

Umsetzung von negativen Kommissionsentscheidungen im Beihilfenrecht (Übersicht über Prinzipien sowie Vorschlag etwaiger Diskussionspunkte)

Teil 1: Übersicht über Prinzipien:

A) Grundsätzliche Unterscheidung bei mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfen:

- Bestehende Beihilfen: Umsetzung der Entscheidung durch effektive Änderung des beihilfebegründenden Sachverhalts für die Zukunft (hier nicht weiter betrachtet)
- Neubeihilfen: Umsetzung durch Rückforderung, also mit Wirkung für die Vergangenheit (im folgenden das Thema)

B) Sinn und Zweck der Rückforderung:

- Rückforderung als logische Folge der sich in der Wettbewerbsverfälschung entfaltenden Rechtswidrigkeit der Beihilfe
- Wiederherstellung der früheren Lage, die vor der durch die Beihilfe verursachten Wettbewerbsverfälschung bestand (status quo ante)
- Wird dadurch erreicht, dass Empfänger den Vorteil verliert, den er auf dem Markt gegenüber seinen Konkurrenten besaß

C) Statistik:

- bis 1999: ca. 125 Rückforderungsentscheidungen (50 % zwischen 1996 und 1999)
- in 2000: 12 neue Rückforderungsentscheidungen über insgesamt € 360 Mio.
- in 2001: 20 neue Rückforderungsentscheidungen über insgesamt € 1,1 Mrd.
- derzeit ca. 80 noch offene Rückforderungsfälle

D) Übersicht Verfahrensverordnung 1999:

- Art. 11(2): Anordnung zur vorläufigen Rückforderung
- Art. 14(1): Rückforderungspflicht für Kommission bei unvereinbaren, bereits gewährten Beihilfen. Kommission ordnet an, dass Mitgliedsstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern, es sei denn, die Rückforderung stünde im Widerspruch zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts
- Art. 14(2): Rückforderung mit Zinsen. Angemessener Zinssatz durch Kommission festzusetzen.
- Art. 14(3): unverzügliche Rückforderung nach nationalen Verfahrensregeln, soweit diese die sofortige und effektive Umsetzung der Kommissionsentscheidung ermöglichen
- Art. 15: 10-Jahres-Sperrfrist für Rückforderung seit Beihilfegewährung

E) Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten:

- Unverzügliche Rückforderung nach nationalen Verfahrensregeln (Art. 14 (3) VO)
- Bedingung, dass hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird, insbesondere Ausschöpfen sämtlicher im nationalen Recht zur Verfügung stehender Möglichkeiten, einschließlich vorläufiger Maßnahmen (falls diese Möglichkeiten unzureichend sind: Anwendung der „Factortame“-Grundsätze: Pflicht zur Schaffung solcher Möglichkeiten). Keine Rückzahlung durch Raten, auch wenn Raten selbst marktgerecht verzinst (Fall Kvaerner)
- Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit der Kommission (Art. 10 EG): Mitgliedsstaat muss sich im Fall von Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Rückforderungsentscheidung an die Kommission mit konkreten Vorschlägen wenden (z.B. Fälle Alcan, WestLB). Dabei sollte Einvernehmen der Kommission gesucht werden.

Wenn der Mitgliedsstaat konkrete Vorschläge vorbringt, die seiner Meinung nach eine korrekte Umsetzung darstellen, aber keine Einigung mit der Kommission erzielt werden kann, kann sich der Mitgliedsstaat nicht auf eine korrekte Umsetzung berufen, wenn die Maßnahmen letztlich nicht rechtlich bindend umgesetzt werden (Fall WestLB). Nur wenn die Maßnahmen tatsächlich erlassen und rechtlich bindend sind, kann der Gerichtshof im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens prüfen, ob diese eine korrekte Umsetzung darstellen.

