



Working Papers

Thomas Krötzl

Unternehmensprivatisierungen im Fokus des EU-Beihilfenrechts

JKU Europe Working Papers:

Im Rahmen der unregelmäßig erscheinenden *JKU Europe Working Papers* werden Forschungsergebnisse des Instituts für Europarecht der Johannes Kepler Universität Linz der interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Zudem soll damit exzellenten Diplomarbeiten eine Publikationsplattform geboten werden.

Der Autor:

Thomas Krötzl hat an der JKU Rechtswissenschaften studiert. Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 an der JKU als Diplomarbeit angenommen.

Inhaltsverzeichnis

1	EINLEITUNG	5
2	BEGRIFF DER PRIVATISIERUNG	6
3	BEGRIFF DER STAATLICHEN BEIHILFE	8
3.1	STAATLICHE ODER AUS STAATLICHEN MITTELEN GEWÄHRTE BEIHILFE	10
3.2	BEGÜNSTIGUNG	11
3.2.1	Market Economy Investor Prinzip – MEIP	12
3.2.2	Market Economy Creditor Prinzip – MECP	14
3.2.3	Market Economy Vendor Prinzip – MEVP	15
3.2.4	Prinzip der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen	16
3.3	BESTIMMTE UNTERNEHMEN ODER PRODUKTIONSZWEIGE	16
3.3.1	Unternehmen	17
3.3.2	Produktionszweig	19
3.3.3	Selektivität der Maßnahme	19
3.4	VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS	21
3.5	BEEINTRÄCHTIGUNG DES ZWISCHENSTAATLICHEN HANDELS	22
3.6	AUSNAHMEBESTIMMUNGEN	23
3.7	VERHÄLTNIS ZUM EUROPÄISCHEN VERGABERECHT	25
3.8	WECHSELWIRKUNGEN MIT ANDEREN UNIONSVORSCHRIFTEN	25
4	GRUNDZÜGE DES BEIHILFENVERFAHRENS VOR DER KOMMISSION	26
4.1	ANGEMELDETE BEIHILFEN	27
4.1.1	Vorprüfverfahren.....	28
4.1.2	Förmliches Prüfverfahren	28
4.2	BESTEHENDE BEIHILFEN	29
4.3	RECHTSWIDRIGE BEIHILFEN	30
4.4	MISSBRÄUCLICHE ANWENDUNG VON BEIHILFEN	31
4.5	INFORMELLES VORANMELDEVERFAHREN	31
5	VORBEREITUNGSMASSNAHMEN EINER PRIVATISIERUNG	32
5.1	LEITFADEN ZUR BEIHILFENKONFORMEN FINANZIERUNG, UMSTRUKTURIERUNG UND PRIVATISIERUNG STAATSEIGENER UNTERNEHMEN	32
5.2	LEITLINIEN FÜR STAATLICHE BEIHILFEN ZUR RETTUNG UND UMSTRUKTURIERUNG NICHTFINANZIELLER UNTERNEHMEN IN SCHWIERIGKEITEN	34
5.2.1	Begriff des Unternehmens in Schwierigkeiten	35
5.2.2	Voraussetzungen für Umstrukturierungsbeihilfen	36
5.3	AUSLAGERUNG DER STRANDED COSTS	36
6	PRIVATISIERUNGSLEITLINIEN DER KOMMISSION	38
6.1	XXIII. WETTBEWERBSBERICHT 1993	39
6.2	ANALOGUE ANWENDUNG DER GRUNDSTÜCKSMITTEILUNG	41

7	METHODEN DER BEIHILFENKONFORMEN VERÄUSSERUNG.....	42
7.1	VERKAUF VON AKTIEN AN DER BÖRSE ODER BÖRSENGANG	43
7.2	VERÄUSSERUNG IM RAHMEN EINES STRUKTURIERTEN BIETVERFAHRENS	44
7.2.1	Mögliche Analogie zum Vergaberecht.....	45
7.2.2	Offenheit beziehungsweise Allgemeinheit	46
7.2.3	Transparenz	48
7.2.4	Bedingungs- beziehungsweise Diskriminierungsfreiheit	51
7.2.5	Veräußerung an den Meistbietenden	54
7.2.6	Nähe zum vergaberechtlichen Bestbieterprinzip	56
7.3	PRIVATISIERUNG AUF BASIS EINES WERTGUTACHTENS	58
7.3.1	Qualifizierter und unabhängiger Sachverständiger	60
7.3.2	Zulässige Abweichung vom Marktpreis	60
7.4	FREIHÄNDIGER VERKAUF.....	61
7.5	NEGATIVER VERKAUFSPREIS	62
7.6	FÄLLE NOTIFIZIERUNGSPFLICHTIGER VERKÄUFE	63
8	RESÜMEE.....	64
9	LITERATURVERZEICHNIS	66
10	JUDIKATURVERZEICHNIS	70
10.1	EUGH.....	70
10.2	EUG.....	71
11	KOMMISSIONSENTSCHEIDUNGEN	72
12	VERZEICHNIS EUROPÄISCHER VERORDNUNGEN.....	73
13	VERZEICHNIS DER ÄUSSERUNGEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION	74

1 Einleitung

Blickt man in die Vergangenheit, so sieht man sich seit der Privatisierungswelle der 1990er Jahre in Europa mit vermehrten Privatisierungstendenzen konfrontiert. Die Motive dahinter sind vielfältig. Sie haben ua mit zunehmender Staatsverschuldung und unbefriedigender Wachstumsperformanz staatlicher Unternehmen zu tun. Man erwartete sich schließlich eine höhere wirtschaftliche Effizienz durch die Übernahme von privaten Wirtschaftsakteuren, die in ihrem Wirken schließlich das Wirtschaftswachstum positiv beeinflussen sollten.¹ Vor allem die in ihren Auswirkungen bis heute noch spürbare Finanz- und Wirtschaftskrise hat die Wirtschaftlichkeit so mancher staatseigener Unternehmen zunehmend in Zweifel gezogen.

Abgesehen von diesen Motiven kann man Privatisierungen auch als „*das Resultat eines wirtschaftspolitischen Liberalisierungskurses in hoch regulierten Volkswirtschaften und eine Anpassungsreaktion auf ein im Zuge der Europäischen Integration enger gewordenes fiskalpolitisches Korsett*“ deuten.²

Der Staat selbst ist im Gegensatz zu privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht in der Lage, über seine Vermögensgegenstände bzw – in diesem Kontext – über seine Unternehmensbeteiligungen privatautonom zu entscheiden, sondern unterliegt in seinem Handeln vor allem dem öffentlichen Recht. So hat er auch bei Veräußerung von staatlichen Unternehmen ua verfassungs-, verwaltungs- und europarechtliche Regelungsbereiche zu beachten.³

Das europäische Beihilfenrecht verbietet in seiner Funktion die Gewährung von wettbewerbsverfälschenden, den Gemeinsamen Markt beeinträchtigenden, staatlichen Beihilfen und muss von den Mitgliedstaaten (kurz MS) bei der Finanzierung öffentlicher als auch privater Unternehmen und vor allem bei der Privatisierung von Staatsunternehmen berücksichtigt werden.⁴

Versteht man das europäische Beihilfenrecht nun als Privatisierungshebel, so sieht man darin eine Entprivilegierung der Staatsbetriebe, die durch das damit bedingte Versiegen staatlicher Verlustdeckungsquellen letztendlich „*den ökonomischen Realitäten schonungslos*“ ausgeliefert sind, was nicht selten einen zunehmenden Privatisierungsdruck zur Folge hat.⁵

¹ Vgl. Zohlnhöfer/Obinger, Ausverkauf des „Tafelsilbers“: Bestimmungsfaktoren der Privatisierungserlöse in EU- und OECD-Staaten 1990-2000, Politische Vierteljahresschrift 2005, 608.

² Zohlnhöfer/Obinger, Politische Vierteljahresschrift 2005, 602.

³ Vgl. Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 781.

⁴ Vgl. Koenig, EG-beihilfenrechtskonforme Beteiligung privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen, EuZW 2006, 203.

⁵ Kahl, Das öffentliche Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes, NVwZ 1996, 1088.

Diese Arbeit durchleuchtet nach Darlegung der Begrifflichkeiten sowie nach Darstellung des Beihilfenverfahrens vor der Kommission (kurz KOM) den Privatisierungsprozess aus beihilfenrechtlicher Sicht. Es wird dabei sowohl auf etwaige staatliche Maßnahmen im Vorfeld von Privatisierungen Bezug genommen als auch auf die möglichen Formen der beihilfenkonformen Veräußerung eingegangen. Da es für Privatisierungen im europäischen Beihilfenrecht noch immer an einem kohärenten Rechtsrahmen mangelt, befasst sich diese Arbeit mit den von der KOM herausgegebenen Leitlinien sowie mit der Kommissionspraxis und versucht unter Anführung der maßgeblichen Judikatur wie auch mittels der Einbindung von Literaturmeinungen dieses Thema aufzuarbeiten.

Für das Nachfolgende sei hier noch angemerkt, dass aus Gründen der besseren Lesbarkeit von der gleichzeitigen Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen abgesehen wird. Sämtliche hier verwendete Substantive – wie zB Bieter – sprechen beide Geschlechter gleichermaßen an.

2 Begriff der Privatisierung

Der Terminus Privatisierung ist weder legal definiert noch existiert eine allgemein anerkannte Definition.⁶ Vielmehr ist unter obigem Begriff ein breites Spektrum von Privatisierungsformen zu verstehen, welche im Folgenden für die weitere Arbeit einer kurzen inhaltlichen Differenzierung bedürfen.

Grundsätzlich lässt sich der Begriff in dreierlei Merkmale aufspalten. Zum einem den Staat als Hoheitsträger, konträr dazu den Privaten als nicht-staatliches Subjekt im Privatisierungsprozess und zum anderen die öffentliche Aufgabe – in concreto die Staatsaufgabe – als Gegenstand einer Privatisierung. Hierbei löst sich der Staat als solcher – je nach Privatisierungsform im unterschiedlichen Ausmaß – von den ihm von Verfassung wegen obliegenden Aufgaben innerhalb der bestehenden, rechtlichen Schranken und überantwortet sie dem privaten Bereich.⁷

Die hL sieht in der „Privatisierung“ die nunmehrige Übernahme und Besorgung von Staatsaufgaben, die zuvor der Staat oder ein ihm zurechenbarer, ausgegliederter Rechtsträger wahrgenommen hat, durch „echte“ Private.⁸

Entledigt sich also der Staat demgemäß vollständig seiner Aufgabenverantwortung, so sind darunter Fälle der „echten“ Privatisierung bzw der materiellen Privatisierung bzw der Aufgabenprivatisierung zu verstehen.⁹

⁶ Vgl *Kümmritz*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Ausschreibungspflichten bei der Veräußerung staatlichen Anteilsvermögens nach dem europäischen Vergabe- und Beihilfenrecht (2009), 4.

⁷ Vgl *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung (2010), 15 ff.

⁸ Vgl *Holoubek*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33.

Teile der Lehre unterstellen Obigem ein rechtstechnisch-formales Begriffsverständnis, indem sie auch jene Sachverhalte unter den Privatisierungsbegriff subsumieren, in denen der Staat unter dem Mantel des Privatrechts, meist in Form von neugegründeten Rechtsträgern, in Erfüllung seiner Aufgaben agiert.¹⁰ Dh der frühere Staatsbetrieb wird nunmehr als Gesellschaft des Privatrechts weitergeführt, wobei der öffentlich-rechtliche Rechtsrahmen, innerhalb dessen sich die Aufgabenerfüllung abspielt, sowie die diesbezügliche staatliche Verantwortung bestehen bleiben. Aufgrund der Tatsache, dass die folglich neugegründete Gesellschaft – zumeist eine GmbH – vollständig im Eigentum des Staates steht, spricht man hierbei von einer „unechten“ Privatisierung bzw formellen Privatisierung oder auch Organisationsprivatisierung. Veräußert nun der Staat Unternehmen, Unternehmensbeteiligungen oder andere im Staatsbesitz befindliche Grundstücke und Vermögensgegenstände, so ist darunter ein Unterfall der oben bereits erwähnten materiellen Privatisierung, nämlich der Vermögensprivatisierung, zu erblicken.¹¹ Auf diese Form wird in der gegenständlichen Arbeit eingegangen und vor allem die Vereinbarkeit solcher Veräußerungen mit dem Gemeinsamen Markt im Hinblick auf das europäische Beihilfenrecht analysiert.

