

## **BGH: Beihilferechtliche Konkurrentenklage von Wettbewerbern gegen rechtswidrige Beihilfen vor nationalen Gerichten möglich**

Der BGH hat in zwei Parallelverfahren entschieden, dass Wettbewerber Ansprüche aus unerlaubter Handlung und aus dem Wettbewerbsrecht auf Auskunft, Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz gegen den Beihilfegeber geltend machen können, wenn er einem Konkurrenzunternehmen ohne die erforderliche Genehmigung durch die Europäische Kommission eine Beihilfe gewährt hat (BGH, Urteile vom 10.02.2011, Az. I ZR 136/09 und I ZR 213/08).

Anmeldungspflichtige Beihilfen dürfen erst nach einer Genehmigung durch die Europäische Kommission gewährt werden (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV). Der BGH hatte sich erneut mit der Frage der Folgen von Verstößen gegen dieses beihilferechtliche Durchführungsverbot zu befassen. In seiner Entscheidung vom 04.04.2003 (Az. V ZR 314/02) war der BGH bereits zum Ergebnis gekommen, dass das in Art. 88 Abs. 3 Satz 3 des EG-Vertrags (Vorgängervorschrift von Art. 108 Abs. 3 AEUV) enthaltene Durchführungsverbot ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt. Vereinbarungen, die ohne die notwendige Genehmigung durch die EU-Kommission Beihilfen gewähren, sind daher nichtig (vgl. BKPV - Mitteilungen 1/2005).

In den nun entschiedenen Fällen erlaubt der BGH Wettbewerbern des begünstigten Konkurrenzunternehmens erstmals, Ansprüche wegen des Verstoßes gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot vor nationalen Gerichten erfolgreich geltend zu machen. Dies war in der Rechtsprechung der Zivilgerichte bisher abgelehnt worden (vgl. z. B. OLG München, Urteil vom 15.05.2003, Az. 29 U 1703/03).

### 1. Der Entscheidung<sup>1</sup> lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Beklagte, die mehrheitlich von Gebietskörperschaften beherrscht wird, betreibt den Verkehrsfughafen Frankfurt-Hahn. Sie gewährte einer Fluggesellschaft ermäßigte Nutzungsentgelte und jährliche Zahlungen als „Marketing-Support“. Wegen möglicher staatlicher Beihilfen eröffnete die EU-Kommission ein förmliches Prüfverfahren. Die Klägerin, eine konkurrierende Fluggesellschaft, war der Ansicht, bei den ermäßigten Nutzungsentgelten und dem „Marketing-Support“ handle es sich um unzulässige staatliche Beihilfen. Sie machte Ansprüche unmittelbar aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV geltend, verlangte Auskunft über die dem Beihilfeempfänger gewährten Vorteile und Unterlassung, dem Beihilfeempfänger „Marketing-Support“ oder sonstige Zuschüsse zu gewähren. Das Landgericht wies die Klage ab und auch die Berufung blieb ohne Erfolg. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung.

---

<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Urteil mit dem Az. I ZR136/09.

2. Den Gründen ist im Einzelnen zu entnehmen:

Ein deliktsrechtlicher Anspruch der Klägerin (§ 823 Abs. 2 BGB, § 1004 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) könne nicht ausgeschlossen werden, da das Durchführungsverbot Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sei. Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV begründe Rechte der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten seien. Es habe die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen seien, die durch die Gewährung der – schon allein wegen der Verletzung des Durchführungsverbots – rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen worden sei. Die nationalen Gerichte hätten den Schutz gegen die Auswirkungen der rechtswidrigen Durchführung von Beihilfen sicherzustellen, unabhängig davon, ob die Kommission die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festgestellt habe.

Die Anwendung des Durchführungsverbots als Schutzgesetz sieht der BGH auch aus dem Blickwinkel des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes bestätigt. Zur Aufgabenverteilung zwischen nationalen Gerichten und Kommission führt der BGH aus:

*„Zwar ist es allein Aufgabe der Kommission, gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 107 AEUV festzustellen (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 – C 261/01, Slg. 2003, I-12249 = EuZW 2004, 87 Rn. 75 – van Calster, mwN). Im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot obliegt es aber den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen hat (vgl. EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 10 – FNCE).“*

Nach Unionsrecht müsse der Wettbewerber zur Einleitung einer Prüfung des Durchführungsverbots befugt sein. Andernfalls blieben Verstöße gegen Art. 108 Abs. 2 AEUV regelmäßig sanktionslos, da die Kommission nicht schon deshalb eine abschließende Rückforderungsentscheidung treffen dürfe, weil eine Beihilfe unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt worden sei.