- Verteidigungsmöglichkeiten gegen Rückforderung:
 - Keine Rückforderung, falls in Widerspruch zu einem allgemeinem Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts: Vertrauensschutz (aber enge Auslegung durch EuGH wegen Notifizierungserfordernis, praktisch nur denkbar, wenn von Verhalten der Kommission selbst abgeleitet, z.B. sehr lange Untersuchungsdauer, sehr ähnlich zu bereits genehmigtem Fall)
 - Tatsächliche Unmöglichkeit (politische, technische oder rechtliche Schwierigkeiten aber nicht ausreichend; der Vorwurf angeblicher mangelnder Kooperation der Kommission („Zurückweisung des Umsetzungsvorschlags mit pauschaler Kritik“) genügt nicht)

F) Höhe der Rückforderung (Art. 14(2) VO):

- Rückforderung mit Zinsen seit Gewährung der Beihilfe (seit die Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung steht)
- Welcher Zinssatz (Crédit Mutuel, zuvor keine einheitliche Praxis)?
 - Compound interest rate
 - Anwendung des mittelfristigen (= fünfjährigen) Referenzzinssatzes des Jahres, in dem die Beihilfe gewährt wurde (nach fünf Jahren erneute Anwendung des dann geltenden Referenzzinssatzes für fünfjährige Darlehen)
 - Ratio: Beihilfe ist wie ein Darlehen an das Unternehmen, das dieses investieren kann. Marktüblich für Investitionsentscheidungen ist ein mittelfristiger (fünfjähriger) Zeithorizont, da normalerweise auch bei längeren Laufzeiten Anpassungsklauseln für Zeit nach 5 Jahren vereinbart werden. Angesichts dieses Marktbefunds eignet sich also der mittelfristige Referenzzinssatz am besten für die Wiederherstellung der vor der Beihilfegewährung bestehenden Situation. Hierdurch erfolgt automatisch die Berücksichtigung von Zinseszinsen.

G) Rolle der nationalen Gerichte:

- Unmittelbare Anwendbarkeit / Sperrwirkung des Art. 88(3) EG
- Rückforderungsanordnung im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes auch bei nur formeller Rechtswidrigkeit der Beihilfe (Verletzung der Notifizierungspflicht)

H) Sondersituation: Rückforderung bei Insolvenz:

- Ca. ein Drittel aller Rückforderungsfälle
- Reicht Vermögen des Empfängers nicht aus, wird dem Ziel der Rückforderung durch die Liquidation des Unternehmens Rechnung getragen, weil die (geschädigten) Wettbewerber die frei werdenden Marktkapazitäten nutzen und die Vermögenswerte des zu liquidierenden Beihilfeempfängers erwerben können.
- Mitgliedsstaat muss seine Forderung so effektiv wie möglich gemäß den nationalen Insolvenzvorschriften geltend machen und im Insolvenzverfahren registrieren lassen (Privatgläubigertest)
- Problem: Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter in einer „Auffanggesellschaft“ führt zu Verlängerung der wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen der illegalen Beihilfe. Mitgliedsstaat muss Handlungsweise des

Insolvenzverwalters analysieren und bekämpfen, falls Beihilfenrückforderung dadurch unterlaufen wird. Kriterien:

- Kosten der Fortführung müssen in angemessenem Verhältnis zu erwartetem Verkaufsergebnis stehen
- Keine Gewährung von weiteren staatlichen Beihilfen an die Auffanggesellschaft (Deggendorf-Prinzip)
- Fortführung ist auf das zeitlich unbedingt erforderliche Maß beschränkt
- Abwägung der Vorteile (v.a. Chance eines höheren Verkaufsergebnisses) und Nachteile (v.a. Aufrechterhaltung der Wettbewerbsverzerrung)

I) Sondersituation: Rückforderung bei Beihilferegelungen

- Mitgliedsstaat muss alle Begünstigten identifizieren (z.B. bei steuerlichen Regelungen)
- De minimis Beihilfen bezüglich einzelner Begünstigter müssen dabei nicht zurückgefordert werden (Fall Maribel)
- Beihilfen zugunsten einzelner Unternehmen können gegebenenfalls aufgrund nachfolgender Kommissionsentscheidungen oder Freistellungsverordnungen vereinbar werden (Fall baskischer Steuerregelungen)
- Keine Rückforderung nötig, soweit Begünstigte den innergemeinschaftlichen Handel nicht beeinflussen (Fall Venezia Chioggia). Mitgliedsstaat kann ausnahmsweise derartige Begünstigte aufgrund abstrakter Kriterien bestimmen.

