

# Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz

Von *Diederich Eckardt*

## I. Effektivität der Beihilfenkontrolle und mitgliedstaatliches Recht

Die Bestimmungen des Unionsrechts zur Beihilfenkontrolle (also seit Lissabon Art. 107 f. AEUV = ex-Art. 88 f. EGV) verwirklichen grundlegende Bedingungen eines funktionsfähigen europäischen Binnenmarkts, indem sie den miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten gleiche Marktchancen gewährleisten und wettbewerbsverzerrende staatliche Eingriffe verhindern. Ihre von jeher kaum mehr zu überschätzende Bedeutung ist ohne Zweifel in den letzten Jahren immer noch gestiegen – dies liegt zum einen an der Wirtschaftskrise und dem damit einhergehenden Bedürfnis nach wirtschaftsfördernden Subventionen, aber auch an einer wachsenden Sensibilität gegenüber staatlich veranlasster Wettbewerbsverzerrung, die zu einer zunehmend extensiven Interpretation des „Beihilfen“-Begriffs geführt hat.<sup>1</sup>

Zum massenhaften Rechtsproblem ist damit auch die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen geworden – hiervon waren europaweit allein in den letzten zehn Jahren (2001 bis 2010) Beihilfen im Umfang von knapp 13 Mrd. Euro betroffen.<sup>2</sup> Zurückgefordert werden zum einen *materiell* rechtswidrige Beihilfen, d. h., wenn die Kommission nach Abschluss des Prüfungsverfahrens entschieden hat, dass die Beihilfe unzulässig war und deshalb durch den Mitgliedstaat zurückzufordern ist (Art. 108 Abs. 2 AEUV, Art. 7 Abs. 5 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 VO 659/1999). In der Praxis geht es in der Masse der Fälle aber um Beihilfen, die schon aus *formellen* Gründen rechtswidrig gewährt wurden: Bekanntlich müssen die Mitgliedstaaten abgesehen von bestimmten Gruppenfreistellungen jede geplante Fördermaßnahme, die im Rechtssinne möglicherweise als Beihilfe zu qualifizieren ist, der Kommission zur Prüfung vorlegen (Notifizierungspflicht, Art. 108 Abs. 1

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa etwa *Jennert/Pauka*, EU-Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis, KommJur 2009, 321 ff.

<sup>2</sup> Pressemeldung IP/11/201 der EU-Kommission vom 18.02.2011.

Satz 1 AEUV, Art. 2 Abs. 1 VO 659/1999<sup>3</sup>); bis zur Entscheidung der Kommission darf die geplante Maßnahme unter keinen Umständen umgesetzt werden (Durchführungsverbot bzw. Stillhaltegebot, Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, Art. 3 VO 659/1999). Wird das unmittelbar wirkende Durchführungsverbot missachtet – insbesondere weil die mögliche Eigenschaft als Beihilfe gar nicht in Betracht gezogen worden ist –, so muss, auch wenn dies nicht explizit normiert ist,<sup>4</sup> als „logische Folge“ des Verstoßes die formell rechtswidrig gewährte Beihilfe einschließlich des zwischenzeitlich angefallenen Zinsvorteils durch den Beihilfengeber zurückgefordert werden;<sup>5</sup> der Mitgliedstaat hat sicherzustellen, dass hierfür alle geeigneten Maßnahmen ergriffen werden.<sup>6</sup>

Ziel der Rückforderungspflicht ist zunächst, dass der als Beihilfe zu qualifizierende Vermögenstransfer rückgängig gemacht wird und der Beihilfengeber die in das Vermögen des Beihilfenempfängers gelangten Werte tatsächlich wiedererlangt, u. a. damit die betreffenden Mittel für anderweitige Beihilfengewährungen zur Verfügung stehen.<sup>7</sup> In teleologischer Hinsicht im Vordergrund steht aber die Kehrseite der Medaille, d. h. die Entziehung des mit der Beihilfe verbundenen Wettbewerbsvorteils bei dem Beihilfenempfänger: Die Rückzahlung soll bewirken, dass der Empfänger den Wettbewerbsvorteil, den er gegenüber seinen Konkurrenten besessen hat, verliert und dadurch die Marktsituation vor der Zahlung der Beihilfe wiederhergestellt wird.<sup>8</sup> Aus diesem Grund kommt eine Restitution der wettbewerbsverzerrenden

<sup>3</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV (jetzt Art. 108 AEUV), ABLEG 1999 Nr. L 83/1 = Beihilfenverfahrensverordnung = VerfVO = BVVO.

<sup>4</sup> Von der (nur unter einschränkenden Voraussetzungen gewährten) Möglichkeit einer vorläufigen Rückforderungsanordnung der Kommission (§ 11 Abs. 2 VO 659/1999) wird in der Praxis der Kommission bislang kein Gebrauch gemacht.

<sup>5</sup> Vgl. m.w.N. zuletzt EuGH, Rs. C-199/06, Slg. 2008, I-486, Rn. 38 ff. (CELF I); Rs. C-1/09, Slg. 2010, I-2103, Rn. 37 ff., 54 (CELF II), mit der Modifikation der früheren Rspr. dahin, dass die lediglich formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe – d. h. nach einer zwischenzeitlichen Positiventscheidung der Kommission – den Mitgliedstaat zwar noch zur Forderung von Zinsen für die Zwischenzeit verpflichtet, zur Rückforderung der Beihilfe selbst zwar nach wie vor berechtigt (insbesondere für den Fall, dass an der Beihilfengewährung nicht festgehalten wird), dagegen gerade nicht mehr verpflichtet.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 66 (Tubemeuse); Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 24 (Alcan); Rs. C-209/00, Slg. 2002, I-11695, Rn. 31 (Kommission/Deutschland); Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 42, 49 (Kommission/Frankreich); zuletzt EuGH, Urt. vom 28.07.2011, Rs. C-403/10 P, Rn. 122 (Mediaset); Urteil vom 08.12.2011, Rs. C-275/10, Rn. 28 f., 33 (Residex).

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 74 f. (Deutschland/Kommission); Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 42, 49 (Kommission/Frankreich); Rs. C-1/09, Slg. 2010, I-2103, Rn. 54 (CELF II); Rs. C-304/09, EuZW 2011, 517, Rn. 32 (Kommission/Italien); Rs. C-331/09, BeckRS 2011, 80395, Rn. 55 (Kommission/Polen).

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-350/93, Slg. 1995, I-699, Rn. 21 (Kommission/Italien); Rs. C-348/93, Slg. 1995, I-673, Rn. 27 (Kommission/Italien); Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 23 (Alcan); s. ferner EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 75 f. (Deutschland/Kommission); zuletzt EuGH, Rs. C-210/09, EuZW 2010, 585, Rn. 22 (Scott); Rs. C-331/09, BeckRS

Beihilfenwirkungen auch insoweit Betracht, als sie gar nicht unmittelbar in einem finanziellen Vorteil bestanden.<sup>9</sup>

Die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen richtet sich – in Ermangelung eigener unionsrechtlicher Rückabwicklungsbestimmungen – im Ansatz nach den allgemeinen Grundsätzen zur Vollziehung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten:<sup>10</sup> Die Rückforderung muss zunächst mindestens genauso wirksam durchgesetzt werden, wie dies bei den gegen nationales Recht verstoßenden Beihilfen möglich wäre; deshalb sind grundsätzlich die einschlägigen materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des betreffenden Mitgliedstaats zur Anwendung zu bringen („Äquivalenzgebot“). Diese müssen allerdings so ausgelegt und gegebenenfalls fortentwickelt werden, dass „die Anwendung des nationalen Rechts die unionsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“ kann, positiv formuliert also derart, dass die unionsrechtliche Beihilfenkontrolle effektiv durchgeführt werden kann („Effektivitätsgebot“).<sup>11</sup> Die Mitgliedstaaten bzw. ihre Gerichte sind deshalb verpflichtet, die „volle Wirksamkeit“ des Rückforderungsgebots zu gewährleisten.<sup>12</sup> Ein Mitgliedstaat genügt dieser Verpflichtung nur dann, wenn die von ihm ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, die normalen Wettbewerbsbedingungen wiederherzustellen, die durch die Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe verfälscht wurden.<sup>13</sup> In der Wahl der Mittel bei der Durchsetzung der Beihilfenrückforderung ist der Mitgliedstaat daher nur frei,

---

2011, 80395, Rn. 56 (Kommission/Polen); EuGH, Urteil vom 08.12.2011, Rs. C-275/10, Rn. 34 (Residex); s. auch Erwägungsgrund Nr. 13 Satz 1 und 2 zur VO 659/1999 (Fn. 3).

<sup>9</sup> Nach EuG, Urteil vom 07.10.2010, Rs. T-452/08, Rn. 39 ff. (DHL Aviation und DHL Hub Leipzig-GmbH/Kommission), etwa in dem Fall, dass eine nichtige Garantie gewisse „faktische Begünstigungswirkungen“ auslöst.

<sup>10</sup> Vgl. allgemein etwa von *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 4 EUV (Stand: Juli 2010), Rn. 68 ff., 80 ff.; ausf. *Baumann*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht bei mitgliedstaatlichen Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen, 2010, S. 44 ff.; *Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 143 ff.; *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 97 ff.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 24 (Alcan); Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 42, 49 (Kommission/Frankreich); Rs. C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 45 (Transalpine Ölleitung); Rs. C-199/06, Slg. 2008, I-486, Rn. 38 (CELF I); zuletzt etwa EuGH, Rs. C-210/09, EuZW 2010, 585, Rn. 20 f. (Scott); Rs. C-452/09, BeckRS 2011, 80867, Rn. 16 (Iaia); Rs. C-89/10 und C-96/10, BeckRS 2011, 81313, Rn. 32 (Q-Beef NV); s. auch Art. 14 Abs. 3 Satz 2 VO 659/1999 mit Erwägungsgrund Nr. 13 Satz 4 und 5, und aus der Literatur schon *Sinnaeve* (Fn. 10), S. 145 ff.; aktuell etwa *Büll*, Der Kaufpreis beim Unternehmenskauf (Asset Deal) als Korrektiv bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, 2008, S. 61 ff.; *Cranshaw*, Einflüsse des Europäischen Rechts auf das Insolvenzverfahren, 2006, S. 335 ff.; *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 149 ff., 158 ff., 232 ff.; *Koenig/Hellstern*, Der EU-beihilferechtliche Effektivitätsgrundsatz im nationalen Prozessrecht, EuZW 2011, 702 ff.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-305/09, BeckRS 2011, 80463, Rn. 46 (Kommission/Italien).

