

Univ.-Prof. Dr. Koenig

Einführungsreferat zum 2. Berliner Gesprächskreis zum EU-Beihilfenrecht

am 29. Januar 2003

„Durchführung der Negativentscheidung der Kommission und Rückforderung von Dritten“

Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Sie alle kennen den neuen Kommissionsansatz, nach dem unter bestimmten Umständen die Beihilfenrückforderung auch auf Dritte zu erstrecken ist, die das wesentliche Vermögen des Beihilfenempfängers übernommen haben. Generalanwalt Geelhoed hat jüngst diese – gerade für die nationale Insolvenzpraxis einschneidende – Vorgehensweise der Kommission in seinen Schlussanträgen zur Sache Seleco vollumfänglich bestätigt. Im Frühjahr ist das Urteil des EuGH zu dieser Sache zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund möchte ich im Rahmen der für heute Nachmittag gewählten Thematik der Frage nachgehen, wie die Durchführung der Rückforderung von Dritten zu erfolgen hat. Ich möchte versuchen, für die Beantwortung dieser Fragen einige Stichworte zu liefern und hoffe, damit meinen Pflichten als Impulsgeber für die nachfolgende Diskussion Genüge tun zu können. Dabei möchte ich mich von vorneherein als parteiischer Professor outen, da ich Rechtsbeistand der Kommission im CDA-Verfahren vor dem Europäischen Gericht Erster Instanz bin.

Zunächst zur Problemstellung: Unter welchen Voraussetzungen kann eine Inanspruchnahme Dritter erfolgen? Genauso wie die Kommission in den Klageverfahren Se-leco, SMI und CDA unterscheidet der Generalanwalt hierbei zwischen drei Fallgestaltungen:

Erstens: Der Verkauf der Anteile des Unternehmens

Im Fall des Anteilskaufs – also des share deals – folgt die Rückforderung dem Unternehmen. Die Rückforderungsschuld muss folglich erfüllt werden, unabhängig davon, wer das Eigentum an den Gesellschaftsanteilen hält. Denn nicht nur das Unternehmen bleibt identisch, sondern auch dessen Rechtsträger.

Zweitens: Der Verkauf der wesentlichen assets innerhalb verbundener Unternehmen

Der asset deal zwischen verbundenen Unternehmen wird dem share deal gleichbehandelt. Seine Rechtfertigung findet diese Gleichsetzung in der wirtschaftlichen Einheit, die die Verbundunternehmen bilden. Trotz Vermögenstransaktion verbleibt die Beihilfe in dieser wirtschaftlichen Einheit – und zwar unabhängig von der Marktadäquanz des Kaufpreises.

Damit komme ich zur **dritten** Fallgruppe:

Auch bei der Veräußerung der assets außerhalb eines Verbundes kann die Rückforderungslast auf den Dritten übergehen. Zwar soll grundsätzlich die Zahlung eines marktgerechten Übertragungspreises die Rückforderungshaftung ausschließen. In bestimmten Situationen ist dennoch eine Inanspruchnahme des Dritten möglich. Dies ist der Fall, wenn die Umstände der Veräußerung es nahe legen, dass die Kommissionsentscheidung umgangen werden sollte. Indizien hierfür sind der Zeitpunkt der Transaktionen oder die Identität der daran Beteiligten. Ebenso soll eine Rückforderungserstreckung in der Regel im Fall des going concern möglich sein, d.h. wenn der Vermögenserwerber die Geschäftstätigkeit seines Vorgängers fortführt. Denn hier bleibe – in den Worten von Generalanwalt Geelhoed – „die mit öffentlichen Mitteln subventionierte Tätigkeiten mit allen ihren Folgen am Markt bestehen“. [Rn. 82]

Meine Damen und Herren, dies sind die Voraussetzungen, unter denen die nationalen Behörden eine Rückforderungserstreckung vorzunehmen haben. Dabei ist festzuhalten, dass die Konkretisierung der Rückforderungsschuldner nicht allein Aufgabe der Kommission ist. Insbesondere dann, wenn eine Vermögensübertragung nach Erlass der Negativentscheidung erfolgt, hat auch der Mitgliedstaat unter Anwendung der genannten Kriterien zu überprüfen, ob der Vermögenserwerber zur Rückforderung heranzuziehen ist.

