

**Berliner Gesprächskreis zum EU-Beihilferecht  
19. Juni 2002**

**Thesenpapier<sup>1</sup>**

**I.**

**EU-Beihilferecht und öffentliche Unternehmen**

1. Die konsequente Anwendung des EU-Beihilfenrechts auf die Tätigkeiten von öffentlichen Unternehmen ist von grundlegender Bedeutung zur Erreichung des im EG-Vertrag (Art. 4, Art. 98 Abs. 2 EG) niedergelegten Bekenntnisses zu einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.
2. Nicht jeder „öffentliche Auftrag“ rechtfertigt eine Freistellung oder auch nur eine Privilegierung öffentlicher Unternehmen von den Wettbewerbsregeln; vom EG-Vertrag „geschützt“ werden lediglich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, und dies auch nur unter den in Art. 86 Abs. 2 EG niedergelegten Bedingungen.
3. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 295 EG, wonach der EG-Vertrag die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt lässt. Art. 295 EG regelt ausschließlich die Entscheidung der Mitgliedstaaten über die Eigentumszuordnung, d.h. die Entscheidung darüber, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit von öffentlichen oder privaten Unternehmen wahrgenommen werden soll. Keinesfalls enthält Art. 295 EG eine Freistellung auch der Ausübung der fraglichen Eigentumsrechte oder – wie jüngst behauptet wurde – ein spezielles Diskriminierungsverbot zugunsten der öffentlichen Unternehmen.
4. Die Diskussion um das Ferring-Urteil ist wichtig, gleichwohl sollte nicht übersehen werden, dass sich die praktischen Auswirkungen auf die Frage der Notifizierungspflicht beschränken. In der Sache geht das Ferring- Urteil aus den von Generalanwalt Léger genannten Gründen zu weit; insbesondere führt es zu einer völligen Aushöhlung des Art. 86 Abs. 2 EG, für dessen Anwendung gerade kein Raum mehr bleibt, da eine angemessene Kompensation bereits keine Beihilfe mehr ist und eine Überkompensation grundsätzlich auch über Art. 86 Abs. 2 EG nicht gerechtfertigt werden kann. Die von Generalanwalt Jacobs in der Rs. „GEMO“ vorgeschlagene vermittelnde Lösung ist ein interessanter Ansatz und sollte auf seine Praktikabilität untersucht werden.

---

1 Die hier vorgestellten Thesen geben ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wider und binden in keiner Weise die Kommission oder eine ihrer Dienststellen.

5. Öffentliche Aufträge sollten, soweit dies möglich ist, in einem offenen, bedingungs- und diskriminierungsfreien Verfahren ausgeschrieben werden. Bei einer solchen Ausschreibung besteht die Vermutung, dass eine Überkompensation ausgeschlossen ist. Eine rechtliche Verpflichtung zur Ausschreibung besteht zwar nicht unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten, könnte sich im Einzelfall jedoch unter dem Gesichtspunkt des Marktzugangsrechts aus den Grundfreiheiten des EG-Vertrages ergeben.
6. Das „Ferring-Urteil“ ist auf die Haftungsinstitute Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht anwendbar. Diese Haftungsinstitute verkörpern für die Sparkassen Vorteile, die der Höhe und der Dauer ihrer Gewährung nach völlig unbestimmt sind. Zudem decken diese Haftungsinstitute nicht nur die Risiken aus den gemeinwirtschaftlichen Pflichten, sondern sämtliche Risiken, d.h. auch die Risiken des Wettbewerbsgeschäfts.

## II.

### **Beihilferechtliche Probleme beim Unternehmenskauf**

7. Beim Unternehmenskauf ist unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten zunächst zu beachten, dass der Erwerb eines Unternehmens vom Staat nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmen ist. Dies kann am Ehesten durch eine offene, bedingungs- und diskriminierungsfreie Ausschreibung sicher gestellt werden.
8. Daneben ist zu beachten, dass möglicherweise Altlasten in Form von bereits erlassenen oder auch nur drohenden Rückforderungsentscheidungen über staatliche Beihilfen, die das zu erwerbende Unternehmen unter Verletzung des EG-Beihilfenrechts erhalten hat, beim Unternehmenskauf mit übernommen werden.
9. Ein Erwerb solcher Altlasten tritt stets ein, wenn der Unternehmenskauf in Form eines „share deals“ abgewickelt wird. Die gemeinschaftsrechtliche Rückforderungsschuld folgt dem „erworbenen Unternehmen“ als Beihilfeempfänger.
10. Beim Erwerb von wesentlichen Vermögensteilen eines Unternehmens („going concern asset deal“), die die wirtschaftliche Substanz des Unternehmens ausmachen, ist wie folgt zu differenzieren:
  - Erfolgt der Erwerb der Vermögensteile innerhalb einer verbundenen Unternehmensgruppe, ist Rückforderungsschuldner jede in den Verbund integrierte Rechtsperson anzusehen, die von einem anderen verbundenen Rechtsträger die mit der Forderung der Beihilfenrückzahlung belasteten substanziellen Unternehmensaktiva erwirbt.

- Erfolgt der Erwerb der Vermögensteile durch nicht verbundene Dritte, kommt eine Erstreckung der Rückforderungsschuld auf den Erwerber nur dann in Betracht, wenn der Erwerb der Unternehmensaktiva mit dem Ziel erfolgte, die Rückforderungsentscheidung zu unterlaufen. Das Vorliegen eines solchen Umgehungstatbestandes wird anhand von objektiven Kriterien geprüft, zu denen vor allem der Gegenstand der Übertragung, die Zahlung eines marktüblichen Kaufpreises und der zeitliche Zusammenhang gehören.