleten sowie toten Recht werden.

- Zum anderen soll durch die Auslegung die maximale Wirkung des Unionsrechts nicht geschmälert werden.[215] Die Wirksamkeit des Unionsrechts darf nicht durch eingeschränkte Anwendung oder restriktive Auslegung reduziert werden.

Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich somit eine typologische Unterscheidung zwischen einem "effet utile" Prinzip im engeren und weiteren Sinne entnehmen.[216] Auch im Bereich des Beihilferechts müssen durch die Auslegung des Unionsrechts gewisse Mindeststandards und zugleich die volle Wirksamkeit der Beihilfeaufsicht garantiert werden.[217]

Auch die Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz finden ihre Grundlage in dem "effet utile" Prinzip. Diese Grundsätze[218] wurden vom EuGH[219] mithilfe des "effet utile" Prinzips dogmatisch aus den Unionsverträgen abgeleitet. Darüber hinaus

---

[212] *Mosiek,* Effet Utile und Rechtsgemeinschaft, 7 mwN.
[213] *Seyr*, Effet Utile, 272 ff; implizit auch *Potacs,* JRP 2012, 24 f.
[214] Vgl. insbesondere EuGH 09.09.1999, C-102/97, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1999, I-5051, Rz. 43; EuGH 27.01.2005, C-15/03, *Republik Österreich/Kommission*, Slg. 2005, I-837, Rz. 38; zum Begriff "sinnentleert" bzw. "inhaltsleer" vgl. EuGH 11.12.2007, C-438/05, *Viking*, Slg. 2007, I-10779, Rz. 69.
[215] EuGH 09.03.1978, Rs. 106/77, *Simmenthal*, Slg. 1978, I-629, Rz. 19,20.
[216] *Potacs*, EuR 2009, 468.
[217] *Koenig/Hellstern*, EuZW 2011, 704.
[218] Vgl. etwa EuGH 15.04.2008, C-268/06, *Impact*, Slg. 2008, I-2483, Rz. 45.
[219] Vgl. etwa EuGH 19.06.2003, C-34/02, *Pasquini*, Slg. 2003, I-6515, Rz. 59.

sind bei der Anwendung des "effet utile" Prinzips die Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu beachten.[220]

Demzufolge soll auch im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden, welche Folgen für die beihilfegewährenden Rechtsakte zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Beihilfeaufsicht und des Durchführungsverbots auf der nationalen Ebene unionsrechtlich geboten sind.

2. Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz

Im Lichte des "effet utile" Prinzips verpflichtet das Unionsrecht die nationalen Gerichte, bei der Anwendung des Beihilferechts[221] zwei Grundsätze des Vollzugs von Unionsrecht zu beachten:

- zum einen dürfen die nationalen Verfahrensvorschriften die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Effektivitätsgrundsatz*);

- zum anderen dürfen die nationalen Verfahrensvorschriften für Klagen nach dem Unionsrecht (sohin auch Art 108 Abs 3 AEUV) nicht weniger günstig sein als diejenigen für Klagen nach nationalem Recht (*Äquivalenzgrundsatz*).

a. Effektivitätsgrundsatz

Mangels Existenz von allgemein anwendbaren unionsrechtlichen Vollzugsnormen[222] werden die Normen des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts nach Maßgabe des nationalen Verfahrensrechts vollzogen. Die nationalen Vollzugsnormen fallen in den Anwendungsbereich des Effektivitätsgrundsatzes. Da nämlich das Funktionieren und die Wirksamkeit einer Rechtsordnung vor allem von der korrekten Vollziehung abhängig sind, sind die

[220] Dazu beispielsweise EuGH 13.03.2007, C-432/05, *Unibet*, Slg. 2007, I-2271, Rz. 78 ff; EuGH 13.01.2004, C-453/00, *Kühne&Heinz*, Slg. 2004, I-837, Rz. 28; EuGH 16.03.2006, C-234/04, *Kapferer*, Slg. 2006, I-2582, Rz. 20 ff; EuGH 18.07.2007, C-119/05, *Lucchini SpA*, Slg. 2007, I-6199, Rz. 46 ff.

[221] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009/C 85/01, Rz. 70.

[222] Das Unionsrecht sieht nur ausnahmsweise verfahrensrechtliche Vorschriften betreffend den Vollzug des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts vor; wie etwa im Bereich der Landwirtschaft VO (EWG) Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex, Abl. 1992 Nr. L 302, 1.

nationalen Gerichte auch im beihilferechtlichen Kontext zur Beachtung des Effektivitätsgrundsatzes verpflichtet.[223]

Die Grundlagen des Effektivitätsgrundsatzes (und zugleich des Äquivalenzgrundsatzes) hat der EuGH in den Rechtssachen *Rewe*[224] und *Comet*[225] aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art 4 Abs 3 EUV mithilfe des "effet utile" Prinzips abgeleitet. In diesen beiden Fällen ging es um nationale Verjährungsvorschriften, die den Einzelnen die Rückforderung von EU-rechtswidrig erhobenen Abgaben verunmöglicht haben.[226]

Die Formel des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes wurde in der Rechtsprechung des EuGH weiterentwickelt und fand seinen letzten Höhepunkt in den Rechtssachen *Peterbroeck*[227] und *van Schijndel*[228]. So formuliert der EuGH seitdem diese Grundsätze in seiner ständigen Rechtsprechung wie folgt:

"*Jedoch dürfen diese Verfahren nicht ungünstiger gestaltet werden als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.*"

Sukzessive wurde in der Rechtsprechung der sachliche Anwendungsbereich des Effektivitätsgrundsatzes erweitert. Die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz ist nicht nur auf Verfahrensvorschriften (formelles Recht), sondern auch auf das materielle Recht anwendbar. So findet der Effektivitätsgrundsatz überall dort Anwendung, wo ein Sachverhalt einen Bezug zum Unionsrecht aufweist, aber keine unionsrechtliche (Vollzugs-)Regelung existiert.[229]

Der Effektivitätsgrundsatz kann im Einzelfall die Erlassung von neuen Regelungen erfordern. Die Ausgestaltung dieser neuen Regelungen fällt in die Zuständigkeit

[223] *Karpenstein,* Rechtsanwalts-Handbuch, § 14, Rz. 30.
[224] EuGH 16.12.1976, 33/76 *Rewe Zentralfinanz*, Slg. 1976, I-1989.
[225] EuGH 16.12.1976, 45/76, *Comet*, Slg. 1976, I-2043.
[226] EuGH 16.12.1976, 33/76, *Rewe Zentralfinanz*, Slg. 1976, I-1989, Rz. 5; EuGH 16.12.1976, Rs. 45/76, *Comet*, Slg. 1976, I-2043, Rz. 11/18.
[227] EuGH 14.12.1995, C-312/93, *Peterbroeck*, Slg. 1995, I-4599, Rz. 12.
[228] EuGH 14.12.1995, C-430/93 und 431/93, *van Schijndel*, Slg. 1995, I-4705, Rz. 17.
[229] Vgl. dazu ausführlich: Schlussanträge GA Kokott, 14.10.2004, Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Silvio Berlusconi*, Slg. 2005, I-3565, Rz. 88.

der Mitgliedstaaten. Somit sollen die Mitgliedstaaten den effektiven Rechtsschutz sicherstellen.[230]

So sind etwa die nationalen Gerichte verpflichtet, die effektive Rückforderung von formell rechtswidrigen Beihilfen durch entsprechende Auslegung von Verfahrensvorschriften zu sicherstellen.[231]

Maßgebliches Entscheidungskriterium dafür, ob eine nationale Vorschrift gegen den Effektivitätsgrundsatz verstößt oder die Erlassung einer nationalen Vorschrift in Anbetracht des Effektivitätsgrundsatzes erforderlich ist, ist der Zweck der betreffenden Bestimmung.[232]

[230] Vgl. grundlegend EuGH 27.03.1980, 61/79, *Denkavit*, Slg. 1980, I-1205, Rz. 22.
[231] Vgl. EuGH 05.03.1980, Rs. 265/78, *Ferwerda*, Slg. 1980, 617; EuGH 02.02.1989, Rs. 94/87, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1989 175.
[232] Vgl. implizit aus EuGH 10.04.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, I-1891, Rz. 17.

Die primäre Funktion des Effektivitätsgrundsatzes ist die Schaffung von Mindeststandards. Im Rahmen dieser Arbeit soll der Versuch unternommen werden, einen derartigen Mindeststandard beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot herauszuarbeiten:

- In erster Linie gilt es, sich an sekundärrechtliche Rechtsakte des Unionsrechts mit vergleichbaren Zielen zu orientieren. So etwa an die sekundärrechtlichen Normen des europäischen Kartellrechts.[233]

- Als eine weitere Möglichkeit zur Ermittlung der Mindeststandards bietet sich die Berücksichtigung der gemeinsamen Standards der Mitgliedstaaten an.[234] Für die Zwecke dieser Arbeit soll allerdings lediglich ein Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland vorgenommen werden. Ein umfassender Vergleich der Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten würde den Umfang dieser Arbeit sprengen.

- Auch das Zurückgreifen auf vergleichbare Regelungen des primären Unionsrechts hat der EuGH in manchen Fällen für geboten und zulässig erachtet.[235] Im Falle des Durchführungsverbots sind insbesondere die Vertragsbestimmungen des europäischen Kartellrechts (Art 101 ff AEUV) heranzuziehen.

- Ferner soll beachtet werden, dass der Rechtsverletzer nicht zusätzlich durch eine günstige Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften privilegiert werden darf.[236]

[233] So etwa die VO (EG) Nr. 139/2004, Abl. 2004 Nr. L 24/1.
[234] Rechtsvergleichende Erwägungen finden sich in den Urteilen: EuGH 21.09.1983, 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, Slg. 1983, 2633, Rz. 30; EuGH 05.10.1988, 210/87, *Padovani Remo*, Slg. 1988, 6177, Rz. 19; EuGH 17.06.2004, C-30/02, *Recheio Cash & Carry SA*, Slg. 2004, I-6051, Rz. 22.
[235] Vgl. etwa Schlussanträge GA van Gerven 27.10.1993, C-128/92 *H.J. Banks*, Slg. 1994, I-1209, Rz. 49 ff.
[236] Vgl. EuGH 25.07.1991, C-208/90, *Emmott*, Slg. 1991, I-4269, Rz. 23; EuGH 20.09.2001, C-453/99, *Courage Ltd*, Slg. 2001, I-6297, Rz. 31.

b. Äquivalenzgrundsatz

Der in der Rechtsprechung des EuGH[237] erst später etablierte Äquivalenzgrundsatz besagt,[238] dass Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung des Unionsrechts ebenso wirksam sein müssen, wie Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung von entsprechenden nationalen Ansprüchen.[239] So wie der Effektivitätsgrundsatz, gilt auch der Äquivalenzgrundsatz nicht nur für verfahrensrechtliche, sondern such für materiell-rechtliche Vorschriften.[240]

Der Äquivalenzgrundsatz schreibt keine bestimmte Rechtsfolge vor, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine nach den Maßstäben des nationalen Rechts effektive Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen. Aus dem Äquivalenzgrundsatz können sich sehr weitreichende Folgen ergeben. Diese lassen sich nur einzelfallspezifisch bestimmen. Der Äquivalenzgrundsatz begründet keine originäre Anspruchsgrundlage des Unionsrechts. Es muss stets im Auge behalten werden, dass der Äquivalenzgrundsatz "lediglich" die Gleichstellung der Durchsetzung von unionsspezifischen und nationalen Ansprüchen anordnet.[241]

Im beihilferechtlichen Kontext stellt sich die Frage, welche nationalen Ansprüche mit den Ansprüchen auf Basis des Durchführungsverbots vergleichbar sind.

3. Unionsrechtskonforme Auslegung

Zwecks Vermeidung eines Normenkonflikts zwischen Bestimmungen des Unionsrechts und des nationalen Rechts kann auf die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts zurückgegriffen werden.[242]

Die rechtliche Grundlage der unionsrechtskonformen Auslegung sieht der EuGH in dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art 4 Abs 3 EUV.

---

[237] Als eine besondere Form des Gleichbehandlungsgrundsatzes.
[238] EuGH 14.12.1995, C-312/93, *Peterbroeck*, Slg. 1995, I-4599, Rz. 12-14.
[239] Vgl. EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg. 1997, I-2195, Rz. 29-42; EuGH 04.12.1997, C-253/96 bis 258/96, *Kampelmann*, Slg. 1997, I-6907, Rz. 33.
[240] Vgl. EuGH 10.07.1997, C-261/96, *Palmisani*, Slg. 1997, I-4025, Rz. 32 f; EuGH 01.12.1998, C-326/96, *Levez/Jennings*, Slg. 1998, I-7835, Rz. 41; EuGH 16.05.2000, C-78/98, *Preston*, Slg. 2000, I-3201, Rz. 46-63.
[241] *Riesenhuber,* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 31 f mwN.
[242] *Ruffert in Calliess/Ruffert,* EUV/AEUV, Art.1, Rz. 24; *Wißmann in Müller-Glöge/Preis/Schmidt,* Erfurter Kommentar, Vorbemerkungen zum AEUV, Rz. 35.

Demzufolge sind die Mitgliedstaaten gehalten, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den Verträgen oder aus Rechtshandlungen der Unionsorgane zu treffen. Hierzu gehört auch, dass die nationalen Stellen die Anwendung und Auslegung von innerstaatlichem Recht am Wortlaut und Zweck des Unionsrechts auszurichten haben. Die nationalen Gerichte fungieren als Sachwalter für die korrekte Anwendung und Beachtung des Gemeinschaftsrechts.[243]

Die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts ist den Verträgen immanent und ermöglicht den nationalen Gerichten, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten. Die unionsrechtskonforme Auslegung hat die abstrakt generelle Prüfung zum Gegenstand, ob die nationale Norm mit dem Sinn und Zweck des Unionsrechts vereinbar ist. Der unionsrechtskonformen Auslegung ist das gesamte nationale Recht zugänglich.[244] Das nationale Recht ist somit in den vom Unionsrecht festgelegten Grenzen auszulegen.[245]

Die richtlinienkonforme Auslegung als eine Unterkategorie der unionsrechtskonformen Auslegung wurde vom EuGH bereits in seiner frühen Rechtsprechung anerkannt[246] und zum Grundsatz der unionsrechtskonformen Interpretation des nationalen Rechts weiterentwickelt.[247]

---

[243] EuGH 04.07.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg. 2006, I-6057, Rz. 108-111; EuGH 05.10.2004, C-397/01 – C-103/01, *Pfeiffer und andere*, Slg. 2004, I-8855, Rz. 114.

[244] *Frenz,* Handbuch Europarecht, Band 5, Rz. 443 f mwN; grundlegend dazu EuGH, 15.05.1986, 222/84, *Johnson*, Slg. 1986, I-1651, Rz. 53; EuGH 10.11.1987, 157/86, *Murphy*, Slg. 1988, I-673, Rz. 11.

[245] Vgl. dazu EuGH 05.10.1994, C-165/91, *van Munster*, Slg. 1994, I-4661; EuGH 26.09.2000, C-262/97, *Engelbrecht*, Slg. 2000, I-7321; ohne direkten Hinweis auf das Loyalitätsgebot des Art 4 Abs 3 EUV: EuGH 10.11.1987, 157/86, *Murphy*, Slg. 1988, I-673, Rz. 11; EuGH, 13.12.1989, C-322/88, *Salvatore Grimaldi*, Slg. 1989, I-4407; EuGH 28.09.1994, C-200/91, *Coloroll Pension/James Richard und andere*, Slg. 1994, I-4389; EuGH 10.02.2000, C-270/97, *Deutsche Post AG*, Slg. 2000, I-929; EuGH 18.03.2004, C-8/02, *Leichtle*, Slg. 2004, I-2641; aus dem Schrifttum vgl. insbesondere *Krieger,* Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts, (2005); *Gänswein,* Der Grundsatz der unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts; *Posch,* AnwBl 1995,703 ff; *Rüffler,* ÖJZ 1997, 121; *Jud,* ÖJZ 2003, 29; *Reinisch,* ZfRV 1993, 11.

[246] EuGH 10.04.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, I-1891, Rz. 28; EuGH 10.04.1984, 79/83, *Harz/Deutsche Tradax*, Slg. 1984, I-1921, Rz. 28.

[247] *Wißmann in Müller-Glöge/Preis/Schmidt,* Erfurter Kommentar, Vorbemerkungen zum AEUV, Rz. 36.

Der unionsrechtskonformen Auslegung zugänglich sind alle nationalen generellen Rechtsnormen einschließlich der Verfassung.[248]

Die in Art 108 Abs 3 Satz 1 und 3 AEUV normierte Anmeldepflicht und Durchführungsverbot entfalten unmittelbare Wirkung und verleihen den Einzelnen Individualrechte, die von den nationalen Gerichten zu schützen sind.[249] Bei der Anwendung dieser Norm haben die nationalen Gerichte demzufolge das nationale Recht im Lichte der Ziele des Durchführungsverbots auszulegen, sich also für jene Interpretationsvariante zu entscheiden, die die volle Wirksamkeit des Durchführungsverbots sicherstellt.

Die unionsrechtskonforme Auslegung findet ihre Grenzen im eindeutigen Wortlaut der nationalen Vorschrift, der eine Auslegung nicht zulässt. Auch unter der Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung darf das nationale Recht nicht "*contra legem*" ausgelegt werden. Dies gilt auch im Falle einer ausdrücklichen Weigerung des nationalen Gesetzgebers, eine Richtlinie ins nationale Recht umzusetzen. Ein dadurch hervorgerufener Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht kann nur über die Vorrangwirkung mit dem nationalen Recht kollidierender Unionsrechtsvorschriften und über das Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art 258 und 259 AEUV gelöst werden.[250]

[248] *Wißmann in Müller-Glöge/Preis/Schmidt,* Erfurter Kommentar, Vorbemerkungen zum AEUV, Rz. 37.
[249] Ständige Rechtsprechung seit EuGH 15.07.1964, 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1253; EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 8.
[250] *Karpenstein,* Rechtsanwalts-Handbuch, § 14, Rz. 31.

4. Vorabentscheidungsverfahren

Abgesehen von der Möglichkeit der nationalen Gerichte, sich bei der Kommission eine Stellungnahme zu den Fragen über die Anwendung der Beihilfevorschriften einzuholen, können die komplexen wirtschaftlichen, rechtlichen und sachlichen Fragen, die sich in Bezug auf die Wahrnehmung des Durchführungsverbots stellen, das nationale Gericht dazu veranlassen ein Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art 267 AEUV an den EuGH zu richten.[251]

Das Ziel des Vorabentscheidungsverfahrens ist die Sicherstellung der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts. Zugleich ermöglicht das Urteil des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren den nationalen Gerichten, die Vereinbarkeit der nationalen Vorschriften mit dem Unionsrecht zu prüfen und im Falle der Unvereinbarkeit das unmittelbar anwendbare Unionsrecht vorrangig anzuwenden. Dieses Rechtskonstrukt schließt sohin die nicht zuletzt im Beihilferecht stark zu verspürende Rechtschutzlücke, weil es im Unionsrecht keine Rechtsdurchsetzungsbehelfe für natürliche und juristische Personen gibt, einen Mitgliedstaat unmittelbar vor dem EuGH zur Einhaltung des Unionsrechts zu zwingen.[252]

Im Vorabentscheidungsverfahren legt der EuGH demzufolge primäres und sekundäres Unionsrecht aus und entscheidet über die Gültigkeit von sekundärrechtlichen Rechtsakten. Der EuGH ist hingegen nicht befugt, das nationale Recht auszulegen oder seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu beurteilen bzw. das kollidierende nationale Recht infolgedessen aufzuheben.[253]

Gegenstand einer Vorlage können Fragen zur Auslegung des gesamten Primär- oder Sekundärrechts sein, und zwar auch hinsichtlich nicht-bindender Empfehlungen oder Stellungnahmen sowie bezüglich völkerrechtlicher Verträge der Europäischen Union mit anderen Völkerrechtssubjekten.[254]

---

[251] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009/C 85/01, Rz. 90.
[252] *Borchardt,* Europarecht[4], Rz. 717; *Karpenstein,* Rechtsanwalts-Handbuch, § 14, Rz. 41.
[253] *Karpenstein,* Rechtsanwalts-Handbuch, § 14, Rz. 43; ungeachtet dessen, werden vom EuGH im Lichte einer möglichst umfassenden Rechtshilfe, die Vereinbarkeitsfragen der nationalen Gerichte in Auslegungsfragen umgedeutet.
[254] *Bergmann,* ZAR 2011, 42.

Zur Vorlage an den EuGH sind alle Gerichte der Mitgliedstaaten berechtigt, d. h. alle nicht weisungsgebundenen Einrichtungen, die in einem rechtstaatlich geordneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten mit Rechtskraftwirkung zu entscheiden haben.[255] Können die Entscheidungen eines nationalen Gerichts jedoch mit keinen Rechtsmitteln bekämpft werden, so ist das Gericht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet.[256] Die Parteien des Rechtsstreites haben jedoch keinen Anspruch darauf, dass das nationale Gericht beim Vorliegen der Voraussetzungen das Vorabentscheidungsverfahren einleitet, sondern können ein diesbezügliches Ersuchen lediglich anregen. Die Verletzung der Vorlagepflicht durch das zur Vorlage verpflichtete nationale Gericht stellt auf der Ebene des Unionsrechts eine qualifizierte Verletzung des Vertrages dar, die dem betroffenen Mitgliedstaat zugerechnet werden und im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art 258 AEUV sanktioniert werden kann.[257] Die durch die Nichtvorlage verursachten Schäden begründen einen Staatshaftungsanspruch.[258]

Das Vorabentscheidungsverfahren spielt auch im Zusammenhang mit der Wahrnehmung des Durchführungsverbots durch die nationalen Gerichte eine nicht gering zu schätzende Rolle. Die Prüfung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe obliegt im Normalfall der Kommission, die diesbezüglich über reichliche fachliche Kompetenz und Ressourcen verfügt, die den nationalen Gerichten oft fehlen. Da die Definition der Beihilfe im Art 107 Abs 1 AEUV und in der Rechtsprechung des EuGH sehr weit ist,[259] ist die Vorlage solcher Auslegungsfragen an den EuGH zwecks Wahrung der einheitlichen Auslegung des Begriffes der Beihilfe fast unentbehrlich. Denn das Risiko der unrichtigen Auslegung des Unionsrechts und

[255] Vgl. EuGH 27.04.2006, C-96/04, *Standesamt Niebüll*, Slg. 2006, I-3561, Rz. 12,13.
[256] EuGH 04.06.2002, C-99/00, *Lyckeskog*, Slg. 2002, I-4839, Rz. 15.
[257] EuGH 09.12.2003, C-129/00, *Italien/Kommission*, Slg. 2003, I-14637.
[258] EuGH 30.09.2003, C-224/01, *Köbler*, Slg. 2003, I-10239, Rz. 15: " *Der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, ist auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht, sofern die verletzte Gemeinschaftsrechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.* "
[259] Und wie die Letztentwicklungen zeigen noch bei Weitem nicht die Grenzen erreicht hat; siehe dazu oben II D.

somit der Verletzung der Verträge, ist gerade bei derart komplexen Fragen besonders hoch.[260]

[260] *Staebe,* Rechtsschutz vor gemeinschaftswidrigen Beihilfen, 163 ff.

B. Rechtsprechung des EuGH zu den Auswirkungen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot auf nationaler Ebene

In diesem Kapitel soll die beihilferechtliche Rechtsprechung des EuGH analysiert werden. Den Mittelpunkt dieser Analyse stellen die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot sowie die Auswirkungen dieser Unionswidrigkeit auf die der Beihilfe zugrunde liegenden Rechtsakte dar. Die Ergebnisse dieser Analyse sollen systematisch dargestellt werden.

1. EuGH, Urt. v. 11.12.1973 – Rs. 120/73 – Lorenz

a. Sachverhalt

Die Bundesrepublik Deutschland erließ 1969 das Investitionszulagengesetz, welches die Gewährung von Zulagen zu in bestimmten Gegenden vorzunehmenden Investitionen gestattete. Obwohl die Kommission bereits über den Entwurf dieses Gesetzes unterrichtet worden ist, trat das Investitionszulagengesetz noch vor der Einleitung eines förmlichen Hauptprüfungsverfahrens (und somit vor einer abschließenden Kommissionsentscheidung) durch die Kommission in Kraft.

Die Gebrüder Lorenz GmbH beabsichtigte den Bau einer Lagerhalle und beantragte aus diesem Anlass die Erteilung einer nach dem Investitionszulagengesetz vorgesehenen Bescheinigung, dass ihr Vorhaben volkswirtschaftlich förderungswürdig ist. Gegen die Ablehnung dieses Antrages erhob die Gebrüder Lorenz GmbH einen Antrag auf Erteilung dieser Bescheinigung beim Verwaltungsgericht Frankfurt.

b. Rechtliche Probleme

Das Investitionszulagengesetz trat bereits vor einer abschließenden positiven Kommissionsentscheidung in Kraft, sodass im damaligen Fall ein klarer Verstoß gegen das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV vorlag. Da jedoch Ansprüche aus dem Investitionszulagengesetz vor einer nationalen Behörde geltend gemacht wurden, stellte sich die Frage, ob das Durchführungsverbot den Einzelnen ein Recht auf seine Einhaltung einräumt,

oder/und ob das nationale Gericht die formelle Rechtswidrigkeit des Gesetzes bei seiner Entscheidung von Amts wegen berücksichtigen muss.

Ferner liegt auf der Hand, dass das Verwaltungsgericht bei der rechtlichen Beurteilung, ob der Gebrüder Lorenz GmbH die Bescheinigung erteilt wird, sich mit der Vorfrage befassen musste, ob das Investitionszulagengesetz überhaupt gültig ist, und wenn nicht, ob dies von einer privaten Partei im Rahmen eines nationalen Verfahrens auf Antrag oder von Amts wegen wahrzunehmen ist.

c. Kernaussagen

Wie der EuGH bereits in der Rechtssache Costa/E.N.E.L.[261] festgehalten hat, ist Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV unmittelbar anwendbar und begründet somit Rechte Einzelner, die von den nationalen Gerichten zu beachten und schützen sind. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Durchführungsverbots erstreckt sich dabei auf die gesamte Dauer seiner zeitlichen Geltung. Diese beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem die Beihilfe durchgeführt wird.[262]

Folglich ist Art 108 Abs 3 Satz 3 vorrangig anzuwenden. Die Voraussetzungen und die konkrete rechtliche Ausformung der Geltendmachung von Verletzungen des Durchführungsverbots sind jedoch den nationalen Rechtsordnungen zu entnehmen. Somit müssen auch die Fragen, ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot das nationale Gesetz ungültig macht, sowie ob der Verstoß von einem Einzelnen geltend gemacht werden kann oder von Amts wegen wahrzunehmen ist, nach dem nationalen Recht beurteilt werden.[263]

d. Konsequenzen für die Praxis

Diese Entscheidung ist die Grundlage für Private Enforcement im Beihilferecht. Zwar wurde weder eine konkrete Rechtsfolge noch eine konkrete rechtliche Ausformung der Geltendmachung des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot vorgeschrieben, doch stellte bereits die Anerkennung der Möglichkeit für den

[261] EuGH 15.07.1964, 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1253.
[262] EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 8.
[263] EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 9; zu dieser Entscheidung gelangte der EuGH in den Rechtssachen EuGH 11.12.1973, 121/73, 122/73 und 141/73 *Markmann KG, Nordsee, Lohrey*, Slg. 1973, 1495-1527.

Einzelnen, sich vor den nationalen Behörden[264] auf den Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu berufen, einen wesentlichen Beitrag zur Effektuierung der Beihilfeaufsicht dar.[265] Ungeachtet dessen stellten damals Fälle von beihilferechtlichen Private Enforcement eher eine Ausnahme dar.

2. EuGH, Urt. v. 21.11.1991 – Rs. C-354/90 – FNCE

a. Sachverhalt

Ähnlich wie in der Rechtssache Gebrüder Lorenz GmbH, erließ im vorliegenden Fall die Französische Republik im Zusammenhang mit gesetzlich geregelten beihilferechtlichen Maßnahmen zugunsten eines privaten Fonds eine innerministerielle Durchführungsverordnung zur Festlegung der Höhe von aufgrund eines Dekrets zu erhebenden parafiskalischen Abgaben, noch bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Binnenmarkt erlassen konnte.

Dieser Verstoß gegen das Durchführungsverbot wurde von der *Federation nationale du commerce exterieur des prodiuts alimentaires* (FNCE) und dem *Sydicat national des negocians et transformateurs de saumon* zum Anlass genommen, vor dem französischen Conseil d' Etat[266] auf die Nichtigerklärung dieser Durchführungsverordnung zu klagen.

b. Rechtliche Probleme

Aufbauend auf den Erkenntnissen aus der Entscheidung Lorenz haben im damaligen Fall nationale Unternehmen den Verstoß gegen das Durchführungsverbot zum Anlass genommen, die Gültigkeit des Dekrets vor nationalen Behörden zu bekämpfen.

Die Kernfrage dieses Verfahrens lautete somit, welche Auswirkungen ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot auf den rechtlichen Bestand der der Beihilfe zugrunde liegenden Rechtsakte hat.

---

[264] Die zuständige Behörde des Ausgangsverfahrens war das Verwaltungsgericht Frankfurt, die Möglichkeit der Geltendmachung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot vor einem Zivilgericht wurde ausdrücklich erst in der Rechtssache SFEI anerkannt.
[265] Vgl. *Tiefenthaler*, wbl 1998, 510; *Bartosch,* EuZW 2005, 397.
[266] Der französische Staatsrat, der unter anderem die Funktion des obersten Verwaltungsgerichts innehat.

c. Kernaussagen

Nach der klaren Aussage des EuGH beeinträchtigt der Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen. Die nationalen Gerichte sind somit verpflichtet, zugunsten der Einzelnen, die sich auf einen solchen Verstoß 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 Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen zu ziehen.[267]

Zu dieser Ansicht gelangte der EuGH auf Basis folgender Argumente:

- Einerseits dürfen die Mitgliedstaaten[268] gemäß dem unmittelbar anwendbaren Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV die Beihilfen ohne vorherige Anmeldung bei der Kommission und nach der Anmeldung bis zu einer abschließenden positiven Entscheidung der Kommission nicht durchführen.[269]

- Anderseits sind die nationalen Gerichte aufgrund einer, auf der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV basierenden Kompetenzverteilung lediglich funktionell dafür zuständig, das Vorliegen einer Beihilfe und den Verstoß gegen das Durchführungsverbot festzustellen.[270] Die Funktion der nationalen Gerichte im Beihilfeverfahren erschöpft sich somit darin, die Rechte der Einzelnen während der zeitlichen Geltung des Durchführungsverbots auf der nationalen Ebene zu wahren.[271]

Zudem hielt der EuGH zur Dauer der formellen Rechtswidrigkeit fest, dass eine nachträgliche positive Kommissionsentscheidung die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht zu heilen vermag. Andernfalls würden die Mitgliedstaaten nämlich keinen Anreiz haben, das Durchführungsverbot zu beachten und das

[267] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[268] Wie bereits in der Entscheidung Gebrüder Lorenz GmbH festgehalten.
[269] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 7 ff.
[270] EuGH 22.03.1977, 78/76, *Steinike und Weinling*, Slg. 1977, 595, Rz. 9.
[271] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 11.

Durchführungsverbot würde demzufolge seine praktische Wirksamkeit verlieren. Die Mitgliedstaaten würden nämlich das Beihilfevorhaben immer erst dann bei der Kommission anmelden, wenn ein Einzelner vor den nationalen Gerichten die Beihilfe wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot bekämpfen würde.[272]

d. Konsequenzen für die Praxis

Der EuGH konkretisiert im vorliegenden Urteil die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfen und die diesbezüglichen Kompetenzen der nationalen Gerichte:

- Die nationalen Gerichte sind auf Antrag von Einzelnen verpflichtet festzustellen, dass die unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot durchgeführten Beihilfen rechtswidrig sind. Dabei handelt es sich um die sich aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot ergebende formelle Rechtswidrigkeit, die die Kommission nicht davon entbindet, die materielle Rechtmäßigkeit der Beihilfe zu prüfen.[273]

- Darüber hinaus müssen die nationalen Gerichte dem Betroffenen alle Rechtsschutzmöglichkeiten gewähren, die zur Sicherstellung der Wirksamkeit des Durchführungsverbots erforderlich sind. Die Sicherstellung der Wirksamkeit des Durchführungsverbots muss dabei unter Beachtung des Zwecks des Durchführungsverbots erfolgen, nach dem die Mitgliedstaaten gehindert sein sollen, Beihilfen zu gewähren, bevor die Kommission entschieden hat, ob diese mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.[274]

Diese Rechtsfolgen ergeben sich bereits aus dem Umstand, dass das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV unmittelbar anwendbar ist.[275] Dieselbe Position vertrat der EuGH in den Rechtssachen *Sanders*[276] und *Demoor.*[277]

[272] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 16.
[273] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 13.
[274] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 14.
[275] Schlussanträge GA Jacobs 03.10.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 17.

Zu der Frage der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfen äußert sich der EuGH in einer sehr allgemeinen Diktion, und zwar dass der Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Gültigkeit der Rechtsakte beeinträchtigt. Welch konkrete rechtliche Konsequenz der EuGH dabei im Visier hat, ist aus der Formulierung selbst kaum abzuleiten.[278]

Zu beachten ist jedoch, dass die Erklärung der Beihilfe für formell rechtswidrig durch das nationale Gericht die Kommission weder daran hindert noch sie davon befreit, die Beihilfe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu überprüfen.[279] Die formelle Rechtswidrigkeit darf sich somit nur auf die Rechtsakte, nicht jedoch auf das Beihilfevorhaben selbst auswirken.[280] Es könnte mE argumentiert werden, dass die formelle Rechtswidrigkeit die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfe beeinträchtigen soll, den Bestand des Beihilfevorhabens selbst jedoch zumindest bis zum Abschluss des Beihilfeverfahrens nicht berühren darf.

Außerdem muss die konkrete rechtliche Ausformung der Beeinträchtigung der Gültigkeit dieser Rechtsakte von den nationalen Behörden unter Berücksichtigung von Grundsätzen des Unionsrechts bestimmt werden.[281]

3. EuGH, Urt. v. 11.07.1996 – Rs. C-39/94 – SFEI

a. Sachverhalt

Die französische Post betrieb mit der *Société Francaise de Messagerie Internationale* und der *Chronopost SA* ein nationales und internationales Expresszustellungsgeschäft. Ohne dies bei der Kommission anzumelden, gewährte die französische Post diesen Gesellschaften einen ausschließlichen Zugang zu ihrer Infrastruktur, ihrem Kundenstamm und ließ diese

---

[276] EuGH 11.06.1992, C-149/91 und 150/91, *Sanders*, Slg. 1992, I-3899, Rz. 26.
[277] EuGH 16.12.1992, C-144/91 und 145/91, *Demoor*, Slg. 1992, I-6613, Rz. 26 mit der Standardformulierung: "*Wird eine solche Verletzung [des Durchführungsverbots oder der Negativentscheidung] von einem einzelnen, der hierzu berechtigt ist, geltend gemacht und von den nationalen Gerichten festgestellt, so müssen diese entsprechend ihrem nationalen Recht daraus alle Folgerungen sowohl für die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch für die Wiedereinziehung der gewährten finanziellen Unterstützung ziehen.*"
[278] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[279] EuGH 14.02.1990, C-301/87, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1990, I-307, Rz. 19.
[280] Schlussanträge GA Jacobs 03.10.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 33.
[281] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.

Konzerngesellschaften von ihren Absatzförderungs- und Werbemaßnahmen profitieren.[282] Ein Verband von Unternehmen in der Expresszustellungsbranche (*SFEI*) regte zunächst mit einer Beschwerde bei der Kommission die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens an, das jedoch von der Kommission nach einer einjährigen Prüfung eingestellt wurde. Zeitgleich zur Einleitung mehrerer Verfahren vor den Unionsgerichten, klagte SFEI zusätzlich vor dem französischen *Tribunal de Commerce Paris*[283] die Gesellschaften und ihre Muttergesellschaft auf Rückforderung der Beihilfe.

SFEI begehrte mit dieser Klage unter anderem die Feststellung der formellen Rechtswidrigkeit der personellen und logistischen Unterstützung sowie die Rückzahlung der formell rechtswidrig gewährten Beihilfen und Ersatz des ihr entstandenen Schadens.

b. Rechtliche Probleme

Dem EuGH wurden von *Tribunal de Commerce Paris* im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens mehrere Fragen zum Verstoß gegen das Durchführungsverbot gestellt. Zunächst ging es um die Frage, ob die Anordnung, die Auszahlung der Beihilfe einzustellen und diese zurückzuerstatten, die volle Wirksamkeit des Durchführungsverbots zu sicherstellen vermag, oder ob nicht auch der Ersatz des Schadens geboten ist.

In Anbetracht eines potenziellen Kompetenzkonflikts sowie der Gefahr divergierender Entscheidungen bezüglich derselben Beihilfe stellte sich auch die Frage, ob das nationale Gericht verpflichtet ist, das bei ihm anhängige Verfahren auszusetzen bzw. sich für unzuständig zu erklären, wenn das Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt eingeleitet wird bzw. noch anhängig ist.

c. Kernaussagen

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit des Durchführungsverbots sowie der klaren Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten

[282] Die Frage des beihilferechtlichen Charakters dieser Quersubventionierung soll im Hinblick auf die Ziele der vorliegenden Arbeit ausgeklammert werden.
[283] Handelsgericht als erstinstanzliches Spezialgericht.

ergibt sich, dass die nationalen Gerichte während der zeitlichen Geltungsdauer des Durchführungsverbots sämtliche Konsequenzen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen haben.[284] Da das Durchführungsverbot auch während des ganzen Vorprüfungsverfahrens und des formellen Hauptprüfungsverfahrens bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission gilt, kann ein bei der Kommission anhängiges Verfahren die nationalen Gerichte nicht davon entbinden, ihre Aufgaben wahrzunehmen. Eine gegenteilige Auslegung würde nämlich die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots insofern mindern, als es den Mitgliedstaaten ermöglicht wäre, eine Beihilfe ohne Anmeldung sanktionslos durchzuführen und im Falle der Einleitung eines nationalen Verfahrens die Kommission anzurufen.[285]

Das nationale Gericht ist somit keinesfalls verpflichtet (auch nicht berechtigt), sich im Falle eines anhängigen Verfahrens bei der Kommission für unzuständig zu erklären oder das Verfahren auszusetzen. Vielmehr muss sich das nationale Gericht mit der Möglichkeit begnügen, bei Auslegungsschwierigkeiten die Kommission um Stellungnahme bzw. den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen.[286]

Die nationalen Gerichte müssen aufgrund ihrer Verpflichtung, den Beteiligten einen Schutz gegen die Auswirkungen der formell rechtswidrigen Beihilfen zu gewähren, einer Klage auf Rückerstattung der Beihilfe stattgeben, es sei denn, dass dies vor dem Hintergrund außergewöhnlicher Umstände nicht sachgerecht wäre.[287]

Ein Haftungsanspruch gegen die Beihilfeempfänger auf Basis des Unionsrechts besteht nicht. Ungeachtet dessen sind die nationalen Gerichte gehalten, den Beihilfeempfänger nach nationalem Recht bei Vorliegen der Voraussetzungen haftbar zu machen. Sofern die Voraussetzungen für die Geltendmachung des

[284] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[285] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 45; so der EuGH bereits in EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 16.
[286] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 53.
[287] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 71.

Schadenersatzes nach dem nationalen Recht gegeben sind, hat der Richter einem diesbezüglichen Klagebegehren stattzugeben.[288]

d. Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache SFEI stellt einen weiteren Meilenstein in der Entwicklung seiner Rechtsprechung zu beihilferechtlichen Private Enforcement. Neben der Erweiterung der Palette an sekundären Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot auf nationaler Ebene um einen Schadenersatzanspruch erfolgte auch eine Klarstellung in der Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten.[289]

Ferner wurde klargestellt, dass die nationalen Gerichte beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot den Rechtsschutz der Betroffenen bis zu einer endgültigen Entscheidung der Kommission wahrnehmen müssen, unabhängig davon ob und in welchem Stadium sich das Verfahren vor der Kommission befindet. Solange das Durchführungsverbot nicht mit der positiven Kommissionsentscheidung endgültig wegfällt oder durch die Negativentscheidung ersetzt wird, können sich die Einzelnen auf der nationalen Ebene auf den Verstoß gegen das Durchführungsverbot berufen. Die Kommission wird nämlich sogar nach der Feststellung der formellen Rechtswidrigkeit nicht davon entbunden, die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu prüfen, wobei eine positive Entscheidung den Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht heilen kann.[290]

Diese Interpretation hindert nicht einmal der Umstand, dass die Kommission und die nationalen Gerichte bei der Auslegung des Beihilfebegriffes zu verschiedenen Ergebnissen gelangen können. Denn wie bereits im Rahmen des Kartellrechts klargestellt,[291] haben die nationalen Gerichte den Begriff der Beihilfe unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung der Unionsgerichte auszulegen. In Zweifelsfällen sind die nationalen Gerichte zur Einholung einer Stellungnahme der Kommission oder zur

[288] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 75 f.
[289] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 24 mwN.
[290] EuGH 22.03.1977, 78/76, *Steinike und Weinling*, Slg. 1977, 595, Rz. 9; EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 13; vgl. auch EuG 05.11.1997, T-149/95, *Ducros*, Slg. 1997, II-2031, Rz. 52; EuGH 17.06.1999, C-295/97, *Piaggio*, Slg. 1999, I-3735, Rz. 44 ff; EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 21 ff.
[291] EuGH 28.02.1991, C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935, Rz. 43 ff.

Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens berechtigt bzw. verpflichtet. Somit wird nach der Auffassung des EuGH der Gefahr der unterschiedlichen Auslegung des Beihilfetatbestands durch die Kommission und die nationalen Gerichte hinreichend entgegengewirkt.[292]

Abgesehen davon werden in diesem Urteil mE die drei wichtigsten Prüfungskriterien der nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten formuliert:[293]

- In erster Linie muss die nationale Rechtsschutzmöglichkeit einen Schutz der Interessen von Einzelnen während der ganzen zeitlichen Geltungsdauer des Durchführungsverbots sicherstellen können.

- Ferner muss die Rechtsschutzmöglichkeit so ausgestaltet werden, dass damit die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots nicht gemindert wird.[294]

- Schließlich darf die nationale Rechtsschutzmöglichkeit die Missachtung des Durchführungsverbots durch die Mitgliedstaaten nicht fördern.[295] Insbesondere soll verhindert werden, dass Mitgliedstaaten die formell rechtswidrigen Beihilfen sanktionslos durchführen können und zur Beachtung der Vorgaben des Beihilferechts erst im Falle einer Beschwerde bei der Kommission oder einer Klage vor nationalem Gericht gezwungen werden. Vielmehr muss das nationale Gericht mithilfe der nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten sicherstellen können, dass die Anmeldepflicht und das Durchführungsverbot von den Mitgliedstaaten bereits vor der Durchführung der Beihilfe beachtet werden.

Nicht von der Hand zu weisen ist auch das verallgemeinerungsfähige Argument von SFEI, wonach beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot die nationalen Gerichte die Wiederherstellung der Ausgangsposition im Wettbewerb sicherstellen sollen. Die volle Wirksamkeit des Durchführungsverbots erfordert nämlich, dass die negativen Folgen des Verstoßes *ex tunc* beseitigt werden. Zu dem Punkt eines

[292] Schlussanträge GA Jacobs 14.12.1995, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 50 ff.
[293] Aus diesen Gründen ist die Annahme der Nichtigkeit nach der Auffassung mancher Autoren nicht zwingend siehe *Schmidt-Kötters in Heidenhain,* Europäisches Beihilferecht, § 56, Rz. 34 mwN.
[294] Siehe diesbezüglich ober III. A. 1. – das "effet utile" – Prinzip im weiteren Sinne.
[295] Vgl. beispielsweise EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 69.

allfälligen pönalen Charakters des Durchführungsverbots zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit äußert sich der EuGH jedoch nicht. [296]

Obwohl im Urteil mangels Verfahrensgegenständlichkeit nicht angesprochen, bemerkt der Generalanwalt Jacobs ganz zutreffend, dass die Anordnung der Rückerstattung einer gewährten Beihilfe nicht das einzige Instrument zur Wahrnehmung des Durchführungsverbots darstellt, sondern dass es auch weitere Mittel gibt. Insbesondere können die geschädigten Mitbewerber des Beihilfeempfängers den Mitgliedstaat auf Ersatz des Schadens wegen der Verletzung des Unionsrechts verklagen.[297]

4. EuGH, Urt. v. 21.10.2003 – Rs. C-261/01 – van Calster

a. Sachverhalt

E. van Calster und andere belgische Viehhändler haben aufgrund des Gesetzes über die Tiergesundheit aus 1987 und der diesbezüglichen königlichen Durchführungsverordnung Beiträge an bestimmte Fonds geleistet, aus denen nachträglich bestimmten Unternehmen staatliche Beihilfen gewährt wurden. Dieses Gesetz wurde von der Kommission mit der Entscheidung aus dem Jahr 1991 für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt und mit dieser Negativentscheidung die bisherige Durchführung des Beihilfevorhabens endgültig untersagt.

Mit einem Schreiben vom 07.12.1995 unterrichtete Belgien die Kommission über das Vorhaben, das alte Gesetz über die Tiergesundheit durch ein neues Gesetz rückwirkend zum 01.01.1988 zu ersetzten.[298] Dieses Vorhaben wurde von der Kommission 1996 genehmigt[299] und das Gesetz 1998 erlassen. Daraufhin wurde von E. van Calster und anderen vor den belgischen Gerichten eine Klage auf die Rückerstattung der im Zeitraum von 1987 bis 1991 formell rechtswidrig gezahlten Abgaben erhoben.

[296] Schlussanträge GA Jacobs 14.12.1995, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 65.
[297] Schlussanträge GA Jacobs 14.12.1995, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 77.
[298] Ohne jedoch auf die damit verfolgte Absicht Bezug zu nehmen, dass die vorher formell rechtswidrig gewährten Beihilfen auf diese Weise nachträglich genehmigt werden sollen.
[299] Die Kommission hat sich zu der *de facto* rückwirkenden Heilung nicht geäußert.

b. Rechtliche Probleme

Fraglich war insbesondere, ob sich das Durchführungsverbot auch auf Beiträge bezieht, die speziell und ausschließlich der Finanzierung eines Beihilfevorhabens dienen und die noch vor der abschließenden Genehmigung erhoben werden.

Ferner stellte sich die Frage, ob die Kommission eine Beihilfe mit Rückwirkung für Zeiträume vor der abschließenden positiven Kommissionsentscheidung genehmigen kann.

c. Kernaussagen

Stellt die geplante Finanzierungsmaßnahme für das Beihilfevorhaben eine zwingende Kondition dar, so muss die Kommission auch diese Finanzierungsmaßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt überprüfen, weil bereits die Unvereinbarkeit der Finanzierungsweise das gesamte Beihilfevorhaben mit dem Binnenmarkt unvereinbar machen kann.[300] Damit jedoch die Kommission ihre Kompetenz wahrnehmen kann, muss sich die Anmeldepflicht und somit zwangsläufig auch das Durchführungsverbot im Lichte des "effet utile" Prinzips[301] auf die Finanzierungsmaßnahme beziehen. Die Sicherstellung der Einhaltung des Durchführungsverbots durch die Mitgliedstaaten auch in Bezug auf die Finanzierungsweise der Beihilfe obliegt somit ebenfalls den nationalen Gerichten.[302]

Im Hinblick auf die Rückwirkung des neuen Gesetzes besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass der belgische Gesetzgeber mit der Rückwirkung des Gesetzes aus dem Jahr 1998 die formelle Rechtswidrigkeit im Nachhinein beheben wollte. Mit anderen Worten: Da die Erhebung von Beiträgen im Zeitraum von 1987 bis 1991 mangels Anmeldung bei der Kommission formell rechtswidrig war, versuchte Belgien die Rückzahlung dieser Beiträge dadurch zu verhindern, dass es ein neues Gesetz, das die Erhebung von vergleichbaren Beiträgen angeordnet hat bei der Kommission angemeldet hat. Wäre dies möglich, so

[300] EuGH 25.06.1970, 47/69, *Frankreich/Kommission*, Slg.1970, I-487, Rz. 4,8,13 ; EuGH 21.05.1980, 73/79, *Kommission/Italien*, Slg.1980, I-1533, Rz. 11, EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 45 ff.
[301] Wie bereits in EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[302] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 65.

könnten die Mitgliedstaaten eine Beihilfe ohne Anmeldung bei der Kommission durchführen. Im Falle einer Beschwerde oder einer Klage könnten die Mitgliedstaaten die Rückzahlung der Beihilfe durch Anmeldung desselben Beihilfevorhabens mit Rückwirkung verhindern. Wäre diese Vorgehensweise erlaubt, so würde dies die praktische Wirksamkeit dem Durchführungsverbot mindern.[303]

Dies untermauert auch die Spruchpraxis, nach welcher die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe durch eine nachträgliche positive Entscheidung der Kommission nicht heilen kann.[304]

d. Konsequenzen für die Praxis

In diesem Urteil trifft der EuGH zu der Reichweite des Durchführungsverbots zwei wesentliche Aussagen:

- Zum einen fällt die ausschließlich zur Finanzierung der Beihilfe erhobene Abgabe[305] ebenfalls in den Anwendungsbereich des Durchführungsverbots und kann somit unter Umständen von den nationalen Gerichten für formell rechtswidrig erklärt werden.[306]

- Zum anderen kann die Finanzierungsweise einer Beihilfe die ganze Beihilfe, die damit finanziert werden soll, mit dem Binnenmarkt unvereinbar machen. Eine Beihilfe darf nicht getrennt von den Auswirkungen ihrer Finanzierungsweise untersucht werden. Vielmehr muss die Untersuchung einer Beihilfemaßnahme durch die Kommission notwendigerweise auch die

[303] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 59 ff.
[304] EuGH 22.03.1977, 78/76, *Steinike und Weinling*, Slg. 1977, 595, Rz. 9; EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 13; vgl. auch EuG 05.11.1997, T-149/95, *Ducros*, Slg. 1997, II-2031, Rz. 52; *Piaggio*, Slg. 1999, I-3735, Rz. 44 ff; EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 21 ff; EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 72 ff.
[305] Schlussanträge GA Jacobs 10.04.2003, C-261/01 und C-262/01, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 36 mwN.
[306] Eigentlich handelt es sich hierbei nur um die Bestätigung der Rechtsauffassung in EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12; "…R*echtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen…*" worunter auch die Finanzierungsmaßnahmen zu subsumieren sind; siehe dazu Schlussanträge GA Jacobs 10.04.2003, C-261/01 und C-262/01, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 34 f; dieser Rechtssatz findet sich auch in der Folgejudikatur wieder insb. EuGH 27.11.2003, C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243, Rz. 44 ff; *Bartosch,* EuZW 2005, 399; *Geburtig,* EuZW 2006, 717.

Finanzierungsweise der Beihilfe berücksichtigen, wenn diese Finanzierungsweise Bestandteil der Maßnahme ist..[307]

Die abschließende positive Kommissionsentscheidung beseitigt das Durchführungsverbot nämlich ausschließlich *ex nunc* und kann das Durchführungsverbot nur beenden, nicht jedoch für die Zeiträume seiner Geltung nachträglich aufheben. Da die formelle Rechtswidrigkeit unheilbar ist, müssen die nationalen Gerichte dafür sorgen, dass die Mitbewerber des Beihilfeempfängers eine Wiederherstellung der Lage erreichen können.[308]

Gegen die rückwirkende Durchführung einer genehmigten Beihilfe bestehen mE keine Bedenken sofern zwei Voraussetzungen erfüllt sind:[309]

i. Zum einen muss die Absicht des Mitgliedstaates, die Beihilfe mit einer Rückwirkung durchzuführen, der Kommission vorab offengelegt werden, damit diese die Rückwirkung der Beihilfe bei der Beurteilung der Vereinbarkeit des Beihilfevorhabens mit dem Binnenmarkt in die Prüfung mit einbeziehen kann. Im vorliegenden Fall war die Auferlegung der Beiträge mit Rückwirkung zwar Gegenstand des Prüfungsverfahrens vor der Kommission, wurde jedoch in der Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 1996 nicht erwähnt und von der Kommission höchstwahrscheinlich nicht reflektiert.[310]

ii. Zum anderen darf die Rückwirkung der Beihilfe von den Mitgliedstaaten nicht dazu eingesetzt werden, um den Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu umgehen. Gerade im vorliegenden Fall wollte Belgien die formell rechtswidrig erhobenen Beiträge durch die nachträgliche Anmeldung des neuen Gesetzes mit Rückwirkung heilen, um gleichzeitig zu verhindern, dass diese Beiträge rückerstattet werden müssen.[311]

---

[307] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 49.
[308] *Jaeger*, EuZW 2004, 80.
[309] Vgl. auch *Bartosch,* EuZW 2005, 397.
[310] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 72.
[311] EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 77; vgl. dazu Schlussanträge GA Jacobs 10.04.2003, C-261/01 und C-262/01, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 41.

Wird die Rückwirkung der Beihilfe der Kommission offengelegt und besteht kein Verdacht auf Umgehung des Durchführungsverbots, so bestehen mE gegen die Genehmigung eines solchen Vorhabens keine Einwände. Denn mit dem Durchführungsverbot soll verhindert werden, dass eine Beihilfe durchgeführt wird, bevor diese von der Kommission abschließend genehmigt wurde. Ist hingegen ein Beihilfevorhaben mit beabsichtigter Rückwirkung bei der Kommission angemeldet worden und hat die Kommission unter Berücksichtigung dieser Rückwirkung eine positive Entscheidung erlassen, so fällt das Durchführungsverbot auch für die Zeiträume vor der Genehmigung endgültig weg.[312]

Eine *de facto* nachträgliche Heilung von formell rechtswidrigen Beihilfen ist nur dann möglich, wenn sich auf der nationalen Ebene kein Mitbewerber findet, der die Rückforderung der Beihilfe bzw. den Ersatz des Schadens beantragen würde.[313]

5. EuGH, Urt. v. 13.01.2005 – Rs. C-174/02 – Streekgewest

a. Sachverhalt

Streekgewest war eine von mehreren niederländischen Gemeinden kontrollierte Körperschaft, die für die Sammlung und Entsorgung vom Hausmüll zuständig war. Für die Ablieferung von Abfällen entrichtete Streekgewest bescheidgemäß eine Abgabe, zu deren Entrichtung bestimmte Unternehmen nicht verpflichtet waren. Da diese Abgabe nach der Auffassung von Streekgewest jedoch formell rechtswidrig war, erhob Streekgewest gegen den Bescheid einen Einspruch und begehrte die Rückerstattung der geleisteten Abgaben.

b. Rechtliche Probleme

Zunächst stellte sich aus Sicht des *Hoge Raad der Nederlanden*[314] die Frage, ob es für die Geltendmachung des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot vor den nationalen Gerichten erforderlich ist, dass der Einzelne Mitbewerber des Beihilfeempfängers ist.

---

[312] Ausdrücklich bestätigt erst durch das zeitlich spätere Urteil in EuGH 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom*, Slg. 2008, I-10393, Rz. 26; *Bartosch,* EuZW 2005, 397.
[313] *Jaeger*, EuZW 2004, 82.
[314] Der niederländische Oberste Gerichtshof in Zivilsachen.

