



Beihilfen in Restrukturierung und Insolvenz – Führt das Brüsseler Beihilferecht in ein Minenfeld?

Vortrag vor dem Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands (Berlin, 30.10.2009)

Dr. Andreas v. Bonin, LL.M.

Das europäische Beihilfenrecht ist im internationalen Vergleich eine Besonderheit. Kein anderer Rechtskreis kennt eine solch weitreichende Kontrolle staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft.

Dennoch, die europäische Beihilfekontrolle ist schon seit der Unterzeichnung der Römischen Verträge im Jahre 1957 ein integraler Bestandteil der europäischen Wirtschaftspolitik. Diese hat es sich zur Aufgabe gemacht hat, ein System zu errichten, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG). Ziel ist die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarkts, auf dem für alle Unternehmen gleiche Grundvoraussetzungen gelten (sog. *level playing field*). Diese Grundidee der Europäischen Gemeinschaft soll auch die Beihilfekontrolle absichern. Denn das *level playing field* wird unter anderem auch durch staatliche Eingriffe wie Beihilfen bedroht.

Das dem Gemeinsamen Markt zugrundeliegende Konzept der Wirtschaftsverfassung ist dabei marktwirtschaftlich geprägt. Die alleinige Steuerungsfunktion übernimmt der Wettbewerb. Industriepolitik, also staatliche Einflussnahmen auf die Struktur und die Entwicklungen der Industrie, ist diesem Gedanken grundsätzlich fremd.

In der Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft regiert grundsätzlich der Darwinismus: gerät ein Unternehmen in Schwierigkeiten und wird zum Sanierungsfall, sei es aufgrund von Managementfehlern oder aufgrund struktureller Veränderungen, hat es aus dem Markt auszuscheiden. So können gesamtwirtschaftlich notwendige struktu-



relle Veränderungen am Markt sichergestellt werden. Das Scheitern ist Teil des wettbewerblichen Systems aus Chancen und Risiken.

Bereits daraus ergibt sich, dass staatliche Stützungsmaßnahmen solcher Unternehmen in Schwierigkeiten - in der europäischen Terminologie Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen genannt - ein besonders sensibles Instrument der Wirtschaftspolitik darstellen. Denn diese setzen die natürliche Auslesefunktion des Wettbewerbs außer Kraft. So ist die Beihilfeaufsicht der Kommission vor allem von der Sorge geleitet, dass durch die Gewährung von Beihilfen an ein Unternehmen in Schwierigkeiten die Last des Strukturwandels auf Unternehmen übergewälzt werden könnte, die leistungsfähiger und daher trotz einer allgemeinen Strukturschwäche in einem bestimmten Wirtschaftsbereich überlebensfähig sind.¹

I. Einleitung – Kurzer Blick auf die Grundlagen

Nach dem Gemeinschaftsrecht sind Beihilfen grundsätzlich unzulässig (Art. 87 Abs. 1 EG). Dieses Verbot beruht - wie bereits angedeutet - auf der Vorstellung, dass Beihilfen zu ungebührlichen Wettbewerbsverzerrungen führen, die verhindert werden sollen.

1. Begriff der Beihilfe

Unter einer Beihilfe versteht man nach Art. 87 Abs. 1 EG jede Maßnahme, die

- (1) vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird,
- (2) eine wirtschaftliche Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige bewirkt, sowie
- (3) den Wettbewerb beeinträchtigt und sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken kann.

¹ Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rn. 746; Leibrock, EG-beihilfenrechtliche Grundsätze der Unternehmenssanierung, in: Koenig/Roth/Schön (Hrsg.), Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, S. 163 f.



Der Begriff der Beihilfe ist folglich weit gefasst. Er umfasst nicht nur Geldzuwendungen, sondern auch andere, direkte und indirekte wirtschaftliche Begünstigungen wie zum Beispiel staatliche Haftungszusagen in Form von Garantien und Bürgschaften.

Ob eine solche wirtschaftliche Begünstigung vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach dem Maßstab eines hypothetischen privaten Investors (sog. *private investor test*): dem Begünstigten muss aus staatlichen Mitteln ein Vorteil erwachsen, dem keine marktwirtschaftlich angemessene Gegenleistung gegenübersteht.

Häufig ist es schwierig zu beurteilen, ob der Vorteil aus staatlichen Mitteln zugewendet wird. Hierfür ist nicht notwendig, dass der einzelne Mitgliedstaat selbst eine Leistung gewährt; ausreichend ist vielmehr, dass eine solche Leistungsgewährung dem Staat zugerechnet werden kann. Dies kann etwa auch im Fall einer der Begünstigung durch staatlich kontrollierte Unternehmen der Fall sein.

2. Ausnahmen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot

Die grundsätzliche Unvereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinschaftsrecht bedeutet jedoch kein umfassendes Verbot von Beihilfen. Art. 87 Abs. 1 EG stellt vielmehr ein (präventives) Verbot mit zwei Arten von Ausnahmeverhalten dar: so sind bestimmte Arten von Beihilfen nach Art. 87 Abs. 2 EG *ex lege* mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar; für weitere Beihilfen räumt Art. 87 Abs. 3 EG der Kommission ein weites wettbewerbspolitisches Entscheidungsermessen ein. Allerdings müssen diese sogenannten „freigestellten“ Beihilfen nach Art. 88 EG zuvor bei der Kommission angemeldet und von dieser genehmigt werden. Bis zur Genehmigung besteht ein Durchführungsverbot. Gruppenfreistellungsverordnungen nehmen jedoch bestimmte Gruppen von Beihilfen von diesem Verfahren der Vorabgenehmigung aus.