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-209/00, Slg. 2002, I-11695, Rn. 35 (Kommission/Deutschland); Rs. C-210/09, EuZW 2010, 585, Rn. 22 (Scott).

wenn und soweit die gewählten Mittel nicht die Geltung und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen.<sup>14</sup> Diejenigen „an sich“ tatbestandlich einschlägigen Vorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts, die einer effektiven Durchsetzung des Rückforderungsgebots entgegenstehen würden, dürfen ggf. nicht angewendet werden.<sup>15</sup> Aus deutscher Sicht soll das Gebot der effektiven Durchsetzung des EU-Beihilfenkontrollregimes insofern am Anwendungsvorrang des Unionsrechts i.S.v. Art. 24 GG teilhaben.<sup>16</sup>

Aufgrund des dergestalt im Beihilfenkontrollrecht besonders streng gehandhabten Effektivitätsprinzips bleibt dann freilich im Ergebnis von jedweden beschränkenden Maßgaben des nationalen Rechts wenig übrig. Ist die rechtswidrige Beihilfe durch Verwaltungsakt gewährt, so richten sich die Rücknahme dieses (nicht nichtigen) Verwaltungsakts und die Rückforderung der Beihilfe zwar im Ansatz nach §§ 48, 49a VwVfG.<sup>17</sup> Jedoch kann sich der Beihilfenempfänger gegenüber der Rückforderung auf „nationalen“ Vertrauensschutz – sei es unmittelbar, sei es in Gestalt unangemessen kurzer nationaler Ausschlussfristen<sup>18</sup> – regelmäßig nicht berufen (d. h. er kann sich allenfalls dann auf Vertrauensschutz berufen, wenn dieser seinem Grund nicht im Verhalten des beihilfengewährenden Mitgliedstaats hat, sondern im Verhalten von Unionsorganen<sup>19</sup>): Zwar widerspreche es, so der EuGH, an sich nicht dem Unionsrecht, wenn das nationale Recht im Rahmen der Rückforderung das berechnete Vertrauen und die Rechtssicherheit schütze; da die Überwachung der staatlichen Beihilfen durch die Kommission in Art. 107 f. AEUV zwingend vorgeschrie-

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-210/09, EuZW 2010, 585, Rn. 21 (Scott); Rs. C-507/08, BeckRS 2010, 91504, Rn. 52 (Frucona); Rs. C-507/08, BeckRS 2010, 91504, Rn. 51 (Kommission/Slowakische Republik); Rs. C-331/09, BeckRS 2011, 80395, Rn. 57 (Kommission/Polen).

<sup>15</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rn. 18 (Kommission/Deutschland); Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 30 ff., 38 (Alcan); Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 48 ff., 53 (Kommission/Frankreich); Rs. C-496/09, BeckRS 2011, 81647, Rn. 87 (Kommission/Italien).

<sup>16</sup> Vgl. z.B. BGHZ 173, 129 = NZI 2007, 650, Rn. 27 (CDA), unter Hinweis auf BVerfGE 73, 339 (375); 75, 223 (244); 85, 191 (204); aus der Literatur – sub specie einer „indirekten Kollision“ von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht – s. etwa *Remlinger*, Die Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Rückabwicklung rechtswidriger Beihilfeverhältnisse, 2001, S. 96 ff., 108 ff.; *Sinnaeve* (Fn. 10), S. 123 ff.

<sup>17</sup> Vgl. m.w.N. BVerwG, NVwZ 2011, 1016, Rn. 16 ff.; *Jestaedt/Loest*, Durchsetzung der Rückforderung nach nationalem Recht, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Beihilfenrechts, 2003, § 52, Rn. 6 ff.; *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3, 2011, Anh. zu Art. 14 VerVO, Rn. 10 ff.; *Cranshaw* (Fn. 11), S. 558 ff.; *Remlinger* (Fn. 16), S. 65 ff., 251 ff.; krit. *Foitzik*, Probleme und Grenzen der Europäisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 2006, S. 145 ff.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 38 (Alcan); zuletzt EuGH, Rs. C-1/09, Slg. 2010, I-2103, Rn. 53 (CELF II); Rs. C-452/09, BeckRS 2011, 80867, Rn. 17 ff. (Iaia); Rs. C-89/10 und C-96/10, BeckRS 2011, 81313, Rn. 36, 42 ff. (Q-Beef NV).

<sup>19</sup> Anders, wenn das Verhalten der Kommission oder eines anderen Unionsorgans hierzu Anlass gibt, vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-158/06, Slg. 2007, I-5103, Rn. 24 ff., 34 (ROM-projecten); Rs. C-537/08 P, BeckRS 2010, 91447, Rn. 63 (Kahla).

ben sei, dürfe ein beihilfenbegünstigtes Unternehmen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe jedoch grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Einhaltung des darin vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden sei es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten wurde.<sup>20</sup> Darüber hinaus besteht z. B. kraft Unionsrechts die Pflicht, für die Dauer der Rechtswidrigkeit Zinsen zu fordern (ohne die Möglichkeit, hiervon nach § 49a Abs. 3 Satz 2 VwVfG abzusehen).<sup>21</sup>

Im Hinblick darauf, dass die Beihilfengewährung überwiegend in den Formen des Zivilrechts erfolgt, hat auch das Zivilrecht in den letzten etwa zehn Jahren einige Anstrengungen zur Integration des Beihilfenkontrollrechts unternommen müssen; dies ist nicht ohne Schrammen abgegangen. Zentral ist zunächst die nach wie vor gültige Erkenntnis, dass der Vertrag, durch den eine wegen Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV rechtswidrige Beihilfe gewährt worden ist, gemäß § 134 BGB insgesamt nichtig ist, da das Durchführungsverbot als Verbotsgesetz interpretiert werden muss;<sup>22</sup> sie kann deshalb mittels einer auf Bereicherungsrecht gestützten Rückzahlungsklage rückabgewickelt werden.<sup>23</sup> Ähnlich wie im öffentlichen Recht die Berufung auf vertrauensschützende Ausschlussfristen ist hier etwa die Berufung auf unangemessen kurz erscheinende nationale Bestimmungen über die Verjährung ausgeschlossen;<sup>24</sup> ebenso wenig darf der Beihilfenempfänger sich auf den Wegfall der Be-

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rn. 13 f. (Kommission/Deutschland); Rs. C-169/95, Slg. 1997, I-135, Rn. 51 (Spanien/Kommission); Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 25 (Alcan); s. zuletzt EuGH, Rs. C-1/09, Slg. 2010, I-2103, Rn. 53 (CELF II); EuG, Rs. C-537/08 P, BeckRS 2010, 91447, Rn. 63 ff. (Kahla Thüringen Porzellan/Kommission); krit. etwa *Götz/Martínez Soria*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, Teil H (Stand: 29. EL 2011), Rn. 269, 280 f.; *Remlinger* (Fn. 16), S. 191 ff., jew. m.w.N.

<sup>21</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-199/06, Slg. 2008, I-486, Rn. 52, 55 (CELF I); Rs. C-384/07, Slg. 2008, I-10393, Rn. 28 ff. (Wienstrom); Rs. C-1/09, Slg. 2010, I-2103 (CELF II); s. aus der Literatur *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 76 ff.

<sup>22</sup> Hieran will der EuGH offenbar trotz der Modifikation durch die „CELF“-Entscheidungen (oben Fn. 5) festhalten, s. zuletzt EuGH, Urteil vom 08.12.2011, Rs. C-275/10, Rn. 40 ff. (Residex); für Deutschland s. – vor „CELF I“ – etwa BGH, EuZW 2003, 444; bestätigt durch BGH, EuZW 2004, 254; EuZW 2004, 252; NVwZ 2007, 973; BGHZ 173, 103 = NJW-RR 2007, 1693; zuletzt OLG Köln, BeckRS 2011, 18439 (betr. Kaufvertrag); hierzu z.B. *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 36 ff.; *Cranshaw* (Fn. 11), S. 546 ff., 587 ff., 770 ff. m.w.N.

<sup>23</sup> Vgl. etwa *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 108 AEUV (Stand: Mai 2011), Rn. 100; *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 313 ff.

<sup>24</sup> Vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-542/08, BeckRS 2010, 90451, Rn. 29 (Barth); Rs. C-89/10 und C-96/10, BeckRS 2011, 81313, Rn. 36, 42 ff. (Q-Beef NV); Rs. C-496/09, BeckRS 2011, 81647, Rn. 78 (Kommission/Italien); s. zur Verjährung der Ansprüche des Wettbewerbers auch BGH, EuZW 2011, 440, Rn. 39 ff. (Flughafen Frankfurt-Hahn); vgl. zur Ausschlussfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG auch BVerwG, NJW 1998, 3728, gebilligt von BVerfG, NJW 2000, 2015 (2016); dazu s. z.B. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 108 AEUV, Rn. 28 f.; *Koenig/Hellstern* (Fn. 11), 702 (705).

reicherung berufen.<sup>25</sup> Eingriffe in die zivilrechtliche Dogmatik sind etwa zu konstatieren, wenn es um die Geltendmachung von „Beihilfenrückforderungsansprüchen“ gegen Dritte geht, die von dem Beihilfenempfänger wesentliche Vermögenswerte in einer Art und Weise übernommen haben, dass sich der durch die Beihilfe bewirkte Wettbewerbsvorteil bei ihnen perpetuiert: Hier soll der Dritte kraft Unionsrechts unter gewissen Voraussetzungen<sup>26</sup> gleichfalls zur Restitution verpflichtet sein, ohne dass freilich eine ohne weiteres einschlägige Anspruchsgrundlage im deutschen materiellen Zivilrecht hierfür zur Verfügung stünde. Auch die mittlerweile vollzogene Integration der Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche der Wettbewerber des Beihilfenempfängers<sup>27</sup> ist nicht ohne dogmatisches Bauchgrimmen abgegangen. Ebenso muss sich der Rechtsanwender auf Eingriffe in das nationale Zivilprozessrecht gefasst machen – solche Eingriffe hat der Europäische Gerichtshof etwa, besonders spektakulär, zur materiellen Rechtskraft verlangt<sup>28</sup>, aber auch zum Aussetzungsverbot<sup>29</sup> und zur Beweisaufnahme<sup>30</sup>.