Beim sukzessiven Verkauf von Gesellschaftsanteilen an staatseigenen Unternehmen lässt sich unschwer ein schleichender Übergang von der bereits genannten formellen zur materiellen Privatisierungsform erkennen, indem der Staat stufenweise seinen beherrschenden Einfluss am eigenen Unternehmen abgibt und ihn schlussendlich gänzlich verliert.¹²

Je nachdem, wie viel an Anteilen im Zuge einer Teilprivatisierung übertragen wird, sind je nach Ausgestaltung zahlreiche Formen von öffentlich-privaten Partnerschaften möglich. Vor allem der oft als Mittelweg angesehene, zwischen materieller und formeller Privatisierung bezeichnete Begriff der funktionellen Privatisierung umfasst verschiedenste Arten der Zusammenarbeit zwischen dem Staat und dem echten Privaten.¹³ Grundsätzlich versteht man darunter die Heranziehung privater Unternehmen als Erfüllungsgehilfen der öffentlichen Hand, indem Private mit Staatsaufgaben betraut werden, jedoch die Verantwortung und Zuständigkeit betreffend dieser nicht übertragen werden, sondern dem Staat anhaften.¹⁴

⁹ Vgl *Lumper*, Die Ausgestaltung von Public Private Partnerships als moderne Form der Privatisierung, RFG 2015/7, 33.

¹⁰ Vgl *Brehme* (2010), 20.

¹¹ Vgl *Reineke-Bock*, Gabler Lexikon Unternehmensberatung (2007), 354.

¹² Vgl *Brehme* (2010), 26.

¹³ Vgl *Lumper*, RFG 2015/7, 34.

¹⁴ Vgl *Kümmritz* (2009), 5 f.

Diese und viele andere mögliche Zusammenarbeiten Privater mit dem Staat umfasst der Sammelbegriff der Public Private Partnerships, kurz PPP.¹⁵

Nach dieser prägnanten Darstellung der grundlegenden Privatisierungsarten gilt es jetzt dem Verkauf öffentlicher Unternehmungen die Schablone des europäischen Beihilfenrechts der Art 107 ff AEUV anzulegen.

3 Begriff der staatlichen Beihilfe

Um ein Funktionieren des Binnenmarktes sicherzustellen und diesen vor Wettbewerbsverzerrungen zu schützen, hat die Europäische Union ua gemäß Art 3 AEUV die alleinige Kompetenz zur Schaffung der diesbezüglich notwendigen Wettbewerbsregeln.¹⁶

Diese Regeln finden sich unter dem Titel VII des AEUVs, wobei sich Abschnitt 1 – in concreto die Art 101 bis 106 AEUV – an Unternehmen und die Art 107 bis 109 AEUV an die MS richten. Letztere statuieren ein an die MS gerichtetes Verbot zur Setzung von Maßnahmen mit wettbewerbsbeeinflussender Wirkung in Form von staatlichen Beihilfen und begrenzen jenes auf Fälle, in denen der grenzüberschreitende Wettbewerb in der Union betroffen ist.¹⁷ Folglich ist es bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmungen notwendig, die damit in Verbindung stehenden staatlichen Maßnahmen auf ihre beihilfenrechtliche Qualifikation hin zu überprüfen. Der Beihilfenbegriff unterliegt, wie man vielleicht vermuten würde, keiner starren Auslegungspraxis, sondern er ist vielmehr von dynamischer Natur. Aus diesem Grund ist er einer klaren allumfassenden Definition unzugänglich und erschließt sich letztlich aus den eine Beihilfe beschreibenden allgemeinen Tatbestandselementen des Art 107 Abs 1 AEUV, welcher das materielle Beihilfenverbot darlegt und wie folgt lautet:¹⁸

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, 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.“¹⁹

¹⁵ Vgl Kümmitz (2009), 8.

¹⁶ Vgl Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 4 (Stand Januar 2014, rdb.at).

¹⁷ Vgl Hakenberg, Europarecht Rn 568 f (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹⁸ Vgl von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union AEUV Art 107 Rn 26 f (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de).

¹⁹ Neumayr/Radl-Rebernic in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.1 (Tatbestandsmerkmale), 1 (Stand Juni 2015); Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung), ABl C 326/47.

Um nun eine staatliche Maßnahme als Beihilfe iS obiger Bestimmung qualifizieren zu können, bedarf es somit der kumulativen Erfüllung folgender Kriterien:²⁰

- Gewährung Obiger vom Staat oder aus staatlichen Mitteln und somit unmittelbar oder mittelbar dem Staat zurechenbar
- sowie die Verschaffung eines wirtschaftlichen Vorteils in Form einer Mehrung von Mitteln oder einer Reduzierung von Belastungen
- auf Seiten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige, wobei davon sowohl Einzelne als auch Gruppen Adressaten der Begünstigung sein können;
- eine dadurch hervorgerufene tatsächliche oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs,
- welche geeignet ist, den Wirtschaftsverkehr zwischen MS zu beeinträchtigen.

Die Prüfung der Tatbestände „Wettbewerbsverfälschung“ und „zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung“ erfolgt in der Praxis zumeist in einem Schritt. Zusammenfassend ist eine Beihilfe bei Erfüllung aller obigen Kriterien folglich als mit dem Binnenmarkt unvereinbar anzusehen und unter Ausnahmen (siehe 3.6) verboten bzw bei der KOM anzumelden. Davon ist sowohl die Hingabe als auch die Annahme solcher erfasst.²¹

Der in Art 107 AEUV enthaltene Passus „Beihilfen gleich welcher Art“ vermittelt den Eindruck eines breitgefächerten Anwendungsbereiches. MS darf es nicht möglich sein, durch unscheinbare, begünstigende Maßnahmen dem Beihilfenverbot zu entgehen. Vielmehr geht man von der Formneutralität des Beihilfentatbestandes und der Wirkungsorientierung der Beihilfendefinition aus, indem nicht das Motiv hinter einer staatlichen Maßnahme für die Subsumtion unter den Beihilfenbegriff als ausschlaggebend angesehen wird, sondern deren Wirkungen auf den Gemeinsamen Markt.²² Dabei beschränkt er sich nicht nur auf positive Leistungen, wie Geld- und Sachleistungen, auch negative Maßnahmen, welche in ihrer Funktion eine Belastungsverminderung für ein Empfängerunternehmen darstellen, wie zB Steuerentlastungen, fallen regelmäßig unter obigen Begriff.²³ Eine dann zur Subvention im auffallenden Missverhältnis stehende Gegenleistung seitens des Begünstigten bzw deren Nichtvorhandensein zeugt von der Einseitigkeit einer Beihilfe und macht ein weiteres gewichtiges Begriffsmerkmal aus. Ferner ist auch das Fehlen jeglicher rechtlicher

²⁰ Vgl *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 12.

²¹ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernic* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.1 (Tatbestandsmerkmale), 1 (Stand Juni 2015).

²² Vgl *Sutter* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 20 (Stand Januar 2014, rdb.at); EuGH 2.7.1974, 173/73, *Kommission/Italien*, 718 ff Rz 26/28.

²³ Vgl *von Wallenberg/Schütte* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 28 (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de).

Verpflichtung des Staates zur Beihilfengewährung ein essentielles Kriterium, da ansonsten das Vorliegen einer Begünstigung zu verneinen wäre.²⁴

Weiterführend ist an dieser Stelle auf den von der KOM angefertigten und einer Konsultation unterzogenen Mitteilungsentwurf zum Beihilfenbegriff des Art 107 Abs 1 AEUV zu verweisen.²⁵

Alles in allem beherbergt der Privatisierungsvorgang öffentlicher Unternehmungen eine Vielzahl von Maßnahmen, die allesamt einer Überprüfung am Maßstab des obigen Begriffs bedürfen. Im Folgenden erfahren die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV nähere Beleuchtung.

3.1 Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe

Der in Art 107 Abs 1 AEUV enthaltene Begriff „staatliche Beihilfen“ erfährt im daran anschließenden Begriff „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ eine inhaltliche Erweiterung. Umfasst der erstere bloß Beihilfen von staatlichen Hoheitsträgern, wie zB Bund, Länder oder Gemeinden, so erstreckt sich letzterer darüber hinaus auch auf solche, die von nichtstaatlichen, jedoch über öffentliche Mittel verfügenden Rechtssubjekten ausgehen. Diese können von einem Hoheitsträger bezeichnete oder gegründete und mit Staatsaufgaben betraute öffentliche oder private Institutionen sein.²⁶ Damit ist die Absicht verbunden, die Umgehung der Beihilfenvorschriften seitens der MS durch Beauftragung anderer staatlicher Einrichtungen zu unterbinden.²⁷

Der EuGH sieht obiges Tatbestandsmerkmal bei Vorliegen zweierlei Anzeichen als erfüllt an. Erstens bedarf es einer direkten oder indirekten staatlichen Mittelzufuhr, die sich weniger in einem Übertragungsakt manifestiert, sondern welche vielmehr in einer dem Vorteil gegenüberstehenden Verringerung des Staatsvermögens zu Tage tritt.²⁸ So kann eine Belastung des Staatshaushaltes auch aus einem Verzicht des Staates auf mögliche Einnahmen – zB im Bereich parafiskalischer Abgaben – resultieren und als staatliche Mittelverwendung gelten. Es genügt dabei schon die Eignung einer staatlichen Maßnahme eine potentielle Mittelbelastung hervorzurufen. Gemäß der Rsp des EuGH liegt es hierbei an

²⁴ Vgl Mederer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 4-16 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

²⁵ Vgl Mitteilung der Kommission, Entwurf-Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_de.pdf).

²⁶ Vgl Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 24 (Stand Januar 2014, rdb.at); EuGH 17.3.1993, C 72/91, und 73/91, *Slooman Neptun* Rz 19.

²⁷ Vgl Catalán in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 17 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

²⁸ Vgl von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 31 ff (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de).

der KOM einen hinreichend engen Zusammenhang zwischen der tatsächlichen bzw konkret möglichen Verminderung der staatlichen Mittel zum einen und der Vorteilsgewährung zum anderen herzustellen.²⁹

Zweitens muss die Entscheidung über diese Mittelgewährung dem Staat zurechenbar sein. So stellt eine von einem öffentlichen Unternehmen ausgehende Vorteilsgewährung a priori keine staatliche Maßnahme dar. Zumal der Staat erwiesenermaßen ein hohes Maß an Kontrolle bzw einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben muss, um im Falle einer obigen Maßnahme die Zurechenbarkeit zum Staat bejahen zu können. Mehr noch bedarf es einer Prüfung seitens der KOM, ob die Annahme – anhand von Indizien – besteht, dass der Staat bzw seine Untergliederungen konkret am Erlass obiger in irgendeiner Form mitgewirkt hat bzw haben.³⁰

Im Fall *PreussenElektra* verneinte der EuGH die Übertragung von staatlichen Mitteln, indem er die vom Staat gegenüber Privaten auferlegte Zahlungsverpflichtung nicht als Belastung des öffentlichen Haushalts betrachtete und somit ein Fehlen der staatlichen Zurechenbarkeit feststellte.³¹ Jedoch ist einschränkend noch beizufügen, dass eine dauerhafte Zugehörigkeit der in Anspruch genommenen Geldmittel zum Staatsvermögen nicht vonnöten ist. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Staat die Mittel durchgehend kontrolliert, deren Zuweisung lenkt und ihm diese zur Verfügung stehen.³²

3.2 Begünstigung

Sowohl die unmittelbare Zahlung bzw Hingabe geldwerter Vorteile an Unternehmen – iSv positiven Beihilfen bzw Subventionen – als auch die Verminderung von Belastungen, mit denen jene normalerweise konfrontiert sind, – iSv negativen Beihilfen – können eine Begünstigungswirkung iSd Art 107 Abs 1 AEUV zeitigen.³³ Dabei kommt es nicht auf die dahinterstehende Intention des Staates an, vielmehr ist aufgrund des bereits oben angesprochenen wirkungsorientierten Beihilfenbegriffs der objektive Effekt der staatlichen Maßnahme ausschlaggebend.³⁴

Im Vorfeld von Privatisierungen öffentlicher Unternehmen können sich begünstigende Maßnahmen ua „in Form von staatlichen Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften [...],

²⁹ Vgl Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 26 (Stand Januar 2014, rdb.at).

³⁰ Vgl von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 33 f (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de); EuGH 13.3.2001, C-379/98, *PreussenElektra* Rz 55 f.

³¹ Vgl von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 33 ff (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de); EuGH 13.3.2001, C-379/98, *PreussenElektra* Rz 66.

³² Vgl EuGH 16.5.2002, C-482/99, *Stardust Marine* Rz 37; Rabl, Staatliche Mittel: Die Unsicherheiten bestehen weiter!, BRZ 2015, 7.

³³ Vgl Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 34 (Stand Januar 2014, rdb.at).