Im Hinblick auf Beihilfen in der Restrukturierung und Insolvenz sind die Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 3 lit. b und c EG hervorzuheben. Danach kann die Kommission insbesondere Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates oder sogenannte Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen genehmigen. Beide Ausnahmen stehen im Ermessen der Kommission,



die sich aber in der Ausübung der ihr zur Verfügung stehenden Ermessensspielräume durch untergesetzliche Mitteilungen und Leitlinien selbst gebunden hat.

3. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen

Der „Normalfall“ ist dabei die Gewährung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 3 lit. c EG. Wann eine solche Beihilfe vom Verbot des Art. 87 Abs. 1 als freigestellt anzusehen ist, d.h. wann sie geeignet ist, das durch ein Versagen des Marktes verursachte Ungleichgewicht zu korrigieren oder den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt zu gewährleisten, ergibt sich aus den von der Kommission hierzu erlassenen Umstrukturierungsleitlinien². Grundvoraussetzung ist zunächst, dass sich das Unternehmen in Schwierigkeiten befindet. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein Unternehmen nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder Fremdmitteln, die ihm von seinen Eigentümern/Anteilseignern oder Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, Verluste aufzufangen, die das Unternehmen auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang treiben werden, wenn der Staat nicht eingreift.

Eine Rettungsbeihilfe ist ihrem Wesen nach eine vorübergehende, reversible Unterstützungsmaßnahme. Sie soll dem Unternehmen ermöglichen, seine Geschäftstätigkeit so lange aufrechtzuerhalten, bis entweder ein Umstrukturierungsplan oder ein Liquidationsplan erstellt ist. Wegen ihrer befristeten Natur können Rettungsbeihilfen nur in Form von Darlehen oder Garantien mit einer Laufzeit von maximal sechs Monaten gewährt werden und müssen marktgerecht vergütet sein.

Umstrukturierungsbeihilfen hingegen sollen den Unternehmen die Wiederherstellung ihrer langfristigen Rentabilität ermöglichen. Sie dürfen deshalb nur gewährt werden, wenn die Unternehmen der Kommission einen entsprechenden Umstrukturierungsplan vorlegen, zu dessen vollständiger Durchführung sowie der Erfüllung aller an ihn ge-

² Mitteilung der Kommission - Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. Nr. 244, 01.10.2004, S. 2 ff. verlängert durch: Mitteilung der Kommission über die Verlängerung der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. C 156, 9.7.2009, S. 3 ff.



knüpfter Bedingungen sich die Mitgliedstaaten verpflichten. Häufig schließt sich die Gewährung einer Umstrukturierungsbeihilfe an, wenn die zeitlich befristete Rettungsbeihilfe ausläuft. Die Umstrukturierungsbeihilfe wird mit der Einreichung des Umstrukturierungsplans spätestens sechs Monate nach Gewährung der Rettungsbeihilfe neu angemeldet.

III. Entwicklungen durch die Finanzkrise – Erst die Banken, dann die Realwirtschaft

Art. 87 Abs. 3. lit. c EG und die Umstrukturierungsleitlinien dienten auch zu Beginn der aktuellen Finanzkrise als Rechtsgrundlage für staatliche Unterstützungsmaßnahmen. Als sich schon erste Auswirkungen der US-Subprime-Krise auf den europäischen Finanzmärkten bemerkbar machten und erste europäische Banken in Schwierigkeiten gerieten, also vor der Lehman-Insolvenz, blieb die Kommission zunächst noch bei der Anwendung der bisherigen Umstrukturierungsleitlinien. So lehnte die Kommission im Falle der SachsenLB noch eine Anwendung von Art. 87 Abs. 3 lit. b EG ab.³ Auch Northern Rock und WestLB liefen anfangs unter dem alten Regime.

Der Zusammenbruch von Lehman Brothers Mitte September 2008 führte im Beihilferecht jedoch zu einem weitreichenden Paradigmenwechsel. Zum ersten Mal seit Inkrafttreten des EWG-Vertrages 1958 wurde eine umfassende Anwendung des Art. 87 Abs. 3 lit. b EG begonnen und eine „beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben“ gleich mehrerer Mitgliedstaaten bejaht. Dieser Paradigmenwechsel wurde erforderlich, da der durch die Lehman Insolvenz bewirkte grundlegende Vertrauensschwund innerhalb des Bankensektors auch für grundsätzlich gesunde Banken den Zugang zu Liquidität erheblich erschwerten.

³ *Kommission*, Entsch. v. 04.06.2008, C 9/2008, Staatliche Beihilfen Deutschlands zugunsten der SachsenLB, Tz. 94.



1. Sonderregelungen für den Bankensektor

Die Insolvenz von Lehman Brothers beendete eine Phase der impliziten Rettungsgarantie für systemrelevante Banken. Da es in der Rückschau jedoch gerade der Zusammenbruch dieser systemrelevanten Bank war, der zu einer allgemeinen Systemkrise und zu „beträchtlichen Störungen im Wirtschaftsleben“ führte, rechnen viele damit, dass „too big to fail“ in der Zukunft umso unverrückbarer gilt. Der Begriff der Systemrelevanz ist deshalb eng mit der Anwendung des Art. 87 Abs. 3 lit. b EG verknüpft.

