

Zivilrechtliche Wirkungen von Verstößen gegen das EU-Beihilferecht

von RiBGH Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch, Karlsruhe/Berlin

Verstöße gegen das EU-Beihilferecht haben sowohl den EuGH als auch die nationalen deutschen Gerichte immer wieder beschäftigt. In der Vergangenheit lag der Schwerpunkt der Betrachtung aber immer bei der Umsetzung einer so genannten Negativentscheidung der EU-Kommission und den Möglichkeiten einer Rücknahme von Subventionsbescheiden. In drei neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wird deutlich, dass Verstöße gegen das EU-Beihilferecht auch sehr einschneidende zivilrechtliche Folgerungen haben können. Die Entscheidungen sind teilweise auf Kritik gestoßen. Dem geht der nachfolgende Beitrag nach.

I.

EU-Vorgaben

1. Inhaltliche Vorgaben

Wenn sich Unternehmen in bestimmten Gegenden eines Landes nicht ansiedeln wollen oder wenn sie Not leidend werden, sind staatliche Stellen immer wieder versucht, durch indirekte oder direkte staatenfinanzielle Unterstützung Anreize für die Ansiedlung in bestimmten Gebieten zu schaffen oder die Arbeitsplätze des Not leidend gewordenen Unternehmens abzusichern. Solche finanziellen Unterstützungen (Beihilfen) stellen aber eine Gefahr für den freien Wettbewerb

dar, weil sie dem begünstigten Unternehmen eine günstigere finanzielle Ausgangslage verschaffen als solchen Unternehmen, die derartige Beihilfen nicht erhalten. Aus diesem Grund verbietet Art. 87 Abs. 1 EG alle Beihilfen, die den Wettbewerb zwischen Unternehmen verfälschen oder zu verfälschen drohen, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Allerdings werden von diesem Verbot nicht alle Beihilfen erfasst. Nach Art. 87 Abs. 2 EG sind zulässig Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (Buchst. a)), Beihilfen zur Beseitigung von Schäden aus Naturkatastrophen (Buchst. b)) und Beihilfen für bestimmte Gebiete, die durch die Teilung Deutschlands betroffen sind. Ferner können Ausnahmen zugelassen werden nach Art. 87 Abs. 3 EG zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht (Buchst. a)), Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben vom gemeinsamen europäischen Interesse oder zur Behebung einer erheblichen Störung des Wirtschaftslebens eines Mitgliedsstaats (Buchst. b)), Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, sofern die Handelsbedingungen dadurch nicht in einer Weise verändert werden, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft (Buchst. c)), zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft (Buchst. d)) und sonstige Beihilfen, die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt (Buchst. e)). Die inhaltlichen Einzelheiten sollen im vorliegenden Beitrag nicht weiter vertieft werden. Hierfür genügt die Feststellung, daß Beihilfen grundsätzlich unzulässig sind und nur im Ausnahmefall gewährt werden dürfen.

2. Notifikation, Stand-Still

Die materiellen Vorgaben des Art. 87 EG gelten für alle Beihilfen. Es macht insoweit keinen Unterschied, ob es sich um eine bestehende oder um die Einführung einer neuen oder die Änderung einer alten Beihilfe handelt. Für bestehende Beihilfen belässt es der EG-Vertrag bei der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Einhaltung dieser Kriterien bewenden. Anders ist es dagegen bei der Einführung neuer oder der Änderung bestehender Beihilfen. Hier sieht der EG-Vertrag eine zusätzliche verfahrensrechtliche Absicherung vor. Dies hat seinen Grund darin, dass die Einhaltung der inhaltlichen Vorgaben des Art. 87 EG ganz entscheidend von der wertenden Ausfüllung einer Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe abhängt. Über deren Ausfüllung kann man unterschiedlicher Auffassung sein. Und es besteht die Gefahr, daß Mitgliedsstaaten ohne eine verfahrensrechtliche Absicherung eine Auslegung vor allem dann interessengetrieben vornehmen, wenn ihr Wunsch, etwas für strukturell benachteiligte Gebiete zu tun oder die Arbeitsplätze zu erhalten, besonders dringlich ist. Das kann dazu führen, dass materiell unzulässige Beihilfen gewährt werden, die dann nach Feststellung ihrer Unzulässigkeit aber nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Das würde die Wirksamkeit des Vertrags in Frage stellen. Um das zu verhindern, sieht Art. 88 Abs. 3 EG vor, dass die Mitgliedsstaaten die Einführung neuer oder die Änderung alter Beihilfen der EU-Kommission anzuzeigen haben und, Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, dass sie neue Beihilfen oder die Änderung alter Beihilfen nicht einführen dürfen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat. Die Mitgliedsstaaten sind also zur Notifikation und vor allem zur Einhaltung eines Stand-Still verpflichtet. Diese Stand-Still-Verpflichtung wird durch Art. 4 BVVO¹ näher ausgeformt. Nach Art. 4 Abs. 6 BVVO gilt eine Beihilfe als von der Kommission gebilligt, wenn die Kommission nicht innerhalb von 2 Monaten ab Einreichung

einer nach Maßgabe von Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG i.V.m. Art. 4 Nr. 7 BVVO vollständigen Notifikation eine Entscheidung erlassen hat. Die Mitgliedsstaaten haben also einen Stand-Still von mindestens 2 Monaten einzuhalten. Dieser verlängert sich, wenn die Kommission nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 4 BVVO nach vorläufiger Prüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein Prüfverfahren einzuleiten und die angekündigte Beihilfe oder Beihilfenänderung näher zu überprüfen ist. In diesem Fall ist die endgültige Entscheidung abzuwarten. Diese Stand-Still-Verpflichtung bedarf keiner Umsetzung durch eine Entscheidung der Kommission oder einem anderen Sekundärrechtsakt. Sie gilt vielmehr unmittelbar kraft EU-Vertrags.²

3. Zuständigkeiten

Die materiellen Vorgaben des Art. 87 EG für die Ausreichung von Beihilfen und die Notifikations- und Stand-Still-Verpflichtung haben die Mitgliedsstaaten bei der Entwicklung neuer und der Änderung alter Beihilfen zu beachten. Die Entscheidung darüber, ob eine neue oder eine geänderte alte Beihilfe den materiellen Vorgaben des EU-Vertrages entspricht, liegt allein bei der Kommission und kann nur vom EuGH überprüft werden.³ Die Mitgliedsstaaten haben keine Kompetenz, in der Sache selbst zu entscheiden, ob die Vorgaben gegeben sind oder nicht. Die Einhaltung der Notifikations- und Stand-Still-Verpflichtung kann die Kommission nur im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens zum Gegenstand einer Überprüfung machen. Sie hat dagegen nicht das Recht, eine Beihilfe allein deshalb zu beanstanden, weil der betreffende Mitgliedstaat sie, ohne Notifikation und

¹ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages vom 22. März 1999, ABl. EG Nr. L 83 S. 1

² EuGH, Rs. 120/73, Slg. 1973, 1471, 1483, Rdn. 8

³ EuGH Rs. C-261/01, EuZW 2004, 87, 90 Rdn. 45; Rs. C-354/90, NJW 1993, 49, 50 Rdn. 9;

ohne die Stand-Still-Verpflichtung abzuwarten, einfach eingeführt hat.⁴ Die Überprüfung einer Beihilfe richtet sich allein nach den inhaltlichen Kriterien des Art. 87 EG. Das bedeutet aber nicht, dass die Verletzung der Stand-Still- und der Notifikationsverpflichtung durch die Mitgliedsstaaten sanktionslos wären. Vielmehr sind die Gerichte der Mitgliedstaaten nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH aufgefordert, alle nach nationalem Recht möglichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Stand-Still-Verpflichtung durchzusetzen.⁵

II.