³⁴ Vgl Kleine/Sühnel in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Einleitung Rn 91.

Zahlungsaufschübe, Verlustübernahmen, [sowie, dVerf] Kapitalzuführungen“ ergeben.³⁵ Auch etwaige staatliche Investitionen in das zum Verkauf stehende Staatsunternehmen in Form von Umstrukturierungsbeihilfen sind denkbar (siehe 5.2).

Am Ende des Privatisierungsprozesses sei auch der beihilfenrechtlich problematische Verkauf zu nicht marktgerechten Preisen zu erwähnen.³⁶

Der Beihilfencharakter einer Maßnahme bemisst sich nicht bloß an der möglicherweise veränderten Wirtschaftslage der begünstigten Unternehmen, stattdessen ist ein Vergleich zwischen den Begünstigten und Nichtbegünstigten anzustellen, um das Ausmaß der Begünstigungswirkung bestimmen zu können.³⁷ Entscheidend für das Vorhandensein eines Vorteils iS obiger Bestimmung ist aber schließlich, dass die festgestellte Begünstigung mit keiner angemessenen Gegenleistung vergolten wird oder sogar ein gänzlich Fehlen einer solchen zu verzeichnen ist, wobei unter normalen Marktbedingungen keine Vorteilsgewährung dieser Art zustande gekommen wäre. Das Vorliegen einer Begünstigung in Form von Ausgleichsmaßnahmen – Maßnahmen zur Beseitigung von wirtschaftlichen Missständen – und deren Entsprechung mit den Altmark-Kriterien des EuGH im Bereich der Daseinsvorsorge soll an dieser Stelle nur angesprochen, aber nicht näher behandelt werden.³⁸

Um nun den vom Staat bezogenen, wirtschaftlichen Vorteil marktmäßig vergleichbar zu machen und ihn in Bezug auf eine etwaig gegenüberstehende Unternehmensleistung auf dessen Angemessenheit zu prüfen, zieht die KOM einerseits Sachverständigengutachten (siehe 7.3) heran oder stützt sich andererseits – bei Vorhandensein – auf offene Ausschreibungsverfahren (siehe 7.2). Ansonsten bedient sie sich eigens jener Konstrukte des private-investor-tests bzw des private-creditor-tests, derer im Folgenden Rechnung getragen wird.³⁹

3.2.1 Market Economy Investor Prinzip – MEIP

Kann eine Begünstigung im obigen Sinne nicht sogleich aufgrund des gänzlichen Fehlens eines marktmäßigen Äquivalents bejaht werden, so muss sie als eine Art *quid pro quo* bei Vorliegen einer Gegenleistung auf ihre Markt-Adäquanz hin untersucht werden.⁴⁰

³⁵ *Neumayr/Radl-Rebernic* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.3 (Begünstigung/wirtschaftlicher Vorteil), 4 (Stand Juni 2015).

³⁶ Vgl. *Neumayr/Radl-Rebernic* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.3 (Begünstigung/wirtschaftlicher Vorteil), 4 (Stand Juni 2015).

³⁷ Vgl. *Sutter* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 34 (Stand Januar 2014, rdb.at); EuGH 8.11.2001, C-143/99, *Adria Wien Pipeline* Rz 41.

³⁸ Vgl. *Kliemann* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 39 ff (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

³⁹ Vgl. *Sutter* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 35 (Stand Januar 2014, rdb.at).

⁴⁰ Vgl. *Sutter* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 35 (Stand Januar 2014, rdb.at).

Konkret stellt die KOM hier mittels des Privatinvestortests – anders gesagt des Market Economy Investor Prinzips – fest, ob ein unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten handelnder Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die vorteilsgewährende, staatliche Stelle unter denselben Konditionen gewillt gewesen wäre, die Finanzierungsmaßnahme zu setzen.⁴¹ Wird nun daraus die Erkenntnis gezogen, dass dieser hypothetische Privatanleger unter Rentabilitätsaspekten dem Empfängerunternehmen den gegenständlichen, wirtschaftlichen Vorteil nicht oder zu schlechteren Bedingungen zugebilligt hätte, so lässt sich dabei regelmäßig eine Begünstigungswirkung iSd Art 107 Abs 1 AEUV ableiten.⁴²

Dagegen kann der Privatinvestortest als erfüllt betrachtet und die Beihilfenfreiheit der Maßnahme bejaht werden, wenn der private Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen dieselbe Investition wie jene des privatwirtschaftlich handelnden Staates getätigt hätte. Maßgeblich für diese retrograde Beurteilung ist eine ex ante Betrachtung, die auf sämtlichen im Zeitpunkt der Vorteilsgewährung zur Verfügung stehenden Informationen und der damit verbundenen Prognosen – iS der damals erwarteten Entwicklungen – basiert.⁴³

Des Weiteren ist im obigen Zusammenhang ein schlichter Nutzenvergleich zweier Finanzierungsmöglichkeiten der in Rede stehenden Kapitalmaßnahme – etwa in Form von Eigenkapital- oder Fremdkapitalinstrumenten – im Zuge des Privatinvestortests unzureichend. Vielmehr ist stets die Nichtdurchführung der staatlichen Investition ausschlaggebendes Vergleichsszenario.⁴⁴

Auch der mit einem privaten Wirtschaftsakteur zu vergleichende Rentabilitätsaspekt in Bezug auf die vom Staat zu setzende Maßnahme muss nicht zwingend von einer kurzfristigen Rendite-Chance geprägt sein, sondern kann sich auch auf längerfristige, strategische Überlegungen und Ertragsaussichten stützen (long-term-investor-Maßstab).⁴⁵ Demungeachtet kann man gleichwohl von einer Beihilfe ausgehen, „*wenn die Lage des Unternehmens in angemessener Frist keine normale, mit anderen Worten vergleichbarem Geschäftsverkehr entsprechende, Rendite erwarten lässt bzw sich das Unternehmen am Kapitalmarkt langfristig nicht selbst finanzieren kann.*“⁴⁶

⁴¹ Vgl von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 52 (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de).

⁴² Vgl Cremer in Callies/Ruffert, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 11 (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

⁴³ Vgl von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 52 (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de); EuGH 16.5.2002, C-482/99, *Stardust Marine* Rn 71 f.

⁴⁴ Vgl Jennert/Huhn/Salcher/Schmoll, Der Private Investor-Test: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Anforderungen an beihilfefreie staatliche Kapitalmaßnahmen, BRZ 2014, 63.

⁴⁵ Vgl EuGH 21.3.1991, C-305/89, *Italien/Kommission* Rn 20; EuGH 21.3.1991, C-303/88, *Italien/Kommission* Rn 22.

⁴⁶ *Rumersdorfer*, Billigflieger im Visier, Sonderkonditionen auf Flughäfen im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts (2009), 152.

Tritt der Staat jedoch als Mehrheitseigner des für die Investition vorgesehenen Unternehmens auf, so stellt sich die Frage, inwiefern der „Eigentümereffekt“ hierbei eine Rolle spielen kann. Darunter versteht man idR ein höheres Bedürfnis des als Investor in Erscheinung tretenden Eigentümers sein in Schwierigkeiten befindliches Unternehmen finanziell zu unterstützen, um nicht den Untergang bereits früher getätigter Investitionen zu riskieren. Langfristige Strategien solcher Art lässt die KOM nur in engen Grenzen gelten.⁴⁷

Da im Rahmen des Privatinvestortest regelmäßig eine komplexe wirtschaftliche Betrachtung vonnöten ist, steht der KOM bei obiger Beurteilung ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung, welcher schließlich der Überprüfung der Unionsgerichtsbarkeit unterliegt.⁴⁸

3.2.2 Market Economy Creditor Prinzip – MECP

Eine leichte Abwandlung erfährt der Privatinvestortest, wenn der Staat als Gläubiger auftritt, indem er bspw mit dem Ziel einer Unternehmenssanierung auf Forderungen verzichtet oder etwa einen Kredit bewilligt.⁴⁹ Um hierbei das Vorliegen einer Begünstigungswirkung iSd Art 107 Abs 1 AEUV zu prüfen, bedarf es einer Gegenüberstellung mit dem Verhalten eines umsichtigen, privaten Gläubigers – eines Private Creditors – unter Bedachtnahme auf alle dem Einzelfall zugrunde liegenden Verhältnisse.⁵⁰ Konkret stellt man sich dabei die Frage, ob „ein hypothetischer privater Gläubiger, der sich gegenüber seinem Schuldner möglichst weitgehend in derselben Situation befunden habe“, genauso agiert hätte.⁵¹ Ob nun ein Private Creditor gleichermaßen eine Zahlungserleichterung oder einen (teilweisen) Schuldenerlass gewährt hätte, lässt sich mittels Vergleich des erwarteten Zahlungseingangs mit jenem Ergebnis, das eine Vollstreckung sowie eine Liquidation zur Folge hätten, feststellen.⁵² Erhält nun ein Unternehmen dadurch einen Vorteil, dass es von finanziellen Belastungen befreit wird, die es unter regulären Marktkonditionen zu tragen hätte, wird darin regelmäßig eine Beihilfe vermutet.⁵³

Vor allem vor dem Verkauf öffentlicher Unternehmensbeteiligungen kann es vorkommen, dass der Staat als Anteilseigner dem zu verkaufenden Unternehmen finanziell unter die Arme greift, um zB einen höheren Verkaufspreis zu erzielen oder eine drohende Insolvenz

⁴⁷ Vgl von Bonin, Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, 248; EuG 6.3.2003, T-228/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale u. a./Kommission* Rn 270.

⁴⁸ Vgl Cremer in Callies/Ruffert, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 11 (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

⁴⁹ Vgl Neumayr/Radl-Rebernic in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.3 (Begünstigung/wirtschaftlicher Vorteil), 5 (Stand Juni 2015).

⁵⁰ Vgl Kleine/Sühnel in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Einleitung Rn 172.

⁵¹ EuG 21.10.2004, T-36/99, *Lenzing* Rn 149.

⁵² Vgl Götz/Martínez Soria in Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, H.III. Subventionsrecht Rn 100 (38. Ergänzungslieferung September 2015, beck-online.beck.de).

⁵³ Vgl Kleine/Sühnel in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Einleitung Rn 175.

abzuwehren (siehe Kapitel 5).⁵⁴ Wiederum ist „insbesondere zu prüfen, ob ein privater Gesellschafter in einer vergleichbaren Lage unter Zugrundelegung der Rentabilitätsaussichten und unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik eine solche Kapitalhilfe gewährt hätte.“⁵⁵

3.2.3 Market Economy Vendor Prinzip – MEVP

Das Market Economy Vendor Prinzip bzw der Private Vendor Test ist immer dann heranzuziehen, wenn der Staat in den Anzug eines Verkäufers schlüpft. Die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle betreffen den Verkauf von im Staatsbesitz befindlichen Grundstücken sowie die Privatisierung öffentlicher Unternehmen.

Im Rahmen von Unternehmensprivatisierungen ist ua der Verkauf unter dem Marktwert ein starkes Indiz für eine tatbestandsmäßige Begünstigung iSd Art 107 Abs 1 AEUV. Um diesen Verdacht zu erhärten, wird seitens der KOM wiederum der bereits oben dargelegte Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers als Maßstab herangezogen, diesmal jedoch in Form des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden Verkäufers, dem „Private Vendor“.⁵⁶ Dieser private Verkäufer – so lautet die Maxime – soll im Gegenzug für sein Unternehmen einen möglichst hohen Veräußerungserlös anstreben und des Weiteren keine den Preis schmälern den Bedingungen einfordern bzw zulassen.⁵⁷ Handelt der Staat nun entgegen dieser Handlungsanweisung, indem er zum Vorteil des Käufers oder der zu privatisierenden Entität staatliche Einkünfte ausschlägt bzw eventuelle Aufwendungen im Rahmen des Verkaufs nicht auf einem möglichst niedrigen Niveau hält, so lässt sich darin ein Beihilfenelement erblicken. Unmaßgeblich für diese Beurteilung sind die dabei vorherrschenden Marktbedingungen oder ein etwaiger, marktumfeldbedingter Preisrückgang, welcher erst bei der Prüfung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels Beachtung findet.⁵⁸

Anders als beim Privatinvestortest kommt bei Beteiligungsveräußerungen durch den Staat der long-term-investor-Maßstab (siehe 3.2.1) nicht zur Anwendung, hingegen ist das staatliche Verkaufsverhalten anhand der Maßfigur des vorsichtigen Investors – respektive

⁵⁴ Vgl Neumayr/Radl-Reber in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.3 (Begünstigung/wirtschaftlicher Vorteil), 5 (Stand Juni 2015).

⁵⁵ EuGH 10.7.1986, 234/84, Belgien/Kommission Rz 14.