J) Passivlegitimation bei der Rückforderung nach Fallgruppen

- Grundsatz: Rückforderung findet beim (solventen) Empfänger statt und folgt im Falle eines Verkaufs (share deal) dem begünstigten Unternehmen (Übergang des Eigentums ist irrelevant), unabhängig von der Berücksichtigung der Rückforderungsschuld bei der Festlegung der Verkaufsbedingungen (dies ist Aufgabe bzw. Teil der due diligence)
[anders der EuGH in der Rs. Bolzano: wenn ein marktgerechter Kaufpreis gezahlt wird, sind die Wettbewerbsverzerrungen beseitigt und die Rückforderung ist ausgeschlossen; dies wurde von der Kommission in der mündlichen Verhandlung in der Rs. SMI aufs Schärfste bekämpft]
- Sonderfall Insolvenz: In einem Insolvenzscenario bestehen besondere Anreize für die Betroffenen, den negativen Folgen der Rückforderung durch Verkauf der profitablen Unternehmensbereiche an andere Rechtsträger bzw. Verschiebung der Insolvenzmasse auszuweichen. Zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit ist daher gegebenenfalls die Rückforderung von vom ursprünglichen Beihilfeempfänger verschiedenen Rechtssubjekten geboten. Mehrere Rückforderungsschuldner haften grundsätzlich gesamtschuldnerisch, es sei denn, der jeweilige aus der Beihilfe gezogene Nutzen lässt sich zweifelsfrei identifizieren und quantifizieren. Eine Haftungsbegrenzung auf den Wert der übertragenen Vermögenswerte kommt in Betracht beim Verkauf an ein mit dem Erstbegünstigten der Beihilfe nicht verbundenes Unternehmen.

Es lassen sich die folgenden Fallgruppen bilden:

- Verkauf der Anteile des Unternehmens (share deal): Rückforderung bleibt beim Unternehmen (also keine Haftung eines Dritten).
[Ein noch offenes Problem ist hier, was passiert, wenn das erworbene Unternehmen in dem bisherigen Unternehmen des Erwerbs aufgeht? Kommt es dabei zur Infizierung des gesamten Unternehmens oder zu einer Begrenzung der Rückforderung auf die Höhe des Kaufpreises?]
- Verkauf einzelner Vermögensgegenstände an Dritte ohne Fortführung der spezifischen Geschäftstätigkeit (reiner asset deal): Rückforderungsschuld bleibt beim begünstigten Unternehmen (also keine Haftung eines Dritten). Verkaufserlös tritt an

die Stelle der Aktiva. Wenn Verkauf der Aktiva unter Marktpreis, Prüfung separater Neubehilfe an Erwerber und gegebenenfalls Rückführung an Veräußerer