Problematisch war auch der Zusammenhang zwischen der Finanzierung des Beihilfevorhabens und der Beihilfemaßnahme.

c. Kernaussagen

Die Mitbewerbereigenschaft ist keine Voraussetzung für die Geltendmachung der formellen Rechtswidrigkeit. Es reicht aus, wenn der Einzelne mit einer formell rechtswidrigen Abgabe belastet wird. Bereits auf Basis der formellen Rechtswidrigkeit steht dem Einzelnen das Recht zu, die Rückerstattung der Abgabe wegen formeller Rechtswidrigkeit zu begehren.[315]

Zwischen der Finanzierung eines Beihilfevorhabens und der Beihilfemaßnahme selbst muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen, damit die Finanzierung auf ihre materielle Rechtmäßigkeit überprüft werden kann.[316] Ein solcher Zusammenhang besteht insbesondere dann nicht, wenn der Betrag, die Anwendung und der Umfang der Beihilfe von der Finanzierung unabhängig sind und die Finanzierung lediglich wegen des durch die Leistungsbefreiung verursachten Einnahmeausfalls erhöht wird.[317]

d. Konsequenzen für die Praxis

Ein unmittelbarer und untrennbarer Zusammenhang zwischen der Abgabe und der Beihilfe liegt vor, wenn sich die folgenden Fragen positiv beantworten lassen:[318]

- Stellt die Abgabe die einzige Finanzierungsquelle des Beihilfevorhabens dar?
- Sind die, mittels der Abgabe erlangen Finanzmittel nur für das Beihilfevorhaben bestimmt?
- Ist die Verwendung dieser Mittel für die Zwecke des Beihilfevorhabens zwingend?

---

[315] EuGH 13.01.2005, C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 19.
[316] Dazu grundlegend EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 4
[317] EuGH 13.01.2005, C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 28, 29.
[318] Schlussanträge GA Geelhoed 04.03.2004, C-174/02 und C-175/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 35; *Bartosch,* EuZW 2005, 399.

- Welche Auswirkungen hat der Zusammenhang zwischen der Abgabe und dem Beihilfevorhaben auf die Wettbewerbsbeziehungen im betroffenen Wirtschaftssektor?

Stehen die Finanzierung und das Beihilfevorhaben in einem unmittelbaren und untrennbaren Zusammenhang, so gilt das Durchführungsverbot für beide Teile. Besteht kein solcher Zusammenhang, bezieht sich das Durchführungsverbot nur auf das Beihilfevorhaben.[319]

Ferner spezifiziert der EuGH lediglich negativ die unionsrechtlichen Vorgaben für den Kreis der Klageberechtigten vor den nationalen Gerichten, weil die Ausgestaltung der Verfahrensmodalitäten und somit auch die Aktivlegitimation der Betroffenen den Mitgliedstaaten überlassen sind. Folglich ist auf die Verletzung von rechtlichen Interessen des Einzelnen abzustellen.[320]

Bei all diesen Ausführungen stützt sich der EuGH sowohl auf den Effektivitätsgrundsatz als auch auf das "effet utile" Prinzip.[321]

[319] *Geburtig,* EuZW 2006, 720.
[320] Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge GA Geelhoed 04.03.2004, C-174/02 und C-175/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 60.
[321] EuGH 13.01.2005, C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 18, 20.

6. EuGH, Urt. v. 05.10.2006 – Rs. C-368/04 – Transalpine Ölleitung

a. Sachverhalt

Die Republik Österreich erließ das Energieabgabenvergütungsgesetz (*EAVG*), das eine teilweise Vergütung von bestimmten Energieabgaben vorsah, ohne dies bei der Kommission anzumelden. Die Unternehmen, denen diese Vergütung nicht gewährt wurde, bekämpften die abweisenden Bescheide mit einer Beschwerde vor dem VfGH, der ein Vorabentscheidungsverfahren initiiert hat (Rechtssache *Adria Wien Pipeline*).[322] Da im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens die Vergütung von Energieabgaben als eine formell rechtswidrige Beihilfe qualifiziert wurde, hat der VfGH die angefochtenen Bescheide wegen Gesetzlosigkeit aufgehoben.

In der Folge haben die zuständigen Verwaltungsbehörden, die mit den vom VfGH aufgehobenen Bescheiden nochmals befasst wurden, die Berufungen gegen die Nichtgewährung der Vergütung erneut abgewiesen, diesmal mit der Begründung, dass die Entscheidung der Kommission auf den Zeitraum vor ihrer Erlassung zurückwirke und die Gültigkeit von EAVG demgemäß unangetastet bleibt. Mit diesen abweisenden Bescheiden wurden abermals der VfGH und der VwGH befasst, die im Hinblick auf die bestehenden Auslegungsschwierigkeiten, den EuGH erneut um Vorabentscheidung ersucht haben.

Das EAVG wurde in der Zwischenzeit mit der Wirkung vom 01.01.2002 geändert und von der Kommission als materiell rechtswidrig eingestuft.

b. Rechtliche Probleme

In erster Linie stellte sich die Frage, ob die formelle Rechtswidrigkeit durch eine positive Kommissionsentscheidung geheilt werden kann.

Zugleich war fraglich, welche Auswirkungen die positive Kommissionsentscheidung auf die Geltung des Durchführungsverbots hat.

[322] EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365.

c. Kernaussagen

Eine positive Kommissionsentscheidung kann die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht heilen. Eine entgegengesetzte Interpretation würde (i) die unmittelbare Anwendbarkeit des Durchführungsverbots beeinträchtigen, (ii) die Interessen der vom Verstoß gegen das Durchführungsverbot negativ Betroffenen verletzen und (iii) die Nichtbeachtung bzw. Umgehung des Durchführungsverbots durch die Mitgliedstaaten fördern.[323]

Da sich die konkrete Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem nationalen Recht richtet, müssen die nationalen Gerichte das Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz beachten.[324]

Bei der Wahrnehmung der Interessen von Betroffenen müssen die nationalen Gerichte auch die Unionsinteressen berücksichtigen.[325] Folglich müssen die nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten so ausgestaltet werden, dass die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit beseitigt und nicht verstärkt werden. So darf es etwa nicht zu einer Ausweitung des Kreises der Beihilfeempfänger kommen.[326]

d. Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil in der Rechtssache *Transalpine Ölleitung* stellt eine logische Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung zur Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten dar und bestimmt weitere Spezifikationen im Hinblick auf die nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die formell rechtswidrigen Beihilfen.

In Anbetracht dieser Entscheidung des EuGH lässt sich mE das Verhältnis zwischen der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen wie folgt darstellen:

---

[323] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 16.
[324] EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 45; diese Rechtsauffassung fand ihre Bestätigung in EuGH 07.09.2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Slg. 2006, I-7529, Rz. 56 f.
[325] EuGH 20.09.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Rz. 19.
[326] EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 49 mwN.

(i) Formelle Rechtswidrigkeit:

- Eine Beihilfe ist formell rechtswidrig, wenn diese von dem Mitgliedstaat vor der abschließenden positiven Entscheidung durch die Kommission durchgeführt wird.[327]

- Die formelle Rechtswidrigkeit kann wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Durchführungsverbots vor den nationalen Gerichten von Betroffenen geltend gemacht werden.[328]

- Die formelle Rechtswidrigkeit beeinträchtigt die Gültigkeit der Durchführungsrechtsakte und berechtigt die nationalen Gerichte die Rückforderung dieser Beihilfe anzuordnen.[329]

- Das nationale Gericht hat auf Basis nationaler Rechtsschutzmöglichkeiten sämtliche Auswirkungen der formell rechtswidrigen Beihilfe zu beseitigen.[330]

- Die formelle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe kann durch eine nachträgliche positive Kommissionsentscheidung nicht geheilt werden[331] und entbindet die Kommission nicht von ihrer Verpflichtung, die formell rechtswidrige Beihilfe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu überprüfen.[332]

Die positive Entscheidung der Kommission kann das Durchführungsverbot nur beenden aber die formelle Rechtswidrigkeit nicht rückwirkend beseitigen. Die

---

[327] Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV.
[328] Vgl. dazu EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 8, 9.
[329] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[330] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12; "…R*echtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen…*" worunter auch die Finanzierungsmaßnahmen zu subsumieren sind; siehe dazu Schlussanträge GA Jacobs 10.04.2003, C-261/01 und C-262/01, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 34 f; dieser Rechtssatz findet sich auch in der Folgejudikatur wieder insb. EuGH 27.11.2003, C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243, Rz. 44 ff.
[331] Vgl. EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 16; EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 63; allerdings vertraten das EuG und die Kommission entgegen der ständigen EuGH-Rechtsprechung auch die Auffassung, dass die Prüfung der formell rechtswidrigen Beihilfe auf die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nur dann einen Sinn macht, wenn die formelle Rechtswidrigkeit durch die positive Kommissionsentscheidung geheilt werden kann: EuG 25.07.2000, T-110/98, *RJB Mining*, Slg. 2000, II-2971, Rz. 78.
[332] Vgl. EuGH 14.02.1990, C-301/87, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1990, I-307, Rz. 21 ff; EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 13,14.

Beihilfe darf somit *ex nunc* rechtmäßig durchgeführt werden, bleibt jedoch für die vor der Kommissionsentscheidung liegenden Zeiträume formell rechtswidrig.

(ii) Materielle Rechtswidrigkeit:

- Eine Beihilfe ist materiell rechtswidrig, wenn ihre Gewährung mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist.[333]

- Die materielle Rechtswidrigkeit kann nur durch die Kommission festgestellt werden und ist unheilbar.[334]

- Das nationale Gericht kann die materielle Rechtswidrigkeit weder beurteilen noch feststellen.[335]

- Materielle Rechtswidrigkeit konkretisiert das Beihilfeverbot von Art 107 AEUV und berechtigt die Kommission, die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen.[336]Mit dem Urteil in der vorliegenden Rechtssache wurde die Judikaturlinie (FNCE – Cenemesa[337] – Italgrandi[338] – SFEI – van Calster – [Transalpine Ölleitung]) zum Ausschluss der rückwirkenden Heilung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot bestätigt.

Obwohl die Frage der konkreten Ausformung nationaler Rechtsschutzmöglichkeiten nicht das Thema der vorliegenden Rechtssache war, setzte sich der Generalanwalt Jacobs als *quasi Obiter Dictum* mit den unionsrechtlichen Vorgaben für die nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen formell rechtswidrige Beihilfen auseinander. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:[339]

---

[333] Art 108 Abs 2 AEUV.
[334] Ergibt sich implizit, mangels Vorliegens einer primär- oder sekundärrechtlichen Heilungsmöglichkeit.
[335] EuGH 22.03.1977, 78/76, *Steinike und Weinling*, Slg. 1977, 595, Rz. 9 f.
[336] Art 14 Abs 1 VO 659/99.
[337] EuGH 30.06.1992, C-312/90, *Cenemesa*, Slg. 1992, I-4117, Rz. 23.
[338] EuGH 30.06.1992, C-47/91, *Italgrandi*, Slg. 1992, I-4145, Rz. 29.
[339] Schlussanträge GA Jacobs 29.11.2005, C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, Slg. 2005, I-9957, Rz. 61 ff.

- Die effiziente Ausgestaltung der nationalen Rechtsschutzmöglichkeit hängt in erster Linie von:[340]
    - der Natur der Beihilfe (Leistungsgewährung/Leistungsbefreiung);
    - nationalen Verfahrenszwängen;[341] und
    - der angestrebten Rechtsfolge (insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Anspruchskonkurrenz).
- Unbeschadet dessen ist vom nationalen Gericht stets zu berücksichtigen, dass[342]
    - die Beihilfe aufzuheben ist;
    - deren Wirkungen zu beseitigen sind;
    - die volle Wirksamkeit ("effet utile" Prinzip) des Durchführungsverbots zu gewährleisten ist;
    - die Rechte und Interessen von Betroffenen geschützt werden sollen; und
    - dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz Rechnung zu tragen ist.

[340] Schlussanträge GA Jacobs 29.11.2005, C-368/04, *Transalpine Ölleitung,* Slg. 2005, I-9957, Rz. 62.
[341] Im Sinne von verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen oder verfahrenstechnischen Beschränkungen.
[342] Schlussanträge GA Jacobs 29.11.2005, C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, Slg. 2005, I-9957, Rz. 63.

7. EuGH, Urt. v. 12.02.2008 – Rs. C-199/06 – CELF I

a. Sachverhalt

Das komplizierte Ausgangsverfahren der Rechtssache CELF[343] spielte sich gleichzeitig auf nationaler und auf europäischer Ebene ab.

CELF, einem Exporteur der französischen Literatur wurden von der Französischen Republik über mehrere Jahre bei der Kommission nicht angemeldete Betriebsbeihilfen gewährt. Dies nahm ein Konkurrenzunternehmen von CELF, SIDE[344] im Laufe des Jahres 1992 zum Anlass, den Verstoß gegen das Durchführungsverbot von der Kommission feststellen zu lassen. Mit ihrer Entscheidung von 1993 stellte die Kommission die formelle Rechtwidrigkeit der Betriebsbeihilfen fest, erklärte diese jedoch für mit dem Binnenmarkt vereinbar. Diese positive Kommissionsentscheidung wurde aufgrund einer Nichtigkeitsklage von SIDE vom EuG im September 1995 aufgehoben. Die Kommission befasste sich demzufolge erneut mit den Betriebsbeihilfen zugunsten von CELF und genehmigte im Juni 1998 abermals die formell rechtswidrigen Betriebsbeihilfen. Diese Entscheidung der Kommission wurde im Jahr 2002 wieder vom EuG aufgehoben. Die letzte noch immer gleichlautende positive Entscheidung der Kommission von 2004 wurde von SIDE ebenfalls beim EuG bekämpft und aufgehoben.

Auf der nationalen Ebene beantragte SIDE, die laufende Gewährung der Betriebsbeihilfen zugunsten von CELF einzustellen und die Rückerstattung der bereits geleisteten Betriebsbeihilfen anzuordnen. Dieser Antrag wurde allerdings zurückgewiesen. Infolgedessen bekämpfte SIDE diese Entscheidung bis zum Conseil d'Ètat.

[343] Centre d'exportation du livre francais.
[344] Societe internationale de diffusion et d'edition.

b. Rechtliche Probleme

Die bereits aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH einfach zu beantwortende Frage nach den Auswirkungen der nachträglich genehmigenden Positiventscheidungen durch die Kommission auf die formelle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe wird im vorliegenden Fall durch den fast unüberschaubaren Ablauf der Verfahren vor den europäischen Instanzen deutlich verkompliziert.

c. Kernaussagen

Ausgehend von der bisherigen Judikaturlinie (FNCE – Cenemesa – Italgrandi – SFEI – van Calster – Transalpine Ölleitung) bestätigt der EuGH auch im vorliegenden Fall seine Rechtsprechung zum Ausschluss der rückwirkenden Heilung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot.[345]

Außerdem stellt der EuGH erneut klar, dass die komplette Rückforderung einer formell rechtswidrigen Beihilfe nach einer positiven Kommissionsentscheidung möglich aber nicht zwingend ist. So können insbesondere die Klagen auf Schadenersatz oder die Zahlung der Zinsen für die Dauer der formellen Rechtswidrigkeit ebenfalls zu einer effektiven Beseitigung der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit führen.[346]

Schließlich hält der EuGH fest, dass die nachträgliche Nichtigerklärung einer positiven Kommissionsentscheidung die Wirkungen dieser Genehmigungsentscheidung rückwirkend (*ex tunc*) beseitigt, sodass die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Beseitigung von Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit – unter anderem auch in Bezug auf die Höhe der Rückerstattung – auch für die Zeiträume zwischen der Genehmigung durch die Kommission und der Aufhebung durch das EuG gilt.[347]

---

[345] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 33-41.
[346] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; der EuGH bestätigte diesen Ansatz mit dem Urteil EuGH 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom*, Slg. 2008, I-10393, Rz. 28 ff, mit dem Zusatz, dass die formelle Rechtswidrigkeit das nationale Gericht nicht daran hindert, in einem Streit zwischen dem Beihilfeempfänger und der staatlichen Stelle über die Höhe der Beihilfe zu entscheiden.
[347] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 61-69.

d. Konsequenzen für die Praxis

Wie der Generalanwalt Mazák ganz zutreffend ausführt, stellt die durch den Verstoß gegen das Durchführungsverbot bewirkte formelle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe gerade keinen bloßen Verfahrensfehler dar, der durch die nachträgliche positive Entscheidung der Kommission geheilt werden könnte. Das Durchführungsverbot stellt vielmehr einen Eckpfeiler der Beihilfeaufsicht dar, weshalb gegen derartige Verstöße mit abschreckenden Sanktionen vorzugehen ist.[348] Aufgrund des hohen Stellenwerts des Durchführungsverbots bezweifelt Generalanwalt Mazák die Wirksamkeit der Zahlung von Zinsen oder des Schadenersatzes als Alternativen zu der Anordnung der Rückerstattung der Beihilfe. Der Anspruch auf Schadenersatz ist nämlich insbesondere wegen der Schwierigkeiten bei der Beweisführung in Bezug auf das Vorliegen eines Schadens und der Kausalität nur von geringer praktischer Bedeutung.[349]

Allerdings wird diese strenge Auslegung des Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV durch den Generalanwalt Mazák vom EuGH nicht geteilt.[350] Einleitend sei jedoch darauf hinzuweisen, dass diese (scheinbare) Änderung der Rechtsprechung vorwiegend nur solche Beihilfen betrifft, die von der Kommission (trotz der nachträglichen Aufhebung der Entscheidungen durch das EuG) genehmigt worden sind. Der EuGH hält die Zahlung von Zinsen für eine ausreichende Maßnahme, weil der Zweck des Durchführungsverbots darin besteht, die negativen Wettbewerbswirkungen aufgrund vorzeitig durchgeführter Beihilfen zu vermeiden. Einen weitergehenden Schutzzweck, wie etwa Sanktionen, deren Ziel es wäre, abschreckende Wirkung zu entfalten oder die Einhaltung der Anmeldepflicht zu sichern, hat das Durchführungsverbot nicht.[351]

Abgesehen von der Bestätigung der bisherigen ständigen Rechtsprechung zur Heilung der formellen Rechtswidrigkeit, konkretisiert der EuGH auch die Reichweite des zeitlichen Geltungsbereiches vom Durchführungsverbot:

---

[348] Schlussanträge GA Mazák 24.05.2007, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2007, I-469, Rz. 31.
[349] *Jaeger,* ecolex 2008, 487.
[350] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53.
[351] *Beiter/Jaeger,* ecolex 2010, 505; *Bartosch,* EuZW 2008, 240; *Koenig/Hellstern*, EuZW 2011, 707.

- Das Ende des zeitlichen Anwendungsbereichs vom Durchführungsverbot setzt der EuGH mit der abschließenden unangefochtenen Entscheidung der Kommission fest. Mit der positiven Entscheidung der Kommission fallen nämlich sowohl das Durchführungs- als auch das Beihilfeverbot weg. Da die abschließende Entscheidung der Kommission jedoch innerhalb von zwei Monaten vor dem EuG wegen Nichtigkeit angefochten werden kann, dürfen die Mitgliedstaaten für die Dauer von diesen zwei Monaten das einstweilen genehmigte Beihilfevorhaben nicht durchführen.[352]

- Wird innerhalb dieser Zweimonatefrist keine Nichtigkeitsklage erhoben, so dürfen die Mitgliedstaaten das Beihilfevorhaben nach Ablauf dieser Frist durchführen. Wird jedoch innerhalb dieser Zweimonatsfrist die Nichtigkeitsklage erhoben, so muss mE der Ausgang des Verfahrens vor dem EuG abgewartet werden. Wird der Nichtigkeitsklage nicht stattgegeben, so bleibt der Wegfall des Durchführungsverbots unberührt. Wird die Kommissionsentscheidung hingegen vom EuG für nichtig erklärt, so wirkt sich die Nichtigkeit *ex tunc* auf die positive Kommissionsentscheidung aus, sodass der Mitgliedstaat bis zu einer weiteren positiven Entscheidung der Kommission das Beihilfevorhaben nicht durchführen darf.[353]

Diese strenge Auslegung des EuGH akzentuiert die Bedeutung des Durchführungsverbots im System der Beihilfekontrolle. Denn bereits das Ausgangsverfahren zeigt deutlich, dass eine solche Sichtweise dazu führen kann, dass ein Beihilfevorhaben über Jahrzehnte nicht durchgeführt werden kann, bzw. dass der Mitgliedstaat im Falle der Durchführung des Beihilfevorhabens vor dem Ablauf des Nichtigkeitsverfahrens in seinem Vertrauen auf die formelle Rechtmäßigkeit der Beihilfe nicht geschützt wird.[354] Abgeschwächt wird diese strenge Auslegung durch die Mäßigung der Rechtsfolgen der formellen Rechtswidrigkeit in dem Sinne, dass nur die Zahlung der Zinsen oder ein allfälliger Schadenersatzanspruch als hinreichend angesehen werden. Dies entspricht auch

[352] Schlussanträge GA Mazák 24.05.2007, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2007, I-469, Rz. 47.
[353] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 63; *Bartosch,* EuZW 2008, 237.
[354] Im Falle CELF wurde die Beihilfe dreimal durch die Kommission genehmigt und dreimal vom EuG aufgehoben. Die erste Kommissionsentscheidung wurde am 18.05.1993 erlassen, das mittlerweile dritte Urteil des EuG 15.04.2008, T-348/04, *SIDE III*, Slg. 2008, II-625, Rz. 138.

insofern bereits dem juristischen "*common sense*", als vermieden werden soll, dass eine nachträglich genehmigte formell rechtswidrige Beihilfe zur Gänze rückerstattet und in der nächsten juristischen Sekunde wieder gewährt wird. Ob dies einen Anreiz für die Mitbewerber des Beihilfeempfängers schafft, durch die Erhebung einer Nichtigkeitsklage die Durchführung von Beihilfevorhaben missbräuchlich hinauszuzögern, hat sich allerdings in der Praxis noch nicht gezeigt.[355]

Die nationalen Gerichte sind für den Fall, dass eine formell rechtswidrige Beihilfe nachträglich genehmigt wird verpflichtet, die Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen.[356] Dies hat einen entscheidenden Einfluss auf die Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die formell rechtswidrige Beihilfe.[357]

Einzelne Stimmen in der Lehre werten die Entwicklung in der Rechtssache CELF I nicht als eine Revision, sondern eher als eine logische sowie konsequente Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung. Es ist nämlich zwischen zwei wesentlichen Stadien zu unterscheiden, und zwar zwischen dem Stadium vor und dem Stadium nach der abschließenden positiven Kommissionsentscheidung. Eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Rückforderung des gesamten Beihilfebetrages besteht nämlich erst in dem zweiten Stadium nicht, weil ein unnötiges "*Hin- und Hergewähren*" der Beihilfe verhindert werden soll.[358]

[355] In diesem Sinne vgl. *Jaeger,* ecolex 2008, 485.
[356] *Beiter/Jaeger,* ecolex 2010, 506.
[357] *Bartosch,* EuZW 2008, 239.
[358] *Heidenhain*, EuZW 2008, 324.

8. EuGH, Urt. v. 11.03.2010 – Rs. C-1/09 – CELF II

a. Sachverhalt

Der Sachverhalt der Rechtssache CELF II knüpft unmittelbar an das nationale Folgeverfahren von CELF I an. Aus dem Anlass der erneuten Nichtigerklärung der mittlerweile dritten positiven Kommissionsentscheidung stellten sich aus Sicht des Conseil d'etat weitere Fragen, die zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens geführt haben.

b. Rechtliche Probleme

Aufgrund der langjährigen Aufeinanderfolge von positiven Kommissionsentscheidungen und deren Aufhebungen durch das EuG stellte sich erneut die Frage nach der Pflicht/Berechtigung der nationalen Gerichte, in solchen Sachverhaltskonstellationen das Verfahren bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission auszusetzen.[359]

c. Kernaussagen

Die Entscheidung des EuG, mit der die abschließende Kommissionsentscheidung *ex tunc* aufgehoben wird, bewirkt, dass das vorerst genehmigte Beihilfevorhaben rückwirkend nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar gilt. Somit wird das nationale Gericht vor die Situation gestellt, dass es über das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot selbst entscheiden muss, obwohl die Kommission über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt noch nicht entschieden hat.[360] In einer solchen Situation ist das nationale Gericht nach dem Urteil in der Rechtssache SFEI verpflichtet, das nationale Verfahren gerade nicht auszusetzen.[361] Die besondere Situation der drei aufeinanderfolgenden Aufhebungen der positiven Kommissionsentscheidungen beeinflusst somit in keiner Weise die Kompetenzen und Pflichten des nationalen Gerichts.

Denn das Abwarten der abschließenden Kommissionsentscheidung würde eine zeitliche Schutzlücke kreieren, in der die formell rechtswidrige Beihilfe ihre

[359] Wie bereits in der Rechtssache SFEI – siehe oben 3.
[360] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 25.
[361] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 44-50, 53.

wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen uneingeschränkt entfalten könnte. Die Aussetzung des nationalen Verfahrens würde eine klare Verletzung des "effet utile" Prinzips und des Effektivitätsgrundsatzes darstellen.[362]

Auch aus diesem Grund sind die nationalen Gerichte zu einer unverzüglichen Entscheidung verpflichtet, insbesondere wenn (i) die Qualifizierung der Maßnahme als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist, (ii) die Durchführung der Beihilfe unmittelbar bevorsteht, und (iii) keine außergewöhnlichen Umstände die Rückforderung als unangemessen erscheinen lassen.[363]

d. Konsequenzen für die Praxis

Das nationale Gericht muss neben der Zahlung von Zinsen bei Vorliegen von Voraussetzungen auch sofortige Schutzmaßnahmen anordnen.[364] Die nationalen Gerichte sind nämlich verpflichtet, zugunsten der Einzelnen sämtliche Konsequenzen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot, und zwar sowohl in Bezug auf die Gültigkeit der Durchführungsakte als auch im Hinblick auf die Rückerstattung der formell rechtswidrig gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventuell vorläufige Maßnahmen anzuordnen.[365]

Die nationalen Gerichte sind somit verpflichtet, unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Sachverhaltes sämtliche Schutzmaßnahmen anzuordnen, um sicherzustellen, dass der Beihilfeempfänger bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission keine wirtschaftlichen Vorteile aus der Beihilfe zieht.[366] Zur Verwirklichung dieses Zwecks kann es erforderlich sein, bei durchgeführten aber noch nicht gewährten Beihilfen[367] eine Unterlassungsanordnung zu treffen. Bei bereits gewährten Beihilfen bietet sich insbesondere die Anordnung der Rückzahlung nebst Zinsen bzw. der Einzahlung

[362] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 34.
[363] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 36.
[364] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 36.
[365] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 40.
[366] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 30.
[367] D.h. einer Beihilfe, auf die der Beihilfeempfänger kraft Gesetzes oder aufgrund eines Vertrages einen bindenden und unbedingten Anspruch hat, die jedoch beispielsweise noch nicht ausbezahlt wurde.

der Beihilfen auf ein Sperrkonto an. Dies hindert die nationalen Gerichte jedoch nicht daran, härtere oder zusätzliche Maßnahmen anzuordnen.[368]

Mit den nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten müssen die negativen Wettbewerbswirkungen beseitigen werden. Eine allfällige Abschreckungswirkung oder sonstige generalpräventive Wirkungen hat das Durchführungsverbot nicht.[369]

Mit diesem Urteil hat der EuGH einen neuen Weg eingeschlagen. So stellt der EuGH nunmehr klar, dass mit den nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten die negativen Wettbewerbswirkungen neutralisiert werden sollen.[370]

[368] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 37.
[369] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 47; EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 29.
[370] *Beiter/Jaeger,* ecolex 2010, 508.

9. EuGH, Urt. v. 08.12.2011 – Rs. C-1/09 – Residex

a. Sachverhalt

Der Investmentberater Residex erwarb Aktien an der MD Helicopters Holding NV mit der Option, die Aktien an ihre Muttergesellschaft zurückverkaufen zu können. Nach dem Ablauf von zwei Jahren entschied sich Residex, die Verkaufsoption auszuüben. Da jedoch die Muttergesellschaft – wegen der schweren finanziellen Lage – nicht in der Lage war, den Kaufpreis vollständig zu bezahlen, wandelten Residex und die Muttergesellschaft die Kaufpreisschuld in ein Darlehen um, für das sich die Gemeinde Rotterdam verbürgt hat. Als sich die Zahlungsunfähigkeit der Muttergesellschaft herausgestellt hat, nahm Residex die Gemeinde Rotterdam aus der Bürgschaft in Anspruch. Diese weigerte sich jedoch zu zahlen und berief sich dabei auf die Nichtigkeit der Bürgschaft wegen des Verstoßes gegen Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV.

b. Rechtliche Probleme

Die zentrale Frage des vorliegenden Verfahrens war, ob sich eine staatliche Stelle als Bürge auf die Nichtigkeit der Bürgschaft wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot berufen kann, und ob die nationalen Gerichte zur Nichtigerklärung der Bürgschaft nur berechtigt bzw. sogar verpflichtet sind.

c. Kernaussagen

Aus der bisherigen Judikaturlinie[371] zieht der EuGH zunächst den Schluss, dass die nationalen Gerichte befugt sind, gegen eine formell rechtswidrige Beihilfe sämtliche Schutzmaßnahmen anzuordnen, die unter anderem auch die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Bürgschaft betreffen. Die nationalen Gerichte sind somit befugt, beim Vorliegen der Voraussetzungen eine formell rechtswidrige Bürgschaft für nichtig zu erklären.[372]

Ob die Nichtigerklärung der Bürgschaft zwingend vorzunehmen ist, richtet sich ausschließlich nach dem nationalen Recht. Ist die Nichtigerklärung im konkreten

[371] FNCE – SFEI – van Calster – Transalpine Ölleitung – CELF.
[372] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 31.

Fall nach nationalem Recht das effizienteste Mittel, so muss die Bürgschaft für nichtig erklärt werden.[373]

d. Konsequenzen für die Praxis

Der EuGH und die Generalanwältin Kokott treffen im Urteil Residex in Bezug auf die Nichtigkeit als Form der "*Beeinträchtigung der Gültigkeit von Durchführungsrechtsakten*" mehrere klärende Aussagen. Zunächst erörtert die Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen die einzelnen Gründe aus denen man die Nichtigkeit der Bürgschaft – für den Fall, dass nur der Kreditnehmer marktunüblich begünstigt wird – im Hinblick auf den Zweck des Durchführungsverbots ableiten könnte. Nun sollen einzelne verallgemeinerungsfähige Überlegungen kurz dargestellt werden:[374]

- Aus dem Äquivalenzgrundsatz alleine kann die Nichtigkeit der Bürgschaft nicht abgeleitet werden. Der Äquivalenzgrundsatz ordnet lediglich an, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung des Unionsrechts ebenso wirksam sein müssen, wie eben Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung von entsprechenden nationalen Ansprüchen. Da jedoch weder Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV noch die Rechtsprechung die Nichtigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfen anordnen, kann der Äquivalenzgrundsatz nicht als Rechtsgrundlage für die Nichtigkeit von solchen Verträgen herangezogen werden.[375]

- Stellt die Nichtigerklärung das wirksamste Mittel zur Verhinderung der weiteren Durchführung der formell rechtswidrigen Beihilfe, so stellt dies ein starkes Argument für die Nichtigerklärung der betreffenden Verträge.[376]

- Ferner trifft die Sorgfaltspflicht im Hinblick auf die Einhaltung des Durchführungsverbots nur den Beihilfegeber und kann auf weitere Betroffene (etwa Kreditgeber) nicht ausgedehnt werden. Sonst würde es nämlich zu einer Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos vom Mitgliedstaat

[373] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 48.
[374] Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 37 ff.
[375] Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 45-50.
[376] Implizit aus Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 57.

und Beihilfeempfänger auf andere Betroffene kommen und den Mitgliedstaaten wäre der Anreiz zur Beachtung des Durchführungsverbots weggenommen.[377]

- Der Beihilfegeber kann sich somit nur gegenüber dem Beihilfeempfänger auf die formelle Rechtswidrigkeit der von ihm gewährten Beihilfe berufen. Dritten steht nämlich in solchen Fällen die Arglisteinrede (venire contra factum proprium) zur Verfügung.[378]

Ist hingegen neben dem Kreditnehmer auch der Kreditgeber durch die formell rechtswidrige Beihilfe begünstigt worden, so stellt die Nichtigerklärung der Bürgschaft ein wirksames Mittel dar, um dem Beihilfeempfänger den wirtschaftlichen Vorteil zu entziehen. Ferner verunmöglicht die Aufhebung der Bürgschaft die Durchführung der Beihilfe und verhindert, dass die Beihilfe gewährt wird.[379]

Die Rechtsfolgen beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot richten sich nach nationalem Recht, wobei die Gerichte neben den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts folgende Aspekte berücksichtigen müssen:

- Besonderheiten des konkreten Falles;

- Empfänger der Beihilfe (etwa Kreditnehmer oder Kreditgeber);[380]

Quasi-Verhältnismäßigkeitsprüfung:

- Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Durchführung der Beihilfe als Hauptziel der Rückforderung und indirekt des Durchführungsverbots;[381]

- Erforderlichkeit der Rechtsschutzmöglichkeit zur Erfüllung des Hauptziels;[382]

- Geeignetheit der Rechtsschutzmöglichkeit zur Erfüllung des Hauptziels;[383]

[377] Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 63 mwN.
[378] Vgl. *Quardt,* BRZ 2012, 7 f mwN.
[379] Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 76 ff.
[380] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 43.
[381] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 34.
[382] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 45.

- Wahl der mildesten zum Hauptziel führenden Rechtsschutzmöglichkeit (Verhältnismäßigkeit ieS).[384]

[383] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 46.
[384] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 47,49.

IV. Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Gültigkeit privatrechtlicher Rechtsakte

A. Nichtigkeit – allgemeiner Teil

Im Rahmen dieser Arbeit sollen[385] ausschließlich die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf Rechtsakte des Privatrechts durchleuchtet werden. Darüber hinaus sollen jedoch im Hinblick auf die weite Interpretation des Beihilfebegriffes[386] durch die Kommission und die Unionsgerichte sowie die kaum überschaubare Fülle an verschiedenen Formen privatrechtlicher Ausgestaltung von Beihilfen[387] nur einzelne Typen von Rechtsgeschäften einer tiefer gehenden Untersuchung unterzogen werden.

Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt die Durchführung einer Beihilfe in einfachsten Fällen mittels eines schuldrechtlichen Vertrages zwischen dem Staat und dem Beihilfeempfänger. In vielen Fällen legen jedoch den Beihilfen komplexe Vertragskonstrukte mit einer Vielzahl von Parteien zugrunde.[388]

Bei der privatrechtlichen Ausgestaltung der Beihilfe ist auf das rechtsgeschäftliche Verhältnis zwischen den Vertragsparteien das Privatrecht – also insbesondere ABGB in Österreich und BGB in Deutschland anzuwenden – dessen Regeln durch das Verwaltungsprivatrecht modifiziert werden können.[389]

Dieses Kapitel widmet sich den Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die rechtsgeschäftliche Grundlage von Beihilfen. Dabei soll in erster Linie auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit eingegangen werden. Die Auseinandersetzung mit dieser Problematik erfolgt dabei in zwei Schritten:

- Zunächst stellt sich nämlich die Frage, wie sich der Verstoß gegen das Durchführungsverbot generell auf die Rechtswirksamkeit eines Rechtsgeschäfts und insbesondere auf die Rechte und Pflichten der

[385] Nicht zuletzt aufgrund des Umstandes, dass Beihilfen in Österreich vorwiegend im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt werden – *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 803, 870 ff.
[386] Siehe dazu ausführlich oben II. A. D.
[387] Siehe dazu ausführlich oben II. A. D. 6.
[388] Zur Zulässigkeit der privatrechtlichen Ausgestaltung der Beihilfegewährung *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 870; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 73.
[389] OGH 26.01.2000, 7 Ob 187/99x.

Vertragsparteien auswirkt.[390] Hierbei ist allgemein auf Rechtsgeschäfte einzugehen, ohne eine Unterscheidung nach den konkreten Vertragstypen vorzunehmen. Sollte die Prüfung ergeben, dass die formelle Rechtswidrigkeit zu einer Nichtigkeit oder sonstigen Rechtsunwirksamkeit des Vertragsverhältnisses führt, werden auch die bereicherungsrechtlichen Folgen zu analysieren sein (*allgemeiner Teil*).

- Anschließend sollen besondere Formen der rechtsgeschäftlichen Beihilfegewährung, wie insbesondere staatliche Bürgschaften sowie Kapitalerhöhungen des Staates wegen deren eigenartigen vertraglichen Konstruktionen[391] separat behandelt werden (*besonderer Teil*). Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, werden weitere Formen privatrechtlicher Beihilfegewährung nicht behandelt.

Wie bereits ausführlich dargestellt,[392] führt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH der Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu einer Beeinträchtigung der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen.[393] Die konkrete Rechtsfolge soll sich nach nationalem Recht richten.[394]

Es ist somit zu prüfen, welche Arten der "*Beeinträchtigung der Gültigkeit*" von privatrechtlichen Verträgen die österreichische Rechtsordnung kennt, und welche aus unionsrechtlicher Sicht als geboten erscheinen. In erster Linie soll daher untersucht werden, ob die Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB (bzw. § 134 BGB)[395] eine effiziente Rechtsfolge darstellt.

Vorab soll noch klargestellt werden, dass obwohl in diesem Kapitel zur Bezeichnung der rechtsgeschäftlichen Grundlage einer Beihilfe verschiedene Ausdrucke verwendet werden (wie etwa "*Beihilfevertrag*", "*beihilfegewährendes Rechtsgeschäft*" bzw. "*das der Beihilfe zugrunde liegende Rechtsgeschäft*" usw.),

---

[390] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 1078.
[391] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 73.
[392] Siehe oben III. B. 2.
[393] Grundlegend EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[394] EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 9.
[395] Die Heranziehung der Judikatur und des Schrifttums zu der deutschen Parallelbestimmung des § 134 BGB ist mit der dogmatischen Vergleichbarkeit zu rechtfertigen. Darüber hinaus rekurrieren auch der OGH bzw. die Lehre nicht selten auf das deutsche Schrifttum sowie Rechtsprechung zu dieser Rechtsnorm.

mit diesen die privatrechtlichen Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen gemeint sind.

1. Allgemeines

Als eine grundlegende Einschränkung der Privatautonomie,[396] normiert § 879 ABGB für den Fall, dass ein Vertrag gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, die Nichtigkeit dieses Vertrages an.[397] Die Nichtigkeit soll dabei nicht bei jedem Gesetzesverstoß eintreten, sondern nur dann, wenn die Nichtigkeitsfolge vom Gesetz ausdrücklich angeordnet ist oder sich diese aus dem Normzweck ergibt.[398]

Somit muss zunächst untersucht werden, ob Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV die Nichtigkeit bezweckt. Sollte das Durchführungsverbot die Nichtigkeit bezwecken, wäre anschließend in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche Reichweite diese hat.

Die deutsche Parallelbestimmung zu § 879 ABGB findet sich in § 134 BGB, der besagt, dass "*ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt*". Folglich kann die Nichtigkeit auch dann eintreten, wenn das Gesetz keine spezifische Rechtsfolge anordnet.[399]

§ 134 BGB ordnet die Nichtigkeit von gesetzwidrigen Rechtsgeschäften an, es sei denn, der Normzweck der gesetzlichen Regelung erfordert eine andere Rechtsfolge.[400] § 134 BGB beinhaltet nur die Rechtsfolgenanordnung und kommt nicht zur Anwendung, wenn die Nichtigkeitsfolge explizit anordnet ist.[401]

---

[396] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 1.
[397] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 60 ff.
[398] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 25; *Koziol/Welser,* ABGB[13], 175; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 3; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 3; ebenfalls OGH in ständiger Rechtsprechung seit OGH 11.01.1938, 3 Ob 817/37; zuletzt OGH 30.07.2009, 8 Ob 89/09k; *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 2; *Apathy/Riedler in Schwimann,* ABGB[3], § 879, Rz. 3.
[399] *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 2; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 2.
[400] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 1; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 2.
[401] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 3.

Nachfolgend soll untersucht werden, ob Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV als ein "*Gesetz*" iSd § 879 ABGB bzw. § 134 BGB qualifiziert werden kann. Sodann soll durchleuchtet werden, ob das Durchführungsverbot die Nichtigkeit bezweckt:

2. Durchführungsverbot als "*Gesetz*"

Zuallererst stellt sich die Frage, ob das Durchführungsverbot als "*Gesetz*" iSd § 879 ABGB bzw. § 134 BGB eingestuft werden kann.

Bei den § 879 ABGB und § 134 BGB (*Nichtigkeitsnormen*) ist von einem materiellen Gesetzesverständnis auszugehen, sodass nicht nur formelle[402] Gesetze und Verordnungen, "*Gesetze*" im Sinne dieser Nichtigkeitsnormen sein können.[403]

Ein "*Gesetz*" muss einen allgemeinen Geltungsanspruch haben. Das Recht der Europäischen Union ist ein Teil der nationalen Rechtsordnungen[404] und hat somit einen allgemeinen Geltungsanspruch.[405] Das unmittelbar anwendbare Unionsrecht kann daher als "*Gesetz*" qualifiziert werden.[406]

Dies hat auch der OGH[407] bezüglich unmittelbar anwendbarer Bestimmungen einer Richtlinie bejaht.[408] Die Normen des Unionsrechts gehen den entgegenstehenden nationalen Rechtsvorschriften vor.[409] Folglich sind die unmittelbar anwendbaren Normen des Unionsrechts als "*Gesetze*" zu qualifizieren.[410] Das Durchführungsverbot ist somit auch ein "*Gesetz*".[411] Denn

---

[402] D.h. in einem förmlichen nationalen Gesetzgebungsverfahren erlassene Gesetze und Verordnungen.
[403] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 19; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 3; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 77; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 16.
[404] *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 43; *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 8.
[405] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 30 f.
[406] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 37; *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 562.
[407] So der OGH 17.05.2004, 1 Ob 57/04w.
[408] EuGH 15.07.1964, 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1253.
[409] Vgl. dazu OGH 17.11.1999, 9 ObA 213/99k.
[410] OGH 17.05.2004, 1 Ob 57/04w; *Krassnigg,* ÖJZ 1996, 457 leitet dies als Größenschluss aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts ab.
[411] *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 43a.

dieses ist unmittelbar anwendbar und verleiht Einzelnen Rechte, auf die sich diese vor den nationalen Gerichten berufen können.[412]

Dieses Ergebnis untermauern auch die Grundsätze der praktischen Wirksamkeit ("effet utile" Prinzip) und des Vorrangs des Unionsrechts.[413]

Da die vorliegende Arbeit ausschließlich die Auswirkungen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot untersucht, soll auf die Qualifizierung einer Negativentscheidung als "*Gesetz*" nur in gebotener Kürze eingegangen werden:

- Das Beihilfeverbot gemäß Art 107 Abs 1 AEUV ist ein relatives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[414] Das Beihilfeverbot entfaltet keine unmittelbare Wirkung und bedarf einer Konkretisierung durch eine abschließende Entscheidung der Kommission. Die Konkretisierung des Beihilfeverbots erfolgt durch eine negative Kommissionsentscheidung. Mit einer positiven Kommissionsentscheidung fällt nämlich das Beihilfeverbot endgültig weg. Das Beihilfeverbot ist daher als mittelbares "*Gesetz*" zu qualifizieren[415] und in Verbindung mit der negativen Kommissionsentscheidung als ein unmittelbares "*Gesetz*" einzustufen.[416]

- Auch die deutsche Lehre wertet das Beihilfeverbot als konkretisierungsbedürftiges "*Gesetz*".[417]

Die beihilferechtliche Anmeldepflicht normiert kein eigenständiges Verbot und stellt eine reine Ordnungsvorschrift dar. Die Unterlassung der Anmeldung eines Beihilfevorhabens durch den Mitgliedstaat hat keine Folgen.[418]

---

[412] EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 8.
[413] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 37; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 6; *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB[5], § 134, Rz. 3.
[414] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 25.
[415] *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 107.
[416] OGH 17.05.2004, 1 Ob 57/04w.
[417] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 37.
[418] *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 562; es ist jedoch einleuchtend, dass in der Praxis die Nichtanmeldung und die Durchführung der Beihilfe fast immer zeitlich zusammenfallen.

3. Abhängigkeit der Nichtigkeitsfolge vom Normzweck

Der Verstoß gegen ein "*Gesetz*" führt nur dann zur Nichtigkeit, wenn diese explizit angeordnet oder bezweckt ist.[419]

Indizien bei der Beurteilung des Normzwecks liefert der Wortlaut des betreffenden "*Gesetzes*".[420]

a. Wortlaut

Gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV "*darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat*".[421]

Die Formulierung "*darf nicht durchführen*" bringt ein Verbot zum Ausdruck, was den ersten Indikator für die Nichtigkeit darstellt.[422]

Weitere Indizien für die Nichtigkeitsfolge liefert der Leitsatz aus der Rechtsprechung des EuGH, der besagt, dass die formelle Nichtigkeit die Gültigkeit von Durchführungsmaßnahmen beeinträchtigt.[423]

So leitet der BGH direkt aus diesem Leitsatz ab,[424] dass der Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Nichtigkeit zur Folge hat.[425]

Dieser Leitsatz impliziert, dass das Durchführungsverbot die Nichtigkeit bezweckt.[426] Dies untermauern auch die englische Fassung ("*validity*") und die französische Fassung ("*validité*") des Urteils. So entscheidet der EuGH im

---

[419] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht[13], Band I, 142; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 31; *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 8.

[420] *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 8; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 9.

[421] Hervorhebungen vom Autor.

[422] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 44 mwN; *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 10bb; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 9.

[423] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12; zuletzt bestätigt durch EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 28 f.

[424] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12 – "*Beeinträchtigung der Gültigkeit von Rechtsakten zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen*".

[425] BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09; BGH 10.02.2011, I ZR 213/08.

[426] *Steindorff in FS Mestmäcker*, Beihilfeverbote und nationales Privatrecht, 504; *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 563.

Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 267 lit b AEUV auch über die "*Gültigkeit*" (*Nichtigkeit*) von Handlungen der Unionsorgane, wobei derartige Entscheidungen der Nichtigerklärung gemäß Art 264 AEUV gleichkommen. Auch der französischen Rechtsordnung ist der Unterschied zwischen "*illégalite*" [Rechtswidrigkeit] und "*invalidité*" [Ungültigkeit] nicht fremd.[427]

b. Normzweck

Die Nichtigkeitsfolge richtet sich primär nach dem Zweck des Gesetzes. Die Nichtigkeit ist insbesondere dann geboten, wenn dadurch der Schutz von Individual- und Allgemeininteressen sichergestellt werden soll.[428]

Der Normzweck des Durchführungsverbots hängt mit dem Normzweck des Beihilfeverbotes zusammen.[429]

Das Beihilfeverbot bezweckt die Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs durch den Schutz des Wettbewerbs als Institution sowie der Wettbewerber des Beihilfeempfängers. Folglich bezweckt das Beihilfeverbot den Schutz von Allgemeininteressen.[430]

Das Durchführungsverbot soll in diesem Zusammenhang verhindern, dass materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden,[431] und schützt somit den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[432]

Eine Wettbewerbsverzerrung entsteht jedenfalls dann, wenn dem Beihilfeempfänger eine materiell rechtswidrige Beihilfe gewährt wird. Allerdings hat bereits die Gewährung einer formell rechtswidrigen Beihilfe wettbewerbsverfälschende Wirkungen. Denn durch die formell rechtswidrige

---

[427] *Pechstein*, EuZW 1998, 496; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 79; aA *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 202; *Wöllik in Jaeger,* Jahrbuch Beihilferecht 2008, 350; *Pütz*, Beihilfeverbot, 50.
[428] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 41.
[429] *Heidenhain in Heidenhain*, State Aid Law, § 1, Rz. 9.
[430] *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rz. 24; *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 177.
[431] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[432] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

Beihilfegewährung erhält der Beihilfeempfänger einen "*Zeitvorteil*"[433] und unter Umständen einen "*Rangvorteil*"[434] also insgesamt einen Wettbewerbsvorsprung, den er ansonsten nie erlangt hätte.[435]

Folglich dient auch das Durchführungsverbot öffentlichen Interessen, indem es verhindert, dass der Beihilfeempfänger einen Wettbewerbsvorteil erlangt, den er aus einer formell und materiell rechtmäßigen Beihilfe nicht ziehen könnte.[436]

Zudem bezweckt das Durchführungsverbot im Falle einer rechtswidrigen Beihilfegewährung die Wiederherstellung der Wettbewerbsbedingungen vor der Beihilfegewährung. Folglich müssen dem Beihilfeempfänger sämtliche Vorteile aus der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung entzogen werden.[437]

Das Durchführungsverbot ist somit auch keine bloße Ordnungsvorschrift.[438] Eine Ordnungsvorschrift bezweckt nämlich nur die Beachtung eines bestimmten Verfahrens. Das Durchführungsverbot hingegen bezweckt den Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber des Beihilfeempfängers vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[439]

Auch nach der Auffassung des BGH ist der Verstoß gegen das Durchführungsverbot ein formeller Verstoß mit einer materiell-rechtlichen Komponente. Diese materiell-rechtliche Komponente leitet der BGH aus dem Umstand ab, dass das Durchführungsverbot zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen die Durchführung nicht-genehmigter Beihilfen blockieren soll.[440]

---

[433] Weil das manchmal weit über zwei Jahre dauernde Beihilfeaufsichtsverfahren nicht abgewartet werden muss.
[434] Weil vor der abschließenden positiven Kommissionsentscheidung nicht feststeht, ob der Beihilfeempfänger die Beihilfe überhaupt erhält bzw. ob diese nicht in dem ursprünglichen Ausmaß, sondern nur unter Auflagen genehmigt wird.
[435] *Remmert*, EuR 2000, 476.
[436] *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 562.
[437] *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 565; *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 323.
[438] *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 76; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 13.
[439] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 78; *Wöllik in Jaeger,* Jahrbuch Beihilferecht 2008, 347.
[440] BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH 10.02.2011, I ZR 213/08*;* BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

Schließlich ergibt sich der Normzweck auch aus der systematischen Interpretation.[441] Das europäische Beihilferecht ist ein Bestandteil des Europäischen Wettbewerbsrechts. Diese Bestimmungen ordnen die Nichtigkeit an[442] bzw. die Nichtigkeit ergibt sich aus dem Normzweck dieser Bestimmungen.[443] Das Durchführungsverbot bezweckt somit auch in Anbetracht systematischer Überlegungen die Nichtigkeit.[444]

Der Normzweck des Durchführungsverbotes fordert die Nichtigkeit.[445]

c. Exkurs: Normadressaten

Nach einer Auffassung in der Lehre soll die Nichtigkeit des Vertrages dann nicht greifen, wenn sich das Verbot nur an eine Vertragspartei richtet.[446] Da die Normadressaten des Durchführungsverbots nur die Mitgliedstaaten und nicht die Beihilfeempfänger sind, vertreten manche Autoren die Auffassung, dass das Durchführungsverbot keine Nichtigkeit zur Folge haben kann.[447]

Dieser Grundsatz kann jedoch im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot keinesfalls zur Anwendung kommen. Denn dieser Grundsatz setzt das Vorliegen einer schutzwürdigen Vertragspartei voraus, die über das rechtliche Schicksal des Rechtsgeschäfts entscheiden soll. Dies ist mE bei formell rechtswidrigen Beihilfen nicht der Fall. Das Durchführungsverbot dient nämlich nicht dem Schutz des Beihilfeempfängers. Vielmehr verbietet das Durchführungsverbot den Mitgliedstaaten, Beihilfen vor der abschließenden

---

[441] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 49.
[442] Art 101 Abs 2 AEUV.
[443] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 37; vgl. dazu *Holzinger*, Marktmissbrauch und Nichtigkeit, 39 ff.
[444] AA *Pütz*, Beihilfeverbot, 50 f.
[445] *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 43 mwN.
[446] *Heinrichs in Palandt,* Bürgerliches Gesetzbuch[71], § 134, Rz. 9; von manchen Autoren wird hingegen diese Rechtsauffassung im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH völlig verworfen – vgl. *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 35 mwN; *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 11; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 11; *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB[5], § 134, Rz. 8; *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 48; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 348, 353; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13], 175; *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB[3], § 879, Rz. 3; ähnlich*; Iro,* JBl 1987, 7, aA – *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 34; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 6.
[447] *Scherer/Schödermeier,* ZBB 1996, 184; *Frisinger/Behr,* RIW 1995, 712; *Schütte/Kirchhof,* EWS 1996, 191; anderer Meinung sind hingegen *Steindorf,* EuZW 1997, 7 ff; *Wenig in Groeben/Thiesing/Ehlermann,* EWG-Kommentar[4], Art 93, Rz. 56; vgl. auch *Schmidt-Kötters in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 56, Rz. 34.

Genehmigung zu gewähren und den Beihilfeempfängern diese entgegenzunehmen.[448] Das Durchführungsverbot dient ausschließlich dem Schutz der Wettbewerber des Beihilfeempfängers und des Wettbewerbs als Institution.[449]

Hätte es der Beihilfeempfänger in der Hand zu entscheiden, ob das der formell rechtswidrigen Beihilfe zugrunde liegende Rechtsgeschäft wirksam bleiben soll, wäre es dem Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber nicht im Geringsten Genüge getan. Denn einzig und allein der Beihilfeempfänger profitiert von der durch die rechtswidrige Beihilfegewährung bewirkten Wettbewerbsverzerrung. Der Beihilfeempfänger erhält einen marktunüblichen Vorteil, der den Staat belastet und die Wettbewerber benachteiligt, sodass ein Beihilfeempfänger immer auf der Wirksamkeit des Vertrages beharren würde. Eine entgegengesetzte Sichtweise widerspräche schon dem Grundgedanken der Beihilfeaufsicht und entnähme dem Durchführungsverbot jegliche praktische Wirksamkeit. Der Umstand, dass der Normadressat des Durchführungsverbots nur der Mitgliedstaat und daher nur eine Vertragspartei ist, kann den Wegfall der Nichtigkeitsfolge nicht rechtfertigen.[450]

Diese Auffassung vertritt auch der BGH, und zwar ohne dabei auf den Schutzbereich des Durchführungsverbots zu rekurrieren.[451]

Laut BGH ist fraglich, ob nicht auch der Beihilfeempfänger vom Adressatenkreis des Durchführungsverbots erfasst ist. Dies deshalb, weil ein freier Wettbewerb im Binnenmarkt ohne Einbeziehung der unrechtmäßig Begünstigten in den Anwendungsbereich des Gesetzes nicht verwirklicht werden kann. Allerdings lässt der BGH offen, ob der Beihilfeempfänger in den Adressatenkreis des

[448] Obwohl sich das Durchführungsverbot explizit nur an die Mitgliedstaaten richtet, kann ein Beihilfeempfänger auf die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe nicht vertrauen, wenn diese unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt wurde, woraus sich ableiten lässt, dass auch die Entgegennahme der Beihilfe nach der Auffassung des EuGH verpönt ist – vgl. dazu EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25; EuGH 20.09.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Rz. 13f.

[449] *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 177.

[450] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 80.

[451] BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH 10.02.2011, I ZR 213/08*;* BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

Durchführungsverbots einzubeziehen ist.[452] Denn nach der ständigen Judikatur des BGH ist anerkannt, dass ein Gesetz unabhängig vom Adressatenkreis die Nichtigkeit bezweckt, wenn der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist.[453]

Gerade dies ist beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot der Fall, weil dieses verhindern soll, dass eine Beihilfe vor der abschließenden Genehmigung gewährt wird. Diesem Zweck ist nur dann entsprochen, wenn sich jeder Betroffene auf die Nichtigkeit berufen kann.[454] Eine gegenteilige Auffassung würde das Durchführungsverbot seiner praktischen Wirksamkeit berauben.[455]

ME ist der Auffassung des BGH beizupflichten. Darüber hinaus kann mE dem Beihilfeempfänger die Beachtung des Durchführungsverbots durchaus zugemutet werden. Wegen des fehlenden Vertrauensschutzes ist es diesem nämlich verboten, eine formell rechtswidrige Beihilfe entgegenzunehmen.[456] Dies wird damit begründet, dass der Beihilfeempfänger nicht auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfe vertrauen kann, wenn diese von der Kommission nicht abschließend genehmigt wurde.[457]

Obwohl die Beihilfeempfänger das Beihilfevorhaben bei der Kommission nicht anmelden können, verfügen die Unternehmen über die Möglichkeit, die Annahme der formell rechtswidrigen Beihilfe zu verweigern. Fraglich ist nur, ob der EuGH eine derartige Ausweitung des Adressatenkreises billigen würde.[458]

Nach der Gegenauffassung können die Beihilfeempfänger in den Adressatenkreis des Durchführungsverbots nicht miteinbezogen werden, weil diese im

---

[452] BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 447; zustimmend *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 563; vgl. auch BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12.