Wirkungen einer Negativentscheidung der EU-Kommission

1. Inhalt der Entscheidung

Das Verfahren nach Art. 87, 88 EG zur Überprüfung einer mitgliedstaatlichen Beihilfe kann ein unterschiedliches Ergebnis haben. Es kann zu der Feststellung führen, dass die beabsichtigte Beihilfe oder Beihilfenänderung in Übereinstimmung mit den Vorgaben des EG-Vertrages steht. In diesem Fall stellt die EU-Kommission nach Art. 3 Abs. 3 BVVO die Übereinstimmung mit dem gemeinsamen Markt fest. Eine solche Entscheidung nennt man Positiventscheidung, auch wenn die BVVO sie als eine Entscheidung, keine Einwände zu erheben, bezeichnet. Das Verfahren kann aber auch zu dem problematischeren Ergebnis führen, dass die beabsichtigte Beihilfe oder Beihilfenänderung im Widerspruch zu den Bestimmungen des gemeinsamen Marktes besteht, EG-rechtlich also unzulässig ist. Der Tenor einer solchen Negativentscheidung erschöpft sich im Ideal-

⁴ EuGH, Rs. C-142/87, EuZW 1990, 224, Rn. 15 ff.; Rs. C-354/90, NJW 1993, 49, 50 Rdn. 13; Rs. 39/94, EuZW 1996, 564, 567, Rdn. 43; Rs. 261/01, EuZW 2004, 87, 91, Rdn. 76

⁵ EuGH, Rs. 17/91, Slg. 1992 I, 6523, 6555, Rdn. 30; Rs. C-354, NJW 1993, 49, 50, Rdn. 12; Rs. C-39/94, EuZW 1996, 564, 569, Rdn. 67; Rs. C-261/01, EuZW 2004, 87, 91, Rdn. 64

fall in dieser Feststellung. Das setzt allerdings voraus, dass sich der Mitgliedsstaat vorher vertragskonform verhalten und insbesondere seine Stand-Still-Verpflichtung aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG eingehalten hat. In vielen Fällen geschieht dies nicht. Hat der Mitgliedsstaat seine Stand-Still-Verpflichtung verletzt, dann erschöpft sich der Ausspruch einer Negativentscheidung nicht nur in der Feststellung der materiellen EG-Rechtswidrigkeit der Beihilfe. Vielmehr kann und muss die EU-Kommission den Mitgliedstaat nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BVVO auffordern, die Beihilfe zurückzufordern. Sie sieht davon nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 BVVO ab, wenn die Rückforderung gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde. Die EU-Kommission wäre deshalb im Rahmen ihres Ermessens⁶ in der Lage, die Rückforderung ganz oder teilweise etwa im Blick auf den Vertrauensschutz⁷, das Verhältnismäßigkeitsprinzip⁸ oder die Unmöglichkeit der Rückforderung⁹ einzuschränken. Der EuGH geht aber davon aus, dass ein Unternehmen bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns in der Lage ist, einen Verstoß gegen das Beihilfenrecht festzustellen.¹⁰ Den wichtigsten Fall des Vertrauensschutzes, nämlich das Verstreichen eines langen Zeitraums, hat Art. 15 Abs. 1 BVVO gesetzlich ausgeformt. Danach kommt eine Rückforderungsentscheidung der Kommission nur für die Dauer von 10 Jahren seit ihrer Gewährung in Betracht. In anderen Fällen wird deshalb nur selten Veranlassung dafür bestehen, von einer Rückforderung abzusehen. Das gilt auch für den fall der Unmöglichkeit, auf den sich Mitgliedstaaten gerne berufen. Er wird von dem EuGH nur selten anerkannt.¹¹

2. Aufhebung von Bewilligungen

⁶ EuGH Rs. 310/85, NJW 1987, 3072, 3073, Rdn. 24; Rs. C-295/97, EuZW 1999, 534, 538, Rdn. 66

⁷ Mederer in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EGV, 6. Aufl., Art. 88 Rdn. 67

⁸ EuGH Rs. C-295/97, EuZW 1999, 534, 538, Rdn. 66

⁹ EuGH, Rs. 52/84, Slg. 1986, 89, 104, Rdn. 13 f.; Rs. 94/87, EuZW 1990, 387, Rdn. 8; Rs. C-183/91, EuZW 1993, 705, Rdn. 10; Rs. C-295/97, EuZW 1999, 534, 540, Rdn. 87

¹⁰ EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990 I S. 3437, 3457, Rdn. 14

Die Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, Beihilfeentscheidungen der Kommission wie jede andere Entscheidung nach dem EG-Vertrag in nationales Recht umzusetzen. Erschöpft sich der Tenor einer Negativentscheidung in der Feststellung der EG-Rechtswidrigkeit der Beihilfe, so besteht die Umsetzung durch den Mitgliedsstaat darin, von der beabsichtigten Beihilfe oder Beihilfenänderung Abstand zu nehmen. Hat die EU-Kommission den Mitgliedsstaat, wie so oft, zusätzlich aufgefordert, eine stand-stillwidrig ausgereichte Beihilfe zurückzufordern, ist der Mitgliedsstaat gehalten, diese Rückforderungsverpflichtung praktisch umzusetzen. Welche Maßnahmen dazu erforderlich sind, hängt von dem nationalen Recht¹² und von der technischen Ausgestaltung der Beihilfe ab. Besteht sie in der Gewährung einer Subvention oder eines zinsgünstigen Darlehens, richtet sich die Rückabwicklung nach der sog. 2-Stufen-Theorie. Danach wird ein solches Darlehen in 2 Stufen gewährt: Auf einer ersten Stufe erfolgt öffentlich-rechtlich eine Bewilligung des Darlehens über der Subvention durch Bescheid. In einer zweiten Stufe wird das Darlehen oder die Subvention zivilrechtlich aufgrund eines Darlehens oder Schenkungsvertrags ausgereicht. Die Rückforderung erfolgt auf gleichem Wege. Grundsätzlich ist zunächst die Subventions- oder Darlehensbewilligung zurückzunehmen. Dies richtet sich nach § 48 VwVfG und den entsprechenden Vorschriften des Landesrechts, wenn es sich um eine nach Landesrecht bewilligte Beihilfe handelt.¹³ Sollten Sondertatbestände wie der frühere § 49a BHO bestehen, wären diese heranzuziehen. Die Rücknahmetatbestände sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass eine Rückforderung der EG-rechtswidrigen Beihilfe effektiv erreicht werden kann.¹⁴ Das bedeutet auch, dass das Interesse der EU an der Durchsetzung des ge-

¹¹ vgl. hierzu EuGH Rs. C-295/97, EuZW 1999, 534, 540 Rdn. 89 f.; Rs. C-404/97, Slg. 2000 I, 4897, 4937, Rdn. 53