a. Art. 87 Abs. 3 lit. b EG und der Begriff der Systemrelevanz

Ob es sich bei einer Bank um systemrelevante Banken handelt, kann der jeweilige Mitgliedstaat entscheiden. In Deutschland bestimmt sich die Systemrelevanz nach Art. 6 Abs. 3 AufsichtsRL⁴. So gelten Institute als systemrelevant, deren Bestandsgefährdung aufgrund ihrer Größe, der Intensität ihrer Interbankenbeziehungen und ihrer engen Verflechtungen mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnten. Das Vorliegen von Systemrelevanz wird dabei im Einzelfall einvernehmlich zwischen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und der Deutschen Bundesbank entschieden. Der Begriff gilt nach Aussage der Bundesregierung nur für Banken und kann nicht auf sonstige Wirtschaftsunternehmen übertragen werden.⁵

b. „Make the rules as you go“

Die Problematik des systemischen Insolvenzrisikos im Bankensektor wurde in der Folge in mehreren Kommissionsmitteilungen thematisiert, welche alle der Wiederherstellung der Finanzmarktstabilität dienten. Der Bankensektor sollte dabei allerdings

⁴ Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank (AufsichtsRL) vom 28. Februar 2008.

⁵ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Volker Wissing, Dr. Karl Addicks, Christian Ahrendt, weiteren Abgeordneten und der Fraktion der FDP, BTDrucks. 16/13870, S. 2.



nicht (ausschließlich) um seiner selbst Willen gestützt werden. Vielmehr sollte hierdurch vor allem auch die Kreditvergabe an die Realwirtschaft sichergestellt werden.

Die von der Kommission im Oktober 2008 veröffentlichte **Bankenmitteilung**⁶ sieht in diesem Sinne Stützungsmaßnahmen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar an, solange diese diskriminierungsfrei, zeitlich befristet, vom Umfang klar definiert und auf das zur Bewältigung der Krise notwendige Maß begrenzt ergehen. Außerdem müssen die gestützten Finanzinstitute einen angemessenen Eigenbeitrag z.B. in Form eines adäquaten Entgelts für die Beihilfe leisten und gewisse Verhaltensmaßregeln sowie Umstrukturierungsmaßnahmen erfüllen.

Auf diese Grundsätze aufbauend legt die **Rekapitalisierungsmitteilung**⁷, vom 5. Dezember 2008, welche auch prophylaktische Rekapitalisierungsmaßnahmen an sich gesunder Banken ermöglicht, besonderes Gewicht auf die Vermeidung ungebührlicher Wettbewerbsverzerrungen. Sie unterscheidet deshalb streng zwischen grundsätzlich gesunden Banken und notleidenden, schlechter aufgestellten Banken und entwirft ein System, nach welchem Banken abhängig vom jeweiligen Risikoprofil eine an Marktpreisen orientierte Vergütung leisten müssen. Hierbei stützt sich die Rekapitalisierungsmitteilung auf Empfehlungen der EZB vom 20. November 2008. Idealerweise soll der Preismechanismus auch Anreize für die Rückzahlung des staatlichen Kapitals schaffen.

Als sich gegen Ende des Jahres 2008 schließlich zeigte, dass der Marktwert vieler Portfolioinvestments weiter sank, erließ die Kommission schließlich am 25. Februar 2009 die sog. **Impaired Assets Mitteilung**⁸ und schaffte so auch für den Bereich der strukturierten Wertpapiere einheitliche Kriterien für die Beurteilung der EU-

⁶ Mitteilung der Kommission – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABl. C 270 vom 25. Oktober 2008, S. 8 ff.

⁷ Mitteilung der Kommission – Die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfen auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen, ABl. C 10 vom 15. Januar 2009, S. 2 ff.

⁸ Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft, ABl. C 72 vom 26. März 2009, S. 1 ff.



Rechtskonformität. Die Impaired Assets Mitteilung fordert für eine solche Entlassungsmaßnahme *ex ante* eine uneingeschränkte Transparenz und volle Offenlegung der Wertminderungen. Außerdem ist die Stützmaßnahme selbst angemessen zu vergüten. In Deutschland stützt sich das sog. Bad-Bank-Gesetz, jedenfalls zum Teil, auf diese Mitteilung.

In einer (bisher) letzten Mitteilung für den durch die Krise angeschlagenen Finanzsektor, der sog. **Restrukturierungsmitteilung**⁹, legte die Kommission schließlich dar, wie sie bei der Bewertung einzelstaatlicher Umstrukturierungsbeihilfen für Banken vorgehen wird. Nach dieser Mitteilung muss ein Umstrukturierungsplan insbesondere die langfristige Rentabilität und einen angemessenen Eigenbetrag der Bank darstellen sowie Kompensationsmaßnahmen vorsehen, die die Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt begrenzen sollen.

2. Ausweitung auf die Realwirtschaft

Während die Kommission zu Beginn der Krise den Fokus ausschließlich auf den Krisenherd, die Banken, legte und versuchte, diesen soweit als möglich einzudämmen, wurde im weiteren Verlauf deutlich, dass allein hierdurch ein Übergreifen der Krise auf die Realwirtschaft nicht verhindert werden könnte. Immer mehr Unternehmen, auch durchaus gesunde, waren von der entstandenen Kreditklemme betroffen. Weil aufgrund dieser Entwicklung Mitgliedstaaten vermehrt nationale Konjunkturprogramme ankündigten, forderte die Kommission das Europäische Parlament und die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten Ende November 2008 auf, ein Europäisches Konjunkturprogramm zu genehmigen, das vor allem auch „intelligente“ Investitionen fördern sollte.¹⁰

⁹ Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den Beihilfavorschriften, ABl. C 195 v. 19.8.2009, S. 9 ff.