⁵⁶ Vgl Klieman/Catalán in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 133 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

⁵⁷ Vgl Klieman/Catalán in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 133 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

⁵⁸ Vgl von Bonin, EuZW 2013, 248.

des „prudent-investors“ – zu beurteilen. Dieser soll das damit einhergehende, finanzielle Risiko so niedrig wie möglich halten.⁵⁹

Wird die Privatisierung mittels eines Börsengangs initiiert oder werden Aktien des bereits an der Börse notierten, staatlichen Unternehmens verkauft, so repräsentiert der erzielte Erlös auch den Marktpreis. Die KOM sieht darin regelmäßig einen marktüblichen und damit beihilfenfreien Veräußerungsvorgang (siehe 7.1).⁶⁰

3.2.4 Prinzip der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen

Der Bereich des Art 106 AEUV über Vorschriften für Unternehmen verdeutlicht, dass auch öffentliche Entitäten dem Anwendungsbereich der europäischen Wettbewerbsregeln – in concreto des Beihilfenrechts – unterliegen und dabei keine Bevorzugung erfahren. Gemäß Art 345 AEUV können die Mitgliedstaaten zwar über ihr Eigentum frei disponieren und somit auch privatwirtschaftlich tätig werden, indem sie (öffentliche) Unternehmen gründen bzw finanzieren, jedoch müssen die Staatsakteure stets den „Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen“ beachten.⁶¹

Demgemäß muss auch die Gewährung von Vorteilen an Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, auf ihre beihilfenrechtliche Relevanz hin überprüft werden. Dementsprechend ist der Privatinvestortest – als Ausformung dieses Prinzips – in gleicher Weise sowohl bei privaten als auch bei öffentlichen Unternehmen durchzuführen.⁶²

So folgt schließlich „aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen, dass Mittel, die der Staat einem Unternehmen unter Umständen, die den normalen Marktbedingungen entsprechen, unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung stellt, nicht als staatliche Beihilfen anzusehen sind“⁶³

3.3 Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige

Von entscheidender Wichtigkeit für die Subsumtion einer begünstigenden, staatlichen Maßnahme unter den Beihilfenbegriff des Art 107 AEUV ist, dass sie sich ausschließlich nur an Unternehmen oder Produktionszweige richtet. Somit ist ein generelles, wirtschaftsförderndes oder politisches Verhalten des Staates zu Gunsten aller Unternehmen – unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einem Wirtschaftszweig, ihrer Niederlassung und ihrer Größenordnung – einer beihilfenrechtlichen Prüfung iS obiger Norm nicht zugänglich.⁶⁴

⁵⁹ Vgl von Bonin, EuZW 2013, 248.

⁶⁰ Vgl Lintschinger, Neues zu Privatisierungen, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 404.

⁶¹ Kleine/Sühnel in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Einleitung Rn 109.

⁶² Vgl Kleine/Sühnel in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Einleitung Rn 110.

⁶³ EuGH 16.5.2002, C-482/99, Stardust Marine Rn 69.

⁶⁴ Vgl Neumayr/Radl-Reber in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.4 (Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige), 1 (Stand Juni 2015).

Folglich will das Beihilfenrecht lediglich wettbewerbsschädliche Sonderunterstützungen vermeiden, die einen gewissen Wirtschaftsbezug aufweisen und bestimmt bzw selektiv sind. Wettbewerbsneutrale Handlungsfelder, wie zB Kultursubventionen ohne jeglichen wirtschaftlichen Aspekt, Sozialleistungen oder Verbraucherrförderungen, sind darunter nicht zu verstehen.⁶⁵

Im Folgenden erfährt nebst dem Unternehmensbegriff bzw dem Begriff des Produktionszweiges vor allem das Selektivitätskriterium (siehe 3.3.3) einer staatlichen Maßnahme nähere Beleuchtung. Dies, weil die diesbezügliche Beweispflicht der KOM obliegt, sich demgegenüber der mittelgewährende Staat in Bezug auf die Begünstigungswirkung seiner Maßnahme freibeweisen muss, jedoch jene beiden Tatbestandselemente aufgrund ihres kohärenten Charakters in der Praxis selten eine klare Differenzierung erfahren.⁶⁶

3.3.1 Unternehmen

Der Unternehmensbegriff des Beihilfenrechts (Art 107 Abs 1 AEUV) unterliegt genauso wie der des Kartellrechts (Art 101 AEUV) oder des Missbrauchsverbots (Art 102 AEUV) einer einheitlichen Auslegung iSd europäischen Wettbewerbsrechts.⁶⁷

„Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff des Unternehmens im Wettbewerbsrecht jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, wobei unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit jede Art von *„Tätigkeit [zu verstehen ist, dVerf], die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“*.⁶⁸ Diese wirtschaftliche Tätigkeit soll demnach einen gewissen dauerhaften Charakter aufweisen, vordergründig der Einnahmenerzielung dienen und *„sich nicht im Endverbrauch erschöpfen“*.⁶⁹ Eine damit verbundene Gewinnorientierung ist zwar nicht Voraussetzung für obige Qualifizierung, kann aber ein diesbezügliches Indiz sein. Vice versa verwehrt das Fehlen jeglicher Gewinnerzielungsabsicht nicht generell die Subsumtion unter den Unternehmensbegriff.⁷⁰

⁶⁵ Vgl Kliemann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 31 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

⁶⁶ Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 68 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

⁶⁷ Vgl Klieman in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 32 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

⁶⁸ EuGH 23.3.2006, C-237/04, *Enirisorse SpA/Sotacarbo SpA* Rz 28 f.

⁶⁹ *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013) Art 107 Abs 1 AEUV Rn 29.

⁷⁰ Vgl *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 30.

Folglich erscheint dieser wettbewerbliche Begriff sehr weit gefasst und funktional.⁷¹ Es kommt somit weder auf die Rechtsform an, noch unterscheidet er zwischen öffentlichen und privaten Entitäten (siehe 3.2.4).⁷² So sind auch nach stRsp „*rechtlich eigenständige natürliche oder juristische Personen, sofern sie eine wirtschaftliche Einheit bilden, im Hinblick auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln als ein einziges Unternehmen zu behandeln*“⁷³ Darunter fallen ua Konzernunternehmen, in anderer Weise verbundene Unternehmen und etwaige Beteiligungsgesellschaften, wenn ihr Wirken die bloße Kapitalanlage übersteigt.⁷⁴ Der KOM kommt im Hinblick auf die Frage, welche Rechtspersonen nun als „ein Unternehmen“ anzusehen sind, ein weites Ermessen zu. Schließlich hat dies in der Praxis entscheidende Relevanz in Bezug auf die Bestimmung des Beihilfenadressaten und letztlich auf die des Rückforderungsschuldners.⁷⁵

Darüber hinaus kann bei Privatisierung eines Unternehmens dessen Zugehörigkeit zu einem Konzern zu eventuellen Steuervorteilen führen, die wiederum Einfluss auf die Feststellung des Unternehmenswertes haben und in weiterer Folge die Höhe der gewährten Beihilfe beeinflussen. Dergestalt ergab sich im Zuge der Privatisierung der Bank Burgenland (kurz *BB*) für das Käuferunternehmen nach österreichischem Steuerrecht die Möglichkeit eines beihilfenrechtlichen Vorteils in Form eines steuerrechtlichen Verlustvortrages innerhalb des Konzerns. Diese konzernbezogene Auswirkung wäre nA der KOM in die Bewertung der *BB* miteinzubeziehen gewesen (Best-owner-Ansatz).⁷⁶

Überdies kommt der Unternehmensdefinition im Bereich der Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen besondere Bedeutung zu. Bestimmt sie ja die Reichweite solcher Maßnahmen, indem Unternehmen einer Unternehmensgruppe nur von jenen profitieren dürfen, sofern die Schwierigkeiten in ihrer Sphäre begründet liegen und nicht Ausfluss etwaiger Gruppeneffekte sind.⁷⁷

⁷¹ Vgl *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 28.

⁷² Vgl *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 31.

⁷³ EuG 14.10.2014, T-137/02, *Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG* Rz 50.

⁷⁴ Vgl *Koenig/Paul* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 70 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de); EuGH 10.1.2006, C 222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA* Rn 111 f.

⁷⁵ Vgl *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 34.

⁷⁶ Vgl *Koenig/Paul* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 70 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de); KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 174; Dagegen *Jaeger*, Neue Parameter für Privatisierungen? Die Entscheidung Bank Burgenland der Kommission, *EuZW* 2008, 687.

⁷⁷ Vgl *Koenig/Paul* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 71 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

3.3.2 Produktionszweig

Im Vergleich zum Begriff des Unternehmens ist der des Produktionszweiges noch extensiver auszulegen. Er beherbergt im Grunde genommen alle auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Tätigkeiten und sieht ganze Branchen als mögliche Beihilfenadressaten. So haben sich in der Praxis Wirtschaftszweige wie bspw die Landwirtschaft, der Schiffbau oder gar die Filmindustrie als Produktionszweige iSd Art 107 Abs 1 AEUV ausgezeichnet.⁷⁸

Sogar die Anfertigung eines einzelnen Produktes kann einen Produktionszweig im obigen Sinne darstellen, vorausgesetzt es weist einen ausreichenden Differenzierungsgrad gegenüber anderen Erzeugnissen auf.⁷⁹

3.3.3 Selektivität der Maßnahme

Eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV muss sich an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige richten, genauer gesagt bedarf es des Vorliegens einer hinreichenden Spezifität ihres Adressatenkreises.⁸⁰ Diese Differenzierung zwischen Unternehmen und Produktionszweigen geht mit jener zwischen an einzelne Unternehmen gerichtete Beihilfen und den Beihilferegelungen, die Begünstigungen für Unternehmen „nach sektoriellen, strukturellen, regionalen oder sonstigen Kriterien“ vorsehen, konform.⁸¹

Genau jenes Merkmal der Selektivität bzw der Bestimmtheit verhindert, dass unterschiedslos ausgestaltete Maßnahmen der generellen Wirtschaftspolitik der EU-Beihilfenkontrolle unterliegen.⁸² Dies sind Vorteile, die für alle in einem MS sich wirtschaftlich betätigenden Unternehmen gleichsam zugänglich sind, wie zB die Senkung der Steuersätze in einem MS, auch wenn daraus Standortvorteile gegenüber MS mit höherem Steuerniveau resultieren.⁸³

Dass jedoch eine Vielzahl von Unternehmen „die betreffende Maßnahme in Anspruch nehmen [...] [kann, dVerf] oder dass diese Unternehmen mehreren Wirtschaftszweigen angehören, genügt allein noch nicht, um die Selektivität der Maßnahme und damit ihre Eigenschaft als staatliche Beihilfe zu verneinen“⁸⁴ Vielmehr kann jene Maßnahme „als spezifisch angesehen werden, wenn sie faktisch nur auf bestimmte Unternehmen angewandt

⁷⁸ Vgl Kliemann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 38 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

⁷⁹ Vgl Bungenberg in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 46.

⁸⁰ Vgl Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 40 (Stand Januar 2014, rdb.at).

⁸¹ Götz/Martínez Soria in Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, H.III. Subventionsrecht Rn 65 (38. Ergänzungslieferung September 2015, beck-online.beck.de).

⁸² Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 74 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

⁸³ Vgl Kliemann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 44 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

⁸⁴ EuGH 13.2.2003, C-409/00, Spanien/Kommission Rn 48.

wird oder wenn ihre Anwendungsvoraussetzungen zu einer Zugangsverengung führen“ (De-facto-Selektivität).⁸⁵ Darüber hinaus kann man einer scheinbar neutral ausgestalteten Beihilfenregelung, von der prima facie alle Unternehmen profitieren, einen selektiven Charakter zusprechen, wenn der mit der Vergabe betrauten, staatlichen Stelle ein Ermessensspielraum zukommt und sie diesen zum Vorteil bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige einsetzt.⁸⁶ Dies trifft vor allem zu, wenn trotz Erfüllung aller Voraussetzungen zur Beihilfenbeziehung nicht sogleich ein Recht auf Inanspruchnahme einer diesbezüglichen Maßnahme entsteht.⁸⁷

Gemäß stRsp ist bei der Beurteilung der Spezialität zu eruieren, „*ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden*“⁸⁸

Dabei bedarf es keiner namentlichen Nennung, vielmehr reicht eine gattungsmäßige Charakterisierung der Begünstigungsadressaten aus. Dem Bestimmtheitskriterium ist folglich entsprochen, wenn die Maßnahme an Merkmale anknüpft, die eine Anzahl von Unternehmen gemein hat und sich durch diese von anderen abhebt. Beispiele dafür sind „*die Größe des Unternehmens, Eigenschaften des Betriebsinhabers, Sitz des Unternehmens in zu fördernden Gebieten*“ sowie Handlungsfelder des Unternehmens (De-jure-Selektivität).⁸⁹

Sucht die Maßnahme – unabhängig von etwaigen geographischen oder sektoralen Überlegungen – aber anhand eines objektiven Kriteriums ihren Adressaten, so kann diese gerechtfertigt sein, wenn sie dem Zweck sowie der inneren Logik ihres zugrunde liegenden Systems entspricht.⁹⁰

Durch das Heranziehen von Rechtfertigungsgründen, wie die Natur oder der innere Aufbau eines Steuer- und Lastensystems, oder wie bereits erwähnt, die Logik eines Rechtssystems, kann eine selektive Maßnahme gleichwohl als beihilfenrechtlich neutral gelten.⁹¹

Richtet sich somit eine Maßnahme an Unternehmen, die am meisten Schadstoffe emittieren (= objektives Merkmal), so würde ihr Zweck mit dem Regelungssystem des Umweltschutzes

⁸⁵ Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 77 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

⁸⁶ Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 77 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

⁸⁷ Vgl Mitteilung der Kommission, Entwurf-Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV, Rn 124.