¹² EuGH, Rs. 5/89, NVwZ 1990, 1161, Rdn. 12; BVerwG, BVerwGE 75, 357, 360; 92, 81, 82

¹³ BVerwG, BVerwGE 92, 81, 82

¹⁴ EuGH, Rs. 94/87, EuZW 1990, 387, Rdn. 12; Rs. C-404/97, Slg. 2000 I, 4897, 4938, Rdn. 55

meinschaftsrecht in der Regel dem schützenswerten Vertrauen des Unternehmens vorgeht und ein Rückforderung gleichwohl erfolgt.¹⁵ Nicht immer erfolgen staatliche Beihilfen auf dem geschilderten einfachen Weg.¹⁶ Beihilfen können auch subtiler angelegt sein und etwa die Form von Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand an privaten Unternehmen annehmen. In einem solchen Fall fehlt meist ein rücknahmefähiger Bewilligungsbescheid. Hier wäre die Rückforderung in der Form vorzunehmen, dass zivilrechtlich die vorgenommene EG-rechtswidrige Kapitalbeteiligung wieder beendet wird.

3. Nichtigkeit von zivilrechtlichen Umsetzungsgeschäften?

Bei der Diskussion um die Rücknahme von EG-rechtswidrigen Beihilfebewilligungsbescheiden ist man stets davon ausgegangen, daß die der Umsetzung dieser Bescheide dienenden zivilrechtlichen Geschäfte wirksam sind. Dies erweist sich im Ergebnis als zutreffend. Ganz selbstverständlich ist das aber nicht. Immerhin untersagt Art. 87 EG den Mitgliedsstaaten Beihilfen, die seinen Anforderungen nicht entsprechen. Es ist deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen, in Art. 87 EG selbst ein Verbotsgesetz zu sehen, das zivilrechtliche Geschäfte zur Umsetzung EG-rechtswidriger Beihilfen zu Fall bringt. Dagegen würde auch nicht unbedingt sprechen, dass die Vorschrift von unbestimmten Rechtsbegriffen abhängt. Denn das ist auch bei anerkannten Verbotsgesetzen der Fall. Gegen die Annahme eines Verbotsgesetzes spricht aber die Entscheidungsprerogative der EU-Kommission. Wäre Art. 87 EG unmittelbar selbst Verbotsgesetz, wäre er von den nationalen Gerichten und anderen Stellen der Mitgliedsstaaten in den dort anhängigen Verfahren anzuwenden. Damit hätten die nationalen Gerichte und die anderen entscheidenden Stellen der Mitgliedsstaaten darüber zu

¹⁵ BVerwG, BVerwGE 92, 81, 85

¹⁶ Vgl. dazu Kiethe, RIW 2003, 782,

entscheiden, ob eine einzelne Beihilfe gegen Art. 87 EG verstößt oder nicht. Dies kann zu divergierenden Entscheidungen führen. Die nationalen Gerichte der Mitgliedsstaaten haben zwar die Möglichkeit und, als letztentscheidende Instanzen auch die Verpflichtung, Fragen der Auslegung von Art. 87 EG dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 234 EG vorzulegen. In diesem Verfahren lässt sich aber nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht klären, ob eine konkrete Beihilfe gegen Art. 87 EG verstößt.¹⁷ Die Entscheidung darüber ist aber, und das ist das Wesentliche, in Art. 88 EG ausschließlich der Kommission und, wenn ihre Entscheidungen zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden, dem EuGH zugewiesen. Das führt dazu, wie der BGH in seinem Urteil vom 4. April 2003¹⁸ klargestellt hat, dass Art. 87 EG selbst kein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB ist. Aus der vorgenannten Entscheidung ergibt sich allerdings auch, dass ein Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig ist, wenn es einer Entscheidung der EU-Kommission, die eine bestimmte Beihilfe für rechtswidrig erklärt, widerspricht.¹⁹ Da Art. 87 EG erst durch eine solche Entscheidung der EU-Kommission unmittelbar wirkt²⁰ und dann zu einem Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB wird, wirkt die Entscheidung der EU-Kommission nicht zurück.²¹ Welche Folgen sie für solche Verträge hat, entscheiden die Gerichte der Mitgliedstaaten in eigener Verantwortung.²² Nach deutschem Recht werden vor einer Kommissionsentscheidung vorgenommene Rechtsgeschäfte werden mangels Rückwirkung nicht wegen der darin enthaltenen Beanstandung unwirksam. Sie bleiben vielmehr grundsätzlich wirksam. Das gilt aber nur im Hinblick auf den inhaltlichen Verstoß gegen Art. 87 EG. Anders

¹⁷ EuGH, Rs. C-295/97, EuZW 1999, 530, 532 Rdn. 32 f., 50

¹⁸ V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445; ebenso: BGH, Urt. v. 20. Januar 2004, XI ZR 53/02, EuZW 2004, 252, 253

¹⁹ BGH, Urt. v. 4. April 2004, V ZR 314/02, EuZW 2004, 444, 445 li Sp. sub (1), Kiethe, RIW 2003, 782, 783

²⁰ EuGH, Rs. 77/72, Slg. 1973, 611, 622, Rdn. 6; Rs. 78/76, Slg. 1977, 595, 610, Rdn. 10

²¹ BGH, Urt. v. 4. April 2004, V ZR 314/02, EuZW 2004, 444, 445 li Sp. sub (1)

²² EuG, Rs. T155/96 R, Slg. II 1996, 1657, 1666, Rdn. 26

liegt es bei dem formalen Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften des Art. 88 EG.²³

III.

Wirkungen eines Verstoßes gegen die Stand-Still-Pflicht

1. Rechtsprechung des BGH

a) Grundsatz

Aus deutscher Sicht ist die angesprochene Unterscheidung, ja die Frage, ob Art. 88 EG überhaupt ein Verbotsgesetz darstellen kann, eher überraschend. Art. 88 EG bestimmt nämlich, anders als Art. 87 EG, nicht die inhaltlichen Anforderungen an Beihilfen, sondern „nur“ das hierbei zu beobachtende Verfahren. Verfahrensvorschriften sind aber normalerweise wertneutral; sie verbieten oder erlauben ein auch rechtsgeschäftliches Verhalten der Parteien nicht. Deshalb werden Verbotsgesetze in Deutschland regelmäßig (nur) aus materiellen Vorschriften abgeleitet, denen man eine Aussage zum Erlaubtsein oder Verboten-sein eines bestimmten auch rechtsgeschäftlichen Handelns überhaupt entnehmen kann. Das mag der Grund dafür sein, weshalb sich die Frage nach dem Verbotsgesetzcharakter des Art. 88 EG in der deutschen Rechtspraxis bisher nicht gestellt hat. Gelegenheit hierzu gab es vielfach, da nicht zuletzt auch in Deutschland recht häufig gegen die Stand-Still-Pflicht verstoßen worden ist. Gerade der Fall, der dem BGH erstmals Gelegenheit zu einer höchstrichterlichen Äußerung in dieser Frage bot, war sehr ungewöhnlich:

²³ Vgl. dazu EuG, Rs. 155/96 R, Slg. II 1657, 16667, Rdn. 27

Es ging um § 3 AusglLeistG in seiner ursprünglichen Fassung.²⁴ Diese Vorschrift erlaubte es nicht nur den besatzungshoheitlich Enteigneten, sondern auch anderen, die land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücke zu deutlich unter den Verkehrswerten liegenden Preisen anzukaufen. Während das Ankaufsrecht für besatzungshoheitlich enteignete Personen wegen seines Wiedergutmachungscharakters auch EG-rechtlich unbedenklich war, stieß die Vergünstigung für die anderen Anspruchsberechtigten auf durchschlagende EG-rechtliche Hindernisse. Sie verschaffte diesem Personenkreis einen Wettbewerbsvorteil, der geeignet war, die Handels- und Wettbewerbsbedingungen auch im Verkehr zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Die EU-Kommission stellte deshalb die EG-Widrigkeit fest und forderte die Bundesrepublik Deutschland auf, diese Beihilfe zurückzunehmen.²⁵ Die Bundesrepublik sah von einer Klage gegen diese Entscheidung wegen Aussichtslosigkeit ab. Im Zeitpunkt dieser Entscheidung war das Gesetz bereits seit einigen Jahren in Vollzug. Es waren Tausende von Grundstückskaufverträgen auf dieser Grundlage abgeschlossen worden.

Dieser Rückforderungsentscheidung stellte auf den ersten Blick für die Bundesrepublik Deutschland ein gravierendes Problem dar. Wie der BGH in seinem Urteil vom 4. April 2003 entschieden hat, waren die Verträge nämlich nicht deswegen nichtig, weil ihre gesetzliche Grundlage eine EG-widrige Beihilfe enthielt. Sie waren auch alle vor der Entscheidung der EU-Kommission abgeschlossen worden und deshalb auch nicht im Hinblick auf diese Entscheidung unwirksam. Der Bundesgesetzgeber ging aber dennoch von der Unwirksamkeit aller dieser Kaufverträge aus, was er in der Begründung des Vermögensrechtsergänzungsgesetzes mit der Herstellung der Rechtssicherheit (zu allerdings ungünstigeren Bedingungen) umschrieb.²⁶ Das aber stellte beide Beteiligten, die Treuhandanstalt auf der einen Seite und die Erwerber auf der anderen Seite, ein erhebliches Problem

²⁴ vom 27. September 1994, BGBl. I S. 2628

²⁵ Entscheidung vom 20. Januar 1999, ABI. EG Nr. L 107 S. 21

²⁶ BT-Drs. 14/1932 S. 12, 16

dar. Mit der Nichtigkeit der Kaufverträge war die Grundlage für die Investitionen der Erwerber entfallen. Die Treuhandanstalt lief Gefahr, sämtliche Auswahlentscheidungen und sämtliche Kaufverträge noch einmal vornehmen zu müssen.²⁷ Die zu erwartende Unsicherheit bei den Betroffenen war sehr groß. In dieser Situation entschied sich der Gesetzgeber dafür, alle diese Verträge kraft Gesetzes mit der Maßgabe zu bestätigen, dass statt des ursprünglich vereinbarten, EG-rechtlich aber bedenklichen Preises ein höherer, EG-rechtlich unbedenklicher Preis verlangt werden konnte, den Erwerbern andererseits für den Fall einer Preiserhöhung ein Kündigungsrecht zustand. Zweck der Regelung war also nicht, wie Martin-Ehlers meint,²⁸ die Rückabwicklung dieser Verträge, sondern die Rückabwicklung der im gesetzlich zu niedrig festgesetzten Kaufpreises²⁹ bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Verträge. Eine solche gesetzliche Regelung war allerdings nur zulässig, wenn die ihr zugrunde liegende Annahme zutraf, die Verträge seien unwirksam. Das wiederum ließ sich nur damit begründen, dass die Stand-Still-Pflicht aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG ein Verbotsgesetz und ein Verstoß hiergegen gem. § 134 BGB unmittelbar zur Nichtigkeit der Verträge führte. In seinem Urteil vom 4. April 2003 bejahte der BGH diese Frage.

b) Umfang

Kurz darauf stellte sich in einem weiteren Rechtsstreit die Anschlussfrage, ob diese gesetzliche Bestätigung der Verträge nicht ihrerseits ins Leere gegangen war.³⁰ Schon diese Fragestellung überrascht. § 3 AusglLeistG enthielt zweifellos eine unzulässige Beihilfe. Das nationale Gesetz diente aber gerade dazu, diese

²⁷ Pechstein fordert das sogar: EuZW 2004, 447 f.

²⁸ WM 2003, 1598, 1601, 1605

²⁹ Deshalb liegen die von Martin-Ehlers in WM 2003, 1598, 1604, angestellten Überlegungen zur Qualifikation der Verträge eher fern.

³⁰ BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003, V ZR 48/03, EuZW 2004, 77

EG-widrige Beihilfe wieder rückgängig zu machen.³¹ Dass eine solche Rückkehr zu EG-konformen Zuständen wegen eines (Verstoßes gegen formelles EG-Recht) nichtig sein konnte, lag darin begründet, dass es für die Frage der Nichtigkeit auf die EG-widrigkeit oder EG-Konformität des Vertrags nicht ankommt.³² Der zur Nichtigkeit führende Gesetzesverstoß lag allein in dem Verstoß gegen die Wartepflicht als solchem. Deshalb konnte auch ein eine EG-widrige Beihilfe beseitigendes Gesetz erst erlassen werden, wenn die anordnende Rückforderungsentscheidung der Kommission bestandskräftig geworden war. Bestandskraft war nach Art. 230 Abs. 5 EG aber nur eingetreten, wenn der klagende Erwerber entweder gar kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Kommission erheben konnte oder ein mögliches Rechtsmittel versäumt hatte. Die erste Alternative schied aus, da die Betroffenen einer Beihilfe nach Art. 230 Abs. 4 EG gegen Rückforderungsentscheidungen der Kommission auch dann Klage zum EuGH erheben können, wenn hier zwar nicht ihre Adressaten, von dieser Entscheidung aber individuell und konkret betroffen sind. Und genauso lag es hier. Denn der Kaufvertrag mit dem Erwerber war rückabzuwickeln. Der BGH kommt allerdings in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 2003 zu dem Ergebnis, dass der Kläger die mögliche Klage versäumt hatte und deshalb Bestandskraft eingetreten ist. Das war hier der Fall. Die Entscheidung der Kommission ist gem. Art. 154 Abs. 3 EG im Amtsblatt verkündet worden. Das hatte nach Art. 230 Abs. 5 EG i.V.m. Art. 48 VerfO EuGH zur Folge, dass die Entscheidung am 15. Tag nach dem Datum des Amtsblattes als bekannt gemacht worden gilt. Das war am 19. Mai 1999, vor Verabschiedung des die Beihilfe wieder rückgängig machenden Gesetzes. Aus beiden Urteilen ergibt sich, dass Rechtsgeschäfte zur Umsetzung von Beihilfen nichtig sind, wenn sie gegen die Stand-Still-Verpflichtung verstoßen. Hierbei ist es unerheblich, ob die Beihilfe im Ergebnis

³¹ BT-Drs. 14/1932 S. 16

³² Kiethe, RIW 2003, 782, 783 f.