¹⁰ Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat – Europäisches Konjunkturpaket, S. 3.



a. *Im „grünen Bereich“*

In diesem Sinne enthält auch der **Vorübergehende Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise**¹¹, den die Kommission im Dezember 2008 annahm, eine Fördermöglichkeit für die Herstellung „grüner Produkte“, d.h. neuer Produkte, die den Umweltschutz erheblich verbessern. Für diese können Beihilfen in Form von Zinsermäßigungen gewährt werden. Weiterhin sieht der Vorübergehende Gemeinschaftsrahmen Möglichkeiten für die Gewährung niedrigverzinslicher Darlehen, Garantien sowie Risikokapitalbeihilfen vor. Zudem wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben, entsprechende Beihilferegelungen für Kleinbeihilfen bis zu EUR 500.000 zu erlassen. Schließlich sind Vereinfachungen für kurzfristige Exportversicherungen und verfahrensrechtliche Vereinfachungen vorgesehen.

Deutschland hat aufgrund des Vorübergehenden Gemeinschaftsrahmens entsprechende Beihilferegelungen erlassen.¹² Unternehmen, die aufgrund dieser Beihilferegelungen entsprechende Maßnahmen aus dem Wirtschaftsfonds Deutschland in Anspruch nehmen wollen, müssen deshalb die Beihilfe nicht im Einzelfall bei der Kommission anmelden und genehmigen lassen. Steht eine Maßnahme aber im Verdacht, die durch den Vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen gezogenen Grenzen zu überschreiben, prüft die Kommission aus eigenem Antrieb. Beispiele dafür sind die Fälle Opel, Arcandor und Hapag-Lloyd.

¹¹ Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl. C 16 vom 22. Januar 2009, S. 1 ff., geändert am 25. Februar 2009, konsolidierte Fassung: ABl. C 83 vom 7. April 2009, S. 1 ff.

¹² Vgl. hierzu Regelung zur vorübergehenden Gewährung geringfügiger Beihilfen im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland während der Finanz- und Wirtschaftskrise („Bundesregelung Kleinbeihilfen“); Regelung zur vorübergehenden Gewährung von Bürgschaften im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland während der Finanz- und Wirtschaftskrise („Befristete Regelung Bürgschaften“) und Regelung zur vorübergehenden Gewährung niedrigverzinslicher Darlehen an Unternehmen im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland während der Finanz- und Wirtschaftskrise („Bundesrahmenregelung Niedrigverzinsliche Darlehen“).



b. *Maßnahmen zur Wirtschaftsförderung unter „Beihilfeverdacht“*

Nicht nur vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzkrise, sondern auch im Rahmen genereller staatlicher Wirtschafts- und Infrastrukturförderung werden Mitgliedstaaten oft unterstützend tätig, ohne sich der beihilferechtlichen Implikationen bewusst zu werden. Diese verdeckten Beihilfen sind dem – wie bereits erwähnt – weiten Beihilfebegriff geschuldet. So hatte zum Beispiel eine öffentliche Einrichtung, welche vom belgischen Staat mit der Einziehung von Sozialversicherungsbeiträgen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer betraut ist, mit einem zahlungsunfähigen belgischen Unternehmen eine nach Ansicht des EuGH so „außergewöhnliche Geduld“ bewiesen, als sie diesem eine Zahlungserleichterung einräumte, dass das Gericht hierin eine Beihilfe sah. Denn - so der Vorwurf - von einem privaten Gläubiger hätte das Unternehmen keine derartigen Erleichterungen erhalten.¹³ Ebenfalls würde zum Beispiel die kostenlose Stromversorgung eines in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens durch einen staatlichen Energieversorger als Beihilfe anzusehen sein und sei es nur dadurch, dass schlicht auf ein Eintreiben der ausstehenden Stromrechnungen verzichtet wird.

Auch das Insolvenzgeld oder Insolvenzausfallgeld steht im Verdacht, eine beihilferelevante Maßnahme zu sein. Zwar bringt es zunächst den Arbeitnehmern insolventer Unternehmen einen Vorteil, da ihnen eine Lohnersatzleistung von der Bundesagentur für Arbeit für einen Zeitraum von drei Monaten gezahlt wird. Indirekt begünstigt es jedoch auch die insolventen Unternehmen. Denn mit der Gewährung von Insolvenzgeld wird das Ziel verfolgt, die Masse von Arbeitsentgeltansprüchen zu entlasten.¹⁴ Dennoch stellt das Insolvenzgeld letztlich aber keine Beihilfe dar, da es ihm am notwendigen selektiven Charakter fehlt. So kommt die mit dem Insolvenzgeld verbundene Entlastung der Masse nicht nur einzelnen Unternehmen, sondern gleichermaßen Unternehmen aller Branchen zu Gute, die insolvent werden und deren Sanierung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungsbefugnis eingeleitet wird.

¹³ EuGH, DM Transport, Slg. 1999, I-3913.

¹⁴ BAG, Urt. v. 3.4.2001, 9 AZR 143/00, Tz. 8 ee).



Häufig steht auch die Gewährung von Ansiedlungsanreizen, wie z.B. die Grundstücksvergaben an Unternehmen ohne angemessene Gegenleistung, unter Beihilfeverdacht. Auch bei der Vergabe von öffentlichen Aufträge muss der Staat Vorsicht walten lassen. Keinesfalls darf den Auftragnehmern ein überhöhtes Entgelt gewährt werden. Die Liste solcher versteckten Beihilfen ist lang und kann hier nur exemplarisch vorgestellt werden.

III. „Minenfelder“

Nachdem wir nun die verschiedenen Möglichkeiten in Schwierigkeiten geratener Unternehmen, Beihilfen zu erhalten, beleuchtet haben, kommen wir nun zu der Frage, was geschieht, wenn ein solches Unternehmen bereits Beihilfen erhalten hat: mit welchen Spätfolgen muss gerechnet werden, welche Risiken bestehen insbesondere auch für zukünftige Erwerber solcher „beihilfebelasteter“ Unternehmen.