Der dargestellte Ansatz von Kommission und Generalanwalt Geelhoed hat zum Teil energischen Widerspruch erfahren. Die Frage, die sich nun aufdrängt, ist die folgende: Wie wird der EuGH entscheiden? Die Beantwortung dieser Frage verlangt hellseherische Fähigkeit, die man – Sie ahnen es – selbst an der Universität nicht erwerben kann. Einige Hinweise seien mir in diesem Zu-

sammenhang dennoch erlaubt: Die Hoffnung, dass der EuGH – wie in verschiedenen Urteilen in jüngerer Zeit – die Kommission in ihre Schranken verweist, könnte sich als trügerisch erweisen. Denn es gilt zu beachten, dass die Vermögenstransfers in den angesprochenen Verfahren zum Teil ganz offensichtlich darauf zielten, das Vermögen vor der Rückforderung in Sicherheit zu bringen. Angesichts dieser Tatsache ist es äußerst unwahrscheinlich, dass sich der EuGH dem Kommissionsansatz völlig verschließen würde. Ansonsten wäre die Umgehung der Rückforderung nur allzu leicht möglich. Auch das Urteil des EuGH in der Sache Banks sollte nicht zu dem Schluss verleiten, der EuGH habe hinsichtlich der Relevanz des Übertragungspreises schon die Weichen gestellt. Zwar hat er dort dargelegt, dass bei Zahlung eines Marktpreises der Veräußerer weiterhin Nutznießer der Beihilfe bleibe. Der EuGH hatte jedoch auch ausge-

führt, dass in diesem Fall die Rückerstattung der Beihilfe nur in erster Linie durch den Veräußerer erfolgen müsse.

Insofern besteht weiterhin ausreichend Argumentationsspielraum für eine Rückforderungserstreckung. Gerade diese Formulierung hatte Generalanwalt Geelhoed in seinen Schlussanträgen aufgegriffen, um die Fälle darzulegen, in denen trotz Zahlung eines Marktpreises die Inanspruchnahme eines Dritten in Frage kommt.

Wir haben uns also darauf einzustellen, dass dieser Ansatz – zumindest dem Grunde nach – Bestand haben wird. Gerade deswegen gilt es, sich mit den zahlreichen Einzelfragen der Rückforderungserstreckung auseinanderzusetzen, von denen ich im Folgenden zwei herausgreifen will.

Dies ist zunächst die Frage nach dem Haftungsverhältnis der Rückforderungsschuldner. In der Entscheidung *Seleco*, die Gegenstand der Schlussanträge von Gene-

ralanwalt Geelhoed war, hatte die Kommission lediglich eine subsidiäre Haftung der Vermögenserwerber angeordnet. In den Klageverfahren betreffend die Entscheidungen SMI und CDA machte die Kommission dagegen deutlich, dass grundsätzlich von einer Gesamtschuld auszugehen sei. Wir haben es mithin mit zwei sich widersprechenden Ansätzen zu tun. Mit dem Standpunkt von Kommission und Generalanwalt Geelhoed verträgt sich eine subsidiäre Haftungsanordnung allerdings nicht. Denn wenn man davon ausgeht, dass die wirtschaftliche Einheit in dem Vermögenserwerber fortlebt, dann bleibt kein Raum für eine Subsidiarität seiner Haftung. Dogmatisch vertretbar wäre allein eine Haftungsbegrenzung auf den Umfang des übernommenen Vermögens. Insoweit ist darauf abzustellen, dass das „Unternehmen“ nur in dem Umfang beim Vermögenserwerber fortlebt, in dem dessen Vermögenswerte übernommen wurden.