EG-rechtswidrig ist (so der erste Fall) oder nicht. Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, derzufolge die spätere Billigung der Beihilfe nicht zur Heilung eines Verstoßes gegen die Stand-Still-Verpflichtung führt.³³

Was das für den typischen Fall einer EG-rechtswidrigen Darlehenssubvention bedeutet, zeigt ein dritter Fall, über den der BGH durch Urteil vom 20. Januar 2004 entschieden hat.³⁴ Hier war eine EG-rechtswidrige Beihilfe in der Form eines Darlehens ausgereicht worden, noch bevor die EU-Kommission ihre Entscheidung bekannt gegeben und die Zweimonatsfrist abgelaufen war. Diese hatte zur Folge, dass die Darlehensverträge nach § 134 BGB nichtig und die Darlehensvaluta nach Bereicherungsrecht wieder zurückzuerstatten waren. In jenem Fall war die Beihilfe zunächst auf verwaltungsrechtlichem Weg zurückgenommen worden.³⁵ Das blieb auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Darlehensvertrags ohne Auswirkung.

2. Kritik an der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vor allem des V. Zivilsenats ist nicht überraschend, weil sie der bislang herrschenden Meinung folgt. Sie hat Zustimmung,³⁶ aber auch Kritik³⁷ gefunden. Die Kritik hat eine unterschiedliche Zielsetzung.

a) Beihilfefälle

³³ EuGH, Rs. C-354/90, NJW 1993, 49, 50, Rdn. 16; Rs. C-39/94, EuZW 1996, 564, 569, Rdn. 67; Rs. C-261/01, EuZW 2004, 87, 91, Rdn. 63

³⁴ XI ZR 53/03, EuZW 2004, 252

³⁵ BVerwG, BVerwGE 92, 81

³⁶ z. B. Kiethe, RIW 2003, 782; Schott jurisPR-BGHZivilR Nr. 15/2004 v. 16. April 2004; Knapp, MittBayNotK 2004, 252

³⁷ Koeing, EuZW 2004, 417; Pechstein, EuZW 2003, 447 f.; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201;

Quardt/Nieland³⁸ wenden sich gegen die Annahme des BGH, ein Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG führe zur vollen Unwirksamkeit der fraglichen Rechtsgeschäfte. In dieser Annahme folgt der BGH zwar der herrschenden Meinung.³⁹ Sie führt aber zu einem Paradigmenwechsel von erheblicher Brisanz. Zunächst wird die Rückforderung EG-widriger Beihilfen erheblich vereinfacht. Das zeigt ganz deutlich der Fall des XI. Zivilsenats, in dem sich diese Vereinfachung allerdings noch nicht auswirkte. Man war bisher der Ansicht, dass die Rückforderung einer Beihilfe zunächst die Aufhebung des der Beihilfe zugrunde liegenden Bewilligungsbescheides erfordere. Aus diesem Grunde wurden auch zum Teil sehr langwierige Rechtsstreite über die Rücknahme solcher Bewilligungsbescheide geführt. Danach schloss sich dann, wie im Fall des XI. Zivilsenats, ein weiterer Rechtsstreit wegen der zivilrechtlichen Folgen an. Beides wird nun erheblich abgekürzt. Wenn die Beihilfe nicht nur materiell EG-rechtswidrig, sondern, wie dies in solchen Fällen oft geschieht, auch unter Verletzung des Stand-Stills ausgeführt worden ist, ist das zur Umsetzung der Beihilfe dienende zivilrechtliche Geschäft kraft Gesetzes nichtig. Die Rückforderung der Beihilfevaluta setzt deshalb künftig nicht mehr die vorherige Aufhebung des Bewilligungsbescheides voraus. Diese mag aus formellen Gründen EG-rechtlich notwendig sein, Voraussetzung für die Rückforderung ist sie aber nicht mehr. Diese erfolgt unabhängig hiervon nach Bereicherungsrecht auf Grund der eingetretenen Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Grundlage der Nichtigkeit ist aber nicht die EG-Widrigkeit der Beihilfe, sondern der Verstoß gegen den Stand-Still. Das führt dazu, dass die Nichtigkeit nicht nur Rechtsgeschäfte zur Umsetzung von EG-widrigen Beihilfen, sondern, wie bereits ausgeführt, auch Rechtsgeschäfte erfasst, die der Durchführung von Beihilfen dienen, die sich nach Abschluss der Prüfung durch die EU-Kommission

³⁸ EuZW 2004, 201, 204 f.

³⁹ LG Rostock, VIZ 2002, 632, 636; MünchKomm-BGB/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 134 Rdn. 38; Zimmermann, RVI, § 3a AusglLeistG Rdn. 4; Pechstein, EuZW 1998, 495, 497; ders. NJW 1999, 1429, 1432; Mederer in: von der Groeben/Schwarze, aaO, Art 88 Rdn. 65 a. E.;

als rechtmäßig erweisen.⁴⁰ Wenn solche Rechtsgeschäfte vorzeitig abgeschlossen und in ihrer Wirksamkeit nicht von der vorherigen Billigung der Beihilfe durch die Kommission abhängig gemacht werden, sind auch sie unwirksam und müssen bestätigt werden.⁴¹ Das leuchtet, bei rein inhaltlicher Betrachtung, vom Ergebnis her nicht ohne weiteres ein und führt zu der Forderung, nicht die volle Unwirksamkeit, sondern nach Art genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte die schwebende Unwirksamkeit zu verlangen.⁴²

b) Fälle nach § 3a AusgLeistG

Kritik hat die Rechtsrechnung vor allem des V. Zivilsenats allerdings auch hinsichtlich der dort eigentlich behandelten Fälle nach § 3a AusgLeistG erfahren. Im Ergebnis hat der Senat in seinen beiden Urteilen die gesetzliche Bestätigung der stand-stillwidrigen Kaufverträge nach § 3 AusgLeistG bestätigt. Das, so meint etwa Pechstein⁴³, entspreche aber nicht den Anforderungen des EG-Rechts. Vielmehr hätte es der Gesetzgeber bei der Nichtigkeit der Kaufverträge belassen und die Auswahl der Käufer und die Kaufverträge wiederholen müssen. Diese Schlussfolgerung lässt sich allerdings mit den beihilferechtlichen Vorschriften des EG-Rechts nicht begründen. Deutschland hatte sich zwar mit der Verabschiedung von § 3 ALG in seiner ursprünglichen Fassung sowohl über die Notifikations- als auch über die Stand-Still-Pflicht hinweggesetzt, eine in der Sache nicht genehmigungsfähige Beihilfe gewährt und damit den EG-Vertrag in formelle und materieller Hinsicht verletzt. Diese Verletzung konnte und sollte das Vermögensrechtsergänzungsgesetz⁴⁴ nicht ungeschehen machen. Das war auch nicht sein Zweck. Es diene allein der Umsetzung der Rückforderungsentscheidung der

⁴⁰ BGH, urt. v. 4. April 2003, V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445

⁴¹ Grziwotz, ZfIR 2004, 53, 54 f.