Der BGH begründet weiter, dass die Anerkennung des Durchführungsverbots als Schutzgesetz nicht mit dem Argument verneint werden könne, dass anderweitig ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten bestünden. Die den Wettbewerbern in Art. 20 VO 659/99 eingeräumten Rechte gewährleisteten keinen ausreichenden Schutz gegen eine Verletzung des Durchführungsverbots:

*„Gegenstand des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens der Kommission ist die materielle Beurteilung, ob es sich bei der fraglichen Maßnahme überhaupt um eine Beihilfe handelt und ob diese gegebenenfalls mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (vgl. Art. 7 VO 659/99). Der unzulässige Wettbewerbsvorteil, der - unabhängig von dem Ergebnis der materiellen Beurteilung - schon in der Nutzung einer nicht genehmig-*

*ten Beihilfe liegt, wird von der Kommission regelmäßig nicht abgeschöpft. Die Anordnung einer vorläufigen Aussetzung der Beihilfe nach Art. 11 Abs. 1 VO 659/99 beseitigt die in der Vergangenheit durch Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erlangten Vorteile nicht. Zwar sieht Art. 11 Abs. 2 VO 659/99 die Möglichkeit einer vorläufigen Rückforderung von Beihilfen vor. Sie ist aber an enge Voraussetzungen gebunden und nur zulässig, wenn der Beihilfecharakter der Maßnahme nach geltender Praxis eindeutig und ein Tätigwerden dringend geboten ist; zudem muss ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten sein. Damit ist dem Konkurrenten auf Unionsebene bei Verletzung des Durchführungsverbots kein subjektives Recht gewährt, das den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union genügt und den auf §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB oder auch auf §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1, § 9 UWG gestützten Ansprüchen auf Beseitigung, Unterlassung oder Schadensersatz entspricht.“*

Der Einordnung des Durchführungsverbots als Schutzgesetz stehe auch nicht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen von Kommission und nationalen Gerichten entgegen. Liege eine nicht angemeldete Beihilfe vor, sei die Rückforderungsentscheidung unabhängig davon rechtmäßig, ob die Kommission später die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt feststelle. Vorstellbar sei zwar, dass Kommission und nationale Gerichte den Beihilfecharakter einer Maßnahme unterschiedlich beurteilten. Dies sei aber Folge der Aufgabenverteilung, die nach der Rechtsprechung des EuGH zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Kommission bestünde.

Der BGH schließt dann die Einstufung des Durchführungsverbots als Schutzgesetz mit rechtssystematischen Erwägungen ab und stellt dar, dass sich die möglicherweise begünstigte Fluggesellschaft gegen einen etwaigen Rückforderungsanspruch der Beklagten (Beihilfegeberin) nach dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht auf Verjährung berufen könne (§ 242 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV):

*„Die nationalen Gerichte sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union verpflichtet, sämtliche Folgerungen bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützungen, die unter Verletzung des Durchführungsverbots gewährt wurden, zu ziehen (EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 12 - FNCE; EuZW 2006, 65 Rn. 47 - Transalpine Ölleitung; EuZW 2008, 145 Rn. 41 - CELF I). Jede andere Auslegung würde die Missachtung dieser Vorschrift durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und ihr die praktische Wirksamkeit nehmen (EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 16 - FNCE; EuZW 2008, 145 Rn. 40 - CELF I). Dabei darf die Ausübung der von der Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte durch die nationalen Gerichte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effektivitätsgrundsatz; vgl. EuGH, EuZW 2006, 65 Rn. 45 - Transalpine Ölleitung, mwN). Dem widerspräche es, wenn im Hinblick auf den Rückforderungsanspruch kurze nationale Verjährungsfristen eingreifen würden. Denn die beihilfegewähren-*

*den Stellen können möglicherweise erst durch ein rechtskräftiges Urteil zur Rückforderung angehalten werden (vgl. EuGH, Urteil vom 20. März 1997 - C-24/95, Slg. 1997, I-1591 = NJW 1998, 47 Rn. 37 - Alcan). Ein solches Urteil wird sich häufig nicht innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) erstreiten lassen.... Andererseits folgt aus dem unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit, dass es auch im Hinblick auf die effiziente Durchsetzung des Beihilferechts nicht geboten ist, Beihilfeempfänger zeitlich unbegrenzt aufgrund von gegen die Beihilfegeber gerichteten Konkurrentenklagen in Anspruch nehmen zu können. Es ist deshalb zu verlangen, dass die Klage auf Rückforderung gegen den Beihilfegeber innerhalb der Verjährungsfrist erhoben und vom Kläger nicht verzögert wird. Ist dies der Fall, muss dem Beihilfegeber nach Rechtskraft des ihn zur Rückforderung verpflichtenden Urteils eine angemessene Frist eingeräumt werden, die Rückforderungsklage gegen den Beihilfeempfänger zu erheben. Dabei könnte eine analoge Anwendung der Dreimonatsfrist in § 204 Abs. 1 Nr. 12 BGB in Betracht kommen. Erfolgt die Klage danach rechtzeitig, ist es dem Beihilfeempfänger nach § 242 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV versagt, sich auf eine zwischenzeitlich eingetretene Verjährung des Rückforderungsanspruchs zu berufen.“*

Auch der Beseitigungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte sei nicht verjährt. Der Anspruch lasse sich sowohl auf §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB als auch als unlautere geschäftliche Handlung auf die §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV stützen. Die kurze Verjährung des § 11 UWG (grundsätzlich sechs Monate) finde nur auf den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch Anwendung, nicht aber auf § 823 Abs. 2 BGB.