Schon dieser kurze Überblick erweist das Effektivitätsgebot in seiner beihilfenrechtlichen Ausprägung mithin als ein überaus leistungsfähiges Instrument, versehen insbesondere mit dem Potential, limitierende gesetzliche Regelungen des an sich zwingenden mitgliedstaatlichen Rechts in sehr weitgehendem Maße zu derogieren.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 44 ff., 50 (Alcan); s. dazu auch *Baumann* (Fn. 10), S. 174 f.

<sup>26</sup> Zu ihnen z.B. *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 54 ff., 66 f.; ausf. *Büll* (Fn. 11), S. 69 ff.; *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1030 ff.; *ders.*, Das Effizienzgebot bei der Rückforderung rechtswidriger Staatsbeihilfen, insbesondere im Dreiecksverhältnis, WM 2008, 338 ff.; *Mairose*, Die Behandlung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen im deutschen Insolvenzverfahren, 2006, S. 146 ff.; *Ritter*, EG-Beihilfenrückforderung von Dritten, 2004, S. 186 ff.

<sup>27</sup> Dazu BGH, EuZW 2011, 440, Rn. 39 ff. (Flughafen Frankfurt-Hahn); BeckRS 2011, 05517 (Flughafen Lübeck); *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 107 ff., 126; *Rennert*, Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, 576 f.; *Koenig/Hellstern*, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach dem UWG gegen Empfänger von EU-rechtswidrigen Beihilfen, EWS 2011, 216 ff.; zur drittschützenden Wirkung s. allg. EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 40, 67 (SFEL); Rs. C-368/04, Slg. 2006, I-9957, Rn. 38, 44 ff. (Transalpine Ölleitung).

<sup>28</sup> Vgl. (wenngleich zu einem „hard case“, bei dem das nationale Gericht das Unionsrecht geradezu ostentativ missachtet hatte) EuGH, Rs. C-119/05, Slg. 2007, I-6199, Rn. 61 (Lucchini); s. jetzt aber relativierend EuGH, Rs. C-2/08, Slg. 2009, I-7520, Rn. 22 ff., 25 (Olimpiclub); dazu ferner etwa *Koenig/Hellstern* (Fn. 11), 702 (705); *Schmahl/Köber*, Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts?, EuZW 2010, 927 (929); ausführlich *Baumann* (Fn. 10), S. 137 ff., 161 ff.

<sup>29</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-1/09, Slg. 2010, I-2103, Rn. 32 f., 39 (CELF II); Rs. C-304/09, EuZW 2011, 517, Rn. 32 (Kommission/Italien); BGH, EuZW 2011, 440, Rn. 75 (Flughafen Frankfurt-Hahn); BeckRS 2011, 05517, Rn. 70 (Flughafen Lübeck); dazu etwa *Koenig/Hellstern* (Fn. 11), 702 f.

<sup>30</sup> Vgl. Nr. 2.4.4. Rn. 76 Kommissionsbekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABlEU 2009; *Koenig/Hellstern* (Fn. 11), 702 (703 f.).

Diese Rigorosität des Beihilfenkontrollrechts hat zweifellos gravierende verhaltenslenkende und damit realwirtschaftliche Rückwirkungen. In der aktuellen Rechtssache „Residex“, in der es um die Nichtigkeit einer als Beihilfe zu qualifizierenden Staatsbürgerschaft ging, hat dies die Generalanwältin *Kokott* auf den Punkt gebracht, als sie formulierte, die mit der Annahme einer Nichtigkeit der Bürgerschaft verbundene Risikoverlagerung könne auf private Kreditgeber eine abschreckende Wirkung (*chilling effect*) entfalten und sich damit negativ auf die Versorgung von Unternehmen mit Kapital auswirken, was wiederum – wie die jüngste Wirtschafts- und Finanzkrise besonders eindrucksvoll gezeigt habe – gravierende Probleme für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung in der Europäischen Union nach sich ziehen könne; diese Rechtsfolge würde daher „über dasjenige hinausgehen, was zur effektiven Durchsetzung von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erforderlich ist“.<sup>31</sup> Der Gerichtshof hat die Chance, sich der Generalanwältin anzuschließen und hierdurch einen Markstein für die Grenzen des Effektivitätsprinzips zu ziehen, allerdings verstreichen lassen (indem er im Gegenteil von Beihilfenwirkungen auch zugunsten des Bürgerschaftsgläubigers ausging und sich damit den Weg über eine Limitierung der Nichtigkeitswirkungen verschloss).<sup>32</sup>

Entscheidungen wie diese werden eine ohnehin schon zu beobachtende Tendenz verstärken, wonach als Motor der Entwicklung bei der Durchsetzung des EU-Beihilfenregimes weniger die potentiellen Beihilfengeber fungieren als vielmehr die privaten Kreditgeber, die in der Sorge um die Sicherheit ihrer Kredite mit Argusaugen darüber wachen, dass jegliche öffentliche Beteiligung an Projekten und jede Subvention beihilfenrechtskonform vonstatten geht, mit den schon angesprochenen gesamtwirtschaftlichen Risiken. Selbst wenn man dem im Hinblick auf seine große disziplinierende Wirkung für die Beteiligten, zum Wohl der öffentlichen Haushalte und damit der Steuerzahler, durchaus Positives abgewinnen mag, zeigen indessen andere neuere Entscheidungen des Gerichtshofs zur Verjährung, zu den Ausschlussfristen und zur Rechtskraft, dass der Gerichtshof zuweilen durchaus den wünschenswerten „*judicial restraint*“ zu üben bereit ist<sup>33</sup> und explizit auch solche Beschränkungen des nationalen Rechts akzeptiert, die – notwendigerweise – zu einem völligen Untergang des Beihilfenrückgewähranspruchs führen. Es genügt ihm, dass die Vorschriften gemessen an den Zwecken der unionsrechtlichen Beihilfenkontrolle adäquat ausgestaltet sind, d. h. nicht etwa den Anspruch schon nach einer unangemessen kurzen Frist erlöschen oder verjähren lassen.<sup>34</sup> Aus Sicht des Gerichtshofs mag

<sup>31</sup> Schlussanträge der GA'in *Kokott*, Rs. C-275/10, BeckRS 2011, 80939, Rn. 62, 64 (Residex).

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-275/10, BeckRS 2012, 80085, Rn. 40 ff. (Residex), dazu v. *Bonin*, EuZW 2012, 106.

<sup>33</sup> Hierfür schon *Sinnaeve* (Fn. 10), S. 178 ff., 207 ff.

<sup>34</sup> Vgl. etwa zur Verjährung bzw. zu Ausschlussfristen EuGH, Rs. C-542/08, BeckRS 2010, 90451, Rn. 29 (Barth); Rs. C-89/10 und C-96/10, BeckRS 2011, 81313, Rn. 36, 42 ff. (Q-Beef NV); zur Rechtskraftdurchbrechung EuGH, Rs. C-2/08, Slg. 2009, I-7520, Rn. 22 ff., 25 (Olimpiclub).

dies jeweils angebracht sein, um eine dem Einzelfalls gerecht werdende Entscheidung treffen zu können. Aus Sicht des Rechtsanwenders und -unterworfenen sind dabei aber nicht unerhebliche Einbußen an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu beklagen.

## II. Beihilfenkontrolle und Insolvenzverfahren

Da die Beihilfenempfänger häufig insolvent sind oder werden,<sup>35</sup> stellt sich entsprechend häufig die Frage der Anwendung des Beihilfenkontrollrechts in der Insolvenz.

### 1. Finanzierungshilfen im Insolvenzverfahren als Beihilfen

Auch im Insolvenzverfahren spielen Fragen der Zulässigkeit staatlicher Subventionen schon insofern eine große Rolle, als eine finanzielle Reorganisation des Unternehmens(trägers) häufig nur mit staatlichen Subventionen oder Sanierungshilfen anderer Art, die als Beihilfen i.S.v. Art. 107 AEUV zu qualifizieren sind, aussichtsreich ist. Neben der Frage, ob ein im Wege des Insolvenzplans realisierter Forderungs-(teil)erlass durch einen öffentlichen Insolvenzgläubiger eine Beihilfe im Rechtssinne darstellen kann (s. unten sub II.2.f)), hat in diesem Zusammenhang zuletzt die steuerliche Behandlung von Verlustvorträgen des insolventen Unternehmensträgers besonders große Bedeutung erlangt – die mit ihrer Hilfe möglichen Sanierungsgewinne sind in der Praxis sehr häufig ein wesentlicher Baustein einer aussichtsreichen übertragenden Sanierung im Insolvenzverfahren. Die „Sanierungsklausel“ des § 8c Abs. 1a KStG – sie wurde im Zuge der jüngsten Wirtschaftskrise 2009 eingeführt und sollte durch Erhalt von Verlustvorträgen (in Ausnahme zu der erst kurz zuvor durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 eingeführten Bestimmung des § 8c Abs. 1 KStG, der zur Missbrauchsbekämpfung den Erhalt der Verlustvorträge bei Beteiligungserwerb gerade beschneidet) einen Anreiz bieten, in insolvente Kapitalgesellschaften zu investieren – ist von der Kommission beanstandet worden.<sup>36</sup> Der Gesetzgeber hat hierauf bereits reagiert und nunmehr in § 34 Abs. 7c KStG n.F. eine Suspendierung der Sanierungsklausel vorgesehen. Für die praktischen Erfolgsaussichten einer Sanierung in der Insolvenz ist diese Frage von gar nicht zu überschätzender Bedeutung; bleibt es bei dem Wegfall der Sanierungsklausel, ist ein vollständiger Erhalt der Verlustvorträge in Zukunft nur noch durch eine Sanierung ohne Anteilsübertragung möglich.