⁸⁸ EuGH 6.11.2006, C-88/03, Portugal/Kommission (Azoren Urteil) Rn 54.

⁸⁹ Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 40 (Stand Januar 2014, rdb.at).

⁹⁰ Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 75 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de)

⁹¹ Vgl Pache/Pieper in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 220.

korrespondieren und das Selektivitätskriterium nicht erfüllt sein.⁹² Übersteigt jedoch die Intensität der Maßnahme unverhältnismäßig jenen Grad, der für die Erreichung des mit dem Rechtfertigungsgrund verfolgten Zieles notwendig ist, so ist diese einer Rechtfertigung unzugänglich.⁹³

Über das Vorliegen von Selektivität ist aus einer ex ante-Betrachtung zu befinden, dh im Falle eines Beihilfenprogramms ist nicht der Beurteilungshorizont im Zeitpunkt der tatsächlichen Inanspruchnahme des staatlichen Vorteils von Bedeutung, sondern ausschlaggebend ist jener, der bei Einführung obiger Regelung vorherrschte.⁹⁴

3.4 Verfälschung des Wettbewerbs

Um nun in einer aus staatlichen Mitteln bestehenden selektiven Zuwendung die Anwendbarkeit des Beihilfenverbots begründet zu sehen, muss diese als weitere Voraussetzung den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Staat durch seine Maßnahme derart in bestehende oder potentiell entstehende Wettbewerbsverhältnisse einmischt, dass sich folglich die Wettbewerbsbedingungen am sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt ändern bzw mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zukunftsnahe ändern werden.⁹⁵ Demzufolge genügt schon die Bedrohung bspw in Form einer potentiellen Erschwerung von Marktzutrittschancen, wobei diese von ernsthafter Natur – bestärkt durch einen Kausalzusammenhang zwischen Maßnahme und möglicher Wettbewerbsverfälschung – sein soll.⁹⁶ Oder es wird tatsächlich maßnahmenbedingt die Marktposition eines Wettbewerbers im Verhältnis zu seinen (potentiellen) Konkurrenten derart gestärkt, dass eine zuvor bestehende Chancengleichheit zwischen den Wettbewerbern verdreht wird.⁹⁷ Um dies nun feststellen zu können, ist ein Vergleich der Konkurrenzlage vor und nach der (geplanten) Vorteilsgewährung durchzuführen.⁹⁸

Entscheidend ist bei dieser ex ante/ex post Gegenüberstellung „*der Vergleich zu den Nichtbegünstigten und weniger die isolierte Veränderung der Lage der Begünstigten*“.⁹⁹

⁹² Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 75 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de); EuGH 3.3.2005, C-172/03, Heiser Rn 43; EuG 10.4.2008, T-233/04, Niederlande/Kommission Rn 88; EuGH 8.11.2001, C-143/99, Adria-Wien Pipeline Rn 42.

⁹³ Vgl Pache/Pieper in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 220.

⁹⁴ Vgl Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 40 (Stand Januar 2014, rdb.at).

⁹⁵ Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 87 f (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

⁹⁶ Vgl Kliemann/Mederer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 58 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de); EuGH 13.7.1988, 102/87, Frankreich/Kommission Rn 19.

⁹⁷ Vgl Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 87 f (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

⁹⁸ Vgl Cremer in Callies/Ruffert, AEUV Art 107 Rn 30 (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

⁹⁹ Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 49 (Stand Januar 2014, rdb.at).

Betriebsbeihilfen hingegen, „*die [...] ein Unternehmen von den Kosten befreien sollen, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeiten zu tragen gehabt hätte, verfälschen grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen*“.¹⁰⁰

Betreffend des Ausmaßes der Wettbewerbsverfälschung stellt sich nun die Frage, ob staatliche Maßnahmen eine tatsächliche oder mögliche, spürbare, wettbewerbsverzerrende Wirkung entfalten, vergleichbar mit jener im europäischen Kartellrecht (Art 101 AEUV) Geforderten. Jedoch erübrigt sich eine diesbezügliche Feststellung, da die VO für De-minimis-Beihilfen¹⁰¹ Schwellenwerte determiniert, unter denen Art 107 Abs 1 AEUV nicht zur Anwendung gelangt. Alle oberhalb dieser formalisierten De-minimis-Schwelle liegenden Marktbeeinflussungen werden im nächsten Schritt darauf untersucht, ob sie in der Lage sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.¹⁰²

3.5 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Um schlussendlich in einer staatlichen Vorteilsgewährung eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe zu erblicken, muss die zuvor festgestellte Wettbewerbsverfälschung über die Binnengrenzen hinausreichen und zumindest geeignet sein, den Wirtschaftsverkehr zu beeinflussen.¹⁰³ Dabei kommt es weniger auf das Ausmaß dieser Beeinträchtigung an, vielmehr ist entscheidend, „*ob sich unter dem Einfluss der Beihilfe der innergemeinschaftliche Waren- oder Dienstleistungsverkehr anders entwickelt oder entwickeln könnte als er dies ohne die Beihilfe täte.*“¹⁰⁴

Die Rsp vertritt bereits dann die (widerlegbare) Vermutung eines Effekts auf den Binnenmarkt und sieht das grenzüberschreitende Element (Zwischenstaatlichkeitsklausel) als erfüllt an, wenn der Beihilfenempfänger ein Unternehmen ist, welches wiederkehrend Exporte in andere MS tätigt.¹⁰⁵ Nicht davon erfasst ist die Beeinträchtigung von Handelsbeziehungen mit Drittstaaten, jedoch kann diese einen mittelbaren Einfluss auf den

¹⁰⁰ EuGH 19.9.2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission* Rn 30.

¹⁰¹ Vgl VO (EU) 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl 2013 L 352/1.

¹⁰² Vgl *Kliemann/Mederer* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 62 f (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de); *Koenig/Paul* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 95 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

¹⁰³ Vgl *Catalán* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 64 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹⁰⁴ *Catalán* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 68 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de); *Heinrich* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 248.

¹⁰⁵ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernig* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.2.5 (Wettbewerbsverfälschung, Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels), 2 (Stand Juni 2015); EuGH 21.7.2005, C-71/04, *Xunta de Galicia* Rn 44.

innergemeinschaftlichen Handel zeitigen, indem zB zuvor begünstigte Waren in die Union re-exportiert und anschließend in andere MS weiterverkauft werden. Handelskontakte bzw ein Markt für die begünstigten Güter oder Dienstleistungen müssen schon zum Zeitpunkt der Vorteilsgewährung existieren.¹⁰⁶

Die Beeinträchtigung des innerstaatlichen Handels ist im obigen Kontext beihilfenrechtlich grundsätzlich unbeachtlich, jedoch kann diese die innerstaatliche Sphäre übersteigen.¹⁰⁷ Partizipiert bspw das begünstigte Unternehmen zwar nicht selbst am innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr, kann es aber durch die beihilfenbedingte Stärkung seiner Wirtschaftskraft seine Möglichkeit den Markt eines anderen MS für sich zu erschließen, erhöhen (Ausfuhr erleichtern) oder werden dadurch Marktzutrittschancen für die in anderen MS ansässigen Unternehmen verringert (Einfuhrerschwernisse), so ist darin auch eine zwischenstaatliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu erblicken.¹⁰⁸

3.6 Ausnahmebestimmungen

In Art 107 Abs 2 AEUV sind Ausnahmen vom Beihilfenverbot legal definiert, welche aber als Rechtfertigungsgründe wenig Praxisrelevanz haben. Zusammenfassend handelt es sich hierbei um Verbraucherbeihilfen sozialer Art (lit a leg cit), Katastrophenbeihilfen (lit b leg cit) und schließlich um Beihilfen aus Anlass der Teilung Deutschlands (lit c leg cit). Das Vorliegen eines dieser Ausnahmetatbestände rechtfertigt, wie gesagt, die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Jedoch heißt das nicht, dass dabei die diesbezügliche Notifizierungspflicht bei der KOM bzw das bis zur Genehmigung bestehende Durchführungsverbot entfällt. Sondern die KOM verfügt in Bezug auf die Beurteilung, ob obige Ausnahmetatbestände vorliegen, über keinerlei Ermessensspielraum, das heißt, sie prüft lediglich die Tatbestandsmäßigkeit.¹⁰⁹

Im Gegensatz dazu existieren sogenannte Ermessensausnahmen nach Art 107 Abs 3 AEUV, bei denen die KOM weites Ermessen ausüben kann, allerdings „nach stRsp alle Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz der Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt eng auszulegen“ hat.¹¹⁰ Sie wendet ihr Ermessen auf die in Frage kommende Maßnahme auf Basis wirtschaftlicher und sozialer Wertungen in einer holistischen Sichtweise auf die Gemeinschaft an. Dies bedeutet dann im Einzelfall, dass jene Beihilfe erforderlich sein muss,

¹⁰⁶ Vgl Catalán in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 66 f (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹⁰⁷ Vgl Cremer in Callies/Ruffert, AEUV Art 107 Rn 37 (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

¹⁰⁸ Vgl Catalán in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 70 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹⁰⁹ Vgl Neumayr/Radl-Rebernik in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.3.1 (Legalausnahmen des Art 107 Abs 2 AEUV), 1 f (Stand Juni 2015).

¹¹⁰ Neumayr/Radl-Rebernik in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.3.2 (Ermessensausnahmen gem Art 107 Abs 3 AEUV), 1 ff (Stand Juni 2015); EuGH 19.9.2000, C.156/98, Deutschland/Kommission Rn 49.

um die in Art 107 Abs 3 lit a bis e leg cit festgelegten Ziele zu erreichen, ohne dabei anderen gewichtigen Gemeinschaftsinteressen entgegenzulaufen, wobei ein angemessenes Verhältnis zwischen Intensität der Maßnahme und dem damit intendierten Zweck zu wahren ist.¹¹¹ „Dies gilt insbesondere, wenn die Kommission das Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt mit anderen gemeinschaftlichen Zielen, wie etwa der Beschäftigungsförderung, in Einklang bringen möchte.“¹¹² Eine wesentliche Ermessensausnahme ist in Art 107 Abs 3 lit c AEUV zu erblicken, welche nicht nur für sektorale (gewisse Wirtschaftszweige) und regionale Beihilfen anwendbar ist, sondern auch manch horizontale Beihilfe umfasst, die alle Branchen und Regionen betreffen. So können bspw Umweltschutzbeihilfen oder Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen auf Grundlage obiger Bestimmung ergehen (siehe 5.2).¹¹³

Um dieses weite Ermessen vorhersehbarer zu machen und ein gewisses Maß an Rechtssicherheit zu schaffen, hat die KOM in Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen – als eine Art Selbstbindungsmaßnahme – ihre Beurteilungspraxis dargelegt.¹¹⁴

Weitere Ausnahmetatbestände definieren die sogenannten Gruppenfreistellungsverordnungen, welche die KOM auf Grundlage des Art 108 Abs 4 AEUV iVm mit der modernisierten VO (EU) Nr 733/2013 des Rates¹¹⁵, die bestimmte Gruppen von horizontalen Beihilfen für Ausnahmeregelungen freigibt, erlassen hat. In concreto handelt es sich um die bereits oben erwähnte VO über De-minimis-Beihilfen (siehe 3.4) sowie die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (kurz AGVO)¹¹⁶, die bspw Freistellungen für Breitbandinfrastruktursubventionen oder Umweltschutzbeihilfen vorsieht. Entspricht eine Beihilfe den Anforderungen der AGVO, bedarf es keiner Anmeldung iSv Art 108 Abs 3 AEUV, was aber die diesbezügliche Fähigkeit der KOM zur Überwachung und Kontrolle nicht schmälert.¹¹⁷

¹¹¹ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernig* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.3.2 (Ermessensausnahmen gem Art 107 Abs 3 AEUV), 2 f (Stand Juni 2015); EuG 12.2.2008, T-289/03, *BUPA/Kommission* Rn 130 ff.