⁴² Quardt/Dörte, EuZW 204, 201, 204

⁴³ EuZW 2003, 447

⁴⁴ v. 15. September 2000, BGBl. I S. 1382

Kommission. Diese besteht zwar normalerweise darin, dass die erhaltenen Beihilfen wieder zurückgefordert werden. Den technischen Weg, auf dem dies geschieht, setzt die Kommission in ihren Rückforderungsentscheidungen nicht fest. Es ist auch zweifelhaft, ob sie das könnte, da dies zum Umsetzungsermessen der Mitgliedsstaaten gehört. In der Sache sind die Vorteile der Käufer jedenfalls abgeschöpft worden. Denn die Kaufverträge wurden nicht so, wie sie waren, sondern mit der Maßgabe bestätigt, daß die EU-Kommission berechtigt und verpflichtet war, die Preise zu verlangen, die nach der Entscheidung der Kommission verlangt werden mussten. Es mag die Durchsetzung einer Rückforderungsentscheidung der Kommission erleichtern und abschreckend wirken, wenn die Begünstigten EG-widriger Beihilfen Nachteile erfahren, die über die Abschöpfung der ihnen zugewandten Vorteile hinausgehen. Zweck und Inhalt der Rückforderungsentscheidung ist das allerdings nicht. Hier wäre eine solche von Pechstein geforderte Maßnahme unvertretbar gewesen. Immerhin haben die Käufer auf eine gesetzliche Vorschrift vertraut, die immerhin auch die gesetzgebenden Körperschaften in Deutschland für EG-rechtskonform gehalten haben. Sie haben im Vertrauen hierauf Investitionen vorgenommen, die nicht dadurch in Frage gestellt werden durften, daß sämtliche Auswahlentscheidungen und sämtliche Kaufverträge nochmals sollten abgeschlossen werden müssen.

3. Bewertung der Kritik

a) Ausgangspunkt

Der Kritik ist einzuräumen, dass ein Rechtsgeschäft, das unter Genehmigungsvorbehalt steht, vor Erteilung der Genehmigung im deutschen Recht normaler-

weise nicht voll unwirksam, sondern schwebend unwirksam ist.⁴⁵ Solange das Geschäft schwebend unwirksam ist, verpflichtet es die Parteien zwar noch nicht dazu, die ausbedungenen wechselseitigen Leistungen zu erbringen. Die Parteien haben sich aber darum zu bemühen, die Genehmigung herbeizuführen.⁴⁶ Sie dürfen nichts tun, was den Erfolg gefährdet.⁴⁷ Vor allem aber haben sie die Möglichkeit, Vorleistungen auszubedingen. So ist es zum Beispiel möglich, zu vereinbaren, dass der Kaufpreis aus einem Kaufvertrag, der der Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung unterliegt, schon vor deren Erteilung ausgezahlt wird.⁴⁸ Nach Erteilung der Genehmigung wird das Rechtsgeschäft auch automatisch voll wirksam, ohne dass es dazu noch bestätigender Rechtsakte oder gar einer Neuvernahme bedarf.

b) Zweck des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG

Diese Überlegungen gelten aber nur, wenn sie auch dem Gesetzeszweck entsprechen.⁴⁹ Das ist bei nach deutschem Recht genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften regelmäßig der Fall, weil der Gesetzgeber sich, selbst wenn das Fehlen der Genehmigungsvoraussetzungen von vornherein feststeht, mit den Folgen einer Genehmigungsverweigerung begnügt.⁵⁰ Er wäre aber nicht gehindert, strengere Anforderungen zu stellen. Es geht deshalb bei den Beihilfen nicht darum, ob sie funktionell genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften ähneln, sondern ob der EG-Gesetzgeber nach Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG strengere Anforderungen verbunden hat. Und genau das ist der Fall.

⁴⁵ BGH, NJW 1995, 318, 320; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 1. Aufl., § 134 Rdn. 14; Erman/Palm, BGB, 11. Aufl., § 134 Rdn. 5; MünchKomm-BGB/Mayer-Maly/Armbrüster, aaO, § 134 Rdn. 7; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 134 Rdn. 11a;

⁴⁶ BGH, Urt. v. 15. Oktober 1992, IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 651

⁴⁷ BGHZ 67, 34, 35; Erman/Hohloch, aaO, § 242 Rdn. 83

⁴⁸ BGH, Urt. v. 20. November 1998, V ZR 17/98, NJW 1999, 1329, 1330; Armbrüster, NJW 1999, 1306 f.

⁴⁹ Palandt/Heinrichs, aaO, § 134 Rdn. 11a

⁵⁰ BGH, Urt. v. 15. Oktober 1992, IX ZR43/92, NJW 1993, 648, 650

Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG soll zum einen die Entscheidungsprärogative der EU-Kommission absichern und zum anderen verhindern, dass die Beihilfekriterien durch eine vorzeitige, später nicht mehr rückforderbare Beihilfe, unterlaufen werden. Um dieses Ziel zu erreichen, ist die EU-Kommission auf die Mitwirkung der Mitgliedsstaaten angewiesen. Nur sie können sicherstellen, dass der Stand-Still auch eingehalten wird. Und das wiederum ist nur möglich, wenn Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG streng ausgelegt wird. Genau das geschieht in der Rechtsprechung des EuGH. Nach dem EuGH haben die nationalen Gerichte der Mitgliedsstaaten zwar selbst darüber zu entscheiden, welche Maßnahmen sie zur Durchsetzung des Stand-Stills ergreifen. Sie können von einer Rückforderung im Einzelfall auch absehen.⁵¹ Der Grundsatz ist aber, dass die nationalen Gerichte der Mitgliedsstaaten alle denkbaren Maßnahmen ergreifen und vorzeitig ausgezahlte Beihilfen zurückfordern.⁵² Ziel von Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG ist es also unter allen Umständen, eine vorzeitige Auszahlung von Beihilfen zu verhindern. Aus diesem Grund hat der EuGH der Kommission auch die Möglichkeit eingeräumt, dem Mitgliedstaat noch vor einer endgültigen Entscheidung über die EG-Widrigkeit oder EG-Konformität einer Beihilfe die vorzeitig ausgereichte Beihilfe auszusetzen und einstweilen wieder zurückzufordern.⁵³ Beide Möglichkeiten sind jetzt in Art. 11 BVVO ausdrücklich vorgesehen. Diese Zielsetzung lässt sich im deutschen Recht mit der Annahme einer nur schwebenden Unwirksamkeit nicht erreichen. Sie erhielte die Bindung der Parteien an den EG-widrigen Vertrag aufrecht und würde ihnen bei entsprechender Vertragsgestaltung sogar erlauben, den Verstoß gegen den EG-Vertrag zu vertiefen. Das erschwert die Durchsetzung von Aussetzungsentscheidungen nach Art. 11 BVVO und entspricht nicht dem Zweck des

⁵¹ EuGH, Rs. 39/94, EuZW 1996, 564, 569 Rdn. 70

⁵² EuGH, Rs. C-354/90, NJW 1993, 49, 50, Rdn. 12; Rs. 17/91, Slg. 1992 I, 6523, 6555, Rdn. 30; Rs. C-39/94, EuZW 1996, 564, 569, Rdn. 67; Rs. C-261/01, EuZW 2004, 87, 91, Rdn. 64

⁵³ EuGH, Rs. C-75/97, EuZW 1999, 534, 539, Rdn. 73 f.; Kiethe, RIW 2003, 782, 784

Art. 88 Abs. 3 EG. Seine effektive Durchsetzung läßt sich nur erreichen, wenn der Verstoß gegen die Stand-Still-Pflicht für sich genommen und unmittelbar zur Unwirksamkeit führt.

