



Ausarbeitung

Zur Vereinbarkeit der im Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe ("Betreibervertrag") vom 30. Dezember 2018 vorgesehenen Schadensersatzansprüche mit dem Europäischen Beihilfenrecht

Zur Vereinbarkeit der im Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe ("Betreibervertrag") vom 30. Dezember 2018 vorgesehenen Schadensersatzansprüche mit dem Europäischen Beihilfenrecht

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 007/21
Abschluss der Arbeit: 26.02.2021
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Frage 1	4
1.1.	Überblick über das EU-Beihilfenrecht	6
1.1.1.	Materielles EU-Beihilfenrecht	6
1.1.2.	Formelles EU-Beihilfenrecht	6
1.1.2.1.	Vorabnotifizierung	6
1.1.2.2.	Freistellung von der Notifizierungspflicht und ex-post-Kontrolle	7
1.2.	Beihilfenrechtliche Bewertung der in Frage stehenden Entschädigung	8
1.2.1.	Die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV	8
1.2.1.1.	Begünstigung	8
1.2.1.2.	Aus staatlichen Mitteln	25
1.2.1.3.	Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)	26
1.2.1.4.	Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	26
1.2.1.5.	Zwischenergebnis	27
2.	Frage 2	27
3.	Frage 3	30
4.	Frage 4	32

An den Fachbereich wurden Fragen zur Vereinbarkeit der im Betreibervertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der autoTicket GmbH, der CTS Eventim AG & Co. KGaA und der Kapsch TrafficCom AG¹ in Ziff. 26.3.4. v) vereinbarten Kündigung durch den Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen und die für diesen Fall vorgesehene Entschädigung mit dem europäischen Beihilfenrecht und zu damit verbundenen Folgen gerichtet.

1. Frage 1

Sind Vergütungen oder vertragliche Ansprüche (insb. Schadenersatzansprüche), die der Staat mit privaten Unternehmen bspw. für Dienstleistungen vereinbart und die über den marktüblichen Vergütungen oder Ansprüchen liegen, als europarechtlich unzulässige Beihilfen zu bewerten? Bzw. Stellt der Bruttoundernehmenswert im Vertrag ISA Erhebung eine marktübliche Regelung dar oder ist die Regelung eine mit dem Binnenmarkt nicht zu vereinbarende staatliche Beihilfe?

Der im Rahmen des Vergabeverfahrens „Entwicklung, Aufbau und Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgabenerhebungssystem) – Betreibervertrag“ (nachfolgend: Betreibervertrag)² abgeschlossene Betreibervertrag sieht unter Ziff. 26.3.4. folgende Kündigungsregelung vor:

26.3.4 Kündigung durch den Auftraggeber

Ein wichtiger Grund für die Kündigung durch den Auftraggeber liegt insbesondere vor, wenn:

v) ordnungspolitische Gründe eintreten, insbesondere die Änderung oder Aufhebung des InfrAG, Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte oder Rechtssetzungsakte der Europäischen Union bzw. ihrer Organe, die eine Kündigung durch den Auftraggeber (ganz oder teilweise) erforderlich oder dem Auftraggeber die Weiterführung des Vertrages in der bestehenden Form unzumutbar machen, auch soweit eine solche Änderung, Aufhebung, Entscheidung oder solch ein Rechtssetzungsakt bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist. Ein ordnungspolitischer Grund in diesem Sinne ist insbesondere die Einführung einer streckenbezogenen Abgabe aufgrund von Rechtssetzungsakten der Europäischen Union bzw. ihrer Organe.

¹ Veröffentlicht vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/Maut-Vertrag.html>.

² Das Vergabeverfahren zu dem Auftrag „Planung, Entwicklung, Errichtung, Betrieb und Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems“ wird nachfolgend nicht behandelt. Dazu das Gutachten Chatham Partners: PKW-Maut. Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils und angemessene Berücksichtigung in den vergebenen Aufträgen, 23.8.2019, S. 9.

Der in diesem Falle auf dem Bruttoundernehmenswert³ basierende Schadensersatzanspruch ist in Ziffer 30.5.4. des Betreibervertrags geregelt.

*(i) Kündigt der Auftraggeber den Vertrag gemäß Ziffer 26.3.4e), Ziffer 26.3.4s), sofern es sich bei dem Kontrollwechsel um einen Unvermeidbaren Kontrollwechsel (wie in Anlage 28.4.1 Teil B definiert) handelt, oder Ziffer 26.3.4v), jeweils ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 erfüllt ist, oder erklärt der Auftraggeber die Kündigung des Vertrages im Fall einer Vermeintlichen Kündigung oder kündigen die Betreiberparteien den Vertrag berechtigt gemäß Ziffer 26.3.5 und (ii) handelt es sich dabei jeweils um einen Fall der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung), **hat der Betreiber Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises, wie er sich auf Basis der Anlage 29.5.1 ergeben würde, wenn ein Angebot Dritterwerb Aktiva angenommen worden wäre; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen oder durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen (einschließlich der Verwendung in Verbundenen Unternehmen) erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen.** Außerdem gilt Ziffer 20.9.1e) entsprechend. Der Betreiber hat detailliert dazu vorzutragen und zu beziffern, was er sich anrechnen lässt und was nicht und jegliche Nichtanrechnung detailliert zu begründen. Darüberhinausgehende Ansprüche der Betreiberparteien sind ausgeschlossen, soweit dieser Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder vorsätzliches Handeln des Auftraggebers den Anspruch begründet. In anderen Fällen der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung) haben die Betreiberparteien keine Schadensersatz- oder sonstigen Ansprüche gegen den Auftraggeber. (Hervorhebung v. Verf.)*

ANLAGE 29.5.1 KAUFPREIS UND ERSATZANSPRÜCHE AKTIVA-ERWERB

[...]

b) im Falle der Kündigung des Auftraggebers aufgrund des Kündigungsgrundes [...] (ii) in Ziffer 26.3.4v) (ordnungspolitische Gründe) [...], jeweils ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 vorliegt, der Bruttoundernehmenswert; [...].

Vor dem Hintergrund des EU-Beihilfenrechts (2.1.) wird dargelegt, ob diese Kündigungsregelung verbunden mit der dafür vorgesehenen Entschädigung die Voraussetzungen einer verbotenen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt (2.2.).

³ Betreibervertrag Anlage 29.5.1 Kaufpreis und Ersatzansprüche Aktiva-Erwerb. Zur näheren Bestimmung des Bruttoundernehmenswertes vgl. Neumann, Schmeer und Partner, Rechtliches Kurzgutachten zur Risikoversorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018 für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung, 2.9.2019, S. 18 ff.

1.1. Überblick über das EU-Beihilfenrecht

Die Regelungen über staatliche Beihilfen in den Art. 107-109 AEUV sind Teil der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln. Das Primärrecht sieht sowohl materielle als auch formelle Voraussetzungen für die unionsrechtskonforme Durchführung von Beihilfen durch die Mitgliedstaaten vor.

1.1.1. Materielles EU-Beihilfenrecht

Den Kern des EU-Beihilfenrechts bildet das an die Mitgliedstaaten gerichtete grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Fehlt eines dieser Merkmale, so liegt keine Beihilfe vor und die Vorgaben des Art. 107 ff. AEUV finden keine Anwendung.⁴

Sind die Merkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV hingegen erfüllt, so ist dies nicht gleichbedeutend mit einer Unionsrechtswidrigkeit der betreffenden nationalen Maßnahme. Denn das in dieser Vertragsvorschrift geregelte Beihilfeverbot gilt nicht absolut, sondern nur insoweit, als in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen anderen Bestimmungen zählen zunächst Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV, unter deren Voraussetzungen Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten bzw. als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können.

1.1.2. Formelles EU-Beihilfenrecht

Der Vollzug des EU-Beihilfenrechts obliegt auf Grundlage von Art. 108 AEUV der Europäischen Kommission.⁵

In verfahrenstechnischer Hinsicht sind dabei die primärrechtlich geregelte ex-ante-Prüfung und die sekundärrechtlich geprägte ex-post-Kontrolle zu unterscheiden.

1.1.2.1. Vorabnotifizierung

Nach Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV sowie der sekundärrechtlichen Konkretisierung dieser Bestimmungen in Gestalt der Beihilfenverfahrensordnung (Beihilfe-VerfO)⁶ sind mitgliedstaatliche Vor-

⁴ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans) Rn. 74.

⁵ Zu den wenigen, zum Teil auf Ausnahmesituationen beschränkten Kompetenzen des Rates im EU-Beihilfenrecht nach Art. 107 Abs. 3 lit. e, Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 sowie Art. 109 AEUV, vgl. allgemein, Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 1224 ff.

⁶ Verordnung (EU) Nr. 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 AEUV, ABl. L 248/9.

haben zum einen vorab (präventiv) zu überprüfen. Verfahrensrechtlicher Ausgangspunkt ist hierbei die Pflicht der Mitgliedstaaten, Beihilfen vor ihrer Einführung bei der Kommission anzumelden (Notifizierungspflicht, vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, Art. 2 Abs. 1 Beihilfe-VerfO).

Diese prüft sodann, ob eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt und – wenn das der Fall ist – ob sie gerechtfertigt werden kann.⁷

Bis zum Abschluss des Verfahrens darf der betreffende Mitgliedstaat die Beihilfe nicht durchführen (sog. Durchführungsverbot, vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV).⁸

Verstöße hiergegen können zur Aussetzung oder zur vorläufigen Rückforderung bereits gewährter Beihilfen führen, und zwar unabhängig von der (noch festzustellenden) materiellen Rechtmäßigkeit der betreffenden Maßnahme.⁹

Ist eine Beihilfe materiell nicht rechtfertigungsfähig, ist sie endgültig zurückzufordern.¹⁰

1.1.2.2. Freistellung von der Notifizierungspflicht und ex-post-Kontrolle

Neben der primärrechtlich vorgegebenen (präventiven) ex-ante Kontrolle eröffnet das Primärrecht die Möglichkeit, Beihilfen auch ohne vorherige Anmeldung und Kommissionsüberprüfung zu gewähren, soweit bestimmte, vorab bekannte materielle und formale Anforderungen eingehalten werden.

Dieser Bereich des Beihilfenrechts wurde im Zuge der 2014 durchgeführten Beihilfenrechtsreform („*State Aid Modernisation*“) ausgebaut.¹¹

Diese Anforderungen ergeben sich v. a. aus sog. Freistellungsverordnungen, die die Kommission u. a. auf Grundlage von Art. 108 Abs. 4 AEUV in Verbindung mit einer Ermächtigungsverordnung des Rates auf Grundlage des Art. 109 AEUV erlassen kann.¹²

Bei Einhaltung der jeweiligen Vorgaben werden die Mitgliedstaaten von der Pflicht zur (vorherigen) Notifizierung des Beihilfevorhabens und seiner Vorab-Kontrolle nach Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV freigestellt. Die Kommission kann die ihr gleichwohl anzuzeigende Gewährung solcher

⁷ Art. 4, 6, 7 Beihilfe-VerfO.

⁸ Vgl. auch Art. 3 Beihilfe-VerfO.

⁹ Vgl. Art. 13 Beihilfe-VerfO.