1. Rechtmäßige Beihilfen

Diese Spätfolgen beschränken sich dabei nicht auf rechtswidrige Beihilfen. Auch rechtmäßige Beihilfen, d.h. Beihilfen, bei denen sowohl die verfahrensrechtlichen Vorschriften eingehalten wurden, als auch die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG gegeben war, sind betroffen.

a. *Das „One Time Last Time“-Prinzip – Was passiert bei erneutem Kapitalbedarf?*

So dürfen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen nach den Leitlinien grundsätzlich nicht wiederholt gewährt werden. Denn die bestehenden strukturellen Probleme sollen durch die Gewährung einer Umstrukturierungsbeihilfe gerade überwunden werden; eine Rettungsbeihilfe dient ohnehin ausschließlich der Weiterführung eines Unternehmens für einen begrenzten Zeitraum.

Relevanter Zeitraum für dieses sog. „one time last time“-Prinzip sind nach den Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien 10 Jahre. In diesem Zeitraum sind auch Um-



strukturierungsbeihilfen an andere Unternehmen einer Unternehmensgruppe nur dann zulässig, wenn diese buchhalterisch von dem vormaligen Beihilfeempfänger getrennt sind. Nur außergewöhnliche und unvorhersehbare Umstände, die das Unternehmen nicht zu vertreten hat, können eine Ausnahme von diesem Prinzip rechtfertigen. Es muss sich dabei jedoch um „externe“, d.h. nicht im Einflussbereich des Unternehmens liegende Gründe handeln; nur dann bleibt die neuerliche Gewährung einer Umstrukturierungsbeihilfe möglich.¹⁵ Verluste etwa, die aufgrund von Produkthaftungsklagen angefallen sind oder die Unmöglichkeit für das Unternehmen, eines seiner selbstentwickelten Erzeugnisse zu verkaufen, sind dem betroffenen Unternehmen zuzurechnen und stellen keine „externen“ Gründe dar.¹⁶

Keine Anwendung findet das Prinzip der einmaligen Umstrukturierungsbeihilfe hingegen bei Banken¹⁷ in der aktuellen Finanzkrise. Auch wenn die Vermögenswerte eines insolventen Unternehmens übernommen werden, kann eine erneute Umstrukturierungsbeihilfe gewährt werden, wenn die folgende drei Voraussetzungen vorliegen: (1) das erwerbende Unternehmen muss sich deutlich vom früheren insolventen Unternehmen unterscheiden, (2) die Vermögensgegenstände werden zum Marktpreis übernommen, (3) der Erwerb wurde nicht zur Umgehung des Einmaligkeitsgrundsatzes konzipiert.

b. Umstrukturierungsauflagen und Kompensationsmaßnahmen – Wen treffen sie und welchen Umfang können sie haben?

In der Regel sind Beihilfen, insbesondere für Unternehmen in Schwierigkeiten, auf das erforderliche Mindestmaß zu beschränken (allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Hiermit soll vermieden werden, dass der Wettbewerb ungebührlich verzerrt wird. Des Weiteren fordern die Umstrukturierungsleitlinien zusätzlich zur

¹⁵ Vgl. Kommission, Entsch. v. 16.09.1998, Società Italiana per Condotte d'Acqua, ABl. L 129 v. 22.5.1999, S. 30 ff.

¹⁶ Kommission, Entsch. v. 23.02.2000, Korn Fahrzeuge und Technik GmbH, ABl., L 295 v. 23.11.2000, S. 21 ff., Tz. 57.

¹⁷ Restrukturierungsmitteilung, a.a.O., Tz. 7.



staatlichen Beihilfe einen Eigenbeitrag des Unternehmens, dessen Mindestbetrag von 25 % bei kleinen Unternehmen bis zu 50 % bei großen Unternehmen reichen kann.

Gerade bei Umstrukturierungsbeihilfen ist dies jedoch oft nicht ausreichend. Deshalb sind zusätzlich Ausgleichsmaßnahmen zu treffen, „(d)amit nachteilige Auswirkungen der Beihilfe auf die Handelsbedingungen so weit wie möglich abgeschwächt werden“.¹⁸ Als Ausgleichsmaßnahmen kommen die Veräußerung von Vermögenswerten, ein Kapazitätsabbau, eine Beschränkung der Marktpräsenz oder eine Senkung der Zutrittsschranken auf den betreffenden Märkten in Betracht. Sie sind integraler Bestandteil des Umstrukturierungsplanes, dürfen sich jedoch nicht auf die Schließung defizitärer Geschäftsbereiche, die ohnehin für die Herstellung der Rentabilität notwendig wären, beschränken. Bereits mehrfach hat die Kommission in diesem Rahmen auch Veräußerungs- und Privatisierungszusagen gefordert. So wurden letztlich auch die Fluglinien Olympic Airlines und Olympic Airways sowie Alitalia auf Drängen der Kommission privatisiert. Andere wettbewerbsorientierte Zusagen können z.B. Verhaltenszusagen umfassen.