4. Umfang der Nichtigkeit

a) Grundsatz

Die Verletzung der Stand-Still-Pflicht führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das sich als Beihilfe darstellt. Ob die Beihilfe EG-rechtswidrig oder EG-konform ist, ist hierfür gleichgültig. Entscheidend ist allein, dass es überhaupt eine Beihilfe ist. Sie umfasst das ganze Geschäft, wenn das Rechtsgeschäft insgesamt nur in der Beihilfe besteht. Beispiele hierfür sind ein Subventionsgewährungsvertrag oder die Hingabe eines Darlehens zu einem EG-widrig niedrigen Zins. In beiden Fällen ist der gesamte Vertrag nichtig. Das muss nicht so sein. Es gibt auch Vertragsgestaltungen, bei denen nur einzelne Elemente Beihilfencharakter haben, der Vertrag im Übrigen aber keine Beihilfe ist. In diesem Fall umfasst die Nichtigkeit im Ansatz nur den Beihilfeteil des Rechtsgeschäfts, nicht jedoch die anderen Teile des Geschäfts. Hierbei ist zunächst eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt. Der Stand-Still-Pflicht unterliegen alle Teile des Geschäfts, die wirtschaftlich gesehen die Beihilfe ausmachen. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass die Stand-Still-Pflicht letztlich den Zweck hat, der EU-Kommission eine freie Prüfung der Voraussetzungen für die Gewährung einer Beihilfe nach Art. 87 EG zu erlauben. Zu diesem Zweck hat der Mitgliedsstaat der EU-Kommission sämtliche für die Beurteilung erheblichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.⁵⁴ Das führt m.E. aber für sich genommen nicht dazu, dass alle diejenigen Teile von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts erfasst werden, über die die EU-Kommission

⁵⁴ Art. 2 Abs. 2 BVVO

für eine sachgerechte Prüfung unterrichtet werden muss. Das bedeutet, daß die Nichtigkeit nicht die auch Teile erfasst, die sich zwar im Ergebnis nicht als Beihilfe darstellen, aber für die Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe unentbehrlich sind. Das hat dann Bedeutung, wenn die Voraussetzungen des § 139 BGB für die Annahme einer Teilnichtigkeit nicht gegeben sind.

b) Erfüllungsgeschäft

Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz, führt das grundsätzlich nur zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts, nicht auch zur Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts.⁵⁵ Anders liegt es nur, wenn das Verbotsgesetz gerade auch das Erfüllungsgeschäft verhindern will⁵⁶. Diese besondere Voraussetzung ist bei Vorschriften zum Schutz des öffentlichen Vermögens vor Verschleuderung teilweise, nämlich bei einem Verstoß gegen Art. 81 der Bayerischen Verfassung⁵⁷ und Art. 75 BayGO⁵⁸, bejaht, teilweise aber auch, nämlich bei dem diesen Vorschriften vergleichbaren § 63 BHO⁵⁹, verneint worden. In seiner Zielsetzung ähnelt Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG diesen Vorschriften. Er will nämlich verhindern, dass Beihilfen ausgereicht werden, bevor die Kommission ihre EG-rechtliche Unbedenklichkeit bestätigt oder gar ihre Unzulässigkeit festgestellt hat. Das würde dafür sprechen, auch das Erfüllungsgeschäft als nichtig anzusehen. Gerechtfertigt ist die Annahme aber nur, wenn das Geschäft, wie z. B. die Vergabe eine reine Subvention, als solches eine Beihilfe ist. Denn dann muss es infolge des Stand-Stills ganz unterbleiben. Anders liegt es aber dann, wenn sich das Ge-

⁵⁵ für § 134 BGB: BGHZ 115, 123, 130; Bamberger/Roth/Wendtland, aaO, § 134 Rdn. 22; Palandt/Heinrichs, aaO, § 134 Rdn. 13; Staudinger/Sack, BGB, [Bearb. 2003] § 134 Rdn. 116; für § 138 Abs. 1 BGB: BGH Ur. v. 21. März 1997, V ZR 355/95, DtZ 1997, 229; Bamberger/Roth/Wendtland, aaO, § 138 Rdn. 36; Erman/Palm, aaO, § 138 Rdn. 51; Staudinger/Sack, aaO, § 138 Rdn. 140

⁵⁶ BGHZ 11, 59, 60 f.; 47, 364, 369; 115, 123, 130 f.; BGH Ur. v. 21. März 1997, V ZR 355/95, DtZ 1997, 229

⁵⁷ BGHZ 47, 30, 39

⁵⁸ BayObLGZ 1983, 85, 91 für Art. 75 Abs. 1 Satz 1 und BayObLGZ 1995, 225, 226 f. für Art. 75 Abs. 1 Satz 2

⁵⁹ BVerwG, VIZ 2004, 23, 25

schäft nicht als solches als Beihilfe darstellt, sondern wegen seiner Bedingungen. Dann ist nur das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte, nicht aber das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft eine Beihilfe, die nichtig ist, wenn sie vor Ablauf des Stand-Stills ausgereicht wird.⁶⁰ Für diese These lassen sich die bisherigen Urteile des BGH nicht fruchtbar machen, weil sie – mangels Anlasses dazu – die Frage nicht thematisieren. Von der hier vertretenen Annahme ist aber der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 3a AusgLeistG ausgegangen. Denn die Bestätigung nur der Kaufverträge, nicht aber der Auflassungen hätte dem gesetzgeberischen Ziel nur unvollkommen entsprochen, hätte der Gesetzgeber auch die Nichtigkeit der Auflassung angenommen.

c) Teilnichtigkeit

Ein Rechtsgeschäft, das nur teilweise wegen Verletzung des Stand-Stills unwirksam ist, bleibt nach § 139 BGB im Übrigen wirksam, es sei denn, dies widerspräche dem Willen der Parteien. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach dem Inhalt des Geschäfts, nicht aber nach dem Grund, aus dem einige seiner Teile unwirksam sind. Für eine Nichtigkeit wegen Verletzung der Stand-Still-Verpflichtung gibt es keine Abweichungen. Es kommt also entscheidend darauf an, ob das Gesamtgeschäft von der Wirksamkeit desjenigen Teils getragen ist, der sich EG-rechtlich als Beihilfe darstellt.⁶¹ Hierfür lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Es wird allerdings dem Willen der Parteien normalerweise nicht entsprechen, das Geschäft im Übrigen aufrechtzuerhalten, wenn es in seinem Kern auf den Teilen beruht, die sich als EG-widrige oder EG-konforme Beihilfe darstellen.⁶² Daran würde es nichts ändern, wenn die Aufrechterhaltung der übrigen Teile des Geschäfts die Parteien hart treffen und eine so gesehen effi-

⁶⁰ so Kiethe, RIW 2003, 782, 785; wohl auch Grziwotz, ZfIR 2004, 53, 54

⁶¹ Kiethe, RIW 2003, 782, 785

⁶² Kiethe, RIW 2003, 782, 785

zierte Sanktion darstellen würde.⁶³ Denn das ist nicht Sinn und Zweck des § 139 BGB und auch mit seinem Inhalt nicht zu vereinbaren.