[453] So insb. BGH 30.04.1992, III ZR 151/91; BGH, 22.10.1998, VII ZR 99/97 – diese Rechtsauffassung ist auch in der Lehre auf weitgehende Anerkennung gestoßen – *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 74bb.

[454] BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 447; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12.

[455] *Koenig*, EuZW 2003, 417.

[456] Vgl. dazu *Jaeger,* ecolex 2006, 804.

[457] Vgl. EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25; EuGH 20.09.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Rz. 14.

[458] Vgl. dazu EuG 12.05.2011, T-267/08 und T-279/08, *Région Nord-Pas-de-Calais,* Slg. 2011, Rz. 71.

Beihilfeaufsichtsverfahren nur eine schwache Position haben.[459] Diese Auffassung überzeugt jedoch mE nicht, weil die Beihilfeempfänger trotz ihrer schwachen Position im Beihilfeaufsichtsverfahren die Annahme der formell rechtswidrigen Beihilfe ablehnen können. Ohne Mitwirkung der Beihilfeempfänger kann die Beihilfe nicht durchgeführt werden.

Trotz der Einseitigkeit des Durchführungsverbots hat mE ein Verstoß gegen dieses Verbot die Nichtigkeit zur Folge. Denn zum einen ist der Beihilfeempfänger nicht schutzwürdig und zum anderen schützt das Durchführungsverbot überwiegende Interessen der Allgemeinheit.

d. Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund sprechen mE die besseren Gründe dafür, dass das Durchführungsverbot die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bezweckt.[460]

[459] *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 203.
[460] Vgl. dazu BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH 10.02.2011, I ZR 213/08*;* BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

4. Arten von Rechtsgeschäften und Culpa in Contrahendo

§ 879 Abs 1 ABGB spricht nur von Verträgen, ohne diese zu definieren. Nach der herrschenden Auffassung fallen unter diesen Tatbestand sämtliche privatrechtliche Verträge, einschließlich einseitiger Rechtsgeschäfte[461] und unter Umständen auch öffentlich-rechtliche Verträge sowie privatrechtliche Beschlüsse.[462]

In simpelsten Fällen werden Beihilfen mittels zweiseitiger Rechtsgeschäfte gewährt. Da es bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe nicht auf die konkrete Form, sondern auf die Wirkung der Maßnahme ankommt,[463] kann die Beihilfe auch in der Form von einseitigen Rechtsgeschäften gewährt werden.[464] Solche Rechtsgeschäfte fallen auch in den Anwendungsbereich von § 879 ABGB und § 134 BGB.[465]

Die beihilfegewährenden Rechtsgeschäfte sind in der Regel entgeltliche Geschäfte, können allerdings ausnahmsweise als entgeltfremde Geschäfte ausgestaltet werden.[466] Diese Unterscheidung spielt allerdings nur bei der Rückabwicklung der beihilfegewährenden Rechtsgeschäfte eine Rolle.[467]

In diesem Zusammenhang gelten grundsätzlich auch die Regeln über das vorvertragliche Schuldverhältnis (*Culpa in contrahendo*).[468] Verletzt eine der Parteien ihre vorvertraglichen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten, kann die andere Partei einen Anspruch auf den Vertrauensschaden geltend machen.[469]

---

[461] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 4; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 1; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 3; *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB[5], § 134, Rz. 2.

[462] *Mayer-Maly in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[3], § 134, Rz. 26; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 10 f; *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 23.

[463] *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 105.

[464] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 877 – einseitige Gewährung im Falle einer Auslobung.

[465] *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 15.

[466] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 880 – beispielsweise beim Aufwandersatz.

[467] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 877, Rz. 21 – so sind beispielsweise bei der Rückabwicklung von entgeltlichen Rechtsgeschäften, die gezogenen Früchte und Nutzungen grundsätzlich nicht zu vergüten.

[468] OGH 21.06.2004, 10 Ob 23/03k.

[469] *Reischauer in Rummel,* ABGB[3], Vor §§ 918–933, Rz. 16; *Wiebe in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 861, Rz. 47 jeweils mwN; *Kaiser in Staudinger*, BGB[11]- Leistungsstörungen, Rz. 227.

Zu prüfen ist somit, ob die formell rechtswidrige Beihilfegewährung den Beihilfeempfänger zur Geltendmachung vom Vertrauensschaden berechtigt.

Der Ersatz des Vertrauensschadens, der dem Beihilfeempfänger wegen der Ungültigkeit eines beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts entstehen könnte, ist im Lichte der europäischen Vorgaben mE zu verneinen. Denn erweist sich ein abgeschlossener Vertrag als rechtsunwirksam aus einem Grund, der aus der Sphäre einer Partei stammt, so kommt eine vorvertragliche Haftung nur dann in Betracht, wenn diese Partei den Unwirksamkeitsgrund schuldhaft veranlasst hat oder eine gebotene Aufklärung der anderen Partei unterlassen hat.[470]

Im beihilferechtlichen Kontext könnte man einen vorvertraglichen Haftungsanspruch allenfalls aus der Verletzung von Aufklärungs- bzw. Informationspflichten ableiten. Solche Informationspflicht besteht nach der österreichischen Rechtsprechung grundsätzlich dann, wenn die andere Partei nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung über relevante Umstände erwarten durfte.[471] Die relevanten Umstände müssen dabei für den Vertragsabschluss durch die andere Partei von vertragswesentlicher Bedeutung sein.[472]

Solche Informations- und Aufklärungspflichten gegenüber dem Beihilfeempfänger bestehen jedoch nicht. Dem Beihilfeempfänger wird nämlich zugemutet, dass er sich vor der Gewährung der Beihilfe über die Beachtung des Beihilfeverfahrens Kenntnis verschafft. Der Beihilfeempfänger muss in diesem Zusammenhang selbst Nachforschungen anstellen.[473]

Zudem kommt der Umstand, dass die Gewährung des Schadenersatzes nicht dazu führen darf, dass das vom Durchführungsverbot verpönte Ergebnis durch die Hintertür des Schadenersatzes wieder herbeigeführt wird. Würde nach dem nationalen Recht die Wiedergutmachung all jener Nachteile möglich sein, die der Beihilfeempfänger durch die Nichtigerklärung des der formell rechtswidrigen

---

[470] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 861, Rz. 40; *Kaiser in Staudinger*, BGB[11]-Leistungsstörungen, Rz. 229.
[471] OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95.
[472] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 861, Rz. 40.
[473] Vgl. EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25; EuGH 20.09.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Rz. 14.

Beihilfe zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts erlitten hat, wäre dies für sich unter Umständen wiederum als Beihilfe zu qualifizieren.[474]

Vor diesem Hintergrund hat mE der Beihilfeempfänger grundsätzlich keinen Anspruch auf Schadenersatz aus *culpa in contrahendo*.[475]

[474] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 95.
[475] *Kaiser in Staudinger*, BGB[11]- Leistungsstörungen, Rz. 230.

5. Rechtsfolgen

Die Reichweite der Nichtigkeit ergibt sich aus dem Zweck des Gesetzes.[476] Der Ausgangspunkt der Prüfung ist dabei die absolute Nichtigkeit. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob der Normzweck des Gesetzes bestimmte Einschränkungen rechtfertigt.[477]

Einleitend soll bezüglich der Nichtigkeitsfolge auch festgehalten werden, dass die Vertragsparteien eines beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts nicht schutzwürdig sind. Der Mitgliedstaat ist nämlich – wie bereits dem Wortlaut von Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV zu entnehmen ist – gerade der Adressat des Durchführungsverbots. Dem Beihilfeempfänger wird zugemutet, dass sich dieser von der Beachtung der Beihilfevorschriften durch den Beihilfegeber vergewissert.[478]

Im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes ist ferner zu beachten, dass der EuGH sogar im Falle der expliziten Anordnung der Nichtigkeit nicht stets die absolute Nichtigkeit fordert, sondern diesbezüglich auf das nationale Recht verweist.[479]

a. Absolute vs. relative Nichtigkeit

Je nachdem, ob und von wem die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts geltend gemacht werden kann, unterscheidet man zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit.[480] Ob ein unerlaubtes Rechtsgeschäft mit absoluter Nichtigkeit belastet[481] oder bloß relativ nichtig ist, hängt vom Schutzzweck des Gesetzes ab.[482]

---

[476] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 247; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 10; *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 103; *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 14.

[477] Vgl. dazu *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 86; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 21; *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB[5], § 134, Rz. 7; *Rechberger in Fasching/Konecny,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen[2], Vor § 266 ZPO, Rz. 20 ff; *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 103.

[478] EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25 mwN.

[479] So beispielsweise der EuGH im Falle der Nichtigkeit nach Art 101 Abs 2 AEUV – EuGH 30.04.1998, C-230/96, *Carbour/Arnor*, Slg. 1998, I-2055, Rz. 51.

[480] *Apathy/Riedler in Schwimann,* ABGB[3], § 879, Rz. 34; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 27.

[481] Vgl. dazu OGH 20.06.2002, 6 Ob 311/01f.

[482] OGH 27.05.1998, 3 Ob 2199/96w.

Die absolute Nichtigkeit von Rechtsgeschäften tritt *ex lege* ein und muss von keiner Partei geltend gemacht werden. Vielmehr können sich negativ Betroffene auf die Nichtigkeit berufen, ohne das Rechtsgeschäft vorher für nichtig erklären zu lassen. Die absolute Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen. Wegen der weitreichenden Konsequenzen der absoluten Nichtigkeit ordnet der Gesetzgeber eine solche insbesondere dann, wenn es um den Schutz von Allgemeininteressen oder der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geht.[483]

Bei der relativen Nichtigkeit kann sich hingegen nur ein Vertragspartner auf die Rechtsunwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen. Diese Form der Nichtigkeit ist vor allem dann anzunehmen, wenn das Gesetz den Schutz lediglich einer Vertragspartei bezweckt.[484] Die relative Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wird nicht von Amts wegen wahrgenommen, sondern muss von der geschützten Vertragspartei geltend gemacht (bzw. eingewendet) werden. Demgemäß kann die geschützte Vertragspartei das Rechtsgeschäft gelten lassen.[485]

Im beihilferechtlichen Kontext stellt sich somit die Frage, ob das Durchführungsverbot öffentliche Interessen oder nur einen Vertragsteil schützen soll. Dabei sprechen mE die besseren Gründe für die absolute Nichtigkeit.

Das Durchführungsverbot dient der Verwirklichung der Zwecke der Beihilfeaufsicht sowie des Beihilfeverbots durch die unmittelbare Sicherstellung des Prüfungsmonopols der Kommission. Damit trägt das Durchführungsverbot dem Schutz der Wettbewerber des Beihilfeempfängers und des Wettbewerbs als Institution bei.[486]

Der Schutz der öffentlichen Interessen (freier Wettbewerb) erfordert, dass sich negativ Betroffene auf die Nichtigkeit von formell rechtswidrigen Beihilfeverträgen berufen können. Nimmt kein negativ Betroffener seine Rechte wahr, so muss

[483] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 248; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 4; *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 111.
[484] *Apathy/Riedler in Schwimann*[3], § 879, Rz. 36; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 28.
[485] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 249.
[486] Siehe dazu oben IV. A. 3.

zumindest den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt werden, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von Amts wegen wahrzunehmen.[487]

Vom Schutzzweck des Durchführungsverbots ist weder der Staat noch der Beihilfeempfänger erfasst. Diese sollen gerade mithilfe des Durchführungsverbots dazu bewogen werden, das Beihilfeverfahren zu beachten.

Die absolute Nichtigkeit ist auch im Hinblick auf die praktischen Konsequenzen erforderlich. Denn sowohl der Beihilfeempfänger als auch der Staat sind an der Weitergeltung des Beihilfevertrages interessiert. Wäre nur einer Vertragspartei die Geltendmachung der Nichtigkeit überlassen, so käme es in der Praxis nie zur Anfechtung eines formell rechtswidrigen Beihilfevertrages. Dadurch wären der Schutz von Mitbewerbern des Beihilfeempfängers sowie der Schutz des Wettbewerbs als Institution völlig ausgehöhlt. Vor diesem Hintergrund ist erforderlich, dass die Nichtigkeit des Beihilfevertrages sowohl von Dritten (Mitbewerber des Beihilfeempfängers) als auch von Gerichten von Amts wegen wahrgenommen werden kann.[488]

Auch in jenen Fällen, in denen sich der Staat rechtsmissbräuchlich auf das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe beruft,[489] ist mE von einer absoluten Nichtigkeit auszugehen. Denn unabhängig davon, ob sich der Staat rechtsmissbräuchlich auf die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe beruft oder der Beihilfeempfänger schutzwürdig erscheint, führt die Gewährung einer formell rechtswidrigen Beihilfe stets zu einer Wettbewerbsverzerrung und damit zwangsläufig zur Beeinträchtigung von Interessen der Allgemeinheit.[490] Zudem kann sich nach der Rechtsprechung auf die Unwirksamkeit auch derjenige berufen, der sie beim

---

[487] *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 177; mit ähnlichen Überlegungen bezüglich des Schutzes des Wettbewerbs (Allgemeininteressen) hat auch der EuGH entschieden, dass die Nichtigkeit im Falle des Verstoßes gegen Art 101 AEUV eine absolute ist vgl. dazu grundlegend EuGH 25.11.1971, 22/71, *Beguelin*, Slg. 1971, I-949, Rz. 29.

[488] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 80; BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH 10.02.2011, I ZR 213/08*;* BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

[489] Zum ähnlichen Sachverhalt vgl. EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 13 ff.

[490] So auch *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 168.

Vertragsabschluss kannte oder kennen musste, weil ihm die Unerlaubtheit des Rechtsgeschäfts bewusst war.[491]

Auch Berechnungsschwierigkeiten im Sinne von Problemen, das Ausmaß des marktunüblichen Vorteils zu ermitteln, können mE nicht gegen die absolute Nichtigkeit sprechen. Zum einen werden die Berechnungsschwierigkeiten nicht verhindert, wenn sich nicht jedermann, sondern bloß ein Vertragspartner auf die Unwirksamkeit berufen kann. Zum anderen können die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des marktunüblichen Vorteils auf der Rechtsfolgenebene keine Auswirkungen haben. Unabhängig davon, welche Teile des Beihilfevertrags in welchem Ausmaß betroffen sind, muss sich jeder negativ Betroffene auf die Unwirksamkeit berufen können.[492]

Die Argumente zur Begründung der relativen Nichtigkeit stützen sich mitunter auf das Erfordernis eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Nach dieser Auffassung kann die absolute Nichtigkeit von einem Dritten nur dann geltend gemacht werden, wenn dieser einen vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung der Hauptleistung (Beihilfe) hat. Das Vorliegen eines solchen vertraglichen Anspruchs setzt bei zweiseitigen Rechtsgeschäften voraus, dass der Dritte vom Schutzbereich des Rechtsgeschäfts erfasst ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsparteien einen Vertrag mit der Schutzwirkung zugunsten Dritter abschließen. Dabei muss der Dritte mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß in Berührung kommen und den Gefahren der Schutzpflichtverletzungen ausgesetzt sein.[493]

Bei den beihilfegewährenden Verträgen ist es nach dieser Auffassung äußerst fraglich, ob diese als Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifiziert werden können. Die Beihilfeverträge haben nämlich grundsätzlich nur die Gewährung eines marktunüblichen Vorteils ohne Einbeziehung von Dritten zum Gegenstand.[494]

[491] Vgl. dazu OGH 14.10.2008, 8 ObA 1/08t.
[492] Vgl. dazu *Eilmansberger*, JBl 2009, 345.
[493] *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 325.
[494] *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 325.

Mit dieser Argumentation lässt sich jedoch mE die relative Nichtigkeit nicht begründen. Die auch in Österreich anerkannte Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dient nur der Erweiterung der vertraglichen Schadenersatzpflicht über den Kreis der Vertragspartner hinaus. Die Notwendigkeit dieser Rechtsfigur zur Geltendmachung der Nichtigkeit ist dem österreichischn Recht fremd.[495]

Ferner würde mE das Erfordernis eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots beeinträchtigen. Da Beihilfeverträge grundsätzlich nicht als Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifiziert werden können, wäre der Schutz der Mitbewerber des Beihilfeempfängers sowie des Wettbewerbs erheblich eingeschränkt.

Zugleich würde dieses Erfordernis die Rechtsverfolgung durch die negativ Betroffenen praktisch unmöglich machen, was einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz darstellen würde.[496]

Vor diesem Hintergrund bezweckt das Durchführungsverbot die absolute Nichtigkeit.

[495] *Kalss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, §§ 881, 882, Rz. 9 ff.
[496] EuGH 13.01.2005, C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85, Rz. 19.

b. Gesamtnichtigkeit vs. Teilnichtigkeit

Aus dem Normzweck kann auch abgeleitet werden, ob die Nichtigkeit den ganzen Vertrag betrifft oder nur einen Vertragsteil erfasst, während der Restvertrag aufrecht bleiben kann. In diesem Zusammenhang unterscheidet man zwischen der Gesamt- und Teilnichtigkeit.[497] Die Teilnichtigkeit setzt voraus, dass sich der nichtige Vertragsteil von dem Restvertrag trennen lässt.[498] Die Prüfung dieser Trennbarkeit erfolgt in zwei Schritten:

i. Zunächst ist zu prüfen, ob der Normzweck eine Trennbarkeit zulässt.

ii. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Vertrag auch ohne nichtige Teile selbstständig bestandsfähig ist.

[497] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 229, 250; *Apathy/Riedler in Schwimann,* ABGB[3], § 879, Rz. 37 – im Zweifel ist die durch § 134 BGB ausgelöste Nichtigkeit eine Gesamtnichtigkeit, wobei untersucht werden muss, ob der Normzweck die Einschränkung der Gesamtnichtigkeit zu rechtfertigen vermag – *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 106.
[498] Vgl. dazu OGH 13.03.2012, 10 Ob 10/12m.

i. Trennbarkeit bei formeller Rechtswidrigkeit

In erster Linie ist zu prüfen, ob der Normzweck des Durchführungsverbots die Trennbarkeit zulässt.[499]

Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[500] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[501]

Das Durchführungsverbot bezieht sich somit nur auf Beihilfen. Was eine Beihilfe ist, bestimmt sich nach der Wirkung der betreffenden Maßnahme (die sogenannte "*Wirkungs-Doktrin*").[502] Der Beihilfebegriff ist nämlich ein funktioneller Begriff.[503]

Das Durchführungsverbot bezieht sich somit nicht auf Verträge als solche. Der Vertrag ist nämlich grundsätzlich nur die Basis der Beihilfe, nicht jedoch die Beihilfe selbst. Das Durchführungsverbot soll gerade nicht den Abschluss bzw. die Aufrechterhaltung des beihilfegewährenden Vertrages, sondern vielmehr die Gewährung einer formell und / oder materiell rechtswidrigen Beihilfe verhindern.[504]

Das Durchführungsverbot bezweckt nicht immer die Beseitigung des gesamten Vertrages.[505] Denn basiert die Beihilfe auf einem marktunüblich niedrigen Kaufpreis, so lässt sich diese Beihilfe verhindern (bzw. nachträglich beseitigen), indem der Beihilfeempfänger die Differenz zum Marktwert inklusive der Zinsen nachzahlt.[506]

---

[499] Aus der Judikatur des OGH vgl.: OGH 11.05.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 11.07.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 12.04.2001, 8 Ob 15/01s; OGH 16.08.2001, 8 ObA 156/01a; OGH 24.04.2002, 3 Ob 300/01s; OGH 22.01.2003, 9 Ob 160/02y; OGH 27.06.2006, 3 Ob 66/06m; OGH 23.11.2006, 8 ObA 76/06v; OGH 04.07.2007, 7 Ob 142/07v; OGH 29.03.2011, 5 Ob 192/10m.

[500] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.

[501] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

[502] *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 105.

[503] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 805; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1 ff.

[504] Vgl. dazu ähnliche Überlegungen – *Heidenhain,* EuZW 2005, 135 ff.

[505] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; der EuGH bestätigte diesen Ansatz mit dem Urteil EuGH 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom*, Slg. 2008, I-10393, Rz. 28 ff.

[506] BGH 13.09.2012, III ZB 3/12.

Das Durchführungsverbot bezweckt somit die Nichtigkeit von denjenigen Vertragsteilen, die Beihilfeelemente beinhalten.[507] Im Lichte von systematischen Überlegungen ist zu berücksichtigen, dass dasselbe auch für die Nichtigkeit von kartellrechtswidrigen Rechtsgeschäften gilt.[508]

Die Zulässigkeit der Trennbarkeit kann sich unter Umständen auch aus besonderen Gründen ergeben. Die Trennbarkeit erscheint insbesondere in jenen Fällen billig, in denen etwa im Rahmen von öffentlichen, gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken dienenden Projekten formell rechtswidrig Beihilfen gewährt werden.[509]

In diesem Zusammenhang ist mE stets zu untersuchen, ob die gemeinnützigen, sozialen sowie kulturellen Zwecke den Nichteintritt der Gesamtnichtigkeit rechtfertigen können. Dies vor allem im Lichte der grundlegenden Ausrichtung des Systems der Beihilfeaufsicht, die im Zweifel (sogar bei Legalausnahmen) eine Anmeldung des Beihilfevorhabens bei der Kommission anordnet. Dafür spricht auch die Rechtsprechung des EuGH, wonach der Mitgliedstaat ein Beihilfevorhaben auch dann anzumelden hat, wenn nach seiner Ansicht im fraglichen Falle keine Beihilfe vorliegt.[510]

Gegen die Trennbarkeit spricht die Auffassung, wonach diese die Schutzwürdigkeit einer Vertragspartei voraussetzt.[511] Dies ist beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht der Fall, weil dieses weder die Interessen des Beihilfeempfängers noch des Beihilfegebers schützt. Auch im Falle der missbräuchlichen Berufung auf die formelle Rechtswidrigkeit seitens des Beihilfegebers überwiegen die Allgemeininteressen.[512]

Obwohl die Parteien eines formell rechtswidrigen Beihilfevertrages nicht schutzwürdig sind, darf mE nicht außer Acht gelassen werden, dass die

---

[507] *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 170.
[508] Vgl. Analogie durch den BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.
[509] *Koenig*, EuZW 2003, 418; BGH 05.12.2012, I ZR 92/11; vgl. auch zustimmend *Heidenhain*, EuZW 2005, 137.
[510] EuGH 09.10.2001, C-400/99, *Tirrenia di Navigazione*, Slg. 2001, I-4145, Rz. 59.
[511] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 107.
[512] Vgl. dazu etwa den fehlenden Vertrauensschutz bei Rechtsgeschäften mit Geschäftsunfähigen.

Rechtsfolge verhältnismäßig sein muss.[513] Verhältnismäßigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsfolge nicht über den Normzweck des Durchführungsverbots hinausgeht. Das Durchführungsverbot bezweckt die Verhinderung der Gewährung einer formell und / oder materiell rechtswidrigen Beihilfe. Dieser Zweck lässt sich auch mittels Nichtigkeit von nur einzelnen Vertragsteilen erreichen. Die Beseitigung des gesamten Vertrages hat nur einen pönalen Effekt, der vom Durchführungsverbot allerdings nicht bezweckt ist.[514]

Ferner erscheint die Trennbarkeit in Anbetracht der Schwierigkeiten bei der genauen Feststellung von Beihilfeelementen ineffektiv. Im beihilferechtlichen Kontext erfordert die Trennbarkeit die Kenntnis der Rechnungslegung sowie der Interna des Beihilfeempfängers und / oder des Beihilfegebers, zu welchen der betroffene Dritte in der Regel keinen ungehinderten Zugang hat. Bei der Annahme der Unzulässigkeit einer Trennbarkeit reicht hingegen lediglich die Feststellung, dass der Vertrag Beihilfeelemente enthält.[515]

Die Schwierigkeiten bei der Feststellung des Vorliegens und des Ausmaßes von Beihilfeelementen verunmöglichen nicht die Trennbarkeit. Nach der Kompetenzverteilung haben die nationalen Gerichte nämlich das Vorliegen einer Beihilfe sowie ihr Ausmaß festzustellen. Bei Schwierigkeiten kann das nationale Gericht die Kommission um Stellungnahme ersuchen und / oder den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anrufen. Mit dieser Hilfestellung sollten die nationalen Gerichte alle Schwierigkeiten bewältigen können. Diese Schwierigkeiten erlauben es den nationalen Gerichten auch nicht, das eigene Verfahren auszusetzen oder sich für unzuständig zu erklären.[516]

Gegen die Trennbarkeit spricht auch der Umstand, dass ansonsten die Parteien risikofrei die Möglichkeit hätten, die Reichweite der formellen Rechtswidrigkeit in

---

[513] Vgl. dazu insb. *Gottschamel*, PRO SCIENTIA – Reader zur Sommerakademie 2011, 35 ff.
[514] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; *Beiter/Jaeger,* ecolex 2010, 505; *Bartosch,* EuZW 2008, 240; *Koenig/Hellstern*, EuZW 2011, 707.
[515] *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 172 f.
[516] Schlussanträge GA Jacobs 29.11.2005, C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, Slg. 2005, I-9957, Rz. 61 ff; im Zusammenhang mit dem Kartellverfahren, EuGH 28.02.1991, C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935, Rz. 44 f;
Bekanntmachung, Abl 95/C 312/07, Rz. 20.

jedem Einzelfall zu testen, wenn sie darauf vertrauen könnten, dass das Rechtsgeschäft mit dem gerade noch zulässigen Inhalt aufrechterhalten bleibt.[517]

Auch in Fällen eines missbräuchlichen Einsatzes von Beihilfen entspricht mE die Trennbarkeit dem Normzweck des Durchführungsverbots. Beabsichtigt nämlich der Staat eine formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfe zu gewähren, so spielt für ihn keine Rolle, ob der Beihilfevertrag zur Gänze oder nur zum Teil nichtig ist. In beiden Fällen wird nämlich das verhindert, was der Staat erreichen wollte, und zwar dass einem bestimmten Unternehmen ein marktunüblicher Vorteil gewährt wird. Erreicht der Staat dies nicht, weil der marktunübliche Vorteil beseitigt wird, so ist es ihm gleichgültig, ob der Beihilfevertrag mit dem gerade noch zulässigen Inhalt aufrechterhalten bleibt. Durch die Neutralisierung der Wettbewerbsverzerrung ist dem Normzweck des Durchführungsverbots genüge getan.[518]

Da der BGH mit einem potenziellen Fall der Teilnichtigkeit zunächst nicht konfrontiert wurde, hat dieser in ständiger Rechtsprechung judiziert, dass der Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Gesamtnichtigkeit des beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts zur Folge hat.[519]

Nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH ist jedoch die Trennbarkeit (und somit auch Teilnichtigkeit) mit dem Normzweck des Beihilfe- und Durchführungsverbots vereinbar.[520]

Zunächst bezweckt das Durchführungsverbot vor einer abschließenden Kommissionsentscheidung nicht die gänzliche Beseitigung sämtlicher Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfe, sondern nur die Beseitigung der Rechtswidrigkeit der Durchführung, damit der Beihilfeempfänger über die Beihilfe nicht verfügen

[517] *Kühling*, ZWeR 2003, 504 ff.
[518] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[519] BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH 10.02.2011, I ZR 213/08.
[520] BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

kann. Es entspricht somit dem Normzweck des Durchführungsverbots, nur die Beihilfeelemente eines Vertrags zu beseitigen.[521]

Ferner sind die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, die Rückforderung einer formell rechtswidrigen Beihilfe anzuordnen, sobald diese von der Kommission abschließend genehmigt wurde. Erforderlich ist in einem solchen Fall nur die Beseitigung des Wettbewerbsvorteils durch Rückzahlung der Zinsen für die Dauer der formellen Rechtswidrigkeit.[522]

Schließlich gebietet der Zweck des Beihilfeverbots keine Gesamtnichtigkeit von Beihilfeverträgen, in denen das Beihilfeelement etwa in einem zu geringen Kaufpreis liegt. In solchen Fällen reicht es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils aus, wenn vom Beihilfeempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird.[523]

ME sprechen somit die besseren Gründe für die Zulässigkeit der Teilbarkeit.

ii. Bestandsfähigkeit des Restvertrags

Da im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot die Trennbarkeit zulässig ist, stellt sich die Frage, ob der Beihilfevertrag ohne die nichtigen Teile selbstständig bestandsfähig ist. Die Frage der Bestandsfähigkeit des Restvertrags ("*Restgültigkeit*") beurteilt sich nach der konkreten Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts. Sind etwa die wesentlichen Vertragsbestimmungen nichtig, so ist eher eine Nichtigkeit des Restvertrags anzunehmen. Dasselbe gilt, wenn die nichtigen Vertragsteile mit dem Restvertrag so eng verknüpft sind, dass zwischen beiden eine unmittelbare Verbundenheit besteht.[524]

In diesem Zusammenhang ist der Normzweck des Durchführungsverbots mE neutral. Diese Neutralität bedeutet, dass sich aus dem Normzweck des Durchführungsverbots nicht ableiten lässt, ob der Restvertrag selbstständig

[521] EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg 2010, I-2099, Rz 30.
[522] EuGH 12.02.2008, C-199/06, CELF I, Slg 2008, I-469, Rz 47 ff; EuGH 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom*, Slg 2008, I-10393, Rz 28 ff.
[523] So auch Kommission 30.04.2008, C 56/2006, *Bank Burgenland*, ABl L 239/32.
[524] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 250.

bestandsfähig sein kann. Werden nämlich die Beihilfeelemente beseitigt und somit die Wettbewerbsverzerrung neutralisiert ist dem Zweck des Durchführungsverbots Genüge getan. Das rechtliche Schicksal des Restvertrages ist in diesem Zusammenhang unbedeutend.[525]

Lässt sich die Restgültigkeit nicht aus dem Normzweck ableiten, so muss auf den hypothetischen Parteiwillen rekurriert und geprüft werden, ob redliche Vertragsparteien auch den zulässigen Restvertrag abgeschlossen hätten.[526] Die Frage, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluss die nunmehr offene Frage vorgelegt hätten, kann sich aus der Natur und dem Zweck des Vertrages oder anderen Umständen des Geschäftes beantworten.[527] Dabei sind die übrigen Vertragsbestimmungen und der von den Parteien verfolgte Zweck sowie die Verkehrssitte zu berücksichtigen.[528]

Die Restgültigkeit eines Beihilfevertrages richtet sich mE danach, ob die Beihilfe den Kern des Vertrages bildet.

Bildet die Beihilfe den Kern des Vertrags, so kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Parteien nicht an der Weitergeltung des Rechtsgeschäfts interessiert sind. Den Kern des Vertrags bildet die Beihilfe dann, wenn sich aus dem Zweck oder den Umständen des Geschäfts ergibt, dass die Parteien an diesem Vertrag ausschließlich wegen der Marktunüblichkeit interessiert sind. Würden die Parteien über denselben Gegenstand keinen Vertrag zu marktkonformen Bedingungen abschließen, so ist die Restgültigkeit zu verneinen.[529]

Als Kern des Beihilfevertrags kann etwa der marktunüblich niedrige Kaufpreis gewertet werden. Der Preis ist als *essentialia negotii* ein wesentlicher Bestandteil des Beihilfevertrags. Es kann daher grundsätzlich davon ausgegangen werden,

---

[525] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.

[526] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 231; *Apathy/Riedler in Schwimann,* ABGB[3], § 879, Rz. 37; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 29; *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 170.

[527] OGH 02.04.1998, 2 Ob 99/98t.

[528] OGH 28.04.1998, 1 Ob 120/98y; OGH 24.10.2001, 9 Ob 156/01h.

[529] *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 109.

dass auch redliche Parteien die Aufrechterhaltung des Kaufvertrags als nur einseitige Verpflichtung des Verkäufers für den Fall der Nichtigkeit der Kaufpreisabrede keinesfalls vereinbaren würden. Die Vereinbarung eines höheren beihilfekonformen Preises würden die Vertragsparteien in der Regel auch nicht vereinbaren.[530]

Ergibt sich jedoch aus den restlichen Bestimmungen des Beihilfevertrags, aus dem Zweck oder den Umständen des Geschäfts, dass der Käufer für den Kaufgegenstand auch den marktkonformen Preis zahlen würde, so bleibt der Restvertrag aufrecht. In einem solchen Fall lässt sich der Beihilfevertrag in einen nichtigen Schenkungsvertrag und einen gültigen (Rest-)Kaufvertrag zergliedern.[531]

Die Restgültigkeit des Beihilfevertrages ist mE auch dann anzunehmen, wenn sich die Beihilfeelemente aus diversen Nebenbestimmungen des Vertrags ergeben. Auf diese würden grundsätzlich auch redliche Vertragsparteien verzichten, wenn diese an der Hauptleistung interessiert sind.

Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens kommt der Vereinbarung einer salvatorischen Klausel nur eine Indizienwirkung zu. Eine salvatorische Klausel ist eine Vertragsbestimmung, in der die Parteien Vorsorge für den Fall der Unwirksamkeit des Vertrages oder eines Vertragsteiles treffen.[532] Um einen Vertrag bzw. eine Klausel im Falle der Unwirksamkeit zu retten, wird vereinbart, dass diese "*soweit gesetzlich zulässig*" aufrechterhalten werden soll bzw. an die Stelle der teilnichtigen Klausel eine möglichst nahe kommende Ersatzregelung treten soll.[533] Die salvatorische Klausel bringt somit das Interesse der Parteien an der Restgültigkeit zum Ausdruck und erleichtert somit grundsätzlich die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens.[534]

---

[530] BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.
[531] *Martín-Ehlers*, WM 2003, 1603 f; aA *Kühling*, ZWeR 2003, 503 ff; *Verse/Wurmnest*, AcP 2004, 864 ff – abgesehen vom marginalen Anwendungsbereich dieses Lösungsansatzes liegt ein Nachteil dieser Rechtsansicht darin, dass in dem wesentlichen Zeitraum der formellen Rechtswidrigkeit (vor der abschließenden Kommissionsentscheidung) nicht immer klar ist, welcher Teil des Rechtsgeschäfts der formell rechtswidrigen Beihilfe zugrunde liegt und daher als nichtige Schenkung zu betrachten wäre.
[532] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 15.
[533] *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 249; *Graf*, ecolex 1999, 10.
[534] Vgl. dazu ausführlich *Verse/Wurmnest*, AcP 2004, 867 ff mwN.

Vor diesem Hintergrund richtet sich die Restgültigkeit des Beihilfevertrags im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nach dem hypothetischen Parteiwillen, insbesondere nach dem Umstand, ob die Beihilfe den Kern des Beihilfevertrags bildet.

c. Geltungserhaltende Reduktion

i. Allgemeines

Die geltungserhaltende Reduktion stellt eine Sonderform der ergänzenden Auslegung bei nichtigen Vertragsklauseln dar. Mithilfe dieser Rechtsfigur werden das Gesetz und die Nichtigkeitsfolge auf eine Vertragsklausel nur in dem Ausmaß zur Anwendung gebracht, in dem die Vertragsklausel dem Gesetz widerspricht.[535]

Im Unterschied zu der Teilnichtigkeit bezieht sich die geltungserhaltende Reduktion ausschließlich auf eine bestimmte Vertragsklausel und lässt die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts erst gar nicht eintreten.[536]

Mithilfe der geltungserhaltenden Reduktion kann ein Richter den Geltungsbereich der Klausel eines Rechtsgeschäfts auf den zulässigen Inhalt beschränken. Die betroffene Vertragsklausel wird somit gesetzeskonform und vor der Rechtsfolge der Nichtigkeit bewahrt.[537]

---

[535] *Eilmansberger*, JBl 2009, 347.

[536] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 250 ff; *Bollenberer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3], § 879, Rz. 30; OGH 01.09.1982, 1 Ob 676/82; *Singer in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 133, Rz. 62; *Busche in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 139, Rz. 26.

[537] Die Rechtsfigur der geltungserhaltenden Reduktion wurde in der österreichischen Rechtsprechung regelmäßig angewendet, etwa in Bezug auf übermäßig restriktive und daher sittenwidrige Wettbewerbsverbote (bei Unternehmensveräußerung und Angestelltenverträgen), Verstöße gegen gesetzlich geregelte Höchstpreise, überschießende AGB-Klauseln sowie überschießende Bindungen in Bierlieferungs- oder Automatenaufstellungsverträgen. Mitunter, und zwar, wenn das Problem nicht in einem "zu viel", sondern in einem "zu wenig" bestand, wurde auch geltungserhaltend erhöht – vgl. dazu OGH 21.06.1932, 1 Ob 504/32; OGH 11.08.1993, 9 ObA 187/93; OGH 07.06.1921, 2 Ob 333/21; OGH 05.08.2003, 7 Ob 179/03d; OGH 21.09.1993, 4 Ob 98/93; OGH 19.12.1990, 9 ObA 219/90.

ii. Voraussetzungen

Die geltungserhaltende Reduktion ist unter folgenden Voraussetzungen anwendbar:

(1) Das Gesetz verbietet eine Vertragsklausel nicht dem Grunde nach, sondern nur wegen ihres Ausmaßes ("*Übermaßverbot*").[538]

(2) Die geltungserhaltende Reduktion widerspricht nicht dem Normzweck des betreffenden Gesetzes.[539]

(3) Die gesetzwidrige Klausel lässt sich quantitativ (Dauer oder Umfang der Leistung) bzw. qualitativ (klar abgestufte Verpflichtungen) teilen.[540]

(4) Der auf den zulässigen Inhalt reduzierte Vertrag ist vom hypothetischen Parteiwillen getragen.[541]

(1) Durchführungsverbot als "*Übermaßverbot*"

ME lässt sich gut argumentierten, dass das Durchführungsverbot ein Übermaßverbot darstellt.

Das Durchführungsverbot verbietet die Durchführung von Beihilfen vor einer abschließenden Genehmigung durch die Kommission. Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot liegt somit dann vor, wenn (i) eine Beihilfe vorliegt, die (ii) vor der abschließenden Genehmigung durch die Kommission gewährt wurde. Liegt keine staatliche Beihilfe vor oder ist diese nicht anmeldepflichtig, kann kein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegen.[542]

Ob eine Beihilfe vorliegt, bestimmt sich danach, ob eine Maßnahme kumulativ alle fünf Voraussetzungen des Beihilfetatbestands erfüllt. Folglich ist nicht jede

---

[538] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 83; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 89.
[539] *Eilmansberger*, JBl 2009, 348.
[540] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 83; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 91 ff.
[541] *Busche in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 139, Rz. 26 mwN.
[542] EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 38; ohne jedoch den Begriff der Durchführung näher zu definieren; vgl. auch EuG 06.03.2002, T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Slg. 2002, II-1371, Rz. 181 ff.

staatliche Maßnahme per se als Beihilfe zu qualifizieren.[543] Ob eine Beihilfe anzumelden ist, richtet sich unter anderem auch nach den Gruppenfreistellungsverordnungen.[544]

Die geltungserhaltende Reduktion bewirkt durch die "*Einschränkung der Vertragsklausel*" die Vermeidung der Tatbestandsmäßigkeit und somit die Abwendung der Nichtigkeit.[545]

Im beihilferechtlichen Kontext stellt sich die Frage, ob durch eine "*Einschränkung der Vertragsklausel*" die Tatbestandsmäßigkeit – also der Verstoß gegen das Durchführungsverbot – vermieden werden kann und somit, ob das Durchführungsverbot einen Übermaßverbotscharakter hat. Dies ist mE in Bezug auf folgende Aspekte zu bejahen:

(a) Marktkonformität der Maßnahme;

(b) Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der Maßnahme;

(c) Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung.

(a) Marktkonformität der Maßnahme

Die erste Voraussetzung für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ist die Gewährung eines Vorteils.[546] Dieser Vorteil ergibt sich aus der Marktunüblichkeit der gewährten Maßnahme. Marktunüblich ist die Maßnahme dann, wenn kein Marktteilnehmer unter gewöhnlichen Marktbedingungen eine solche Maßnahme gewähren würde. Die Feststellung eines solchen marktunüblichen Vorteils setzt

---

[543] *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 25 ff; *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 2 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 818; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 142; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 21 ff; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 66; *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 101; *Götz/Matrinez-Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 49; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 43, Rz. 3; *Helios in Schauhof*, Gemeinnützigkeit, § 22, Rz. 63.

[544] Vgl. dazu etwa Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag.

[545] *Eilmansberger*, JBl 2009, 348 ff.

[546] EuGH 29.04.1999, C-342/96, *Spanien/Kommission*, Slg. 1999, I-2459, Rz. 41.

nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte eine wirtschaftliche Analyse voraus.[547]

ME spricht die Marktkonformität der Beihilfe für den Übermaßverbotscharakter des Durchführungsverbots.

Vereinfacht gesagt bestimmt sich die fehlende Marktkonformität einer Maßnahme in der Regel danach, ob der Staat für eine Leistung "*zu viel*" oder das Unternehmen für eine Leistung "*zu wenig*" gezahlt hat. Ausschlaggebend ist somit die "*positive*" oder "*negative*" Differenz zum marktkonformen Niveau.[548]

Wird diese Differenz beseitigt, so ist die Maßnahme marktkonform. Ist eine Maßnahme marktkonform, so kann diese nicht als Beihilfe qualifiziert werden.[549]

Folglich könnte ein nationales Gericht die Beihilfeeigenschaft einer Maßnahme durch die Reduzierung der Leistung oder Gegenleistung auf das marktübliche Niveau beseitigen. In diesem Zusammenhang muss das Gericht eine tief gehende rechtliche und ökonomische Analyse vornehmen. Dabei kann dieses auf die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte zurückgreifen.[550]

Als ein wesentlicher Orientierungsmaßstab bei der Ermittlung der Differenz zum marktkonformen Niveau kommt das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmens infrage.[551]

---

[547] EuGH 11.07.1996, C-39/94 *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 61; EuG 17.10.2002, T-98/00, *Linde/Kommission*, Slg. 2002, II-3961, Rz. 39.

[548] Vgl. EuGH 20.11.2003, C-126/01, *GEMO SA*, Slg. 2003, I-13769, Rz. 28; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 68.

[549] Vgl. EuG 13.07.2000, T-46/97 *SIC*, Slg. 2000, II-2125, Rz. 84.

[550] Zu den Kompetenzen des nationalen Gerichts siehe Bekanntmachung, Abl 95/C 312/07, Rz. 16.

[551] *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 2ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 29 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 823 - jeweils mwN; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 74; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 247 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 2 ff; *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 239.

(b) Keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Maßnahme

Bei staatlichen Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von EUR 200.000 innerhalb von drei Steuerjahren nicht übersteigen wird vermutet, dass diese den Wettbewerb weder verfälschen noch zu verfälschen drohen.[552]

ME spricht die De-minimis-Grenze für den Übermaßverbotscharakter des Durchführungsverbots. Marktunübliche staatliche Maßnahmen zugunsten von bestimmten Unternehmen stellen dann keine Beihilfen dar, wenn die Differenz zum Gesamtbetrag von EUR 200.000 innerhalb von drei Steuerjahren beseitigt wird. Stellen diese Maßnahmen keine Beihilfen dar, kann bereits definitionsgemäß kein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegen.[553]

(c) Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung

Die beihilferechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen sehen vor, dass wenn eine Beihilfe bestimmten Kriterien entspricht, diese materiell rechtmäßig und nicht anmeldepflichtig ist.[554]

ME spricht die Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung für den Übermaßverbotscharakter des Durchführungsverbots.

Ist eine Gruppenfreistellungsverordnung grundsätzlich anwendbar und erfüllt die betreffende Beihilfe nur bestimmte Kriterien, so könnte das nationale Gericht die Differenz zwischen der Vorgabe der Gruppenfreistellungsverordnung und der Beihilfe beseitigen. Folglich wäre die Beihilfe materiell rechtmäßig und nicht anmeldepflichtig. Nicht anmeldepflichtige Beihilfen unterliegen nicht dem

---

[552] Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 183 f; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 826; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 246; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 135 f; *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 77 eingehend § 5; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 35 f; *Soltész in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 454 ff; *Götz/Matrinez Soria in Dauses*, H.III. Subventionsrecht, Rz. 75 ff.

[553] Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5 (De minimis Verordnung).

[554] Vgl. dazu etwa Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag.

Durchführungsverbot. Die Durchführung einer solchen Beihilfe kann somit keinen Verstoß gegen das Durchführungsverbot begründen.[555]

So ist beispielsweise eine Einzelbeihilfe für größere Vorhaben gemäß Art 6 der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen nicht freigestellt, wenn die Beihilfe folgende Schwellenwerte überschreitet: (i) Die förderfähigen Gesamtkosten des Vorhabens belaufen sich auf mindestens EUR 25 Mio. und (ii) die Bruttobeihilfeintensität beträgt mindestens 50 % der in Art 4 Abs 2 festgelegten Höchstsätze, wenn die Beihilfe einem Unternehmen in einem nicht-förderfähigen Gebiet gewährt wird, oder (iii) die Nettobeihilfeintensität beträgt mindestens 50 % der in der Fördergebietskarte ausgewiesenen Nettobeihilfeobergrenze, wenn die Beihilfe einem Unternehmen in einem Fördergebiet gewährt wird und (iv) das Gesamtvolumen der Beihilfe beläuft sich auf mindestens EUR 15 Mio. brutto.[556]

Beläuft sich somit beispielsweise das Gesamtvolumen der Einzelbeihilfe auf EUR 16 Mio., kann durch die Reduktion um EUR 1 Mio. die Tatbestandsmäßigkeit und somit die Nichtigkeit des Beihilfevertrags vermieden werden.

Das Durchführungsverbot weist somit mE einen Übermaßverbotscharakter auf.

[555] Vgl. dazu *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 564.
[556] Vgl. dazu Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl 2001 L 10/33.

(2) Geltungserhaltende Reduktion und der Normzweck

Die Rechtsfigur der geltungserhaltenden Reduktion ist dem Unionsrecht nicht fremd.[557] Die primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften des Beihilferechts enthalten keine Beschränkungen der geltungserhaltenden Reduktion. Vor allem ist die Anordnung eines dem europäischen Kartellrecht geläufigen "Alles-oder-Nichts-Prinzips" dem Beihilferecht fremd, sodass aus einer allgemeinen beihilferechtlichen Sicht nichts gegen die geltungserhaltende Reduktion spricht.[558] Allerdings dürfte die geltungserhaltende Reduktion dann nicht zur Anwendung kommen, wenn diese dem Zweck des Durchführungsverbots widersprechen würde.[559]

Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[560] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[561]

Dem Normzweck des Durchführungsverbots ist somit Genüge getan, wenn entweder alle Beihilfeelemente beseitigt werden oder die Beihilfe derart angepasst wird, dass diese in Genuss einer Gruppenfreistellung kommt und nicht anmeldepflichtig ist. Das Durchführungsverbot bezweckt nur die Nichtigkeit von denjenigen Klauseln, die Beihilfeelemente beinhalten. Das Durchführungsverbot bezweckt gerade nicht die Nichtigkeit des auf den zulässigen Inhalt reduzierten Beihilfevertrags.[562]

Gegen die Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion wurde vorgebracht, dass diese zur Abschwächung der spezial- und generalpräventiven Wirkung des Durchführungsverbots führt, weil sich die Vertragsparteien darauf verlassen

---

[557] EuGH 04.04.1968, 34/97, *Lück/Hauptzollamt Köln-Rheinau*, Slg. 1968, I-364; EuGH 11.07.1985, 42/84, 42/84, *Remia*, Slg. 1985, I-2545, Rz. 13 ff.
[558] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 91.
[559] *Eilmansberger*, JBl 2009, 348 ff.
[560] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[561] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[562] Vgl. dazu *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 170.

können, dass selbst im Falle des Einschreitens eines Gerichts der Beihilfevertrag zumindest mit dem zulässigen Inhalt aufrecht bleibt.[563]

Durch die geltungserhaltende Reduktion wird somit dem Mitgliedstaat der Anreiz genommen, das Durchführungsverbot zu beachten.[564] Die geltungserhaltende Reduktion veranlasst nämlich den Mitgliedstaat dazu, das Beihilfevorhaben ohne vorherige Genehmigung durch die Kommission sofort durchzuführen. Dies deshalb, weil das Beihilfevorhaben bis zu einer Beschwerde oder Klage eines Mitbewerbers ungestört seine wettbewerbswidrige Wirkung entfaltet und nachher sogar ohne Beihilfeelemente weitergelten kann.[565]

Eine allfällige Abschwächung der spezial- und generalpräventiven Wirkung des Durchführungsverbots durch die geltungserhaltende Reduktion spielt keine Rolle, weil das Durchführungsverbot keinen pönalen Charakter hat. Aus diesem Grund beeinträchtigt die geltungserhaltende Reduktion auch nicht die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots.[566]

Auch wird durch die geltungserhaltende Reduktion dem Staat der Anreiz zur Anmeldung nicht genommen. Durch die geltungserhaltende Reduktion entfällt nämlich jener Vorteil, den der Staat dem Beihilfeempfänger gewähren wollte. Ist der Staat an der Gewährung dieses Vorteils interessiert, muss er diesen bei der Kommission anmelden.[567]

Ferner wird gegen die Anwendbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion argumentiert, dass diese nur dann anwendbar ist, wenn die betreffende Norm den Schutz einer Vertragspartei bezweckt. Die Reduktion einer Vertragsklausel auf ihren rechtmäßigen Kern ist nur dann zulässig, wenn dies dem Interesse einer schutzwürdigen Partei nach dem Aufrechterhalten der rechtsgeschäftlichen

---

[563] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 90.
[564] Vgl. dazu EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 16; vgl. insbesondere auch SFEI (keine Aussetzung des nationalen Verfahrens) – van Calster (keine rückwirkende Heilung der formellen Rechtswidrigkeit) letztlich Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 63 mwN.
[565] Vgl. dazu die Handvoll österreichischer Fälle in *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 857; *Wollmann/Schedl in* Study on the enforcement of state aid law at national level, 55 ff.
[566] Vgl. dazu Schlussanträge GA Mazák 24.05.2007, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2007, I-469, Rz. 31; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53.
[567] Vgl. dazu *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 202 ff.

Beziehung entspricht.[568] Das Durchführungsverbot bezweckt jedoch gerade keinen Schutz der Vertragsparteien.[569]

Obwohl die Parteien eines formell rechtswidrigen Beihilfevertrages nicht schutzwürdig sind, darf mE nicht außer Acht gelassen werden, dass die Rechtsfolge verhältnismäßig sein muss.[570] Verhältnismäßigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsfolge nicht über den Normzweck des Durchführungsverbots hinausgeht. Das Durchführungsverbot bezweckt die Verhinderung der Gewährung einer formell und / oder materiell rechtswidrigen Beihilfe. Dieser Zweck lässt sich auch mithilfe geltungserhaltender Reduktion erreichen.[571]

ME sprechen daher die besseren Gründe für die Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit dem Normzweck des Durchführungsverbots.

(3) Teilbarkeit der Klausel

Die geltungserhaltende Reduktion kommt in einem konkreten Falle nur dann zur Anwendung, wenn sich die betreffende Klausel quantitativ (bezüglichen der Dauer oder des Umfangs der Leistung) bzw. qualitativ (bezüglich klar abgestufter Verpflichtungen) teilen lässt.[572]

Eine quantitative bzw. qualitative Teilbarkeit von Klauseln, die Beihilfeelemente enthalten, ist mE im Rahmen der bereits dargestellten Gründe des Übermaßverbotscharakters zu bejahen.

Lässt sich die Differenz zum marktkonformen Niveau etwa auf den Preis bzw. die Preiskonditionen, Ausmaß der Leistung oder Vertragsdauer zurückführen, dann kann die Klausel qualitativ geteilt werden.[573]

---

[568] *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 92cc) ff.
[569] EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25; EuGH 20.09.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Rz. 14.
[570] Vgl. dazu insb. *Gottschamel*, PRO SCIENTIA – Reader zur Sommerakademie 2011, 35 ff.
[571] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; *Beiter/Jaeger,* ecolex 2010, 505; *Bartosch,* EuZW 2008, 240; *Koenig/Hellstern*, EuZW 2011, 707.
[572] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 83; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 91 ff; OGH 04.06.1985, 5 Ob 541/85.
[573] Eine qualitative Teilbarkeit wäre etwa dann zu verneinen, wenn die fehlende Marktkonformität auf dem Umstand beruht, dass der Beihilfevertrag gerade mit dem Beihilfeempfänger

Dasselbe gilt im Falle der Reduktion des Betrags der Beihilfe auf EUR 200.000 in drei Steuerjahren.[574]

Im Falle der Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung ist die Teilbarkeit der Klausel zu bejahen, wenn das betreffende Kriterium etwa den Preis bzw. die Preiskonditionen, Ausmaß der Leistung oder Vertragsdauer betrifft.[575]

(4) Hypothetischer Parteiwille

Die geltungserhaltende Reduktion muss im konkreten Einzelfall vom hypothetischen Parteiwillen getragen sein.[576] Die Frage, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluss die nunmehr offene Frage vorgelegt hätten, kann sich aus der Natur und dem Zweck des Vertrages oder anderen Umständen des Geschäftes beantworten.[577] Dabei sind die übrigen Vertragsbestimmungen und der von den Parteien verfolgte Zweck sowie die Verkehrssitte und Vertragsäquivalenz zu berücksichtigen.[578]

Bei der Teilnichtigkeit stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die redlichen Parteien den Vertrag auch ohne die nichtige Klausel abschließen würden. Bei der geltungserhaltenden Reduktion stellt sich die Frage, ob die redlichen Parteien auch die auf den zulässigen Inhalt reduzierte Klausel vereinbaren würden.[579]

In diesem Zusammenhang kann die von *Eilmansberger* überzeugend herausgearbeitete "Zweifelsregel" angewendet werden, wonach grundsätzlich

---

abgeschlossen wurde, also wenn den Beihilfevertrag ein marktwirtschaftlicher Privatinvestro nie abschließen würde. In einem solchen Fall stellt die Differenz zur Marktkonformität der gesamte Beihilfevertrag dar.

[574] Bei Beihilfen in der Form von marktunüblich niedrigen Preisen darf nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die De-minimis-Grenze von EUR 200.000 nur auf die Beihilfe und nicht auf den gesamten Kaufpreis bezieht. Wird somit vom Staat ein Gegenstand im Wert von EUR 1.000.000 um EUR 8.00.000 verkauft, so stellt dieser Verkauf keinesfalls eine staatliche Beihilfe dar. Wird vom Staat ein Gegenstand im Wert von EUR 1.000.000 um EUR 5.00.000 verkauft, so ist nur eine "positive" Reduktion um EUR 300.000 und nicht um EUR 5.00.000 erforderlich.

[575] So ist etwa nach Art 6 Abs 1 lit b der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für die Freistellung einer Investitionsbeihilfe zugunsten des Umweltschutzes erforderlich, dass diese den Betrag von EUR 7,5 Mio. nicht übersteigt. Wird eine derartige Beihilfe in der Form eines Investitionszuschusses in der Höhe von EUR 8 Mio. gewährt, so reicht eine Reduktion um EUR 5.00.000 aus, damit die Beihilfe nicht anmeldepflichtig ist.

[576] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Art 85 und Art 86 EG-V , 88 ff; *Busche in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 139, Rz. 28.

[577] OGH 02.04.1998, 2 Ob 99/98t.

[578] OGH 28.04.1998, 1 Ob 120/98y; OGH 24.10.2001, 9 Ob 156/01h.