¹⁰ vgl. Art. 16 Beihilfe-VerfO.

¹¹ vgl. Soltész, Das neue europäische Beihilfenrecht, NJW 2014, S. 3128 (3130).

¹² Bei der Verordnung des Rates auf Grundlage von Art. 109 AEUV handelt es sich um die Verordnung (EU) 2015/1588 des Rates vom 13. Juli 2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. L 248/1.

Beihilfen jedoch nachträglich kontrollieren. Die derzeit geltende Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) fasst verschiedene Freistellungstatbestände zusammen.¹³ Diese gilt allerdings nur für sog. transparente Beihilfen, d.h. (Zins-)Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften, rückzahlbare Vorschüsse und Steuererleichterungen.

1.2. Beihilfenrechtliche Bewertung der in Frage stehenden Entschädigung

1.2.1. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Eine Regelung, wonach die staatliche Stelle – im Falle einer durch sie ausgesprochenen Kündigung des Vertrages – dem Vertragspartner Schadensersatzleistungen nach Maßgabe der Ziff. 30.5.4. des Betreibervertrags zugesagt hat, würde als Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gelten, wenn hierdurch alle Merkmale des dort definierten Beihilfetatbestandes erfüllt wären. Für den Beihilfebegriff kennzeichnend ist neben einer aus staatlichen Mitteln (1.2.1.2.) gewährten Begünstigung (1.2.1.1.) die Selektivität, d.h. die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (1.2.1.3.) sowie die hierdurch hervorgerufene Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (1.2.1.4.).¹⁴ Die bei der Prüfung dieser Merkmale gewonnenen Erkenntnisse werden in einem Zwischenergebnis (1.2.1.5.) festgehalten.

1.2.1.1. Begünstigung

Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige werden beihilferelevant begünstigt, wenn diesen staatlicherseits ein finanzieller Vorteil gewährt wird, dem keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht und die das empfangene Unternehmen oder der Produktionszweig unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.¹⁵

Eine Begünstigung kann in Form eines geldwerten Vorteils oder einer Minderung einer Belastung bestehen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der *Begriff der Beihilfe [...] weiter als der Begriff der Subventionen*. [Dieser]...*erfasst auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen mindern, welche ein Unternehmen normaler Weise zu tragen hat.*¹⁶

¹³ Siehe hierzu Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187/1, letzte konsolidierte Fassung vom 10.7.2017. Vgl. dort die Art. 52 ff. zu den Infrastrukturfreistellungstatbeständen.

¹⁴ Dazu näher Derksen, EuZW 2020, S. 919 m.w.N.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI ua/La Poste) Rn. 60; EuGH, Urt. v. 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission) Rn. 41.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 23.2.1961, Rs. 30/59 (De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde) Rn. 3, 43; Urt. v. 15.3.1994, Rs. C-387/92 (Banco de Crédito) Rn. 13.

Keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Nach dem Altmark-Urteil aus dem Jahr 2003¹⁷ hat der EuGH Leitlinien zu der Frage entworfen, wann Ausgleichsleistungen der öffentlichen Hand an einen Privaten für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) nicht als Vorteil nach dem Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV anzusehen sind. Diese Rechtsprechung dürfte vorliegend allerdings keine Anwendung finden, da die von den Auftragnehmern zu erbringenden Leistungen nicht als DAWI anzusehen sein dürften.

Weder das Primär- noch das Sekundärrecht enthalten eine allgemeine Definition für DAWI. Die Kommission versteht hierunter marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden können wie typischerweise Energieversorgung, Verkehrsleistungen, Telekommunikation, Postdienste, Rundfunk, Wasserversorgung und Abfallentsorgung und unterscheidet hiervon Leistungen der Daseinsvorsorge.¹⁸

Die von den Auftragnehmern zu erbringenden Leistungen – die Entwicklung, der Aufbau und der Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen¹⁹ – sind allerdings nicht als Verkehrsdienstleistungen anzusehen und dienen daher nicht der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen wie etwa in Gestalt der Bereitstellung und der Funktionstüchtigkeit der Verkehrsinfrastruktur, sondern rein fiskalischen Zwecken.

Begünstigung infolge Diskrepanz zwischen staatlicher Leistung und Gegenleistung eines Unternehmens

Im Rahmen eines Austauschverhältnisses staatlicher Leistungen und der dafür erbrachten Gegenleistungen entscheidet sich das Vorliegen einer beihilferelevanten Begünstigung daran, ob diese Gegenleistungen marktüblich sind oder ob sie es nicht sind.²⁰ Eine staatliche Maßnahme stellt nur dann eine Beihilfe dar, wenn das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die diesem unter normalen Marktbedingungen nicht gewährt worden wäre.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 24. 7. 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans) Rn. 87; dazu näher Haubner, EuZW 2013, S. 816 (817 f.).

¹⁸ Zur näheren Bestimmung von DAWI vgl. Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl L 7/3, zu DAWI vgl. auch Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: Januar 2014), Art. 14 AEUV Rn. 26.

¹⁹ Ziff. 5.1.1 Betreibervertrag.

²⁰ Zu diesem Kriterium Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilferegime des Gemeinschaftsrechts, 2002, S. 119 ff.

Um beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist daher zu bestimmen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.

[] Im Rahmen dieser Prüfung hat das nationale Gericht die normale Vergütung für die betreffenden Leistungen zu bestimmen. Eine solche Bewertung setzt eine wirtschaftliche Analyse voraus, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung des Entgelts für die erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen.²¹

Bei der Beurteilung der Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung würde das Beihilfemerkmale der Begünstigung und damit die Beihilfe bei Bestehen eines markt-gängigen Synallagmas entfallen.²²

Eine beihilferelevante Begünstigung liegt demgemäß vor, wenn ein Gut oder eine Dienstleistung über Marktwert eingekauft wird.²³

Anwendung der Beihilferegeln auf das öffentliche Beschaffungswesen

Soweit Güter oder Dienstleistungen vergaberechtlich beschafft werden, stellt sich die Frage, ob das Beihilfenrecht neben dem unionsrechtlichen Vergaberecht Anwendung findet. Soweit dies der Fall ist bedarf es der Klärung, welche Rechtswirkung ein regelkonform durchgeführtes oder ein unionsrechtlich Vorgaben nicht entsprechendes Vergabeverfahren für den in Art. 107 Abs. 1 AEUV normierten Beihilfetatbestand erzeugt, insb., ob das unionsrechtliche Vergaberecht präjudiziell für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Beihilfe ist oder ob das Vergaberecht und Beihilfenrecht voneinander unabhängig anzuwenden sind.

Das Beihilfenrecht findet nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung grundsätzlich neben den unionsrechtlichen Vorgaben des öffentlichen Auftragsrechts Anwendung.²⁴

Auch das öffentliche Beschaffungswesen soll sich an dem Prinzip vom marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmer orientieren.

Das EuG stellte ins einer Entscheidung 28. Januar 1999 in der Rechtssache Bretagne Angleterre Irland (BAI)²⁵ fest, dass nicht nur dann, wenn der Staat als Investor, Verkäufer oder Kreditgeber

²¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-39/94 (SFEI ua/La Poste) Rn. 60 f.; ähnlich auch EuGH, Urt. v. 29.3.1999, Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission) Rn. 41.

²² EuG, Urt. v. 17.10.2002, Rs. 98/00 (Linde/Kommission) Rn. 35.

²³ EuG, Urt. v. 13.1.2004, Rs. T-158/99 (Thermenhotel Stoiser Franz u.a.) Rn. 108.

²⁴ Dazu näher dazu näher Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilferegime des Gemeinschaftsrechts, 2002, S. 81 ff., S. 232 ff.

²⁵ EuG, Urt. v. 28.1.1999, Rs. T-14/96 (Bretagne Angleterre Irland/Kommission); dazu näher Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilferegime des Gemeinschaftsrechts, 2002, S. 232 ff.

handele, die von ihm verfolgten kulturellen und sozialen Ziele für Zwecke der Anwendung des beihilfenrechtlichen Verbots außer Betracht bleiben müssten, sondern auch dann, wenn das allgemeine Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand betroffen sei.

...eine zugunsten eines Unternehmens getroffene staatliche Maßnahme in Form eines Vertrages über den Erwerb von Reise Gutscheinen [kann] nicht allein deshalb von vornherein vom Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 92 des Vertrages ausgenommen werden, weil sich die Vertragsparteien zu gegenseitigen Leistungen verpflichten.²⁶ [...] Zudem ist darauf hinzuweisen, daß die kulturellen und sozialen Ziele, die die spanischen Behörden möglicherweise verfolgen, bei der Qualifizierung der Vereinbarung von 1995 im Hinblick auf Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages keine Rolle spielen. Denn nach ständiger Rechtsprechung unterscheidet Artikel 92 Absatz 1 nicht nach den Gründen und Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern bestimmt diese nach ihren Wirkungen.²⁷

Mit dieser Entscheidung dürfte geklärt sein, dass auch das allgemeine Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand, im konkreten Fall die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nicht nur nach den EU-Vergaberechtsrichtlinien zu beurteilen ist, sondern zusätzlich nach Art. 107 AEUV.

Die Überprüfbarkeit vergaberechtlicher Beschaffungen von Gütern oder Dienstleistungen am Maßstab des EU-Beihilfenrechts folgt bereits aus der Vorrangstellung des primärrechtlich statuierten Beihilfenrechts in der Normenhierarchie gegenüber den sekundärrechtlichem Vergaberichtlinien. Die öffentliche Auftragsvergabe ist daher auch anhand beihilfenrechtlicher Kriterien überprüfbar. Dies gilt selbst für abgeschlossene Beschaffungsvorgänge.²⁸ Die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften führt daher nicht automatisch dazu, dass eine Beschaffung dann auch in Übereinstimmung mit dem Beihilfenrecht steht. Das Beihilfenrecht kann zudem über vergaberechtliche Vorgaben hinaus besondere, bereits bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens zu beachtende Anforderungen stellen wie die Marktüblichkeit der gegenseitigen Vertragspflichten.²⁹

Ein öffentlicher Beschaffungsvertrag kann als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden, wenn die Vergütung der von der öffentlichen Hand eingekauften Leistungen oberhalb des handelsüblichen Preises liegt, oder wenn Auftragnehmer ohne wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund in anderer Weise begünstigt werden.³⁰

²⁶ EuG, Urt. v. 28.1.1999, Rs. T-14/96 (Bretagne Angleterre Irland/Kommission) Rn. 71.

²⁷ EuG, Urt. v. 28.1.1999, Rs. T-14/96 (Bretagne Angleterre Irland/Kommission) Rn. 81.

²⁸ Lübbig, EuZW 1999, S. 672.

²⁹ Arhold, in Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Bd 5, 2. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 291.

³⁰ Lübbig, EuZW 1999, S. 672.