<sup>35</sup> Nach von Brevern, Die Umsetzung von Beihilfe-Rückforderungsentscheidungen der Kommission, EWS 2005, 154 (157), in immerhin einem Drittel der Rückforderungsfälle.

<sup>36</sup> Vgl. die Entscheidung der Kommission vom 26.01.2011 (s. Pressemitteilung IP/11/65 vom 26.01.2011, von der Bundesrepublik im Wege der Nichtigkeitsklage angegriffen, Rs. T-205/11, ABLEU 2011, Nr. C 186/28); dazu z.B. Breuninger/Ernst, § 8c KStG im „Zangengriff“ von Europa- und Verfassungsrecht – Sanierungsklausel und Beihilferecht nach der Negativentscheidung der EU-Kommission, GmbHR 2011, 673 ff.

## 2. Rückforderung vorinsolvenzlicher Beihilfen im Insolvenzverfahren

Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist freilich nicht die Gewährung von (zusätzlichen) Beihilfen in der Insolvenzsituation, sondern die Rückforderung vorinsolvenzlich gewährter rechtswidriger Beihilfen im Insolvenzverfahren. Was die insolvenzrechtliche Einordnung von Ansprüchen der öffentlichen Hand angeht, ist der Insolvenzrechtler ja mittlerweile Kummer gewohnt. Allerorten erodiert das hehre Prinzip der Gläubigergleichbehandlung durch Statuierung von „Fiskusprivilegien“, sei es durch den Gesetzgeber<sup>37</sup>, sei es durch die Rechtsprechung, wie zuletzt insbesondere im Steuerrecht<sup>38</sup> oder bei den „Altlasten“.<sup>39</sup> Die sich hieraus ergebenden Befürchtungen, das Gebot „effizienter“ Durchsetzung des EU-Beihilfenkontrollregimes werde auch im Insolvenzrecht keinen Stein auf dem anderen lassen, haben sich aber nicht bewahrheitet: Mit Billigung des EuGH hat sich eine Art mittlere Linie etabliert; sie soll in ihren wesentlichen Kennzeichen zunächst vorgestellt werden, bevor in einem zweiten Schritt eine kurze Einordnung und Würdigung vorgenommen wird.

### a) Unerheblichkeit der Insolvenz

Festzuhalten ist zunächst, dass das Gebot effektiver Beihilfenkontrolle nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich auch in der Krise und Insolvenz des Beihilfenempfängers insofern keine Einbußen erleidet, als diese die Verpflichtung des Mitgliedstaats, die Beihilfenrückerstattung durchzusetzen, an sich unberührt lassen. Zwar könne diese Verpflichtung durch rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit erlöschen.<sup>40</sup> Ein Fall tatsächlicher Unmöglichkeit soll aber nur bei „absoluter Unmöglichkeit“ gegeben sein, d. h., wenn auch die Insolvenzmasse zur Befriedigung des Rückerstattungsanspruchs nichts mehr hergibt, mithin in den

<sup>37</sup> Vgl. zum Ganzen aktuell etwa *Lenger/Müller*, Gläubigergleichbehandlung quo vadis? – Neue Versuche des Gesetzgebers zur Einführung (weiterer) Fiskusprivilegien, NZI 2011, 903 ff.

<sup>38</sup> So begründet etwa der Insolvenzverwalter, der das Entgelt für eine vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Rahmen der Sollbesteuerung ausgeführte Leistung vereinnahmt, hinsichtlich des Umsatzsteuerbetrages nach der Rechtsprechung des BFH eine Masseverbindlichkeit im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, vgl. BFHE 227, 513 = NZI 2010, 272; BFHE 232, 301 = NZI 2011, 336. s. dazu aktuell etwa *Kahlert*, Der V. Senat des BFH als Schöpfer von Fiskusvorrechten im Umsatzsteuerrecht, DStR 2011, 921 ff.

<sup>39</sup> Ist das Grundstück mit Bodenverunreinigungen oder Abfällen kontaminiert, so kann die Ordnungsbehörde nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich unter dem Aspekt umweltrechtlicher Zustandsverantwortlichkeit gegen den Insolvenzverwalter vorgehen, so dass diesen – vorbehaltlich rechtzeitiger Freigabe des Grundstücks – die Beseitigungskosten als Masseschuld treffen; ob die Kontamination vor oder nach Verfahrenseröffnung entstanden ist, ist hiernach unerheblich (vgl. BVerwGE 107, 299 = NZI 1999, 37; BVerwGE 108, 269 = NZI 1999, 246; BVerwG, NZI 2005, 55; BVerwGE 122, 75 = NZI 2005, 51); s. dazu etwa *Eckardt*, Umwelthaftung im Insolvenzverfahren, AbfallR 2008, 197 ff.

<sup>40</sup> Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 60 (Tubemeuse).

Fällen der Masseinsuffizienz, wenn nicht sogar vollständigen Masselosigkeit.<sup>41</sup> Der Rückforderung als – so der EuGH – logischer Folge der formellen oder materiellen Unionsrechtswidrigkeit steht es deshalb auch nicht entgegen, wenn der Beihilfempfeänger als Folge der Rückforderung liquidiert werden muss oder insolvent wird;<sup>42</sup> im Gegenteil verwirklicht sich mit dem Marktaustritt des Begünstigten der Zweck des Rückforderungsgebots, die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen der rechtswidrigen Beihilfe zu beseitigen.

#### b) Insolvenzrechtlicher Rang des Beihilfenrückerstattungsanspruchs

Im eröffneten Insolvenzverfahren stellt sich dann die entscheidende Frage, mit welcher Qualität bzw. mit welchem Rang der Beihilfenrückerstattungsanspruch befriedigt wird. Denkbar wäre zum einen, den Anspruch zur denkbar „effektivsten“ Umsetzung des unionsrechtlichen Rückforderungsimperativs mit einem (ungeschriebenen) Supervorrecht auszustatten, d.h. ihn zu einer Masseforderung im Rang noch vor den Massekosten (§ 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder allenfalls gleich nach diesen aufzuwerten. Denkbar wäre ferner – wiederum unmittelbar kraft Unionsrechts – die Qualifikation als normale Masseforderung (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO), als bevorrechtigte Insolvenzforderung (quasi im Rang zwischen Insolvenz- und Masseforderungen), als normale Insolvenzforderung, aber auch, wenigstens wenn der Beihilfengeber zugleich Gesellschafter der Schuldner-Gesellschaft ist, als nachrangige Insolvenzforderung. Angesichts des breiten Angebots an Lösungsmöglichkeiten und den hervorstechenden Merkmalen einer Rechtsfindung unter der Herrschaft eines extensiv gehandhabten Effektivitätsgebots, nämlich seiner großen Unbestimmtheit verbunden mit seiner großen Durchschlagskraft, erstaunt es fast, dass über die richtige Antwort wenig Streit herrscht: Man ist sich nahezu einig, dass nur der Rang einer normalen Insolvenzforderung in Frage kommt, mit anderen Worten der Beihilfengeber und -rückforderungsgläubiger sich der *par condicio creditorum* unterwerfen muss.<sup>43</sup> Auch der EuGH akzeptiert die Gleichbehandlung mit den anderen Insolvenz-

<sup>41</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-499/99, Slg. 2002, I-6301, Rn. 37 (Kommission/Spanien); *Sinnaeve*, Allgemeine Grundlagen, in: Heidenhain (Fn. 17), § 32, Rn. 26; *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 108 AEUV (Stand: Mai 2011), Rn. 100.

<sup>42</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-52/84, Slg. 1986, I-89, Rn. 14 (Kommission/Belgien); zuletzt EuGH, Rs. C-280/05, Slg. 2007, I-181, Rn. 28 (Kommission/Italien); Rs. C-496/09, BeckRS 2011, 81647, Rn. 73 (Kommission/Italien); aus der Literatur s. etwa *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 108 AEUV (Stand: Mai 2011), Rn. 100; *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1127 ff.; *Guski*, Beihilfenrückforderung und Gläubigergleichbehandlung, KTS 2008, 403 (406); *Ehrlicke*, Grundprobleme staatlicher Beihilfen an ein Unternehmen in der Krise im EG-Recht, WM-Sonderbeilage 3/2001, 3 (10 ff.); *Koenig*, EG-beihilfenrechtliche Rückforderung als Insolvenzauslöser, BB 2000, 573 ff.; *Quardt*, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen und ihre Grenzen in der Insolvenz, EWS 2003, 312 (313).

<sup>43</sup> BGH, WM 2006, 778 (779); BGHZ 173, 103 = NZI 2007, 647, Rn. 29 (SKL-M); BGHZ 173, 129 = NZI 2007, 650, Rn. 23 (CDA); *Ehrlicke*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 2. Aufl., 2007, § 38, Rn. 95; *ders.*, Die Rückforderung gemeinschaftswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfempfeängers, ZIP 2001, 1656 (1660);

gläubigern und verlangt lediglich von dem beihilfengewährenden Mitgliedstaat, von den einem Insolvenzgläubiger zustehenden materiellen und Verfahrensrechten konsequenten Gebrauch zu machen.<sup>44</sup> Noch erstaunlicher nimmt der EuGH sogar mitgliedstaatliche Detail-„Durchsetzungsausschlüsse“ wie etwa Regelungen zur „Unanmeldbarkeit“ bzw. zum Nachrang der nach Verfahrenseröffnung anfallenden Zinsansprüche hin.<sup>45</sup>

### c) Beihilfenrückgewähransprüche als Insolvenzauslöser

Aus der von der ganz h.M. angenommenen Eigenschaft des Beihilfenrückgewähranspruchs als Insolvenzforderung ergibt sich jedenfalls, dass der Beihilfengeber zur Insolvenzantragstellung berechtigt sein muss (§ 14 Abs. 1 InsO) und dass der Rückgewähranspruch gleich jeder anderen Forderung zu berücksichtigen ist, soweit es um die Anwendung der Bestimmungen zu den Insolvenzgründen geht, also insbesondere bei der Feststellung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.<sup>46</sup> Letzteres hat beträchtliche Folgewirkungen insbesondere für die streng haftungsbewehrte Insolvenzantragspflicht der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften (§ 15a InsO, § 64 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG).

