

Erstes Treffen des Berliner Gesprächskreises zum EU-Beihilferecht

Verfahren bei Unternehmenskäufen

Ist eine Mitteilung der EU-Kommission über Art und Inhalt eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahrens notwendig? (Impulsreferat)

Ein Unternehmen kann als "sonstiger Gegenstand" (§ 453 Absatz 1 BGB n. F.) als solches Gegenstand eines Kaufvertrages sein. Wenn das Unternehmen in der Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft betrieben wird, kann der Unternehmenskauf entweder in der Form des Anteilskaufes erfolgen (sogenannter "Share-deal"), oder aber durch den Kauf der Gesamtheit bzw. einer bestimmten funktionsfähigen Menge der das Unternehmen tragenden Gegenstände (bewegliche und unbewegliche Sachen, Forderungen, Know-how, Kundenstamm etc.).

Weiter stellt sich hier (im Zusammenhang mit einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bzw. im Falle bloßer Fahrlässigkeit einem jetzt in §§ 311 Absatz 2, 241 Absatz 2 BGB kodifizierten Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo) das Problem der Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf.

Hier hat nach allgemeinen Grundsätzen der Verkäufer nach § 242 BGB den Käufer auch ungefragt über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte (siehe BGH vom 4. April 2001, VIII ZR 32/2000 sowie BGH vom 28. November 2001, VIII ZR 37/2001). Dies kann er insbesondere dann erwarten, wenn er keine Möglichkeit hat, sich die notwendige Information selbst zu verschaffen.

Die EU-Kommission hat in der jüngeren Vergangenheit drei deutsche und einen italienischen Fall zum Anlass genommen, die Veräußerung beihilfebegünstigter Unternehmen - insbesondere im Rahmen eines Insolvenzverfahrens - zu überprüfen.

Die bisher nicht abgeschlossene Diskussion konzentriert sich vor allem darauf, unter welchen Voraussetzungen eine zu unrecht gewährte Beihilfe auch von einem Dritten zurückgefordert werden muss, der Vermögenswerte des insolventen Beihilfeempfängers erworben hat. Für die Übertragung der wesentlichen Wirtschaftsgüter (des lebenden Unternehmens) von den beihilfebegünstigten Insolvenzschuldern auf einen neuen Rechtsträger durch einen Asset-deal, in der sogenannten "übertragenden Sanierung", ist das von zentraler Bedeutung.

Nach Auffassung der EU-Kommission soll der Käufer eines rechtswidrig begünstigten Unternehmens unter bestimmten Voraussetzungen auch dann für die Rückzahlung der Beihilfe einzustehen haben, wenn er es von einem Insolvenzverwalter erwirbt. Dieses Haftungsrisiko erweist sich zunehmend als Investitionshemmnis, zumal die EU-Kommission, zumindestes im Regelfall, im voraus keine verbindliche Haftungsfreistellung erteilt. Auch die Erteilung eines sogenannten "Negativattestes" aufgrund einer Voranfrage des Mitgliedsstaates nach Artikel 10 EG-Vertrag, ein in der Vergangenheit durchaus probates Mittel, findet seit dem Inkrafttreten der Verfahrensverordnung für Beihilfesachen keine Anwendung mehr. Die Erteilung von Negativattesten steht nunmehr auch unter dem Vorbehalt der Notifizierung der Maßnahme gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag.

Die EU-Kommission unterscheidet bei der Überprüfung der sogenannten "Fortsetzungsbeihilfe" unterschiedliche Fallgruppen, die in der Literatur inzwischen hinlänglich diskutiert worden sind. Für den Fall der übertragenen Sanierung des gesamten Unternehmens auf einen außenstehenden, mit dem Beihilfeempfänger nicht verbundenen Erwerber besteht auch nach Meinung der EU-Kommission anders als im Fall des sogenannten Intra-group-asset-deals keine objektive Vermutung für eine Umgehung der Rückforderungsentscheidung der Kommission. Ob eine Umgehung vorliegt, prüft die Kommission vielmehr unter anderem anhand des Gegenstandes der Übertra-

gung, der Marktüblichkeit des Übertragungspreises und des Verkaufs "über den Markt", der fehlenden "Identität der Eigentümer" und des zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Übertragung und der Eröffnung des Beihilfeverfahrens.

Kann der Erwerber des Unternehmens die beihilfebegünstigte Tätigkeit praktisch unverändert am Markt fortsetzen, dann soll seine Haftungsfreistellung nach Meinung der EU-Kommission davon abhängen, ob der Verkauf in einem transparenten und offenen Verfahren zu Marktbedingungen erfolgt ist.

Während die durch die Beihilfe hervorgerufenen Wettbewerbsverzerrungen durch ihre vollständige Rückzahlung oder durch die liquidierende Zerschlagung des Beihilfeempfängers beseitigt werde, könne sie bei Fortführung der Tätigkeit mit Hilfe der quasi "infizierten" Assets in einem anderen rechtlichen Gewand nur dadurch kompensiert werden, dass die gebündelten Vermögenswerte über den Markt, das heißt in einem Ausschreibungs- oder Bietverfahren verkauft werden.