Das Spannungsverhältnis von Beihilfe- und Vergaberecht löst die Kommission in der Weise auf, dass sie im Grundsatz davon ausgeht, dass die Wahrung vergaberechtlicher Vorgaben zur Vermutung der Beihilfefreiheit dann führt, wenn Vergabevorschriften ein offenes Verfahren voraussetzen, dieses in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungs-freien Ausschreibungsverfahren erfolgt.³¹

Die Kommission geht davon aus, dass ein regelkonform durchgeführtes Vergabeverfahren eine Überkompensation vermeidet. Ein regelkonformes Vergabeverfahren schaffe einen transparenten Markt, reduziere die Risiken nicht marktkonformer Preisbildung und sei ein Indiz für die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung.

Dieser Ansatz der Kommission, die regelkonforme Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens als Indiz für die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zu werten, findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des EuGH.³²

Vor diesem Hintergrund ist zu vermuten, dass Aufträge unter marktüblichen Bedingungen vergeben werden, wenn das Vergabeverfahren nach den einschlägigen Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen durchgeführt wird.³³ In diesem Fall geht die Kommission i.d.R. davon aus, dass keine Beihilfe vorliegt.

In particular, the Commission considers that when these types of infrastructure arrangements are concluded after the observance of an open, transparent and non-discriminatory procedure, it is, in principle, presumed that the level of any public sector support can be regarded as representing the market price for the execution of a project. This conclusion should lead to the assumption that, in principle, no State aid is involved .³⁴

Grundlage dieser Vermutung ist ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren. Die Marktkonformität einer Transaktion kann bei Fehlen transparenter Marktpreise durch das Verfahren indiziert sein, in dem die Gegenleistung ermittelt wird. Wird die Gegenleistung in einem *offenen, transparenten, hinreichend bekanntgemachten, diskriminierungsfreien und bedingungs-freien Ausschreibungsverfahren im Einklang mit den Grundsätzen der Vergaberichtlinien* ermittelt, so wird deren Marktkonformität vermutet.

³¹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend: Beihilfemitteilung), ABl. C 262/1 vom 19. Juli 2016, Rn. 89.

³² EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-390/98 (Banks) Rn. 77; Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans) Rn. 93. Es wird auch in der Literatur vielfach befürwortet, so Kühling, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 36; Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 14.

³³ von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: Juli 2016), Art. 107 Rn. 92.

³⁴ Europäische Kommission, Entscheidung Beihilfe N 264/2002 - State aid No N 264/2002 – United Kingdom, London Underground Public Private Partnership Rn. 79.

Dies soll allerdings nicht bei Vorliegen besonderer Umstände gelten.

[...] Wenn der Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen [...] in einem wettbewerblichen [...], transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren erfolgt, das mit den Vorschriften des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen im Einklang steht [...], kann davon ausgegangen werden, dass diese Transaktionen den Marktbedingungen entsprechen, sofern die unter den Randnummern 95 und 96 genannten einschlägigen Kriterien zur Auswahl des Käufers bzw. Verkäufers angewendet worden sind.³⁵

Diese Vermutung soll nachfolgend bei Vorliegen besonderer Umstände wie folgt eingeschränkt werden:

[...] Für die Einhaltung der obigen Anforderungen kann es als ausreichend angesehen werden, wenn die in den Vergaberichtlinien [...] vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden, sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Verfahrens erfüllt sind. Dies gilt nicht bei Vorliegen besonderer Umstände, die die Ermittlung eines Marktpreises unmöglich machen, wie etwa beim Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung. Wenn nur ein einziges Angebot abgegeben wird, ist das Verfahren in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten, außer wenn i) bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen, oder ii) sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.³⁶

Soweit das nicht der Fall ist, soll auf ein Benchmarking oder andere anerkannte Bewertungsmethoden – allgemein anerkannte Standard-Bewertungsmethoden – zurückgegriffen werden.³⁷

In dem für das Vergabeverfahren Betreibervertrag zwar nicht einschlägigen, für das Verhältnis von Beihilfeverfahren und Vermutung der Beihilfefreiheit von Vergabeverfahren aufschlussreich ist der Unionsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation.³⁸

Unter Ziff. 32 und 33 präzisiert die Kommission Grund und Grenzen vorstehender Vermutungsregel:

32. Wird die öffentliche Vergabe im Wege eines offenen Ausschreibungsverfahrens im Einklang mit den geltenden Richtlinien durchgeführt [...], geht die Kommission in der Regel

³⁵ Beihilfemitteilung Rn. 89.

³⁶ Beihilfemitteilung Rn. 93.

³⁷ Beihilfemitteilung Rn. 97, 101.

³⁸ ABl. 2014 C 1 Kap. 2.3.

davon aus, dass die Unternehmen, die die betreffenden Dienstleistungen erbringen, keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erhalten.

33. In allen anderen Fällen einschließlich der vorkommerziellen Auftragsvergabe geht die Kommission davon aus, dass keine staatlichen Beihilfen für die betreffenden Unternehmen vorliegen, wenn der für die einschlägigen Dienstleistungen gezahlte Preis vollständig dem Marktwert des von dem öffentlichen Auftraggeber erzielten Nutzens und den Risiken der beteiligten Anbieter entspricht; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn alle der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Das Auswahlverfahren ist offen, transparent und diskriminierungsfrei und stützt sich auf vorab festgelegte objektive Auswahl- und Zuschlagskriterien.

b) Die geplanten vertraglichen Vereinbarungen, in denen alle Rechte und Pflichten der Vertragspartner – u. a. hinsichtlich der Rechte des geistigen Eigentums – festgelegt sind, werden allen interessierten Bietern vor Beginn des Ausschreibungsverfahrens zur Verfügung gestellt.

c) Bei der Auftragsvergabe wird den beteiligten Anbietern bei der in kommerziellem Umfang erfolgenden Bereitstellung der Endprodukte oder der Enddienstleistungen für einen öffentlichen Auftraggeber in dem jeweiligen Mitgliedstaat keine Vorzugsbehandlung zuteil.

Nach Auffassung der Kommission soll ein wirtschaftlicher Vorteil für den Betreiber insbesondere dann auszuschließen sein, wenn die Konzession für den Betrieb einer Infrastruktur (bzw. von Teilen einer Infrastruktur) im Wege eines Ausschreibungsverfahrens zu einem positiven Preis vergeben wird, soweit die übrigen, soeben dargestellten Voraussetzungen für diese Vermutungsregel erfüllt sind.³⁹ Auch für diesen Sonderfall gilt, dass die Vermutungsregel für das Fehlen eines beihilferelevanten Vorteils Anwendung findet, soweit ein regelkonformes, allen Anforderungen der Beihilfemitteilung Rn. 89 ff. entsprechendes Beihilfeverfahren durchgeführt wird.

Die Vermutungsregel, dass in offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren erfolgende Vergaben beihilfefrei sind, gilt auch für das in Art. 29 Richtlinie 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe⁴⁰ vorgesehene und nach diesen Grundsätzen durchgeführte Verhandlungsverfahren.

Wenn aufgrund des Auftragsgegenstands die Wahl des Verhandlungsverfahrens gerechtfertigt ist, ist dieses grundsätzlich auch zum Nachweis der Beihilfefreiheit geeignet.⁴¹

³⁹ Beihilfemitteilung Rn. 223.

⁴⁰ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94/65.

⁴¹ Kommission, Entscheidung Staatliche Beihilfe N110/2008 – Deutschland Hafeninfrastruktur – öffentliche Finanzierung des Projekts JadeWeserPort Rn 72 ff.

Das sich mit der Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur PkW-Maut befassende Gutachten von Linklaters vom 23.10.2019⁴² verweist darauf, dass die in Frage stehende Kündigungs- und Entschädigungsregelung im Rahmen der Verhandlungen mit den ausgewählten vier Bietern aufgenommen und deren Ausgestaltung daher wettbewerblich ermittelt worden sei. Die in Frage stehende Regelung zur Kündigung sei im Anschluss an die Verhandlungen überarbeitet und im Vorfeld der Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebots in den Betreibervertrag eingeführt worden. Die Entschädigungsregelung sei somit bereits vor der entsprechenden Angebotsabgabe in das Verfahren eingeführt worden.

Wäre das Vergabeverfahren so abgelaufen, wäre letztlich gleichwohl nur ein Angebot abgegeben worden.⁴³ Dann ist aber fraglich, ob sich auf das tatsächlich durchgeführte Vergabeverfahren die Vermutung stützen ließe, dass hierbei marktkonforme Vertragsbedingungen zustande gekommen sind.

Die Grenzen der Vermutungswirkung eines vergaberechtskonformen Beschaffungsverfahrens für die Einhaltung der Vorgaben des Beihilfenrechts skizziert die Kommission in ihrer Beihilfemitteilung in Rn. 93:

Wenn nur ein einziges Angebot abgegeben wird, ist das Verfahren in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten, außer wenn i) bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen, oder ii) sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.

Ob bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zum Betreibervertrag besondere Vorkehrungen getroffen wurden, um einen echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, lässt sich auf Grundlage der vorliegenden Informationen nicht abschließend entscheiden.⁴⁴

Da Verhandlungen mit mehreren Bietern geführt wurden, dürfte wenig dafür sprechen, dass nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage war, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen.

Soweit die Entschädigungsregelung durch Verhandlung mit den vier Bietern zustande gekommen ist und der Bieter, der als einziger ein Angebot abgegeben hatte, nicht wusste, dass die anderen

⁴² Gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zu PKW-Maut vom 23. Oktober 2019, S. 56.

⁴³ Im Schrifttum wird allerdings angezweifelt, ob das BMVI das in Frage stehende Vergabeverfahren regelkonform durchgeführt hat; vgl. le Belle/Paraschiakos/Schulze, *Infrastruktur Recht: Energie, Verkehr, Abfall, Wasser*, 2020, S. 129 (131), die bei diesem Verfahren eine Verstoß gegen Art. 29 Abs. 3 Richtlinie 2014/24 EU ausmachen.

⁴⁴ Ähnlich auch die Einschätzung von le Belle/Paraschiakos/Schulze, *Infrastruktur Recht: Energie, Verkehr, Abfall, Wasser*, 2020, S. 129 (131).

ursprünglichen Bieter keine finalen Angebote abgegeben hatten⁴⁵, wäre eine Vorkehrung dafür getroffen worden, bei der Ausgestaltung des Verfahrens in einem gewissen Umfang Wettbewerb zu gewährleisten. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, welche zusätzlichen Vorkehrungen im Übrigen im Rahmen des Vergabeverfahrens zur Gewährleistung des Zustandekommens von Vertragsbedingungen im *echten und wirksamen Wettbewerb* getroffen wurden.

Solche Vorkehrungen waren deshalb angezeigt, weil eine wesentliche Vertragsbedingung des Vergabeverfahrens – die in Frage stehende Kündigungs- und Entschädigungsregelung – erst in der Verhandlungsphase finalisiert wurde, diese mithin nicht Teil der ursprünglichen Ausschreibung war.