Fraglich ist allerdings, ab wann die im Fall eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV *ipso iure* entstehende Rückgewährverpflichtung in der Überschuldungsbilanz bzw. im Überschuldungsstatus zu passivieren ist; dies spielt dann eine Rolle, wenn es sich bei der Beihilfe um die Gewährung

---

*Bork*, Europarechtswidrige Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, in: FS für Marcus Lutter, 2000, S. 301 (314 f.); *Geuting/Michels*, Kapitalersatzrecht versus EU-Beihilferecht, ZIP 2004, 12 (14); *Guski* (Fn. 42), 403 (405); *Rapp/Bauer*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen im Insolvenzverfahren, KTS 2001, 1 (18 f.); *Quardt* (Fn. 42), 312 (315); *Smid*, Rückführung staatlicher Beihilfen und Insolvenz, in: FS für Wilhelm Uhlenbruck, 2000, S. 405 (415 ff.); *Cranshaw*, Konkurrenzen zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Gemeinschaftsrecht bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DZWIR 2008, 88 (91); *Heber*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen bei Insolvenz des Beihilfenempfängers, Diss. Jena 2005, S. 85 ff.; *Mairose* (Fn. 26), S. 76 ff.; *Kiewitt*, Rückforderung staatlicher Beihilfen nach Europäischem Gemeinschaftsrecht bei Insolvenz oder Veräußerung des Empfängerunternehmens, 2004, S. 97 ff.; *Ristow*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfenempfängers am Beispiel der Länder Deutschland, England, Frankreich und Österreich, 2005, S. 73 ff.; *Schluck-Amend*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in ihren Auswirkungen auf das nationale Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2004, S. 125 ff.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 59 f. i.V.m. 61 f. (Tubemeuse); Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 85 (Deutschland/Kommission) („SMI“); vgl. auch EuGH, Rs. C-276/99, Slg. 2001 I-8055, Rn. 29 (Maxhütte); Rs. C-280/05, Slg. 2007, I-181, Rn. 28 (Kommission/Italien); Rs. C-331/09, BeckRS 2011, 80395, Rn. 60 (Kommission/Polen); Rs. C-496/09, BeckRS 2011, 81647, Rn. 73 f., 76 (Kommission/Italien).

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-480/98, Slg. 2000, I-8717, Rn. 32 ff., 38 (Spanien/Kommission).

<sup>46</sup> Vgl. *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1128 ff.; *Schluck-Amend* (Fn. 43), S. 111 ff.; *Quardt* (Fn. 42), 312 (314 f.).

von Eigenkapital handelte (während das als Beihilfe gewährte Fremdkapital in Ermangelung eines Rangrücktritts ohnehin von Anfang zu passivieren war<sup>47</sup>). Hierfür kommt es, auch wenn die Bestimmungen über die Bildung der Handelsbilanz nicht unmittelbar gelten, aus Gründen des Gläubigerschutzes letztlich ebenso wie dort („Vorsichtsprinzip“) auf die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme an; es sind deshalb abhängig vom Grad dieser Wahrscheinlichkeit entsprechende Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden und gewisse Verbindlichkeiten zu passivieren.<sup>48</sup> Dagegen, auf dieser Grundlage bereits im Zeitpunkt der Gewährung der ungenehmigten Beihilfe die Bildung einer Rückstellung oder gar die Passivierung vorzuschreiben,<sup>49</sup> spricht allerdings, dass der Beihilfengeber die Rückerstattung der Beihilfe zwar vom Moment der Zuwendung an ohne weiteres zurückfordern könnte; dies aber ohne äußeren Anlass – wie ihn eine Negativentscheidung der Kommission darstellen könnte, aber auch z. B. eine Konkurrentenklage – in aller Regel nicht tun wird. Die anlasslose Passivierung des Beihilfenrückerstattungsanspruchs dürfte deshalb nicht angebracht sein, um den Beihilfenempfänger nicht vorschnell in die Insolvenz zu treiben.<sup>50</sup> Auf der anderen Seite des Spektrums steht die rechtskräftige Qualifizierung als (materiell rechtswidrige bzw. ungenehmigte) Beihilfe durch die Kommission oder ein nationales Gericht; sie löst jedenfalls die Passivierungspflicht aus.<sup>51</sup> Für die Zwischenzeit kommt es auf die nach den Umständen des Einzelfalls – insbesondere die Einleitung bzw. die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Prüfungsverfahrens durch die Kommission bzw. eines auf die Rückgängigmachung abzielenden Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens, die bestehenden Verteidigungsmöglichkeiten des Beihilfenempfängers einschließlich der Erfolgsaussichten eingelegter oder beabsichtigter Rechtsbehelfe oder des einstweiligen Rechtsschutzes<sup>52</sup> – zu bemessende Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme an; hierzu lässt sich schlecht abstrakt etwas sagen.

#### *d) Insolvenzanfechtung vorinsolvenzlicher Beihilfenrückzahlungen*

Folgerichtig ist auch die anfechtungsrechtliche Behandlung: Ist die Beihilfe innerhalb der üblichen tatbestandlichen Anfechtungsfristen vor dem Insolvenzantrag bzw. zwischen Insolvenzantragstellung und Verfahrenseröffnung zurückgezahlt

<sup>47</sup> Zutr. *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1133 f.; *Schluck-Amend* (Fn. 43), S. 118.

<sup>48</sup> Vgl. zum Ganzen BGH, ZIP 2003, 2068; *Müller*, in: Jaeger, Insolvenzordnung, 2004, § 19, Rn. 75; *Drukarczyk*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 43), § 19, Rn. 99 ff; *Uhlenbruck*, in: ders. (Hrsg.), InsO, 13. Aufl., 2010, § 19, Rn. 103 ff. m.w.N.

<sup>49</sup> Zu weitgehend insoweit *Rapp/Bauer* (Fn. 43), 1 (14 f.); s. aber auch *Uhlenbruck*, in: ders. (Fn. 48), § 19, Rn. 121.

<sup>50</sup> Vgl. *Heber* (Fn. 43), S. 83; *Mairose* (Fn. 26), S. 71 f.; *Ehricke* (Fn. 42), 3 (11 f.); *Koenig* (Fn. 42), 573 (589).

<sup>51</sup> *Uhlenbruck*, in: ders. (Fn. 48), § 19, Rn. 121; *Ehricke* (Fn. 42), 3 (11); *Smid* (Fn. 43), S. 405 (418); *Heber* (Fn. 43), S. 83; *Quardt* (Fn. 42), 312 (315); *Schluck-Amend* (Fn. 43), S. 114; *Mairose* (Fn. 26), S. 71.

<sup>52</sup> *Mairose* (Fn. 26), S. 71.

worden, so unterliegt dieser Erwerb im eröffneten Insolvenzverfahren nach allgemeinen Grundsätzen der Insolvenzanfechtung.<sup>53</sup> Konsequenter ist dies vor allem insofern, als die Anwendung der besonderen Insolvenzanfechtung (§§ 130 f. InsO) die Eigenschaft als Insolvenzgläubiger voraussetzt und ihre Anwendung deshalb impliziert, dass sich der Beihilfenrückgewährgläubiger in die *par condicio creditorum* einzugliedern hat, und auch die anderen Anfechtungsbestände können nur eingreifen, wenn die Forderung, zu deren Erfüllung die Leistung erfolgte, im eröffneten Verfahren keine Masseverbindlichkeit gewesen wäre (da es sonst an der objektiven Gläubigerbenachteiligung fehlen würde).

e) „Gesellschafter-Beihilfen“

Eine Ausnahme von der prinzipiell gleichrangigen Teilhabe aller Insolvenzgläubiger am haftenden Vermögen bilden die als minder schutzwürdig angesehenen nachrangigen Insolvenzforderungen; sie sind nur dann anzumelden und zu prüfen, wenn das Insolvenzgericht hierzu – sei es für alle Rangklassen, sei es für einzelne von ihnen („soweit“) – besonders aufgefordert hat (§ 174 Abs. 3 InsO). Auch in diesem Fall unterliegen die nachrangigen Gläubiger jedoch zusätzlichen Beschränkungen: Sie sind grundsätzlich nicht stimmberechtigt (§ 77 Abs. 1 Satz 2 InsO), auch nicht bei Abstimmungen über einen Insolvenzplan (vgl. § 246 InsO). Ihre Forderungen sind bei Abschlagsverteilungen nicht zu berücksichtigen (§ 187 Abs. 2 Satz 2 InsO) und gelten im Plan als im Zweifel erlassen (§ 225 Abs. 1 InsO). Es fragt sich deshalb, wie mit dem Beihilfenrückgewähranspruch in der Insolvenz des Beihilfenempfängers umzugehen ist, wenn die Beihilfengewährung – insbesondere weil sich der Subventionsgeber als Gesellschafter an einer beihilfenempfangenden GmbH beteiligt hat – die Voraussetzungen eines nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als nachrangig eingestuften Gesellschafterdarlehens erfüllt. Dass sich der Rückzahlungsanspruch bei einer als Gesellschafterdarlehen einzustufenden Beihilfe nicht aus Darlehensrecht ergibt, sondern – im Hinblick auf die Nichtigkeit des Darlehensvertrags<sup>54</sup> – aus Bereicherungsrecht, ist hierfür unerheblich; denn der für Ansprüche aus Gesellschafterdarlehen gesetzlich angeordnete Nachrang greift auch, wenn der Darlehensbetrag auf der Grundlage eines unwirksamen Vertrags gewährt wurde.<sup>55</sup>

Nach Ansicht des BGH<sup>56</sup> ist es mit dem Effektivitätsgebot unvereinbar, die Ansprüche auf Rückzahlung von „Gesellschafter-Beihilfen“ in der Insolvenz zurückzu-

<sup>53</sup> BGHZ 173, 129 = NZI 2007, 650, Rn. 41 ff. (CDA).

<sup>54</sup> Vgl. oben in und bei Fn. 22.

<sup>55</sup> Vgl. nur *Gehrlein*, Kapitalaufbringung und Gesellschafterdarlehen, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., 2011, § 84, Rn. 45.