- Verkauf von gebündelten Vermögensgegenständen (asset deal) innerhalb einer verbundenen Unternehmensgruppe: „Umgehungsansatz“: Aufgrund der verbundspezifischen Zusammenhänge besteht die objektiv begründete Vermutung, dass durch den Transfer der Unternehmensaktiva die Entscheidung über die Beihilfenrückforderung unterlaufen würde. Begünstigung und Rückforderungsanordnung erstrecken sich auf alle Teilunternehmen der Gruppe, die die Geschäftstätigkeit mit Hilfe der übertragenen Produktionsmittel fortführen. Fälle: Intermills, Seleco, Gröditzer Stahlwerke, CDA Albrechts. Auf eine etwaige Marktgerechtigkeit des Verkaufspreises kommt es nicht an, da kein Verkauf über den Markt.
- Verkauf von gebündelten Vermögensgegenständen (asset deal) an Dritte bei Fortführung der Geschäftstätigkeit: Aufgrund des Wechsels des Unternehmensträgers und mangels wirtschaftlicher Integration in Unternehmensverbund besteht keine objektive Vermutung für die Umgehung der Rückforderungsentscheidung. Der Umgehungstatbestand ist vielmehr durch das Vorliegen verschiedener objektiver Kriterien gekennzeichnet, bei deren Vorliegen von einer objektiven Gefahr der Umgehung der Rückforderungsentscheidung auszugehen ist (Katalog ist nicht abschließend, es erfolgt wertende Gesamtbetrachtung der Umstände der Transaktion, Fall SMI):
 - Gegenstand der Übertragung (gebündelter Verkauf legt zunächst den Verdacht der Umgehung nahe)
 - Marktüblicher Übertragungspreis (für sich alleine aber nicht ausreichend, da Wettbewerbern Zugang zu den beihilfebehafteten Vermögensgegenständen gegeben werden muss, um die Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen)
 - Verkauf über den Markt (Zugangsmöglichkeit für alle Wettbewerber zu gleichen Bedingungen in einem transparenten und offenen Bietverfahren)
 - Keine Identität der Eigentümer (bei Identität verstärkter Verdacht der Umgehung)
 - Zeitlicher Zusammenhang des Verkaufs mit Beihilfeverfahren (verstärkter Verdacht insbesondere nach Verfahrenseröffnung)

K) Mögliche Formen der Rückforderung:

- Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben: „sofortige und effektive Vollstreckung“
- Rückforderung darf selbstverständlich reversibel sein, wichtig insbesondere bei Rechtsstreit. Mitgliedsstaat hat grundsätzlich Ermessen bei Wahl der Form der Rückforderung. Rückforderung darf aber keine neuen Beihilfelemente enthalten.
- Regelfall: Rückforderung „in cash“
- Sonderfall (v.a. bei öffentlichen Unternehmen): keine Rückforderung „in cash“, sondern nach logischer Sekunde Reinvestition des zurückzufordernden Betrages in das Unternehmen mittels Einräumung von zusätzlichen Anteilen an den Beihilfegeber (Umwandlung der Rückforderungsverbindlichkeit in Eigenkapital):
 - Maßstab ist Marktinvestortest
 - Maßnahme muss die gleiche Wirkung haben wie Rückerstattung durch die Übertragung von cash
 - Nach Art. 10 EG muss der Mitgliedsstaat der Kommission alle Informationen zur Verfügung stellen, die ihr die Nachprüfung ermöglichen, dass diese Maßnahmen geeignet sind, das von der Entscheidung vorgeschriebene Ergebnis unter voller Wahrung des Gemeinschaftsrechts zu erreichen (Fall WestLB)
 - Im Regelfall Beihilfeverdacht hinsichtlich sofortiger Reinvestition unter diesen Umständen

- Bei Beihilfeverdacht Notwendigkeit der Notifizierung an die Kommission und gegebenenfalls Einleitung eines Prüfverfahrens. Dies steht im Widerspruch zur Vorgabe einer „sofortigen und effektiven Vollstreckung“
- Bei Beihilfeverdacht / Notwendigkeit der Eröffnung eines Prüfverfahrens ist somit Rückforderung durch sofortige Reinvestition des zurückzufordernden Betrages in das betreffende Unternehmen selbst bei Einräumung neuer Anteile keine ordnungsgemäße Umsetzung (Fall WestLB)
- Nur wenn Konditionen der Reinvestition ohne jeden Zweifel marktmäßig sind, ist dieser Weg gangbar. Keinesfalls darf die Rückforderung verschoben werden, bis die Kommission in einem Prüfverfahren zu einer Endentscheidung darüber gelangt ist, ob die Reinvestition tatsächlich eine Beihilfe darstellt.