¹¹² EuGH 14.4.2005, C-110/03, *Belgien/Kommission* Rn 67.

¹¹³ Vgl *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, Rn 71 (4.Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹¹⁴ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernig* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.3.2 (Ermessensausnahmen gem Art 107 Abs 3 AEUV), 3 (Stand Juni 2015).

¹¹⁵ Vgl VO (EU) 733/2013 des Rates vom 22.7.2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 994/98 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl 2013 L 204/11.

¹¹⁶ Vgl VO (EU) 651/2014 der Kommission vom 17.6.2014 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 2014 L 187/1.

¹¹⁷ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernig* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.3.3 (Gruppenfreistellungen), 1 ff (Stand Juni 2015).

Abschließend sind noch der Vollständigkeit halber mögliche Ausnahmebeschlüsse des Rates nach Art 108 Abs 2 UAbs 3 und 4 AEUV sowie Ausnahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (kurz DAWI) zu erwähnen.¹¹⁸

3.7 Verhältnis zum europäischen Vergaberecht

Das Beihilfenverbot des Art 107 AEUV weist aufgrund seiner Wichtigkeit im Bereich des europäischen Wirtschaftsrechts einige Schnittstellen mit anderen Unionsvorschriften auf. Speziell sind hier jene Berührungspunkte zu erwähnen, die sich aus dem Tatbestandselement der Staatlichkeit ergeben. Sowohl das europäische Vergaberecht als auch das Beihilfenrecht bedürfen jeweils einer staatlichen Investitionstätigkeit – als eine Art Anknüpfungspunkt – zur Öffnung ihrer Anwendungsbereiche. Tangiert somit ein Sachverhalt beide Regelungskonstrukte, schließen sie sich gegenseitig nicht aus, sondern sind in kohärenter Weise als Maßstab anzulegen. So ist ein im Rahmen einer Unternehmensprivatisierung durchgeführtes öffentliches Ausschreibungsverfahren (siehe 7.2) in diesem Kontext ein gewichtiges Beispiel dafür.¹¹⁹

3.8 Wechselwirkungen mit anderen Unionsvorschriften

Auf beihilfenrechtlich relevante Sachverhalte finden auch andere Vertragsvorschriften Anwendung, wobei hier vor allem auf das Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV), das Verbot diskriminierender Steuern (Art 110 AEUV) sowie auf die Grundfreiheiten hinzuweisen ist.¹²⁰

Denn nach stRsp des Gerichtshofs „*verfolgen nämlich die Bestimmungen über den freien Warenverkehr, über die Beseitigung der Steuerdiskriminierungen und über die Beihilfen ein gemeinsames Ziel, das darin besteht, den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter normalen Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen*“.¹²¹ Die Qualifizierung einer staatlichen Maßnahme als Beihilfe schließt somit jene nicht vom Anwendungsbereich obiger Normen – vor allem der Grundfreiheiten – aus.¹²² Vielmehr sind diese Vorschriften neben dem Beihilfenregime zu beachten.¹²³

In diesem Zusammenhang sind auch staatliche Maßnahmen im Zuge von Privatisierungen nicht nur anhand wettbewerbsrechtlicher – in casu beihilfenrechtlicher – Gesichtspunkte zu

¹¹⁸ Vgl Schröder in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 108 Abs 2 UAbs 3 und 4 AEUV) Rn 2492; Schröder in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 108 Abs 2 UAbs 3 und 4 AEUV) Rn 2393.

¹¹⁹ Vgl *Pache/Pieper* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 81 ff.

¹²⁰ Vgl *Sutter* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 8 (Stand Januar 2014, rdb.at).

¹²¹ EuGH 7.5.1985, C-18/84, *Kommission/Frankreich* Rz 13.

¹²² Vgl EuGH 7.5.1985, C-18/84, *Kommission/Frankreich* Rz 13.

¹²³ Vgl *Sutter* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rz 8 (Stand Januar 2014, rdb.at).

beurteilen, sondern unterliegen auch oben angeführten Unionsvorschriften, im Speziellen dem Diskriminierungsverbot, der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit. Zwar sieht die KOM in Art 345 AEUV (siehe 3.2.4) eine gewisse neutrale Stellung der Unionsverträge gegenüber (Teil-)Privatisierungen, jedoch erfahren Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit sowie etwaige Verletzungen der Grundrechte dadurch keine Rechtfertigung.¹²⁴ Vom Schutzbereich des Art 345 AEUV umfasst ist lediglich der Entschluss eines MS ein im Staatsbesitz befindliches Unternehmen zu privatisieren, nicht jedoch die im Privatisierungsprozess zu treffenden Maßnahmen selbst. Nach *Bär-Bouyssière* erstreckt sich dieser auch auf nationale Vorschriften, welche ein Privatisierungsverbot für gewisse Staatsbetriebe zum Inhalt haben.¹²⁵ Dem entgegnet *Lintschinger*, dass nach jüngerer Rsp des EuGH¹²⁶ ein Privatisierungsverbot zwar unter die jeweilige Eigentumsordnung der MS fällt, hierbei aber auf die damit meist verbundenen zusätzlichen und ihr nicht dienlichen Beschränkungen, wie bspw einem Konzernverbot, nicht näher eingegangen wurde. Diese würden grundsätzlich ua der Kapitalverkehrsfreiheit iSd Art 63 AEUV zuwiderlaufen. So sollte auf frühere Rsp¹²⁷ zurückgegriffen werden, aus welchen *Lintschinger* den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auch auf die Eigentumsordnungen der MS ausgedehnt sieht.¹²⁸

Behält sich der Staat in Bezug auf das privatisierte Unternehmen Privilegien in Form von „Goldenen Aktien“ vor, indem er zB die Weiterveräußerung an eine Genehmigungspflicht knüpft, so kann dies eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit bedeuten. Sind somit Anteile bereits privatisierter Unternehmen frei am Markt erhältlich, darf der Staat den Geltungsbereich der Grundfreiheiten nicht dadurch unterminieren, indem er nichtstaatliche Anteilsbewegungen reguliert.¹²⁹

4 Grundzüge des Beihilfenverfahrens vor der Kommission

Das Grundgerüst für das EU-beihilfenrechtliche Verfahren findet sich in Art 108 AEUV und erfährt seine Erweiterung in der Verfahrensverordnung¹³⁰ (kurz VVO) und der darauf

¹²⁴ Vgl *Bär-Bouyssière* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 345 AEUV Rn 12 ff (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹²⁵ Vgl *Bär-Bouyssière* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Unionsrecht Art 345 AEUV Rn 19 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹²⁶ Vgl EuGH 22.10.2013, C-105/12 u C-107/12, *Essent u andere* Rn 34.

¹²⁷ Näheres in EuGH 8.7.2010, C-171/08, *Kommission/Portugal* Rn 64.

¹²⁸ Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 414.

¹²⁹ Vgl *Bär-Bouyssière* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Unionsrecht Art 345 AEUV Rn 16 ff (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de); EuGH 8.11.2012, C 244/11, *Kommission/Hellenische Republik* Rn 17 f.

¹³⁰ Vgl VO (EG) 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl 1999 L 81/1.

fußenden Durchführungsverordnung¹³¹ (kurz DVO).¹³² Jene VVO ist im Jahr 2015 durch die VO (EU) 2015/1589¹³³ des Rates vom 13. Juli 2015 (nachfolgend VVO-neu) kodifiziert und somit abgelöst worden. Die VVO-neu unternimmt wie schon zuvor die VVO eine Unterscheidung zwischen Beihilfenregelungen – auch Beihilfenprogramme genannt – und Einzelbeihilfen. Eine Beihilfenregelung ist demnach gemäß Art 1 lit d VVO-neu *„eine Regelung, wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können, beziehungsweise eine Regelung, wonach einem oder mehreren Unternehmen nicht an ein bestimmtes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können“*.¹³⁴

Dagegen versteht man unter Einzelbeihilfen nach Art 1 lit e VVO-neu jene Beihilfen, *„die nicht aufgrund einer Beihilferegelung gewährt werden [, sogenannte Ad-hoc-Beihilfen, dVerf] und einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegelung“*.¹³⁵

Unter dem Verfahren nach Art 108 AEUV ist somit die Prüfung bestehender Beihilfen (siehe 4.2) sowie die Untersuchung neu eingeführter oder umgestalteter Beihilfen (siehe 4.1) zu verstehen. Zudem stellt die VVO-neu Verfahren für rechtswidrig gewährte Beihilfen einerseits (siehe 4.3) und Verfahren für zwar genehmigte, aber missbräuchlich verwendete Beihilfen andererseits (siehe 4.4) zur Verfügung.¹³⁶

4.1 Angemeldete Beihilfen

Neubeihilfen werden in Art 1 lit c VVO-neu per Negativabgrenzung legal definiert, indem darunter sämtliche Beihilfen mit Ausnahme der Bestehenden zu verstehen sind. Gemäß Art 2 VVO-neu und Art 108 Abs 3 1. Satz AEUV bedürfen alle geplanten Vorhaben zur Gewährung neuer oder der Änderung bestehender Beihilfen einer Notifizierung zur Genehmigung bei der KOM, die in weiterer Folge – vorausgesetzt jene Anmeldung ist möglichst vollständig und ausführlich – ein vorläufiges Prüfungsverfahren (2. Satz leg cit) einleitet.¹³⁷

¹³¹ Vgl VO (EG) 794/2004 der Kommission vom 21.4.2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl 2004 L 140/1.

¹³² Vgl *Neumayr/Radl-Rebernig* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.1 (Rechtsgrundlagen), 1 (Stand Juni 2015).

¹³³ Vgl VO (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (kodifizierter Text), ABl 2015 L 248/9.

¹³⁴ VO (EU) 2015/1589 ABl L 248/9, 6.

¹³⁵ VO (EU) 2015/1589 ABl L 248/9, 6.

¹³⁶ Vgl *Kühling* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rn 4 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

¹³⁷ Vgl *Kühling* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rn 7 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de); Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen vom

4.1.1 Vorprüfverfahren

Staatliche Einzelmaßnahmen sowie Beihilfenregelungen unterliegen somit – unter Ausnahmen (siehe 3.6) – einem Genehmigungsvorbehalt und dürfen erst nach Inkrafttreten der Genehmigung eingeführt werden (Art 108 Abs 3 3. Satz AEUV und Art 3 VVO-neu). Dabei spricht man auch vom Durchführungsverbot bzw dem Stand-Still-Gebot.¹³⁸ Nach erfolgter Anmeldung beginnt eine Zweimonatsfrist zu laufen, binnen derer die KOM einen diesbezüglichen Beschluss zu erlassen hat, wobei folgende Konstellationen möglich sind:

- Die KOM beendet das Prüfverfahren mit dem Ergebnis, dass die staatliche Maßnahme keine Beihilfe darstellt (Art 4 Abs 2 VVO-neu).¹³⁹
- Sie beanstandet die staatliche Maßnahme trotz ihres Beihilfencharakters iSd Art 107 Abs 1 AEUV nicht, indem sie die Beihilfe, unter Anführung einer entsprechenden Ausnahmenorm, mit dem Binnenmarkt als vereinbar ansieht (Art 4 Abs 3 VVO-neu).
- Aufgrund wettbewerbsrechtlicher Bedenken betreffend der Vereinbarkeit jener mit dem Gemeinsamen Markt leitet die KOM ein förmliches Prüfverfahren (siehe 4.1.2) nach Art 108 Abs 2 AEUV ein (Art 4 Abs 4 VVO-neu).
- Fasst die KOM hingegen nicht innerhalb dieser zwei Monate einen Beschluss, so ist die gegenständliche Beihilfe als von der KOM genehmigt zu erachten. Vor Gewährung des Vorteils muss der betreffende MS die KOM nochmal davon unterrichten, wobei es dieser innerhalb von 15 Arbeitstagen wiederum offen steht, nach den vorhergehenden drei Alternativen zu entscheiden. Erst dann ist es dem MS erlaubt, die Maßnahme zu setzen (Art 4 Abs 6 VVO-neu).¹⁴⁰

4.1.2 Förmliches Prüfverfahren

Handelt es sich um diffizile beihilfenrechtliche Fälle, so eröffnet die KOM regelmäßig das Hauptprüfungsverfahren, um diese einer inhaltlichen Würdigung zu unterziehen. Im Gegensatz zur Vorprüfungsphase (siehe 4.1.1), die *„nur dazu dient, der Kommission eine erste Meinungsbildung über die teilweise oder völlige Vereinbarkeit der fraglichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt zu ermöglichen“*, soll die in Art 6 f VVO-neu vorgesehene Prüfungsphase *„es der Kommission ermöglichen [...], umfassend Kenntnis von allen Gesichtspunkten eines Falles zu erhalten“*.¹⁴¹ Treten folglich im Prüfungsprozess etwaige

10.2.2012, swd (2012) 14, 16 Abs 5 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_de.pdf) (nachfolgend Leitfaden).