[579] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 85.

davon auszugehen ist, dass die geltungserhaltende Reduktion eines Vertrages den Interessen der Parteien besser entspricht als dessen Gesamtnichtigkeit. Demnach ist zu vermuten, dass redliche Parteien den maßgeblichen Vertrag auch in der beihilferechtlich gebotenen modifizierten Form abgeschlossen hätten. Nur dann, wenn das Verhältnis zwischen der Leistung und Gegenleistung durch die in Frage stehende Anpassung so stark gestört wäre, dass die Parteien auf den Beihilfevertrag eher verzichtet hätten, ist von einer Gesamtnichtigkeit auszugehen.[580]

Dieselben Überlegungen gelten auch für das rechtliche Schicksal der "gesunden" Teile des Beihilfevertrages. Auch in diesem Zusammenhang sind nämlich der hypothetische Parteiwille und der Normzweck der übertretenen Norm maßgeblich. Im Übrigen ist auch hier die Grundsatzentscheidung der österreichischen Zivilrechtsordnung zugunsten der Aufrechterhaltung der "gesunden" Teile einer gesetzwidrigen Vereinbarung zu berücksichtigen.[581]

[580] Vgl. *Eilmansberger* in Koppensteiner, Beihilfenrecht, 84 ff mwN.
[581] Vgl. *Eilmansberger* in Koppensteiner, Beihilfenrecht, 92 ff mwN.

d. Rückabwicklung

Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot führt zur Nichtigkeit des Beihilfevertrages. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was mit den Leistungen passiert, die aufgrund des Beihilfevertrags erbracht wurden. Die Antwort auf diese Frage findet sich im allgemeinen Bereicherungsrecht. Die Nichtigkeit des Vertrags führt dazu, dass die Causa für die Vermögensverschiebung wegfällt, was zur Rückabwicklung des nichtigen Vertrags führt, sofern sich nicht ausnahmsweise aus dem Normzweck die Unzulässigkeit der Kondiktion ergibt.[582] Die Prüfung der Rückabwicklung erfolgt in drei Schritten:

(1) Zunächst ist zu prüfen, auf welcher Rechtsgrundlage die Rückabwicklung erfolgen soll.

(2) In einem zweiten Schritt ist zu durchleuchten, ob der Normzweck die Rückabwicklung zulässt.

(3) Schließlich ist der Inhalt und Umfang des Rückabwicklungsanspruchs zu analysieren.

i. Grundlage der Rückabwicklung

Bei der Nichtigkeit eines Vertrags gemäß § 879 ABGB kommen als Basis für die Rückabwicklung folgende Rechtsgrundlagen infrage:

(1) § 1431 ABGB

(2) § 877 ABGB analog

(1) § 1431 ABGB

Die Rückforderung gemäß § 1431 ABGB setzt voraus, dass:

(i) irrtümlich und

(ii) rechtsgrundlos

[582] Vgl. dazu OGH 28.06.2012, 2 Ob 3/12y; *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 2 mwN; *Rummel in Rummel*[3], § 877, Rz. 1 f; *Mader in Schwimann,* ABGB[3], Vor §§ 1431 ff, Rz. 10; *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB3, § 877, Rz. 1 f; OGH 25.01.2001, 2 Ob 322/00t; OGH 13.03.1996, 5 Ob 506/96.

(iii) eine Leistung erbracht wird.[583]

Im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot scheitert die Anwendbarkeit von § 1431 ABGB an dem Tatbestandsmerkmal des Irrtums.

Das Kriterium des Vorliegens eines Irrtums impliziert nämlich die Schutzwürdigkeit einer Partei.[584]

Das Vorliegen eines solchen Irrtums kann aber im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nicht verlangt werden. Die Parteien des Beihilfevertrags sind nicht schutzwürdig. Der Beihilfegeber ist der Adressat des Durchführungsverbots und der Beihilfeempfänger muss sich vergewissern, dass die Vorschriften des Beihilferechts beachtet wurden.[585]

Zudem würde das Erfordernis des Nachweises eines solchen Irrtums die Rechtsverfolgung praktisch unmöglich machen oder zumindest wesentlich erschweren. Die Anwendbarkeit von § 1431 ABGB ist daher auch in Anbetracht des Effektivitätsgrundsatzes zu verneinen.[586]

ME kann somit im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot § 1431 ABGB nicht als Rechtsgrundlage für die Rückabwicklung infrage kommen.

(2) § 877 ABGB analog

Die Rückforderung gemäß § 877 ABGB analog setzt voraus, dass:

(i) eine Leistung

(ii) aufgrund eines Vertrages erbracht wird,

(iii) der gemäß § 879 ABGB nichtig ist.[587]

Da formell rechtswidrige Beihilfeverträge gemäß § 879 ABGB nichtig sind, ist die relevante Rechtsgrundlage für die Rückabwicklung § 877 ABGB analog.[588]

---

[583] *Rummel in Rummel*[3], § 1431, Rz. 1.
[584] *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1431, Rz. 1.
[585] EuGH 20.03.1997, C-24/95, *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25.
[586] *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 159.
[587] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 2.

ii. Normzweck und Rückabwicklung

Die Zulässigkeit der Rückabwicklung hängt vom Normzweck des betreffenden Gesetzes ab.

Die Rückabwicklung ist zulässig, wenn:

(i) die Norm den Schutz einer Partei bezweckt oder

(ii) sich die Norm gegen den Leistungsaustausch an sich wendet.[589]

Die Rückabwicklung ist hingegen unzulässig, wenn:

(i) die Norm nur die Entstehung einer durchsetzbaren Verpflichtung verhindern will oder

(ii) der Normzweck der Anwendbarkeit von § 1174 Abs 1 ABGB nicht entgegensteht.[590]

ME verlangt der Normzweck des Durchführungsverbots die Rückabwicklung.

Die Vertragsparteien eines Beihilfevertrags sind nicht schutzwürdig. Der Mitgliedstaat ist nämlich der Adressat des Durchführungsverbots. Dem Beihilfeempfänger wird zugemutet, dass sich dieser von der Beachtung der Beihilfevorschriften durch den Beihilfegeber vergewissert.[591]

Allerdings wendet sich das Durchführungsverbot gegen den Leistungsaustausch an sich. Das Durchführungsverbot soll nämlich verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[592] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[593]

---

[588] Nach der Rechtsprechung sind auch nichtige kartellrechtswidrige Vereinbarungen nach § 877 ABGB analog rückabzuwickeln – OGH 13.03.2012, 10 Ob 10/12m; *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 ff.
[589] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 6.
[590] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 7.
[591] EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25 mwN.
[592] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[593] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

Da sich das Durchführungsverbot nicht nur gegen den Abschluss des fomell rechtswidrigen Rechtsgeschäfts an sich, sondern gerade auch gegen den Leistungstransfer richtet, verlangt mE der Normzweck des Durchführungsverbots die Rückabwicklung.[594]

Obwohl die Anwendbarkeit des Durchführungsverbots an das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf die Gewährung der Beihilfe anknüpft,[595] bezweckt dieser auch die Verhinderung der tatsächlichen Gewährung der formell und / oder materiell rechtswidrigen Beihilfe.[596]

Gemäß § 1174 Abs 1 ABGB kann nicht zurückgefordert werden, was zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben wurde. Die Rückforderbarkeit ist somit insofern versagt, als das Geleistete von den Parteien als Belohnung bzw. Entgelt für eine unerlaubte Tätigkeit gedacht war, welche dadurch gerade herbeigeführt werden sollte. § 1174 Abs 1 ABGB schließt nur die Kondiktion der "*Prämie der Unerlaubtheit*" aus.[597]

Im beihilferechtlichen Zusammenhang kommt § 1174 Abs 1 ABGB bereits deshalb nicht zur Anwendung, weil die Beihilfe nie als Belohnung für den Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt wird. Ferner würde die Anwendbarkeit von § 1174 Abs 1 ABGB die Rückabwicklung verhindern und damit dem Normzweck des Durchführungsverbots widersprechen. Schließlich würde § 1174 Abs 1 ABGB auch der unionsrechtlichen Verpflichtung der Staaten zur Rückforderung von formell und materiell rechtswidrigen Beihilfen entgegenstehen.[598]

---

[594] *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 109; den deutschen Ausschlusstatbestand des § 814 BGB aus ähnlichen Normzweck-Überlegungen verneinend *Kiethe,* RIW 2003, 786; den Ausschlusstatbestand des § 817 Satz 2 BGB auch aus den Gründen des Normzwecks verneinend *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 110f.

[595] EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 38; ohne jedoch den Begriff der Durchführung näher zu definieren; vgl. auch EuG 06.03.2002, T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Slg. 2002, II-1371, Rz. 181 ff.

[596] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.

[597] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 7 mwN.

[598] Siehe dazu ausführlich: Bekanntmachung der Kommission – Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten ABl. C 272 vom 15.11.2007, Rz. 16 ff.

iii. Inhalt und Umfang des Rückabwicklungsanspruchs

Der Inhalt und Umfang des Rückabwicklungsanspruchs nach § 877 ABGB richten sich nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Der Anspruch nach § 877 ABGB ist demnach grundsätzlich auf die Rückstellung in natura gerichtet. Ist Rückgabe unmöglich oder untunlich, ist Wertersatz nach Maßgabe des verschafften Nutzens im Zeitpunkt der Leistung zu leisten. Die Höhe des Wertersatzes hängt davon ab, ob der Kondiktionsschuldner redlich oder unredlich ist.[599]

Im Falle eines nichtigen formell rechtswidrigen Beihilfevertrags ist der Inhalt des Rückabwicklungsanspruchs folgender:

In erster Linie muss die Rückgabe der gewährten Beihilfe erfolgen.[600]

Ist die Rückgabe unmöglich oder untunlich, so ist Wertersatz zu leisten. Dabei hat der redliche Kondiktionsschuldner den Verkehrswert und der unredliche Kondiktionsschuldner den höchsten am Markt erzielbaren Preis zu ersetzen. Dabei sind die Vertragsparteien eines Beihilfevertrags stets unredliche Kondiktionsschuldner, weil beide wissen bzw. wissen müssen, dass ihnen die erhaltene Leistung nicht gebührt.[601]

Der Bereicherungsanspruch besteht unabhängig davon, ob die Leistung korrekterweise bzw. vollständig erbracht wurde. Bereichert ist somit auch derjenige, der noch nicht so viel erhalten hat, wie er bei vollständiger Vertragserfüllung erhalten hätte.[602]

Die Möglichkeit der Aufrechnung mit der für die Beihilfe erbrachten Gegenleistung besteht nicht. Denn die Aufrechnung würde dem Beihilfeempfänger ermöglichen, einen seiner Gegenleistung entsprechenden Teil der formell rechtswidrigen

---

[599] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 18 mwN.

[600] Verkauft der Staat einem Beihilfeempfäger ohne Anmeldeung bei der Kommission ein Grundstück im Wert von EUR 10 Mio. um EUR 5 Mio., so erhält der Beihilfeempfäger neben dem Grundstück rechtsgrundlos eine Beihilfe in der Höhe von EUR 5 Mio. Bei der Rückabwicklung des Kaufvertrags hat daher der Beihilfeempfänger EUR 5 Mio. nachzuzahlen.

[601] *Apathy/Riedler in Schwimman*, ABGB[3], § 877, Rz. 11 – Stellt ein staatliches Monopolunternehmen seine Infrastruktur ohne Anmeldung bei der Kommission ausschließlich dem Beihilfeempfänger zur Verfügung, so hat dieser den höchsten am Markt erzielbaren Preis für die Nutzung dieser Infrastruktur zu zahlen.

[602] OGH 25.11.2009, 3 Ob 147/09b.

Beihilfe behalten zu dürfen. Dadurch könnte das Durchführungsverbot umgangen werden.[603]

Bei Geldleistungen sind Nutzungen in Form von Zinsen zu vergüten (gesetzlicher Zinssatz oder bei Unredlichem höhere Ersparnis).[604]

Im Falle der nachträglichen positiven Entscheidung der Kommission hat der Beihilfeempfänger nur die ihm endgültig verbleibende Bereicherung herauszugeben. Dabei handelt es sich um die Zinsen für den Zeitraum zwischen der Durchführung der Beihilfe und der abschließenden Kommissionsentscheidung.[605]

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bestehen bei der Rückabwicklung von Beihilfeverträgen keine Besonderheiten. Bereicherungsrechtliche Ansprüche aufgrund der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften des Staates sind als privatrechtliche Ansprüche zu qualifizieren, die von Zivilgerichten durchzusetzen sind.[606]

Auch der den Bund zur Rückforderung von irrtümlich erbrachten Leistungen verpflichtende § 72 BHG 2013 betrifft lediglich die Verpflichtung zur Rückforderung nicht jedoch den bereicherungsrechtlichen Anspruch selbst. Zwar ist diese Verpflichtung nur auf § 1431 ABGB eingeschränkt, doch spricht mE nichts dagegen, diese Verpflichtung auch im Zusammenhang mit § 877 ABGB als eine generelle Verpflichtung zur Rückforderung von formell rechtswidrigen Beihilfen durch den Bund auszulegen.[607]

---

[603] *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 111.
[604] Vgl. dazu OGH 22.04.1997, 4 Ob 84/97z – *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 116; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 33-41; OGH 23.11.2005, 9 Ob 98/04h.
[605] Vgl. EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 33-41 – dies lässt sich in Analogie zum Wegfall der Bereicherung beim geschäftsunfähigen Bereicherungsschuldner argumentieren – vgl. dazu *Apathy/Riedler in Schwimman*, ABGB[3], § 877, Rz. 16 f.
[606] *Rummel in Rummel*, ABGB[3], Vor § 1431, Rz. 28.
[607] § 72 Bundesgesetz über die Führung des Bundeshaushaltes (Bundeshaushaltsgesetz 2013 – BHG 2013): "*Eine Leistung des Bundes, die irrtümlich erbracht worden ist (§ 1431 ABGB), hat das zuständige Organ, sobald es davon Kenntnis erlangt, zurückzufordern oder dafür, sofern eine Rückerstattung nicht mehr möglich ist, eine dem gemeinen Wert (§ 305 ABGB) entsprechende Ersatzleistung von der Empfängerin oder von dem Empfänger zu verlangen…*".

e. Schwebende Unwirksamkeit

i. Allgemeines

Bei der schwebenden Unwirksamkeit handelt es sich um die meist diskutierte Alternative zur Nichtigkeit. Vor diesem Hintergrund soll im Rahmen dieses Kapitels geprüft werden, ob die schwebende Unwirksamkeit beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot als Rechtsfolge infrage kommt.[608]

Im Unterschied zur Nichtigkeit bewirkt die schwebende Unwirksamkeit nur eine vorübergehende Rechtsunwirksamkeit, wobei das Rechtsgeschäft mit sehr eingeschränkten Rechtswirkungen bestehen bleibt. Bei der schwebenden Unwirksamkeit wird das Rechtsgeschäft erst nach der Erfüllung sämtlicher Wirksamkeitserfordernisse rechtswirksam. Bis dahin befindet sich das Rechtsgeschäft in einem Schwebezustand, in dem die Parteien an ihre Erklärungen gebunden sind.[609]

Während des Schwebezustands haben die Parteien keinen Erfüllungsanspruch.[610] Außerdem sind die Parteien verpflichtet, alles zu unternehmen, um den Bedingungseintritt zu ermöglichen.[611]

Die schwebende Unwirksamkeit ist gesetzlich nicht geregelt, sondern entstammt der Rechtsprechung. Aber auch in der Rechtsprechung wird diese Rechtsfigur nur in bestimmten Fällen als Alternative zur Nichtigkeit herangezogen. Die wichtigsten Beispiele sind die Folgenden:

- Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Minderjährigen;[612]

---

[608] Zum Meinungsstand in Deutschland grundlegend *Verse/Wurmnest*, AcP 2004, 855 f.
[609] Siehe dazu BGH 15.10.1992, IX ZR 43/92; BGH 25.06.1976, V ZR 121/73; aus der jüngeren Rechtsprechung OGH 25.05.2007, 6 Ob 127/06d mwN; sowie vgl. OGH 18.07.2000, 4 Ob 185/00k; OGH 30.01.2001, 1 Ob 297/00h; OGH 11.07.2002, 6 Ob 265/01s; OGH 07.08.2003, 2 Ob 217/01b; OGH 13.01.2004, 5 Ob 219/03x; OGH 28.09.2005, 7 Ob 147/05a; OGH 25.05.2007, 6 Ob 226/06p; OGH 28.06.2007, 3 Ob 34/07g; OGH 01.04.2008, 5 Ob 44/08v; OGH 28.04.2008, 8 Ob 130/07m.
[610] *Rummel in Rummel*, ABGB[3], § 897, Rz. 5; OGH 28.06.2007, 3 Ob 34/07g; OGH 01.04.2008, 5 Ob 44/08v; OGH 28.04.2008, 8 Ob 130/07m; OGH 03.04.2008, 1 Ob 136/07t; OGH 11.11.2010, 2 Ob 11/10x; OGH 12.12.2010, 7 Ob 198/10h.
[611] Aus der aktuellen Rechtsprechung OGH 19.01.2011, 7 Ob 247/10i; OGH 23.05.2001, 9 Ob 97/01g; OGH 11.12.2003, 6 Ob 248/03v; OGH 29.03.2004, 8 ObA 94/03m; OGH 14.06.2005, 2 Ob 33/05z; OGH 28.09.2005, 7 Ob 147/05a; OGH 21.05.2007, 8 Ob 52/07s.
[612] *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 151, Rz. 1 ff.

- Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht;[613]

- Kauf eines Grundstücks ohne grundverkehrsbehördliche Genehmigung;[614]

- Durchführung eines Zusammenschlusses ohne abschließende Genehmigung;[615]

- Gewährung von Darlehen ohne devisenbehördliche Genehmigung;[616]

- Übertragung von Geschäftsanteilen gemäß § 76 Abs 2 GmbHG ohne Erfüllung der Voraussetzungen des Gesellschaftsvertrags;[617]

- Gegen nachträgliche Zustimmung des Gerichts ausgesprochene Entlassung.[618]

ii. Voraussetzungen

Die Kriterien der schwebenden Unwirksamkeit sind nicht in allen bisherigen Anwendungsfällen dieselben. Dennoch lassen sich mE aus der bisherigen Rechtsprechung die wesentlichen Kriterien für die Anwendbarkeit der schwebenden Unwirksamkeit ableiten. Dabei handelt es sich um die folgenden alternativen Voraussetzungen:[619]

(1) Schutzwürdigkeit von Individualinteressen einer Partei

(2) Fehlen einer besonderen Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ("Mangel")

(3) Heilung des Mangels durch nachträgliche Zustimmung/Genehmigung

---

[613] *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 1013, Rz. 16 ff.
[614] Bgl. dazu OGH 13.01.2004, 5 Ob 219/03x; OGH 28.09.2005, 7 Ob 147/05a; OGH 25.05.2007, 6 Ob 226/06p; OGH 28.06.2007, 3 Ob 34/07g; OGH 01.04.2008, 5 Ob 44/08v; OGH 28.04.2008, 8 Ob 130/07m; vgl. auch BGH 09.11.1994, VIII ZR 41/94; *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 204.
[615] *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht[2], 214 f.
[616] OGH 28.10.1987, 2 Ob 718/86 – nicht mehr aktuell.
[617] Vgl. dazu OGH 21.02.2008, 6 Ob 7/08k.
[618] Vgl. dazu OGH 22.02.1995, 9 ObA 25/95.
[619] Vgl. dazu auch *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 64, 103 ff; *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 204 – diese Kriterien müssen nicht kumulativ erfüllt werden. So liegt beispielsweise auf der Hand, dass die beteiligten Unternehmen eines Zusammenschlusses bzw. Parteien eines Grundstücksgeschäfts gerade nicht schutzwürdig sind.

(4) Vereinbarkeit mit dem Normzweck

(5) Verhältnismäßigkeit

(1) Schutzwürdigkeit von Individualinteressen einer Partei

Die Schutzwürdigkeit von Individualinteressen einer Partei rechtfertigt die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit etwa beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Minderjährigen[620] oder beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht.[621] In diesen Fällen erachtet man den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen sowie den von *falsus procurator* Vertretenen als besonders schutzwürdig.

Die Vertragsparteien eines Beihilfevertrags sind jedoch nicht schutzwürdig. Der Mitgliedstaat ist nämlich der Adressat des Durchführungsverbots. Dem Beihilfeempfänger wird zugemutet, dass sich dieser von der Beachtung der Beihilfevorschriften durch den Beihilfegeber vergewissert.[622]

Auch in jenen Fällen, in denen sich der Staat rechtsmissbräuchlich auf das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe beruft,[623] ist der Beihilfeempfänger nicht schutzwürdig. Denn unabhängig davon, ob sich der Staat rechtsmissbräuchlich auf die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe beruft oder der Beihilfeempfänger schutzwürdig erscheint, führt die Gewährung einer formell rechtswidrigen Beihilfe stets zu einer Wettbewerbsverzerrung und damit zwangsläufig zur Beeinträchtigung von Interessen der Allgemeinheit. Diese Beeinträchtigung der Allgemeininteressen wiegt stärker als allfällige Interessen des Beihilfeempfängers.[624]

Beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot ist daher die erste Alternativvoraussetzung für die Anwendbarkeit der schwebenden Unwirksamkeit nicht erfüllt.

---

[620] *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 151, Rz. 1 ff.
[621] *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 1013, Rz. 16 ff.
[622] EuGH 20.03.1997, C-24/95 *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25 mwN.
[623] Zum ähnlichen Sachverhalt vgl. EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 13 ff.
[624] So auch *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 168.

(2) Fehlen einer besonderen Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ("Mangel")

Die schwebende Unwirksamkeit kommt dann als Rechtsfolge infrage, wenn eine besondere Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäfts fehlt, das Rechtsgeschäft somit einen "Mangel" aufweist. In den Beispielen aus der Rechtsprechung handelt es sich dabei etwa um die fehlende Geschäftsfähigkeit, Vertretungsvollmacht, behördliche Genehmigung oder eine Voraussetzung aus dem Gesellschaftsvertrag.[625]

Im Falle der formellen Rechtswidrigkeit ist der "Mangel" die fehlende abschließende Genehmigung durch die Kommission. Dies ermöglicht auf den ersten Blick eine Analogie zu den Fällen der fehlenden behördlichen Genehmigung.[626]

Um eine solche Analogie zu bejahen, müssen mE die Ziele und / oder Prinzipien der behördlichen Genehmigungspflichten mit jenen des Durchführungsverbots zumindest *grosso modo* übereinstimmen.[627] Aus diesem Grund sind folgende Punkte zu prüfen:[628]

(a) Vergleichbarkeit der Genehmigungsverfahren

(b) Vergleichbarkeit der Ziele und Prinzipien

(a) Vergleichbarkeit der Genehmigungsverfahren

In erster Linie soll das Genehmigungsverfahren einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung mit dem Genehmigungsverfahren einer beihilferechtlichen Genehmigung durch die Kommission verglichen werden. Das

[625] Siehe dazu oben IV.A.5.e.i.
[626] Vgl. grundlegend für Deutschland *Schreder/Schrödermeier,* ZBB 1996, 165 ff, 183f; *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 133 ff.
[627] Vgl. dazu *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 7, Rz. 14 ff.
[628] Vgl. dazu *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 108 – ohne nähere Untersuchung der Vergleichbarkeit des Beihilfeverfahrens mit anderen Verfahren zur Genehmigung von Rechtsgeschäften kann noch nicht der Schluss gezogen werden, dass die schwebende Unwirksamkeit analogiefähig ist.

Genehmigungsverfahren einer Grundverkehrsbehörde lässt sich wie folgt darstellen.[629]

Eine natürliche Person beabsichtigt den Erwerb des Eigentums an einem forstwirtschaftlichen Grundstück und schließt zu diesem Zweck mit der Gemeinde einen Kaufvertrag ab. Obwohl das Grundstück einen Marktwert von EUR 10 Mio. hat, vereinbaren die Parteien einen Preis von EUR 5 Mio. Gemäß § 4 GVG bedarf der Eigentumserwerb an einem fortwirtschaftlichen Grundstück der Genehmigung der Behörde.

Gemäß § 10 Abs 1 GVG ist die Genehmigung vom Rechtserwerber oder von der anderen Vertragspartei zu beantragen. Gemäß § 10 Abs 3 GVG sind Rechtserwerber und Rechtsvorgänger verpflichtet, den Grundverkehrsbehörden über deren Verlangen die entsprechenden Auskünfte zu erteilen und entsprechende Unterlagen oder Nachweise beizubringen. Gemäß § 31 Abs 2 GVG sind die Parteien des Genehmigungsverfahrens der Rechtserwerber und der Rechtsvorgänger.

Gemäß § 15 Abs 1 GVG darf solange die erforderliche Genehmigung von der Behörde nicht erteilt wurde, der dem Rechtserwerb zugrunde liegende Rechtstitel nicht ausgeübt werden. Die Parteien sind jedoch an den Rechtstitel gebunden.

Das beihilferechtliche Genehmigungsverfahren der Kommission unterscheidet sich jedoch von einem grundverkehrsbehördlichen Genehmigungsverfahren wesentlich.

Die Anmeldung eines Beihilfevorhabens kann nur vom Staat vorgenommen werden. Der Beihilfeempfänger ist nicht anmeldeberechtigt.[630] Die Auskünfte zum Beihilfevorhaben können nur vom Staat erteilt werden.[631] Nur der Staat ist Partei des Genehmigungsverfahrens, nicht hingegen der Beihilfeempfänger.[632]

---

[629] Die Prüfung erfolgt auf Basis vom oberösterreichischen Landesgesetz vom 7. Juli 1994 über den Verkehr mit Grundstücken ("*GVG*") - LGBl.Nr. 88/1994.
[630] Art 2 VO 659/1999.
[631] Art 5 VO 659/1999.
[632] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 913 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 6 VO 659/1999, Rz. 4 ff; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 40 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 43 f; *Köster in Montag/Säcker,* Münchener

Die Rechtsfolge für den Fall der Nichteinholung der Genehmigung ist nicht explizit geregelt.[633] Im Falle der Nichteinholung einer behördlichen Genehmigung begnügt sich der Gesetzgeber mit der expliziten Anordnung der schwebenden Unwirksamkeit. Die Nichtigkeit soll nur eintreten, wenn die Genehmigung versagt wird. Dies ist beim Durchführungsverbot nicht der Fall.[634]

ME scheitert die Vergleichbarkeit der beiden Verfahren an der fehlenden Einflussmöglichkeit des Beihilfeempfängers. Aus demselben Grund scheitert auch die Vergleichbarkeit mit dem fusionskontrollrechtlichen Genehmigungsverfahren, weil auch bei diesem jedes an dem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen zur Anmeldung berechtigt ist.[635]

Zu fragen ist daher, welche Rechtsfolge das Zivilrecht für den Fall anordnet, dass die staatliche Stelle ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne eine Genehmigung einzuholen, die nur diese beantragen kann. Die relevante Bestimmung ist § 867 ABGB. Nach der Rechtsprechung zu § 867 ABGB sind zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte der öffentlichen Hand schwebend unwirksam, wenn diese ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde abgeschlossen werden. In diesen Fällen kann (wie im Beihilfeverfahren) über das aufsichtsbehördliche Genehmigungsverfahren nur die öffentliche Stelle disponiert.[636]

ME ist die Vergleichbarkeit der Verfahren nur bei aufsichtsbehördlichen Genehmigungsverfahren zu bejahen.[637]

Kommentar des Wettbewerbsrechts, VerfVO Art. 20, Rz. 1 ff; *Mederer/Dimitris/Triantafyllou in von der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Art. 88, Rz. 23.

[633] Art 3 VO 659/1999.

[634] *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 109 f.

[635] § 10 Abs 1 KartG.

[636] OGH 25.08.1993, 1 Ob 13/93; OGH 19.03.1998, 2 Ob 7/98p; OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t; OGH 19.03.1998, 2 Ob 7/98p.

[637] Vgl. dazu auch die explizite Anordnung schwebender Unwirksamkeit durch das deutsche Verwaltungsrecht im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot – *Pütz*, Beihilfeverbot, 68 f.

(b) Vergleichbarkeit der Ziele und Prinzipien

Die Vergleichbarkeit der Ziele und Prinzipien ist mE wesentlich, um beurteilen zu können, (i) aus welchen Gründen man sich bei fehlender Genehmigung mit der schwebenden Unwirksamkeit begnügt, und (ii) ob die Gründe die schwebende Unwirksamkeit bei formeller Rechtswidrigkeit rechtfertigen können.

Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[638] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[639]

Zugleich sichert das Durchführungsverbot das Entscheidungsmonopol der Kommission hinsichtlich der Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt. Zur Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit der Beihilfe führt die Kommission eine komplexe rechtliche und wirtschaftliche Analyse des Beihilfevorhabens durch, wobei vor allem die Auswirkungen auf den Wettbewerb analysiert werden.[640]

Den behördlichen Genehmigungspflichten legen hingegen andere Ziele und Prinzipien zugrunde.[641]

So hat beispielsweise gemäß § 1 Abs 1 GVG dieses Gesetz zum Ziel, beim Verkehr mit Grundstücken oder Teilen davon unter Bedachtnahme auf die Grundsätze eines umfassenden Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutzes das öffentliche Interesse insbesondere an einer geordneten Siedlungsentwicklung, einer wirtschaftlich gesunden und leistungsfähigen bäuerlichen Land- und

---

[638] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.

[639] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

[640] EuGH in ständiger Rechtsprechung seit EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471, Rz. 8; EuGH 02.04.1998, C-367/95, *Kommission/Sytraval*, Slg. 1998, I-1719, Rz. 41 ff; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 379 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 846; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 876 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 6 VO 659/1999, Rz. 1 ff; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 38 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 42 f; *Werner in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 108, Rz. 74 ff.

[641] Die Prüfung erfolgt auf Basis von GVG und Gesetz vom 14. Juni 1967, mit dem für die Gemeinden des Landes Steiermark mit Ausnahme der Städte mit eigenem Statut eine Gemeindeordnung erlassen wird ("*GemO*") – LGBl. Nr. 115/1967.

Forstwirtschaft in einem funktionsfähigen ländlichen Raum, an einer sparsamen sowie widmungsgemäßen Verwendung von Grund und Boden, am Schutz vor Grundstückserwerb zu vorwiegend spekulativen Zwecken sowie an der Beschränkung von Rechtserwerben an Grundstücken durch Ausländer zu wahren.

Gemäß § 96 Abs 1 GemO übt das Land das Aufsichtsrecht über die Gemeinde dahin aus, dass diese bei Besorgung der Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches aus dem Bereich der Landesvollziehung die Gesetze und Verordnungen nicht verletzt, insbesondere ihren Wirkungsbereich nicht überschreitet und die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllt.

Die behördliche Genehmigungspflicht bezweckt im Wesentlichen die Überprüfung der Einhaltung von Zuständigkeitsregelungen und sonstigen Vorschriften. Die beihilferechtliche Genehmigungspflicht bezweckt im Wesentlichen die Überprüfung der Auswirkungen der betreffenden Maßnahme auf den (Binnen-)Markt.

Den Zielen des Grundverkehrs (der Aufsicht) steht es dabei nicht entgegen, dass der Erwerber des Grundstücks ohne vorherige Genehmigung dieses landwirtschaftlich oder industriell nutzt und die gezogenen Vorteile zur Verbesserung seiner Marktposition einsetzt.[642]

Auch steht es mit den Zielen des Grundverkehrs (der Aufsicht) nicht im Widerspruch, dass der Rechtsverletzer gegenüber Personen, die ihre Rechtsgeschäfte hätten zunächst genehmigen lassen, nicht nur einen zeitlichen, sondern auch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.[643]Da das Genehmigungserfordernis bei Beihilfen zwingend im Kontext dynamischer Marktverhältnisse sowie eines freien Wettbewerbs zu sehen ist, ist die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften mE zu verneinen.

[642] Vgl. dazu auch § 10 Kärntner Grundverkehrsgesetz 2002.
[643] Vgl. dazu insb. *Lienbacher in Bachmann*, Besonderes Verwaltungsrecht[8], 503 ff.

(3) Heilung des Mangels durch nachträgliche Zustimmung/Genehmigung

Allen Fällen der schwebenden Unwirksamkeit ist gemeinsam, dass der "Mangel" als Grund für die Unwirksamkeit durch nachträgliche Zustimmung/Genehmigung geheilt werden kann. Im beihilferechtlichen Kontext ist der relevante "Mangel" die formelle Rechtswidrigkeit, also die Durchführung der Beihilfe vor der abschließenden Genehmigung.[644]

Die Heilbarkeit der formellen Rechtswidrigkeit könnte man zunächst aus dem Gang des Beihilfeverfahrens ableiten. Verabsäumt es nämlich die Kommission, sich zu dem angemeldeten Beihilfevorhaben binnen einer Frist von zwei Monaten zu äußern, so kann der Mitgliedstaat die Beihilfe 15 Tage nach einer Anzeige durchführen, also im konkreten Fall etwa den fraglichen Vertrag abschließen.[645]

Zudem enthält Art 15 Abs 1 VO 659/1999 eine Quasi-Heilung der formellen Rechtswidrigkeit durch Zeitablauf, weil die Kommission die Rückforderung der Beihilfe nach Ablauf von 10 Jahren ab der Beihilfegewährung nicht mehr anordnen kann, wodurch die Beihilfe zu einer bestehenden Beihilfe wird.[646]

Diese Argumentation überzeugt jedoch mE im Falle formeller Rechtswidrigkeit nicht. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die automatische Genehmigung der Beihilfe durch Zeitablauf gemäß Art 4 Abs 6 VO 659/1999 nur für den Fall vorgesehen ist, dass das Beihilfevorhaben vorab bei der Kommission angemeldet wird. Bei der Einleitung des Beihilfeverfahrens wegen einer formell rechtswidrigen Beihilfe besteht diese Möglichkeit jedoch nicht.[647]

Auch nach Ablauf von 10 Jahren seit der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung kann die Kommission die Rückforderung dieser "bestehenden" Beihilfe anordnen. Die Kommission ist nämlich gemäß Art 18 lit c VO 659/1999 befugt, die Abschaffung von bestehenden Beihilfen vorzuschlagen und im Falle der

---

[644] Kein "*Mangel*" im Sinne einer fehlenden Genehmigung ist hingegen die materielle Rechtwidrigkeit, also die Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Die materielle Rechtswidrigkeit wird durch die abschließende Kommissionsentscheidung erst festgestellt, sodass diese erst gar nicht geheilt werden kann.

[645] Art 4 Abs 6 VO 659/1999; *Pütz*, Beihilfeverbot, 67 f.

[646] *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 204.

[647] Denn Art 13 Abs 1 VO 659/1999 verweist lediglich auf Art 4 Abs 2, 3 und 4 nicht jedoch auf Abs 6, der die Möglichkeit der automatischen Genehmigung des Beihilfevorhabens durch die Kommission vorsieht.

Nichtbefolgung dieses Vorschlags das Beihilfeverfahren einzuleiten und im Falle eines negativen Ausgangs dieses Verfahrens die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen.[648]

Ferner ist nach der Auffassung mancher Autoren die Heilbarkeit formeller Rechtswidrigkeit zu bejahen, weil diese der Rechtssicherheit dient. Bei fehlender Heilbarkeit wäre nämlich unklar, ob die Parteien zum Neuabschluss des formell rechtswidrigen Beihilfevertrags verpflichtet sind und welche Partei die Kosten des Neuabschlusses zu tragen hat.[649]

ME stiftet die schwebende Unwirksamkeit keine Rechtssicherheit. Wird die Beihilfe nämlich nicht in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung, sondern etwa unter Bedingungen und Auflagen genehmigt, muss das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft neu abgeschlossen werden. In einem solchen Fall ist genauso ungeklärt, ob die Parteien zum Neuabschluss/Anpassung des formell rechtswidrigen Beihilfevertrags verpflichtet sind und welche Partei die Kosten zu tragen hat.[650]

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass nach der Rechtsprechung die Rechtsgeschäfte deshalb schwebend unwirksam sind, weil es an einer behördlichen Genehmigung fehlt (vorliegend: formelle Rechtswidrigkeit), nicht jedoch deshalb, weil das Rechtsgeschäft inhaltlich bestimmten Kriterien nicht entspricht (vorliegend: materielle Rechtswidrigkeit). Wenn die Vertragsparteien nämlich die grundverkehrsbehördliche Genehmigung gar nicht zu erlangen beabsichtigen, weil sie davon ausgehen, dass die Genehmigung versagt werden würde (vorliegend: materielle Rechtswidrigkeit) ist das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig, sofern auch feststeht, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung nicht erteilt werden kann.[651]

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die formelle Rechtswidrigkeit nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH durch die nachträgliche positive

[648] Art 19 Abs 2 iVm Art 4 Abs 4 VO 659/1999.
[649] *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 202 *Heidenhain*, EuZW 2005, 136.
[650] Vgl. dazu *Roniger/Maier in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 127 ff.
[651] OGH 25.05.2007, 6 Ob 127/06d; OGH 25.05.2007 6 Ob 226/06p.

Entscheidung der Kommission nicht geheilt werden kann.[652]ME ist daher im Falle der formellen Rechtswidrigkeit das Kriterium der Heilbarkeit durch nachträgliche Zustimmung/Genehmigung nicht erfüllt.

(4) Vereinbarkeit mit dem Normzweck

Die schwebende Unwirksamkeit kommt als Rechtsfolge nur dann infrage, wenn diese mit dem Normzweck der betreffenden Norm vereinbar ist.[653] Beim Durchführungsverbot sind in diesem Zusammenhang zwei Aspekte diskutiert worden:

(a) Reichweite des Normzwecks

(b) Zeitliche Komponente

(a) Reichweite des Normzwecks

In erster Linie ist zu prüfen, ob die schwebende Unwirksamkeit mit ihren Folgen dem Normzweck des Durchführungsverbots entspricht, also eine ausreichende und effiziente Rechtsfolge darstellt.

Nach einer Auffassung in der Lehre soll das Durchführungsverbot lediglich verhindern, dass die formell rechtswidrige Beihilfe vor der abschließenden Entscheidung der Kommission ihre wettbewerbsverzerrende Wirkung auf dem Markt entfaltet. Zur Verwirklichung dieses Normzwecks reicht es aus, wenn der Beihilfeempfänger bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission keinen Erfüllungsanspruch hat.[654] Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts würde in diesem Zusammenhang die Rückforderung der Beihilfe unnötigerweise erleichtern.[655]

ME ist dieser Rechtsansicht nicht beizupflichten. Das Durchführungsverbot soll nämlich verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen

---

[652] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 33-41; EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 45; EuGH 30.06.1992, C-312/90, *Cenemesa*, Slg. 1992, I-4117, Rz. 23; EuGH 30.06.1992, C-47/91, *Italgrandi*, Slg. 1992, I-4145, Rz. 29; EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 59 ff.
[653] *Steiner*, JBl 1996, 413 ff; so auch *Palandt/Heinrichs*, BGB[63], § 134, Rz. 11a
[654] *Wöllik in Jaeger,* Jahrbuch Beihilferecht 2008, 350 ff; *Pütz*, Beihilfeverbot, 66 ff.
[655] *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 108.

gewährt werden[656] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[657]

Zudem soll das Durchführungsverbot einen Vorgriff des Staates auf die der Kommission vorbehaltene Entscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt verhindern. Das Durchführungsverbot begnügt sich somit nicht mit einem fehlenden Erfüllungsanspruch. Es ist vielmehr erforderlich, dass der Beihilfeempfänger nicht in Genuss einer gewährten Beihilfe kommt.[658]

Die nationalen Gerichte sind nämlich verpflichtet, zugunsten der Einzelnen, die sich auf die formelle Rechtswidrigkeit 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 Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen zu ziehen. Die Gerichte müssen somit jederzeit in der Lage sein, die Rückforderung der formell rechtswidrigen Beihilfe anzuordnen.[659] Die Rückforderung erfolgt nämlich nach nationalem Recht.[660]

Das Fehlen eines Erfüllungsanspruchs verhindert nicht die faktische Gewährung der Beihilfe. Zudem können die Parteien die vorzeitige Entrichtung des Kaufpreises während des Schwebezustandes vereinbaren, was unter Umständen die vorzeitige Gewährung der Beihilfe ermöglicht.[661] Wird die Beihilfe während des Schwebezustands gewährt so stellt sich die Frage nach ihrer Rückforderbarkeit.

Die schwebende Unwirksamkeit widerspricht in diesem Zusammenhang dem Normzweck des Durchführungsverbots jedoch bereits insofern, als diese eine

---

[656] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[657] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[658] *Armbrüster in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 134 BGB, Rz. 104.
[659] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.
[660] Bekanntmachung der Kommission – Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten, ABl. C 272 vom 15.11.2007, Rz. 21 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 88 EGV, Rz. 15; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 313; vgl auch Art 11 VO 659/1999.
[661] *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 108.

Rückforderungsmöglichkeit vor der abschließenden Entscheidung nicht ermöglicht.

Leistungen, die während des Schwebezustands – dh vor Bedingungseintritt – erbracht werden, können gemäß § 1434 ABGB zurückgefordert werden.[662] Voraussetzung ist allerdings nach herrschender Auffassung ein Irrtum über das Erfordernis dieser Bedingung. Eine Leistung in Kenntins der Bedingung und des Schwebezustands schließt die Rückforderung aus.[663]

Das Vorliegen eines solchen Irrtums kann im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nicht angenommen werden. Der Beihilfegeber ist nämlich der Adressat des Durchführungsverbots und der Beihilfeempfänger muss sich nach der Rechtsprechung vergewissern, dass die Vorschriften des Beihilferechts beachtet wurden. Die Parteien des Beihilfevertrags sind nicht schutzwürdig.[664]

Da der Mitgliedstaat Adressat des Durchführungsverbots ist und auch bei Zweifeln über die Beihilfeeigenschaft der fraglichen Maßnahme bzw. wenn dieser davon ausgeht, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist zur Anmeldung bei der Kommission gehalten ist,[665] kann mE davon ausgegangen werden, dass dieser immer in Kenntis der aufschiebenden Bedingung und des Schwebezustands leistet. Dies bedeutet jedoch, dass eine Rückforderung während des Schwebezustands nach § 1434 ABGB nicht möglich wäre.

Damit die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit mit dem unionsrechtlichen Erfordernis der jederzeitigen Rückforderbarkeit vereinbar wäre, müsste man § 1434 ABGB für diesen Fall so modifizieren, dass es auf den Irrtum

---

[662] Vgl. dazu *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1434, Rz. 1.

[663] *Rummel in Rummel*[3], § 1434, Rz. 1 mwN; *Mader in Schwimman*, ABGB[3], § 1434, Rz. 2 mwN; vgl. auch OGH 23.06.2005, 6 Ob 113/05v.

[664] EuGH 20.03.1997, C-24/95, *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 25; die in der Lehre vertretene Gegenauffassung, wonach der Gesetzgeber das Vorliegen eines Irrtums nur dort zum Kondiktionserfordernis machen wollte, wo dieser dies ausdrücklich normiert hat – nämlich nur bei Zahlung einer nicht bestehenden Schuld iSv § 1431 ABGB, nicht jedoch einer aufschiebend bedingten Schuld iSv § 1434 ABGB – überzeugt nicht vgl. dazu *Markl/Oberhofer*, WoBl 1992, 176 – überzeugend widerlegt von *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 145f.

[665] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 375; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 848 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 805 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art 88 EGV, Rz. 6 ff; *Sinnaeve in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 33, Rz. 19; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 65 f; *Werner in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 108, Rz. 118 ff.

des Leistenden nicht ankommen würde. Dies wurde jedoch bisher weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre generell anerkannt.

Soweit ersichtlich beschäftigte sich mit dieser Problematik bisher nur *Bartlmä*. Nach seiner Auffassung ist die bereicherungsrechtliche Rückforderung bei behördlich genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften anders zu beurteilen als die Fälle einer von einer Partei beigefügten aufschiebenden Bedingung. Die Zulässigkeit der Kondiktion ist nicht unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, welche der Parteien schutzwürdiger ist, sondern es kommt als zusätzliches Kriterium das öffentliche Interesse an der Rückabwicklung hinzu. Daher ist in Fällen der behördlich genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte die Zulässigkeit einer Kondiktion nach denselben Kriterien zu beurteilen, wie sie im Falle der Nichtigkeit nach § 879 ABGB gehandhabt wird. Es ist somit auf den Normzweck jener Bestimmung abzustellen, die die aufschiebende Bedingung herbeigeführt hat. Auf einen Irrtum des Leistenden kann es dabei nicht ankommen.[666]

Die Rechtsprechung stellt auch nicht auf einen Irrtum des Leistenden ab, wenn die behördliche Genehmigung endgültig verweigert wird. Die Leistungskondiktion ergibt sich hier aus dem Normzweck. Wenn aber jene Norm, aufgrund derer der Vertrag aufschiebend bedingt ist, jede Vermögensverschiebung ohne Genehmigung verhindern will, ist nach dem Zweck der Norm eine Kondiktion schon vor der engültigen Verweigerung der Zustimmung zulässig – wie etwa im Falle des Durchführungsverbots.[667]

Obwohl mE die Auffassung von Barlmä im Ergebnis richtig ist, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass diese weder generell anerkannt noch in der Praxis erprobt ist, sodass sie keine effektive Rückforderungsmöglichkeit darbietet. Darin besteht mE ein wesentlicher Nachteil gegenüber der Nichtigkeit, die bereits nach der geltenden Rechtslage eine Rückforderung nach § 877 ABGB analog ermöglicht.[668]

---

[666] *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 145 f.
[667] *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 146.
[668] Vgl. dazu oben IV. A. d.; aus diesem Grund muss mE auf die Frage, ob die Parteien des Beihilfevertrags zur Herbeiführung der Genehmigung verpflichtet sind und somit die Kondiktion nach § 1343 ABGB unmöglich ist, nicht eingegangen werden – vgl. dazu *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 1434, Rz. 1 mwN.

Die schwebende Unwirksamkeit versagt somit insbesondere dann, wenn dem Beihilfeempfänger die Beihilfe bereits gewährt wurde.[669] In einem solchen Fall könnte nämlich der Beihilfeempfänger bis zu einer negativen Entscheidung der Kommission die formell / materiell rechtswidrige Beihilfe ungestört einsetzen.[670]

ME wäre dem Normzweck des Durchführungsverbots nicht Genüge getan, wenn die Rückforderung der Beihilfe nur auf Basis einer negativen Kommissionsentscheidung angeordnet werden könnte.[671]

Schließlich kann mE auch nicht damit argumentiert werden, dass die Abschreckungswirkung der Nichtigkeit auch mit der schwebenden Unwirksamkeit erreicht werden kann, da beide Rechtsfiguren verhindern, dass der Beihilfegeber die Beihilfe unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt.[672]

Auf eine allfällige Abschreckungswirkung der Nichtigkeit bzw. der schwebenden Unwirksamkeit kommt es nicht an, weil dem Durchführungsverbot eine Abschreckungswirkung nicht zuerkannt wurde.[673]

Die schwebende Unwirksamkeit könnte mE nur unter folgenden Bedingungen dem Normzweck des Durchführungsverbots entsprechen:

- Das beihilfegewährende Rechtsgeschäft wurde abgeschlossen; aber
- nicht erfüllt;
- Die Kommission hat die Beihilfe nachträglich genehmigt; aber
- ohne Auflagen oder Bedingungen.

In allen anderen Fällen widerspricht mE die schwebende Unwirksamkeit dem Normzweck des Durchführungsverbots.[674]

---

669 *Heidenhain*, EuZW 2008, 325.
670 Vgl. dazu *Jaeger in Hummer*, Entwicklungen EU-Recht, 452 ff.
671 *Heidenhain*, EuZW 2008, 325.
672 *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 147f.
673 Vgl. dazu Diskrepanz zwischen Schlussanträge GA Mazák 24.05.2007, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2007, I-469, Rz. 31 und EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; *Kühling*, ZWeR 2003, 506; *Deckert/Schroeder*, EuR 1998, 322 f; *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 566.

(b) Zeitliche Komponente

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der zeitliche Geltungsbereich des Durchführungsverbots die schwebende Unwirksamkeit oder eher die Nichtigkeit erfordert.

Laut einigen Stimmen in der Lehre reicht der zeitliche Geltungsbereich des Durchführungsverbots von der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung bis zu einer abschließenden positiven / negativen Entscheidung der Kommission, sodass das Durchführungsverbot nur eine vorübergehende Wirkung hat.[675]

Das Durchführungsverbot ist somit als ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt zu qualifizieren.[676] Die von der Rechtsprechung geforderte Unwirksamkeit der Rechtsakte bezieht sich nur auf den Zeitraum bis zu einer abschließenden Kommissionsentscheidung.[677]

Die Nichtigkeit führt jedoch zu einer dauerhaften sowie unheilbaren Unwirksamkeit des Beihilfevertrages und reicht somit über den zeitlichen Geltungsbereich des Durchführungsverbots hinaus, weshalb im Falle der formellen Rechtswidrigkeit die schwebende Unwirksamkeit vorzuziehen ist.[678]

Dieser Argumentation ist aber mE nicht zu folgen. Der zeitliche Geltungsbereich des Durchführungsverbots endet nur dann mit einer positiven / negativen Entscheidung der Kommission, wenn ein Beihilfeverfahren überhaupt eingeleitet wird. In vielen Fällen wird jedoch kein Beihilfeverfahren eingeleitet. In solchen

---

[674] Alle Versuche, die schwebende Unwirksamkeit den Anforderungen des Unionsrechts anzupassen erscheinen in hohem Maße gekünstelt – vgl. dazu *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 138 ff.

[675] *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 204; *Koenig*, EuZW 2003, 418; *Pechstein*, EuZW 2003, 448; *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 261; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 239.

[676] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 375.

[677] *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 325.

[678] *Krejci in Rummel,* ABGB[3], § 879, Rz. 261; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 879, Rz. 239; *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 131; *Wöllik in Jaeger,* Jahrbuch Beihilferecht 2008, 351; *Heinz,* immolex 2000, 64.

Fällen erstreckt sich der zeitliche Geltungsbereich des Durchführungsverbots mindestens über zehn Jahre ab dem Zeitpunkt der Beihilfegewährung.[679]

In den Fällen, wo kein Beihilfeverfahren eingeleitet wird, versagt die schwebende Unwirksamkeit bereits insofern, als nach dem Ablauf von zehn Jahren die formell rechtswidrige Beihilfe mangels einer nachträglichen Genehmigung stets endgültig rechtsunwirksam wird. Art 15 VO 659/1999 bestimmt nämlich nicht, dass die Beihilfe nach Ablauf von zehn Jahren als von der Kommission genehmigt gilt.[680]

Außerdem schafft der Verstoß gegen das Durchführungsverbot keinen Schwebezustand. Einen Schwebezustand könnte ein solcher Verstoß nämlich nur dann schaffen, wenn mit der nachträglichen positiven Entscheidung der Kommission die formelle Rechtswidrigkeit heilen würde. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Eine nachträgliche Heilung der formellen Rechtswidrigkeit ist nicht möglich.[681] Aufgrund der fehlenden Heilbarkeit ist der Beihilfevertrag im Falle einer nachträglichen positiven Entscheidung der Kommission erneut abzuschließen.[682]

ME erfordert daher das Durchführungsverbot auch in Anbetracht des zeitlichen Geltungsbereichs die Nichtigkeit.

---

[679] Art 15 Abs 3 VO 659/1999 - sodann wird die Beihilfe zu einer bestehenden Beihilfe, wobei die Kommission auch dann die Möglichkeit hat, die Beihilfe zu überprüfen und die Rückzahlung anzuordnen vgl. dazu Art 19 Abs 2 VO 659/1999.

[680] *Wallenberg in Grabitz/Hilf*, EU-Recht, Art 88, Rz. 8 ff; EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101 *et passim*.

[681] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 13; EuGH 30.06.1992, C-312/90, *Cenemesa*, Slg. 1992, I-4117, Rz. 23; EuGH 30.06.1992, C-47/91, *Italgrandi*, Slg. 1992, I-4145, Rz. 29; EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 21 ff; EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 72 - eine Begrenzung der Rechtsfolgen formeller Rechtswidrigkeit auf die zeitliche Geltungsdauer des Durchführungsverbots ist der Rechtsprechung des EuGH nicht zu entnehmen – vgl. dazu EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 63; *Bartosch,* EuZW 2008, 237.

[682] EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 45; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 40 ff.

(5) Verhältnismäßigkeit

Beim Verstoß gegen Unionsvorschriften ist es erforderlich, dass die nationalen Rechtsfolgen verhältnismäßig sind.[683] Da bereits die Geeignetheit und Erforderlichkeit der schwebenden Unwirksamkeit verneint wurde, ist nachfolgend der Vollständigkeit halber die Angemessenheit dieser Rechtsfolge zu prüfen.[684]

Nach der Rechtsauffassung der Befürworter schwebender Unwirksamkeit ist diese vor allem im Hinblick auf die Konsequenzen im Falle der nachträglichen Genehmigung angemessen.[685] Die Vertragsparteien sind während des Schwebezustands an den Beihilfevertrag gebunden, wobei eine Verletzung dieser Bindung zu einer Schadenersatzpflicht führt.[686]

Ferner sind die Parteien während des Schwebezustandes gehalten, alles zu unternehmen, um die behördliche Genehmigung zu erlangen, also insbesondere das Vorhaben bei der Behörde anzumelden und am Verfahren mitzuwirken.[687] Verletzt eine Vertragspartei ihre Mitwirkungspflichten, so ermächtigt dieser Umstand die andere Vertragspartei gemäß § 918 ABGB zum Vertragsrücktritt.[688] Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen ist auch der Beihilfegeber verpflichtet, das Beihilfevorhaben bei der Kommission anzumelden und mit der Kommission während des Beihilfeverfahrens umfassend zu kooperieren.[689]

Die sich aus der schwebenden Unwirksamkeit ergebende Verpflichtung der Parteien, alles zu unternehmen, um die Genehmigung zu erlangen, spielt mE im beihilferechtlichen Kontext keine Rolle. Denn zur Anmeldung der Beihilfe ist ausschließlich der Mitgliedstaat berechtigt, dessen Verpflichtung zur Anmeldung

---

[683] Vgl. dazu *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 ff.
[684] Die Rechtsprechung hat diese Frage offengelassen – vgl. dazu OLG Wien, 2 R 150/06b (nicht veröffentlicht) – *Jaeger*, ÖZW 2007, 75; OGH 15.12.2008, 4 Ob 133/08z; OGH 19.01.2010, 4 Ob 154/09i; OGH 21.06.2011, 4 Ob 40/11b.
[685] *Quardt/Nieland,* EuZW 2004, 204.
[686] *Rummel in Rummel*, ABGB[3], § 897, Rz. 5; *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 897, Rz. 29ff; *F.Bydlisnki in* FS Ostheim, 51f; *Pütz*, Beihilfeverbot, 51 ff.
[687] OGH 28.06.2007, 3 Ob 34/07g; OGH 01.04.2008, 5 Ob 44/08v; OGH 28.04.2008, 8 Ob 130/07m; OGH 03.04.2008, 1 Ob 136/07t; OGH 11.11.2010, 2 Ob 11/10x; OGH 12.12.2010, 7 Ob 198/10h.
[688] *Apathy/Riedler in Schwimann,* ABGB[3] § 897, Rz. 13.
[689] *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots, 141f.

und umfassenden Kooperation sich aus dem Unionsrecht und aus dem Interesse an der Beihilfegewährung ergibt.[690]

Ferner ist mE die schwebende Unwirksamkeit schon deshalb unangemessen, weil sie die Rechtsverletzer grundlos besserstellt. Angemessen ist eine Rechtsfolge mE nur dann, wenn diese den Rechtsverletzer und den sich rechtskonform Verhaltenden bezüglich der Konsequenzen gleichstellt.[691]

Im Normalfall vereinbaren die Parteien des Beihilfevertrags,[692] dass der Anspruch auf die Gewährung der Beihilfe erst mit der abschließenden positiven Kommissionsentscheidung[693] entsteht (sogenannte "*closing condition*").[694] Sodann meldet der Mitgliedstaat das Beihilfevorhaben bei der Kommission an.[695]

Erlässt die Kommission eine negative Entscheidung, so kommt es zu einem Bedingungsausfall, sodass die Anwartschaft auf das Vollrecht endgültig wegfällt.[696] Im Falle einer abschließenden positiven Kommissionsentscheidung kommt es mit Bedingungseintritt zum Entstehen des bindenden Anspruchs auf die Gewährung der Beihilfe. Vorher ist es den Parteien nicht erlaubt, die Beihilfe zu gewähren. Genehmigt die Kommission das Beihilfevorhaben nur unter Auflagen und Bedingungen, dann muss der Vertrag unter Aufkündigung des Alten neu verhandelt werden, es sei denn, dass die aufschiebende Bedingung (oder eine andere Vertragsklausel) für einen solchen Fall eine Ergänzungs- oder Änderungsmöglichkeit vorsieht.[697]

Im Fall einer formell rechtswidrigen Beihilfegewährung schließen die Parteien den Beihilfevertrag ab, der sofort erfüllt wird. Erlässt die Kommission eine negative

---

[690] Art 2 Abs 2 und Art 5 VO 659/1999.