Nach bisher wohl herrschender Auffassung soll das Bietverfahren nicht die Wettbewerbsverzerrung beseitigen, sondern - wie bei der Veräußerung öffentlicher Unternehmen, zum Beispiel der Privatisierung von Unternehmen in den neuen Bundesländern durch die BvS - nur die Marktüblichkeit der Transaktion nachweisen. Dies könnte aber in entsprechender Anwendung der Mitteilung der Kommission über die Verkäufe öffentlicher Grundstücke und Gebäude auch mit Hilfe von Wertgutachten anerkannter Sachverständiger geschehen.

Die EU-Kommission hat bisher die Frage nach der kompensatorischen Wirkung eines Verkaufes eines begünstigten Unternehmens "über den Markt" nicht ausreichend beantwortet, kann doch die durch die Verletzung des Durchführungsverbot des Artikels 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag bewirkte Wettbewerbsverzerrung und mögliche Schädigung von anderen Marktteilnehmern nicht wirklich dadurch geheilt werden, dass man ihnen möglicherweise den Zugriff auf den Aktiva des begünstigten Unternehmens eröffnet.

Vor dem Hintergrund der Entscheidungspraxis der EU-Kommission und der bisher nicht abschließenden Klärung der Fragen durch den europäischen Gerichtshof wird man jedoch in der Praxis auf die Durchführung eines Bietverfahrens kaum verzichten können. Ein Vertreter der Wissenschaft bezeichnet die Durchführung eines offenen und transparenten Bietverfahrens sogar als den "Schlüssel zur Rechtssicherheit".

Wenn die Durchführung eines solchen Verfahrens jedoch den "König(-s) - Weg" darstellt, dann muß rasch ein Weg gefunden werden, Inhalt und Ablauf eines solchen Verfahrens justitiabel festzulegen.

Neben dem in der Vergangenheit viel diskutierten Problem des Erwerbs eines Unternehmens aus bzw. in der Krise gibt es einen weiteren Anwendungsfall, der nach meiner Auffassung nicht unbeleuchtet bleiben sollte.

Nach den Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ist eine regionalbeihilfefähige Erstinvestition nicht nur die Erweiterung einer neuen Betriebsstätte oder die Erweiterung einer bestehenden Betriebsstätte oder die Vornahme einer grundlegenden Änderung des Produktes oder des Produktionsverfahrens einer bestehenden Betriebsstätte durch Rationalisierung, Produktionsumstellung oder Modernisierung, sondern auch die Übernahme einer Betriebsstätte, die geschlossen worden wäre, wenn die Übernahme nicht erfolgt wäre.

Nach den durch die neugefassten Leitlinien der Kommission über Rettungs- und Restruktierungsbeihilfen ebenfalls neugefassten Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung ist die Übernahme einer Betriebsstätte eines in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens von der Definition der Erstinvestition und damit der Förderungswürdigkeit im Rahmen der Regionalbeihilfen nicht mehr ausgeschlossen. Allerdings ist durch die Leitlinien präzisiert worden, dass bei der Übernahme einer Betriebsstätte eines in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens die Bedingung von Ziffer 4.5, dass nämlich der Vorgang unter Marktbedingungen erfolgen muß, besonders nachzuweisen ist.

Auch hier ist also der Nachweis darüber, dass eine marktgerechte Gegenleistung vereinbart ist, zu führen. Vor dem Hintergrund, dass es bei diesem Anwendungsfall nicht um den durch Regionalbeihilfen finanzierten Erwerb bereits geförderter, gebrauchter Wirtschaftsgüter gehen kann, stellt sich die Frage, ob die EU-Kommission durch die zur Erlangung notwendiger Rechtssicherheit durchzuführenden Notifizierungsverfahren nicht lediglich erklärter Maßen eine Mißbrauchskontrolle ausübt, sondern tatsächlich zu einer Investitionsgenehmigungsbehörde wird.

Um zu der o. g. BGH-Rechtsprechung zur gesteigerten Informations- und Aufklärungspflicht zurück zu kommen: Wie bekannt, besitzt die Kommission bei der Beurteilung dessen, was "Marktüblichkeit" ist, sowohl nach der statischen als auch der dynamischen Begriffsdefinition der staatlichen Beihilfe einen weiten Spielraum. Eine "Ersatzvornahme" dieser Beurteilung durch die handelnden Parteien ist daher rechtlich nicht möglich und wäre auch faktisch mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet, welche zu der mindestens formalen, möglicherweise sogar materiellen Rechtswidrigkeit der Transaktion führen können. Wenn daneben auch nicht durch informelle Voranfragen sondern nur durch förmliche, d. h., damit auch zeitraubende, Verfahren Rechtssicherheit geschaffen werden kann, da nach wohl bisher herrschender Praxis die "Kompetenz Kompetenz" zur Entscheidung beihilferelevanter Sachverhalte bei der EU-Kommission als Gremium liegt, dann ist m. E. die Zeit für eine klärende Mitteilung der EU-Kommission reif, ist doch nur dieses rechtliche Instrument geeignet, Selbstbindung und damit Gleichbehandlung zu erzeugen (EuG, T-214/95 - Het Vlaamse Gewest sowie EuG, T-129/95, T-2/96, T-97/96 - Neue Maxhütte).