<sup>56</sup> BGHZ 173, 103 = NZI 2007, 647, Rn. 25 ff., 31 ff. (SKL-M); BGHZ 173, 129 = NZI 2007, 650, Rn. 24 ff. (CDA); ebenso z.B. *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 96; *Mairose* (Fn. 26), S. 80 ff.; *von der Lühe/Lösler*, Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen und Eigenkapitalersatzrecht, ZIP 2002, 1752 (1755 ff.); *Sinz*, in: Uhlenbruck (Fn. 48), § 38, Rn. 55.

setzen. Der Rückforderungsanspruch müsse daher auch in diesem Fall als gewöhnliche Insolvenzforderung einzustufen sein; dieses Ergebnis schien ihm dermaßen eindeutig als einziges dem Effektivitätsgebot entsprechend, dass er es sogar unterließ, diese – vom EuGH bis heute noch nicht explizit entschiedene – Frage dem EuGH vorzulegen. In der Literatur wird das Ergebnis des BGH aber überwiegend abgelehnt und für die Anwendung der Nachrang-Bestimmungen auch in diesem Sonderfall plädiert.<sup>57</sup>

An der Rechtslage zur Behandlung von „Gesellschafter-Beihilfen“ hat sich – unabhängig davon, wie man sie zum alten Recht beurteilt hat – auch nach der Neugestaltung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG vom 23. Oktober 2008 nichts geändert.<sup>58</sup> Wenn man dem BGH darin folgt, dass es ein Gebot des Effektivitätsprinzips darstellt, dass der Mitgliedstaat den Anspruch auf Rückgewähr einer nicht genehmigten Beihilfe wenigstens als einfacher Insolvenzgläubiger geltend machen kann, so kann es keinen erheblichen Unterschied machen, ob ein vom nationalen Insolvenzrecht angeordneter Nachrang an den eigenkapitalersetzenden Charakter eines Darlehens oder ausschließlich an die Gesellschafterstellung anknüpft (zumal sich richtiger Ansicht nach an der teleologischen Grundlage des Gesellschafterdarlehensrechts, der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters, durch das MoMiG ohnehin nichts geändert hat<sup>59</sup>). § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wird daher auch in seiner Neufassung in dieser Konstellation keine Anwendung finden; der Beihilfengeber kann und muss den Rückforderungsanspruch als einfache, nicht nachrangige Insolvenzforderung anmelden.

Meldet der Beihilfengeber seine Forderung allerdings explizit als nachrangiges Gesellschafterdarlehen zur Insolvenztabelle an (was gemäß § 174 Abs. 3 InsO nur zulässig ist, wenn das Insolvenzgericht zur Anmeldung nachrangiger Forderungen ausdrücklich aufgefordert hatte – fehlt es hieran, ist die Anmeldung durch den Insol-

<sup>57</sup> *Ehricke*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 43), § 38, Rn. 95; *Kindler*, Grundlagen, in: ders./Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, § 1 (Stand: 1. EL 2010), Rn. 32; *Bork* (Fn. 43), S. 301 (314 ff.); *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1007 ff., 1076 ff.; *ders.* (Fn. 43), 88 (93 ff.); *Geuting/Michels* (Fn. 43), 12 (15); *Rapp/Bauer* (Fn. 43), 1 (22); *Smid* (Fn. 43), S. 405 (417 f.); *Heber* (Fn. 43), S. 90 f.; *Kiewitt* (Fn. 43), S. 109 ff.; *Schluck-Amend* (Fn. 43), S. 128 ff., 185; vermittelnd z. B. *Mylich*, Urteilsanmerkung, ZEuP 2008, 636 (645).

<sup>58</sup> *Bäuerle*, in: Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, 4. Aufl., 2010, § 38, Rn. 33; *Hirte*, in: Uhlenbruck (Fn. 48), § 39, Rn. 51; *Preuß*, in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), InsO, § 39 (Stand: Nov. 2011), Rn. 82; *Dahl*, in: Michalski (Hrsg.), GmbHG, 2. Aufl., 2010, Anh. II §§ 32a, 32b a.F., Rn. 35.

<sup>59</sup> Vgl. m.w.N. *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl., 2009, Anh. §§ 32a, b, Rn. 9; *Schmidt*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform – eine alternative Sicht, ZIP 2010, Beil. zu Heft 39, 15 (17 ff.); ähnlich (an das „Näheverhältnis“ als Gesellschafter anknüpfende gesetzgeberische Entscheidung) *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, Anh. § 64, Rn. 115; a.A. z. B. *Habersack*, in: Ulmer/ders./Winter (Hrsg.), GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 30, Rn. 37; *Huber*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform, ZIP 2010, Beil. zu Heft 39, 7 (13 ff.); Missbrauch der Haftungsbeschränkung.

venzverwalter *a limine* zurückzuweisen und nicht in die Insolvenztabelle aufzunehmen<sup>60</sup>), ist es nicht möglich, dies unter Hinweis auf das Effektivitätsprinzip zu überspielen;<sup>61</sup> denn einen besseren Rang als den, der durch Anmeldung in Anspruch genommen wurde, kann die Feststellung zur Insolvenztabelle (§ 178 Abs. 1 InsO) nicht vermitteln. Der Insolvenzverwalter kann deshalb unter keinen Umständen verpflichtet sein, die Forderung bei der Verteilung so zu berücksichtigen, als ob sie als gewöhnliche Insolvenzforderung angemeldet und festgestellt worden wäre. In Betracht kommt vielmehr nur der Weg über eine (ex nunc wirkende) Änderung der Anmeldung bzw. Nachtragsanmeldung des Beihilfenrückgewähranspruchs mit dem Rang einer einfachen Insolvenzforderung, solange die Masse noch nicht verteilt ist; die Feststellung als nachrangige Forderung steht dem ggf. nicht entgegen.<sup>62</sup>

#### f) Insolvenzplanmäßiger Verzicht auf Beihilfenrückgewähransprüche

Nach den gleichen Kriterien wie bei einem Forderungs(teil)erlass oder der Abschluss eines einen Forderungs(teil)verzicht enthaltenden außergerichtlichen Vergleichs<sup>63</sup> kann auch der Forderungs(teil)erlass im Insolvenzplan eine Beihilfe darstellen, wenn diese Begünstigung „normalen Marktbedingungen“ nicht entspricht.<sup>64</sup> Im Rahmen dieser Prüfung wenden Kommission und Gerichte den Maßstab des privaten Investors an, der sich zum Zeitpunkt der Investition in einer ähnlichen Lage wie die betreffende öffentliche Hand bzw. das betreffende öffentliche Unternehmen befunden hat (sog. *private market investor test* – hier in der Variante des „*private creditor test*“).<sup>65</sup> Diese Frage kann sich auch dann stellen, wenn der Staat gerade mit der Beihilfenrückforderung Insolvenzgläubiger ist und sich mit der Frage der Zustimmung zu einem Insolvenzplan auseinandersetzen muss. Überwiegend wird für diesen Fall allerdings angenommen, der *private creditor test* sei hier nicht anzuwenden; vielmehr sei die Mitwirkung des Beihilfengebers an einem Insolvenzplan, der

<sup>60</sup> Nowak, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 2, 2. Aufl., 2008, § 174, Rn. 32 a.E.

<sup>61</sup> So aber Karpenstein/Klein, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 Ver-  
fVO, Rn. 97.

<sup>62</sup> Vgl. Eckardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., 2009, Kap. 17, Rn. 30.

<sup>63</sup> Vgl. Koenig/Hellstern, EU-beihilferechtskonforme Gestaltung von Vergleichsverträgen mit der öffentlichen Hand, RIW 2011, 286 ff.; Soltész/Makowski, Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe i.S. von Art. 87 I EG, EuZW 2003, 73 ff.

<sup>64</sup> Ausf. zu beihilfenrechtlichen Fragen bei der Plansanierung *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1208–1525 ff.

<sup>65</sup> Vgl. im Einzelnen EuGH, Rs. C-40/85, Slg. 1986, I-23210, Rn. 13 (Belgien/Kommission); Rs. C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Rn. 20 (Italien/Kommission); Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 60 (SFEE); Rs. C-342/96, Slg. 1999, I-2459, Rn. 41 (Spanien/Kommission); Rs. C-56/93, Slg. 1996, I-723, Rn. 10 (Belgien/Kommission); s. zuletzt EuG, Rs. T-163/04 und T-36/06, BeckRS 2010, 90267 (Bundesverband deutscher Banken e.V./Kommission); ausf. Giesberts, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484 ff.; Soltész/Makowski (Fn. 63), 73 (75).

eine Stundung oder einen Teilerlass des Beihilfenrückzahlungsanspruchs vorsieht, ungeachtet des *private creditor tests* stets unzulässig.<sup>66</sup> In der Tat erscheint es, auch wenn die Frage durch den EuGH noch nicht explizit entschieden worden ist, mit dem Effektivitätsprinzip nicht vereinbar, dass der Beihilfengeber einer Abwicklung seine Zustimmung erteilt, die die Weiterführung des durch die rechtswidrige Beihilfe geförderten Unternehmens ermöglicht, ohne dass die Beihilfe in vollem Umfang zurückgezahlt wird.

Dies wird im Ergebnis bedeuten, dass ein sanierender, auf die Fortführung des Schuldnerunternehmens gerichteter Insolvenzplan nicht mehr möglich bzw. davon abhängig ist, dass der Beihilfengeber seine Forderung zu 100 % befriedigt erhält.<sup>67</sup> Nicht ausreichen dürfte (i. e. für die Anwendung der Obstruktionsregeln der §§ 245, 251 InsO), dass der Beihilfengeber, der wohl auch eine eigene Abstimmungsgruppe bekommen müsste,<sup>68</sup> durch den Insolvenzplan genau so gestellt wird, wie er bei insolvenzmäßiger Liquidation stünde. Dass sich hierdurch nur die durch den EuGH gebilligte Gleichstellung des Beihilfengebers mit den übrigen Gläubigern realisiert, ist wohl kein Gegenargument, weil diese Gleichstellung eben nur für den Fall akzeptiert worden ist, dass sich der wettbewerbsverzerrende Effekt der rechtswidrigen Beihilfe schon durch die Liquidation des Beihilfenempfängers und die Einstellung der Betriebstätigkeit erledigt hat. Soll der Beihilfenempfänger im Insolvenzplan saniert werden, gilt dieser Gedanke gerade nicht. Immerhin sollte es als zulässig und gerade nicht als verbotene Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers betrachtet werden, wenn der Insolvenzplan unter Berücksichtigung dieser Rechtslage die volle Befriedigung des Beihilfengebers vorsieht. Soweit der Insolvenzplan – ausnahmsweise, wengleich unproblematisch zulässig – nicht die Sanierung des Beihilfenempfängers regelt, sondern die Liquidation des unternehmenstragenden Schuldners (einschließlich der übertragenden Sanierung) vorsieht, bestehen aber aus diesen Gründen keine Bedenken gegen einen Plan, der dem Beihilfengeber nur oder immerhin diejenigen Befriedigungsaussichten zubilligt, die sich bei einer Liquidation im Regelinsolvenzverfahren ergeben hätten; insoweit sollten dann zulasten des Beihilfengebers auch Mehrheitsprinzip und Obstruktionsverbot eingreifen.