Ebenso offen geblieben ist das Verhältnis von Rückforderung und Insolvenz. Im Urteil Tubemeuse aus dem Jahre 1990 hatte der EuGH die Insolvenz über das Vermögen des Begünstigten noch als eine Rückforderungsgrenze angesehen. Der Mitgliedstaat habe insoweit seine Beihilfenrückforderung zur Insolvenztabelle anzumelden. Bevorrechtigte Befriedigungsrechte müssten dem Mitgliedstaat jedoch nicht eingeräumt werden. Diese Grenze haben Kommission und Generalanwalt stillschweigend überschritten. Denn nunmehr haftet auch derjenige, der Vermögensbestandteile im Insolvenzverfahren erwirbt. Sollte die Vorgehensweise der Kommission insoweit Bestand haben, hätte dies weitreichende Folgen für die Insolvenzpraxis. Der potentielle Vermögenserwerber wird dann die Gefahr der Beihilfenrückforderung in seine Due-Diligence-Prüfung einzustellen haben. Dies hat aber zur Folge, dass insbesondere die ü-

bertragende Insolvenz bei einer beihilfenbegünstigten Gesellschaft praktisch kaum mehr möglich sein wird. Dies ist keine befriedigende Lösung des Konflikts zwischen dem gemeinschaftlichen Rückforderungsinteresse und dem Verwertungsinteresse der Gläubiger.

Meine Damen und Herren, dies sind nur ausgewählte Problembereiche des Rückforderungsansatzes. Für den deutschen Rechtsanwender stellt sich daneben die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die Rückforderung gegenüber dem Erwerber erfolgen kann. Die Suche nach etwaigen spezialgesetzlichen Haftungsgründen führt dabei kaum weiter: § 419 BGB ist mit Einführung der Insolvenzordnung zum Jahre 1999 abgeschafft worden. Die §§ 27 und 28 HGB passen genauso wenig auf die vorliegenden Konstellationen, wie der Haftungsdurchgriff im Konzernrecht. § 25 HGB erfasst nur die Fälle, in denen die Firma des Beihilfenadressaten fortgeführt wird. Insofern ist auf die allgemeinen Grundsätze über die

Insofern ist auf die allgemeinen Grundsätze über die ungerechtfertigter Bereicherung nach den §§ 812 ff. BGB zurückzugreifen. Hiernach müsste der Dritte etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Problematisch ist hier, dass der Dritte im Verhältnis zum Vermögensveräußerer über einen Rechtsgrund verfügt. Selbst wenn man dem Gemeinschaftsrecht einen Nichtigkeitsgrund entnehmen wollte, hilft dieser nicht weiter. Denn was müsste der Dritte herausgeben? Die assets des Beihilfenadressaten. Mit anderen Worten: Das, was auf diesem Wege nach § 812 BGB zurückgefordert werden *kann*, ist nicht das, was nach Gemeinschaftsrecht zurückgefordert werden *so!!* Meines Erachtens kommt daher nur folgender Lösungsweg in Betracht: Man stuft den Vermögenserwerber nicht als Dritten, sondern als unmittelbaren Empfänger der Beihilfen ein. Nach dieser Konstruktion ist der Vermögenserwerber als – wie Ehrlicke

es genannt hat – faktischer Beihilfenempfänger aufzufassen. Auf diese Weise würde ein Leistungsverhältnis zwischen Beihilfengeber und Drittem geschaffen, aus dem der Dritte i.S.v. § 812 Absatz 1 BGB „etwas erlangt“ hätte. Auch ein Rechtsgrund würde dann entfallen, weil die Beihilfen unrechtmäßig ausgekehrt wurden. Die Einstufung des Vermögenserwerbers als faktischen Empfänger entspricht dem Haftungsansatz von Kommission und Generalanwalt, nach dem das Unternehmen letztlich beim Vermögensempfänger fortbesteht. Dann besteht aber auch die Empfängereigenschaft beim Erwerber fort. Mithin haften Beihilfenadressat und Vermögenserwerber als tatsächlicher und faktischer Empfänger der Beihilfen gesamtschuldnerisch nach § 812 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Damit möchte ich meine tour d'horizont zu einzelnen Problemen der Rückforderungserstreckung beenden.

Angesichts der Vielfältigkeit der Fragestellungen ist nicht zu erwarten, dass der EuGH in der Sache Seleco das letzte Wort zur Problematik der Rückforderungserstreckung sprechen wird. Insofern werden wir uns darauf einstellen müssen, auch künftig mit dieser Thematik befasst zu werden. Auf der anderen Seite verspricht dies – so hoffe ich zumindest – weiterhin kontroverse und fruchtbare Diskussionen, die ich uns auch für den heutigen Nachmittag wünsche.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!