Nach der Entscheidung der Kommission vom 2.10.2002 N 264/2002 United Kingdom London Underground Public Private Partnership hängt die Reichweite der von einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren in Gestalt eines Verhandlungsverfahrens ausgehenden Vermutung der Marktkonformität davon ab, ob nach der Auswahl des Bieters wesentliche Änderungen vorgenommen wurden.⁴⁶

In Übereinstimmung mit dem Unionsrecht können danach zwar die Vertragsdetails nach der Auswahl der bevorzugten Bieter geändert werden, ohne dass dies automatisch die Vermutung entkräftet, dass die Vertragskonditionen den Marktbedingungen entsprechen. Dies soll nach Ansicht der Kommission aber voraussetzen, dass nach der Auswahl der Bieter keine wesentlichen Veränderungen gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung mehr vorgenommen werden. Maßstab dafür, ob veränderte Vertragskonditionen wesentlich sind, soll sein, ob die Änderungen für potentielle Bieter, die ursprünglich kein Angebot abgegeben hatten, nunmehr einen Anreiz zur Angebotsabgabe geben oder ob von diesen ein solcher Anreiz nicht ausgeht.

*Moreover, the Commission considers that the modifications after the selection of the bidders are of a degree which is acceptable under EC legislation, and that they are not so substantial, individually or collectively, as to be likely to have attracted prospective tenderers which did not consider tendering following publication of the original OJEC Notices.*⁴⁷

Dies lässt sich an dieser Stelle auf Grundlage der verfügbaren Informationen nicht abschließend beantworten.

Eine Entschädigung auf der Grundlage des Bruttounternehmenswertes⁴⁸ nach Abzug ersparter Aufwendungen und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten als Entschädigung für die ausgebliebene Vollamortisierung der getätigten Investitionen erscheint mit Blick auf die Risikoübernahme

⁴⁵ So der Hinweis in Linklaters LLP, gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Pkw-Maut v. 23. Oktober 2019, S. 57.

⁴⁶ Europäische Kommission, Entscheidung State aid No N 264/2002 – United Kingdom London Underground Public Private Partnership Rn. 87 bis 89.

⁴⁷ Europäische Kommission, Entscheidung State aid No N 264/2002 – United Kingdom London Underground Public Private Partnership Rn. 89.

⁴⁸ Vgl. oben S. 5.

des Auftraggebers für den Ausgang der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch ausstehenden Entscheidung des EuGH zur PKW-Maut eine durchaus attraktive Kündigungsregel, die aus wirtschaftlicher Sicht im Falle einer Neuausschreibung vermutlich für weitere Wettbewerber einen Anreiz schaffen könnte, ihrerseits Angebote abzugeben und so Chancen für einen erneuten Eintritt in den Wettbewerb zu eröffnen.

Es dürfte vor diesem Hintergrund einiges dafür sprechen, dass ausgehend von den Vorgaben der Kommission das Vergabeverfahren Betreibervertrag – auch im Falle seines regelkonformen Verlaufes - nicht die Vermutung der Beihilfefreiheit hinreichend begründete. Abschließend kann diese Frage auf Grundlage der vorliegenden Informationen nicht beantwortet werden.

Soweit nach den Vorgaben der Kommission vorstehende Vermutung der Beihilfefreiheit regelkonform durchgeführter Beihilfeverfahren keine Anwendung findet, würde nach den Leitlinien der Kommission in ihrer Beihilfemitteilung ein durchgeführtes Vergabeverfahren noch nicht den direkten und spezifischen Nachweis für die Marktkonformität des Betreibervertrags erbringen.⁴⁹

Die Einhaltung der Marktbedingungen ist dann anhand von Benchmarking oder anderer Bewertungsmethoden zu ermitteln.⁵⁰

Benchmarking

Die Überprüfung der Marktkonformität von Austauschgeschäften kann mit einem als Benchmarking bezeichneten Vergleichsverfahren festgestellt werden.⁵¹

Bei diesem Verfahren sollen schematische Feststellungen anhand von vorgegebenen Indikatoren vermieden werden. Vielmehr müssen die verfügbaren Marktbenchmarks [...] gegebenenfalls an die Besonderheiten der staatlichen Transaktion [...] angepasst werden.⁵² Die Rechtsprechung verlangt dabei, dass ein standardisierter Vergleichsmaßstab die Kommission nicht von ihrer Pflicht entbindet, *alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes, zu prüfen, um festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.*⁵³

⁴⁹ Beihilfemitteilung Rn. 97.

⁵⁰ Beihilfemitteilung Rn. 97.

⁵¹ Beihilfemitteilung Rn. 98.

⁵² Beihilfemitteilung Rn. 99.

⁵³ EuG, Urt. v. 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission) Rn. 251.

Daran wird bereits deutlich, dass sich das Vorliegen eines den Tatbestand der Beihilfe erfüllenden Begünstigung im Wege des Benchmarking letztlich nur von der Kommission im Rahmen eines Beihilfeverfahrens feststellen lässt.

Beim Benchmarking bietet es sich an, die in Frage stehende Kündigung- und Entschädigungsregelung mit denen in anderen Infrastrukturverträgen bzw. vergleichbaren Verträgen bei ÖPP-Projekten zu vergleichen.⁵⁴

Als Tendenz, ohne dies abschließend mangels Kenntnis aller einschlägigen Verträge beurteilen zu können, dürfte dabei auszumachen sein, dass im Grundsatz der Gläubiger einer Sachleistung auch ihr Verwendungs- und Verfügbarkeitsrisiko trägt, dieser Grundsatz allerdings nicht ohne Weiteres gelten soll, wenn von einer Risikobeteiligung des Schuldners – etwa durch Teilhabe am Verwendungszweck durch erhöhte Gegenleistung oder Beteiligung am Umsatz des Gläubigers – auszugehen ist.⁵⁵ Ein klares Leitbild für die Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist bei ÖPP-Projekten nicht ohne Weiteres auszumachen.⁵⁶

In Verträgen zur Realisierung von Infrastrukturvorhaben erfüllen Risikoregelungen die Funktion, Risikokosten zu minimieren, um so das Projekt möglichst kostengünstig verwirklichen zu können. Diese Funktion erfüllen nur solche Haftungsregelungen, die Risikoallokationen nach den von den Vertragspartnern beeinflussbaren Umständen vornehmen.⁵⁷ Eine andersartige Risikoverteilung kann zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führen.⁵⁸ Eine derartige Steuerungsfunktion nach dem Grundsatz der Beherrschbarkeit von Risiken kann von der vorliegend untersuchten Kündigung- und Entschädigungsregelung nicht ausgehen, da keine der Vertragsparteien auf die

⁵⁴ Die typischen Kündigungsfolgen in ausgewählten Muster-Infrastrukturverträgen erfasst das Gutachten von Chatham Partners (oben Fn. 3) tabellarisch dort in der Anlage 4; die in dem Gutachten von Linklaters LLP auf S. 28 ff. (oben Fn. 44) angeführten Beispiele von ÖPP Verträgen bzw. Musterverträgen, die eine Risikoverteilung bei Rechtsänderungen regeln, scheinen nichts anderes zu belegen, soweit die bei Vertragsschluss absehbaren Rechtsänderungen von den Auftragnehmern zu tragen sind. Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, weshalb die Musterverträge der staatlichen Vergabestellen des Vereinigten Königreichs für Infrastrukturprojekte, ÖPP-Verträge in anderen europäischen Ländern oder gar der Planungskommission der indischen Regierung die Marktüblichkeit der in deutschen ÖPP-Projekten typischerweise vorgenommenen Risikoordnung bestätigen sollen.

⁵⁵ Finkenauer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 BGB Rn. 255 f., Roth, NZBau 2006, S. 84 (85 f.).

⁵⁶ Roth, NZBau 2006, S. 84 (86) spricht in diesem Zusammenhang von einer ergebnisoffenen Risikoverteilung bei ÖPP: le Belle/Paraschiakos/Schulze, Infrastruktur Recht: Energie, Verkehr, Abfall, Wasser, 2020, S. 129 (131) verweisen darauf, dass die vereinbarte Entschädigungsfolge einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen nicht der Vergabepaxis bei vergleichbaren ÖPP-Projekten in Deutschland entspreche.

⁵⁷ Schede/Benighaus in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2. Auflage 2018, S. 299; Pfnür/Schetter/Schöbener, Risikomanagement bei Public Private Partnerships, 2010, S. 43 ff.; Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Finanzgruppe Deutscher Sparkassen- und Giroverband, PPP-Handbuch, 2. Aufl. 2009, S. 81.

⁵⁸ Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Finanzgruppe Deutscher Sparkassen- und Giroverband, PPP-Handbuch, 2. Aufl. 2009, S. 80.

nach Abschluss des Betreibervertrags noch ausstehende EuGH-Entscheidung zur PKW-Maut Einfluss hatte. Unter dem Aspekt der Risikoallokation schafft diese Regelung für die Auftragnehmer keinen Anreiz, „Risikokosten“ zu minimieren, da dieser von dem Risiko der rechtlichen Durchführbarkeit des Projekts von vornherein freigestellt ist. Diese Regelung bietet mithin keine Grundlage für die Annahme, dass diese als marktgerecht anzusehen bzw. dass insgesamt von einem angemessenen Leistungs-Gegenleistungsverhältnis des Vertragsverhältnisses auszugehen ist.

Welche Vertragspartei die Folgen einer Kündigung zu tragen hat, wird vielfach davon abhängig gemacht, wer von diesen den Kündigungsgrund zu vertreten hat oder ob keine Partei den Kündigungsgrund zu vertreten hat.⁵⁹ Im Übrigen wird in den Erläuterungswerken zu ÖPP-Verträgen darauf hingewiesen, dass sich allgemein gültige Standards für die Risikoverteilung in derartigen Verträgen noch nicht herausgebildet hätten. Da die Vergabeverfahren zu ÖPP-Vorhaben in der Regel als Verhandlungsverfahren durchgeführt würden, käme es in den Vertragsverhandlungen in einem nicht unerheblichem Umfang zudem zur Anpassung von Vertragsklauseln.⁶⁰ Vor diesem Hintergrund ließe sich nicht ohne Weiteres feststellen, dass die in Frage stehende Kündigungs- und Entschädigungsregelung des Betreibervertrags einer dazu geübten Vertragspraxis bei Infrastrukturverträgen bzw. vergleichbaren Verträgen bei ÖPP-Projekten entspräche.

Im Rahmen des Benchmarking ließe sich auch auf die gesetzlich normierten Kündigungsregeln abstellen, die eine Leitbildfunktion erfüllen und zur Anwendung kämen, falls ein Infrastrukturvertrag keine Kündigungsregelung enthielte.

Soweit die Kündigungsregelung im Betreibervertrag Teil eines als öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Vertragsverhältnisses wäre, wäre diese mit den im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vorgesehenen Kündigungsregeln zu vergleichen. Ein Sonderkündigungsrecht für Behörden sieht § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG zur Vermeidung und Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl vor.⁶¹ Das VwVfG normiert allerdings im Falle einer wirksamen Kündigung keine eigenständigen Rechtsfolgen.⁶²

Nach den ergänzend zur Anwendung kommenden privatrechtlichen Grundsätzen soll ein Ausgleich für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen dann stattfinden, wenn die Vertragspartner ihre Leistungspflichten in unterschiedlichem Umfang erfüllt haben und es der vorleistenden Partei wegen einer erheblichen Äquivalenzstörung nicht zugemutet werden kann, nach einer Beendigung des Vertrags ohne Ausgleich zu bleiben, wofür die Umstände des Einzelfalls maßgebend sein sollen.⁶³ Im Übrigen verweist § 62 Satz 2 VwVfG ergänzend auf die Vorschriften des BGB.