2. Rechtswidrige Beihilfen

Weiterhin sind Minenfelder natürlich vor allem dann zu erwarten, wenn Beihilfen nicht rechtmäßig gewährt wurden.

a. Nichtigkeit nach § 134 BGB

Wird zum Beispiel eine Beihilfe, die nach Art. 88 EG der Genehmigung durch die Kommission bedarf, aufgrund eines zwischen dem Begünstigten und dem Beihilfegerber geschlossenen Vertrages gewährt, bevor eine solche Entscheidung erging, so ist fraglich, welche Auswirkungen dies auf den zugrundeliegenden Vertrag hat. So könnte der Vertrag möglicherweise als schwebend unwirksam angesehen werden; im Falle einer nachträglichen Genehmigung der Kommission, würde er *ex tunc* wirksam. Nach Ansicht des BGH stellt jedoch bereits der Abschluss eines beihilfegewährenden Ver-

¹⁸ Umstrukturierungsleitlinien, a.a.O., Tz. 38.



trages einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG dar.¹⁹ Da dieses wiederum als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen sei, ist nach der Rechtsprechung des BGH ein beihilfegewährender Vertrag, der ohne die erforderliche Genehmigung der Kommission geschlossen wurde, gemäß § 134 BGB nichtig; dies gilt auch dann, wenn die Beihilfe tatsächlich genehmigungsfähig ist.

b. Rückforderung

Eine weitere Konsequenz der Gewährung einer gemeinschaftswidrigen Beihilfe kann deren Rückforderung sein. Nach Ansicht des EuGH ist diese sogar „logische Folge ihrer Rechtswidrigkeit“.²⁰ Durch sie soll die Marktsituation vor Gewährung der Beihilfe wiederhergestellt und eventuell entstandene Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden. Hierfür sind auch Zinsenzahlungen auf die rechtswidrig gewährten Beträge erforderlich, die dem finanziellen Vorteil der zunächst zinslos zur Verfügung stehenden Beträge entsprechen (Art. 14 Abs. 2 Verfahrensordnung).

Die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen steht dabei nicht im Ermessen der Kommission. Nach Art. 14 Abs. 1 Verfahrensordnung muss diese vielmehr eine Rückforderungsentscheidung gegen das betreffende Mitgliedsland erlassen. Dies gilt nur dann nicht, wenn eine Rückforderung gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz verstößt (Art. 14 Abs. 1 S. 2 Verfahrensordnung), wobei insbesondere die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit in Betracht kommen. Auch ist eine Rückforderung ausgeschlossen, wenn die 10-Jahres-Frist des Art. 15 Abs. 1 Verfahrensordnung verstrichen ist. Schließlich steht absolute Unmöglichkeit einer Rückforderung der Beihilfe entgegen.²¹

Für die Umsetzung der Rückforderungsentscheidung ist dann der Mitgliedstaat zuständig. Gemäß Art. 14 Abs. 1 Verfahrensordnung muss dieser alle notwendigen

¹⁹ BGH, EuZW 2003, 444, 445.

²⁰ EuGH, Rs. C-183/91, Kommission/Griechenland, Slg. 1993, I-3131, Tz. 16.

²¹ Bekanntmachung der Kommission – Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen (**Rückforderungsbekanntmachung**), ABl. C 272 v. 15.11.2007, S. 4 ff., Tz. 18.



Maßnahmen ergreifen, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Die Rückforderung erfolgt nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaates. Sie ist unverzüglich einzuleiten, Art. 14 Abs. 3 Verfahrensordnung.

Entgegen einer früheren Kommissionspraxis entschied der EuGH jedoch, dass Beihilfen nicht allein aufgrund ihrer formellen Rechtswidrigkeit endgültig zurückgefordert werden dürfen. Die Kommission darf dem Mitgliedstaat lediglich vorläufig aufgeben, noch ausstehende Zahlungen auszusetzen (sog. Aussetzungsanordnung, vgl. Art. 11 Abs. 1 Verfahrensordnung).²² Unter bestimmten Umständen kommt jedoch nach Art. 11 Abs. 2 Verfahrensordnung eine einstweilige Rückforderung in Betracht, insbesondere wenn ansonsten ein erheblicher und nicht wiedergutmachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist. Kommt ein Mitgliedstaat einer solchen Aufforderung nicht nach, kann die Kommission in analoger Anwendung des Art. 88 Abs. 2 S. 2 EG unmittelbar den EuGH anrufen, um eine Vertragsverletzung feststellen zu lassen, Art. 12 Verfahrensordnung.²³

Allerdings ist zu beachten, dass auch eine Beihilfe, die zunächst ohne vorherige Genehmigung ausgezahlt, jedoch später genehmigt wird, einen nicht gerechtfertigten Vorteil des Beihilfeempfängers darstellt. Dieser liegt in der Nichtzahlung von Zinsen, die auf den Betrag der fraglichen, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbarten Beihilfe angefallen wären, wenn er sich diesen Betrag bis zum Erlass der Kommissionsentscheidung auf dem Markt hätte ausleihen müssen.²⁴ Dies hat freilich weitreichende Folgen, wenn die Beihilfe erst wesentlich später von der Kommission geprüft und genehmigt wird.

²² Art. 11 Abs. 1 Verfahrensordnung beruht auf der Rechtsprechung des EuGH, vgl. z.B. Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-39/94, SFEI u.a., Slg. 1996, I-3547, Tz. 43.

²³ So auch bereits der EuGH, Urt. v. 14.2.1990, Rs. C-301/87, Frankreich/Kommission (Boussac), Slg. 1990, I-307, Tz. 23; Urt. v. 21.3.1990, Rs. 142/87, Belgien/Kommission (Tubemeuse), Slg. 1990, 959, Tz. 14 ff.