¹³⁸ Vgl Leitfaden, 5 Abs 4; Kühling in Streinz, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rn 4 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

¹³⁹ Vgl Neumayr/Radl-Rebernic in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.2 (Angemeldete Beihilfen), 1 (Stand Juni 2015).

¹⁴⁰ Vgl Neumayr/Radl-Rebernic in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.2 (Angemeldete Beihilfen), 2 (Stand Juni 2015).

¹⁴¹ EuGH 15.4.2008, C-390/06, Nuova Agricast Srl/Ministerio delle Attività Produttive Rn 57.

Sachverhaltsdefizite ans Tageslicht, so kann die KOM „*einen anderen Mitgliedstaat, ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung auffordern, ihr alle für die vollumfängliche Würdigung der in Rede stehenden Maßnahme erforderlichen Marktauskünfte zu übermitteln*“ (Art 7 VVO-neu).¹⁴²

Auf Grundlage des somit ermittelten Sachverhaltes erlässt die KOM schließlich ihren Beschluss und beendet das betreffende Verfahren binnen 18 Monaten auf eine von vier möglichen Arten:

- Sie stellt fest, dass die staatliche Maßnahme beihilfenfrei ist (Art 9 Abs 2 VVO-neu).
- Lässt sich die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbaren, kommt es zum Erlass eines Positivbeschlusses und die Beihilfe gilt als genehmigt (Art 9 Abs 3 VVO-neu).
- Sie beschließt die Genehmigung der Beihilfe an Auflagen und/oder Bedingungen zu knüpfen (Art 9 Abs 4 VVO-neu).¹⁴³
- Schließlich ist auch die Fällung einer Negativentscheidung möglich, wobei die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festgestellt und die Durchführung dieser untersagt wird. Hierbei kann es auch zu einer Rückforderung bereits rechtswidrig gewährter Beihilfen kommen (Art 9 Abs 5 VVO-neu).¹⁴⁴

Lässt die KOM obige Frist von 18 Monaten verstreichen ohne eine Entscheidung zu treffen, so muss sie gemäß Art 9 Abs 7 VVO-neu auf Ansuchen des anmeldenden MS innerhalb zweier Monate einen Beschluss fassen. Hegt zu diesem Zeitpunkt die KOM noch Zweifel an der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt mangels ausreichender Informationen, hat der MS höchstwahrscheinlich mit einem Negativbeschluss zu rechnen. Des Weiteren ist die KOM in der Lage, nach Art 11 VVO-neu einen bereits erlassenen Beschluss zu revidieren, falls dieser auf vom MS bereitgestellten, falschen Informationen beruht.

Die KOM verpflichtet sich schließlich in Art 9 Abs 10 VVO-neu die berechtigten Interessen und eventuelle Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen zu wahren. Auch den Informanten steht das Recht zu, aufgrund eines bei Bekanntwerden drohenden Schadens gegenüber dem betreffenden MS anonym zu bleiben.¹⁴⁵

4.2 Bestehende Beihilfen

Unter bestehenden Beihilfen versteht man einerseits jene, die bereits vor Inkrafttreten des AEUV durchgeführt wurden und auch nach diesem Zeitpunkt noch Anwendung finden,

¹⁴² VO (EU) 2015/1589 ABI L 248/9, 7.

¹⁴³ Vgl. Neumayr/Radl-Rebernik in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.2 (Angemeldete Beihilfen), 3 f (Stand Juni 2015).

¹⁴⁴ Vgl. Schroeder, Grundkurs Europarecht, Rn 77 (4. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

¹⁴⁵ Vgl. Neumayr/Radl-Rebernik in Straberger, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.2 (Angemeldete Beihilfen), 4 f (Stand Juni 2015).

andererseits auch die vom Rat oder der KOM genehmigten Beihilfen. Davon umfasst sind auch jene mangels rechtzeitiger Beschlussfassung der KOM in Geltung gesetzte Beihilfen nach Art 4 Abs 6 der VVO bzw der kodifizierten VVO-neu (Art 1 lit b VVO-neu).¹⁴⁶

In Zusammenwirken mit dem betreffenden MS kontrolliert die KOM bestehende Beihilfenregelungen und unterbreitet diesem – nachdem sie die Bedenken hinsichtlich der Unvereinbarkeit der Regelung mit dem Binnenmarkt nicht ausräumen konnte – sachdienliche Vorschläge, welche von der Änderung bis zur Abschaffung der Beihilfenregelung reichen können (Art 108 Abs 1 AEUV). Befolgt der MS diese nicht, so wird wiederum in einem förmlichen Prüfverfahren (siehe 4.1.2) über jene entschieden.¹⁴⁷ Da für eine bestehende Beihilfenregelung das Stand-Still-Gebot nicht gilt, ist es möglich, dass jene bis zur endgültigen Beschlussfassung der KOM in Kraft bleibt. Im Falle einer Negativentscheidung ergeben sich dann im Zuge ihrer angeordneten Aufhebung oder Umgestaltung lediglich Rechtswirkungen pro futuro.¹⁴⁸

4.3 Rechtswidrige Beihilfen

Staatliche Maßnahmen, die entgegen der vorgesehenen Vorgangsweise in Art 108 Abs 3 AEUV – also vor Anmeldung bzw vor Genehmigung – durchgeführt werden, sind als rechtswidrige Beihilfen zu qualifizieren (Art 1 lit f VVO-neu). Bei Vorliegen solcher unstatthaften Neubehilfen kann die KOM nach eventueller Einholung von Auskünften im Zuge eines eingeleiteten Prüfverfahrens eine Aussetzungsanordnung aussprechen, welche dem MS die Beihilfengewährung bis zur diesbezüglichen Entscheidungsfällung verwehrt (Art 13 Abs 1 VVO-neu).¹⁴⁹

Hat hingegen der betreffende MS bereits unrechtmäßig Beihilfen gewährt, so kann die KOM während des Prüfungsverfahrens dem MS deren einstweilige Rückforderung unter den in Art 13 Abs 2 lit a bis c leg cit festgelegten Voraussetzungen auftragen. Resultiert aus dem Verfahren schließlich ein Negativbeschluss, dann bleibt es bei der Verpflichtung des Staates die ausgegebene Beihilfe zurückzufordern (Art 16 leg cit).¹⁵⁰ Geschieht dies aus Anlass einer beihilfenrechtswidrigen Privatisierung, so „besteht die Rückabwicklung [grundsätzlich, dVerf]

¹⁴⁶ Vgl VO (EU) 2015/1589 ABI L 248/9, 5.

¹⁴⁷ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernic* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.5 (Bestehende Beihilfen), 1 (Stand Juni 2015).

¹⁴⁸ Vgl *Kühling* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rn 11 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

¹⁴⁹ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernic* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.3 (Rechtswidrige Beihilfen), 1 f (Stand Juni 2015).

¹⁵⁰ Vgl *Neumayr/Radl-Rebernic* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.3 (Rechtswidrige Beihilfen), 2 (Stand Juni 2015); VO (EU) 2015/1589 ABI L 248/9, 11.

*in der nachträglichen Zahlung der Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis durch den Erwerber.*¹⁵¹

4.4 Missbräuchliche Anwendung von Beihilfen

Kommt es im Falle einer Genehmigungsentscheidung (Art 4 Abs 3 oder Art 7 Abs 3 oder 4 VVO bzw Art 4 Abs 3 oder Art 9 Abs 3 oder 4 VVO-neu) zu einer Zweckentfremdung der Beihilfe, indem der Empfänger sie in einer der Entscheidung widersprechenden Weise verwendet, so kann die KOM einerseits wie unter 4.3 verfahren oder sich direkt an den EuGH wenden (Art 23 VVO-neu iVm Art 108 Abs 2 AEUV).¹⁵² Dies betrifft vor allem jene Fälle, in denen ein MS eine Beihilfe entgegen dem Vereinbarkeitsbeschluss abändert oder etwaige nach diesem einzuhaltende Bedingungen bzw Auflagen missachtet.¹⁵³

4.5 Informelles Voranmeldeverfahren

Dieses eigens von der KOM zur Verfügung gestellte Verfahren soll grundsätzlich eine beratende Funktion erfüllen, indem es den jeweiligen MS über die Beihilfenkonformität seiner geplanten Maßnahme beratschlagt und ihm – wenn nötig – in weiterer Folge bei der Gestaltung seiner Anmeldung unterstützt. Dieses Voranmeldeverfahren wird formlos durchgeführt und jegliche der KOM dadurch zugängliche Informationen werden vertraulich behandelt.¹⁵⁴

Um betreffend einem Privatisierungsvorhaben Rechtssicherheit zu schaffen und somit etwaigen Rechtsstreitigkeiten aus dem Weg zu gehen, empfiehlt sich eine enge Zusammenarbeit mit der KOM, wie sie durch eine Voranmeldung erreicht werden kann.¹⁵⁵ Diese Absprache mit der KOM beugt auch eventuellen Verzögerungen bei der Durchführung des Privatisierungsprojekts vor, was natürlich auch im Interesse der Kaufinteressenten liegt, die hinsichtlich beihilfenrechtlicher Rückforderungsrisiken Gewissheit haben möchten.¹⁵⁶ Vor allem für Unklarheiten im Zusammenhang mit vor einer Privatisierung geplanten Maßnahmen bietet sich dieses Verfahren an.

¹⁵¹ *Kristoferitsch*, Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bietverfahrens bei Privatisierungen? Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 429.

¹⁵² Vgl *Neumayr/Radl-Rebernig* in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B 1.4.4 (Missbräuchliche Anwendung von Beihilfen), 1 (Stand Juni 2015); VO (EU) 2015/1589 ABl L 248/9, 13.

¹⁵³ Vgl *Kühling* in *Streinz*, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rn 9 (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

¹⁵⁴ Vgl Leitfaden, 6 Abs 4.

¹⁵⁵ Vgl Leitfaden, 3 Abs 3.

¹⁵⁶ Vgl *von Bonin*, EuZW 2013, 248.

5 Vorbereitungsmaßnahmen einer Privatisierung

Schon im Vorfeld etwaiger Privatisierungsvorhaben ist eine Vielzahl von vorbereitenden Maßnahmen möglich, die auf ihre beihilfenrechtliche Relevanz hin zu überprüfen ist. So kommt es nicht selten vor, dass der Staat noch vor Verkauf in das zu privatisierende Unternehmen investiert, um dieses einerseits attraktiver für mögliche Interessenten zu machen und um andererseits den dafür erzielbaren Erlös zu maximieren.¹⁵⁷

Handelt es sich dabei um ein Unternehmen in Schwierigkeiten, so sind zur Beurteilung der beihilfenrechtlichen Konformität etwaiger Investitionsmaßnahmen die Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien¹⁵⁸ der KOM maßgeblich (siehe 5.2). Vom Bestreben des Staates, das zu privatisierende Unternehmen verkaufsfähig zu machen, auch umfasst ist die beihilfenrechtlich problematische Befreiung jenes von sogenannten Altlasten und deren „Strandung“ bei der öffentlichen Hand (siehe 5.3). Unter Altlasten zu verstehen sind ua Verpflichtungen, die bereits lange Zeit vor dem geplanten Verkauf für das Unternehmen bestanden haben, oder aus sozialen oder staatspolitischen Motiven getätigte Investitionen, die allesamt dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers widersprechen, resultieren.¹⁵⁹

Staatsbürgschaften, die es einem Unternehmen erst ermöglichen sich Fremdkapital zu beschaffen, sollen hier der Vollständigkeit halber erwähnt, aber im Folgenden nicht näher behandelt werden.¹⁶⁰

5.1 Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen

Dieser Leitfaden wurde am 10.2.2012 von der KOM herausgegeben, soll aber bloßen Informationscharakter besitzen und keine verbindliche Aussage über den offiziellen Standpunkt der KOM treffen. Sein Anwendungsbereich erstreckt sich nach eigenen Angaben nicht bloß auf staatseigene Unternehmen, sondern umfasst auch jegliche Art der staatlichen Beteiligung an Unternehmen – somit auch Minderheitsbeteiligungen – unabhängig von einem diesbezüglich kontrollierenden Einfluss.¹⁶¹

¹⁵⁷ Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 405.