[692] Vgl. dazu vor allem im Hinblick auf beihilferechtskonforme Vertragsgestaltung *Roniger/Maier in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 127 ff.

[693] Rücktrittsrecht im Falle unangemessen langer Vertragsdauer vgl. dazu in Bezug auf lange Verfahrensdauer Fall CELF I.

[694] Vgl. zu dem fusionskontrollrechtlichen Durchführungsverbot *Krenn*, ÖZK 2011, 186 ff.

[695] Dies untermauert die Rechtsauffassung *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 109f, nach der die einzig zulässige Vertragsgestaltung die aufschiebende Bedingung durch die abschließende Kommissionsentscheidung und das Fehlen von Klauseln, die die Leistungsgewährung vor dem Eintritt der Bedingung ermöglichen, darstellt.

[696] *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 897, Rz. 46.

[697] *Klingbeil*, Das Beihilfeverfahren, 19 ff.

Entscheidung, so kann sie die Rückforderung der Beihilfe anordnen,[698] sodass die Parteien – sofern ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung besteht – einen neuen Vertrag verhandeln und abschließen müssen. Genehmigt die Kommission die formell rechtswidrige Beihilfe unter Auflagen und Bedingungen, so ist die Rückabwicklung des alten Vertrags und die Verhandlung eines neuen Vertrags erforderlich.

Bei der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung kommt der Beihilfeempfänger sofort in den Genuss der Beihilfe. Dadurch erlangt er nicht nur einen zeitlichen Vorsprung, sondern auch einen Rangvorsprung. Käme die Kommission zum Ergebnis, dass die Beihilfe materiell rechtswidrig ist, dann würde im Normalfall der Beihilfeempfänger die Beihilfe nie erlangen.[699]

ME stellt somit die schwebende Unwirksamkeit im beihilferechtlichen Kontext keine angemessene Rechtsfolge dar.

iii. Zwischenergebnis

Da im Falle der formellen Rechtswidrigkeit (i) keine Partei des Beihilfevertrages schutzwürdig ist, (ii) der "Mangel" der formellen Rechtswidrigkeit nicht hielbar ist, (iii) die schwebende Unwirksamkeit dem Normzweck des Durchführungsverbots widerspricht und (iv) keine verhältnismäßige Rechtsfolge darstellt, ist mE die schwebende Unwirksamkeit im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot keine zutreffende Rechtsfolge ist.

[698] Art 14 VO 659/1999.
[699] *Heidenhain*, EuZW 2008, 325.

B. Nichtigkeit – besonderer Teil

1. Staatliche Bürgschaft

Bei der Beurteilung der Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit auf staatliche Bürgschaften bestehen besondere Probleme.[700] Staatliche Bürgschaften und Garantien gehören seit geraumer Zeit zu einem beliebten Instrument der Beihilfegewährung in Österreich,[701] und wie die Entwicklungen der letzten Jahre zeigen, auch zu einem verbreiteten Förderungsmittel in ganz Europa.[702]

So genehmigte die Kommission im Zeitraum von 2008 bis 2012 Beihilfen in der Höhe von EUR 5058,9 Mrd. Der größte Teil dieser Beihilfen (EUR 3396 Mrd.) entfiel dabei auf Garantien für Anleihen und kurzfristige Verbindlichkeiten von Banken.[703]

Ferner betont die Bedeutung der Beihilferechtskonformität von staatlichen Bürgschaften auch die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften.[704]

Schließlich betreffen die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auch den an der Beihilfegewährung nicht beteiligten Bankensektor.[705]

Für die Zwecke einer beihilferechtlichen Analyse reicht die Auseinandersetzung mit den staatlichen Bürgschaften aus, wobei die folgenden Ausführungen aus einer beihilferechtlichen Perspektive auf Garantien, Kreditaufträge oder staatliche Schuldbeitritte Anwendung finden können.[706]

Nach einer einleitenden Darstellung der zivilrechtlichen Grundlagen soll die Untersuchung etwaiger Beihilfeelemente und der Rechtsfolgen der formellen

---

[700] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 122; *Soltész*, WM 2012, 924; *Cranshaw*, WM 2008, 343.
[701] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 449.
[702] Vgl. dazu *Schmidt-Kötters in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 56, Rz. 37 mwN.
[703] Beihilfeanzeiger der Kommission, Herbstausgabe 2012, Kommission SEK(2012) 443 endg., 9.
[704] ABl. 2008/C 155/02.
[705] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 123; *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 448.
[706] Vgl. dazu *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 31 mwN insb. auch im Hinblick darauf, dass die Kommission in ihren Mitteilungen den Begriff Garantien verwendet, mit dem sowohl Haftungsverpflichtungen als auch akzessorische Bürgschaften gemeint sind.

Rechtswidrigkeit vorgenommen werden. Anschließend sollen die rechtlichen Grundlagen für die Beseitigung von Beihilfeelementen kurz dargestellt werden.[707]

a. Zivilrechtliche Grundlagen und Beihilfeelemente

Den Gegenstand des Bürgschaftsvertrags bildet die Verpflichtung des Bürgen zur Befriedigung des Gläubigers für den Fall, dass der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt.[708] Die Bürgschaft entsteht gemäß § 1346 Abs. 1 ABGB durch einen Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger, wobei die Einwilligung des Hauptschuldners nicht erforderlich ist. Sobald der Gläubiger die Bürgschaftserklärung des Bürgen annimmt, kommt der Bürgschaftsvertrag zustande.[709]

Die Bürgschaft ist charakteristisch durch ihre Akzessorietät. Die Akzessorietät bezeichnet die unmittelbare Abhängigkeit der Bürgenverpflichtung von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners.[710] Zudem ist ein notwendiger Bestandteil des Bürgschaftsvertrages die Angabe, für welche Schuld gehaftet werden soll.[711]

Der beihilferechtlichen Analyse sollen sämtliche Vertragsverhältnisse der Bürgschaftskonstruktion unterzogen werden.[712] Dabei handelt es sich um die Folgenden:

i. Der Bürge[713] verpflichtet sich gegenüber dem Hauptschuldner (Kreditnehmer) zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages mit dem Gläubiger – "*Innenverhältnis*".

---

[707] Wie bereits ausgeführt, sollen im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausschließlich Beihilfegewährungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung behandelt werden. Dies hat unter anderem den Hintergrund, dass in Österreich die Wirtschaftsförderung grundsätzlich im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung mittels privatrechtlich ausgestalteten Rechtsgeschäften erfolgt - *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 449.

[708] Vgl. dazu auch § 765 Abs 1 BGB; mangels für die beihilferechtliche Beurteilung relevanter Unterschiede der deutschen Regelung der Bürgschaft gegenüber der österreichischen Regelung sei bezüglich Detailinformationen auf die Standardkommentarliteratur verwiesen – *Ansgar/Staudinger in Schulze*, BGB[7], § 765, Rz. 1 ff; *Habersack in Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum BGB[6], § 765 BGB, Rz. 1 ff.

[709] *Mader/W. Faber in Schwimman*, ABGB[3], § 1346, Rz. 1 ff.

[710] § 1351 ABGB bzw. § 767 Abs 1 Satz 1 BGB.

[711] *Mader/W. Faber in Schwimman*, ABGB[3], § 1346, Rz. 6.

[712] Vgl. etwa *Tollmann*, WM 2000, 2030; *Hadding*, WM 2005, 487; *Cranshaw*, WM 2008, 343.

[713] Der Begriff des Staates ist in diesem Zusammenhang sehr weit zu verstehen – siehe dazu oben II. D. 2.

ii. Der Gläubiger schließt einen Bürgschaftsvertrag mit dem Bürgen ab – "*Bürgschaftsverhältnis*".

iii. Der Bürgschaftsvertrag beruht auf einem zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner (Kreditnehmer) abgeschlossenen Vertrag – "*Kreditverhältnis*".[714]

i. Innenverhältnis

Dem Verhältnis zwischen dem Kreditnehmer und dem Bürgen liegt grundsätzlich ein Auftrag zugrunde. Abgesehen davon kann das Innenverhältnis auf einer Erfüllungsübernahme gemäß § 1404 ABGB oder Geschäftsführung ohne Auftrag basieren.[715] Das Innenverhältnis ist in der Regel privatrechtlich ausgestaltet.[716]

Laut der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften beinhaltet das Innenverhältnis Beihilfeelemente, wenn:[717]

- der Staat mit dem Beihilfeempfänger eine marktunüblich niedrige Avalprovision vereinbart; oder
- der Beihilfeempfänger nur aufgrund der Haftungsübernahme seitens des Staates günstigere Refinanzierungsbedingungen erlangt; oder
- der Beihilfeempfänger ohne die Haftungsübernahme seitens des Staates keinen Kredit erhalten würde.

Eine Avalprovision dient der Vergütung von Risiken, die der Bürge mit der Übernahme der Haftung eingeht. Verzichtet der Staat gänzlich oder zumindest zum Teil auf eine marktübliche Avalprovision, so stellt dies eine Beihilfe dar. Die

---

[714] Vgl. dazu *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 385; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 123; *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 191; *Hadding*, WM 2005, 486 ff; *Koenig/Haratsch*, ZHR 169 (2005), 86 ff; *Wissel/Becker*, EStAL 2008, 254 ff; *Cranshaw*, WM 2008, 341; *Möller*, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilferechts, 21 f mwN.

[715] *Mader/W. Faber in Schwimman*, ABGB[3], § 1346, Rz. 8.

[716] *Korinek/Holoubek*, ÖZW 1995, 1; in Deutschland variiert die Ausgestaltung zwischen Verwaltungsakt und klassischem Auftrag gemäß § 675 BGB vgl. dazu *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, 28 f.

[717] Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.2.; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 397; *Klanten*, ZIP 1995, 543; *Schütterle*, EuZW 1995, 392.

Marktüblichkeit der Avalprovision muss ausgehend von der wirtschaftlichen Lage des Kreditnehmers in jedem Einzelfall beurteilt werden.[718]

Zu den günstigeren Refinanzierungsbedingungen gehören insbesondere niedrigere Zinssätze oder weniger einschneidende zusätzliche Sicherungen, die der Kreditgeber vom Kreditnehmer fordern kann.[719]

Würde ein privater Investor die Haftung für den Beihilfeempfänger überhaupt nicht übernehmen, so stellt der Auftrag unabhängig von der Höhe der Avalprovision bzw. von den Refinanzierungsbedingungen eine staatliche Beihilfe dar. In solchen Fällen ist der Auftrag im Innenverhältnis an sich eine Beihilfe.[720]

Bei der Beurteilung der Marktüblichkeit des Innenverhältnisses ist das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers heranzuziehen.[721] Der marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber würde sich nämlich nur mit einem festen Betrag, für eine begrenzte Laufzeit und nur für einen Kreditnehmer verbürgen, der sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet.[722] Bei der Beurteilung der Marktüblichkeit ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages abzustellen.[723]

---

[718] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.1.

[719] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.2. - die Gewährung von günstigeren Refinanzierungsbedingungen durch den Kreditgeber stellt mangels der Staatlichkeit keine staatliche Beihilfe dar. Die günstigeren Refinanzierungsbedingungen werden nämlich durch einen privaten Kreditgeber gewährt - *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 405; EuGH 13.03.2001, C-379/98, *Preussen Elektra AG/Schleswag AG*, Slg.2001, I-2099, Rz. 63 ff.

[720] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 4.1 lit. a; siehe auch *Fischer*, WM 2001, 282.

[721] *Heidenhain in Heidenhain,* Handbuch des Beihilferechts, § 4, Rz. 2 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner*, Beihilferecht, 29 ff; *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 823; jeweils mwN; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 74; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 247 ff; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 2 ff; *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 239.

[722] *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 37.

[723] *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 31 mwN.

ii. Bürgschaftsverhältnis

Das Bürgschaftsverhältnis basiert auf dem Bürgschaftsvertrag. Dieser regelt unter anderem die Verpflichtungen der Parteien und das Ausmaß der Bürgschaft. Die einzelnen Bürgschaftsformen unterscheiden sich voneinander nur durch Art und Zeitpunkt der Zahlung, was für die vorliegende Untersuchung jedoch nicht von Bedeutung ist.[724]

Bei einem Bürgschaftsvertrag erfolgt der Verstoß gegen das Durchführungsverbot bereits durch die Übernahme der Haftung und nicht erst im Falle der Inanspruchnahme des Staates.[725] Der Bürgschaftsvertrag kann nur dann Beihilfeelemente beinhalten, wenn dieser den Kreditgeber marktunüblich begünstigt.

Nach der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften ist dies in erster Linie dann der Fall, wenn der Kreditgeber für einen bereits gewährten Kredit eine Sicherheit in Form einer Bürgschaft erhält und die Bedingungen des Kreditvertrages nicht den marktüblichen Bedingungen anpasst.[726]

---

[724] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 449; *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, 33 – in Deutschland ist die häufigste rechtliche Form der staatlichen Bürgschaft die Ausfallbürgschaft. In diesem Falle verpflichtet sich der Ausfallbürge gegenüber dem Gläubiger, ausschließlich für einen endgültigen Ausfall zu haften, also nach dem der Gläubiger den Hauptschuldner in Anspruch genommen hat und nicht vollständig befriedigt worden ist.

[725] Kommission 20.12.2006, *Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens in Schweden*, (2007/258/EC), ABl 2007/L 112/77, Rz. 107; *Lindinger*, ÖBA 1996, 170; Kommission 29.05.1996, *JAKO Jadekost GmbH & Co KG*, (96/563/EG), ABl. 1996 L 246/43 – später jedoch wegen Begründungsmängel aufgehoben EuGH 24.10.1996, C-329/93, C-62/95 und C-63/95, *Bremer Vulkan AG/Kommission*, Slg. 1996, I-5151; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 124; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/03, Rz. 38; zustimmend *Tollmann*, WM 2000, 2031; *Fischer*, WM 2001, 278; die Beihilfe gilt nämlich der Rechtsprechung des EuGH bereits dann als durchgeführt, sobald eine unbedingte und rechtlich bindende Zusage besteht und dem Beihilfeempfänger ein Rechtsanspruch entsteht – vgl. dazu EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 38; ohne jedoch den Begriff der Durchführung näher zu definieren; vgl. auch EuG 06.03.2002, T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Slg. 2002, II-1371, Rz. 181 ff; Kommission 25.09.2007, *langfristige Strombezugsvereinbarungen,* (2009/287/EG), ABl. 2009 L 83/1, Rz. 342.

[726] Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.3.1; bejahend *Fischer*, WM 2001, 281; *Bartosch*, EuZW 2001, 654; vgl. Kommission 27.11.2002, *Thüringer Darlehensprogramm für KMU*, (2003/626/EG), ABl. 2003 L 223/32;

Nach der Gegenauffassung in der Lehre belastet die Beibehaltung der ursprünglichen Bedingungen des Kreditvertrages nur den Kreditnehmer, nicht jedoch den Staat. Das Vorliegen einer Beihilfe scheitert hier an der fehlenden Staatlichkeit.[727]

ME ist dieser Gegenauffassung jedoch nicht zu folgen. Denn bei der Beurteilung der Staatlichkeit in diesem Falle steht im Mittelpunkt der Untersuchung nicht der Kreditvertrag, sondern der Bürgschaftsvertrag. Wen die ungeänderten Bedingungen des Kreditvertrages belasten ist somit irrelevant. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Kreditgeber auf Basis des dem Staat zurechenbaren und den öffentlichen Haushalt belastenden Bürgschaftsvertrags einen ungerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteil erlangt. ME kann somit der Bürgschaftsvertrag in einer solchen Konstellation sehr wohl Beihilfeelemente enthalten.

Nach der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften enthält der Bürgschaftsvertrag auch dann Beihilfeelemente, wenn der durch die Bürgschaft besicherte Kredit nur dazu verwendet werden soll, dass der Kreditnehmer einen anderen nicht besicherten Kredit an den Kreditgeber zurückzahlt.[728]

Nach der Gegenauffassung im Schrifttum scheitert die Beihilfeeigenschaft der Verbürgung für den zweiten Kredit an der Staatlichkeit, weil der erste Kredit nicht durch eine staatliche Bürgschaft besichert ist.[729] Erfolgt die Verbürgung für den zweiten Kredit zu marktüblichen Konditionen, so liegt in keinem Fall eine Beihilfe

---

Frisinger/Behr, RIW 1995, 708 ff; *Klanten* ZIP 1995, 535 ff; *Habersack*, ZHR 159 (1995), 663 ff; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 753 ff; *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 189; *Roth*, ZHR 2001, 139; *Schütterle,* EuZW 1995, 392 f.

[727] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 419 ff; vgl. auch *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 756 ff; *Frisinger/Behr*, RIW 1996, 710; *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 190; *Schreder/Schrödermeier*, ZBB 1996, 180; *Habersack*, ZHR 159 (1995), 678.

[728] Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.3.1.

[729] *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, 70 ff; *Hadding*, WM 2005, 489.

zugunsten des Kreditgebers bzw. des Kreditnehmers vor.[730] Andernfalls gewährt der Staat die Beihilfe nur an den Kreditnehmer.[731]

Auch in diesem Falle überzeugt mE die Gegenauffassung nicht. Denn unabhängig davon, ob der erste Kredit besichert ist oder nicht würde der Kreditgeber ohne die Verbürgung durch den Staat die gewährten finanziellen Mittel im Rahmen des ersten Kredits nie zurückbezahlt bekommen. Durch die Gewährung des zweiten besicherten Kredits erhält der Kreditgeber bezüglich des ersten Kredits somit einen marktunüblichen Vorteil aus staatlichen Mitteln. ME kann daher der Bürgschaftsvertrag im Falle der Umschuldung Beihilfeelemente enthalten.

Nach einzelnen Stimmen in der Lehre beinhaltet der Bürgschaftsvertrag Beihilfeelemente auch dann, wenn die Zusage der Bürgschaft ursächlich dafür ist, dass der Kreditgeber den Kredit überhaupt gewährt.[732]

Dieser Ansicht ist mE nicht zuzustimmen. Die isolierte Betrachtung von geschäftlichen Vorteilen des Kreditgebers würde nämlich dazu führen, dass jede Bürgschaft den Kreditgeber marktunüblich begünstigen würde. Die Gewährung der Bürgschaft bedeutet für den Kreditgeber stets eine Geschäftsausweitung.[733] Die Beihilfe kann in diesem Zusammenhang nicht die Ausweitung des Geschäftsvolumens an sich, sondern wenn überhaupt nur der gesicherte Gewinn, den der Kreditgeber ohne die Staatsbürgschaft nicht erzielt hätte, sein.[734] Der hypothetische Abschluss oder Nichtabschluss von Geschäften, welche von staatlichen Maßnahmen abhängig sind, hat für die beihilferechtliche Beurteilung

---

[730] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 805; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1 ff.

[731] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 422; Kommission 25.02.1998, *Bremer Vulkan II*, (98/665/EG), ABl. 1998 L 316/25; Mitteilung der Kommission vom 08.04.1998 gemäß Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag an die übrigen Mitgliedstaaten und sonstigen Betroffenen über Beihilfen der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Glunz AG, (98/C 109/06), ABl. 1998 C 109/12.

[732] Vgl. *Fischer*, WM 2001, 281; *Bartosch*, EuZW 2001, 654; vgl. Kommission 27.11.2002, *Thüringer Darlehensprogramm für KMU*, (2003/626/EG), ABl. 2003 L 223/32; *Frisinger/Behr*, RIW 1995, 708 ff; *Klanten* ZIP 1995, 535 ff; *Habersack*, ZHR 159 (1995), 663 ff; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 753 ff; *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 189; *Roth*, ZHR 2001, 139; *Schütterle,* EuZW 1995, 392 f.

[733] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 425.

[734] *Tollmann*, WM 2000, 2033; auf hypothetische Kausalverläufe und alternative Geschäftsmöglichkeiten ist bei der Beurteilung einer Maßnahme auf ihre Beihilfeeigenschaft nicht abzustellen - *Tollmann*, WM 2000, 2032; *Hadding*, WM 2005, 487.

keine Bedeutung.[735] Der Kreditgeber fungiert in solchen Fällen wie ein bloßer Beihilfevermittler.[736]

In solchen Fällen kann der Bürgschaftvertrag nur dann Beihilfeelemente enthalten, wenn der Staat die Gewährung der Bürgschaft davon abhängig macht, dass der Kreditnehmer gerade mit diesem Kreditgeber einen Kreditvertrag abschließt.[737]

Schließlich wird in der Lehre auch die Auffassung vertreten, dass der Bürgschaftsvertrag auch dann Beihilfeelemente enthält, wenn der gesicherte Kredit mit dem Risiko 0 % bewertet wird, sodass der Kreditgeber das in sonstigen Fällen zu 8 % belastete bankaufsichtsrechtliche Eigenkapital zu anderen Zwecken einsetzen kann.[738]

ME ist in dieser Konstellation das Vorliegen von Beihilfeelementen zu verneinen. Der Umstand, dass der Kreditgeber mit den 8 % des bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitals frei verfügen kann, hat seine Grundlage in den bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften zur Gewichtung von Geschäftsrisiken gegen Eigenkapital. Unabhängig davon, ob diese Verfügbarkeit einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, fehlt dieser Maßnahme der Beihilfecharakter mangels direkten staatlichen Ursprungs.[739]Aus den genannten Gründen ergibt sich somit, dass der Kreditgeber insbesondere dann als Beihilfeempfänger zu qualifizieren ist, wenn entsprechend den obigen Ausführungen (i) die Bürgschaft der nachträglichen Sicherung eines gewährten Kredits oder (ii) einer Umschuldung dient.[740]

---

[735] EuG 18.09.1995, T-471/93, *Tiercé Landbroke/Kommission*, Slg. 1995, II-2537, Rz. 57 f; die Geschäftsausweitungstheorie ist somit im Falle hypothetischer Vorteile abzulehnen, was wohl auch die Kommission in letzter Konsequenz dazu gebracht hat, diesen Ansatz in ihrer letzten Mitteilung zur Vereinbarkeit der Bürgschaften mit dem Binnenmarkt nicht zu erwähnen - *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 34 mwN.

[736] *Cranshaw*, WM 2008, 341; *Frisinger/Behr*, RIW 1995, 710; *Hadding*, WM 2005, 487.

[737] *Möller*, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilferechts, 84.

[738] Vgl. *Fischer*, WM 2001, 281; *Bartosch*, EuZW 2001, 654; vgl. Kommission 27.11.2002, *Thüringer Darlehensprogramm für KMU*, (2003/626/EG), ABl. 2003 L 223/32; *Frisinger/Behr*, RIW 1995, 708 ff; *Klanten* ZIP 1995, 535 ff; *Habersack*, ZHR 159 (1995), 663 ff; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 753 ff; *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 189; *Roth*, ZHR 2001, 139; *Schütterle,* EuZW 1995, 392 f.

[739] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 426; dem schließt sich an *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 124.

[740] Vgl. auch EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 42; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 2.3.1.

iii. Kreditverhältnis

Das Kreditverhältnis kann entweder auf einem Kreditvertrag[741] oder etwa einer Verbindlichkeit aus einem schlichten Kaufvertrag basieren.[742]

Obwohl das Kreditverhältnis den Grund des Bürgschaftsvertrages darstellt, kommt diesem aus einer beihilferechtlichen Sicht keinerlei Bedeutung zu. Bei dem Kreditvertrag handelt es sich nämlich um ein Rechtsgeschäft zwischen Privaten, der vom Anwendungsbereich des Beihilferechts nicht erfasst ist.[743] Aus diesem Grund kann die Kommission bei formell rechtswidrigen Bürgschaften die Rückzahlung des Kredits nicht anordnen.[744] Auch in ihrer Mitteilung behandelt die Kommission das Kreditverhältnis nicht.[745]

Vor diesem Hintergrund liegt auf der Hand, dass das Kreditverhältnis nicht von den Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit betroffen ist und der Kreditvertrag daher nicht nichtig sein kann.[746]

Das Kreditverhältnis kann nur dann Beihilfeelemente beinhalten, wenn der Kreditgeber dem Staat zurechenbare Kredite vergeben kann, wodurch dieser selbst zum Beihilfegeber wird. In einem solchen Fall richtet sich die Rechtswirksamkeit des Kreditvertrages jedoch unabhängig von der Bürgschaft.[747]

---

[741] Obwohl dies meistens der Fall ist *Möller*, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilferechts, 22.
[742] *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, 38; *Hadding*, WM 2005, 488.
[743] *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, 179.
[744] *Schütte/Kirchhof*, EWS 1996, 192; *Hadding*, WM 2005, 488.
[745] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02.
[746] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 125; so auch *Montag/Leibenath in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 7, Rz. 57; *Hadding*, WM 2005, 488; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 1090; *Montag/Leibenath in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 7, Rz. 57; vgl. dazu *Habersack*, ZHR 1995, 683.
[747] Vgl. dazu oben IV.A.

b. Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit

Wie bereits oben ausgeführt, beinhalten in der Regel nur (i) der Auftrag im Innenverhältnis und (ii) der Bürgschaftsvertrag im Bürgschaftsverhältnis Beihilfeelemente. Bei der Beurteilung der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit ist auf diese Rechtsgeschäfte einzugehen.[748]

i. Auftrag

Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[749] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[750] Vor diesem Hintergrund bezweckt mE das Durchführungsverbot die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften.[751] Dies gilt auch im Falle des Auftrags zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrags.[752]

Da es sich bei dem Auftrag um ein gewöhnliches Rechtsgeschäft handelt, sei bezüglich der Reichweite der Nichtigkeit auf die obigen Ausführungen verwiesen.[753]

Die formelle Rechtswidrigkeit des Auftrags kann insbesondere mithilfe der geltungserhaltenden Reduktion beseitigt werden.[754]

Basiert die Beihilfe auf der marktunüblich niedrigen Avalprovision, so können die Beihilfeelemente durch die Nachforderung der Differenz zu einer angemessenen Avalprovision beseitigt werden. Nachzufordern ist dabei das Beihilfeäquivalent.[755]

---

[748] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 2.3.2.
[749] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[750] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[751] Vgl. dazu BGH 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH 10.02.2011, I ZR 213/08*;* BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.
[752] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 451.
[753] Vgl. dazu oben IV.A.3.
[754] Zu den Voraussetzungen vgl. oben IV. 5. c.
[755] So auch *Lindinger*, ÖBA 1996, 170; jüngst *Eilmansberger*, JRP 2012, 284.

Das Beihilfeäquivalent ist die Differenz zwischen dem Marktwert der Leistung und dem Wert der tatsächlich erbrachten Gegenleistung (*in concreto* der marktunüblich niedrigen Avalprovision).[756] Bei der Berechnung des Beihilfeäquivalents ist der Marktwert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich. Abzustellen ist dabei auf jene Vergünstigung, die der Kreditnehmer unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.[757] So ist etwa das Beihilfeäquivalent auf Basis jener Avalprovision zu berechnen, die ein privater Investor für die Übernahme der Bürgschaft verlangen würde. Beträgt das Ausfallrisiko etwa 30 %, so beträgt auch die Gegenleistung für die Übernahme der Bürgschaft 30 %.[758]

Der Kreditnehmer hat in diesem Zusammenhang drei Möglichkeiten, seiner Verpflichtung zur Zahlung der Avalprovision nachzukommen.[759]

Erstens kann der Kreditnehmer dem Kreditgeber den Kredit zur Gänze zurückzahlen und das Beihilfeäquivalent dem Staat aliquot für die Zeit der Inanspruchnahme des besicherten Kredits nachzahlen.

Zweitens kann der Kreditnehmer durch die Stellung einer weiteren Sicherheit gegenüber dem Kreditgeber den Staat von seiner Haftungsverpflichtung befreien und zugleich das Beihilfeäquivalent dem Staat aliquot für die Zeit der Inanspruchnahme des besicherten Kredits nachzahlen.

Drittens kann der Kreditnehmer den besicherten Kredit weiterhin gelten lassen und das Beihilfeäquivalent dem Staat zur Gänze nachzahlen.

Basieren die Beihilfeelemente auf den günstigen Refinanzierungsbedingungen, so können die Beihilfeelemente nur durch die einvernehmliche Änderung des

---

[756] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 48 f; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/03, Rz. 38; *Tollmann*, WM 2000, 2031.

[757] EuGH 11.07.1996, C-39/94 *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 61; EuG 17.10.2002, T-98/00, *Linde/Kommission*, Slg. 2002, II-3961, Rz. 39.

[758] Vgl. dazu ähnliche Ansätze der Kommission bei der Berechnung - Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 3.2; Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5 – wobei die De-minimis-Grenze auch bei dem Beihilfeäquivalent zu berücksichtigen ist, sodass Beträge unter EUR 200.000 nicht nachgefordert werden müssen; so auch *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 39.

[759] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 131; im Endergebnis bejahend *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 175.

Kreditvertrags beseitigt werden. Dies kann etwa durch die marktgemäße Erhöhung des Zinssatzes oder durch die Zurverfügungstellung von weiteren Sicherungsmitteln seitens des Kreditnehmers erfolgen.[760]

Basiert die Beihilfe hingegen auf dem Umstand, dass sich ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber unter keinen Umständen verbürgen würde, so ist von einer Gesamtnichtigkeit des Auftrags auszugehen.[761]

ii. Bürgschaftsvertrag

Wie bereits ausgeführt, beinhaltet der Bürgschaftsvertrag grundsätzlich nur dann Beihilfeelemente, wenn der Kreditgeber ein Beihilfeempfänger ist. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Auswirkungen die formelle Rechtswidrigkeit auf den Bürgschaftsvertrag hat, wenn nur der Kreditnehmer ein Beihilfeempfänger ist.

Folglich ist untersuchen, in welchem Fall das Durchführungsverbot die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages bezweckt.

(1) Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditgebers

Der Kreditgeber ist insbesondere dann als Beihilfeempfänger zu qualifizieren, wenn (i) die Bürgschaft der nachträglichen Sicherung eines gewährten Kredits oder (ii) einer Umschuldung dient.[762]

Ist der Kreditgeber ein Beihilfeempfänger, so ist mE von der Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages auszugehen.

---

[760] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 451 – den Prinzipien der dargestellten Rechtsauffassung folgend, müssen jedoch als Nachteile dieser Sanierungsvarianten die Umstände gesehen werden, dass einerseits den Parteien des Kreditvertrages solche Vertragsänderungen behördlich nicht aufgezwungen werden können, und anderseits dass in der Praxis wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage des Kreditnehmers die Erhöhung des Zinssatzes bzw. Bestellung weiterer Sicherheiten nicht infrage kommen werden; vgl. auch Kommission 14.03.1995, *Piezas y Rodajes SA*, (95/438/EG), ABl. 1995 L 257/45.

[761] Vgl. dazu *Lindinger*, ÖBA 1996, 174; *Eilmansberger*, ÖZW 2000, 2.

[762] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 42; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 2.3.1.; in der Praxis ist die genaue Feststellung der Beihileelemente einer staatlichen Bürgschaft in jedem Einzelfall ein äußerst komplexer Vorgang, weshalb für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nur die der Mitteilung der Kommission zugrunde liegenden Fälle der Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditgebers herangezogen werden sollen – vgl. dazu etwa Kommission 25.09.2007, K(2007) 4287 endg. N 197/2007 – *Deutschland Methode zur Berechnung der Beihilfeintensität staatlicher Bürgschaften*.

Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[763] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[764]

Ferner sind die nationalen Gerichte verpflichtet, aus der formellen Rechtswidrigkeit sämtliche Folgerungen bezüglich der Rechtshandlungen zur Durchführung einer staatlichen Bürgschaft zu ziehen.[765]

Ist der Kreditgeber als Beihilfeempfänger zu qualifizieren, so kann diesem die Pflicht aufgebürdet werden, sich zu vergewissern, ob die Regeln der Beihilfeaufsicht eingehalten wurden.[766]

Die Nichtigerklärung entspricht somit in diesem Kontext am besten dem Normzweck sowie den Erfordernissen des Durchführungsverbots. Die Nichtigkeit der Bürgschaft verunmöglicht nämlich die Gewährung sowie die Auszahlung der formell rechtswidrigen Beihilfe.

Da das Durchführungsverbot die Gewährung von nicht abschließend genehmigten Beihilfen verhindern soll, kann in diesem Zusammenhang die Berufung auf die Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages durch den Mitgliedstaat auch nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden.[767]

Das "*Estoppel*" Prinzip ("*nemo auditur*" Grundsatz),[768] wonach sich der Staat auf das eigene rechtswidrige Verhalten nicht berufen kann, tritt im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot hinter das "*effet utile*" Prinzip und den Normzweck des Durchführungsverbots zurück. Das Durchführungsverbot bezweckt nämlich, dass sich jede Vertragspartei jederzeit auf die Unwirksamkeit

[763] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[764] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[765] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 31; vgl. *Soltész*, WM 2012, 925.
[766] Vgl. dazu etwa EuGH 22.04.2008, C-408/04 P, *Kommission/Salzgitter AG*, Slg. 2008, I-2767, Rz. 104; *Quardt,* BRZ 2012, 7.
[767] *Eilmansberger*, JRP 2012, 282; siehe dazu auch *von Bonin*, EuZW 2012, 110.
[768] *Toth*, Venire contra factum proprium in The Oxford Encyclopedia of European Community Law I-542; zum "Estoppel" Prinzip im beihilferechtlichen Kontext vgl. *Kreße*, ZWeR 2008, 285.

der Beihilfeverträge berufen kann.[769] Vor diesem Hintergrund ist mE die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags in jenen Fällen anzunehmen, in denen der Kreditgeber ein Beihilfeempfänger ist.[770]

(2) Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditnehmers

Der Kreditnehmer ist im Rahmen der Gewährung von staatlichen Bürgschaften in der Regel der Empfänger der Beihilfe, weil die ihm generell im Zusammenhang mit der Aufnahme des Kredits entstandenen Kosten geringer sind, als diejenigen, die ihm entstanden wären, wenn er sich die gleichen Finanzmittel und die gleiche Sicherung durch eine Bürgschaft zu Marktpreisen hätte verschaffen müssen.[771]

Obwohl der Kreditnehmer keine Partei des Bürgschaftsvertrages ist, stellt sich die Frage, ob die Gewährung der formell rechtswidrigen Beihilfe die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages zur Folge haben kann.

Nach einer Auffassung in der Lehre würde die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags zur Miteinbeziehung des Kreditgebers in den persönlichen Anwendungsbereich des Durchführungsverbots führen. Diese Erstreckung würde die Effizienz des Durchführungsverbots steigern, indem neben dem Kreditnehmer und Staat auch der Kreditgeber zur Beachtung des Durchführungsverbotes gezwungen wäre. Der Kreditgeber ist nämlich mit den Risiken der formellen Rechtswidrigkeit soweit vertraut, dass dieser die Gewährung des Kredits einfach verweigern kann. Sofern jedoch der Kreditgeber trotz der Nichtbeachtung des Durchführungsverbots aus geschäftlichen Interessen die staatliche Bürgschaft akzeptiert, ist dieser nicht schutzwürdig.[772]

---

[769] Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 79; zustimmend *Eilmansberger*, JRP 2012, 282; Soltész, EuZW 2011, 489; *Soltész*, WM 2012, 926.

[770] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 49; Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 33; zustimmend *von Bonin*, EuZW 2012, 110; vgl. auch *Wollmann*, ecolex 2012, 746; *Soltész*, WM 2012, 926; *Eilmansberger*, JRP 2012, 285; vgl. Soltész, EuZW 2011, 489; *von Bonin*, EuZW 2012, 110; *Soltész*, WM 2012, 926; aA Schütterle, EuZW 1995, 392; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 88 EGV, Rz. 17.

[771] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 39; *von Bonin*, EuZW 2012, 109; vgl. auch *Palombini*, ThürVBl 2001, 97 ff.

[772] *Steindorff*, EuZW 1997, 12; wohl zustimmend *Tollmann*, WM 2000, 2037; *Soltész*, WM 2005, 2268 – der hervorhebt, dass die Kreditgeber von der Kommission keine verbindlichen Auskünfte erhalten können, was eine Vergewisserung über die Beihilferechtskonformität der Bürgschaft verunmöglicht; aA *Fischer*, WM 2001, 286.

Diese Argumentation überzeugt mE nicht. Da der Kreditgeber kein Beihilfeempfänger ist, kann diesem kein beihilferechtswidriges Verhalten angelastet werden. Vor diesem Hintergrund kann von dem Kreditgeber auf Basis des Beihilferechts auch nicht verlangt werden, dass sich dieser von der Beihilferechtskonformität der Bürgschaft vergewissert. Der Kreditgeber ist in diesem Zusammenhang vielmehr schutzwürdig.[773] Das Durchführungsverbot richtet sich nämlich nur an den Staat nicht hingegen an den schutzwürdigen Kreditgeber. In solchen Fällen bezwecken die Gesetze keine Nichtigkeit.[774]

Die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages würde dem sich rechtskonform verhaltenden Kreditgeber lediglich die Sicherung eines risikoreichen Kredits wegnehmen.[775] Die Nichtigkeit der Bürgschaft würde dem Schutz der Mitbewerber des Kreditnehmers keinesfalls dienen. Für die Mitbewerber des Kreditnehmers ist es nämlich von keiner Bedeutung, ob der Kreditgeber eine Sicherheit für den Kredit hat, wenn der Kredit bereits gewährt wurde.[776]

Selbst wenn man dem Kreditgeber die Verpflichtung zur Beachtung des Durchführungsverbots auferlegen würde, könnte dieser den Eintritt von Wettbewerbsverzerrungen nicht verhindern. Der Kreditgeber hat nämlich keine Ermächtigung, den Abschluss des Bürgschaftsvertrages bei der Kommission anzumelden oder die Kommission sogar nur informell um eine Ersteinschätzung zu ersuchen. Deshalb müsste der Kreditgeber im Zweifel die Gewährung eines Kredits verweigern, womit die Liquidität der Märkte und die Kreditwirtschaft gefährdet wären.[777]

---

[773] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 1085; *Schroeder*, ZHR 161 (1997), 811; *Klanten*, ZIP 1995, 542; *Schmidt-Kötters in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 56, Rz. 44; *Hopt/Mestmäcker*, WM, 1996, 805; *Wissel/Becker*, EStAL 2008, 256; *Schmidt-Kötters in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 56, Rz. 42; *Fischer*, WM 2001, 284; BVerwG 23.04.1998, 3 C 15.97; siehe auch *Cranshaw*, WM 2008, 344.

[774] *Heinrichs in Palandt,* Bürgerliches Gesetzbuch[71], § 134, Rz. 9; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 35 mwN; *Jauernig in Jauernig*, BGB[14], § 134, Rz. 11; *Wendtland in Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB[24], Band I, § 134, Rz. 11; *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB[5], § 134, Rz. 8.

[775] Ausgehend von der Rechtsauffassung, dass im Falle der Bürgschaft eine Beihilfegewährung zugunsten des Kreditgebers nicht möglich ist – vgl. etwa *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 419 ff.

[776] *Bartosch*, EuZW 2001, 656; *Frisinger/Behr*, RIW 1995, 711; *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 192; *Hadding*, WM 2005, 486 ff; *Koenig/Haratsch*, ZHR 169 (2005), 86 ff; *Wissel/Becker*, EStAL 2008, 254 ff.

[777] *Wissel/Becker*, EStAL 2008, 254.

ME sprechen somit in dieser Konstellation die besseren Gründe gegen eine Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs des Durchführungsverbots.

Die Nichtigkeit der Bürgschaft würde außerdem auch zu einer ungerechtfertigten Belastung des Kreditgebers mit dem Risiko der Uneinbringlichkeit des ausstehenden Kredits führen. Eine solche Risikoverlagerung und Sanktionierung findet im Unionsrecht keine Grundlage.[778] Dem Durchführungsverbot wurden weder eine Abschreckungs- noch eine Sanktionswirkung zuerkannt.[779]

Der Staat als Rechtsverletzer wäre durch die Nichtigkeit begünstigt, weil dieser aus der Bürgschaft nicht zur Haftung herangezogen werden könnte.[780] Die Nichtigkeit würde somit insgesamt zu einer ungerechtfertigten Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos führen.[781]

Aus diesen Gründen kann mE auch nicht argumentiert werden, dass die formelle Rechtswidrigkeit die Gültigkeit aller Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen und somit auch die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags beeinträchtigt. Denn obwohl ohne Abschluss des Bürgschaftsvertrages die Auszahlung des Kredits nie erfolgen würde,[782] kann mE nicht außer Acht gelassen werden, dass der Bürgschaftsvertrag in solchen Fällen keine Beihilfeelemente enthält. Die Nichtigkeit des Bürgschaftsvetrages würde die von der formell rechtswidrigen Beihilfe verursachte Wettbewerbsverzerrung nicht beseitigen.

Zudem widerspräche die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[783] Die Beihilfeelemente lassen sich nämlich ohnehin durch

---

[778] In diesem Sinne vgl. EuG 08.06.1995, T-459/93, *Siemens SA/Kommission,* Slg. 1995, II-1675, Rz. 99 ff.

[779] Vgl. dazu Diskrepanz zwischen Schlussanträge GA Mazák 24.05.2007, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2007, I-469, Rz. 31 und EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; *Kühling*, ZWeR 2003, 506; *Deckert/Schroeder*, EuR 1998, 322 f; *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 566.

[780] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 1086.

[781] *Montag/Leibenath in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 7, Rz. 55 mwN; *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 452.

[782] *Soltész*, WM 2005, 2265 ff.

[783] Aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH als Grundsatz für das hoheitliche Handeln der Union EuGH 11.07.1989, 265/87, *Schräder/HZA Gonzau*, Slg. 1989, 2237, Rz. 20 ff; EuG 13.07.1995, T-466/93 bis T-477/93, *O'Dwyer ua/Rat*, Slg. 1995 II-2071, Rz. 91 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 127; *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 174.

die Anpassung des Auftrags im Innenverhältnis beseitigen.[784] Selbst für den Fall, dass sich der marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber für den Kreditnehmer unter keinen Umständen verbürgen würde, ist die Nichtigkeit unverhältnismäßig. Die Wettbewerbsverzerrung tritt nämlich bereits durch die Gewährung des Kredits ein,[785] sodass die Nichtigkeit der Bürgschaft keine positiven oder neutralisierenden Auswirkungen auf die Wettbewerbslage haben würde.

Die sofortige Fälligstellung der Kreditschuld steht nicht im Interesse des Kreditgebers, weil dieser davon ausgehen muss, dass der Kreditnehmer die finanziellen Mittel nicht aufbringen kann. So ist es für den Kreditgeber vorteilhafter, den ungesicherten Kreditvertrag aufrechtzuerhalten und die Ratenzahlungen zu empfangen als sich mit einer Konkursquote zu begnügen. Damit wäre jedoch die durch die Kreditgewährung verursachte Wettbewerbsverzerrung keinesfalls beseitigt.[786]

Die Nichtigkeit stellt auch in Anbetracht des *Factortame*-Grundsatzes eine nicht erforderliche Rechtsfolge dar. Der *Factortame*-Grundsatz besagt in einer verallgemeinerten Form, dass die nationalen Vorschriften auch dann nicht anwendbar sind, wenn sie der wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts im Wege stehen.[787]

Diesen allgemeinen Grundsatz konkretisiert der EuGH bezüglich der Folgen formeller Rechtswidrigkeit dahingehend, dass das nationale Gericht aus der Verletzung des Durchführungsverbotes sämtliche Konsequenzen zu ziehen hat.[788] Um nämlich dem Durchführungsverbot zur Geltung zu verhelfen und Wettbewerbsverfälschungen zulasten von Mitbewerbern des Kreditnehmers zu

---

[784] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 128; zustimmend *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 175; vgl. dazu auch EuGH 11.07.1989, 265/87, *Schräder/HZA Gonzau*, Slg. 1989, 2237, Rz. 20 ff; EuG 13.07.1995, T-466/93 bis T-477/93, *O'Dwyer ua/Rat*, Slg. 1995, II-2071, Rz. 91 ff; diesbezüglich wäre etwa auch an die Möglichkeit der einvernehmlichen Anpassung des Auftrags an die Marktkonditionen als gelinderes Mittel zu denken (etwa durch die Nachzahlung einer angemessenen Bürgschaftsprämie) - *Tollmann*, WM 2000, 2035.

[785] *Fischer*, WM 2001, 284; *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, 179.

[786] *Lindinger*, ÖBA 1996, 174; zustimmend *Eilmansberger*, ÖZW 2000, 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 88 EGV, Rz. 16; siehe auch eingehend *Montag/Leibenath in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 7, Rz. 46 ff.

[787] EuGH 19.06.1990, C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433, Rz. 20 ff.

[788] Vgl. dazu insb. EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 16 ff; EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 50 ff; EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099, Rz. 25.

verhindern reicht es nämlich aus, wenn die Kreditbedingungen an die Marktverhältnisse angepasst werden bzw. der Kreditvertrag mit sofortiger Wirkung gekündigt wird. Da diese Maßnahmen bereits die Begünstigungswirkung der Beihilfe neutralisieren und die realen Wettbewerbsverhältnisse wiederherstellen, ist eine darüber hinausgehende Nichtigerklärung der Bürgschaft nicht erforderlich.[789]

Schließlich ist der Fortbestand des Bürgschaftsvertrags auch mit dem Normzweck des Durchführungsverbots vereinbar. Das Durchführungsverbot soll nämlich verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[790] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[791] Da der Bürgschaftsvertrag keine Beihilfeelemente beinhaltet, ist sein Fortbestand unbedenklich.[792]

ME ist somit der Bürgschaftsvertrag für den Fall, dass der Kreditgeber kein Beihilfeempfänger ist, nicht nichtig.[793]

[789] *Bartosch*, EuZW 2001, 655; so auch *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 88 EGV, Rz. 16.
[790] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[791] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[792] *Montag/Leibenath in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 7, Rz. 49; teilweise aA *Tollmann*, WM 2000, 2036.
[793] BGH 12.10.2006, III ZR 299/05, siehe dazu *Cranshaw*, WM 2008, 342 ff.

c. Rückabwicklung / Anpassung

Im Falle einer formell rechtswidrigen Bürgschaftskonstruktion richtet sich die Rückabwicklung im Dreieckverhältnis je nachdem, welchem Verhältnis die Beihilfeelemente anhaften. Wie bereits ausgeführt kann je nachdem, ob der Kreditnehmer und/oder der Kreditgeber Beihilfeempfänger ist, der Auftrag und/oder der Bürgschaftsvertrag Beihilfeelmente enthalten und somit von den Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit erfasst sein. Nachfolgend gilt es somit die Rückabwicklung für den Fall zu untersuchen, dass (i) nur der Kreditnehmer bzw. (ii) der Kreditgeber Beihilfeempfänger ist.

i. Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditnehmers (Nichtigkeit des Auftrags)

Die Gesamtnichtigkeit des Auftrags tritt insbesondere dann ein, wenn die Beihilfeelemente darin bestehen, dass der Kreditnehmer nur aufgrund der Bürgschaft des Staates günstigere Refinanzierungsbedingungen seitens des Kreditgebers erhalten hat bzw. dass der Kreditgeber dem Kreditnehmer ohne die staatliche Bürgschaft unter keinen Umständen einen Kredit gewähren würde.

Im Falle der Gesamtnichtigkeit des formell rechtswidrigen Auftrags sei bezüglich der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung auf die Ausführungen zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von zweipersonalen Rechtsverhältnissen verwiesen.[794] Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Gesamtnichtigkeit des Auftrags wegen formeller Rechtswidrigkeit auf den Bestand des Bürgschaftsvertrags und des Kreditvertrags hat.

Nach einer Auffassung in der Lehre stellt die Nichtigkeit des Auftrags einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung des Bürgschaft- und des Kreditverhältnisses dar.[795]

Der Bürge kann den Bürgschaftsvertrag aus einem wichtigen Grund außerordentlich kündigen. Die Kündigung des Bürgschaftsverhältnisses wirkt mit

[794] Vgl. dazu oben IV.A.5.d.
[795] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 453 ff mwN.

Ablauf der Kündigungsfrist *ex nunc.* Daher bleibt die Haftung des Bürgen für die bis dahin begründeten (gesicherten) Ansprüche des Gläubigers aufrecht. Der Bürge haftet während der Kündigungsfrist für eine Erhöhung der Schuld jedenfalls im Rahmen üblicher Kontobewegungen. Für Neukreditierungen aber nur, wenn sie mit dem Schuldner bei Bürgschaftsübernahme bereits vereinbart und von der Bürgenhaftung wirksam umfasst waren. Dazu kommen bei voller Verbürgung die während der Kündigungsfrist anfallenden Zinsen.[796]

Ist somit der Auftrag wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nichtig, so hat der Staat die Möglichkeit, den Bürgschaftsvertrag außerordentlich zu kündigen, was bedeutet, dass eine sofortige Abrechnung des aktuellen Obligos fällig wird. Dies führt zur Ausbezahlung des aushaftenden Obligos an den Kreditgeber.[797]

Durch die Ausbezahlung des aushaftenden Obligos erwirbt der Staat gemäß § 1358 ABGB einen Regressanspruch gegen den Kreditnehmer.[798] Mit Erwerb der Regressforderung kann der Staat die Rückforderungsmaßnahmen setzen, zu denen dieser beihilferechtlich verpflichtet ist.[799]

Zu demselben Ergebnis gelangt man auch im Falle, dass der Kreditgeber den Kreditvertrag außerordentlich kündigt. Die außerordentliche Kündigung des Kreditvertrages wegen des nichtigen Auftrags berechtigt den Kreditgeber zur Fälligstellung der gesamten verbleibenden Kreditschuld.[800]

Kommt eine einvernehmliche Anpassung der Finanzierungskonditionen an marktmäßige Gegebenheiten nicht in Betracht und kann der Kreditgeber auf die staatliche Bürgschaft nicht verzichten, weil der Kreditnehmer keine adäquate andere Sicherheit beibringen kann, ist unter Berufung auf den wichtigen Grund zur Kündigung der Kredit fällig zu stellen. Kann der Kreditnehmer nicht zurückzahlen, so tritt ein Haftungsfall aus dem Bürgschaftsverhältnis ein. Der Staat hat den von seiner Haftung umfassten Betrag an die Bank zu leisten und erwirbt nach

[796] *Gamerith in Rummel*, ABGB[3], § 1353, Rz. 3a; vgl. auch *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 104.
[797] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 454 ff mwN.
[798] *Mader/W. Faber in Schwimman*, ABGB[3], § 1358, Rz. 1, 11 ff; *Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1358, Rz. 1 ff.
[799] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 454 ff mwN.
[800] Vgl. dazu *Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 987, Rz. 1 ff; *Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Großkommentar zum ABGB, § 987, Rz. 1 ff.

Maßgabe seiner Zahlung die Regressforderung gegen den Kreditgeber. Als Träger der Regressforderung unternimmt er die nach den unionsrechtlichen Vorgaben erforderlichen Eintreibungsmaßnahmen.[801]

Diese Lösung ist mE für den Fall, dass nur der Kreditnehmer ein Beihilfeempfänger ist, sachgerecht. Aufgrund der Nichtigkeit des Auftrages kann der Staat im Innenverhältnis die erforderliche Rückforderung bereicherungsrechtlich bewerkstelligen. Der Kreditgeber[802] wird im Rahmen dieses Lösungsansatzes insofern geschützt, als dieser den Kredit entweder von dem Kreditgeber bzw. vom Staat zurückbezahlt bekommt. Schließlich kann der Staat mittels seiner Regressforderung auch das verbleibende Element der formell rechtswidrigen Beihilfe vom Kreditnehmer zurückfordern.[803]

Dieses verbleibende Beihilfeelement ist im Falle, dass der Kreditgeber dem Kreditnehmer ohne die staatliche Bürgschaft keinen Kredit gewähren würde der Restbetrag des nicht zurückbezahlten Kredits. Im Falle, wo der Kreditnehmer aufgrund der staatichen Bürgschaft günstigere Refinanzierungsbedingungen erhält, ist die Differenz zu den marktüblichen Konditionen mE als angemessener Lohn für den verschafften Nutzen zurückzufordern.

Die Übernahme einer Bürgschaft ist nämlich als Leistung einer Sache zu qualifizieren. Diese ist auf die Weise rückabzuwickeln, dass die Parteien nicht nur die erbrachten Leistungen zurückstellen, sondern auch den angemessenen Lohn für den verschafften Nutzen leisten müssen.[804] ME kann in dieser Konstellation die Differenz zwischen den marktüblichen Konditionen und den günstigen Refinanzierungsbedingungen als verschaffter Nutzen qualifiziert werden. Der verschaffte Nutzen kann nämlich auch in einer Ersparnis liegen.[805] Und gerade die günstigen Refinanzierungsbedingungen stellen eine Ersparnis dar, die dem Kreditnehmer ohne die staatliche Bürgschaft nicht zugutekommen würde.

---

[801] *Krassnigg*, ÖJZ 1996, 454 ff mwN.
[802] Der Kreditgeber ist in dieser Konstellation schutzwürdig, weil dieser weder der Adressat des Durchführungsverbots ist, noch nach den unionsrechtlichen Vorgaben zur Beachtung des Durchführungsverbots gehalten ist.
[803] Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Griller*, ecolex 2014, 589 ff.
[804] Vgl. OGH 17.07.1953, 3 Ob 411/53 zur Garantieübernahme; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1431, Rz. 7; *Rummel in Rummel,* ABGB^3, § 1431, Rz. 9.
[805] Vgl. etwa OGH 31.01.1990, 9 ObA 22/90.

Für den Fall, dass die Beihilfe auf dem Umstand basiert, dass der Kreditnehmer mit dem Staat keine marktübliche Avalprovision vereinbart hat, kann die Gesamtnichtigkeit des Auftrags entweder (a) im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung[806] oder (b) durch die geltungserhaltende Korrektur vermieden werden. Da die Nichtigkeit nicht eintritt, hat in solchen Fällen weder der Staat noch der Kreditgeber einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Bürgschaftsvertrags bzw. Kreditvertrags.

a. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

Der Inhalt und Umfang des Rückabwicklungsanspruchs nach § 877 ABGB analog richten sich nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Der Anspruch nach § 877 ABGB ist demnach grundsätzlich auf die Rückstellung in natura gerichtet. Ist Rückgabe unmöglich oder untunlich, ist Wertersatz nach Maßgabe des verschafften Nutzens im Zeitpunkt der Leistung zu leisten. Die Höhe des Wertersatzes hängt davon ab, ob der Kondiktionsschuldner redlich oder unredlich ist.[807]

Die Übernahme einer Bürgschaft ist als Leistung einer Sache zu qualifizieren. Diese ist auf die Weise rückabzuwickeln, dass die Parteien nicht nur die erbrachten Leistungen zurückstellen, sondern auch den angemessenen Lohn für den verschafften Nutzen leisten müssen.[808] Im Falle der Nichtigkeit des Auftrags hat somit der Schuldner dem Bürgen die Haftungsprovision auch dann zu zahlen, wenn diese zwischen den Parteien nicht vereinbart wurde.[809]

Die Leistungskondition des Staates richtet sich somit auf die nachträgliche Zahlung der marktüblichen Avalprovision.[810]

Die dadurch bewirkte Beseitigung der Beihilfeelemente führt unmittelbar zur Herbeiführung eines beihilferechtskonformen Zustands.[811]

---

[806] *Lindinger*, ÖBA 1996, 176.
[807] *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 877, Rz. 18 mwN.
[808] Vgl. OGH 17.07.1953, 3 Ob 411/53 zur Garantieübernahme; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1431, Rz. 7; *Rummel in Rummel,* ABGB^3, § 1431, Rz. 9.
[809] OGH 17.07.1953, 3 Ob 411/53; OGH 22.03.1961, 1 Ob 178/60.
[810] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 133.
[811] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 133.

b. Geltungserhaltende Korrektur

Die Beseitigung von Beihilfeelementen des Auftrags lässt sich auch mithilfe der geltungserhaltenden Korrektur bewerkstelligen.[812] Die Wesensvoraussetzungen für die Anwendbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion sind mE in diesem Fall erfüllt.[813]

Das Durchführungsverbot lässt sich mE auch im Kontext staatlicher Bürgschaften als ein Übermaßverbot qualifizieren. Ein Übermaßverbot liegt vor, wenn das Gesetz eine Vertragsklausel nicht dem Grunde nach, sondern nur wegen ihres Ausmaßes verbietet.[814] Das Durchführungsverbot verbietet nicht generell den Abschluss von Aufträgen zur Übernahme einer Haftung als Bürge, sondern insbesondere nur solche Aufträge, bei denen der Staat mit dem Beihilfeempfänger eine marktunüblich niedrige Avalprovision vereinbart.[815]

Durch die Nachzahlung der Differenz zur marktkonformen Avalprovision können die Beihilfeelemente des Auftrags beseitigt werden, wodurch der Auftrag und somit die Übernahme der Bürgschaft bereits tatbestandsmäßig nicht gegen das Durchführungsverbot verstoßen. Das Durchführungsverbot weist somit mE auch in dieser Hinsicht einen Übermaßverbotscharakter auf.