²⁴ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, Rs. C-199/06, CELF/SIDE, Slg. 2008, I-409, Tz. 51, bestätigt durch EuGH, Urt. v. 18.12.2008, Rs. C-384/07, Wienstrom, Tz. 28.



c. *Rückzahlungsschuldner*

Eine rechtswidrige Beihilfe ist grundsätzlich vom Beihilfeempfänger zurückzufordern (Art. 14 Abs. 1 Verfahrensordnung). Denn dieser ist in der Regel der Begünstigte des Wettbewerbsvorteils, dessen Entzug Zweck der Rückforderung ist. In bestimmten Fällen hat die Kommission die Rückzahlungsverpflichtung jedoch auf Dritte ausgedehnt, um eine Umgehung der Rückzahlungsverpflichtung zu verhindern. Ausschlaggebend ist dabei, wo sich die Beihilfe wirtschaftlich und wettbewerbsrelevant auswirkt. Dies ist in einer Einzelfallbetrachtung zu entscheiden.

Die Frage der Ausdehnung der Rückzahlungsverpflichtung auf Dritte spielt vor allem im Fall der Veräußerung von Vermögenswerten des Beihilfeempfängers bzw. der Veräußerung von Anteilen an der Gesellschaft, die die Beihilfe empfangen hat, eine Rolle. Hier ist zwischen *asset deals* und *share deals* zu unterscheiden.

Im Fall eines *asset deals*, also des Verkaufs von Vermögenswerten eines Unternehmens, das eine Beihilfe empfangen hat, bleibt in der Regel dieses Unternehmen auch Rückforderungsschuldner, da der Erlös aus dem Verkauf an die Stelle der verkauften Vermögenswerte tritt und der Wettbewerbsvorteil somit beim Unternehmen verbleibt. Dies ist grundsätzlich auch im Falle einer Insolvenz des begünstigten Unternehmens der Fall. So liegt hier nach Ansicht des Gerichtshofs keine Gefahr einer Umgehung der Rückzahlungsverpflichtung vor, wenn die Rückforderung zur Tabelle angemeldet worden ist, die Veräußerung des Vermögenswertes auf Initiative des Insolvenzverwalters geschehen ist und wenn der Verkauf zum Marktpreis erfolgt ist.²⁵ Der Marktwert spielt nach der Rspr. aber auch ansonsten eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung, ob durch den *asset deal* eine Übertragung des unlauteren Vorteils bewirkt wurde, die eine Ausdehnung der Rückforderungsentscheidung auf das erwerbende Unternehmen rechtfertigt. Kann die Kommission nachweisen, dass der Verkauf der Vermögensgegenstände zu einem unter ihrem Marktwert liegenden Preis erfolgt ist, dann kann die Rückforderungsentscheidung auf den Erwerber ausgedehnt werden.

²⁵ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Deutschland/Kommission, Slg 2004, I-3925.



Dies gilt insbesondere dann, wenn die Vermögensstände an ein Nachfolgeunternehmen übertragen werden und es für die Übertragung keine anderen wirtschaftlichen Gründe als den gibt, die Rückzahlungsanordnung unwirksam zu machen.²⁶

Bei einem *share deal*, bei welchem die Anteile an der begünstigten Gesellschaft erworben werden, bleibt grundsätzlich auch das beihilfebegünstigte Unternehmen allein Rückforderungsschuldner.²⁷ Lediglich wenn der Erwerber die Anteile am beihilfebegünstigten Zielunternehmen unter ihrem Marktwert erworben hat, kommt eine Erweiterung der Rückerstattungspflicht auf den Erwerber in Betracht. Von diesem Grundsatz ist der EuGH in den Jahren 2001/2002 in zwei Urteilen abgewichen. Darin sah er den Verkäufer der Anteile als Nutznießer der Beihilfe an, obwohl das begünstigte Unternehmen zum Marktpreis verkauft wurde. Hierin spiegelte sich die zuvor gewährte Beihilfe wider; der Vorteil werde also mit dem Erwerb zum Marktwert weitergegeben.²⁸ In neueren Entscheidungen rückte der EuGH von dieser Rechtsprechung jedoch wieder ab und entschied, dass im Falle einer Veräußerung der Anteile zum Marktpreis der mit der fraglichen Beihilfe verbundene Wettbewerbsvorteil bei dem begünstigten Unternehmen verbleibt, solange dieses seine Rechtspersönlichkeit behält und weiterhin für eigene Rechnung die subventionierte Tätigkeit ausübt.²⁹

Der Rückforderungsschuldner wird gewöhnlich bereits durch die Kommission im Tenor ihrer Rückforderungsentscheidung bestimmt. Nur wenn die rechtswidrige Beihilfe in einer Beihilferegelung besteht, müssen die Rückforderungsschuldner durch den betreffenden Mitgliedstaat benannt werden.³⁰

²⁶ Kommission, Rückforderungsbekanntmachung, a.a.O., Tz. 33.

²⁷ Kommission, Rückforderungsbekanntmachung, a.a.O., Tz. 34.

²⁸ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-390/98, Banks/Coal Authority, Slg. 2001, I-6117, Tz. 78; Urt. v. 24.9.2002, C-74/00 P und 75/00 P, Falck u.a./Kommission, Slg. 2002, I-7869, Tz. 180.

²⁹ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-277/00, Deutschland/Kommission („SMI“), Slg. 2004, I-3925, Tz. 80 ff.