In seinen Hinweisen für die erneute Verhandlung vor dem Berufungsgericht betont der BGH, dass das Berufungsgericht zu prüfen habe, ob tatsächlich staatliche Beihilfen an die Fluggesellschaft gewährt worden seien, die bei der Kommission anzumelden gewesen wären. Dabei wäre insbesondere zu klären, ob die Maßnahmen der Beklagten als öffentliches Unternehmen dem Staat zugerechnet werden können, ob andere Fluggesellschaften die gleichen Konditionen erhalten konnten und ob sich die Beklagte wie ein privater Eigentümer verhalten habe (Private-Investor-Test). Sollte das Berufungsgericht zum Ergebnis gelangen, dass Beihilfen vorliegen, dürfe es nicht darüber entscheiden, ob sie genehmigt werden können. Diese Beurteilung obliege allein der Kommission.

3. Die dargestellte Entscheidung des BGH ist von erheblicher Tragweite für die Kommunen. Auch kommunale Unterstützungsleistungen für Unternehmen können Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sein. Gewährt eine Kommune einem Unternehmen unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot Beihilfen, können Konkurrenten des begünstigten Unternehmens von der Kommune verlangen, die Beihilfe zurückzufordern. Der BGH hat nun höchstrichterlich entschieden, dass diese Ansprüche vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden können. Das Urteil verdeutlicht dabei in seiner Begründung die immer engere Verzahnung zwischen Eu-

roprorecht und nationalem Recht. Die Entscheidung stützt sich in ihren tragenden Überlegungen auf die Rechtsprechung des EuGH.

Hervorzuheben sind dabei insbesondere die Ausführungen zur Aufgabenverteilung zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission, die grundsätzlich selbstständig nebeneinander agieren. Die Kommission entscheidet allein über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt. Dagegen sind die nationalen Gerichte verpflichtet, unabhängig von der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt die Rechte des Einzelnen gegen Verstöße gegen das Durchführungsverbot zu schützen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen hat. Die nationalen Gerichte dürfen die Entscheidung über die Rückforderung auch nicht aussetzen, bis die Kommission eine solche abschließende Entscheidung getroffen hat. Vielmehr haben sie die notwendigen Maßnahmen zu treffen, die die Rechtswidrigkeit der vorzeitigen Beihilfegewährung beseitigen können. Im Ergebnis sind die nationalen Gerichte daher für einstweilige Maßnahmen im Fall eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zuständig, also für formal rechtswidrige Beihilfen.

Das Risiko für die Kommunen, allein wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot von Konkurrenten des begünstigten Unternehmens in Anspruch genommen zu werden, ist damit enorm gestiegen. Mag bisher der ein oder andere Konkurrent den Weg nach Brüssel gescheut haben, so dürfte der Weg zu den nationalen Gerichten weniger beschwerlich erscheinen.

Im Verhältnis zwischen Beihilfegeber und Beihilfeempfänger ist zu beachten, dass der BGH die Möglichkeit des Beihilfeempfängers, sich gegenüber dem Rückforderungsanspruch des Beihilfegebers auf Verjährung zu berufen, eingeschränkt hat. Damit ist sichergestellt, dass der gewährte Vorteil auch tatsächlich zurückgefordert werden kann. Für manche kommunale Unternehmen, die auf Zuschüsse und einen Defizitausgleich der Kommune angewiesen sind, ist dies ein bedrohliches Szenario.

Beihilfen haben insoweit Auswirkungen auf den Jahresabschluss sowohl der beihilfegewährenden Stelle (bei Anwendung der Doppik) als auch des beihilfeempfangenden Unternehmens. Auswirkungen auf den Jahresabschluss des begünstigten Unternehmens können sich demnach vor allem durch die Pflicht zur Bilanzierung von (Rückzahlungs-)Verpflichtungen und die damit verbundene erfolgswirksame oder erfolgsneutrale Minderung des Eigenkapitals ergeben. Darüber hinaus kann auch die Annahme der Unternehmensfortführung infrage zu stellen sein, da Beihilfen in vielen Fällen in einer wirtschaftlich angespannten Lage des begünstigten Unternehmens gewährt werden (vgl. Tz. 34 ff. des derzeit im Entwurf vorliegenden IDW Prüfungsstandards EPS 700 zur Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen).

Unabhängig von der Entscheidung des BGH haben auch die Verwaltungsgerichte für öffentlich-rechtlich ausgestaltete Begünstigungsverhältnisse die individuell schützende Wirkung des Art. 108 Abs. 3 AEUV anerkannt (vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 24.11.2009, Az. 6 A 10113/09, und in der Folgeinstanz BVerwG, Urteil vom 16.12.2010, Az. 3 C 44/09, mit der Forderung, der Konkurrent müsse die begünstigenden Umlagebescheide erst anfechten).

Auch vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung sind die Kommunen aufgefordert, ihre begünstigenden Maßnahmen gegenüber Unternehmen zu überprüfen und ggf. auf beihilferechtskonforme Ausgestaltungen hinzuwirken.