In diesem Zusammenhang ist mE die geltungserhaltende Reduktion auch mit dem Normzweck des Durchführungsverbots vereinbar. Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[816] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[817]

---

[812] Vgl. dazu OGH 21.06.1932, 1 Ob 504/32; OGH 11.08.1993, 9 ObA 187/93; OGH 07.06.1921, 2 Ob 333/21; OGH 05.08.2003, 7 Ob 179/03d; OGH 21.09.1993, 4 Ob 98/93; OGH 19.12.1990, 9 ObA 219/90.
[813] Vgl. dazu *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 135.
[814] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 83; *Sack/Seibl in Staudinger*, BGB[11]-Buch 1, § 134, Rz. 89.
[815] Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.2.; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 397; *Klanten*, ZIP 1995, 543; *Schütterle*, EuZW 1995, 392.
[816] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[817] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

Dem Normzweck des Durchführungsverbots ist somit Genüge getan, wenn entweder alle Beihilfeelemente beseitigt werden oder der Auftrag derart angepasst wird, dass die Maßnahme nicht anmeldepflichtig wird. Das Durchführungsverbot bezweckt nur die Nichtigkeit von denjenigen Klauseln, die Beihilfeelemente beinhalten. Das Durchführungsverbot bezweckt gerade nicht die Nichtigkeit des auf den zulässigen Inhalt reduzierten Auftrags.[818]

Auch die quantitative bzw. qualitative Teilbarkeit der betreffenden Klauseln ist mE zu bejahen. Nachzufordern ist nämlich das Beihilfeäquivalent.[819] Das Beihilfeäquivalent ist die Differenz zwischen dem Marktwert der Leistung und dem Wert der tatsächlich erbrachten Gegenleistung (vorliegend der marktunüblich niedrigen Avalprovision).[820]

Bei der Berechnung des Beihilfeäquivalents ist der Marktwert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich. Abzustellen ist dabei auf jene Vergünstigung, die der Kreditnehmer unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.[821] So ist etwa das Beihilfeäquivalent auf Basis jener Avalprovision zu berechnen, die ein privater Investor für die Übernahme der Bürgschaft verlangen würde. Beträgt das Ausfallrisiko etwa 30%, so beträgt auch die Gegenleistung für die Übernahme der Bürgschaft 30%.[822]

Voraussetzung für die Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion ist schließlich, dass diese vom hypothetischen Parteiwillen gedeckt ist, welcher im konkreten Einzelfall zu ermitteln ist. Die Frage, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluss mit der nun relevanten Frage befasst hätten,

---

[818] Vgl. dazu *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 170.

[819] So auch *Lindinger*, ÖBA 1996, 170; jüngst *Eilmansberger*, JRP 2012, 284.

[820] *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht[2], Rz. 48 f; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/03, Rz. 38; *Tollmann*, WM 2000, 2031.

[821] EuGH 11.07.1996, C-39/94 *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 61; EuG 17.10.2002, T-98/00, *Linde/Kommission*, Slg. 2002, II-3961, Rz. 39.

[822] Vgl. dazu ähnliche Ansätze der Kommission bei der Berechnung - Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 3.2; Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5 – wobei die De-minimis-Grenze auch bei dem Beihilfeäquivalent zu berücksichtigen ist, sodass Beträge unter EUR 200.000 nicht nachgefordert werden müssen; so auch *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 39.

kann sich aus der Natur und dem Zweck des Vertrages oder aus anderen Umständen des Geschäftes ergeben.[823] Dabei sind die übrigen Vertragsbestimmungen und der von den Parteien verfolgte Zweck sowie die Verkehrssitte zu berücksichtigen.[824]

In diesem Zusammenhang kann die von *Eilmansberger* überzeugend herausgearbeitete "Zweifelsregel" angewendet werden, wonach grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die geltungserhaltende Reduktion eines Vertrages den Interessen der Parteien besser entspricht als dessen Gesamtnichtigkeit. Demnach ist zu vermuten, dass redliche Parteien den maßgeblichen Vertrag auch in der beihilferechtlich gebotenen modifizierten Form abgeschlossen hätten. Nur dann, wenn das Verhältnis zwischen der Leistung und Gegenleistung durch die in Frage stehende Anpassung so stark gestört wäre, dass die Parteien auf den Beihilfevertrag eher verzichtet hätten, ist von einer Gesamtnichtigkeit auszugehen.[825]

Dieselben Überlegungen gelten auch für das rechtliche Schicksal der "gesunden" Teile des Beihilfevertrages. Auch in diesem Zusammenhang sind nämlich der hypothetische Parteiwille und der Normzweck der übertretenen Norm maßgeblich. Im Übrigen ist auch hier die Grundsatzentscheidung der österreichischen Zivilrechtsordnung zugunsten der Aufrechterhaltung der "gesunden" Teile einer gesetzwidrigen Vereinbarung zu berücksichtigen.[826]

Der Auftrag kann daher vom nationalen Gericht dahingehend korrigiert werden, dass zwischen dem Staat und dem Kreditnehmer eine marktübliche Avalprovision als vereinbart gilt. Der Staat erwirbt somit einen vertraglichen Anspruch auf die Leistung der Differenz zu einer marktüblichen Avalprovision, wodurch die Beihilfeelemente beseitigt und die Nichtigkeit des Auftrags vermieden werden kann.

[823] OGH 02.04.1998, 2 Ob 99/98t.
[824] OGH 28.04.1998, 1 Ob 120/98y; OGH 24.10.2001, 9 Ob 156/01h.
[825] Vgl. *Eilmansberger* in Koppensteiner, Beihilfenrecht, 84 ff mwN.
[826] Vgl. *Eilmansberger* in Koppensteiner, Beihilfenrecht, 92 ff mwN.

ii. Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditgebers (Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags)

Der Kreditgeber ist insbesondere dann als Beihilfeempfänger zu qualifizieren, wenn (i) die Bürgschaft der nachträglichen Sicherung eines gewährten Kredits oder (ii) einer Umschuldung dient.[827]

Für den Fall, dass der Kreditgeber ein Beihilfeempfänger ist, richtet sich die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Bürgschaftsvertrages nach § 877 ABGB analog. In diesem Fall stehen dem Staat als Bürgen Rückabwicklungsansprüche direkt gegen den Kreditgeber zu. Auch diesbezüglich sei auf die Ausführungen zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von zweipersonalen Rechtsverhältnissen verwiesen.[828]

Auch in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags auf den Kreditvertrag und den Auftrag hat.

Gemäß § 987 ABGB kann der Kreditvertrag von jeder Vertragspartei aus wichtigen Gründen jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist außerordentlich gekündigt werden. Wichtige Gründe sind solche Umstände, die die Aufrechterhaltung des Dauerschuldverhältnisses für einen Vertragspartner unzumutbar erscheinen lassen.

Ein wichtiger Grund, der nach allgemeinen Grundsätzen zur außerordentlichen Kündigung eines Vertrages berechtigt, liegt vor bei schwerwiegenden Leistungsstörungen des Vertragspartners, die bei Zielschuldverhältnissen zum Rücktritt nach § 918 Abs 1 und § 920 Satz 1 ABGB berechtigen, bei Verhaltensweisen, die nach für bestimmte Dauerschuldverhältnisse normierten Beendigungstatbeständen eine fristlose Auflösung gestatten, und bei Wegfall der Geschäftsgrundlage. Das Verschulden des Vertragspartners ist keine

[827] EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000, Rz. 42; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02, Rz. 2.3.1.; in der Praxis ist die genaue Feststellung der Beihileelemente einer staatlichen Bürgschaft in jedem Einzelfall ein äußerst komplexer Vorgang, weshalb für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nur die der Mitteilung der Kommission zugrunde liegenden Fälle der Beihilfeempfängereigenschaft des Kreditgebers herangezogen werden sollen – vgl. dazu etwa Kommission 25.09.2007, K(2007) 4287 endg. N 197/2007 – *Deutschland Methode zur Berechnung der Beihilfeintensität staatlicher Bürgschaften*.
[828] Siehe dazu oben IV.A.5.d.

Voraussetzung für das Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsgrundes. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist durch Interessenabwägung zwischen dem Auflösungsinteresse der einen Vertragspartei und dem Bestandsinteresse der anderen Vertragspartei zu entscheiden.[829]

Legitime Interessen des Darlehensgebers müssen nach hA derart gefährdet sein, dass ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten wie der Pflicht zur Bestellung zusätzlicher Sicherheiten oder die Pflicht zum Abschluss einer Kaskoversicherung kann - insb bei Verschulden - nach der Lehre das Recht zur vorzeitigen Fälligstellung des Kredits begründen, wenn diese zu einer schweren Vertrauenserschütterung geführt hat. Außerordentlich kündbar ist ein Kredit aber insbesondere im Fall der wesentlichen Vermögensverschlechterung, also etwa dann, wenn sich die Überschuldung des Kreditnehmers ständig vergrößert, wenn das einzige Einkommen des Kreditnehmers für mehrere Monate wegfällt, ferner bei wiederholter Nichteinhaltung von Zahlungsverpflichtungen oder bei einem Zahlungsrückstand trotz mehrmaliger Mahnung.[830]

ME kann im Falle einer formell rechtswidrigen und nichtigen Bürgschaft in der Regel davon ausgegangen werden, dass die staatliche Bürgschaft für den Kreditgeber so wichtig war, dass ihm ohne diese die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.[831]

Der Kreditnehmer als Auftraggeber ist gemäß § 1020 ABGB jederzeit berechtigt den Auftrag zum Abschluss des Bürgschaftsvertrags zu widerrufen. So kann dieser auch die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags zum Anlass nehmen, den Auftrag zu widerrufen. Da der Auftrag in solchen Konstellationen keine Beihilfeelemente enthält kann ohne Weiteres bezüglich der Rückabwicklung auf die Ausführungen zu der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von zweipersonellen Rechtsgeschäften verwiesen werden.[832]

---

[829] *Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 987, Rz. 4 mwN.
[830] *Ramharter in Schwimman*, ABGB^2, § 987, Rz. 2 mwN.
[831] Vgl. auch *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 941 f; *Bydlinski/Bollenberger*, ÖBA 2010, 96 ff.
[832] Vgl. dazu oben IV.A.5.d.

2. Kapitalmaßnahmen

Staatliche Kapitalbeteiligungen sowie Kapitalzuführungen sind in der Praxis wichtige Formen der Beihilfegewährung. Zu den staatlichen Kapitalbeteiligungen zählen vor allem Erhöhungen von Grund-/Stammkapital sowie die Beteiligung des Staates als stiller Gesellschafter.[833] Die separate Abhandlung der Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit auf staatliche Kapitalmaßnahmen ist aus folgenden Gründen erforderlich:

- Obwohl bei den staatlichen Kapitalmaßnahmen die Gesellschaft der Beihilfeempfänger ist, betreffen die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit sowohl die Gesellschafter als auch die Gläubiger der Gesellschaft. Diese sind grundsätzlich an der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung nicht beteiligt und somit schutzwürdig.

- Ferner gehören die staatlichen Kapitalbeteiligungen zu einem beliebten Beihilfeinstrument zur Rettung von Not leidenden Unternehmen und Bekräftigung einzelner Wirtschaftsbereiche. So gewährten die Mitgliedstaaten im Zeitraum von 2008 bis 2011 Beihilfen in der Form von Rekapitalisierungsmaßnahmen in der Höhe von EUR 598.05 Mrd. Mehr als 50 % davon entfiel dabei auf Tier-1-Kapital der Banken (etwa Stammkapital, eigene Aktien).[834]

Da die Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit auf die staatlichen Kapitalbeteiligungen nicht geregelt sind,[835] sind auch diesbezüglich die unionrechtlichen Vorgaben[836] sowie die Erkenntnisse aus der Untersuchung zweipersonaler Verhältnisse[837] fruchtbar zu machen.

Aufgrund der Bedeutung für die Kapitalbeschaffung, Verbesserung der Finanzlage sowie der juristischen Brisanz, bildet die Basis der vorliegenden Analyse die Kapitalerhöhung. Aus einer beihilferechtlichen Perspektive sind die Kapitalerhöhungen grundsätzlich dann problematisch, wenn der Staat der

[833] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 135.
[834] Commission Staff working document: "Facts and figures on state aid in the EU member states" SEC(2011)1487, 40 ff.
[835] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 136.
[836] Siehe dazu oben III.
[837] Siehe dazu oben IV A.

Gesellschaft Geld- oder Sachmittel zuführt, obwohl ein privater Investor wegen schlechter Rentabilitätsaussichten eine derartige Investition nicht oder nicht in dem Ausmaß vornehmen würde.[838]

Ausgehend von den gesellschaftsrechtlichen sowie insbesondere rechtsgeschäftlichen Grundlagen der Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft ("*AG*") und Gesellschaft mit beschränkter Haftung ("*GmbH*"), sollen die Maßstäbe für die Prüfung der Marktkonformität einer Kapitalbeteiligung aufgezeigt und die Beihilfeelemente der Kapitalerhöhung identifiziert werden. Anschließend sollen die Rechtsfolgen der formellen Rechtswidrigkeit für die Kapitalerhöhung mithilfe der bisherigen Stellungnahmen in der Lehre und Rechtsprechung erörtert und auf Basis der bisher gewonnenen Erkenntnisse eigene Lösungsvorschläge präsentiert werden.

a. Rechtliche Grundlagen

Zum besseren Verständnis der Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit sollen die rechtlichen Grundlagen einer Kapitalerhöhung kurz zusammengefasst werden. Dabei soll insbesondere separat auf die rechtsgeschäftlichen Grundlagen der Kapitalerhöhung bei einer AG und bei der GmbH – also auf den Kapitalerhöhungsbeschluss und den Zeichnungs- bzw. Übernahmsvertrag – eingegangen werden:

i. Aktiengesellschaft

Die Kapitalerhöhung ist eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung, bei der neue Aktien gegen Hingabe einer Gegenleistung ausgegeben werden. Als Gegenleistung können Bareinlagen oder Sacheinlagen erbracht werden. Die Kapitalerhöhung dient etwa der Finanzierung eines Unternehmenserwerbs oder einer sonstigen Expansion, zum Teil ist sie mit einer Umstrukturierungsmaßnahme oder mit einem Börsengang verbunden.[839] Im beihilferechtlichen Kontext wird die

---

[838] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 136.

[839] *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/736; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 149, Rz. 4; da §§ 182 ff dAktG inhaltlich weitgehend dem österreichischen Pendant entsprechen, soll im Rahmen dieser Arbeit auf die Detailfragen der deutschen Rechtslage nicht eingegangen werden. Vielmehr sei diesbezüglich auf die gängige Kommentarliteratur verwiesen – *Dryander/Niggemann in Hölters*, Aktiengesetz, § 182, Rz. 1 ff; *Peifer in Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,

Kapitalerhöhung in der Regel als Mittel zur Verbesserung der schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens eingesetzt. Die Staaten versuchen, den Unternehmen durch die Zurverfügungstellung des Eigenkapitals zu marktunüblichen Konditionen unter die Arme zu greifen und ihre Liquidität zu verbessern.[840]

Das Aktiengesetz unterscheidet zwischen effektiver und nomineller Kapitalerhöhung. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll der beihilferechtlichen Analyse die effektive Kapitalerhöhung zugrunde gelegt werden, weil nur bei dieser das Grundkapital der Gesellschaft tatsächlich durch Einbringung neuer Mittel erhöht wird.[841] Die Mittel werden entweder durch die Gesellschafter oder Dritte gegen die Zurverfügungstellung von Aktien eingebracht.[842] Die neuen Aktien sind dabei, zu einem angemessenen Ausgabebetrag auszugeben.[843]

Die grundlegende Form der Kapitalerhöhung (ordentliche Kapitalerhöhung)[844] wird zusammengefasst in folgenden Schritten durchgeführt. Zunächst hat die Hauptversammlung der Gesellschaft einen Beschluss über die Kapitalerhöhung zu fassen. Nach der Beschlussfassung werden die jungen Aktien gezeichnet, die Einlagen geleistet, die Firmenbuchanmeldung und –eintragung vorgenommen und letztlich die Aktienurkunden ausgegeben.[845]

Die rechtsgeschäftliche Grundlage einer Kapitalerhöhung ist der Kapitalerhöhungsbeschluss gemäß § 149 AktG, der vor allem die Aktiengattung, das Ausmaß und die Frist der Kapitalerhöhung enthalten soll.[846] Nachdem die Hauptversammlung den Beschluss zur Kapitalerhöhung gefasst hat und dieser im Firmenbuch angemeldet und eingetragen worden ist, sind die jungen Aktien zu

---

Band 3 § 182, Rz. 1 ff; *Veil in Schmidt/Lutter*, Kommentar zum Aktiengesetz, Band II § 182, Rz. 1ff; *Lutter in Zöllner*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4/1 § 182, Rz. 1 ff.

[840] Vgl etwa die Genehmigung der Beihilfen an die Commerzbank – Kommission 07.05.2009, *Commerzbank,* (2009/C 147/01), ABl. 2009 C 147/1.

[841] Bei der nominellen Kapitalerhöhung, also einer buchungstechnischen Maßnahme wird es in den meisten Fällen sowohl an der Staatlichkeit der Mittel als auch an der begünstigenden Wirkung der Kapitalerhöhung mangeln.

[842] *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/737.

[843] *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 149, Rz. 31.

[844] Auf die Sonderformen der bedingten Kapitalerhöhung sowie des genehmigten Kapitals soll vorliegend nicht eingegangen werden.

[845] *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 149, Rz. 8; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/739.

[846] *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 149, Rz. 14; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 149, Rz. 16 f.

zeichnen. Ohne Zeichnung der Aktien kann die tatsächliche Durchführung der Kapitalerhöhung nicht ins Firmenbuch eingetragen werden.[847]

Der zukünftige Aktionär nimmt dabei die Zeichnung der Aktien am Zeichnungsschein vor, der die schriftliche Verkörperung des Zeichnungsangebots darstellt. Mit der Zeichnung stellt der Zeichner gegenüber der AG das Angebot, junge Aktien zu erwerben. Der zwingend schriftliche Zeichnungsvertrag kommt erst durch die fristgerechte korrespondierende Annahme seitens der AG zustande.[848]

Die Annahme durch die AG kann dabei formfrei bzw. konkludent, etwa durch die Aufforderung zur Einzahlung erfolgen. Der Zeichnungsvertrag ist sowohl ein korporationsrechtliches als auch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft. Aus einer vertragsrechtlichen Sicht, ist der Zeichnungsvertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Da die Einlagenleistung und Gewährung von Aktien nicht im synallagmatischen Verhältnis zueinanderstehen, ist der Zeichnungsvertrag als ein entgeltfremdes Rechtsgeschäft zu qualifizieren.[849]

Durch den Zeichnungsvertrag verpflichtet sich der Zeichner, die Aktien im gezeichneten Umfang anzunehmen und noch vor der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung die Mindesteinlage zu leisten bzw. die Sacheinlage zu erbringen. Die Gesellschaft auf der anderen Seite erwirbt einen bindenden und unbedingten Rechtsanspruch auf die Leistung der Einlagen, sodass der Abschluss des Zeichnungsvertrags den maßgebenden Zeitpunkt der Durchführung im beihilferechtlichen Sinne darstellt. Der Zeichner erwirbt jedoch trotzdem keinen Anspruch auf die Durchführung der Kapitalerhöhung durch die Gesellschaft.[850]

Das Firmenbuch prüft bei der Anmeldung der Durchführung einer Kapitalerhöhung, ob die Zeichnungsscheine alle gesetzlich vorgeschriebenen Angaben gemäß § 152 AktG enthalten. Entspricht nur ein einziger

[847] *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/766.
[848] *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 8; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 16 f.
[849] *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 26, 28 mwN.
[850] *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 18 f mwN.

Zeichnungsschein den gesetzlichen Vorgaben nicht, so kann die Durchführung der Kapitalerhöhung nicht eingetragen werden. Diese Nichtigkeit des Zeichnungsscheines ist allerdings mittels Verbesserung behebbar. Von der ungenügenden Beurkundung der Zeichnungserklärung ist deren fehlerhaftes Zustandekommen zu unterscheiden, das bis zum Zeitpunkt der Eintragung ins Firmenbuch nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu beurteilen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass etwa die Nichteinholung einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung ein fehlerhaftes Zustandekommen der Zeichnungserklärung zur Folge hat.[851]

ii. GmbH

Das GmbHG unterscheidet auch zwischen zwei Formen einer Kapitalerhöhung, und zwar zwischen einer ordentlichen (effektiven) Kapitalerhöhung, bei der der Gesellschaft tatsächlich neue Sach- oder Geldmittel zugeführt werden und der nominellen Kapitalerhöhung, bei der es nur zu einer buchungstechnischen Umwandlung kommt.[852] Beihilferechtlich von Relevanz ist daher auch bei der GmbH primär die ordentliche Kapitalerhöhung.[853]

Die Kapitalerhöhung bei einer GmbH beruht in erster Linie auf einem Gesellschafterbeschluss auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages.[854] Dieser Kapitalerhöhungsbeschluss beinhaltet vor allem die Angabe des Betrages, um den das Stammkapital erhöht werden soll.[855]

Die Verpflichtung zur Leistung der neuen (zu übernehmenden) Einlagen entsteht erst durch den Abschluss des Übernahmsvertrages zwischen der Gesellschaft und

---

[851] *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 23 f; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 149, Rz. 78; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 35 ff.

[852] *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 3; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 4/517; *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 52, Rz. 3.

[853] Auch die deutsche Regelung der Kapitalerhöhung einer GmbH gemäß §§ 55 ff dGmbHG entspricht im Wesentlichen dem österreichischen Äquivalent. Da die divergierenden Details der deutschen Rechtlage nur im Einzelfall eine abweichende Beurteilung zur Folge haben können, sei diesbezüglich auf die gängige deutsche Kommentarliteratur verwiesen - *Lieder in Fleischer/Goette,* Münchener Kommentar zum GmbHG[3], Band 3, § 55, Rz.1 ff; *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz[19], Rz. 1 ff; *Roth in Roth/Altmeppen*, GmbHG[7], § 55, Rz. 1 ff.

[854] *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 4/519.

[855] *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 8; *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 52, Rz. 27.

dem Übernehmer. Auch bei der GmbH ist somit der relevante Zeitpunkt der Durchführung im Lichte des Durchführungsverbots der Abschluss des Übernahmsvertrages. Im Unterschied zum aktienrechtlichen Zeichnungsvertrag ist der Übernahmsvertrag nach der herrschenden Auffassung kein schuldrechtliches, sondern rein körperschaftsrechtliches Rechtsgeschäft, das auf den Erwerb von Mitgliedschaftsrechten an einer Gesellschaft gerichtet ist.[856] Während das Angebot in der Übernahmeerklärung selbst liegt, erfolgt die Annahme durch die Gesellschafterversammlung oder den dazu ermächtigten Geschäftsführer. Der Übernahmsvertrag ist mit der Wirksamkeit der Kapitalerhöhung auflösend bedingt. Die Übernahmeerklärung kann darüber hinaus auch befristet werden, etwa beim Bestehen des Erfordernisses der Anmeldung der Kapitalerhöhung zu einem bestimmten Zeitpunkt wegen etwaiger Genehmigungspflichten. Als Ausführungsakt des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist der Übernahmsvertrag durch diesen inhaltlich determiniert.[857]

Scheitert die Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch, so wird der Übernehmer von seiner Pflicht zur Leistung der Einlage befreit und kann die bereits geleisteten Teile zurückfordern. Die Mängel der Willenserklärungen sind dabei, bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Nach Eintragung können Mängel der Übernahme nach rein vertragsrechtlichen Grundsätzen nicht mehr geltend gemacht werden.[858]

Die Kapitalerhöhung ist nach Übernahme und Einzahlung der Stammeinlagen durch die Geschäftsführer anzumelden und in das Firmenbuch einzutragen.[859]

---

[856] Zu beachten ist jedoch, dass dieser Umstand die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Zivilrechts, etwa Geltendmachung von Willensmängeln nicht ausschließt *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG, § 52, Rz. 89.

[857] *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 4/521; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 23; *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 52, Rz. 93.

[858] *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 34; *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 52, Rz. 103 f.

[859] *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 53, Rz. 8; *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 53, Rz. 5.

iii. Beihilfeelemente der Kapitalerhöhung

Die Beurteilung der marktunüblich begünstigenden Wirkung von staatlichen Kapitalbeteiligungen[860] erfolgt nach dem Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ("*market economy investor principle*", nachstehend "*MEIP*" genannt). Grundlegende Orientierungshilfe bei der Anwendung von MEIP ist die sogenannte Beteiligungsmitteilung der Kommission,[861] die jedoch im Lichte des Sekundärrechts und der Rechtsprechung des EuGH interpretiert werden muss.[862] Ergänzt wurde die Beteiligungsmitteilung durch die Leitlinien der Kommission in ihrer Mitteilung über öffentliche Unternehmen aus dem Jahr 1993.[863]

Die Beteiligungsmitteilung unterscheidet hinsichtlich der Beurteilung von staatlichen Kapitalbeteiligungen zwischen vier verschiedenen Konstellationen, wobei für die Kapitalerhöhung die Kategorie "*Erhöhung der Beteiligung der öffentlichen Hand bei gleichzeitiger Beteiligung privater Investoren*" relevant ist.[864]

Die Beteiligungsmitteilung definiert in erster Linie den Fall, in dem die Kapitalerhöhung keinen Verdacht einer staatlichen Beihilfe begründet. Laut Beteiligungsmitteilung stellt eine Kapitalerhöhung keine marktunübliche Begünstigung dar, wenn

i. das zur Verfügung gestellte Kapital der Zahl der Anteile der öffentlichen Hand entspricht;

ii. die privaten Anteilseigner Kapital zuschießen; und

iii. der Anteil der privaten Anteilseigner von realer wirtschaftlicher Bedeutung ist.

---

[860] Für Deutschland siehe als Einführung *Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft (2008).

[861] Kommission, Mitteilung zur Anwendung von Art 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften, Bulletin EG 9-1984 (nachfolgend "*Beteiligungsmitteilung*" genannt).

[862] *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 17.

[863] Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/3 (nachfolgend "*Mitteilung über öffentliche Unternehmen*" genannt).

[864] Kommission, Beteiligungsmitteilung, Rz. 3.2 (c); vgl. *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 19; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 255 ff; *Leibenath in Heidenhain*, State Aid Law, § 6, Rz. 8 ff.

Zudem enthält die Beteiligungsmitteilung eine Auflistung von Umständen, die auf das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe schließen lassen. Das Vorliegen einer marktunüblichen Begünstigung indizieren folgende Umstände:[865]

i. Die (schlechte) finanzielle Lage des Unternehmens lässt innerhalb einer angemessenen Frist keine normale Rendite erwarten.

ii. Die Kapitalbeteiligung wird bei der Kommission zwar nicht als Beihilfe, doch im Zusammenhang mit anderen Beihilfevorhaben angemeldet.

iii. Die Kapitalbeteiligung des Staates an Unternehmen in Wirtschaftssektoren, die mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen haben, und zwar unabhängig davon, ob das konkrete Unternehmen von den finanziellen Engpässen betroffen ist.

Weitere generelle Vorgaben zur beihilferechtlichen Beurteilung von Kapitalbeteiligungen im Lichte von MEIP enthält die Mitteilung über öffentliche Unternehmen. In dieser Mitteilung präzisiert die Kommission die Maximen, von denen sich die Mitgliedstaaten bei den Kapitalbeteiligungen leiten lassen sollen.[866]

Die Kommission anerkennt eine weite Bandbreite an Ausgestaltungsmöglichkeiten, in der sich der öffentliche Investor bewegen kann, ohne sich dem Risiko der Gewährung einer Beihilfe auszusetzen. Maßgeblich ist dabei eine *ex-ante* Betrachtung des Investitionsvorhabens, sodass bei der Beurteilung stets auf den Zeitpunkt der Investitionsentscheidung abzustellen ist.[867]

Die eigentliche Analyse erfolgt anhand von mehreren Kriterien, wobei das Endergebnis stets das Produkt einer Gesamtabwägung darstellt. So geht die Kommission bei dem Erwerb von Minderheitsbeteiligungen wegen ihres spekulativen Charakters in der Regel davon aus, dass solchen Maßnahmen eine Beihilfegewährung immanent ist. Ein Kriterium, das gegen das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe spricht, ist die Verbindung der Kapitalbeteiligung mit einer

[865] *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 21; Kommission, Beteiligungsmitteilung, Rz. 3.4.
[866] Siehe dazu auch *Leibenath in Heidenhain*, State Aid Law, § 6, Rz. 30 ff.
[867] *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 274 ff.

normalen Verzinsung durch Dividenden oder Wertsteigerungen im Sinne einer Renditeoptimierung.[868]

Zusammengenommen lässt sich sagen, dass die Beurteilung staatlicher Kapitalmaßnahmen anhand von MEIP generell eine detaillierte und auf Einzelfall bezogene Prüfung erfordert, die teilweise sehr komplexe wirtschaftliche Fragen aufwirft. Es gibt somit begreiflicherweise keine fixen Schwellenwerte, die die Marktüblichkeit der Kapitalbeteiligung generell abgrenzen würden. Den Mitteilungen sowie Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung der Unionsgerichte können nur Maximen für die Prüfung im Einzelfall entnommen werden.[869]

Das zentrale Kriterium ist – wie bereits erwähnt – die Rentabilität der Investition (Kapitalbeteiligung). Ob die nach marktwirtschaftlichen Maßstäben aus Investorensicht im Zeitpunkt der Kapitalzufuhr als erzielbar eingestufte Rendite faktisch erreicht werden könnte, beurteilt die Kommission dabei insbesondere anhand folgender Kriterien:

i. Finanzlage des Unternehmens;

ii. Vorliegen eines ausreichend detaillierten Umstrukturierungsplans;

iii. Mittelzuführungen in der Vergangenheit;

iv. sektorales Umfeld des Unternehmens;

v. Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens; und

vi. Verhalten privater Anteilseigner des Unternehmens.

Nicht zuletzt aus diesem Grund überlässt die Kommission die wirtschaftliche Beurteilung der Marktüblichkeit einer Kapitalbeteiligung in fast allen Fällen unabhängigen Sachverständigen.[870]

---

[868] Kommission, Mitteilung über öffentliche Unternehmen, Rz. 27 ff; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 269 ff.

[869] Vgl. dazu die Übersicht der Kommissionsentscheidungen unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-762_en.htm.

[870] *Montag/Leibenath in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 6, Rz. 60 f; vgl. auch *Leibenath in Heidenhain*, State Aid Law, § 6, Rz. 52 ff.

Die marktunübliche Begünstigung berechnet sich auf Basis des Gegenwartswerts der abgezinsten Kosten abzüglich des Wertes der Investition.[871] Da diese Berechnungsmethode insbesondere in jenen Fällen Probleme bereitet, in denen der Marktwert des Unternehmens nur äußerst umständlich oder gar nicht ermittelt werden kann, setzt die Kommission in solchen Fällen in der Regel den Gesamtbetrag der staatlichen Kapitalzufuhr als Beihilfe an.[872]

Vor diesem Hintergrund lässt sich mE – vereinfacht dargestellt – zwischen zwei Fallgruppen unterscheiden, bei denen es zur Gewährung einer staatlichen Beihilfe kommt: [873]

i. Erstens kann die Kapitalerhöhung zu marktunüblichen Konditionen erfolgen:

   - Solche Konditionen können zum einen auf dem Ausgabebetrag, also den "Preis" für die Anteile basieren. Zwar können die Anteile zu einem höheren Betrag als ihrem Nennwert ausgegeben werden, doch muss dabei der Wert der Anteile dem Marktwert entsprechen.

   - Zum anderen können die Beihilfeelemente die Mitgliedschaftsrechte betreffen. Bei den Mitgliedschaftsrechten kommt etwa der (wenn auch faktischer) Verzicht auf Vermögens-, Verwaltungs- bzw. Schutzrechte als eine marktunübliche Begünstigung der Gesellschaft infrage.

ii. Zweitens stellt die Kapitalerhöhung bereits an sich eine Beihilfe dar, wenn der marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber unter keinen Umständen die Kapitalerhöhung durchführen würde.

---

[871] Kommission, Mitteilung über öffentliche Unternehmen, Rz. 37; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 24 f.

[872] Vgl. etwa Kommission 14.10.1998, *Société Marseillaise de Vrédit*, (1999/508/EG), ABl. 1999 L 198/1, 8.

[873] Diese (vom Autor vorgenommene) Gruppenbildung dient allerdings nur der Veranschaulichung der Problematik und kann die Beurteilung der Marktüblichkeit der Kapitalerhöhung im Einzelfall nicht ersetzen.

b. Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit

Wie bereits ausgeführt, basiert eine Kapitalerhöhung auf zwei Rechtsgrundlagen, und zwar auf dem Kapitalerhöhungsbeschluss und dem Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag. Zunächst ist zu untersuchen, ob bereits der Kapitalerhöhungsbeschluss oder erst der Zeichnungsvertrag / Übernahmevertrag formell rechtswidrig, und somit nichtig ist.[874]

Die österreichische höchstrichterliche Rechtsprechung wurde bisher mit der Frage der Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf eine Kapitalerhöhung nicht konfrontiert.[875]

ME gilt es in erster Linie zu untersuchen, inwiefern die beiden Rechtsgeschäfte vom Anwendungsbereich des Durchführungsverbots erfasst sind. Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot liegt nämlich erst dann vor, wenn eine von der Kommission nicht abschließend genehmigte Beihilfe durchgeführt wird.[876] Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt die Beihilfe als im Sinne von Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV durchgeführt, sobald eine unbedingte und rechtlich bindende Zusage besteht.[877]

Eine unbedingte und rechtlich bindende Zusage bewirkt grundsätzlich das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf die Gewährung der Beihilfe, und zwar dem Grunde nach. Die Kommission definiert den Zeitpunkt der Durchführung auch dahingehend, dass eine Durchführung dann anzunehmen ist, wenn das betroffene Unternehmen einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt.[878]

Das Unternehmen erwirbt einen Rechtsanspruch auf die Leistung der Einlage (Gewährung der Beihilfe) erst durch den Abschluss des Zeichnungsvertrags / Übernahmsvertrages. Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot liegt im

---

[874] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 137.
[875] Vgl. dazu OGH 15.12.2008, 4 Ob 133/08z; OGH 19.01.2010, 4 Ob 154/09i; OGH 21.06.2011, 4 Ob 40/11b.
[876] Vgl. dazu auch *Sutter in Mayer/Stöger* (Hrsg) EUV/AEUV, Art 108 AEUV, Rz. 69 ff.
[877] EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101, Rz. 38; ohne jedoch den Begriff der Durchführung näher zu definieren; vgl. auch EuG 06.03.2002, T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Slg. 2002, II-1371, Rz. 181 ff.
[878] Kommission 25.09.2007, *langfristige Strombezugsvereinbarungen,* (2009/287/EG), ABl. 2009 L 83/1, Rz. 342; VO Nr. 800/2008 - Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Rz. 36; VO Nr. 1998/2006 - De minimis Verordnung., Rz. 10.

Rahmen einer Kapitalerhöhung somit auch erst beim Abschluss des Zeichnungsvertrages/Übernahmsvertrages vor.[879]

Im Unterschied zum Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag ist der Kapitalerhöhungsbeschluss im Rahmen einer Kapitalerhöhung zwar ein notweniger Schritt, doch begründet dieser für sich keinen Rechtsanspruch auf die Leistung der Einlage (Gewährung der Beihilfe). Die formelle Rechtswidrigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses ließe sich somit nur auf Basis eines engen Zusammenhangs zwischen diesem und dem Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag argumentieren.[880]

Der enge Zusammenhang könnte sich allenfalls aus dem Umstand ergeben, dass für die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ins Firmenbuch die Übernahme der Stammeinlagen gemäß § 53 GmbHG bzw. Zeichnung der Aktien gemäß § 155 AktG erforderlich ist. Da die wirksame Durchführung einer Kapitalerhöhung sowohl die Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses als auch den Abschluss des Zeichnungsvertrags / Übernahmsvertrages voraussetzt, stehen beide Rechtsgeschäfte in einem engen Zusammenhang zueinander.

Allerdings rechtfertigt es dieser Zusammenhang mE nicht, den Kapitalerhöhungsbeschluss in den Anwendungsbereich des Durchführungsverbots einzubeziehen. Denn würde man unterstellen, dass bereits der Kapitalerhöhungsbeschluss vom Durchführungsverbot erfasst ist, so würde dies dazu führen, dass dieser Beschluss bereits nach seiner Fassung aber noch vor der Zeichnung / Übernahme nichtig wäre. Mit anderen Worten: Die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot würden eintreten bevor ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot überhaupt vorliegen würde. Dies wäre jedoch mE unverhältnismäßig und auch vom Normzweck des Durchführungsverbots nicht gedeckt.

---

[879] *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 28; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 8.

[880] Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12.

Das Durchführungsverbot soll nämlich verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[881] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[882]

Die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist im Hinblick auf den Normzweck des Durchführungsverbots irrelevant. Denn erst durch den Abschluss des Zeichnungsvertrags / Übernahmsvertrages kommt es unter Umständen zu einer formell rechtswidrigen Gewährung der Beihilfe.[883]

Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Kapitalerhöhung in jenen Fällen, in denen der Staat nicht bereits Gesellschafter ist, sondern die neuen Anteile erst erwerben soll, an der Beschlussfassung nicht teilnimmt. Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist somit ein Rechtsgeschäft unter Privaten, auf welches das Beihilferecht erst gar nicht anwendbar ist.[884]

ME ist somit vom Anwendungsbereich des Durchführungsverbots und daher von den Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit erst der Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag erfasst.[885]

Selbst für den Fall, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss vom Anwendungsbereich des Durchführungsverbots erfasst wäre, könnte man die Auswirkungen formeller Rechtswidrigkeit ohne eine Anpassung der geltenden Rechtslage nicht effektiv durchsetzen.

Das Aktiengesetz unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen nichtigen und anfechtbaren Hauptversammlungsbeschlüssen. Nichtigkeit tritt nur bei bestimmten, im Gesetz aufgezählten, besonders gravierenden Beschlussmängeln

[881] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[882] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[883] *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 176.
[884] Vgl. in diesem Sinne *Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 205.
[885] Zur Rechtslage in Deutschland vgl. *Hebrant*, Beihilferechtswidrige Gesellschaftsbeteiligungen und Gläubigerschutz, 55 ff.

bzw. Gesetzesverletzungen ein. Bei allen anderen Rechtsverletzungen ist der Beschluss vorerst wirksam, aber anfechtbar.[886]

Nach § 195 Abs 1 AktG kann ein Beschluß der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Die formelle Rechtswidrigkeit könnte unter Umständen zur Anfechtbarkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses gemäß § 195 AktG führen. Zur Anfechtung nach § 195 AktG sind jedoch gemäß § 196 AktG beim Vorliegen sonstiger Voraussetzungen nur die Aktionäre und die Gesellschaftsorgane berechtigt.

Aufgrund dieses engen Kreises der Anfechtungsberechtigten bedarf es mE der Prüfung, ob der Verstoß gegen das Durchführungsverbot zur Anfechtbarkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses führt, nicht. Denn die Aktionäre als Beihilfeempfänger und die Gesellschaftsorgane haben ein Interesse an der Weitergeltung des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Wären nur den Aktionären und Gesellschaftsorganen die Geltendmachung der Nichtigkeit überlassen, so käme es in der Praxis nie zur Anfechtung eines formell rechtswidrigen Kapitalerhöhungsbeschlusses. Dadurch wären der Schutz von Mitbewerbern des Beihilfeempfängers sowie der Schutz des Wettbewerbs als Institution völlig ausgehöhlt. Es ist nämlich nicht zu erwarten, dass sich der Beihilfeempfänger gegen Maßnahmen währen wird, die ihm gegenüber seinen Mitbewerbern auf dem Markt Vorteile verschaffen.

Da somit die Aktionäre sowie Gesellschaftsorgane als Beihilfeempfänger grundsätzlich kein Interesse an der Rückzahlung der Kapitalzufuhr haben, kann diese aktienrechtliche Anfechtungsmöglichkeit außer Betracht bleiben.

Als eine weitere Durchsetzungsmöglichkeit der formellen Rechtswidrigkeit von Kapitalerhöhungsbeschlüssen käme die Nichtigerklärung von Kapitalerhöhungsbeschlüssen gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG infrage.[887] Gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG ist nämlich ein Hauptversammlungsbeschluss nichtig, wenn dieser rechtlich geschützte Interessen der Gläubiger oder öffentliche Interessen verletzt. Eine Verletzung von Rechtsvorschriften, die ausschließlich oder

[886] *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/639 mwN.
[887] Identischer Wortlaut mit der deutschen Parallelregelung des § 241 Z 3 dAktG; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 138.

überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst in öffentlichem Interesse gegeben sind, führt jedoch nicht ohne Weiteres zur Nichtigkeit des Beschlusses. Die Verletzung dieser Interessen muss nämlich die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses rechtfertigen können.[888]

Die AG als bedeutender Wirtschaftskörper berührt grundsätzlich das öffentliche Interesse. Denn der Rechts- und Wirtschaftsverkehr verbindet mit einer AG gewöhnlich die Vorstellung, dass es sich um ein ordnungsgemäß gegründetes, über einen Mittelbetrieb hinausgehendes Unternehmen handelt, das ebenso kapital- wie personalmäßig gut ausgestattet ist und von einer streng rechenschaftspflichtigen Verwaltung dem AktG und anderen Vorschriften gemäß geführt wird, sodass sich eine Geschäftsverbindung oder eine Beteiligung lohnen kann. Danach widersprechen den öffentlichen Interessen insbesondere Aktionärbeschlüsse, die sich über den Mindestnennbetrag des Grundkapitals, die Aktiennennbeträge, das Ausmaß der stimmrechtslosen Vorzugsaktien, das Verbot der Änderung von bestimmten satzungsmäßigen Festsetzungen und die Grenzen des bedingten sowie des genehmigten Kapitals hinwegsetzen.[889]

Zu den öffentlichen Interessen, die die Nichtigkeit von Kapitalerhöhungsbeschlüssen rechtfertigen, zählt unter anderem auch die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs.[890]

Das Durchführungsverbot soll verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden[891] und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[892]

Da das Durchführungsverbot dem Schutz der Mitbewerber und des Wettbewerbs als Institution dient und im untrennbaren Zusammenhang mit dem Schutz der Ziele der Beihilfeaufsicht und des Beihilfeverbots steht, erfüllt das

[888] Vgl. etwa OGH 29.08.1995, 1 Ob 586/94.
[889] *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 199, Rz. 9.
[890] *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 199, Rz. 45 – obwohl in diesem Falle an das zusammenschlusskontrollrechtliche Durchführungsverbot gemäß § 17 KartG gedacht wird.
[891] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[892] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

Durchführungsverbot mE die Funktion der Bewahrung öffentlicher Interessen iSv § 199 Abs 1 Z 3 AktG.[893]

Würde der Staat als Gesellschafter einer AG einen Kapitalerhöhungsbeschluss unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot fassen, so wäre der Kapitalerhöhungsbeschluss gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG nichtig. Diese Nichtigkeit wäre grundsätzlich eine Gesamtnichtigkeit, es sei denn, der Kapitalerhöhungsbeschluss enthielte auch weitere sachlich verschiedene Beschlussgegenstände, die von der Reichweite des Durchführungsverbots nicht erfasst wären.[894] Mit anderen Worten: Im Falle einer erfolgreichen Nichtigkeitsklage würde das Gericht stets zumindest die Nichtigkeit des die Kapitalerhöhung betreffenden Teiles des Hauptversammlungsbeschlusses feststellen.

Eine solche Rechtsfolge wäre jedoch mE im Hinblick auf den Normzweck des Durchführungsverbots überschießend. Das Durchführungsverbot bezieht sich nämlich nur auf Beihilfen. Was eine Beihilfe ist, bestimmt sich nach der Wirkung der betreffenden Maßnahme (die sogenannte "*Wirkungs-Doktrin*").[895] Der Beihilfebegriff ist nämlich ein funktioneller Begriff.[896]

Das Durchführungsverbot bezieht sich somit grundsätzlich nicht auf Kapitalerhöhungsbeschlüsse als solche. Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist nämlich grundsätzlich nur die Vorbedingung der Gewährung der Beihilfe, nicht jedoch die Beihilfe selbst. Das Durchführungsverbot soll gerade nicht die Fassung des Beschlusses, sondern vielmehr die Gewährung einer Beihilfe auf Basis des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages verhindern.[897]

---

[893] Siehe zum Normzweck oben IV. A. 3. b.

[894] *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 199, Rz. 54; für Deutschland *Deckert/Schroeder* in EuR 1998, 318; *Steindorff* in FS Mestmäcker, 511.

[895] *Arhold in Montag/Säcker,* Münchener Kommentar des Wettbewerbsrechts, AEUV Art. 107, Rz. 105.

[896] *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht[10], Rz. 805; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht[2], Rz. 51 ff; *Heidenhain in Heidenhain*, Handbuch des Beihilferechts, § 3, Rz. 2; *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht, Art. 87 Abs 1 EGV, Rz. 1 ff.

[897] Vgl. dazu ähnliche Überlegungen – *Heidenhain,* EuZW 2005, 135 ff.

Das Durchführungsverbot bezweckt somit nicht immer die Beseitigung des gesamten Kapitalerhöhungsbeschlusses.[898] Dem Normzweck des Durchführungsverbots ist Genüge getan, wenn nur die Beihilfeelemente beseitigt werden.[899] Da die Nichtigerklärung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach § 199 AktG jedoch nur die Beseitigung von Beihilfeelementen nicht ermöglicht, ist diese mE als Durchsetzungsmöglichkeit außer Betracht zu lassen.

Schließlich sieht in diesem Zusammenhang § 200 AktG in bestimmten Fällen aus Verkehrsschutzinteressen die "Heilung" grundsätzlich nichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse vor. Obwohl die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses grundsätzlich ein Eintragungshindernis darstellt, "heilt" die Nichtigkeit gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG nach § 200 Abs 2 AktG *ex lege* drei Jahre nach der Eintragung ins Firmenbuch.[900] Nach Ablauf dieser Frist besteht nämlich nur noch die Möglichkeit der amtswegigen Löschung gemäß § 10 Abs 2 FBG.[901]

Diese "Heilung" der Nichtigkeiten besteht darin, dass die Wirkungslosigkeit nichtiger Beschlüsse nach ihrer Eintragung in das Firmenbuch in bestimmten Fällen nicht mehr hervortritt oder zeitlich begrenzt ist und danach von Seite der Gesellschaft (einschließlich ihrer Aktionäre, Organe, Funktionäre) sowie von dritter Seite ein Rückgriff auf die bisherige Wirkungslosigkeit unterbunden wird. Die "Heilbarkeit" ist auf eintragungsbedürftige und ungeachtet ihrer Nichtigkeit dennoch in das Firmenbuch eingetragene Hauptversammlungsbeschlüsse beschränkt.[902]

Diese "Heilungsmöglichkeit" widerspricht jedoch mE dem Grundsatz der Unheilbarkeit der formellen Rechtswidrigkeit.[903] Denn die nach dem Ablauf der

---

[898] EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46, 53; der EuGH bestätigte diesen Ansatz mit dem Urteil EuGH 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom*, Slg. 2008, I-10393, Rz. 28 ff.

[899] Vgl. *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 170.

[900] Vgl. *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 200, Rz. 9 ff.

[901] *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 138; klarstellend dazu auch § 199 Abs 2 AktG.

[902] *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 200, Rz. 1.

[903] EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 13; EuGH 30.06.1992, C-312/90, *Cenemesa*, Slg. 1992, I-4117, Rz. 23; EuGH 30.06.1992, C-47/91, *Italgrandi*, Slg. 1992, I-4145, Rz. 29; EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365, Rz. 21 ff; EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249, Rz. 72 - eine Begrenzung der Rechtsfolgen formeller Rechtswidrigkeit auf die zeitliche Geltungsdauer des Durchführungsverbots ist der Rechtsprechung des EuGH nicht zu entnehmen – vgl. dazu EuGH

Frist von drei Jahren bestehende Möglichkeit der amtswegigen Löschung stellt mE keine effiziente Durchsetzungsmöglichkeit dar.

Auch das Recht der GmbH sieht mE für den Fall der formellen Rechtswidrigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses keine effiziente Durchsetzungsmöglichkeit vor.

Gemäß § 41 GmbHG ist ein Gesellschafterbeschluss anfechtbar, wenn dieser entweder die Wirksamkeitsvoraussetzungen des GmbHG bzw. des Gesellschaftsvertrags nicht erfüllt oder gegen das GmbHG bzw. den Gesellschaftsvertrag verstößt. Nach § 41 GmbHG kann jedoch ein Gesellschafterbeschluss nicht wegen der Verletzung von anderen Rechtsnormen als des GmbHG oder des Gesellschaftsvertrages angefochten werden.[904]

Zudem sind in diesem Falle gemäß § 41 Abs 2 und 3 GmbHG nur die Gesellschafter und Organe der GmbH anfechtungsberechtigt, welche in der Regel – wie bei der Aktiengesellschaft – kein Interesse an der Rückabwicklung der Kapitalerhöhung und Anfechtung des Kapitalerhöhungsbeschlusses haben.[905]

Eine Alternative zu § 41 GmbHG ist weder gesetzlich vorgesehen noch in der Rechtsprechung generell anerkannt. Obwohl die herrschende Lehre in Österreich die Nichtigerklärung von Gesellschafterbeschlüssen im Großen und Ganzen anerkennt,[906] hat der OGH in seiner bisherigen Rechtsprechung die Nichtigkeit von Beschlüssen nur beim Verstoß gegen das Verbot der Einlangenrückgewähr anerkannt.[907]

Als Grundlage für die Nichtigerklärung von Beschlüssen einer GmbH wird von der Lehre § 199 Abs 1 Z 3 AktG[908] analog herangezogen. Die deutsche Rechtsprechung wendet die aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe des § 241 dAktG

21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505, Rz. 12; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 63; *Bartosch,* EuZW 2008, 237.

[904] Vgl. dazu *Enzinger in Straube*, GmbHG § 41, Rz. 32 ff.

[905] Vgl. einleitend *Eckert*, GeS 2004, 228 ff; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 139.

[906] Vgl. dazu eine übersichtliche Darstellung in *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 4/305 mwN – im Endergebnis auch für die Analogie zum AktG.

[907] Vgl. dazu OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f.

[908] Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 41, Rz. 12 ff; *Enzinger in Straube*, GmbHG § 41, Rz. 24 f.

bei den Gesellschafterbeschlüssen der GmbH analog an.[909] Zu den Normen, die öffentliche Interessen bewahren sollen, gehören dabei etwa GWB, Steuerrecht oder Sozialrecht.[910]

Insofern kann mE auf die obigen Ausführungen zu den unzureichenden Effizienz der Nichtigerklärung nach § 199 AktG verweisen werden.

Da der Kapitalerhöhungsbeschluss nicht von der Reichweite des Durchführungsverbots erfasst ist und weder das GmbHG noch das AktG in dieser Hinsicht effektive Durchsetzungsmöglichkeiten vorsehen, ist der Kapitalerhöhungsbeschluss mE nich von den Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit erfasst.

[909] *Hüffer in Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG-Großkommentar, Band 2, Anh. § 47, Rz. 33; *Fichtelmann in Bartl/Bartl/Fichtelmann/Koch/Schlarb*, GmbH-Recht (Heidelberger Kommentar), § 47, Rz. 63; *Römermann in Michalski*, GmbHG^2, Anh. § 47, Rz. 65.

[910] Vgl. dazu *Römermann in Michalski*, GmbHG^2, Anh. § 47, Rz. 142; *Enzinger in Straube*, GmbHG § 41, Rz. 25; - wo man zu den Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur, wie Steuerrecht oder Sozialrecht auch das Beihilferecht zählen kann; *Eilmansberger in Koppensteiner,* Beihilferecht, 140.

c. Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag

Nach der zutreffenden Auffassung erfasst die formelle Rechtswidrigkeit erst den Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag. Durch diesen erwirbt nämlich die Gesellschaft einen Anspruch auf die Gewährung der formell rechtswidrigen Beihilfe.[911] Hinsichtlich der Rechtsfolgen gilt es zwischen der Geltendmachung der Nichtigkeit vor und nach der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch zu unterscheiden.

Bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung kann die Nichtigkeit des Zeichnungsvertrags / Übernahmsvertrages nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen geltend gemacht werden.[912] Insofern kann auf die obigen Ausführungen zu den Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften verwiesen werden.[913]

Im Falle einer Gesamtnichtigkeit des Zeichnungsvertrags wird der Zeichner bei der Geltendmachung vor der Eintragung nicht Aktionär. Beruft sich somit ein Dritter vor der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch auf die Nichtigkeit des Zeichnungsvertrags, so erlangt der Staat keine Gesellschafterstellung. Der Staat erlangt somit weder Aktionärsrechte noch ist er zu mitgliedschaftlichen Leistungen verpflichtet. Die bereits geleisteten Einlagen kann er nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückverlangen.[914]

Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch, kann der mit Nichtigkeitsgründen behafteter Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag im Lichte der Grundsätze der Kapitalerhaltung grundsätzlich nicht mehr nach zivilrechtlichen

---

911 *Rüffler in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, 176; angesprochen jedoch offengelassen *Soltész*, ZWeR 2006, 388 ff; vgl. auch BGH, 04.04.2003, V ZR 314/02; mit Erläuterungen *Pechstein*, EuZW 2003, 448; BGH, 20.01. 2004, XI ZR 53/03; BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06; BGH 13.09.2012, III ZB 3/12; zuletzt bestätigt durch BGH, 10.02.2011, I ZR 136/09*;* BGH, 10.02.2011, I ZR 213/08*;* vgl. zur Teilnichtigkeit BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

912 Vgl. dazu *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 52, Rz. 103 f; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 24; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 34.

913 Vgl. dazu oben IV. A.

914 *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 27.