³⁰ Kommission, Rückforderungsbekanntmachung, a.a.O., Tz. 35.



d. *Rückforderung und Insolvenz*

Im Falle der Insolvenz des durch eine Beihilfe begünstigten Unternehmens könnte zunächst daran gedacht werden, dass diese eine tatsächliche Unmöglichkeit der Rückforderung einer gemeinschaftswidrigen Beihilfe darstellt. Der EuGH hat jedoch entschieden, dass die Insolvenz des Beihilfeempfängers die Rückforderung gerade nicht unmöglich werden lässt. Vielmehr müsse ein Mitgliedstaat seiner Rückforderungsverpflichtung in diesem Falle dadurch nachkommen, dass er seine Rückzahlungsforderung im Insolvenzverfahren anmeldet.³¹ Darüber hinaus ist ein Mitgliedstaat unter Umständen auch dazu verpflichtet, die Insolvenz eines Beihilfeempfängers zu beantragen, wenn dieser der Aufforderung der Rückzahlung der Beihilfe aus finanziellen Gründen nicht nachkommen kann. Eine Stundungsabrede zwischen dem Mitgliedstaat und dem Beihilfeempfänger wird von der Kommission nicht akzeptiert.³² Eine solche würde vielmehr eine zusätzliche Beihilfe darstellen.

Auf die Beihilferückforderungen sind grundsätzlich nationale Insolvenzvorschriften anwendbar.³³ Dies ergibt sich auch bereits aus Art. 14 Abs. 1 VO 659/1999, wonach die Rückforderung allgemein nach nationalem Recht zu erfolgen hat. In Deutschland ist eine Beihilferückforderung grundsätzlich als einfache Insolvenzforderung im Sinne des § 38 InsO zu qualifizieren, da das zugrundeliegende Rechtsgeschäft gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 88 Abs. 3 EG *ex tunc* nichtig ist und die Grundlage des Anspruchs somit bereits vor Eröffnung des Verfahrens entstanden ist.³⁴ Unter Umständen kann sie jedoch vom Insolvenzverwalter als nachrangige Forderung eingestuft werden, § 39 InsO. In diesem Fall muss jedoch der Beihilfegeber gegen die Nachrangigkeitseinstufung des Insolvenzverwalters Feststellungsklage (§§ 179 ff. InsO) erheben.

³¹ EuGH, Urt. v. 21.3.1990, Rs. 142/87, Belgien/Kommission (Tubemeuse), Slg. 1990, I-959, Tz. 58 ff.

³² Kvaerner Wasnow Weft ABl. 1999 274/23.

³³ EuGH, Rs. 480/98, Spanien/Kommission („Magefesa“), Slg. 2000, I-8717.

³⁴ BGH, NJW-RR 2007, 1693, 1697.



Fraglich ist weiterhin, welche Auswirkungen eine vorherige Gewährung von Beihilfen auf die Verwertungsalternativen des Insolvenzverwalters im Sinne der §§ 156 ff. InsO hat. Keine weiteren Probleme bereitet insofern die Liquidation. Denn diese deckt sich weitgehend mit der Vorstellung der Kommission, dass ein Unternehmen, das rechtswidrige Beihilfen nicht zurückzahlen kann, aus dem Markt ausscheiden muss, um die entstandenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu beseitigen.

Problematischer erscheint der Fall der übertragenden Sanierung, bei welchem die Betriebstätigkeit des Beihilfeempfängers von einem anderen Unternehmen fortgeführt wird, wohingegen die Beihilferückforderung auf eine leere Unternehmenshülle trifft. Hier können Wettbewerbsverzerrungen unter Umständen fortwirken. In einem solchen Fall kommt nach den oben genannten Grundsätzen eine Ausweitung des Adressatenkreises der Rückforderungsentscheidung in Betracht. Da diese in der Praxis jedoch oft keine abschließende Antwort auf die Frage bieten, wann der Erwerber seine Inanspruchnahme ausschließen kann, empfiehlt sich, die Kommission zeitnah über den Erwerb von Vermögensgegenständen aus der Insolvenz zu unterrichten. Darüber hinaus kann versucht werden, von der Kommission einen, in der Verfahrensordnung nicht vorgesehenen *comfort letter* zu erhalten.³⁵

Aber auch die Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens ist aus beihilferechtlicher Sicht problematisch. Dies gilt zumindest, soweit die Durchführung nicht zu einer vollumfänglichen Rückzahlung der Beihilfen führt, was in aller Regel der Fall sein dürfte. Denn dann werden die Wettbewerbsverzerrungen nicht beseitigt. Die Rückforderung der Beihilfen ist jedoch der Dispositionsfreiheit des Mitgliedstaates entzogen. Dieser darf deshalb einem solchen Insolvenzplanverfahren im Rahmen der Umsetzung einer Rückforderungsentscheidung nicht zustimmen. Auch muss, wird die Zustimmung aufgrund des Obstruktionsverbots ersetzt, der Mitgliedstaat alle ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ausschöpfen, um gegen den Insolvenzplan vorzugehen.

³⁵ Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilferechts, § 54 Rn. 22.



Zusammenfassung

Wie bereits Eingangs erwähnt stellen Beihilfen in Umstrukturierung und Insolvenz ein besonders sensibles Instrument der Wettbewerbspolitik dar, die grundsätzlich strengen Voraussetzungen unterliegen. Nicht zuletzt in der aktuellen Finanzkrise hat sich jedoch gezeigt, dass die strenge Verrechtlichung der Beihilfeaufsicht der Kommission nicht immer durchgehalten wird. So wohnt der Beihilfekontrolle letztlich auch ein starkes politisches Element inne. So werden Beihilfen in strategisch wichtigen, bedeutsamen Industrien oft vergleichsweise großzügig genehmigt. Der Vorwurf der Industriepolitik als gezielter Einflussnahme auf die Struktur eines Wirtschaftszweigs ist somit nicht immer von der Hand zu weisen. Dennoch, auch aufgrund der zunehmenden Zahl an Wettbewerberklagen, steht der Wettbewerbsschutz letztlich immer im Vordergrund, weshalb Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten weiterhin einer strengen Aufsicht seitens der Kommission unterliegen werden.