⁵⁹ Roquette/Scherer-Leydecker in: Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Auflage 2011, Öffentlich-Private Partnerschaften, Rn. 410.

⁶⁰ Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Finanzgruppe Deutscher Sparkassen- und Giroverband, PPP-Handbuch, 2. Aufl. 2009, S. 259.

⁶¹ Vgl. § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG und § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 314 BGB.

⁶² Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 60 Rn. 39.

⁶³ Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 60 Rn. 39.

Mit den im Falle einer Kündigung nach dem Betreibervertrag nach Ziff. 26.3.4. aus ordnungspolitischen Gründen ausgelösten Rechtsfolgen vergleichbar sind die in § 648 BGB vorgesehenen Folgen. Nach § 648 Abs. 1 BGB kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag ohne Vorliegen von Kündigungsgründen kündigen. Der Besteller kann dann die vereinbarte Vergütung beanspruchen, muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 648 Abs. 1 S. 2 BGB).

Diese Regelung könnte als Vergleichsmaßstab für die vorliegend untersuchte Kündigungs- und Entschädigungsregelung in Betracht kommen, da von den gesetzlich typisierten Verträgen die vorliegend untersuchten Teile des Betreibervertrags wohl am ehesten dem eines Werkvertrags entsprechen dürfte.⁶⁴

§ 648 BGB ist allerdings nur hinsichtlich der hierin vorgesehenen Rechtsfolgen mit den durch eine Kündigung nach dem Betreibervertrag Ziff. 26.3.4. verbundenen Kündigungsfolgen vergleichbar.⁶⁵ Bei ersterer Vorschrift dient die Zuerkennung des Vergütungsanspruchs der Kompensation nur für den Sonderfall des freien Kündigungsrechts nach § 648 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁶⁶ Die in § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehene umfassende Verpflichtung zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung findet bereits für den Bauträgervertrag keine Anwendung bei Kündigung des werkvertraglichen Vertragsteils (§ 650u Abs. 2 BGB). Eine umfassende Entrichtung der vereinbarten Vergütung ist nicht für Kündigungen vorgesehen, die einen Sachgrund voraussetzen. Erfolgt die Kündigung etwa nach § 648a Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt (§ 648a Abs. 5 BGB).

Ist die Durchführung eines Werkvertrages rechtlich unmöglich geworden, entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB im Grundsatz die Gegenleistung. Etwas anderes gilt nur, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§ 326 Abs. 2 S. 1 BGB).⁶⁷

Die von den Auftragnehmern geschuldeten Leistungen – die Errichtung der technischen Infrastruktur zur Mauterhebung und die Erhebung der Infrastrukturabgabe durch diesen – ließen sich zwar durchführen und waren daher zwar möglich, die Verwendung in dem vorgesehenen Sinne einer Vereinnahmung der Infrastrukturabgabe durch den Bund bei gleichzeitiger steuerlicher Entlastung inländischer Kfz-Halter wäre hingegen aufgrund der Entscheidung des EuGH zur PKW-

⁶⁴ Zu den einzelnen gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen, denen die komplexe Ausgestaltung des Betreibervertrages entspricht, vgl. Neumann, Schmeer und Partner, Rechtliches Kurzgutachten zur Risikovorsorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018 für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung, 2.9.2019, S. 24 f.

⁶⁵ So auch Neumann, Schmeer und Partner, Rechtliches Kurzgutachten zur Risikovorsorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018 für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung, 2.9.2019, S. 32..

⁶⁶ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 648 BGB Rn. 2.

⁶⁷ Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth, JA 2020, S. 401 (403), die m.w.N. den Fortfall des mit einem Werkvertrag verfolgten Zweck als Fall der Unmöglichkeit abhandeln.

Maut unionsrechtswidrig. Dies ließe den Schluss zu, dass die Erhebung der Infrastrukturabgabe insgesamt rechtlich unmöglich ist.⁶⁸

Die Gegenleistungspflicht – die Vergütung des Betreibers – bliebe bestehen, wenn der Auftraggeber für den zur Unmöglichkeit führenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB).

Davon kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden, da der Auftraggeber auf die ausstehende EuGH-Entscheidung keinen Einfluss hatte und diese als Ausfluss judikativer Gewalt eines Unionsgerichts außerhalb des Verantwortungsbereichs der Bundesregierung lag und auch die Auftragnehmer diese Risikolage kannten.

Es ist zwar rechtlich möglich, dass der Auftraggeber ein Leistungshindernis übernimmt und dann auch für den Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt 1 BGB einzustehen hat.⁶⁹ Dies würde dann allerdings nicht mehr dem Leitbild für die Verteilung von Haftungsrisiken im Rahmen des Werkvertrags entsprechen und damit keinen Maßstab für die Marktüblichkeit eines entsprechenden Austauschverhältnisses bilden.

Die Marktkonformität der Kündigungsregelung in Ziff. 26.3. v) des Betreibervertrags und der dafür vorgesehenen Entschädigung für den Betreiber dürfte in einem Vergleichsverfahren nicht ohne Weiteres feststellbar sein. Vorstehende Erwägungen, die sich vermutlich nicht auf alle Quellen stützen können, legen dies zumindest nicht nahe. Im Schrifttum wird darauf verwiesen, dass diese Regelung nicht der deutschen Vergabep Praxis bei vergleichbaren ÖPP-Projekten in Deutschland entspreche.⁷⁰ Es wäre Aufgabe der Kommission, dies in einem förmlichen Beihilfungsverfahren aufzuklären.

Feststellung von Marktbedingungen nach anerkannten Standard-Bewertungsmethoden

Ob ein Austauschverhältnis den Marktbedingungen entspricht, kann auch mittels allgemein anerkannter Standard-Bewertungsmethoden festgestellt werden.

Die Beihilfemitteilung trifft hierzu folgende Festlegungen:

Ob eine Transaktion mit den Marktbedingungen im Einklang steht, kann auch anhand einer allgemein anerkannten Standard-Bewertungsmethode festgestellt werden [...]. Eine solche Methode muss auf den verfügbaren objektiven, überprüfbaren und zuverlässigen Daten [...] beruhen, die hinreichend detailliert sein müssen und unter Berücksichtigung der Höhe des Risikos und der Erwartungen für die Zukunft [...] die wirtschaftliche Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Transaktion widerspiegeln sollten. Je nach dem Wert der Transaktion sollte die Belastbarkeit der Bewertung in der Regel durch eine Sensi-

⁶⁸ Zu diesem Ergebnis kommt auch das Gutachten von Linklaters LLP (oben Fn. 44) S. 35 f.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 13.1.2011, III ZR 87/10.

⁷⁰ Vgl. le Belle/Paraschiakos/Schulze, Infrastruktur Recht : Energie, Verkehr, Abfall, Wasser, 2020, S. 129 (131).

tivitätsanalyse bestätigt werden, bei der verschiedene Geschäftsszenarios geprüft, Notfallpläne ausgearbeitet und die Ergebnisse mit alternativen Bewertungsmethoden verglichen werden. Eine neue (Ex-ante-)Bewertung kann erforderlich sein, wenn die Transaktion sich verzögert und den jüngsten Veränderungen der Marktbedingungen Rechnung getragen werden muss.⁷¹

Auch dieses Verfahren dient der Feststellung des für das Vorliegen einer beihilferelevanten Begünstigung maßgebenden Kriteriums eines angemessenen Leistungs-Gegenleistungsverhältnisses, wofür es wiederum darauf ankommt, ob ein Unternehmen eine Begünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.

Um beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist daher zu bestimmen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.

[...] Im Rahmen dieser Prüfung hat das nationale Gericht die normale Vergütung für die betreffenden Leistungen zu bestimmen. Eine solche Bewertung setzt eine wirtschaftliche Analyse voraus, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung des Entgelts für die erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen.⁷²

Dem Staat kommt dabei keine privilegierte Stellung dergestalt zu, dass er sich bei Investitionsentscheidungen nicht primär von wirtschaftlichen Zielsetzungen leiten müsste. Staatliche Investitionsentscheidungen werden hinsichtlich der Frage, ob ein mit ihm in einem Austauschverhältnis stehendes Unternehmen eine *wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte*, mit dem Verhalten eines privaten Investors verglichen.⁷³

Das EuG fasst in seiner Entscheidung vom 16. März 2016 in der Rechtssache T-103/14⁷⁴ diese in der Rechtsprechung entwickelte Leitlinie wie folgt zusammen:

Die Voraussetzungen, die eine Maßnahme erfüllen muss, um unter den Begriff „Beihilfe“ im Sinne von Art. 107 AEUV zu fallen, sind jedoch nicht erfüllt, wenn das begünstigte Unternehmen denselben Vorteil, der ihm aus Staatsmitteln gewährt wurde, unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können [...].

Diese Beurteilung erfolgt grundsätzlich unter Anwendung des Kriteriums des privaten Gläubigers, wenn ein öffentlicher Gläubiger Zahlungserleichterungen für eine ihm von einem Unternehmen geschuldete Forderung gewährt. Dieses Kriterium gehört nämlich,

⁷¹ Beihilfemitteilung Rn. 101.

⁷² EuGH, Urt. v. 11.7.1996 Rs. C-39/94 (La Poste) Rn. 60 f.; Urt. v. 29.4.1999, Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission) Rn. 41.

⁷³ Urt. v. 29.4.1999 Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission) Rn. 46.

⁷⁴ EuG Urt. v. 16.3.2016, Rs.- T-103/14 (Košice a.s /Kommission) Rn. 93 f.

wenn es anwendbar ist, zu den Merkmalen, die von der Kommission zu berücksichtigen sind, um das Vorliegen einer solchen Beihilfe festzustellen [...].

Auch soweit der Staat Güter und Dienstleistungen auf dem Markt beschafft, hat er sich marktgerecht zu verhalten. Beschaffen staatliche Stellen Güter oder Dienstleistungen über den Marktwert, kann dies als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung zu werten sein.⁷⁵ Entsprechende Feststellungen sind zu treffen, soweit die Vermutung der Marktgerechtheit der Beschaffung bei Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens nicht bereits zu diesem Ergebnis führt.⁷⁶

Maßstab für das Vorliegen einer beihilferelevanten Begünstigung ist mithin, ob ein privates Unternehmen von vergleichbarer Größe wie die staatliche Einrichtung in vergleichbarer Lage hätte veranlasst werden können, die entsprechende Leistung zu diesen Konditionen zu gewähren (sog. Market Economy Operator Test – MEOT).⁷⁷

Eine staatliche Beschaffung würde nach diesem Maßstab nicht als den Tatbestand der Beihilfe erfüllende Begünstigung gelten, soweit diese hinsichtlich der Relation von Leistung und Gegenleistung den Anforderungen eines normalen Handelsgeschäfts erfüllte.