Grundsätzen vernichtet werden. Nach Eintragung können Mängel der Zeichnung / Übernahme im Allgemeinen nicht mehr *ex tunc* geltend gemacht werden.[915]

Eine Ausnahme von dieser Regel besteht jedoch in den Fällen, wo entgegengesetzte Schutzinteressen eine Rückabwicklung *ex tunc* fordern. Dies ist etwa der Fall, wenn der Zeichner geschäftsunfähig ist oder keine Erklärung abgegeben hat, wobei stets eine Abwägung zwischen Interessen Dritter an der Kapitalerhaltung und anderweitigen Interessen vorzunehmen ist. In diesen Fällen kann sich der Zeichner bei der Geltendmachung der Nichtigkeit auf die zivilrechtlichen Grundsätze stützen. Auch der Beitritt auf Basis des Übernahmevertrages ist in solchen Fällen trotz Eintragung nicht wirksam.[916]

Auch wenn nämlich mit der Eintragung der Durchführung ein Organisationsakt und somit eine Strukturänderung stattgefunden haben mag, so ist doch anerkannt, dass die bloße Eintragung solche Mängel nicht heilen kann, die Interessen verletzen, deren Schutz das Interesse an der Anerkennung der Strukturänderung überwiegt. Hierunter zählen überwiegende Allgemein- aber auch überwiegende Individualinteressen.[917]

Im Falle eines formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages / Übernahmevertrages stellt sich die Frage, ob der Verstoß gegen das Durchführungsverbot eine Rückabwicklung nach der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch rechtfertigen kann. Wie bereits ausgeführt, kommt eine solche Rechtfertigung nur infrage, wenn dieser Rückabwicklung die Grundsätze der Kapitalerhaltung nicht entgegenstehen.

Die Rückabwicklung des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot führt nämlich im Endergebnis dazu, dass der Staat als Gesellschafter auf diesem Wege den Erwerbspreis gegen Rückgabe der Anteile zurückbekommt. Dieses Ergebnis scheint jedoch drei

---

[915] Vgl. *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 50; *Ettmayer/Ratka in Straube*, GmbHG § 52, Rz. 103 f; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 24; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 52, Rz. 34 und §3 Rz. 15; OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v.

[916] *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 53 mwN; vgl. dazu auch *Roth*, JBl 2012, 75 f mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], §3 Rz. 15.

[917] *Peifer in Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 185, Rz. 58 mwN.

grundlegenden Grundsätzen der Kapitalerhaltung zu widersprechen, und zwar (a) dem Verbot der Einlagenrückgewähr, (b) dem Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft sowie (c) dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Nachfolgend soll auf diese drei Grundsätze der Kapitalerhaltung in gebotener Kürze eingegangen und geprüft werden, inwiefern diese einer Rückabwicklung des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages entgegenstehen.

i. Verbot der Einlagenrückgewähr

Die Rückabwicklung des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages steht in erster Linie im potenziellen Widerspruch zum Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG und § 82 GmbHG.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr verbietet sämtliche Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter, die zu einer Minderung des als Eigenkapital gebundenen Gesellschaftsvermögens führen, sofern es sich dabei nicht um eine zulässige Gewinnausschüttung, eine gesetzlich ausdrücklich zugelassene Ausnahme oder um ein drittvergleichsfähiges Rechtsgeschäft handelt.[918]

Der Begriff der verbotenen Leistung ist dabei weit zu verstehen und erfasst nicht nur den tatsächlichen Abfluss von Vermögensgegenständen, sondern auch die Entstehung von rechtskräftigen Ansprüchen sowie potenziellen Vermögenspositionen und auch Geschäftschancen, die der Gesellschaft verloren gehen und an einen Gesellschafter übertragen werden. Verboten sind dabei sowohl eine offene als auch eine verdeckte Einlagenrückgewähr. Eine offene Einlagenrückgewähr ist eine Rückzahlung der Einlage an den Aktionär. Eine verdeckte Einlagenrückgewähr liegt vor, wenn die Gesellschaft mit einem Aktionär ein Rechtsgeschäft abschließt, das mit einem Dritten nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen worden wäre.[919]

---

[918] *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/868 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 82, Rz. 5; *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG, § 82 Rz. 15 ff mwN; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 52, Rz. 1.

[919] Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz. 3/868 f; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 52, Rz. 8 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum

Wie bereits erwähnt, führt die Rückabwicklung des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages im Falle formeller Rechtswidrigkeit nach der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch dazu, dass der Staat seine Einlage gegen Rückgabe der Anteile zurückbekommt. Diese Einlage wird dabei unzweifelhaft aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet, wobei der Verstoß gegen das Durchführungsverbot keine zulässige Gewinnausschüttung, sonstige gesetzliche Ausnahme oder etwa ein drittvergleichsfähiges Rechtsgeschäft darstellt. Folglich könnte diese Rückzahlung auf den ersten Blick gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.

ii. Grundsatz fehlerhafter Gesellschaft

Die Rückabwicklung des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages widerspricht möglicherweise auch dem Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft.

Nach dem Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft schließen der tatsächliche Vollzug der Gesellschaft und das Vertrauen Dritter auf ihren Bestand eine Rückabwicklung des Gesellschaftsvertrages *ex tunc* aus. Im Interesse des Verkehrsschutzes und der Anleger sowie im Hinblick auf den besonderen Charakter des Gesellschaftsvertrags als Organisationsstatut und Dauerrechtsverhältnis ist auch bei schwerwiegenden Mängeln des festgestellten Gesellschaftsvertrags keine Rückabwicklung der Gesellschaft *ex tunc* zulässig. Die Mängel können nur noch als Auflösungsgründe geltend gemacht werden.[920]

Dies gilt auch für den Beitritt eines Gesellschafters im Wege der Kapitalerhöhung und selbst dann, wenn der beitretende Gesellschafter arglistig getäuscht wurde.[921] Sobald die Durchführung der Kapitalerhöhung in das Firmenbuch eingetragen ist, können Willensmängel nicht mehr nach dem ABGB geltend gemacht werden. Der

---

GmbHG[3], § 82, Rz. 12 ff; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2003, 152 jeweils mwN; *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG, § 82 Rz. 46 ff mwN.

[920] *Schäfer*, Lehre von fehlerhaftem Verband, 173 f; *Gruber*, JBl 2007, 91 mwN; vgl. auch *Told*, GesRz 2011, 348 mwN; vgl. auch *Torggler*, ecolex 2011, 1122 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 3, Rz. 14; *Aicher/Feltl in Straube*, GmbHG § 3, Rz. 39.

[921] BGH 11.03.1976, II ZR 127/74.

Zeichner wird Aktionär, eine Rückabwicklung des Eintritts als Gesellschafter kann nur mehr *ex nunc* und nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erfolgen.[922]

Auch das deutsche Gesellschaftsrecht kennt den Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft. Dieser besagt, dass die Gesellschaft wegen der mit der Rückabwicklung verbundenen Schwierigkeiten als wirksam betrachtet wird, jedoch mit der Möglichkeit der Gesellschafter, sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft zu beenden. Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes der fehlerhaften Gesellschaft ist, dass ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde, dieser Vertrag auf Grund von Mängeln nichtig ist und der Vertrag bereits vollzogen wurde. Als Nichtigkeitsgründe kommen dabei auch Verstöße gegen Schutzgesetze infrage.[923]

Die zivilrechtliche Rückabwicklung des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages im Falle formeller Rechtswidrigkeit nach der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch führt zu einer Rückabwicklung *ex tunc*. Diese könnte daher mit dem Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft insofern kollidieren, als es nachträglich zu einem Entzug des Gesellschaftsvermögens zugunsten des Staates als Gesellschafters kommt.

[922] Vgl. *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz[2], Band 2, § 152, Rz. 50; vgl. auch *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 3, Rz. 14.

[923] Vgl. dazu grundlegend OLG Karlsruhe 28.08.2002, 6 U 14/02; BGH 21.07.2003, II ZR 387/37; *Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbHG[20], § 2, Rz. 40 ff; *Röthel in Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht[2], § 105, Rz. 113 ff mwN; *Gehrlein in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch[3], § 320, Rz. 31 ff mwN; *Bungeroth in Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 53a, Rz. 3 ff;

iii. Gleichbehandlungsgrundsatz

Gemäß § 47a AktG sind die Aktionäre einer AG unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.[924] Auch die Gesellschafter einer GmbH sing gleich zu behandeln.[925]

Der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz fordert, dass Gesellschafter unter gleichen Voraussetzungen gleich behandelt werden müssen und verbietet umgekehrt willkürliche, das heißt sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Vom Gelichbehandlungsgrundsatz erfasst ist prinzipiell nur der mitgliedschaftliche Bereich, nicht hingegen der rein schuldrechtliche.[926]

Auch der § 53a dAktG verbietet es, Aktionäre ohne sachlich gerechtfertigten Grund willkürlich ungleich zu behandeln und gebietet es, sie unter gleichen Bedingungen gleich zu behandeln. Damit bedarf es für eine Ungleichbehandlung einer sachlichen Rechtfertigung, einer Grundlage in der Satzung oder einer Zustimmung des Betroffenen. Normadressat der Gleichbehandlungspflicht ist die AG. Betroffen ist daher das Handeln vom Vorstand, Aufsichtsrat oder Hauptversammlung. Der Gleichbehandlungsgrundsatz betrifft nur das gesellschaftsbezogene Verhalten und gilt nicht für Drittgeschäfte des Aktionärs mit der AG, wenn das Rechtsgeschäft funktional betrachtet auch mit einem Außenstehenden geschlossen werden könnte. Da der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht im Verhältnis der Aktionäre untereinander gilt, kann der einzelne Aktionär von seinen Mitaktionären keine Gleichbehandlung fordern.[927]

Die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im beihilferechtlichen Kontext ist eher unwahrscheinlich, weil ein solcher Verstoß voraussetzen würde, dass zwei oder mehrere Gesellschafter, die im Lichte des Beihilferechts als staatliche Stellen zu qualifizieren sind, bei der Rückabwicklung des Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages wegen formeller Rechtswidrigkeit nach der Eintragung der

[924] Vgl. auch *Kalss* in *in Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 185, Rz. 58 mwN.
[925] Vgl. etwa OLG Wien 01.02.2013, 28 R 276/12g.
[926] *Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 47a, Rz. 1.
[927] *Lange in Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht[2], § 53a, Rz. 2; *Laubert in Hölters*, Aktiengesetz[2], § 53a, Rz. 4 ff; *Koch in Hüffer*, Aktiengesetz[11], § 53a, Rz. 3 ff; *Cahn/v. Spannenberg in Spindler/Stilz*, Aktiengesetz[2], § 53a, Rz. 12 ff jeweils mwN.

Kapitalerhöhung ins Firmenbuch ungleich behandelt werden. Zu einer solchen Ungleichbehandlung könnte es allerdings nur kommen, wenn die Gesellschaft nur gegenüber einem oder einzelnen solcher Gesellschafter in der Lage wäre, die Beihilfe vollständig zurückzuzahlen.

iv. Causa societatis

Vor diesem Hintergrund, scheint die zivilrechtliche Rückabwicklung des Zeichnungsvertrages gleich drei Grundsätzen der Kapitalerhaltung zu widersprechen. Bei näherer Betrachtung kommt jedoch zum Vorschein, dass dieser Widerspruch nur ein vermeintlicher ist. Diesen drei Grundsätzen der Kapitalerhaltung ist nämlich gemeinsam, dass sie nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Gesellschafter aufgrund und in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, also *causa societatis* handelt.

Nach einem in der Rechtsprechung zu Prospekthaftungsansprüchen entwickelten Grundsatz, kommen das Verbot der Einlagenrückgewähr, der Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz dann nicht zur Anwendung, wenn der Aktionär nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär (*causa societatis*) handelt, sondern seine Ansprüche gegenüber der AG als ein Drittgläubiger geltend macht.[928]

Nachfolgend soll durchleuchtet werden, ob ähnliche Überlegungen auch im Falle des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrags / Übernahmevertrages ins Treffen geführt werden können. Die Übertragung der Grundsätze aus der prospekthaftungsrechtlichen Rechtsprechung auf die beihilferechtliche Rückabwicklung der Kapitalerhöhung würde nämlich zur Konsequenz haben, dass die Rückabwicklung des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages / Übernahmsvertrages nicht den Grundsätzen der Kapitalerhaltung widerspricht und somit nach zivilrechtlichen Grundsätzen *ex tunc* erfolgen kann.

[928] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z; BGH 09.05.2005, II ZR 287/02; BGH 28.11.2005, II ZR 80/40; BGH 26.06.2006, II ZR 153/05; BGH 04.06.2007, II ZR 147/05; BGH 07.01.2008, II ZR 68/06; vgl. auch *Rüffler in Aicher/Fina,* Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, FS Straube, 113 ff; *Kalss*, Anlegerinteressen: Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt, 220 ff; vgl. auch *Told*, Ges 2012, 333; *Henze*, NZG 2005, 119 ff mwN; *Hutter*, NJW 2005, 2430 ff mwN; *Teichmann*, JUS 2006, 257 ff mwN; vgl. auch OLG Stuttgart 14.02.2008, 20 W 9/06; *Bayer*, WM 2013, 968 f.

Obwohl die prospekthaftungsrechtliche Rechtsprechung nur die AG betrifft, können die Grundsätze dieser Rechtsprechung mE wegen der weitgehenden Vergleichbarkeit der Grundsätze der Kapitalerhaltung auch auf die GmbH übertragen werden.[929]

Bereits an dieser Stelle soll vorweggenommen werden, dass da dem prospekthaftungsrechtlichen und dem beihilferechtlichen Fall unterschiedliche Konstellationen zugrunde liegen, nicht auf die prospekthaftungsrechtliche Diskussion einzugehen ist, ob die Einstufung des Aktionärs als Drittgläubiger außerhalb der Prospekthaftung auch zur Begründung von Schadenersatzansprüchen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Basis anderer Rechtsgrundlagen herangezogen werden kann. Es ist auch nicht auf die prospekthaftungsrechtliche Problematik einzugehen, inwiefern der Aktionär durch die Inanspruchnahme anderer Passivlegitimierter nach § 11 KMG als die AG (etwa des Vorstands) einen Konflikt mit den Grundsätzen der Kapitalerhaltung vermeiden kann.[930] Im beihilferechtlichen Kontext hat den Anspruch auf Rückabwicklung nämlich nur der Staat gegenüber der Gesellschaft.

[929] Unabhängig davon können sich prospekthaftungsrechtliche Fragen auch bei der GmbH stellen, wenn etwa die Gesellschaft Wertpapiere (etwa verbriefte Schuldverschreibungen) begibt und der Zeichner zugleich der Gesellschafter der GmbH ist – vgl. dazu *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG, § 82 Rz. 153 ff mwN.

[930] Vgl. dazu etwa *Karollus*, ZFR 2010, 54 f; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube, 121 mwN.

v. Der Aktionär als Drittgläubiger

Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Prospekthaftung lässt sich der Grundsatz ableiten, dass Leistungen der AG an den Aktionär (wie etwa Rückzahlung der Einlagen) dann keinen Verstoß gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung darstellen, wenn der Aktionär in diesem Zusammenhang nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär, sondern als Drittgläubiger handelt. In welcher Eigenschaft der Aktionär konkret handelt, richtet sich dabei danach, ob die Rechtsgrundlage, auf welche sich der Aktionär stützt, diesen als Aktionär or als Drittgläubiger behandelt.[931]

Nach der prospekthaftungsrechtlichen Rechtsprechung des BGH ist der Aktionär, welcher seine Schadenersatzansprüche geltend macht eher als Drittgläubiger als ein Verbandsmitglied anzusehen.[932]

Denn der geschädigte Aktionär erwirbt im Kontext der Prospekthaftung auf Basis von falschen Angaben Aktien durch derivative Umsatzgeschäfte auf dem Sekundärmarkt. Die Ersatzforderungen der Geschädigten beruhen daher in erster Linie nicht auf ihrer durch die unerlaubten Handlungen des Vorstands erst begründeten mitgliedschaftlichen Sonderrechtsbeziehung als Aktionäre, sondern auf ihrer Stellung als Drittgläubiger. Die deliktische Haftung der AG knüpft an die Verletzung von gesetzlichen Publizitätspflichten an, die ihr in erster Linie zum Schutz der Funktionsfähigkeit des (sekundären) Kapitalmarktes auferlegt wurden.[933]

---

[931] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z; BGH 09.05.2005, II ZR 287/02; BGH 28.11.2005, II ZR 80/40; BGH 26.06.2006, II ZR 153/05; BGH 04.06.2007, II ZR 147/05; BGH 07.01.2008, II ZR 68/06; diese Rechtsprechung beruht auf der These von Martens, wonach je mehr das verletzte Recht dem Bereich der originären und substanziellen Aktionärsrechte zugehört, um so diffiziler wird die Restitution durch die Gesellschaft. Je mehr das beeinträchtigte Recht ohne Bezug zum Haftungsfonds und so einem Gläubigerrecht vergleichbar ist, umso weniger problematisch ist die Ersatzberechtigung - *Martens*, ZGR 1972, 284 f – vgl. dazu auch die Pflicht zur Rückerstattung der Einlagenleistung des Gesellschafters im Falle der Anfechtung nach konkursrechtlichen Anfechtungstatbeständen, die den Gesellschafter wie einen Gläubiger behandeln – siehe dazu *Rüffler*, GES 2010, 8; vgl. auch *Roth*, JBl 2012, 78 mwN.

[932] BGH 09.05.2005, II ZR 287/02; BGH 28.11.2005, II ZR 80/40; BGH 26.06.2006, II ZR 153/05; BGH 04.06.2007, II ZR 147/05; BGH 07.01.2008, II ZR 68/06; vgl. dazu auch *Gottschalk*, DStR 2005, 1652 ff; *Henze*, NZG 2005, 119 ff mwN; *Hutter*, NJW 2005, 2430 ff mwN; *Teichmann*, JUS 2006, 257 ff mwN; vgl. auch OLG Stuttgart 14.02.2008, 20 W 9/06; *Bayer*, WM 2013, 968 f.

[933] BGH 09.05.2005, II ZR 287/02; BGH 28.11.2005, II ZR 80/40; BGH 26.06.2006, II ZR 153/05; BGH 04.06.2007, II ZR 147/05; BGH 07.01.2008, II ZR 68/06; vgl. dazu auch *Hutter*, NJW 2005,

Das Gesellschaftsvermögen wird also durch die Belastung mit einer derartigen Schadensersatzverbindlichkeit nicht anders als bei sonstigen Deliktsansprüchen außenstehender Gläubiger in Anspruch genommen. Angesichts dessen besteht bei der kapitalmarktbezogenen sittenwidrigen Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Anlegers durch das Leitungsorgan kein Anlass, die Gesellschaft wegen des aktienrechtlichen Vermögensbindungsgrundsatzes von jeglicher Ersatzverpflichtung freizustellen oder auch nur die Haftung auf das sogenannte freie Vermögen, d.h. auf einen das Grundkapital und die gesetzliche Rücklage übersteigenden Betrag, zu beschränken.[934]

Auch nach der prospekthaftungsrechtlichen Rechtsprechung des OGH ist der den Schadenersatz begehrende Aktionär als Drittgläubiger anzusehen.[935]

Das Kapitalmarktrecht will den Anlegerschutz durch ausreichende Informationen, die dem Anleger eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen, und durch Haftpflichten gewährleisten. Die kapitalmarktrechtlichen Normen schützen also die ausdrücklich so bezeichneten (potentiellen) Anleger durch Normierung von ihnen gegenüber einzuhaltenden Verhaltenspflichten und behandeln den Aktionär somit wie einen Drittgläubiger (zumal Prospekthaftungsansprüche nur neuen Aktionären zustehen können).[936]

Dem gegenüber wird das Verbandsmitglied im Gesellschaftsrecht als Risikoträger angesehen, dessen Interessen hinter jenen der Drittgläubiger nachrangig sind. § 11 KMG schafft somit ein Recht, das Gläubigerrechten zweifellos näher steht als Aktionärsrechten.[937] Dagegen lassen sich daher auch nicht jene Einwände erheben, die gegen die Liquidierung von Schäden aus der Verletzung von Aktionärsrechten sprechen. Die von schadenersatzberechtigten Gläubigern erhobenen Prospekthaftungsansprüche und deren Befriedigung fallen daher nicht

---

2430 ff mwN; *Henze*, NZG 2005, 119 ff mwN; *Teichmann*, JUS 2006, 257 ff mwN; vgl. auch OLG Stuttgart 14.02.2008, 20 W 9/06; *Bayer*, WM 2013, 968 f; *Gottschalk*, DStR 2005, 1652 ff.

[934] BGH 09.05.2005, II ZR 287/02; BGH 28.11.2005, II ZR 80/40; BGH 26.06.2006, II ZR 153/05; BGH 04.06.2007, II ZR 147/05; BGH 07.01.2008, II ZR 68/06; OLG Stuttgart 14.02.2008, 20 W 9/06; vgl. dazu auch *Gottschalk*, DStR 2005, 1652 ff.; *Henze*, NZG 2005, 119 ff mwN; *Hutter*, NJW 2005, 2430 ff; *Teichmann*, JUS 2006, 257 ff mwN; *Bayer*, WM 2013, 968 f.

[935] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z.

[936] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z.

[937] Vgl. *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube, 125.

in den Anwendungsbereich der Grundsätze der Kapitalerhaltung, weil sie nicht *causa societatis* erfolgen.[938]

Für dieses Ergebnis spricht auch eine teleologische Erwägung. Die für das Funktionieren des Kapitalmarkts so wichtige Verpflichtung, einen richtigen Prospekt zu publizieren, wäre nämlich weitgehend sinnlos, wenn der praktisch wichtigste Fall, nämlich die Haftung einer emittierenden AG, entgegen dem Wortlaut von § 11 KMG zu keiner wirksamen Sanktion, nämlich der Haftung der Emittentin führte.[939]

Vor diesem Hintergrund lässt sich somit festhalten, dass bereits auf Basis der dem Gesellschaftsrecht immanenten Teleologie, dass die Interessen des Verbandsmitglieds hinter jenen der Gläubiger zurückzutreten haben, von den Grundsätzen der Kapitalerhaltung nur die mit der Mitgliedschaft, mit der Stellung als Aktionär oder dem Beitritt selbst im Zusammenhang stehenden Ansprüche erfasst werden, nicht jedoch jene, die dem Aktionär als Gläubiger der Gesellschaft eingeräumt werden (oder Drittgläubigerrechten eher angenähert sind als Aktionärsrechten).[940]

[938] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i - es ist daher auch nicht geboten, die Schadenersatzansprüche des als Drittgläubiger zu behandelnden Aktionärs auf das ausschüttungsfähige Vermögen zu beschränken. Aus diesem Grund stellt sich das Problem der Gleichbehandlung der "Aktionäre" nach § 47a AktG ebenfalls nicht; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z.
[939] OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d.
[940] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z.

vi. Beihilfegeber als Drittgläubiger

Betrachtet man die Problematik des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages im Lichte der prospekthaftungsrechtlichen Rechtsprechung, so ergibt sich folgendes Bild.

Der Beihilfegeber erwirbt Aktien durch ein Rechtsgeschäft unter Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot. Sein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf die Rückzahlung des Erwerbspreises gegen Rückgabe der Aktien beruht somit nicht auf seiner durch die Kapitalerhöhung begründeten Mitgliedschaft, sondern in erster Linie auf seiner Eigenschaft als Beihilfegeber. Die Pflicht der AG zur Rückzahlung der Einlage knüpft primär an die Verletzung des Durchführungsverbots. Dieses soll verhindern, dass materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden,[941] und schützt somit den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.[942] Erfasst ist dabei sowohl der Schutz der Wettbewerber des Beihilfeempfängers als auch der Schutz des Wettbewerbs als Institution.[943]

Das Durchführungsverbot bezweckt im Falle einer formell rechtswidrigen Beihilfegewährung die Wiederherstellung der Wettbewerbsbedingungen vor der Beihilfegewährung. Folglich müssen dem Beihilfeempfänger sämtliche Vorteile aus der formell rechtswidrigen Beihilfegewährung entzogen werden.[944] Dies kann unter Umständen zur Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen – vorliegend der Einlagen im Rahmen der Kapitalerhöhung – führen.[945]

Das Durchführungsverbot regelt auch Verhaltenspflichten am Markt und behandelt den Beihilfegeber bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen nicht als einen Gesellschafter einer bestimmten Gesellschaftsform, sondern vielmehr als einen Drittgläubiger.[946] Das Durchführungsverbot schützt den Wettbewerb und die Wettbewerber durch die Beseitigung aller Beihilfeelemente einer formell

[941] Vgl. dazu insbesondere EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 26; Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000, Rz. 18 ff.
[942] Vgl. dazu EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.
[943] *Plenge,* Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts, 94 ff mwN.
[944] *Busz/Rosenkötter*, NZM 2004, 565; *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 323.
[945] Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, Abl. 2009/C 85/01, Rz. 26.
[946] Vgl. dazu Rüffler, GES 2010, 7.

rechtswidrigen Beihilfe im Wege der Rückabwicklung und behandelt den Staat wie einen Beihilfegeber bzw. Drittgläubiger (zumal ein solcher Rückforderungsanspruch auch nur dem Staat als Beihilfegeber zustehen kann).

Ferner wird das Gesellschaftsvermögen im Falle des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrags nicht anders in Anspruch genommen als in sonstigen Fällen einer formell rechtswidrigen Beihilfegewährung, wie etwa bei einem formell rechtswidrigen Kaufvertrag oder einer formell rechtswidrigen Bürgschaft. Insofern könnte man auch im diesen Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass kein Grund besteht, die Rückforderung der formell rechtswidrigen Beihilfe im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsgrundsätze der AG zu verneinen.[947]

Es muss nämlich berücksichtigt werden, dass das Beihilferecht sowie das Durchführungsverbot aufgrund der weiten Definition des Begriffes Beihilfe bezüglich der Verpflichtung des Staates zur Rückforderung der formell rechtswidrigen Beihilfe nicht an die Eigenschaft des Staates als Aktionär knüpfen. Der Staat ist nämlich zur Rückforderung einer formell rechtswidrigen Beihilfe immer verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob er dabei in seiner Eigenschaft als Aktionär, Käufer oder etwa Bürge handelt. Das Beihilferecht ist in dieser Hinsicht neutral.[948]

Schließlich sprechen auch im diesen Kontext die teleologischen Überlegungen für die fehlende Anwendbarkeit der Grundsätze der Kapitalerhaltung. Die für das Funktionieren des Binnenmarktes so wichtige Verpflichtung, eine Beihilfe bei der Kommission anzumelden, wäre nämlich weitgehend sinnlos, wenn der Fall einer formell rechtswidrigen Kapitalerhöhung die Möglichkeit der Rückforderung einer Beihilfe ausschließen würde.[949]

Vor diesem Hintergrund kann mE mit guten Gründen argumentiert werden, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch des Beihilfegebers im Falle eines formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages / Übernahmevertrages nicht mit der Stellung als Aktionär im Zusammenhang steht und somit von den Grundsätzen der

[947] Vgl. zur Prospekthaftung *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube, 122 f.
[948] Vgl. zur der vorliegend nicht einschlägigen Diskussion bezüglich der Prospekthaftung *Gruber*, GesRz 2010, 74.
[949] Vgl. zur Prospekthaftung OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; *Rüffler*, ÖBA 2011, 703.

Kapitalerhaltung nicht erfasst ist. Diese Grundsätze kommen im diesen Kontext nicht zur Anwendung, weil die Leistungen der Gesellschaft an den Beihilfegeber nicht *causa societatis* erfolgen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das AktG selbst den Erwerb eigener Aktien als unmittelbar tatbestandsmäßig im Sinn des § 52 AktG ansieht, indem es in § 52 Satz 2 AktG die Zahlung des Erwerbspreises beim Erwerb eigener Aktien dann vom Verbot ausnimmt, wenn dieser Erwerb ausnahmsweise nach §§ 65 und 66 AktG zulässig ist. Daraus folgt, dass §§ 65 ff AktG gegenüber § 52 AktG Ausnahmevorschriften sind. Diese sind hier nicht mehr zu prüfen, weil schon der Grundtatbestand des § 52 AktG nicht erfüllt ist.[950]

vii. Unionsrechtliche Grundsätze

Eines der wichtigsten Unterschiede des "*Konflikts*" zwischen dem prospekthaftungsrechtlichen Schadenersatzanspruch und den Grundsätzen der Kapitalerhaltung[951] einerseits und dem beihilferechtlichen Rückforderungsanspruch und den Grundsätzen der Kapitalerhaltung anderseits besteht darin, dass der beihilferechtliche Rückforderungsanspruch seine Grundlage in einer unmittelbar anwendbaren Norm des Unionsrechts hat.[952]

Daraus ergibt sich, dass selbst für den Fall, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages *causa societatis* erfolgen würde, die Grundsätze der Kapitalerhaltung einer solchen nicht entgegenstehen könnten, weil dies ansonsten einen Verstoß gegen (i) den Grundsatz der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts sowie (ii) den Effektivitäts- und den Äquivalenzgrundsatz darstellen würde.

---

[950] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z; aA *Torggler*, ecolex 2011, 1123 f; vgl. auch *Völkl*, wbl 2011, 475; *Gottschalk*, DStR 2005, 1653; *Henze*, NZG 2005, 121 mwN; vgl. zu der prospekthaftungsrechtlichen Diskussion auf unionsrechtlicher Ebene vgl. EuGH 19.12.2013, C-174/12, *Hirmann vs. Immofinanz,* Slg. I-00000.

[951] Die prospekthaftungsrechtlichen Ansprüche haben ihre Grundlage im Unionsrecht, sind jedoch keine Normen des Primärrechts – vgl. dazu *Roth*, JBl 2012, 83 f mwN; das Durchführungsverbot als Norm des Primärrechts geht dabei ohnehin der Publizitätsrichtlinie vor *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 3, Rz. 14.

[952] Vor diesem Hintergrund ist es mE nicht notwendig auf die – ohnehin nach der Auffassung der Autoren belanglose – prospekthaftungsrechtliche Diskussion bezüglich der "*lex posterior*" und der "*lex specialis*" Regel einzugehen – vgl. dazu etwa *Eckert*, GesRZ 2010, 93 f; *Gruber*, JBl 2007, 13 ff; *Karollus*, ZFR 2010, 54 f; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube, 122 f; *Torggler*, ecolex 2011, 1123.

a. Grundsatz der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts

Nach dem "*effet utile*" Prinzip ist bei der Auslegung des Unionsrechts dessen "*praktische Wirksamkeit*" bzw. "*nützliche Wirkung*" sicherzustellen.[953] Es darf somit der Zweck der einzelnen Bestimmungen des Unionsrechts durch die Auslegung nicht vereitelt werden. Das Interpretationsmuster nach dem "*effet utile*" einer Vorschrift soll in einem funktionalen Sinn verhindern, dass eine anzuwendende Vorschrift des EUV oder AEUV "jeder Wirksamkeit beraubt wird".[954] Es ist vielmehr unter Berücksichtigung der Zwecke der Unionsverträge die praktische Wirksamkeit der betreffenden Vorschrift zu wahren.[955] Erfordert es die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, so kann die Anwendung des "effet utile" Prinzips auch zur Rechtsfortbildung führen.[956]

Auch im beihilferechtlichen Kontext haben die nationalen Gerichte bei der Anordnung der Rechtsfolgen formeller Rechtswidrigkeit die volle praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots ("effet utile" Prinzip) sicherzustellen.[957]

Das "effet utile" Prinzip erfordert in diesem Zusammenhang mE, dass die Grundsätze der Kapitalerhaltung bei der Rückabwicklung des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages nicht zur Anwendung kommen. Das für das Funktionieren des Binnenmarktes so wichtige Durchführungsverbot wäre nämlich weitgehend sinnlos, wenn eine formell rechtswidrige Beteiligung des Staates im Rahmen einer Kapitalerhöhung an einer AG nicht rückabgewickelt werden könnte. Die Staaten könnten nämlich in einem solchen Fall die Beihilfe vor der abschließenden positiven Entscheidung der Kommission gewähren, ohne befürchten zu müssen, dass es unter Umständen zu einer Rückabwicklung dieser kommen kann. Der Zweck des Durchführungsverbots wäre somit weitgehend

---

[953] EuGH 08.04.1976, Rs. 48/75, *Royer*, Slg. 1976, 4977; EuGH 17.01.1980, Rs. 792/79, *Camera Care/Kommission*, Slg. 1980, 119; EuGH 06.10.1981, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311; EuGH 06.10.1970, Rs 9/70, *Grad*, Slg. 1970, 825; *Potacs*, EuR 2009, 465 ff mwN.
[954] *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Art 19 EUV, Rz. 48 ff.
[955] So ausdrücklich EuGH 22.09.1988, 187/87, *Saarland*, Slg. 1988 05013 – S. 5013 ff; *Anweiler,* Auslegungsmethoden, 219 f; *Buck,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs, 208; *Moisek*, Effet Utile und Rechtsgemeinschaft, 6.
[956] *Karpenstein,* Rechtsanwalts-Handbuch, § 14, Rz. 33.
[957] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 71 ff; EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 45; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff.

vereitelt und jeder Wirksamkeit beraubt, wenn einer solchen Rückabwicklung die Grundsätze der Kapitalerhaltung entgegenstehen würden.[958]

Diese Sichtweise untermauert auch der Umstand, dass im Falle einer Rückforderungsentscheidung der Kommission gemäß Art 14 VO 659/1999 der Staat zur Umsetzung dieser nach der Rechtsprechung des EuGH verpflichtet ist, es sei denn, es bestehen außergewöhnliche Umstände, die dem Staat die ordnungsgemäße Durchführung der Entscheidung unmöglich machen ("absolute Unmöglichkeit").[959] Der Begriff der absoluten Unmöglichkeit wird von den Unionsgerichten jedoch sehr eng ausgelegt. Insbesondere kann sich der Mitgliedstaat auf Bestimmungen seines eigenen Rechts wie Verjährungsregeln[960] oder das Fehlen eines Vollstreckungstitels nach nationalem Recht[961] nicht berufen, um zu rechtfertigen, warum er einer Rückforderungsentscheidung nicht nachgekommen ist.[962]

Obwohl der EuGH soweit ersichtlich noch nicht entschieden hat, ob die Grundsätze der Kapitalerhaltung eine absolute Unmöglichkeit der Rückforderung materiell rechtswidriger Beihilfen stützen können, kann mE nicht davon ausgegangen werden, dass Kapitalerhöhungen einen "sicheren Hafen" für formell und materiell rechtswidrige Beihilfen darstellen. Insofern lässt sich mE mit guten Gründen argumentieren, dass die Grundsätze der Kapitalerhaltung bei der Rückabwicklung formell rechtswidriger Zeichnungsverträge nicht zur Anwendung kommen, weil diese ansonsten das Durchführungsverbot seiner vollen Wirksamkeit berauben würden.[963]

[958] Vgl. zur Prospekthaftung *Rüffler*, ÖBA 2011, 703.
[959] EuGH 26.06.2003, C-404/00, *Kommission/Spanien*, Slg. 2003, I-6695.
[960] EuGH 20.03.1997, C-24/95, *Alcan*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 34-37.
[961] EuGH 21.03.1991, C-303/88, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1433.
[962] EuGH 15.01.1986, 52/84, *Kommission/Belgien*, Slg. 1986, 89, Rz. 89.
[963] Vgl. ähnliche teleologische Überlegungen bezüglich der Prospekthaftung in OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d.

b. Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatz

Die Anwendbarkeit der Grundsätze der Kapitalerhaltung würde ferner dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz widersprechen.

Nach dem Effektivitätsgrundsatz dürfen nämlich die nationalen Vorschriften die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Insbesondere im beihilferechtlichen Kontext müssen die Gerichte aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot sämtliche Konsequenzen ziehen und somit auch sicherstellen, dass betroffene Dritte die Rückabwicklung eines formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages durchsetzen können. Der Effektivitätsgrundsatz bezieht sich nämlich nicht nur auf nationales formelles Recht, sondern auch materielles Recht für den Fall, dass der Sachverhalt einen Bezug zu den Normen des Unionsrechts aufweist aber keine unionsrechtliche Vollzugsregelung existiert. Der Vorrang des Verbots der Einlagenrückgewähr würde die Durchsetzung dieses Rechts jedoch unmöglich machen und somit gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen.[964]

Zudem würde der Vorrang der Grundsätze der Kapitalerhaltung auch dem Äquivalenzgrundsatz widersprechen. Nach dem Äquivalenzgrundsatz dürfen nämlich die nationalen Vorschriften für Klagen nach dem Unionsrecht nicht weniger günstig sein als diejenigen für Klagen nach nationalem Recht. Da sowohl der BGH[965] als auch der OGH[966] im Falle prospekthaftungsrechtlicher Schadenersatzansprüche von der Unanwendbarkeit der Grundsätze der Kapitalerhaltung ausgehen, würde es mE dem Äquivalenzgrundsatz widersprechen, wenn im vergleichbaren (auch zur Rückzahlung der Einlage

[964] EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547, Rz. 71 ff; EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957, Rz. 45; EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469, Rz. 46 ff; vgl. auch *Hellstern/Koenig*, EuZW 2011, 702 ff mwN; Schlussanträge GA Kokott, 14.10.2004, Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Silvio Berlusconi*, Slg. 2005, I-3565, Rz. 88.

[965] BGH 09.05.2005, II ZR 287/02; BGH 28.11.2005, II ZR 80/40; BGH 26.06.2006, II ZR 153/05; BGH 04.06.2007, II ZR 147/05; BGH 07.01.2008, II ZR 68/06; vgl. auch OLG Stuttgart 14.02.2008, 20 W 9/06.

[966] OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; vgl. auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m; OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z.

führenden) Falle des formell rechtswidrigen Zeichnungsvertrages die Grundsätze der Kapitalerhaltung der Rückabwicklung entgegenstehen würden.[967]

viii. Ergebnis

Aus diesen Gründen sprechen mE die besseren Gründe dafür, dass die Grundätze der Kapitalerhaltung der *ex tunc* Rückabwicklung des formell rechtswidrige Zeichnungsvertrages / Übernahmevertrages nicht entgegenstehen.

Folglich wird der Beitritt des Staates zur GmbH auf Basis der Kapitalerhöhung auch durch die Eintragung nicht wirksam. Die Summe der Stammeinlagen bleibt dadurch jedoch hinter dem Stammkapital zurück. Die Deckungslücke kann durch Kapitalherabsetzung oder Kapitalerhöhung ausgefüllt werden. Geschieht weder das eine noch das andere, so ist eine Amtslöschung nach § 10 Abs 2 FBG in Betracht zu ziehen.[968]

Auch die neuen Aktien, die der Staat wegen der Nichtigkeit seines Zeichnungsscheines nicht erwirbt, fallen der Gesellschaft zu, ebenso jene neuen Aktien, worüber keine einem Zeichner zurechenbare Zeichnungserklärung vorliegt. Solche Aktien hat die Gesellschaft zu verwerten, um das insoweit ungedeckte Grundkapital aufzubringen. Ohne Verwertungsmöglichkeit ist die Herabsetzung des Grundkapitals durch Einziehung der Aktien in die Wege zu leiten.[969]

---

[967] Aus diesem Grund besteht in diesem Zusammenhang auch nicht die Notwendigkeit, die Rückabwicklung auf die frei ausschüttungsfähigen Mittel der AG bzw. bestimmte Formen der Beteiligung einzuschränken - vgl. zur Prospekthaftung *Eckert*, GesRZ 2010, 95 ff mwN.
[968] *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG[3], § 3, Rz. 14 mwN.
[969] *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] § 152, Rz. 28 mwN.

V. Zusammenfassung und Ergebnisse

Unionsrechtliche Vorgaben

- Wird eine Beihilfe unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV gewährt, so ist diese formell rechtswidrig. Das Durchführungsverbot ist unmittelbar anwedbar und begründet Rechte Einzelner, die von den nationalen Gerichten zu beachten und schützen sind. Bei der Anordnung der Rechtsfolgen formeller Rechtswidrigkeit müssen (i) die nationalen Gerichte die volle praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots sicherstellen, (ii) den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz Rechnung tragen und (iii) dabei die Interessen der Einzelnen und der Union umfassend wahrnehmen.

- Der Zweck des Durchführungsverbots liegt zunächst darin, die Prüfungskompetenz der Kommission zu sichern. Ferner soll das Durchführungsverbot verhindern, dass formell und / oder materiell rechtswidrige Beihilfen gewährt werden und schützt somit den Binnenmarkt (die Wettbewerber und den Wettbewerb) vor Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen.

- Bei nachträglich genehmigten formell rechtswidrigen Beihilfen beschränkt sich der Zweck des Durchführungsverbots auf die Beseitigung der negativen Wettbewerbsfolgen der Beihilfe. Einen weitergehenden Schutzzweck, wie etwa Sanktionen, deren Ziel es wäre, abschreckende Wirkungen zu entfalten oder die Einhaltung der Anmeldepflicht zu sichern, hat das Durchführungsverbot hingegen nicht.

- Das Durchführungsverbot verbietet es den Mitgliedstaaten nicht nur, das Beihilfevorhaben selbst vor der Anmeldung und Genehmigung durch die Kommission durchzuführen, sondern erstreckt sich vielmehr auch auf die Finanzierungsweise des Beihilfevorhabens, für den Fall, dass diese mit dem Beihilfevorhaben in einem unmittelbaren und untrennbaren Zusammenhang steht.

- Das Durchführungsverbot gilt zunächst für den ganzen Zeitraum vor der förmlichen Anmeldung des Beihilfevorhabens bei der Kommission. Leitet die Kommission nach dem vorläufigen Vorprüfungsverfahren ein förmliches Hauptprüfungsverfahren ein, so muss der anmeldende Mitgliedstaat die abschließende Entscheidung der Kommission abwarten. Erklärt die Kommission das Beihilfevorhaben für mit dem Binnenmarkt unvereinbar, so ersetzt diese Negativentscheidung endgültig das Durchführungsverbot. Eine positive Kommissionsentscheidung beendet das Durchführungsverbot unter dem Vorbehalt, dass diese Entscheidung nicht angefochten wird.

- Wird die positive Entscheidung angefochten, so darf der Mitgliedstaat nicht auf die Genehmigung vertrauen und muss die Entscheidung des EuG abwarten. Hebt das EuG die positive Kommissionsentscheidung nicht auf, so kann das Beihilfevorhaben durchgeführt werden. Wird hingegen vom EuG dem Aufhebungsbegehren stattgegeben und die positive Kommissionsentscheidung rückwirkend für nichtig erklärt, so befindet sich das gesamte Procedere wieder im Stadium vor der Anmeldung der Beihilfe, sodass der Mitgliedstaat bis zu einer neuen abschließenden positiven Entscheidung der Kommission, das betreffende Beihilfevorhaben nicht durchführen darf.

- Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, auf der nationalen Ebene alle Rechtsfolgen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot anzuordnen und die Interessen der negativ Betroffenen umfassend wahrzunehmen. Insbesondere ist es ihnen verwehrt, sich für den Fall, dass die formell rechtswidrige Beihilfe von der Kommission geprüft wird, das nationale Verfahren auszusetzen bzw. sich für unzuständig zu erklären. Die Rechtsfolgen der formellen Rechtswidrigkeit richten sich ausschließlich nach nationalem Recht. Die negativ Betroffenen können die nationalen Rechtsschutzinstrumente auch dann geltend machen, wenn diese nicht unmittelbar von der dadurch bewirkten Wettbewerbsverzerrung erfasst sind.

- Die formelle Rechtswidrigkeit beeinträchtigt die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung des Beihilfevorhabens. Die nationalen Gerichte sind somit befugt, beim Vorliegen der Voraussetzungen auf nationaler Ebene

eine formell rechtswidrige Beihilfe für rechtswidrig (nichtig) zu erklären. Ob die Nichtigerklärung zwingend vorzunehmen ist, richtet sich ausschließlich nach dem nationalen Recht. Ist die Nichtigerklärung im konkreten Fall nach nationalem Recht das effizienteste Rechtsschutzinstrument, so muss das beihilfegewährende Rechtsgeschäft demgemäß für nichtig erklärt werden.

- Im Falle der formellen Rechtswidrigkeit müssen die Einzelnen auf nationaler Ebene alle zur Verwirklichung der Zwecke des Durchführungsverbots aus Gründen der Effektivität erforderlichen Rechtsschutzmöglichkeiten ergreifen können. Die effiziente Ausgestaltung der nationalen Rechtsschutzinstrumente hängt dabei insbesondere von der Natur der Beihilfe, nationalen Verfahrenszwängen sowie der angestrebten Rechtsfolge im Hinblick auf allfällige Anspruchskonkurrenzen.

- Zu diesen Rechtsschutzmöglichkeiten gehören insbesondere der Antrag auf Aussetzung bzw. Rückforderung der Beihilfe, Antrag auf Zahlung der Zinsen bei formell rechtswidrigen aber genehmigten Beihilfen, Antrag auf den Erlass von einstweiligen Maßnahmen und der Antrag auf Schadenersatz. Die nationalen Gerichte sind jedoch nicht daran gehindert strengere bzw. weitere Rechtsschutzmöglichkeiten zuzulassen.

- Die formelle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe kann durch die nachträgliche positive Entscheidung der Kommission nicht geheilt werden. Mit einer positiven Kommissionsentscheidung kann ein Beihilfevorhaben nur dann rückwirkend genehmigt werden, wenn diese Rückwirkung der Kommission vorab offengelegt wurde und der Rückwirkung keine Norm des Unionsrechts, insbesondere die formelle Rechtswidrigkeit entgegensteht.

Rechtsfolgen – Zweipersonale Rechtsgeschäfte

- Als eine grundlegende Einschränkung der Privatautonomie, normiert § 879 ABGB für den Fall, dass ein Vertrag gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, die Nichtigkeit dieses Vertrages an. Die deutsche Parallelbestimmung zu § 879 ABGB findet sich in § 134 BGB, der besagt, dass "*ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt*".

- Das Durchführungsverbot – als unmittelbar anwendbare Norm des Unionsrechts – erfüllt die Tatbestandsmerkmale eines "*Gesetzes*" iSd § 879 ABGB bzw. § 134 BGB. Dass das Durchführungsverbot die Nichtigkeit bezweckt ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

    - Der Wortlaut von Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV ("*darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat*") und die Standardformulierung des EuGH in seiner Rechtsprechung ("*Beeinträchtigung der Gültigkeit von Rechtsakten zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen*") sprechen dafür, dass das Durchführungsverbot die Nichtigkeit bezweckt.

    - Das Durchführungsverbot garantiert einen unverfälschten Wettbewerb und schützt den Wettbewerb als Institution sowie die Wettbewerber des Beihilfeempfängers vor Wettbewerbsverzerrungen. Das Durchführungsverbot garantiert somit die Beachtung der Beihilfeaufsicht und verhindert zugleich eine vorzeitige Gewährung von Beihilfen. Zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen soll das Durchführungsverbot die Durchführung nicht-genehmigter Beihilfen blockieren. Das Durchführungsverbot steht im systematischen Zusammenhang mit Normen des europäischen Wettbewerbsrechts, die Nichtigkeit bezwecken.

    - Die These, wonach ein Gesetz die Nichtigkeit nicht bezweckt, wenn sich das Verbot nur gegen eine Vertragspartei richtet, kommt in diesem Zusammenhang nicht zur Anwendung, weil das Durchführungsverbot nicht den Schutz des Beihilfeempfängers oder des Mitgliedstaates bezweckt. Dem Beihilfeempfänger wird als sorgfältigen Gewerbebetreibenden zugemutet, dass dieser sich vergewissert, ob der Mitgliedstaat die Bestimmungen der Beihilfeaufsicht beachtet hat.

- Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot wirkt sich auf die Rechtswirksamkeit von allen Arten von Rechtsgeschäften aus. In der Praxis dürften jedoch am häufigsten zweiseitig verpflichtende entgeltliche Rechtsgeschäfte von diesem Verbot erfasst sein. Einen Anspruch auf Schadenersatz aus *Culpa in contrahendo* kann mangels Schutzwürdigkeit und bestehender Aufklärungspflichten in Bezug auf die Beachtung des Durchführungsverbots weder der Staat noch der Beihilfeempfänger geltend machen. Außerdem würde der Schadenersatzanspruch im Endergebnis zu Gewährung der Beihilfe führen.

- Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot hat die absolute Nichtigkeit zur Folge, weil weder der Staat noch der Beihilfeempfänger in ihrem Interesse an dem Fortbestand des beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts schutzwürdig sind. Zudem ist die absolute Nichtigkeit unausweichlich, damit auch die Wettbewerber jederzeit die Rückerstattung von formell rechtswidrigen Beihilfen gerichtlich geltend machen können.

- Der Normzweck des Durchführungsverbots steht der Teilbarkeit und somit der Teilnichtigkeit nicht entgegen. Die Restgültigkeit des formell rechtswidrigen Beihilfevertrags richtet sich nach dem hypothetischen Parteiwillen, insbesondere nach dem Umstand, ob die Beihilfe den Kern des Beihilfevertrags bildet.

- Eine geltungserhaltende Reduktion ist im Falle des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zu bejahen. Die Voraussetzung der Marktunüblichkeit der Beihilfe, die De-minimis-Grenze sowie die Gruppenfreistellungsverordnungen sprechen dafür, dass das Durchführungsverbot die beihilferechtlich relevanten Vertragsklauseln nicht dem Grunde nach, sondern nur wegen ihres Ausmaßes verbietet. Die geltungserhaltende Reduktion widerspricht auch nicht dem Normzweck des Durchführungsverbots. Die beihilferechtlich relevanten Vertragsklauseln lassen sich in der Regel sowohl quantitativ als auch qualitativ teilen. Auch wird die geltungserhaltende Reduktion in der Regel vom hypothetischen Parteiwillen getragen.

- Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von nichtigen beihilfegewährenden Rechtsgeschäften erfolgt gemäß § 877 ABGB analog. Der Normzweck des Durchführungsverbots verlangt die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gemäß § 877 ABGB analog. § 1174 ABGB, welcher normiert, dass Leistungen die wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung erbracht werden, nicht zurückkondiziert werden können, ist nicht anwendbar.

- im Falle der formellen Rechtswidrigkeit ist (i) keine Partei des Beihilfevertrages schutzwürdig, (ii) der "Mangel" der formellen Rechtswidrigkeit ist nicht hielbar, (iii) widerspricht die schwebende Unwirksamkeit dem Normzweck des Durchführungsverbots und (iv) stellt darüber hinaus keine verhältnismäßige Rechtsfolge, sodass die schwebende Unwirksamkeit keine zutreffende Rechtsfolge ist.

  Rechtsfolgen – Bürgschaft / Kapitalerhöhung

- Dem Verhältnis zwischen dem Kreditnehmer und dem Bürgen liegt grundsätzlich ein Auftrag zugrunde. Das Innenverhältnis beinhaltet Beihilfeelemente, wenn: (i) der Staat mit dem Beihilfeempfänger eine marktunüblich niedrige Avalprovision vereinbart, (ii) der Beihilfeempfänger nur aufgrund der Haftungsübernahme seitens des Staates günstigere Refinanzierungsbedingungen erlangt, (iii) der Beihilfeempfänger ohne die Haftungsübernahme seitens des Staates keinen Kredit erhalten würde.

- Dem Bürgschaftsverhältnis zwischen dem Staat und dem Kreditgeber liegt der Bürgschaftsvertrag zugrunde, welcher neben Bedingungen betreffend den besicherten Kreditvertrag und Verpflichtungen des Kreditgebers gegenüber dem Staat auch das Ausmaß der Bürgschaft regelt. Der Kreditgeber ist insbesondere dann als Beihilfeempfänger zu qualifizieren, wenn (i) die Bürgschaft der nachträglichen Sicherung eines gewährten Kredits oder (ii) einer Umschuldung dient.

- Obwohl das Kreditverhältnis den Grund des Bürgschaftsvertrages darstellt, kommt diesem aus einer beihilferechtlichen Sicht keinerlei Bedeutung zu. Bei dem Kreditvertrag handelt es sich nämlich um ein Rechtsgeschäft

zwischen Privaten, der vom Anwendungsbereich des Beihilferechts nicht erfasst ist.

- Enthält der Auftrag Beihilfelemente, so ist dieser nichtig. Die formelle Rechtswidrigkeit des Auftrags kann insbesondere mithilfe der geltungserhaltenden Reduktion beseitigt werden. Basieren die Beihilfeelemente auf den günstigen Refinanzierungsbedingungen, so können die Beihilfeelemente nur durch die einvernehmliche Änderung des Kreditvertrags beseitigt werden. Basiert die Beihilfe hingegen auf dem Umstand, dass sich ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber unter keinen Umständen verbürgen würde, so ist von einer Gesamtnichtigkeit des Auftrags auszugehen.

- Die Nichtigkeit des Auftrags stellt einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung des Bürgschaftvertrages und des Kreditvertrages. Wird der Bürgschaftsvetrag gekündigt so wird das aushaftende Obligo des Staates fällig. Zahlt der Staat dieses an den Kreditgeber, so erwirb er eine Regressfoderung gegen den Beihilfeempfänger und kann auf diese Weise die Beihilfe zurückfordern. Wird der Kreditvertrag gekündigt, so berechtigt dies den Kreditgeber zur Fälligstellung der gesamten verbleibenden Kreditschuld. Fall der Beihilfeempfänger die Kreditschuld nicht begleicht, kann der Kreidtgeber den Staat als Bürgen in Anspruch nehmen. Der Staat hat den von seiner Haftung umfassten Betrag an die Bank zu leisten und erwirbt nach Maßgabe seiner Zahlung die Regressforderung gegen den Kreditgeber. Als Träger der Regressforderung unternimmt er die nach den unionsrechtlichen Vorgaben erforderlichen Eintreibungsmaßnahmen.

- Die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages ist dann anzunehmen, wenn neben dem Kreditnehmer auch der Kreditgeber in Genuss der Beihilfe kommt. In solchen Fällen ist die Nichtigkeit sehr wohl eine geeignete und verhältnismäßige Rechtsfolge. Der Kreditgeber als Beihilfeempfänger genießt nämlich keinen Schutz. Die Nichtigerklärung des Bürgschaftsvertrages beseitigt die Bürgschaft als Beihilfe und stellt somit die ursprüngliche Wettbewerbslage wieder her. Falls nur der Kreditnehmer

ein Beihilfeempfänger ist, ist der Bürgschaftsvertrag nicht nichtig. Die Nichigkeit des Bürgschaftsvertrages berechtigt den Kreditgeber in der Regel zur Kündigung des Kreditvertrages und Fälligstellung der Kreditschuld.

- Die bereicherungsrechtliche Grundlage der Rückabwicklung eines nichtigen Auftrags oder Bürgschaftsvertrags ist § 877 ABGB *analog*. Die Anpassung des Auftrags oder des Bürgschaftsvertrags erfolgt entweder durch die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung oder durch die geltungserhaltende Korrektur.

- Eine Kapitalerhöhung stellt eine marktunübliche Begünstigung dar, wenn die Kapitalerhöhung zu marktunüblichen Konditionen erfolgt:

    - Solche Konditionen können zum einen auf dem Ausgabebetrag, also den "Preis" für die Anteile basieren. Zwar können die Anteile zu einem höheren Betrag als ihrem Nennwert ausgegeben werden, doch muss dabei der Wert der Anteile dem Marktwert entsprechen.

    - Zum anderen können die Beihilfeelemente die Mitgliedschaftsrechte betreffen. Bei den Mitgliedschaftsrechten kommt etwa der (wenn auch faktischer) Verzicht auf Vermögens-, Verwaltungs- bzw. Schutzrechte als eine marktunübliche Begünstigung der Gesellschaft infrage.

- Ferner stellt die Kapitalerhöhung bereits an sich eine Beihilfe dar, wenn der marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber unter keinen Umständen die Kapitalerhöhung durchzuführen würde.wenn das zur Verfügung gestellte Kapital der Zahl der Anteile der öffentlichen Hand nicht entspricht und die privaten Anteilseigner kein Kapital zuschießen.

- Die formelle Rechtswidrigkeit und somit die Nichtigkeit beziehen sich nicht auf den Kapitalerhöhungsbeschluss, sondern auf den Zeichnungsvertrag / Übernahmsvertrag. Die Nichtigkeit des Zeichnungsvertrags / Übernahmsvertrages kann vor und nach der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch nach allgemeinen zivilrechtlichen

Grundsätzen geltend gemacht werden. Die Grundsätze der Kapitalerhaltung kommen im Falle der Rückabwicklung eines formell rechtwidrigen Zeichnungsvertrags / Übernahmsvertrages nicht zur Anwendung.