<sup>66</sup> *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 96; *Köster*, ebda., Art. 14 VerfVO, Rn. 46 f.; *Mairose* (Fn. 26), S. 102 ff.; *Borchardt*, Die Rückforderung zu Unrecht gewährter staatlicher Beihilfen beim Verkauf von Vermögenswerten des Beihilfenempfängers durch den Insolvenzverwalter, ZIP 2001, 1301 (1303); *Köster/Molle*, Gilt das Privatgläubigerprinzip bei der Beihilfenrückforderung?, EuZW 2007, 534 (537); *Rapp/Bauer* (Fn. 43), 1 (23); wohl auch *Soltész/Makowski* (Fn. 63), 73 (78); vgl. – hinsichtlich des EU-Beihilfenrecht nur *obiter dictum* – auch LG Magdeburg, ZInsO 2001, 475 (477); a.A. aber *Heidenhain*, Einzelne Tatbestandsmerkmale, in: ders. (Fn. 17), § 4, Rn. 12; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl., 2005, Rn. 471.

<sup>67</sup> *Koenig*, Bestimmung des passiv-legitimierten Adressaten einer Beihilfenrückforderung nach der Veräußerung eines begünstigten Unternehmens, EuZW 2001, 37 ff.; *Mairose* (Fn. 26), S. 104 f.; *Schluck-Amend* (Fn. 43), S. 137 f.

<sup>68</sup> *Cranshaw* (Fn. 11), S. 1272; *Mylich* (Fn. 57), 636 (641); *Schluck-Amend* (Fn. 43), S. 132 ff.

### g) Erwerberhaftung bei übertragender Sanierung

Wie bereits angedeutet, gehört zu den mittlerweile etablierten Grundsätzen des Beihilfenkontrollrechts ungeachtet ihrer nach wie vor ungeklärten rechtskonstruktiven Grundlagen auch die Erstreckung des „Rückgewähranspruchs“ auf dritte Erwerber von wesentlichen Vermögenswerten des Beihilfenempfängers.<sup>69</sup> Dies wird auch und vor allem in der Insolvenz des Beihilfenempfängers nicht selten wirksam: Wird der unternehmerische Betrieb, dessen Rechtsträger die Beihilfen erhalten hat, im Wege der übertragenden Sanierung (des „*asset deal*“) ganz oder teilweise durch Aufgangsgesellschaften oder einen Wettbewerber übernommen und weitergeführt, so kann der Erwerber zur Rückerstattung der Beihilfen verpflichtet sein, falls ihm der tatsächliche Nutzen des mit dem Erhalt dieser Beihilfen verbundenen Wettbewerbsvorteils verblieben ist. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn er die „beihilfeninfizierten“ Aktiva des Insolvenzschuldners erworben hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt dies – entgegen einer zunächst deutlich extensiveren Entscheidungspraxis der Kommission – aber voraus, dass hier kein den Marktbedingungen entsprechender Preis gezahlt wurde, in dem sich auch der durch die Beihilfe gesteigerte Vermögenswert niedergeschlagen hat, oder wenn feststeht, dass hierdurch – vor allem mit der Gründung einer Aufgangsgesellschaft – die Pflicht zur Rückerstattung der Beihilfen umgangen werden sollte.<sup>70</sup> Auch bei einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter muss die Marktgerechtigkeit des Kaufpreises deshalb durch ein offenes, bedingungsloses und transparentes Bietverfahren nachweisbar gemacht werden.<sup>71</sup>

## III. Kurze Würdigung

### 1. Das „Ob“ der Rückforderung in der Insolvenz

Dass die Rückforderung der Beihilfe auch in der Insolvenz des Empfängers durchgesetzt werden kann und muss, gilt, wie gesehen, als unzweifelhaft. Schon verschiedentlich ist indessen, wenngleich teils in anderem Zusammenhang, darauf hingewiesen worden, dass der Zweck der Beihilfenrückforderung in der Insolvenz des Beihilfenempfängers auch ohne tatsächliche Rückzahlung der Beihilfe erfüllt ist: Dem Durchführungsverbot ist genügt, wenn dem Begünstigten der Vorteil wieder genom-

<sup>69</sup> Vgl. oben bei und in Fn. 26.

<sup>70</sup> EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 86 (Deutschland/Kommission – „SMI“); Götz/Martínez Soria, in: Dausen (Fn. 20), Teil H, Rn. 272; Ehrlicke, Anforderungen an den Insolvenzverwalter bei der Veräußerung des Unternehmens aus einer „beihilfeninfizierten Masse“ zum Schutz des Erwerbers vor Rückforderungsansprüchen, ZInsO 2005, 516 ff.; Heber (Fn. 43), S. 103 ff.; Kiewitt (Fn. 43), S. 167 ff.; Mairose (Fn. 26), S. 108 ff., 132 ff.; s. auch BGHZ 173, 103 = NZI 2007, 647, Rn. 36.

<sup>71</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Rn. 95 (Deutschland/Kommission – „SMI“); Karpenstein/Klein, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 95; Ehrlicke (Fn. 70), 516 (518); Mairose (Fn. 26), S. 186 ff.

men ist; es ist nicht erforderlich, dass der Beihilfengeber seine Leistung auch zurück-erlangt. Indem der insolvente Beihilfenempfänger in der Insolvenz aus dem Markt ausscheidet, hat sich die Beeinträchtigung des Wettbewerbs gewissermaßen erledigt; ob und inwieweit der Mitgliedstaat die zugewendeten Mittel zurückerlangt, ist daher für die Zwecke, die mit der Beihilfenkontrolle und speziell mit der Beihilfenrückerstattung primär verfolgt werden, an sich unerheblich.<sup>72</sup> Diese Erwägung spielt im Insolvenzfall auch bei der Frage eine Rolle, ob das Effektivitätsprinzip in der Insolvenz des Beihilfenempfängers die Inanspruchnahme eines mithaftenden Dritten verlangt; der BGH verneint dies.<sup>73</sup> Legt man dies einmal zugrunde, bedarf aber in besonderem Maße der Begründung, warum in der Insolvenz überhaupt eine Geltendmachung des Beihilfenrückgewähranspruchs erforderlich ist.

Dieselbe Frage wird durch den Umstand aufgeworfen, dass sich die Insolvenzmasse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwar nach wie vor im Eigentum des Schuldners bzw. schuldenden Unternehmensträgers befindet, dieses Eigentum aber überlagert wird durch die haftungsrechtliche Zuweisung der Insolvenzmasse an die Gläubiger; diese Zuweisung ist dinglich wirksam und materialisiert sich am Ende des Tages in der Teilhabe der Gläubiger am Verwertungserlös. Die richtige Frage ist deshalb, ob die Gläubiger wie ein „Dritter“ für die volle Rückerstattung der Beihilfe haften müssen. Dies ist der Fall, wenn der Umstand, dass die Beihilfenleistung der Sache nach auch den Gläubigern zugute kommt – nämlich durch Erhöhung ihrer Insolvenzquote –, wettbewerbsrechtlich relevante und deshalb im Widerspruch zu Art. 107 f. AEUV stehende Vorteile mit sich bringen würde.

Problematisch ist, ob für den Fall einer insolvenzmäßigen Liquidation des Beihilfenempfängers schon die durch die Beihilfe bewirkte Quotenerhöhung ausreicht, um die Rückforderung in der Insolvenz (mit dem Rang einer Insolvenzforderung, dazu sogleich) zu rechtfertigen – hierfür müsste begründet werden, dass die Quotenverbesserung für die Gläubiger des Beihilfenempfängers auch nach dessen Marktaustritt noch den Wettbewerb nachteilig zu beeinflussen geeignet ist. Dafür, dies zu bejahen, spricht immerhin, dass auf diese Weise die im „wirtschaftlichen Umfeld“ des Beihilfenempfängers tätigen Unternehmen gestärkt werden, was gleichzeitig die Unternehmen im wirtschaftlichen Umfeld der Konkurrenten des ursprünglichen Beihilfenempfängers schwächt. Indem das „Umfeld“ des Beihilfenempfängers in der Insolvenz durch die Insolvenzquote immerhin etwas gestärkt wird, wird umgekehrt das wirtschaftliche Umfeld der Wettbewerber relativ geschwächt; dies kann es in der Tat rechtfertigen, von einer fortdauernden Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen. Auch wenn dieser Effekt nicht sehr ausgeprägt ist, wird man dies als ausreichend ansehen können, um die Aufrechterhaltung des Rückforderungsanspruchs trotz insolvenzmäßiger Liquidation des Beihilfenempfängers zu legitimieren.

<sup>72</sup> Zu diesem Argument s. *Bork* (Fn. 43), S. 301 (314 f.); *Geuting/Michels* (Fn. 43), 12 (14); *Guski* (Fn. 42), 403 (405); *Mylich* (Fn. 57), 636 (638 f.); *Smid* (Fn. 43), S. 405 (415).

<sup>73</sup> BGHZ 178, 243 = EuZW 2009, 28, Rn. 29 f.