Diesen Maßstab legen die europäischen Gerichte ihren Entscheidungen zugrunde:

Um festzustellen, ob eine solche Maßnahme den Charakter einer staatlichen Beihilfe hat, ist zu prüfen, ob ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber [...] von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können. [...] Schließlich ist das Verhalten eines öffentlichen Kapitalgebers mit dem eines privaten im Hinblick darauf zu vergleichen, wie sich ein privater Kapitalgeber bei dem fraglichen Vorgang angesichts der zum entsprechenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen verhalten hätte [...].⁷⁸

Zweitens ist die vorstehend beschriebene umfassende Vereinbarung als ein normales Handelsgeschäft anzusehen, in dessen Rahmen sich [...] als marktwirtschaftlich orientierte

⁷⁵ Arhold, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 288 m.w.N.

⁷⁶ Zu dem Verhältnis der vergaberechtlichen Beschaffung zu den mittels anerkannter Standard-Bewertungsmethoden ermittelten Marktbedingungen der beschafften Güter und Dienstleistungen vgl. Arhold, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 290 f.

⁷⁷ Vgl. dazu Beihilfemitteilung Rn. 73 ff.; EuGH, Urt. v. 11.7.1996 Rs. C-39/94 (La Poste) Rn. 60; Urt. v. 29.4.1999 Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission) Rn. 41.

⁷⁸ EuG, Urt. v. 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 und T-233/99 (WesLB) Rn. 245 f.

*Wirtschaftsteilnehmer verhalten haben. Offenkundig haben sich diese Beteiligten vor allem von kaufmännischen Erwägungen unter Ausschluss wirtschafts- oder sozialpolitischer Ziele leiten lassen.*⁷⁹

Transaktionen entsprechen nach der Beihilfemitteilung den Marktbedingungen, wenn diese zu gleichen Bedingungen – mit gleich hohen Risiken und Erträgen – von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, durchgeführt wird (Pari-passu-Transaktion).⁸⁰

Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass in dem Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe ("Betreibervertrag") vom 30. Dezember 2018 eine marktübliche Risikoverteilung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Betreiberparteien vereinbart wurde.

Die Annahme, dass der Abschluss der Vereinbarung einer Kündigungsregel im Betreibervertrag aus „ordnungspolitischen Gründen“, die einen auf dem Bruttoundernehmenswert basierenden Schadensersatzanspruch auslöst, vor der in absehbarer Zeit zu erwartenden höchstgerichtlichen Klärung der Frage, ob das Projekt PKW-Maut in vorliegender Form rechtlich durchführbar ist, noch als ein normales Handelsgeschäft anzusehen ist, in dessen Rahmen sich Staat und Vertragspartner als marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsteilnehmer verhalten und nicht andere Zielsetzungen verfolgen, drängt sich nicht unbedingt auf, kann diesseits allerdings nicht abschließend beurteilt werden und wäre im Rahmen eines von der Kommission geführten Beihilfeprozesses in einer Gesamtschau aller – auch der derzeit noch nicht bekannten – Umstände zu klären.

Für das Vorliegen einer beihilferelevanten Begünstigung dürfte die Verteilung der Risiken im Betreibervertrag maßgebend sein. Hierbei ist weder ersichtlich noch für sich allein maßgebend, dass das Risiko von Änderungen rechtlicher oder politischer Rahmenbedingungen der Risikosphäre des staatlichen Auftraggebers zuzuweisen ist⁸¹, sondern vielmehr entscheidend, ob ein sich von kaufmännischen Erwägungen leitendes Unternehmen – namentlich dann, wenn die rechtliche Durchführbarkeit dieses Vorhabens sich in einem überschaubaren Zeitraum klärt - die vertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland übernommen hätte. Für die Frage, ob eine beihilferelevante Begünstigung vorliegt, dürfte in diesem Zusammenhang der Streitige Sachverhalt von Bedeutung sein, ob die Auftragnehmer im Herbst 2018 angeboten hatten, mit der Vertragsunterzeichnung bis nach dem EuGH-Urteil zur PKW-Maut zu warten.⁸²

⁷⁹ EuG, Urt. v. 17.10.2002, Rs. T-98/00 (Linde/Kommission) Rn. 49.

⁸⁰ Beihilfemitteilung Rn. 86.

⁸¹ So die Argumentation in Linklater LLP, Gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur PKW-Maut, S. 54 f.

⁸² Vgl. dazu die Berichterstattung in: FAZ, Ausg. v. 28.1.2021 und 2.10.2020, Die Welt, Ausg. v. 26.1.2021, SüddZ, Ausg. v. 6.10.2020 und v. 28.1.2021, Die Tageszeitung, Ausg. v. 28.1.2021, Bild am Sonntag, Ausg. v. 4.10.2020.

Aufklärungspflichten der Kommission/Darlegungslasten der Mitgliedstaaten

Die Kommission hat im Rahmen eines Beihilfeverfahrens eine umfassende, maßgebend von den Unionsgerichten vorgegebene Aufklärungspflicht. Sie muss sich eine umfassende Kenntnis aller für den Beihilfefall relevanten Gesichtspunkten verschaffen.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Prüfungsphase nach Art. 88 Abs. 2 EG es der Kommission ermöglichen soll, sich umfassende Kenntnis von allen Gesichtspunkten eines Falles zu verschaffen [...]. Demzufolge ist die Kommission verpflichtet, alle erforderlichen Stellungnahmen einzuholen, um vor Erlass ihrer Entscheidung umfassend über alle Gesichtspunkte des Falles unterrichtet zu sein [...].⁸³

Zudem haben bei wirtschaftlich komplexen Entscheidungen die Mitgliedstaaten eine umfassende Darlegungslast.

Sie müssen *im Zweifelsfall eindeutig anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen*, dass sie eine durchgeführte Maßnahme als marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer getroffen haben.⁸⁴

Es können Nachweise erforderlich werden, die belegen, dass die Entscheidung auf der Grundlage wirtschaftlicher Bewertungen der künftigen Rentabilität der Maßnahme getroffen wurde, wie sie auch ein rationaler privater Wirtschaftsbeteiligter in vergleichbarer Lage zugrunde gelegt hätte.⁸⁵

1.2.1.2. Aus staatlichen Mitteln

Als Beihilfen im Sinne des Art. 107 Absatz 1 AEUV gelten nur solche Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden.⁸⁶ Soweit die Kündigungsregel nach Ziff. 26.3.4. des Betreibervertrags aus ordnungspolitischen Gründen und die davon ausgelöste Entschädigungsregelung das Beihilfemerkmale der Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, wären diese naturgemäß dem Vertragspartner der Auftragnehmer, der Bundesrepublik Deutschland, zurechenbar. Da der Auftraggeber hierfür einzustehen hätte, erfolgte diese Begünstigung auch aus staatlichen Mitteln.

⁸³ EuGH, Urt. v. 29.3.2007, Rs. T-366/00 (Scott/Kommission) Rn. 135.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 5.6.2012, Rs C-124/10 P (Kommission/EDF) Rn. 82 ; Urt. v. 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P (Land Burgenland/Kommission) Rn. 57.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 5.6.2012, Rs C-124/10 P (Kommission/EDF) Rn. 84; Urt. v. 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P (Land Burgenland/Kommission) Rn. 59.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 23.4.2009, Rs. C-460/07 (Puffer) Rn. 70.

1.2.1.3. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)

Soweit die Kündigungsregel nach Ziff. 26.3.4. des Betreibervertrags aus ordnungspolitischen Gründen und die davon ausgelöste Entschädigungsregelung das Beihilfemerkmals der Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllten, wäre auch vom Vorliegen des Beihilfemerkmals der Selektivität eines Vorteils auszugehen, da dieser Vorteil bestimmten Unternehmen – die Betreiberparteien des Betreibervertrags – gewährt würde.

1.2.1.4. Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Das Beihilfemerkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird von den Unionsgerichten in ständiger Rechtsprechung weit ausgelegt. Es soll bereits erfüllt sein, wenn eine gewährte Vergünstigung die Stellung des Beihilfeempfängers im Verhältnis zu anderen Unternehmen stärkt⁸⁷ bzw. sich die Wettbewerbsposition eines Unternehmens aufgrund der gewährten Vergünstigung im Vergleich zu seinen Wettbewerbern stärkt.⁸⁸ Dafür soll es genügen, *daß die betreffenden Beihilfen geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und den Wettbewerb zu verfälschen drohen, ohne daß es erforderlich wäre, den Markt abzugrenzen und seine Struktur und die hieraus folgenden Wettbewerbsbeziehungen zu prüfen [...]*.⁸⁹

Die Feststellung einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs soll insbesondere dann nicht erforderlich sein, wenn eine Beihilfe ohne vorherige Notifizierung gewährt wird. *Nach ständiger Rechtsprechung ist die Kommission im Übrigen nicht gehalten, die tatsächliche Wirkung der rechtswidrigen Beihilfen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu belegen. Eine solche Beweisspflicht der Kommission würde nämlich die Mitgliedstaaten, die Beihilfen unter Verletzung der Notifizierungspflicht des Artikels 93 Absatz 3 EG-Vertrag gewähren, zum Nachteil derjenigen begünstigen, die Beihilfen bereits als Projekt notifizieren [...]*.⁹⁰

Das Beihilfemerkmals der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird in der unionsgerichtlichen Rechtsprechungspraxis angenommen, wenn zukünftige Auswirkungen einer staatlicherseits gewährten Vergünstigung auf den zwischenstaatlichen Wettbewerb als möglich erscheinen.⁹¹ Bei europaweit ausgeschriebenen Infrastrukturprojekten dürfte hiervon regelmäßig auszugehen sein, zumal zur Erfüllung des Beihilfetatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels der Nachweis der Eignung dieser Wirkung genügen soll.⁹²

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 17.9.1980, Rs. C-730/79 (Philip Morris/Kommission) Rn. 11.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 19.9.2000, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission) Rn. 33.

⁸⁹ EuG, Urt. v. 15.6.2000, Rs. T-298/97 u.a. (Alzeta u.a.) Rn. 26.

⁹⁰ EuG, Urt. v. 30.1.2002, Rs. T-35/99 (Keller Meccanica/Kommission) Rn. 85.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 17.9.1980, Rs. C-730/79 (Philip Morris/Kommission) Rn. 11.

⁹² EuG, Urt. v. 4.4.2001, Rs. T-288/97 (Regione Friuli Venezia Giulia/ Kommission).

1.2.1.5. Zwischenergebnis

Ob die Schadensersatzregelung nach Ziff. 30.5.4. des Betreibervertrags für den Fall einer Kündigung nach Ziff. 26.3.4 v) des Betreibervertrags als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu werten ist, wofür auch bedeutsam ist, wie viele Bieter in der finalen Phase des Vergabeverfahrens ein Angebot abgegeben haben und ob das Vergabeverfahren zum Betreibervertrag vergaberechtlich unionsrechtskonform oder fehlerhaft durchgeführt wurde, lässt sich nicht abschließend beantworten. Die vorliegender Ausarbeitung zugrundeliegenden Erkenntnisse dürften der Kommission hinreichend nahelegen, dies in einem förmlichen Beihilfeverfahren aufzuklären. Die übrigen Merkmale des Beihilfetatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV würden nach hiesiger Einschätzung erfüllt sein. Dies in einem förmlichen Beihilfeverfahren festzustellen, bleibt allerdings der Kommission vorbehalten.