Judikaturverzeichnis

Rechtsprechung des EuGH

- EuGH 15.07.1964, 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1253.
- EuGH 19.06.1973, 77/72, *Capolongo*, Slg. 1973, I-611.
- EuGH 11.12.1973, 120/73, *Gebrüder Lorenz/Deutschland*, Slg. 1973, I-1471.
- EuGH 11.12.1973, 121/73, 122/73 und 141/73 *Markmann KG, Nordsee, Lohrey*, Slg. 1973, 1495.
- EuGH 16.12.1976, 45/76, *Comet*, Slg. 1976, I-2043.
- EuGH 22.03.1977, 78/76, *Steinike und Weinling*, Slg. 1977, 595.
- EuGH 09.03.1978, 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629.
- EuGH 17.01.1980, 792/79, *Camera Care/Kommission*, Slg. 1980, 119.
- EuGH 05.03.1980, 265/78, *Ferwerda*, Slg. 1980, I-617.
- EuGH 27.03.1980, 61/79, *Denkavit*, Slg. 1980, I-1205.
- EuGH 21.05.1980, 73/79, *Kommission/Italien*, Slg.1980, I-1533.
- EuGH 17.09.1980, 730/79, *Philip Morris/Kommission*, Slg. 1980, I-2671.
- EuGH 06.10.1981, 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311.
- EuGH 21.09.1983, 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, Slg. 1983, 2633.
- EuGH 10.04.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, I-1891.
- EuGH 10.04.1984, 79/83, *Harz/Deutsche Tradax*, Slg.1984, I-1921.
- EuGH 15.01.1986, 52/84, *Kommission/Belgien*, Slg. 1986, I-89.
- EuGH 15.05.1986, 222/84, *Johnson*, Slg. 1986, I-1651.
- EuGH 24.02.1987, 304/85, *Acciaierie e Ferriere Lombarde Falck*, Slg. 1987, I-871.
- EuGH 10.11.1987, 157/86, *Murphy*, Slg. 1988, I-673.
- EuGH 22.09.1988, 187/87, *Saarland*, Slg. 1988, 05013.
- EuGH 05.10.1988, 210/87, *Padovani Remo*, Slg. 1988, 6177.
- EuGH 02.02.1989, 94/87, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1989, 175.
- EuGH 11.07.1989, 265/87, *Schräder/HZA Gonzau*, Slg. 1989, 2237.
- EuGH 13.12.1989, C-322/88, *Salvatore Grimaldi*, Slg. 1989, I-4407.
- EuGH 14.02.1990, C-301/87, *Boussac*, Slg. 1990, I-307.
- EuGH 19.06.1990, C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433.
- EuGH 20.09.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437.
- EuGH 20. 9. 1990, C-5/89, *BUG-Alutechnik*, Slg. 1990, I-3437.
- EuGH 28.02.1991, C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935.
- EuGH 25.07.1991, C-208/90, *Emmott*, Slg. 1991, I-4269.
- EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505.
- EuGH 11.06.1992, C-149/91 und 150/91, *Sanders*, Slg. 1992, I-3899.

- EuGH 30.06.1992, C-312/90, *Cenemesa*, Slg. 1992, I-4117.
- EuGH 30.06.1992, C-47/91, *Italgrandi*, Slg. 1992, I-4145.
- EuGH 16.12.1992, C-144/91 und 145/91, *Demoor*, Slg. 1992, I-6613.
- EuGH 17.03.1993, C-72/91, *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887.
- EuGH 30.11.1993, C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1991, I-6185.
- EuGH 09.03.1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Slg. 1994, I-833.
- EuGH 13.04.1994, C-324/90 u. C-342/90, *Deutschland u. Pleugher Worthington*, Slg. 1994, I-1173.
- EuGH 28.09.1994, C-200/91, *Coloroll Pension/James Richard und andere*, Slg. 1994, I-4389.
- EuGH 05.10.1994, C-165/91, *van Munster*, Slg. 1994, I-4661.
- EuGH 14.12.1995, C-312/93, *Peterbroeck*, Slg. 1995, I-4599.
- EuGH 14.12.1995, C-430/93 und 431/93, *van Schijndel*, Slg. 1995, I-4705.
- EuGH 05.03.1996, C-46/03 und 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Slg. 1996, I-1029.
- EuGH 11.07.1996, C-39/94, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547.
- EuGH 08.10.1996, C-178/94 ua, *Dillenkofer*, Slg. 1996, I-4845.
- EuGH 15.10.1996, C-311/94, *Ijssel/Vliet*, Slg. 1996, I-5023.
- EuGH 24.10.1996, C-329/93, C-62/95 und C-63/95, *Bremer Vulkan AG/Kommission*, Slg. 1996, I-5151.
- EuGH 20.03.1997, C-24/95, *Alcan II*, Slg. 1997, I-1591.
- EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg. 1997, I-2195.
- EuGH 10.07.1997, C-261/96, *Palmisani*, Slg. 1997, I-4025.
- EuGH 04.12.1997, C-253/96 bis 258/96, *Kampelmann*, Slg. 1997, I-6907.
- EuGH 02.04.1998, C-127/95, *Norbrook Laboratories*, Slg. 1998, I-1531.
- EuGH 02.04.1998, C-367/95, *Kommission/Sytraval*, Slg. 1998, I-1719.
- EuGH 30.04.1998, C-230/96, *Carbour/Arnor*, Slg. 1998, I-2055.
- EuGH 01.12.1998, C-326/96, *Levez/Jennings*, Slg. 1998, I-7835.
- EuGH 29.04.1999, C-342/96, *Spanien/Kommission*, Slg. 1999, I-2459.
- EuGH 19.05.1999, C-6/97, *Italien/Kommission*, Slg. 1999, I-2981.
- EuGH 15.06.1999, C-140/97, *Rechberger*, Slg. 1999, I-3499.
- EuGH 17.06.1999, C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671.
- EuGH 17.06.1999, C-295/97, *Piaggio*, Slg. 1999, I-3735.
- EuGH 01.09.1999, C-320/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099.
- EuGH 09.09.1999, C-102/97, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1999, I-5051.
- EuGH 05.10.1999, C-251/97, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1999, I-6639.
- EuGH 10.02.2000, C-270/97, *Deutsche Post AG*, Slg. 2000, I-929.
- EuGH 16.05.2000, C-78/98, *Preston*, Slg. 2000, I-3201.
- EuGH 27.06.2000, C-404/97, *Kommission/Portugal*, Slg. 2000, I-4897.
- EuGH 19.09.2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2000, I-6857.
- EuGH 26.09.2000, C-262/97, *Engelbrecht*, Slg. 2000, I-7321.

- EuGH 19.10.2000, C-15/98 und C-105/99, *Italien und Sardegena Lines/Kommission*, Slg. 2000, I-8855.
- EuGH 14.12.2000, C-344/98, *Masterfoods*, Slg. 2000, I-11369.
- EuGH 15.02.2001, C-99/98, *Österreich/Kommission*, Slg. 2001, I-1101.
- EuGH 13.03.2001, C-379/98, *Preussen Elektra AG/Schleswag AG*, Slg. 2001, I-2099.
- EuGH 20.09.2001, C-453/99, *Courage u. Crehan*, Slg. 2001, I-6297.
- EuGH 09.10.2001, C-400/99, *Tirrenia di Navigazione*, Slg. 2001, I-4145.
- EuGH 25.10.2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8089.
- EuGH 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365.
- EuGH 16.05.2002, C-482/99, *Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397.
- EuGH 04.06.2002, C-99/00, *Lyckeskog*, Slg. 2002, I-4839.
- EuGH 13.06.2002, C-382/99, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2002, I-5163.
- EuGH 02.07.2002, C-499/99, *Kommission/Spanien*, Slg. 2002, I-6031.
- EuGH 13.02.2003, C-409/00, *Spanien/Kommission*, Slg. 2003, I-1487.
- EuGH 12.06.2003, C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659.
- EuGH 19.06.2003, C-34/02, *Pasquini*, Slg. 2003, I-6515.
- EuGH 24.07.2003, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.
- EuGH 30.09.2003, C-224/01, *Köbler*, Slg. 2003, I-10239.
- EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *Van Calster und Cleeren*, Slg. 2003, I-12249.
- EuGH 20.11.2003, C-126/01, *GEMO SA*, Slg. 2003, I-13769.
- EuGH 27.11.2003, C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243.
- EuGH 09.12.2003, C-129/00, *Italien/Kommission*, Slg. 2003, I-14637.
- EuGH 07.01.2004, C-201/02, *Wells,* Slg. 2004, I-723.
- EuGH 13.01.2004, C-453/00, *Kühne&Heinz*, Slg. 2004, I-837.
- EuGH 18.03.2004, C-8/02, *Leichtle*, Slg. 2004, I-02641.
- EuGH 01.04.2004, C-263/02 P, *Jégo-Quéré*, Slg. 2004, I-3425.
- EuGH 17.06.2004, C-30/02, *Recheio Cash & Carry SA*, Slg. 2004, I-6051.
- EuGH 15.07.2004, C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139.
- EuGH 05.10.2004, C-397/01 – C-103/01, *Pfeiffer und andere*, Slg. 2004, I-8855.
- EuGH 14.10.2004, C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609.
- EuGH 13.01.2005, C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85.
- EuGH 27.01.2005, C-15/03, *Republik Österreich/Kommission*, Slg. 2005, I-837.
- EuGH 03.03.2005, C-172/03, *Heiser*, Slg. 2005, I-1627.
- EuGH 12.05.2005, C-415/03, *Olympic Airways*, Slg. 2005, I-3875.
- EuGH 28.06.2005, C-189/02, *P Dansk Rorindustri*, Slg. 2005, I-5425.
- EuGH 30.06.2005, C-295/03 P, *Alessandrini*, Slg. 2005, I-5673.
- EuGH 21.07.2005, C-71/04, *Xunta de Galicia*, Slg. 2005, I-7419.

- EuGH 13.12.2005, C-78/03 P, *Kommission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, Slg. 2005, I-10737.
- EuGH 15.12.2005, C-148/04, *Unicreditio*, Slg. 2005, I-11137.
- EuGH 10.01.2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg. 2006, I-289.
- EuGH 16.03.2006, C-234/04, *Kapferer*, Slg. 2006, I-2582.
- EuGH 23.03.2006, C-237/04, *Enirisorse*, Slg. 2006, I-2843.
- EuGH 27.04.2006, C-96/04, *Standesamt Niebüll*, Slg. 2006, I-3561.
- EuGH 13.06.2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Slg. 2006, I-5177.
- EuGH 13.06.2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619.
- EuGH 04.07.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg. 2006, I-6057.
- EuGH 06.09.2006, C-88/03, *Portugal/Kommission*, Slg. 2006, I-7115.
- EuGH 07.09.2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Slg. 2006, I-7529.
- EuGH, 05.10.2006, Rs. C-232/05, *Scott*, Slg. 2006, I-10071.
- EuGH 05.10.2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Slg. 2006, I-9957.
- EuGH 18.07.2007, C-119/05, *Lucchini SpA*, Slg. 2007, I-6199.
- EuGH 11.12.2007, C-438/05, *Viking*, Slg. 2007, I-10779.
- EuGH 11.12.2007, C-280/06 – *ETI*, Slg. 2007, I-10893.
- EuGH 12.02.2008, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2008, I-469.
- EuGH 15.04.2008, C-268/06, *Impact*, Slg. 2008, I-2483.
- EuGH 22.04.2008, C-408/04 P, *Kommission/Salzgitter AG*, Slg. 2008, I-2767.
- EuGH 17.07.2008, C-521/06, *Athinaiki Techniki*, Slg. 2008, I-5829.
- EuGH 11.12.2008, C-334/07 P, *Kommission/Freistaat Sachsen*, Slg. 2008, I-9465.
- EuGH 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom*, Slg. 2008, I-10393.
- EuGH 30.04.2009, C-494/09, *Italien und Wam/Kommission*, Slg. 2009, I-3639.
- EuGH 26.01.2010, C-118/08, *Transportes Urbanos*, Slg. 2010, I-635.
- EuGH 11.03.2010, C-1/09, *CELF II*, Slg. 2010, I-2099.
- EuGH 23.03.2010, C-236-238/08, *Google*, Slg. 2010, I-2417.
- EuGH 10.06.2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti*, Slg. 2010, I-5243.
- EuGH 29.06.2010, C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, Slg. 2010, I-5885.
- EuGH 02.09.2010, C-399/08, *Kommission/Deutsche Post*, Slg. 2010, I-7831.
- EuGH 17.02.2011, C-494/09, *Bolton Alimentari SpA*, Slg. 2011, I-647.
- EuGH 24.03.2011, C-369/09 P, *ISD Polska*, Slg. 2011, I-00000.
- EuGH 08.12.2011, C-81/10 P, *Francé Télecom SA*, Slg. 2011, I-00000.
- EuGH 08.12.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000.

- EuGH 19.12.2012, C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG/Kommission*, Slg. 2012, I-00000.
- EuGH 19.03.2013, C-399/10P, *Bouygues SA*, Slg. 2013, I-00000.
- EuGH 18.07.2013, C-6/12, *P Oy*, Slg. 2013, I-00000.
- EuGH 21.11.2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000.

Schlussanträge

- Schlussanträge GA Jacobs 03.10.1991, C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505.
- Schlussanträge GA van Gerven 27.10.1993, C-128/92 *H.J. Banks*, Slg. 1994, I-1209.
- Schlussanträge GA Jacobs 14.12.1995, *SFEI*, Slg. 1996, I-3547.
- Schlussanträge GA Alber 07.05.2002, C-351/98, *Spanien/Kommission*, Slg. 2002, I-8031.
- Schlussanträge GA Jacobs 10.04.2003, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249.
- Schlussanträge GA Geelhoed 04.03.2004, C-174/02 und C-175/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85.
- Schlussanträge GA Kokott, 14.10.2004, Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Silvio Berlusconi*, Slg. 2005, I-3565.
- Schlussanträge GA Jacobs 29.11.2005, C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, Slg. 2005, I-9957.
- Schlussanträge GA Mazák 24.05.2007, C-199/06, *CELF I*, Slg. 2007, I-469.
- Schlussanträge des GA Villalón – 09.09.2010, C-507/08, *Kommission/Slowakische Republik*, Slg. 2010, I-13489.
- Schlussanträge GA Kokott 26.05.2011, C-275/10, *Residex*, Slg. 2012, I-00000.
- Schlussanträge GA Mengozzi 27.06.2013, C-284/12, *Lufthansa*, Slg. 2013, I-00000.

Rechtsprechung des EuG

- EuG 08.06.1995, T-459/93, *Siemens SA/Kommission,* Slg. 1995, II-1675.
- EuG 13.07.1995, T-466/93 bis T-477/93, *O'Dwyer ua/Rat*, Slg. 1995, II-2071.
- EuG 18.09.1995, T-471/93, *Tiercé Landbroke/Kommission*, Slg. 1995, II-2537.
- EuG 22.10.1996, T-330/94, *Salt Union*, Slg. 1996, II-1475.
- EuG 05.11.1997, T-149/95, *Ducros*, Slg. 1997, II-2031.
- EuG 30.04.1998, T-214/95, *Vlaams Gewest/Kommission*, Slg. 1998, II-717.
- EuG 25.06.1998, T-371/94 u. T-394/94, *British Airways*, Slg. 1998, II-2405.
- EuG 15.09.1998, T-95/96, *Gestevisíon Telecinco/Kommission*, Slg. 1998, II-3407.
- EuG 18.12.1998, T-189/97, *Comité d´enterprise de la SFP/Kommission*, Slg. 1998, II-335.
- EuG 13.07.2000, T-46/97, *SIC*, Slg. 2000, II-2125.
- EuG 25.07.2000, T-110/98, *RJB Mining*, Slg. 2000, II-2971.
- EuG 29.09.2000, T-55/99, *CETM/Kommission*, Slg. 2000, II-3207.
- EuG 15.03.2001, T-73/98, *Prayon-Rupel*, Slg. 2001, II-867.
- EuG 04.04.2001, T-288/97, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Kommission*, Slg. 2001, II-1169.
- EuGH 09.10.2001, C-400/99, *Tirrenia di Navigazione*, Slg. 2001, I-4145.
- EuG 28.02.2002, T-155/98, *SIDE/Kommission*, Slg. 2002, II-1179.
- EuG 06.03.2002, T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Slg. 2002, II-1371.
- EuG 06.03.2002, T-92/00, *Territorio Histórico/Kommission*, Slg.2002, II-1385.
- EuG 17.10.2002 T-98/00, *Linde/Kommission*, Slg. 2002, II-3961.
- EuG 14.01.2004, T-109/01, *Fleuren Compost*, Slg. 2004, II-127.
- EuG 08.07.2004, T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau/Kommission*, Slg. 2004, II-2717.
- EuG 07.06.2006, T-613/97, *UFEX/Kommission*, Slg. 2000, II-4055.
- EuG 27.09.2006, T-117/04, *Vereniging-Werkgroep Commerciele Jachthavens Zuidelijke Randmeren/Kommission*, Slg. 2006, II-3861.
- EuG 15.04.2008, T-348/04, *SIDE III*, Slg. 2008, II-625.
- EuG 22.10.2008, T-309/04 u.a., *TV2/Danmark/Kommission*, Slg. 2008, II-2935.
- EuG 28.11.2008, T-254/00, *Hotel Cipriani/Kommission*, Slg. 2008, II-3269.
- EuG 17.12.2008, T-196/04, *RyanAir/Kommission*, Slg. 2008, II-3643.
- EuG 10.02.2009, T-388/03, *Deutsche Post und DHL/Kommission*, Slg. 2009, II-199.
- EuG 11.03.2009, T-354/05, *Television Francaise/Kommission*, Slg. 2009, II-471.

- EuG 01.07.2009, T-81/07 bis /83/07, *Jan Rudolf Maas und andere/Kommission*, Slg. 2009, II-2411.
- EuG 03.03.2010, T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken eV/Kommission*, Slg. 2010, II-387.
- EuG 28.04.2010, T-452/05, *Belgian Sewing Thread*, Slg. 2010, II-1373.
- EuG 12.05.2011, T-267/08 und T-279/08, *Région Nord-Pas-de-Calais,* Slg. 2011 II-00000.
- EuG 20.09.2011, T-394/08, T-408/08, T-453/08 und T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna*, Slg. 2011, II-00000.
- EuG 02.03.2012, T-29/10 und T-33/10, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2012, II-00000.

Rechtsakte und Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission

- Aktionsplan staatliche Beihilfen: Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009, KOM (2005) 107 endgültig.
- Beihilfeanzeiger der Kommission Herbstausgabe 2012, Kommission SEK(2012) 443 endg.
- Bekanntmachung der Kommission – Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten, ABl. 2007/C 272/05.
- Bekanntmachung der Kommission – Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten, ABl. C 272 vom 15.11.2007.
- Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, 2009/C 85/01.
- Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, Abl 95/C 312/07.
- Commission Staff working document: "Facts and figures on state aid in the EU member states" SEC(2011)1487.
- Kommission 02.04.2008, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endgültig.
- Kommission 02.08.2004, *France Télécom*, (2006/621/EG), ABl. 2006 L 257/11.
- Kommission 04.04.2006, *Projekt Marktpassageplan in Haaksbergen*, (2006/746/EG), ABl. 2006 L 307/207.
- Kommission 07.05.2009, *Commerzbank,* (2009/C 147/01), ABl. 2009 C 147/1.
- Kommission 09.04.2002, *Brighton West Pier*, (2002/C 239/02), ABl. 2002 C 239/2.
- Kommission 11.06.2013, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endgültig.
- Kommission 13.07.2011, *Flughafen Frankfurt Hahn*, (2012/C 216/01), ABl. 2012 C 216/1.
- Kommission 14.03.1995, *Piezas y Rodajes SA*, (95/438/EG), ABl. 1995 L 257/45.
- Kommission 14.10.1998, *Société Marseillaise de Vrédit*, (1999/508/EG), ABl. 1999 L 198/1.

- Kommission 14.12.2004, *Impianti a fune di Prada - Costabella*, (2005/C 131/11), ABl. 2005 C 131/13.
- Kommission 15.11.2000, *Solar Tech*, (2001/779/EG), ABl. 2001 L 292/45.
- Kommission 19.12.2005, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endgültig.
- Kommission 20.12.2006, *Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens in Schweden*, (2007/258/EC), ABl 2007/L 112/77.
- Kommission 21.03.2012, *Nürburgring*, (2012/C 333/01), ABl. 2012 C 333/1.
- Kommission 21.12.2010, *Second rescue recapitalisation of INBS*, (2011/C 60/02), ABl. 2011 C 60/3.
- Kommission 23.02.2000, *Korn Technik und Fahrzeuge GmbH*, (2000/732/EG), ABl. 2000 L 295/21.
- Kommission 24.04.2007, *Hafenbetrieb Rotterdam*, (2007/C 196/01), ABl. 2007 C 196/1.
- Kommission 25.02.1998, *Bremer Vulkan II*, (98/665/EG), ABl. 1998 L 316/25.
- Kommission 25.09.2007, *langfristige Strombezugsvereinbarungen,* (2009/287/EG), ABl. 2009 L 83/1.
- Kommission 27.02.2000, *Irland Capital Allowances for Hospitals*, (2002/C 154/03), ABl. 2002 C 154/3.
- Kommission 27.02.2008, *Beihilfen für die Entwicklung des regionalen Wintersports in der Region Veneto*, (2008/C 106/1), ABl. 2008 C 106/1.
- Kommission 27.06.2007, *Establishments of professional activity for seriously disabled people*, (2007/C 255/03), ABl. 2007 C 255/22.
- Kommission 27.11.2002, *Thüringer Darlehensprogramm für KMU*, (2003/626/EG), ABl. 2003 L 223/32.
- Kommission 29.05.1996, *JAKO Jadekost GmbH & Co KG*, (96/563/EG), ABl. 1996 L 246/43.
- Kommission, Mitteilung zur Anwendung von Art 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften, Bulletin EG 9-1984.
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. 2004 C 244.
- Mitteilung der Kommission – Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, COM/2012/0209 final.
- Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/3.
- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02.

- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02.
- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008/C 155/02 Nr. 2.1.
- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 C 307/03.
- Mitteilung der Kommission über Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209/3.
- Mitteilung der Kommission vom 08.04.1998 gemäß Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag an die übrigen Mitgliedstaaten und sonstigen Betroffenen über Beihilfen der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Glunz AG, (98/C 109/06), ABl. 1998 C 109/12.
- Mitteilung der Kommission zu überholten Dokumenten über staatliche Beihilfen, Abl 2004/C 115/1.
- Schreiben der Kommission an die Mitgliedstaaten SG (89) D/5521 vom 27.04.1989.
- Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 Der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfe ABl. 2006 Nr. L 379/5.
- Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl 2001 L 10/33.

- OLG Wien, 2 R 150/06b.
- OGH 07.06.1921, 2 Ob 333/21.
- OGH 21.06.1932, 1 Ob 504/32.
- OGH 11.01.1938, 3 Ob 817/37.
- OGH 17.07.1953, 3 Ob 411/53.
- OGH 22.03.1961, 1 Ob 178/60.
- OGH 12.11.1979, 1 Ob 32/79.
- OGH 01.09.1982, 1 Ob 676/82.
- OGH 04.06.1985, 5 Ob 541/85.
- OGH 19.12.1990, 9 ObA 219/90.
- OGH 11.08.1993, 9 ObA 187/93.
- OGH 25.08.1993, 1 Ob 13/93.
- OGH 21.09.1993, 4 Ob 98/93.
- OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95.
- OGH 29.08.1995, 1 Ob 586/94.
- OGH 13.03.1996, 5 Ob 506/96.
- OGH 19.03.1998, 2 Ob 7/98p.
- OGH 02.04.1998, 2 Ob 99/98t.
- OGH 28.04.1998, 1 Ob 120/98y.
- OGH 27.05.1998, 3 Ob 2199/96w.
- OGH 28.01.1999, 6 Ob 290/98k.
- OGH 26.01.2000, 7 Ob 187/99x.
- OGH 11.05.2000, 8 Ob 256/99k.
- OGH 11.07.2000, 10 Ob 80/00p.
- OGH 18.07.2000, 4 Ob 185/00k.
- OGH 25.01.2001, 2 Ob 322/00t.
- OGH 30.01.2001, 1 Ob 297/00h.
- OGH 12.04.2001, 8 Ob 15/01s.
- OGH 23.05.2001, 9 Ob 97/01g.
- OGH 16.08.2001, 8 ObA 156/01a.
- OGH 24.10.2001, 9 Ob 156/01h.
- OGH 24.04.2002, 3 Ob 300/01s.
- OGH 20.06.2002, 6 Ob 311/01f.
- OGH 11.07.2002, 6 Ob 265/01s.
- OGH 22.01.2003, 9 Ob160/02y.
- OGH 05.08.2003, 7 Ob 179/03d.
- OGH 07.08.2003, 2 Ob 217/01b.
- OGH 11.12.2003, 6 Ob 248/03v.
- OGH 13.01.2004, 5 Ob 219/03x.
- OGH 29.03.2004, 8 ObA 94/03m.

- OGH 17.05.2004, 1 Ob 57/04w.
- OGH 21.06.2004, 10 Ob 23/03k.
- OGH 14.03.2005, 4 Ob 281/04h.
- OGH 14.06.2005, 2 Ob 33/05z.
- OGH 28.09.2005, 7 Ob 147/05a.
- OGH 08.02.2006, 4 Ob 226/04w.
- OGH 27.06.2006, 3 Ob 66/06m.
- OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v.
- OGH 23.11.2006, 8 ObA 76/06v.
- OGH 21.05.2007, 8 Ob 52/07s.
- OGH 25.05.2007, 6 Ob 127/06d.
- OGH 25.05.2007, 6 Ob 226/06p.
- OGH 28.06.2007, 3 Ob 34/07g.
- OGH 04.07.2007, 7 Ob 142/07v.
- OGH 01.04.2008, 5 Ob 44/08v.
- OGH 03.04.2008, 1 Ob 136/07t.
- OGH 28.04.2008, 8 Ob 130/07m.
- OGH 14.10.2008, 8 ObA 1/08t.
- OGH 15.12.2008, 4 Ob 133/08z.
- OGH 30.07.2009, 8 Ob 89/09k.
- OGH 25.11.2009, 3 Ob 147/09b.
- OGH 19.01.2010, 4 Ob 154/09i.
- OGH 11.11.2010, 2 Ob 11/10x.
- OGH 12.12.2010, 7 Ob 198/10h.
- OGH 19.01.2011, 7 Ob 247/10i.
- OGH 16.02.2011, 7 Ob 143/10w.
- OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i
- OGH 29.03.2011, 5 Ob 192/10m.
- OGH 21.06.2011, 4 Ob 40/11b.
- OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t.
- OGH 13.03.2012, 10 Ob 10/12m.
- OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d.
- OGH 28.06.2012, 2 Ob 3/12y.
- OGH 27.08.2013, 4 Ob 89/13m.
- OGH 09.09.2013, 6 Ob 98/13z.

- BGH 25.06.1976, V ZR 121/73.
- BGH 30.04.1992, III ZR 151/91.
- BGH 15.10.1992, IX ZR 43/92.
- BGH 09.11.1994, VIII ZR 41/94.
- BGH, 22.10.1998, VII ZR 99/97.
- BGH 04.04.2003, V ZR 314/02.
- BGH 20.01.2004, XI ZR 53/03.
- BGH 09.05.2005, II ZR 287/02.
- BGH 28.11.2005, II ZR 80/40.
- BGH 26.06.2006, II ZR 153/05.
- LG Postdam, 23.11.2006, 51 O 167/05.
- LG Bad Kreuznach, 16.05.2007, 2 O 441/06.
- BGH 04.06.2007, II ZR 147/05.
- BGH 05.07.2007, IX ZR 256/06.
- BGH 07.01.2008, II ZR 68/06.
- OLG Karlsruhe 28.08.2002, 6 U 14/02.
- OLG Koblenz, 23.01.2008, 4 U 759/07.
- BGH 10.02.2011, I ZR 213/08.
- BGH 10.02.2011, I ZR 136/09.
- BGH 13.09.2012, III ZB 3/12.
- BGH 05.12.2012, I ZR 92/11.

Literaturverzeichnis

- *Aicher/Koppensteiner*, Beiträge zum Zivil– und Handelsrecht. Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag, (1990).
- *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, (1997).
- *Arhold/Hirsch,* Münchener Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3. (Beihilfenrecht), (2011).
- *Bachmann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Auflage (2012).
- *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 3. Auflage (2012).
- *Bartl/Bartl/Fichtelmann/Koch/Schlarb*, GmbH-Recht, 6. Auflage (2009).
- *Bartlmä*, Auswirkung des Durchführungsverbots auf den nationalen Förderungsvertrag – unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderungsproblematik, (2000).
- *Bartosch*, Das Risikopotenzial der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Bürgschaften für den Kreditgeber, EuZW 2001, 654.
- *Bartosch,* Die Durchsetzung der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Maßnahmen vor nationalen Gerichten, EuZW 2005, 396.
- *Bartosch,* Die EU-Beihilfenkontrolle vor der nationalen Gerichtsbarkeit, RIW 2011, 577.
- *Bartosch,* Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots. Das CELF-Urteil vom 12. 2. 2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland, EuZW 2008, 235.
- *Bartosch,* EU-Beihilfenrecht: Kommentar; Art. 86-89 EGV, De-minimis-Verordnung, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung sowie Verfahrensverordnung, (2009).
- *Bauer/Kitzberger*, Die Verwertung von Kronzeugenanträgen in Schadenersatzprozessen, ecolex 2008, 547.
- *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 19. Auflage (2010).
- *Bayer*, Emittentenhaftung versus Kapitalerhaltung, WM 2013, 961.
- *Becker*, Die parallele Prüfung beihilferechtlicher Sachverhalte durch Kommission und nationale Gerichte – Entscheidungskompetenzen und –konflikte EuZW 2012, 725.
- *Behrens*, Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 193.
- *Beiter/Jaeger,* Kein Zugriff auf rechtswidrige Beihilfen, ecolex 2010, 505.
- *Bellamy/Child*, European Union Law of Competition, 7. Auflage (2013).
- *Ben Holland/Osterloh/Wesselhoefft,* Kommentar internationales Beihilfenrecht 2011: Eine Darstellung des WTO- und EU-Regelungsrahmens anhand der Gesetzgebung und Rechtsprechung, (2011).
- *Bergmann*, Vorabentscheidungsverfahren nach dem EU-Reformvertrag von Lissabon, ZAR 2011, 41.

- *Birnstiel/Heinrich,* Zu den verbesserten Perspektiven der dezentralen Beihilfenkontrolle in Deutschland – zugleich eine Besprechung von BGH 10. 2. 2011, I ZR 136/09 - Flughafen Frankfurt-Hahn und BGH 10. 2. 2011, I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck, BRZ 2011, 67.
- *Blume*, Staatliche Beihilfen in der EG, (2004).
- *Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, (2008).
- *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 4. Auflage, (2010).
- *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, (1998).
- *Busz/Rosenkötter*, EG-Beihilfen und überhöhte Vereinbarungen über die Miete, NZM 2004, 561.
- *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Auflage, (2011).
- *Cranshaw*, Das Effizienzgebot bei der Rückforderung rechtswidriger Staatsbeihilfen, insbesondere im Dreiecksverhältnis, WM 2008, 338.
- *Dauses*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. III. Subventionsrecht, 31. EL, (2012).
- *Deckert/Schroeder,* Öffentliche Unternehmen und EG-Beihilfenrecht – Gemeinschaftsrechtliche und zivilrechtliche Implikationen, EuR 1998, 291.
- *Deutsche Monopolkommission*, XVII. Gutachten – 2006/2007, Weniger Staat mehr Wettbewerb, BT-Drucksache 16/10140.
- *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012).
- *Dossi*, Geltendmachung der EU-Staatshaftung in Österreich: die Praxis in einem System unvollständiger Rechtsgrundlagen, ecolex 2000, 337.
- *Eckert*, Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und aktienrechtliche Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 88.
- *Eckert*, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen Judikatur, GeS 2004, 228.
- *Eilmansberger in Koppensteiner,* Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftswidriger Beihilfengewährung – Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2; Staatliche Beihilfen, (2000).
- *Eilmansberger,* Zur Anwendung des EG Beihilfenrechts auf staatliche Kreditbürgschaften, ÖZW 2000, 1.
- *Eilmansberger*, Zur Nichtigkeit beihilferechtswidrig gewährter Staatsbürgschaften nach dem Residex-Urteil des EuGH, JRP 2012, 280.
- *Eilmansberger*, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (Teil 2), JBl 2009, 427.
- *Eilmansberger/Jaeger*, Zum Begriff der Durchführung rechtswidriger Beihilfen – eine Untersuchung am Beispiel der österreichischen KWK-Förderung, wbl 2009, 482.

- *Erdmann*, Kommunale Sicherungsinstrumente im Spiegel des europäischen Beihilfenrechts, BRZ 2012, 83.
- *Fasching/Konecny* , Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage (2011).
- *Fiebelkorn/Petzold,* Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, EuZW 2009, 323.
- *Fischer*, Rechtsfolgen des Beihilfeverbots für öffentliche Bürgschaften – Anwendung der Mitteilung der EU-Kommission zu Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, WM 2001, 277.
- *Fleischer/Goette,* Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 3, 3. Auflage (2010).
- *Förster*, Die Fusion von Bürgschaft und Garantie: Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive, (2010).
- *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, (2007).
- *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, (2010).
- *Frisinger/Behr*, Staatsbürgschaften, Banken und EU, RIW 1995, 708.
- *Gänswein,* Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts, (2009).
- *Geburtig*, Die Abgabenerhebung im Visier des europäischen Beihilferechts – eine kritische Anmerkung zur van Calster-Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2005, 716.
- *Geburtig,* Konkurrentenschutz aus Art. 88 Abs 3 Satz 3 EGV: Am Beispiel von Steuervergünstigungen, (2004).
- *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 5. Auflage (2010).
- *Goette/Habersack/Kalss*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (2008).
- *Gottschalk*, Die deliktische Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen - Zugleich eine Besprechung der BGH-Entscheidung vom 9. 5. 2005 - EM.TV, DStR 2005, 1652.
- *Gottschamel*, Die Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht unter besonderer Beachtung der formellen Verhältnismäßigkeit und deren Auswirkung auf die Kompetenz zur Regelung von Sachfragen in RL oder VO, PRO SCIENTIA – Reader zur Sommerakademie 2011, 35.
- *Gotzen*, Nichtige kommunale Grundstücksgeschäfte – EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, KommJur 2005, 161.
- *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung (2011).
- *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69.

- *Groeben/Thiesing/Ehlermann,* Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Auflage (1997).
- *Groeschke*, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, 2329.
- *Gruber*, Kapitalmarktinformationshaftung der AG und Kapitalerhaltungsgrundsatz, JBl 2007, 2.
- *Gruber*, Kapitalmarktinformationshaftung der AG und Kapitalerhaltungsgrundsatz, JBl 2007, 90.
- *Grziwotz*, EG-Recht, Verfahren und Nichtigkeit, ZfIR 2004, 53.
- *Grziwotz*, I. Bank- und Kreditsicherungsrecht - Ru□ckzahlungsanspruch des Erwerbers gegen die den Bautra□ger finanzierende Bank bei u□bernommener Freistellungsverpflichtung und Feststehen der Nichterfu□llung - BGH 5.4.2001 - VII ZR 498-99 (section sign)3 MaBV 2-01, EWiR 2001, 885.
- *Habersack*, Staatsbürgschaften und EU-vertragliches Beihilfeverbot, ZHR 159 (1995), 663.
- *Hadding*, Die Bürgschaft der öffentlichen Hand bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot von Beihilfen (Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag), WM 2005, 485.
- *Harrer*, Zivilrechtliche Irritationen im Kapitalmarktrecht, ZFR 2011, 9.
- *Hebrant*, Beihilferechtswidrige Gesellschaftsbeteiligungen und Gläubigerschutz, (2006).
- *Heidenhain*, Echo zum Aufsatz Bartosch in EuZW 2008, 235, EuZW 2008, 324.
- *Heidenhain,* European State Aid Law – Handbook, (2010).
- *Heidenhain,* Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, (2003).
- *Heidenhain*, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG - Bemerkungen zu BGH, EuZW 2005, 135.
- *Heimann/Thieltges*, Die Konsequenzen des Durchführungsverbots des Artikels 88 EGV auf die Ansprüche der Bank aus dem Kreditvertrag und die Verwertung der Kreditsicherheiten, (2007).
- *Heinz,* Immobilienverkäufe der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfen, immolex 2000, 60.
- *Henssler/Strohn,* Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, (2014).
- *Henze*, Vermögensbindungsprinzip und Anlegerschutz, NZG 2005, 115.
- *Herresthal*, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, EuZW 2007, 396.
- *Holoubek/Potacs (Hrsg.),* Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 2.Auslage (2007).
- *Hölters*, Aktiengesetz Kommentar, (2011).
- *Holzinger*, Marktmissbrauch und Nichtigkeit, (2012).

- *Hopt/Mestmäcker*, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischen und deutschen Recht am Beispiel staatliche verbürgter Kredite, WM 1996, 753.
- *Hummer,* Neuste Entwicklungen im Zusammenspiel von EU-Recht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, (2001).
- *Hutter/Stürwald*, EM.TV und die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen, NJW 2005, 2428.
- *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3: BeihilfenR /Sonderbereiche, 4. Auflage, (2007).
- *Iro,* Zivilrechtliche Probleme bei Verträgen mit Schwarzarbeitern, JBl 1987, 7.
- *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011).
- *Jaeger,* Durchführungsverbot und rückwirkende Beihilfengenehmigung, ZfV 2003, 645.
- *Jaeger*, Eine Kritik der österreichischen Rechtsprechung zu rechtswidrig durchgeführten, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbaren Beihilfen, ZfV 2003, 1407.
- *Jaeger*, Facelifting für die nationale Durchsetzung des Beihilfeverbots, ecolex 2009, 369.
- *Jaeger,* Geklärte und offene Fragen zum Durchführungsverbot nach CELF, ecolex 2008, 489.
- *Jaeger,* Hürden der Durchsetzung von Wettbewerbsrecht vor den Zivilgerichten ÖZW 2007, 73.
- *Jaeger,* Jahrbuch Beihilferecht, (2007-2011).
- *Jaeger,* Nachträgliche Beihilfengenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten - Zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil „van Calster", EuZW 2004, 78.
- *Jaeger,* Private Durchsetzung des Beihilfeverbots, ecolex 2006, 804.
- *Jauernig,* Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Kommentar, 12. Auflage (2007).
- *Jud,* Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 29.
- *Julius von Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage und Neubearbeitungen (1993).
- *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht: Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen, (2008).
- *Karollus*, Neues zur Prospekthaftung, ÖBA 2011, 450.
- *Karollus*, Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, ZFR 2010, 50.
- *Karpenstein,* Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Auflage (2011).
- *Keßler,* Einführung in das europäische Beihilfenrecht, (2012).
- *Kiethe*, Abwicklung der wegen Verstoßes gegen das Verbot der Durchführung rechtswidriger Beihilfemaßnahmen (Art. 88 EG) nichtiger Verträge, RIW 2003, 782.

- *Klanten*, Staatliche Kreditabsicherung durch Bürgschaft oder Exportkreditversicherung und EG-Beihilfeverbot , ZIP 1995, 535.
- *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, (2013).
- *Klingbeil*, Das Beihilfeverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag, (1998).
- *Knapp*, Verfassungsmäßigkeit des Ausgleichsleistungsgesetes (BGH, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/02), MittBayNot 2004, 252.
- *Koenig*, Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge! Was nun?, EuZW 2003, 417.
- *Koenig/Haratsch*, Staatliche und kommunale Bürgschaften auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts - Neue Tendenzen, ZHR 2005, 77.
- *Koenig/Hellstern,* Der EU-beihilferechtliche Effektivitätsgrundsatz im nationalen Prozessrecht, EuZW 2011, 702.
- *Koenig/Hellstern*, Die Klagebefugnis bei wettbewerbsrechtlichen Klagen gegen unionswidrige Beihilfemaßnahmen, GRURInt 2012, 14.
- *Koenig/Kühling*, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065.
- *Koenig/Kühling/Ritter,* EG Beihilfenrecht, 2. Auflage (2005).
- *Koller,* Beihilfenrechtliche Bewertung von Privatisierungen, Jahrbuch Beihilfenrecht 2011, 497.
- *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage (2007).
- *Korinek/Holoubek,* Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, 1.
- *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO, 3. Auflage (2010).
- *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 13. Auflage (2006).
- *Krassnigg*, Staatliche Bürgschaften im EU-Beihilfeaufsichtsrecht und ihre Rückabwicklung im Fall unrechtmäßiger Gewährung, ÖJZ 1996, 447.
- *Krenn*, Gun Jumping im österreichischen und europäischen Kartellrecht, ÖZK 2011, 183.
- *Krieger,* Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts, (2005).
- *Kühling*, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbots aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG - Das Flächenerwerbsurteil des BGH vom 4. April 2003, ZWeR 2003, 498.
- *Leiner*, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, (2002).
- *Lindinger*, Vernichtung von Banksicherheiten durch EU-Beihilfeverbot, ÖBA 1996, 169.
- *Lintschinger,* Zur gerichtlichen Durchsetzung des Durchführungsverbots nach Art 108 Abs 3 AEUV in Österreich, BRZ 2010, 139.
- *Lotze,* Die zivilrechtliche Feststellungsklage als Instrument der Geltendmachung von Beihilfeverstößen durch Wettbewerber, BRZ 2011,131.
- *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 2. Auflage (2009).

- *Maier/Bäuerle,* Nichtigkeit von Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen bei Verstoß gegen beihilferechtliche Regeln, Kommunalwirtschaft 2013, 500.
- *Martín-Ehlers*, Die Rechtsfolge von Verstößen gegen Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag bei Beihilfen - Zugleich eine Besprechung von BGH, WM 2003, 1598.
- *Martín-Ehlers,* Drittschutz im Beihilfenrecht – Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung, EuZW 2011, 583.
- *Martín-Ehlers/Strohmayr*, Nationaler Rechtsschutz im Beihilferecht – Erwiderung zum Aufsatz Fiebelkorn/Petzold in EuZW 2009, 323, EuZW 2009, 557.
- *Martín-Ehlers/Strohmayr*, Private Rechtsdurchsetzung im EG-Beihilfenrecht – Konkurrentenklagen vor deutschen Zivilgerichten, EuZW 2008, 745.
- *Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV, 138, Lieferung (2012).
- *Mesecke*, Zur Staatlichkeit der Mittel und ihrer Übertragung (Teil 1), BRZ 2011, 206.
- *Mesecke*, Zur Staatlichkeit der Mittel und ihrer Übertragung (Teil 2), BRZ 2012, 10.
- *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, (2004).
- *Michalski*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2. Auflagen (2010).
- *Moisek,* Effet utile und Rechtsgemeinschaft – Zugleich ein Beitrag zur Kompetenzordnung der Europäischen Gemeinschaft, (2003).
- *Möller*, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilferechts, (2001).
- *Oldiges*, Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1996 – 2. Teil: Rückabwicklung fehlgeschlagener Subventionierung, NVwZ 2001, 626.
- *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage (2012).
- *Palombini*, Wirtschaftsförderung durch Garantien der öffentlichen Hand, ThürVBl 2001, 97.
- *Pechstein*, BGH , 4. 4. 2003 - V ZR 314/02 : BGH: Rückwirkende Kaufpreiserhöhung als Beihilfenrückforderung in neuen Bundesländern verfassungsgemäß, EuZW 2003, 444.
- *Pechstein,* Entscheidungen des EuGH. Kommentierte Studienauswahl, 6. Auflage (2011).
- *Pechstein*, Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge nach Art. 93 III EGV, EuZW 1998, 495.
- *Plenge*, Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts für wirtschaftsverwaltungsrechtliche Genehmigungsentscheidungen, (2009).
- *Posch,* Auslegung von Gemeinschaftsrecht und richtlinienkonforme Interpretation, AnwBl 1995,703.
- *Potacs*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 456.
- *Potacs*, Vom Wert des Rechts in der Europäischen Union, JRP 2012, 23.

- *Przybilla,* Tagungsbericht 3. Speyerer Europarechtstage: Aktuelle Fragen des Europäischen Beihilferechts (26. -27.09.2011), KommJur 2012, 92.
- *Pütz,* Das Beihilfenverbot des Art 88 Abs 3 S 3 EG-Vertrag. Verstöße und ihre zivilrechtlichen Folgen im deutschen Recht, (2003).
- *Quardt,* Rechtsfolgen für eine staatliche Bürgschaft bei Verstoß gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs 3 AEUV, BRZ 2012, 3.
- *Quardt/Nieland*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, EuZW 2004, 201.
- *Raab,* Das EU-Beihilfeverbot und seine verfahrensrechtlichen Auswirkungen, (2011).
- *Rabl*, Private Enforcement: Unterlassung bei Verstoß gegen beihilferechtliches Durchführungsverbot!, ecolex 2010, 1010.
- *Rauscher/Wax/Wenzel,* Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage (2012).
- *Rebhahn in Raschauer,* Wirtschaftsrecht, 3. Auflage (2010).
- *Reich-Rohrwig,* Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, ecolex 2003, 152.
- *Reinisch*, Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von EWR-Recht, ZfRV, 1993, 11.
- *Remmert*, Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht, EuR 2000, 469.
- *Rennert*, Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, 576.
- *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage (2010).
- *Rosenberg*, Konsequenzen des beihilferechtlichen Durchführungsverbots für die Normanwendung durch die Finanzverwaltung, (2013).
- *Roth/Altmeppen*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 7. Auflage (2012).
- *Rüffler*, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht - Über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699.
- *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und Kapitalerhaltung in der AG, FS Straube, 113.
- *Rüffler*, Kapitalmarkthaftung und Verbot der Einlagenrückgewähr – Eine Replik, GeS 2010, 4.
- *Rüffler,* Privatrechtliche Probleme der Subventionsgewährung: Der Einfluss des Gleichheitssatzes auf den Rechtsschutz im Subventionsrecht, JBl 2005, 409.
- *Rüffler,* Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121.
- *Rummel*, ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (2007).
- *Säcker/Rixecker,* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 5. Auflage.

- *Saupe,* Private Rechtsdurchsetzung des Beihilfenrechts, AnwBl 2010, 468.
- *Schauhof*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage, (2011).
- *Scherer/Schödermeier,* Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, ZBB 1996, 184.
- *Schima*, Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Auflage (2005).
- *Schmidt*, Anwendung und Kontrolle des Europäischen Gemeinschaftsrechts, (2008).
- *Schmidt/Lutter,* Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2010).
- *Schmidt/Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfekontrolle, 2. Auflage (2006).
- *Schmidt-Räntsch,* Zivilrechtliche Wirkungen von Verstößen gegen das EU-Beihilfenrecht, NJW 2005, 106.
- *Schroeder*, Vernünftige Investition oder Beihilfe? Gemeinschaftsrechtliche Optionen zur Finanzierung öffentlicher Unternehmen, ZHR 1997, 811.
- *Schuhmacher*, Die zunehmende Bedeutung der Rechtsdurchsetzung durch Wettbewerber im Bereich des EU-Beihilfenrechts - Erhöhte Risiken für Kommunen und kommunale Unternehmen, KommJur 2012, 179.
- *Schulze*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 7. Auflage (2012).
- *Schulze/Dörner/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 5. Auflage (2006).
- *Schütte/Kirchhof*, Staatliche Bürgschaften und EG-Beihilfenrecht, EWS 1996, 189.
- *Schütterle*, Die Beihilfekontrollpraxis der Europäischen Kommission im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, EuZW 1995, 391.
- *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Auflage (2012).
- *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar, 3.Auflage (2007).
- *Seyr*, Das effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, (2008).
- *Siebert*, More Economic Approach in der Europäischen Beihilfeaufsicht, (2013).
- *Sinnaeve*, Die ersten Gruppenfreistellungen – Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?, EuZW 2001, 69.
- *Sinnaeve*, Die Rückförderung gemeinschaftswidriger nationaler Beihilfen, (2010).
- *Solé*, Verfahren vor dem Kartellgericht, (2006).
- *Sollgruber,* Grundzüge des europäischen Beihilfenrechts, (2007).
- *Soltész*, Beihilferechtswidrige Staatsbürgschaften nach "Residex" – Ein Hoffnungsschimmer für Banken?, EuZW 2011, 489.
- *Soltész,* Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilferecht im Jahre 2011 EuZW 2012, 174.
- *Soltész*, Gemeinschaftsrechtswidrige Staatsbürgerschaften - Geht die Bank leer aus?, WM 2005, 2265.

- *Soltész,* Private Rechtsdurchsetzung durch Wettbewerber im Europäischen Beihilfenrecht – Vision oder Illusion?, ZWeR 2006, 388.
- *Soltész*, Risiken für Kreditinstitute bei beihilferechtswidrigen Staatsbürgschaften, WM 2012, 923.
- *Soltész*, Ryanair und Tierkörperbeseitigung, EuR 2012, 60.
- *Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage ().*
- *Staebe*, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen vor europäischen und deutschen Beihilfen, (2001).
- *Steindorf*, Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften, EuZW 1997, 7.
- *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, (1996).
- *Steindorff*, Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften, EuZW 1997, 7.
- *Steiner*, Grundverkehrsbehördliche Genehmigung und Bedingungslehre, JBl 1996, 413.
- *Stelkens in VVDStRL 71*, Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, (2012).
- *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil 1), wbl 1995, 301.
- *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 62. Ergänzungslieferung. (2013).
- *Streinz,* EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage (2012).
- *Strievi/Werner*, Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EG, JuS 2006, 106.
- *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht,* Beihilfenrecht, (2004).
- *Sutter*, Das EG-Beihilfeverbot und sein Durchführungsverbot in Steuersachen, (2004).
- *Teichmann*, Haftung für fehlerhafte Informationen am Kapitalmarkt, JuS 2006, 953.
- *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage (2010).
- *Thurnher,* Die Beihilfenbestimmungen des EG-Vertrages und Fragen des Privatrechts, ÖZK 1995, 33.
- *Thurnher*, Konkurrentenklagen gegen frühzeitige Beihilfen?, ecolex 1996, 279.
- *Tilmann/Schreibauer*, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, GRUR 2002, 212.
- *Tollmann*, Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften vor dem Hintergrund des EG-Beihilfeverbots, WM 2000, 2030.
- *U. Torggler*, Emittentenhaftung: roma locuta und alle Fragen offen, ecolex 2011, 1121.
- *Ulmer/Habersack/Winter,* GmbHG - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbH Großkommentar, Band 2, (2008).

- *Vejseli*, Durchführungsverbot und die nachträgliche Genehmigung, (2011).
- *Verse/Wurmnest*, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilfeverbot, AcP 2004, 855.
- *von Bonin,* Unwirksamkeit eines nationalen Bürgschaftsvertrags bei Rückabwicklung einer unionsrechtswidrigenstaatlichen Beihilfe, EuZW 2012, 106.
- *Von der Groeben/Schwarze*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Vertrag über die Europäischen Union und die Arbeitsweise der Europäischen Union, 6. Auflage, (2003).
- *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 2006, 352.
- *Wissel/Becker*, Inadmissible State Aid in the Case of Tripartite Legal Relationships According to European and German Law, EStAL 2008, 254.
- *Wollmann*, Apropos Bank Burgenland, ecolex 2012, 113.
- *Wollmann*, Zum Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts, ecolex 2012, 564.
- *Zöllner*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4/1, 3. Auflage (2008).

Abstract

Die einzelstaatlichen Gerichte sind verpflichtet, die Beachtung des Durchführungsverbots durchzusetzen und die Rechte des Einzelnen zu schützen. Grundsätzlich werden solche Verfahren nach den einzelstaatlichen Verfahrensvorschriften durchgeführt. Gemäß allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts unterliegt die Anwendung des einzelstaatlichen Rechts in diesen Fällen zwei wichtigen Voraussetzungen. Die einzelstaatlichen Verfahrensvorschriften für Klagen nach Artikel 108 AEUV dürfen nicht weniger günstig sein als diejenigen für Klagen nach einzelstaatlichem Recht (Äquivalenzgrundsatz), und die einzelstaatlichen Verfahrensvorschriften dürfen die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

Wenngleich die private Rechtsdurchsetzung vor einzelstaatlichen Gerichten im Beihilfenbereich bislang nur eine relativ geringe Rolle gespielt hat, ist diese von großem Wert für die Beihilfepolitik. Mit Verfahren bei einzelstaatlichen Gerichten haben Dritte die Möglichkeit, zahlreiche beihilfebezogene Probleme unmittelbar auf einzelstaatlicher Ebene anzugehen und zu lösen. Zudem können die einzelstaatlichen Gerichte Klägern bei Verstößen gegen Beihilfevorschriften auf der Grundlage der Rechtsprechung einen sehr wirksamen Rechtsschutz bieten. Dies kann wiederum die Einhaltung des Beihilfenrechts insgesamt fördern.

Inhaltlich ist die vorliegende Arbeit in vier Kapiteln gegliedert, die sich mit wesentlichen Fragen der Rechtsfolgen formeller Rechtswidrigkeit befassen sollen. In erster Linie wird (i) die Rechtsprechung des EuGH auf ihre Vorgaben und Ziele im Hinblick auf die Rechtsfolgen der formellen Rechtswidrigkeit gründlich analysiert. Ferner werden die Auswirkungen der formellen Rechtswidrigkeit auf die den Beihilfen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte durchgeleuchtet. Dabei wird zunächst untersucht, ob (i) der Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Nichtigkeit erfordert, und falls dies zu bejahen ist, (ii) welche konkrete Ausformung die Unwirksamkeit der beihilfegewährenden Rechtsgeschäfte hat. Anschließend werden die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot im Falle (iii) einer Bürgschaft und (iv) einer Kapitalerhöhung erforscht.

Abstract

National courts are obliged to enforce the standstill obligation and protect the rights of individuals against unlawful State aid. In principle, national procedural rules apply to such proceedings. However, based on general principles of EU law, the application of national law in these circumstances is subject to two essential conditions. National procedural rules applying to claims under Article 108 TFEU may not be less favourable than those governing claims under domestic law (principle of equivalence) and national procedural rules may not render excessively difficult or practically impossible the exercise of the rights conferred by Community law (principle of effectiveness).

In spite of the fact that genuine private enforcement before national courts has played a relatively limited role in State aid to date, private enforcement actions can offer considerable benefits for State aid policy. Proceedings before national courts give third parties the opportunity to address and resolve many State aid related concerns directly at national level. In addition, national courts can offer claimants very effective remedies in the event of a breach of the State aid rules. This can in turn contribute to stronger overall State aid discipline.

As regards the substance the thesis at hand is structured in four chapters and deals with core issues with repsect to the legal consequences of unlawful State aid. First the present thesis analysis the case-law concerning the requirements and aim for the legal consequnces of unlawful State aid. Second the thesis deals with the effects of unlawful State aid on the legal basis of the State aid. In this repsect it should be assessed whether the violation of the standstill obligation renders the legal basis of the State aid null and void, and if so, to what extent. Subsequently, the legal consequences of unlawful State aid on guarantees and capital increase shall be analysed.

Lebenslauf	
Angaben zur Person	
Nachname / Vorname	**Solek Lukas**
Schulbildung	
Daten	**Oktober 2007 – Juni 2011**
Name und Art der Bildungseinrichtung	Universität Wien Fakultät der Rechtswissenschaften Dr.-Karl.-Lueger-Ring 1 A-1010 Wien
Stufe der nationalen oder internationalen Klassifikation	Magister der Rechtswissenschaften
Daten	**Oktober 2011 –**
Name und Art der Bildungseinrichtung	Universität Wien Fakultät der Rechtswissenschaften Dr.-Karl.-Lueger-Ring 1 A-1010 Wien
Stufe der nationalen oder internationalen Klassifikation	Doktor der Rechtswissenschaften
Persönliche Fähigkeiten	
Muttersprache(n)	Slowakisch
Fremdsprache(n) Deutsch Englisch	 Verhandlungssicher Verhandlungssicher