## 2. Das „Wie“ der Rückforderung in der Insolvenz

Wenn dem aber so ist, so fragt sich, warum es angemessen ist, dem Rückgewähranspruch der ganz h.M. einschließlich der EuGH-Rechtsprechung gemäß lediglich den Rang einer Insolvenzforderung einzuräumen – immerhin wäre dem Effektivitätsgebot noch mehr gedient, wenn die Beihilfe zu ihrem vollen Wert aus der Masse zurückgezahlt werden müsste, zumindest aber gegenüber den gewöhnlichen Insolvenzforderungen privilegiert wäre.

Neben dem eher formalen Argument, dass der Anspruch auf Rückgewähr der nicht genehmigten Beihilfe bereits im Moment der Beihilfengewährung aufschiebend bedingt entstanden sei und deshalb konstruktiv eine Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO und gerade keine Masseforderung darstelle, wird hierfür in teleologischer Hinsicht geltend gemacht, dass das Insolvenzrecht eine Ausnahme vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zugunsten des Staates gerade nicht vorsehe; deshalb sei die Einräumung eines Vorrangs für den Beihilfenrückerstattungsanspruch mit dem Insolvenzrecht nicht vereinbar. Beide Aussagen sind für sich genommen unbestreitbar zutreffend. Genauso offensichtlich sind sie aber m. E. im vorliegenden Kontext insuffizient: Es ist ja gerade die Frage, ob diese Festlegungen des mitgliedstaatlichen Rechts kraft des vorrangigen und effektiv durchzusetzenden Unionsrechts als derogiert angesehen werden können und müssen.

Dass dies in recht offensichtlichem Widerspruch zum Prinzip der Gläubigergleichbehandlung stünde, muss dem nicht *pér se* entgegenstehen. Allerdings wird man durchaus sagen können, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung zum Kernbestand der unionsweit verbreiteten Rechtsprinzipien gehört, mit der Folge, dass sich der unionsrechtliche Beihilfenrückerstattungsanspruch eben nicht ohne weiteres durchsetzt: Auch wenn das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im europäischen Rechtsvergleich nicht flächendeckend mit absoluter Konsequenz verwirklicht ist, ist es doch als Grundprinzip der Haftungsordnung den Rechtsordnungen aller EU-Mitgliedstaaten gemeinsam,<sup>74</sup> und im Hinblick auf die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO), die die Gläubigergleichbehandlung zwar nirgends ausspricht, implizit aber sehr wohl zu verwirklichen trachtet,<sup>75</sup> und die ebenfalls hierauf basierenden Richtlinien über die Insolvenz von Kreditinstituten (2001/24/EG) und Versicherungsunternehmen (2001/17/EG) hat es auf der Ebene des Unionsrechts seinen Platz gefunden. Aber damit kommt man eben nur weiter, wenn die Beihilfenrückforderung sich auf die Haftungsverwirklichung beschränken würde;<sup>76</sup> dies ist in dessen nicht der Fall, wie die Überlegungen zum Primärzweck des Rückforderungsimperativs – die Restitution der durch die rechtswidrige Subvention verletzten Chan-

<sup>74</sup> Vgl. *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im europäischen Insolvenzrecht, 2005, S. 99 ff., 140 ff., 169 ff., 178 ff.; speziell zur Beihilfenrückgewähr s. auch *Ristow* (Fn. 43), S. 72 ff.

<sup>75</sup> Zutr. *Guski* (Fn. 42), 403 (418); siehe auch *Wiórek* (Fn. 74), S. 64 und *passim*; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 2010, Art. 20, Rn. 1 f., 10 ff.

<sup>76</sup> Entgegen *Guski* (Fn. 42), 403 (419).

cengleichheit im Wettbewerb – gezeigt haben. Gerade die nunmehr auch in Deutschland etablierte Zubilligung einer drittschützenden Wirkung (mit der Folge, dass Dritte sich mit eigenen Rechten in den Rückabwicklungsvorgang einschalten können)<sup>77</sup> zeigt doch die Unangemessenheit der Vorstellung, es gehe schlicht darum, dem Beihilfengeber eine empfangene Bereicherung zurückzuerstatten.

Gleichwohl vermag die Qualifizierung des Rückerstattungsanspruchs als gewöhnliche Insolvenzforderung rechtspolitisch zu befriedigen. Denn gleich den Beiträgen, die andere Insolvenzgläubiger zum gegenwärtigen Umfang der Insolvenzmasse geleistet haben, ist die Beihilfenleistung im Schuldnervermögen umgesetzt worden: Sie trägt zu deren gegenwärtigen Bestand nicht mehr und nicht weniger bei als die Leistung eines Vertragspartners, der vorgeleistet hat und auf seine Entgeltforderung nunmehr nur noch die Quote zu erwarten hat. Insofern bedeutet eben auch die nach wie vor vorhandene Beeinträchtigung des Wettbewerbs, auf die der Fortbestand des Beihilfenrückerstattungsanspruchs in der Insolvenz gestützt wurde, nicht, dass die Beihilfenleistung gewissermaßen zu ihrem vollen Nennbetrag diese Wirkung noch entfalten würde; diese Wirkung ist gewissermaßen nur noch quotaal, also zu demjenigen Anteil auf die Beihilfenleistung zurückzuführen, zu dem der Beihilfenrückgewähranspruch sich zu den übrigen Insolvenzforderungen verhält. Insofern befriedigt es das Gerechtigkeitsgefühl weitaus mehr, die Beihilfenrückerstattung ebenfalls lediglich quotaal zu berücksichtigen. Richtig ist jedenfalls auch, dass sich in der Gläubigergleichbehandlung zugleich die wechselseitige Mitverantwortung für die Insolvenz und damit den Ausfall des Mitgläubigers ausdrückt, die jeder Gläubiger durch seine Kreditgewährung trägt.<sup>78</sup> Diese Mitverantwortung trifft auch den Beihilfengeber – häufig sogar weit mehr noch als einen privaten Kreditgeber, da die Beihilfe gerade die Betriebsfortführung trotz finanzieller Schwierigkeiten bezweckte.<sup>79</sup> Der Umstand, dass hier die unionsrechtlich geforderte Rückabwicklung der Beihilfe gerade den Gestaltungswillen des nationalen Beihilfengebers außer Kraft setzen soll, trägt nicht gegenüber diesem gewissermaßen objektiven Kriterium, wenngleich einzuräumen ist, dass man mit einem rigoros gehandhabten Effektivitätsprinzip letztlich jedes Ergebnis rechtfertigen kann.

### 3. Die Rückforderung von „Gesellschafter-Beihilfen“

Nicht klar zu beantworten bleibt auch die Behandlung der als Fremdkapital geleisteten Beihilfen eines GmbH-Geschafters. Der BGH verweist darauf, dass der Beihilfengeber sich der Rückforderung nicht dadurch entziehen könne, dass er die Beihilfe in das Stammkapital oder die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) leiste; folgerichtig verneint er dann auch die Anwendbarkeit der Kapi-

<sup>77</sup> Vgl. oben in und bei Fn. 27.

<sup>78</sup> *Guski* (Fn. 42), 403 (421) unter Hinweis auf *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507 ff.; *dens.*, Insolvenzzrecht, 4. Aufl., 2007, Rn. 2.26.

<sup>79</sup> *Smid* (Fn. 43), S. 405 (414).

talerhaltungsbestimmungen auf eine bereits erfolgte Rückzahlung des Kapitals.<sup>80</sup> Das klingt wie eine *petitio principii*: Inwieweit Gläubigerinteressen gegenüber der Beihilfenrückführung zu beachten sind, ist doch gerade die Frage; sie ist hinsichtlich des Kapitals und des Gesellschafterdarlehens gleich zu beantworten (und womöglich in beiden Fällen in übereinstimmender Weise zu verneinen<sup>81</sup>). Die Aussage des Europäischen Gerichtshofs, dass das den Gläubigern haftende Kapital vor einer Rückforderung nicht geschützt ist,<sup>82</sup> bezieht sich auf die ordnungsgemäße Liquidation des betreffenden Unternehmensträgers und damit auf den potentiellen Liquidationsüberschuss; damit ist keineswegs die Gleichbehandlung der Kapitalgeber mit den Gläubigern im Fall der Insuffizienz des Haftungssubstrats bereits festgeschrieben.

Für die Lösung des Bundesgerichtshofs spricht gleichwohl bereits, dass die deutsche Rechtsordnung mit der Subordination von Gesellschafterdarlehen rechtsvergleichend einen Sonderweg beschreitet;<sup>83</sup> der Gedanke der europaweiten Rechtsanwendungsgleichheit bei der Beihilfenrückforderung streitet daher in der Tat dafür, den Nachrang hier auszublenden. Letztlich entscheidend muss aber sein, dass eine effektive Durchsetzung des Rückforderungsimperativs vor dem haftenden Kapital nicht haltmachen kann und damit noch weniger vor den Gesellschafterhilfen; dass dies gegenüber den legitimen Gläubigerinteressen gerechtfertigt ist, folgt dabei aus denselben Erwägungen, wie sie überhaupt die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs in der Insolvenz rechtfertigen.

#### IV. Conclusio

Mit den Auswirkungen des „Effektivitätsprinzips“ bei der Durchsetzung der Beihilfenrückgewähr kann das Insolvenzrecht leben. Die Rechtsprechung des EuGH hat sich hier schon früh darauf festgelegt, die *par condicio creditorum* zu respektieren; angesichts eines vielfach dezisionistisch anmutenden Umgangs mit dem Verhältnis des Beihilfenrückforderungsimperativs zum mitgliedstaatlichen Recht scheint hier ein konsensfähiger Kompromiss gefunden, der auf anderen Gebieten nur noch schwer erreichbar erscheint.

<sup>80</sup> BGHZ 173, 129 = NZI 2007, 650, Rn. 25 f. (CDA).

<sup>81</sup> So zum Stammkapital *Cranshaw* (Fn. 43), 88 (94); *von der Lütke/Lösler* (Fn. 56), 1752 (1757).

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-52/84, Slg. 1986, I-89, Rn. 12 ff. (Kommission/Belgien); vgl. auch EuG, Rs. T-318/00, Slg. 2005, II-4179, Rn. 220 f., 234 (Freistaat Thüringen/Kommission).

<sup>83</sup> Nachweise bei *Mylich* (Fn. 57), 636 (646).