2. Frage 2

Hat der Staat Verträge mit Privaten gegenüber der EU beihilfenrechtlich zu notifizieren und was ist die Folge, wenn eine nötige Notifizierung unterbleibt?

Soweit vom Staat mit Privaten geschlossene Verträge den Tatbestand der verbotenen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, müssen diese – soweit die Gruppenfreistellungsverordnung⁹³ und die De-Minimis-Verordnung⁹⁴ hiervon nicht freistellen – nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV, Art. 2 Abs. 1 Beihilfe-VerfO vorab – d.h. vor dem Wirksamwerden solcher Verträge (d.h. im Entwurfsstadium) – bei der Kommission notifiziert werden.

Für die Dauer eines durch Notifizierung oder nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eingeleiteten Beihilfeverfahrens unterliegt eine Beihilfe bis zu ihrer Genehmigung durch die Kommission einem Durchführungsverbot und darf somit nicht gewährt werden.⁹⁵

Auch für nicht angezeigte Beihilfen soll das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 gelten.⁹⁶

In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof klargestellt, dass das in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV angeordnete Verbot der Durchführung von Beihilfevorhaben unmittelbare

⁹³ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187/1.

⁹⁴ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352/1 (nachfolgend: De-Minimis-Verordnung).

⁹⁵ Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV; Art. 3 Beihilfe-VerfO.

⁹⁶ Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilferegime des Gemeinschaftsrechts, 2002, S. 381 f.; Lefevre, Staatliche Ausfuhrförderung und das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 1977, S. 138 f.

Wirkung hat und dass die unmittelbare Anwendbarkeit des in dieser Bestimmung enthaltenen Durchführungsverbots jede Beihilfemaßnahme betrifft, die durchgeführt wird, ohne dass sie angezeigt worden ist [...].⁹⁷

Nach dieser weiten Auslegung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV durch den EuGH sind die staatlichen Stellen hiernach verpflichtet, aus eigener Initiative eine Beihilfe zurückzufordern, wenn diese feststellen, dass die Voraussetzungen für deren Gewährung nicht erfüllt waren.⁹⁸

Soweit eine Notifizierung unterbleibt, kann die Kommission nach Art. 12 Beihilfeverfahrens-VO von Amts wegen mutmaßliche rechtswidrige Beihilfen prüfen, dazu von den Mitgliedstaaten Auskünfte verlangen und hierzu ein förmliches Prüfungsverfahren einleiten. Die Kommission kann nach Art. 13 Abs. 2 Beihilfeverfahrens-VO die Mitgliedstaaten verpflichten, *alle rechtswidrigen Beihilfen einstweilig zurückzufordern, bis die Kommission einen Beschluss über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt erlassen hat*, sofern dafür die in § 13 Abs. 2 Satz 1 unter a) bis c) Beihilfeverfahrens-VO aufgeführten Kriterien erfüllt sind. Nicht notifizierte Beihilfen gelten als rechtswidrige Beihilfen.⁹⁹

Kommt die Kommission in einem förmlichen Prüfverfahren zu dem Ergebnis, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, erlässt sie nach Art. 15 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 5 Beihilfe-VerfO einen Negativbeschluss, in dem sie auch über die Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfen beschließt.¹⁰⁰ Die Kommission ist zum Erlass eines Rückforderungsbeschlusses verpflichtet, soweit sie nicht damit gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts – insb. die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit – verstoßen würde (Art. 16 Abs. 1 Beihilfe-VerfO).¹⁰¹ Dies dürfte nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte aber selten der Fall sein, da die Anforderungen – wie die nachfolgend auszugsweise wiedergegebene Entscheidung des EuG in der Rechtssache T-309/12¹⁰² unter Hinweis auf die dazu in der europäischen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze verdeutlicht – außerordentlich hoch sind:

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 5.3.2019, Rs. C-349/17 (Eesti Pagar AS) Rn. 88; so auch Urt. v. 21.11.2013, Rs. C-284/12 (Deutsche Lufthansa AG) Rn. 29, Urt. v. 21.11.1991, Rs. C-354/90 (Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires) Rn. 11; Urt. v. 5.10.2006, Rs. C-368/04 (Transalpine Ölleitung in Österreich) Rn. 40 f.

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 5.3.2019, Rs. C-349/17 (Eesti Pagar AS) Leitsatz 2, Rn. 92 ff.

⁹⁹ Nach Art. 1 f) Beihilfe-VO sind rechtswidrige Beihilfen *neue Beihilfen, die unter Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 AEUV eingeführt werden*. Dazu auch Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen vom 23.7.2019 (2019/C 247/01) Rn. 13.

¹⁰⁰ von Wallenberg/Schütte, Das Recht der Europäischen Union (Stand: Febr. 2020), Art. 108 AEUV Rn. 117.

¹⁰¹ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission). Die Grenzen der Rückforderungspflicht werden mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung der Unionsgerichte in Abschnitt 2.4. der Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen vom 23.7.2019 (2019/C 247/01) wiedergegeben.

¹⁰² EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 236 ff.

...die Aufhebung einer rechtswidrig gewährten staatlichen Beihilfe durch Rückforderung [ist] die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit [...]. Außerdem dürfen beihilfebegünstigte Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung auf die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Einhaltung des im AEU-Vertrag vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde [...].¹⁰³

Zwar ist nicht auszuschließen, dass sich der Begünstigte einer rechtswidrigen Beihilfe ausnahmsweise auf Umstände berufen kann, die sein Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe begründen und folglich einer Rückforderung der Beihilfe entgegenstehen. Es obliegt jedoch dem Begünstigten, diese Umstände vor den nationalen Behörden oder einem nationalen Gericht geltend zu machen, indem er den nationalen Rückforderungsbescheid anfechtet, mit dem diese Behörden den Beschluss der Kommission durchführen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, so es befasst wird, gegebenenfalls nach Vorlage von Auslegungsfragen an den Gerichtshof alle Umstände zu würdigen [...].¹⁰⁴

Jedenfalls kann das unionsrechtswidrige Verhalten einer für die Anwendung des Unionsrechts zuständigen nationalen Stelle kein berechtigtes Vertrauen eines Wirtschaftsteilnehmers darauf begründen, in den Genuss einer unionsrechtswidrigen Behandlung zu kommen [...].¹⁰⁵

Außerdem ist, wenn die Kommission in Anwendung von Art. 108 Abs. 3 AEUV das in Abs. 2 dieses Artikels vorgesehene förmliche Prüfverfahren hinsichtlich einer in der Durchführung begriffenen nicht angemeldeten Maßnahme eröffnet hat, ein mit einem Antrag auf Unterlassung der Durchführung dieser Maßnahme und auf Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen befasstes nationales Gericht verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen [...].¹⁰⁶

Mit Blick darauf, dass ausschließlich die Kommission, die dabei der Kontrolle des Unionsrichters unterliegt, für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfenmaßnahmen oder einer Beihilferegulierung mit dem Binnenmarkt zuständig ist¹⁰⁷, würde selbst eine rechtskräftige Entscheidung eines nationalen Gerichts einer Rückforderungsentscheidung nicht entgegen stehen.¹⁰⁸

Soweit das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zur Anwendung käme, bewirkte dies für die hieran gebundenen Hoheitsträger, dass Vertragsbestimmungen, die nach Art. 107 Abs. 1 AEUV als verbotene Beihilfen gelten, für sie keine Wirkungen erzeugten, diese

¹⁰³ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 236.

¹⁰⁴ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 237.

¹⁰⁵ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 238.

¹⁰⁶ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 240.

¹⁰⁷ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 246.

¹⁰⁸ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 241.

mithin daher auch keine beihilfewidrigen Zahlungsverpflichtungen begründeten noch zu einer beihilfewidrigen Zahlung berechtigt wären.

3. Frage 3

Kann die Europäische Kommission nachträglich eine Beihilfe für rechtswidrig erklären und wie und von wem kann zum aktuellen Zeitpunkt eine solche beihilfenrechtliche Prüfung bei der EU KOM angeregt/beantragt werden?

Zur (nachträglichen) Notifizierung durch einen Mitgliedstaat

Nur die Mitgliedstaaten sind zur Unterrichtung der Kommission über anmeldungspflichtige Beihilfen berechtigt und verpflichtet. Dies stellte der EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 zu einer spanischen Beihilferegulierung zugunsten eines spanischen Schifffahrtsunternehmens klar:

Aus dem System des Artikels 88 Absatz 3 EG [die inhaltsgleiche Vorgängerregelung zu Art. 108 Abs. 3 AEUV]¹⁰⁹, der ein zweiseitiges Verhältnis zwischen der Kommission und dem Mitgliedstaat begründet, ergibt sich nämlich bereits, dass die Anmeldepflicht nur die Mitgliedstaaten trifft. Dieser Pflicht kann daher nicht durch eine Anmeldung genügt werden, die das Unternehmen vornimmt, das die Beihilfe erhält.

In Deutschland erfolgt die Unterrichtung der Kommission stets über die Bundesregierung. Diese Zuständigkeit übt für die Bundesregierung im Regelfall das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie aus. Für den Transportsektor nimmt das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und für den Bereich Landwirtschaft das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft diese Zuständigkeit wahr.¹¹⁰

Ein Mitgliedstaat kann eine Beihilfe auch nach ihrer Durchführung der Kommission anzeigen, würde damit aber seiner Notifizierungspflicht nicht entsprechen. Die Kommission überprüft angemeldete, aber bereits durchgeführte Beihilfen nach dem Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen.¹¹¹ Zur Gewährleistung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots *sollte die Kommission alle rechtswidrigen Beihilfen überprüfen* (Erwägungsgrund 22 Satz 1 Beihilfe-VerfO). Diese ist mithin grundsätzlich verpflichtet, alle rechtswidrigen Beihilfen nach Amtsermittlungsgrundsätzen zu überprüfen.¹¹²

¹⁰⁹ Einschub Verfasser.

¹¹⁰ Von Wallenberg/Schütte in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: Februar 2020), Art. 108 AEUV Rn. 17.

¹¹¹ Art. 12 ff. Beihilfe-VerfO; vgl. Mederer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 108 AEUV Rn. 25.

¹¹² Köster, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5 Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2018, VO (EU) 2015/1589 Art. 12 Rn. 1.

Anzeige einer Beihilfe durch Beteiligte

Nach Art. 24 Abs. 2 Satz 1 Beihilfe-VerfO kann jeder Beteiligte *eine Beschwerde einlegen, um die Kommission über eine mutmaßliche rechtswidrige Beihilfe zu informieren*. Dazu ist das in der Durchführungsverordnung vorgegebene Formular¹¹³ ordnungsgemäß auszufüllen und alle darin geforderten Auskünfte zu erteilen.¹¹⁴

Im Erwägungsgrund 32 der Beihilfe-VerfO wird zur Beschwerde ausgeführt:

Beschwerden sind eine wichtige Informationsquelle für die Aufdeckung von Verstößen gegen die Unionsvorschriften über staatliche Beihilfen. Um die Qualität der bei der Kommission eingehenden Beschwerden und gleichzeitig mehr Transparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte vorgesehen werden, welche Voraussetzungen eine Beschwerde erfüllen muss, damit die Kommission durch sie in den Besitz von Informationen über eine mutmaßliche rechtswidrige Beihilfe gelangen und eine vorläufige Prüfung eingeleitet werden kann. Eingaben, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sollten als allgemeine Marktauskünfte behandelt werden und nicht zwangsläufig zu Untersuchungen von Amts wegen führen.