L) Möglichkeiten der Kommission zur Sicherstellung der Effektivität der Rückforderung:

- Kommission benennt bereits in ihrer Entscheidung klar die Begünstigten bzw. Schuldner der Rückforderung (siehe z.B. Fälle CDA, SMI) sowie den Rückforderungsbetrag (z.B. Methode der Zinsberechnung)
- Sog. „Deggendorf-Doktrin“: Möglichkeit, den Mitgliedsstaat zu verpflichten, die Auszahlung von vereinbarten Beihilfen aufzuschieben, bis die Rückforderung von zuvor gewährten unvereinbaren Beihilfen erfolgt ist. Dabei Voraussetzung einer gewissen Kumulationswirkung zwischen erster und zweiter Beihilfe
- Kommission leitet bei Missachtung der Rückforderungspflicht Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedsstaat ein (zunächst direkt auf Basis von Art. 88(2) EG, weitere Maßnahmen möglich gemäß Art. 228(2) EG)

Teil 2: Vorschlag etwaiger Diskussionspunkte

Vertrauensschutz:

- Ist die Alcan-Rechtsprechung sachgerecht?
- Besteht bei Rückforderung nach dem Verfahrensrecht verschiedener Mitgliedsstaaten (immer noch) unterschiedliches Maß an Vertrauensschutz?
- Falls ja, besteht Bedürfnis nach (weiterer) Vergemeinschaftung des Vertrauensschutzes?

„Umgehungsansatz“ der Kommission bei Insolvenzfällen (Rückforderung von Dritten):

- Wie ist die Verschärfung der Kommissionshaltung in den Entscheidungen Gröditzter, Seleco, CDA und SMI zu bewerten?
- Wird das Insolvenzverfahren unangemessen beeinträchtigt?
- Besteht ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit für die Erwerber von Vermögensgegenständen?
- Wenn nein, durch welche zusätzlichen oder alternativen Kriterien ließe sich die Rechtssicherheit verbessern?

„Auffanglösung“ (Fortführung der Geschäftstätigkeit ohne Verkauf der Vermögensgegenstände) bei Insolvenzfällen:

- Die praktische Wirksamkeit der Kommissionsentscheidung bei einer unvollständigen Rückforderung in einem Insolvenzfall realisiert sich maßgeblich durch die Einstellung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, da die in der Vergangenheit geschädigten Konkurrenten die entstehende Marktlücke auffüllen und die Vermögensgegenstände des Beihilfeempfängers erwerben können/sollen.
- Wie lässt sich bei einer „Auffanglösung“ der Konflikt mit diesem Grundsatz des Beihilfenrechts lösen? Unter welchen Voraussetzungen ist die etwaige Fortführung der Geschäftstätigkeit ohne Verkauf der Vermögensgegenstände „über den Markt“ in der Hoffnung auf eine Verbesserung der Geschäftslage mit dem Beihilfenrecht vereinbar?

Voraussetzungen der Rückforderung in nicht-barer Form:

- Ist eine direkte Auswirkung der Rückforderung auf die Kostensituation des Unternehmens bei sofortiger Reinvestition des Rückforderungsbetrages zu fordern?
- Anwendung des Marktinvestortests auf Reinvestition des Rückforderungsbetrages: Wie lässt sich Missbrauch in solchen Konstellationen ausschließen? Sollte Kommission in diesen Fällen wegen der besonderen Missbrauchsgefahr besonders streng sein?
- Unter welchen Voraussetzungen besteht von vornherein kein Beihilfeverdacht? (Nur wenn die Kommission im Vorprüfverfahren keine Zweifel hat, kann nicht-bare Umsetzung als ordnungsgemäße Umsetzung anerkannt werden.)

Rückforderung und Pflicht des Unternehmens zur Bildung von Rückstellungen nach Art. 249 HGB

- Ab wann entsteht die Pflicht des Unternehmens zur Bildung von Rückstellungen: Mit der Kommissionsentscheidung, mit Erlass des nationalen Rückforderungsbescheids oder erst mit deren Bestandskraft?
- Gegebenenfalls: Welche Konsequenzen bestehen, wenn durch die Bildung von Rückstellungen die Insolvenz des Unternehmens wegen Überschuldung ausgelöst wird, die Kommissionsentscheidung und/oder der nationale Rückforderungsbescheid später aber gerichtlich aufgehoben werden?