5. Kein Ausschluss der Rückforderung nach §§ 814, 817 BGB

a) § 814 BGB

Die Rückforderung scheitert nicht an § 814 BGB. Dieser schließt eine Rückforderung aus, wenn der Leistende wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Diese Voraussetzung wird zwar nicht bei jedem Verstoß gegen den Stand-Still zu bejahen sein.⁶⁴ Nicht selten ist den Beteiligten aber klar, dass das beabsichtigte Rechtsgeschäft eine Beihilfe ist und erst nach einer abschließenden Entscheidung der Kommission oder unter der aufschiebenden Bedingung ihres Erlasses vorgenommen werden darf. Würde sich der Empfänger der Beihilfe auf diesen Ausschluss berufen können, würde Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG seinen Zweck als Verbotsgesetz verfehlen. Das ist auch bei anderen Verbotsgesetzen der Fall. Deshalb ist § 814 BGB im Anwendungsbereich des § 817 BGB nicht anwendbar.⁶⁵ Im Übrigen würde § 814 BGB, selbst wenn er anwendbar wäre, in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden nicht zum Zuge kommen. Eine Rückforderung scheitert jedenfalls dann nicht an § 814 BGB, wenn der Empfänger um die Nichtigkeit weiß und nicht darauf vertrauen darf, daß er die Leistung behalten darf. Solches Vertrauen kann ein Unternehmer nach der Rechtsprechung des EuGH bei einer Verletzung des Stand-Still regelmäßig nicht entwickeln.

b) § 817 BGB

⁶³ so aber Koenig, EuZW 2003, 417

⁶⁴ so Kiethe, RIW 2003, 782, 786

Eine Rückforderung scheitert auch nicht an § 817 Satz 2 BGB. Danach scheidet ein Rückforderungsanspruch zwar aus, wenn beide Teile gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Ob dieser Tatbestand hier vorliegt, ist zweifelhaft. Das Verbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG richtet sich nicht unmittelbar gegen die an dem Rechtsgeschäft zur Abwicklung Beteiligten, sondern an den Mitgliedstaat. Es handelt sich also um den Sonderfall eines einseitigen Verbots, das nach seinem besonderen Zweck zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, und zwar unabhängig davon, ob der andere Teil sich dessen bewusst war oder nicht.⁶⁶ Die Anwendbarkeit von § 817 Satz 2 BGB kann aber durch den Zweck des Verbotsgesetzes und das Gebot von Treu und Glauben eingeschränkt sein. Dies hat der BGH für die in diesem Punkt vergleichbaren Fälle eines Verstoßes gegen Vorschriften über die Veräußerung von Kommunalvermögen⁶⁷ und des Verstoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit entschieden.⁶⁸ Für den hier zu beurteilenden Fall des Verstoßes gegen Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG gilt nichts anderes.⁶⁹ Würde § 817 Satz 2 BGB einer Rückforderung entgegenstehen, liefe das dem Zweck von Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG diametral zuwider. Deutschland wäre dann auch nicht mehr in der Lage, seinen Verpflichtungen als Mitgliedsstaat wenn schon nicht bei der Ausreichung der Beihilfe, so doch wenigstens danach nachzukommen. Dies würde besonders deutlich, wenn die Kommission eine Aussetzungsentscheidung nach Art. 10 BVVO erlassen würde. Dieser muss Deutschland Folge leisten können.

6. Verzicht auf die Rückforderung nach Treu und Glauben.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 14. Dezember 2000, I ZR 213/98, NJW-RR 2001, 1044, 1046

⁶⁶ BGH, Urt. v. 4. April 2003, V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445; Schott, jurisPR-BGHZilviIR Nr. 15/2004 v. 16. April 2004 Anm. 2

⁶⁷ BGHZ 36, 395, 398

⁶⁸ BGHZ 111, 308, 312 f.

⁶⁹ Marzin-Eehlers, WM 2003, 1598, 1605

Der BGH hat in seinen Urteilen ausdrücklich anerkannt, dass die Rückforderung einer Beihilfe auch gegen Treu und Glauben verstoßen kann.⁷⁰ Dies vollzieht auf nationaler Ebene nach, was der EuGH, wie ausgeführt, für das zugrunde liegende EG-Recht sowohl der Kommission im Rahmen ihres Rückforderungsermessens als auch den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Realisierung des Stand-Still zugesteht. Die Anforderungen werden allerdings ähnlich hoch sein. Ein Anwendungsfall hierfür ist m. E. eine rechtmäßige Beihilfe sein, die Stand-Stillwidrig ausgereicht, später aber von der Kommission gebilligt wird, ohne dass diese eine Aussetzungsentscheidung erlassen hätte. Der Stand-Still-Verstoß würde zwar durch die Billigung der Beihilfe, wie dargelegt, nicht geheilt. Es würde aber dem Dolo-petit-Gedanken⁷¹ widersprechen, wenn in einem solchen Fall dennoch eine Rückforderung erfolgen würde. Das Erfüllungsgeschäft ist regelmäßig wirksam. Wenn die Beihilfe gebilligt wird, besteht kein Grund, es – gewissermaßen aus Prinzip – rückgängig zu machen, um es gleich wieder zu vollziehen. Anders liegt es dann, wenn die Kommission eine Aussetzungsentscheidung mit einem Ausspruch nach Art. 11 Abs. 2 BVVO erlässt. Dann muss die Rückforderung erfolgen.

7. Vereinbarungen

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Beteiligten eines "beihilfefähigen" Geschäfts nur wenige Möglichkeiten haben, durch Vereinbarungen die Nichtigkeit zu vermeiden. Diese Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass die als Beihilfe zu qualifizierende Leistung vor einer Entscheidung der EU-Kommission erbracht wird, ist als Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG oder als Umgehung unwirksam. Möglich sind deshalb nur Vereinbarungen, die aufschiebend durch

⁷⁰ Urt. v. 4. April V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 446; Urt. v. 24. Oktober 2003, V ZR 48/03, EuZW 2004, 77, 79; Urt. v. 20. Januar 2004, XI ZR 53/03, EuZW 2004, 252, 253

⁷¹ BGHZ 55, 344, 348; Erman/Hohloch, aaO, § 242 Rdn. 111

die Entscheidung der Kommission bedingt sind und keine Klauseln enthalten, dass die vertragsgemäßen Leistungen schon im Vorgriff auf den Eintritt der Bedingung entfallen. Damit entfällt weitgehend der Anreiz für solche Vereinbarungen. Die Parteien müssen deshalb grundsätzlich die Entscheidung der Kommission abwarten. Sinn machen solche Entscheidungen nur, wenn Unsicherheit darüber besteht, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt.

8. Gesetzliche Regelungen

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auch die Spielräume für gesetzliche Regelungen in dieser Richtung eng sind. Wie vor allem das Urteil des V. Zivilsenats vom 24. Oktober 2003 zeigt, wäre selbst ein auf gesetzlicher Grundlage beruhender Vertrag unwirksam, wenn das Gesetz den Stand-Still nach Art. 88 Abs. 3 EG nicht beachten würde.