Beteiligte sind nach Art. 1 lit. h) Beihilfe-VerfO *Mitgliedstaaten, Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, insbesondere der Beihilfeempfänger, Wettbewerber und Berufsverbände* (Hervorhebung v. Verf.).¹¹⁵ Auf Grundlage einer solchen Beschwerde ist die Kommission verpflichtet, einen Beschluss nach Art. 4 Beihilfe-VerfO zu erlassen.¹¹⁶

Gegenüber den Mitgliedstaaten nehmen Beteiligte eine untergeordnete Verfahrensstellung ein.

Das Verwaltungsverfahren in Beihilfesachen wird aber nur gegen den betroffenen Mitgliedstaat eingeleitet. Die durch Beihilfen begünstigten Unternehmen und die die Beihilfen gewährenden, unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelten Gebietskörperschaften, wie die Kläger, sowie die Wettbewerber der Beihilfeempfänger gelten in diesem Verfahren nur als „Beteiligte“.¹¹⁷ [...] Diese Rechtsprechung weist den Beteiligten im Wesentlichen

¹¹³ Anhang IV der Verordnung (EU) Nr. 372/2014 der Kommission vom 9. April 2015 und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 in Bezug auf die Berechnung bestimmter Fristen, die Bearbeitung von Beschwerden und die Kenntlichmachung und den Schutz vertraulicher Informationen, ABl. 2014 L 109, 14.

¹¹⁴ Dazu näher von Wallenberg/Schütte in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: Februar 2020), Art. 108 AEUV Rn. 101.

¹¹⁵ Auch Beihilfeempfänger können eine Selbstanzeige bei der Kommission als Beschwerde einreichen, da diese gem. Art. 1 lit. h) Beihilfe-VerfO Beteiligte des Beihilfeverfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV sind, vgl. dazu Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2016, Ziffer 1 zu Art. 2 Verordnung Nr. 2015/1589.

¹¹⁶ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-521/06 (Athinaiki/Kommission) Rn. 40; Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 24 Beihilfe-VerfO Rn. 3.

¹¹⁷ EuG, Urt. v. 6.3.2003, Rs. T-228/99 und T-233/99 (WesLB) Rn. 122.

die Rolle von Informationsquellen für die Kommission im Rahmen des nach Artikel 88 Absatz 2 EG eingeleiteten Verwaltungsverfahrens zu. Daraus folgt, dass die Beteiligten einen Anspruch auf rechtliches Gehör, wie er denjenigen zusteht, gegen die ein Verfahren eingeleitet worden ist, keineswegs geltend machen können, sondern lediglich über das Recht verfügen, am Verwaltungsverfahren unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen beteiligt zu werden.¹¹⁸

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 Beihilfe-VerfO prüft die Kommission *ohne gebührlige Verzögerung jede nach Art. 24 Absatz 2 eingelegte Beschwerde von Beteiligten*. Eine Verpflichtung zur näheren Sachverhaltsaufklärung besteht für diese nur dann, wenn die Prüfung der vorliegenden Informationen ergeben hat, dass zumindest dem ersten Anschein nach hinreichende Anhaltspunkte für die Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe vorliegen.¹¹⁹

Daneben hat die Kommission das Recht zur Initiativprüfung. Sie kann *von Amts wegen Auskünfte über mutmaßliche rechtswidrige Beihilfen prüfen, ungeachtet der Herkunft dieser Auskünfte* (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 Beihilfe-VerfO).

4. Frage 4

Was ist Folge einer vertraglich vereinbarten, aber europarechtlich unzulässigen Beihilfe? Muss oder darf der Staat mit Privaten vertraglich vereinbarte aber europarechtlich unzulässige Beihilfen auszahlen?

Ein Mitgliedstaat darf eine der beihilfenrechtlichen Prüfung durch die Kommission unterliegende Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

Das in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV angeordnete Verbot der Durchführung von Beihilfevorhaben hat unmittelbare Wirkung. Die unmittelbare Anwendbarkeit des in dieser Bestimmung enthaltenen Durchführungsverbots gilt zunächst für notifizierte Beihilfemaßnahmen. Dieses findet – obgleich nicht explizit in Art. 108 AEUV geregelt – auch Anwendung für solche Beihilfen, die nicht angezeigt worden sind, jedoch Gegenstand eines beihilfenrechtlichen Prüfverfahrens sind.¹²⁰ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die staatlichen Stellen zudem verpflichtet, aus eigener Initiative eine Beihilfe zurückzufordern, wenn diese feststellen, dass die beihilferechtlichen Voraussetzungen für deren Gewährung nicht erfüllt waren.¹²¹

¹¹⁸ EuG, Urt. v. 6.3.2003, Rs. T-228/99 und T-233/99 (WesLB), Rn. 125.

¹¹⁹ Köster, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5 Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2018, VO (EU) 2015/1589 Art. 12 Rn. 3.

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 5.3.2019, Rs. C-349/17 (Eesti Pagar AS) Rn. 88; so auch Urt. v. 21.11.2013, Rs. C-284/12 (Deutsche Lufthansa AG) Rn. 29, Urt. v. 21.11.1991, Rs. C-354/90 (Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires) Rn. 11; Kühling/Rüchardt, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 108 AEUV Rn. 24; Cremer, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 108 AEUV Rn. 12.

¹²¹ EuGH, Urt. v. 5.3.2019, Rs. C-349/17 (Eesti Pagar AS) Leitsatz 2, Rn. 92 ff.

Dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV widersprechende Rechtsakte haben keine Gültigkeit, begründen zumindest keine damit unvereinbare Rechtspflichten und dürfen nicht ausgeführt werden.¹²²

Soweit vertragliche Regelungen als europarechtlich unzulässige Beihilfen gelten, könnte bereits ihrem rechtsverbindlichen Abschluss das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV entgegenstehen. Als verbotene Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV geltende vertragliche Regelungen müssten dann bereits als Entwurf notifiziert werden.¹²³

Nach Ansicht des BGH sind gegen das Durchführungsverbot verstoßende beihilfegewährende Verträge im Grundsatz nach § 134 BGB¹²⁴ nichtig¹²⁵, bzw. nur insoweit als nichtig anzusehen, soweit durch diese eine Beihilfe gewährt wird.¹²⁶ In seiner Entscheidung vom 5.12.2012 zur CEPS-Pipeline führte der BGH dazu unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH zum Durchführungsverbot aus:

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hat ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Unwirksamkeit der betreffenden Beihilfemaßnahme zur Folge. Auch eine spätere Entscheidung der Kommission, mit der die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt wird, führt nicht zur Heilung der ungültigen Rechtsakte [...] Davon ausgehend hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass ein Vertrag, durch den unter Verletzung des Beihilfenrechtlichen Durchführungsverbots eine Beihilfe gewährt worden ist, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher gemäß § 134 BGB nichtig ist [...] Denn Zweck des Durchführungsverbots ist nicht nur, das System der präventiven Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission zu sichern, sondern auch Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen könnte. Unter Bezug auf die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Fällen FNCE [...]

¹²² EuGH, Urt. v. 21.11.1991, Rs. C-354/90 (Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires) Rn. 12.

¹²³ EuGH, Urt. v. 27.3.1984, Rs. 169/82 (Kommission/Italien) Rn. 11.

¹²⁴ Da der Gesetzesbegriff des Art. 2 EGBGB nicht nur deutsches Recht, sondern auch das unmittelbar anwendbare Unionsrecht umfasst, erfüllt Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV die Voraussetzungen für ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 5.7.2007, IX ZR 221/05.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 4.4.2003, V ZR 314/02 Rn. 12 ff.; Urt. v. 20.01.2004, XI ZR 53/03 Rn. 17. In seiner Entscheidung vom 5.12.2012, I ZR 92/11 neigt der BGH allerdings zu einer differenzierten Position zu dieser Rechtsfrage, was dieser im 2. Leitsatz wie folgt verdeutlicht: *Ein Verstoß gegen das Beihilfenrechtliche Durchführungsverbot führt weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags, durch den eine Beihilfe gewährt wird. Ist Beihilfeelement ein zu niedriger Kaufpreis, reicht es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils aus, wenn vom Beihilfeempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird [...]*.

¹²⁶ BGH, Urt. v. 5. 12. 2012, I ZR 92/11 Rn. 48,

und SFEI [...] hat der Bundesgerichtshof angenommen, dieser Zweck des Durchführungsverbots lasse sich nur durch Annullierung der rechtsgeschäftlichen Regelung erreichen, die es verletzt (BGHZ 173, 129 Rn. 34).¹²⁷

Alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass das Durchführungsverbot Beachtung findet und sämtliche Konsequenzen aus einer Verletzung von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ziehen.¹²⁸

Soweit – wie nach Ziffer 35.4. des Betreibervertrages vorgesehen – anstelle eines staatlichen Gerichts zur Klärung von Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis ein Schiedsgericht eingesetzt ist, wäre dieses, da dieses keine hoheitliche Gewalt ausübt, an dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht gebunden.¹²⁹ Andererseits ist die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit bzw. Nichtigkeit von mit dem Durchführungsverbot unvereinbaren vertraglichen Regelungen Teil des auch von dem nach dem Betreibervertrag zuständigen Schiedsgericht zu beachtenden deutschen Zivilrechts.

Entscheidungen dieses Schiedsgerichts dürften die Träger der öffentlichen Gewalt allerdings nicht beachten, wenn dies dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, insb. einem Negativbeschluss der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 5 Beihilfe-VerfO widerspräche. Dies folgt letztlich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten und insb. daraus, dass für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt allein die Kommission zuständig ist.¹³⁰

Das Durchführungsverbot bewirkte für die hieran gebundenen Hoheitsträger, dass Vertragsbestimmungen, die nach Art. 107 Abs. 1 AEUV als verbotene Beihilfen gelten, für sie keine Wirkungen erzeugten, mithin daher auch keine beihilfewidrigen Zahlungsverpflichtungen auslösten. Da dem Durchführungsverbot widersprechende Beihilfen nicht gewährt werden dürfen, wären dem Beihilfenverbot widersprechende Zahlungen unzulässig.

- Fachbereich Europa -

¹²⁷ BGH, Urt. v. 5.12.2012, I ZR 92/11 Rn. 34.

¹²⁸ EuGH, Urt. v. 5.3.2019, Rs. C-349/17 (Eesti Pagar AS) Rn. 89 f.

¹²⁹ Der Betreibervertrag begrenzt – soweit ersichtlich – in Ziffer 36.2. das anwendbare Recht wie folgt: *Der Vertrag und alle sich für die Parteien aus ihm ergebenden Rechtsbeziehungen unterliegen materiellem deutschem Recht unter Ausschluss der Regelungen des internationalen Privatrechts sowie des UN-Kaufrechts / CISG, sieht mithin die Anwendung des EU-Rechts explizit nicht vor.*

¹³⁰ EuG, Urt. v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung /Kommission) Rn. 246.