¹⁵⁸ Vgl Mitteilung der Kommission vom 31.7.2014, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl C 249/1 (im Folgenden: Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen).

¹⁵⁹ Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 405 f; *Koenig/Schramm*, „Wirtschaftliche Kontinuität“ bei privatisierungsbedingten Unternehmensspaltungen als EU-beihilfenrechtliches Rückforderungsrisiko, EWS 2013, 270.

¹⁶⁰ Vgl *Götz/Martínez Soria* in *Dauses*, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, H.III. Subventionsrecht Rn 91 (38. Ergänzungslieferung September 2015, beck-online.beck.de).

¹⁶¹ Vgl *von Bonin*, EuZW 2013, 247; Leitfaden, 3 Abs 4.

Der Leitfaden sieht mögliche Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf eine geplante Privatisierung einerseits in Form von Umstrukturierungsbeihilfen (siehe 5.2) und andererseits in reinen Finanzierungsmaßnahmen, die keine gravierenden Änderungen der Unternehmensstruktur bzw -strategie erfordern. Ziel beider Varianten ist es „*die Aktiv- und/oder Passivseite der Bilanz zu „bereinigen“ bzw. zu „restrukturieren.“*“¹⁶² Als Beispiele für Finanzierungsmaßnahmen sind zum einen Forderungsverzichte des Staates gegenüber staatsnahen Unternehmen und zum anderen „*die Umwandlung von Verbindlichkeiten in Kapitalbeteiligungen/Vermögenswerte und Kapitalaufstockungen*“ angeführt, die allesamt dem Privatinvestortest zu unterziehen sind.¹⁶³ Dabei können jene der Beihilfenvermutung trotzen, wenn sie in der anschließenden Privatisierung eine dem MEIP entsprechende Beachtung finden, respektive eingepreist werden, sodass der erzielte Veräußerungserlös die zuvor erlassenen Schulden wertmäßig übersteigt.¹⁶⁴

Aus einer ex-ante Sicht – also vor Verkauf der staatlichen Entität – deuten folgende Umstände laut Leitfaden auf eine dem MEIP widersprechende, marktunübliche Leistung seitens des Staates an eines seiner Unternehmen hin:

- Aufgrund der finanziellen Situation des leitungsempfangenden Unternehmens sowie der Art und Größe seiner Verschuldungslage ist innerhalb angemessener Zeit mit keiner marktadäquaten Rendite – also Dividenden oder Kapitalerträge – zu rechnen.
- Eine Beschaffung von Finanzmittel seitens des betreffenden Unternehmens auf den Kapitalmärkten zwecks etwaiger Investitionsvorhaben ist nicht möglich, sei es angesichts eines spärlichen Cashflows oder wegen anderen Ursachen.
- Der Staat beteiligt sich kurzfristig an dem Unternehmen unter Festsetzung einer Behaltezeit und eines fixen Weiterveräußerungspreises, wobei er nicht jene Rendite erhält wie eine vergleichbare Alternativenanlage einbringen könnte.¹⁶⁵
- „*Die Beteiligung der öffentlichen Hand beinhaltet im Zuge der Gründung einer neuen juristischen Person die Übernahme oder Weiterführung aller oder eines Teils der unrentablen Geschäfte eines sich in Schwierigkeiten befindenden Unternehmens.*“¹⁶⁶ (siehe 5.2)

Des Weiteren besagt dieser Leitfaden, dass all jene Finanzierungsmaßnahmen zu Gunsten staatseigener Unternehmen, die nicht unter die Kategorien von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, Beihilfen für Ausbildung¹⁶⁷, Regionalbeihilfen¹⁶⁸ sowie

¹⁶² Leitfaden, 12 Abs 1.

¹⁶³ Leitfaden, 12 Abs 1.

¹⁶⁴ Vgl Leitfaden, 12 Abs 2.

¹⁶⁵ Vgl Leitfaden, 7 Abs 1.

¹⁶⁶ Leitfaden, 7 Abs 1.

¹⁶⁷ Vgl Mitteilung der Kommission vom 11.8.2009, Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABI C 188/1.

¹⁶⁸ Vgl Mitteilung der Kommission vom 23.7.2013, Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABI C 209/1.

Forschungs-, Entwicklungs-, und Innovationsbeihilfen¹⁶⁹ fallen, grundsätzlich als beihilfenrechtlich problematisch betrachtet werden.¹⁷⁰

5.2 Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten

In Anbetracht einer bevorstehenden Privatisierung kann es uU sinnvoll erscheinen das betreffende Zielunternehmen einer Umstrukturierung zu unterziehen, um dessen Attraktivität auf mögliche Käufer und in Folge auch dessen Veräußerungserlös zu erhöhen.¹⁷¹

Generelles Ziel ist die „Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität“ des betreffenden Unternehmens.¹⁷² Dies kann im Wege einer finanziellen Umstrukturierung in Form von Kapitalzufuhr und Schuldenabbau geschehen, die aber von einer betrieblichen Umstrukturierung – zB der Rückzug aus defizitären Geschäftsfeldern oder produktivitätssteigernde Maßnahmen – begleitet werden soll.¹⁷³

Erstere umfasst meist auch Umstrukturierungsmaßnahmen, wie staatliche Forderungsverzichte, Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder auch Kapitalerhöhungen. Diese stellen nur dann keine staatliche Beihilfe dar, wenn sie zu marktüblichen Konditionen gesetzt wurden und somit dem „MEIP aus Sicht eines vergleichbaren privaten Gläubigers“ (siehe 3.2.2) entsprechen.¹⁷⁴ Dies ist dann der Fall, wenn die Gläubigersituation des Staates mit obiger Maßnahme besser ist als ohne diese. Wäre bspw ein Schuldenschnitt mit anschließendem Verkauf günstiger bzw verlustärmer als eine Liquidation des Unternehmens, so könnte man ihn als beihilfenrechtlich zulässig erachten.¹⁷⁵ Dasselbe gilt für eine staatliche Investition in Form einer Kapitalerhöhung, falls diese beim Verkauf des betreffenden Unternehmens durch einen hierbei erzielten Mehrerlös abgegolten wird.¹⁷⁶

Lässt sich der Verdacht einer staatlichen Beihilfe nicht derart ausräumen, ist die Anmeldung bei und schließlich eine Genehmigung durch die KOM unabdingbar. Maßgebend für die beihilfenrechtliche Beurteilung eines solchen Falles sind die im Folgenden beschriebenen

¹⁶⁹ Vgl Mitteilung der Kommission vom 27.6.2014, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABI C 198/1.

¹⁷⁰ Vgl Leitfaden, 7 Abs 2.

¹⁷¹ Vgl Leitfaden, 8 f Abs 3.

¹⁷² Bauer/Nordmann in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 3 AEUV) Rn 1613.

¹⁷³ Vgl Bauer/Nordmann in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 3 AEUV) Rn 1619.

¹⁷⁴ von Bonin, EuZW 2013, 248.

¹⁷⁵ Vgl KOM 4.8.2010, 2010/690/EU, PZL Hydral Rn 201 ff; von Bonin, EuZW 2013, 248.

¹⁷⁶ Vgl von Bonin, EuZW 2013, 248.

„Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten“ (kurz Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien).¹⁷⁷

Auf Grundlage der Ermessensausnahmebestimmung des Art 107 Abs 3 lit c AEUV sind die Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen ergangen, deren Geltungsbereich alle Branchen mit wenigen Ausnahmen in gleicher Weise erfasst.¹⁷⁸ Vor allem für Beihilfen, die spezifischen Regeln für Kredit- und Finanzinstitute unterliegen, sind diese Leitlinien nicht anwendbar.¹⁷⁹

Im Zuge der Modernisierung des EU-Beihilfenrechts (State Aid Modernisation Process – SAM¹⁸⁰) wurden diese Leitlinien unter Zugrundelegung eines gemeinsamen Konzepts¹⁸¹ und der Beachtung der Kommissionsstrategie Europa 2020 sowie des Umstandes, „*dass die negativen Auswirkungen staatlicher Beihilfen der Steigerung von Produktivität und Wachstum, der Wahrung gleicher Chancen für Unternehmen und der Bekämpfung von nationalem Protektionismus entgegenstehen können*“, novelliert und die Änderungen mit 1.8.2014 in Kraft gesetzt.¹⁸² Eine wesentliche Neuerung stellt dabei das Instrument der „vorübergehenden Umstrukturierungsbeihilfe“ dar, die ausschließlich KMU`s und kleineren staatlichen Unternehmen zugutekommt und ihnen dabei hilft geeignete Prozesse in Gang zu setzen, um ihre langfristige Rentabilität wiederzuerlangen.¹⁸³

5.2.1 Begriff des Unternehmens in Schwierigkeiten

Im Sinne obiger Leitlinien befindet sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten, „wenn es auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeiten gezwungen sein wird, wenn der Staat nicht eingreift.“¹⁸⁴ Davon ausgeschlossen sind neugegründete Unternehmen in den ersten drei Jahren ab Gründung sowie solche, die einer Unternehmensgruppe angehören, wenn ihre „Schwierigkeiten“ aus einer willkürlichen Kostenverteilung innerhalb dieser resultieren.¹⁸⁵

¹⁷⁷ Vgl Leitfaden, 9 Abs 1.

¹⁷⁸ Vgl Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn 9 (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

¹⁷⁹ Vgl Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 5 Rn 18.

¹⁸⁰ Näheres in Krenn, Neues von der Europäischen Kommission im Bereich der Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 296.

¹⁸¹ Näheres in Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 3 Rn 4.

¹⁸² Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 3 Rn 5.

¹⁸³ Vgl Krenn, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 299; Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 7 Rn 28.

¹⁸⁴ Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 6 Rn 20.

¹⁸⁵ Vgl Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 6 Rn 22 ff.

5.2.2 Voraussetzungen für Umstrukturierungsbeihilfen

Grundsätzlich liegt es in der Entscheidungsgewalt der MS, welche Art von Umstrukturierungsmaßnahmen sie setzen. Diese sollen jedoch eine gewisse Eignung zur Zielerreichung aufweisen, wobei es sich empfiehlt vorab zu klären, ob die Schwierigkeiten der betreffenden Entität aus Liquiditäts- oder aus Solvenzproblemen resultieren. Eventuelle Liquiditätsengpässe lassen sich zB vorwiegend mit der Gewährung eines Darlehens oder dem diesbezüglichen Eingehen einer Bürgschaft überbrücken. Etwaigen Solvenzproblemen entgegnet man bspw mit der Zuführung von Eigenkapital oder anderweitigen Rekapitalisierungsmaßnahmen.¹⁸⁶ Hierbei muss die Größenordnung dieser Beihilfen dem Mindestmaß des Erforderlichen entsprechen, um größeren Wettbewerbsverfälschungen entgegenzuwirken. Daran gekoppelt wird die Pflicht des begünstigten Unternehmens einen ausreichenden Eigenbetrag zu den Umstrukturierungskosten (zumindest 50%) zu leisten sowie die Sicherstellung einer ordentlichen Lastenverteilung.¹⁸⁷ Alles in allem muss der beihilfengewährende MS „einen realistischen, kohärenten und weitreichenden Umstrukturierungsplan zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des begünstigten Unternehmens“ aufstellen.¹⁸⁸ Eine bloße Bewahrung des Unternehmens vor seinem Marktaustritt stellt dabei keinen ordentlichen Rechtfertigungsgrund für die Beihilfengewährung dar. Vielmehr ist für die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt die Verfolgung eines im gemeinsamen Interesse liegenden Zieles ausschlaggebend, wie die Vermeidung sozialer Härten oder die Behebung von Marktversagen.¹⁸⁹

Nach Gewährung obiger ist zusätzlich gemäß dem Grundsatz der einmaligen Beihilfe ein Zeitraum von zehn Jahren zu beachten, in dem keine weitere Umstrukturierungsmaßnahme gesetzt werden darf.¹⁹⁰

5.3 Auslagerung der stranded costs

Da, wie bereits angesprochen, ein zu privatisierendes Unternehmen zumeist mit Altlasten behaftet in den Verkaufsprozess eintritt, hat die Praxis die Möglichkeit zur Aufspaltung des Unternehmens in eine Betriebs- und in eine Besitzgesellschaft hervorgebracht. Hierbei bleibt auf der einen Seite die in öffentlicher Hand verbleibende Besitzgesellschaft (nachfolgend BesG) auf den – vorwiegend aus Kosten nicht rentabler Infrastruktur bestehenden – stranded costs sitzen, um auf der anderen Seite die nun finanziell besser gestellte

¹⁸⁶ Vgl Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 12 Rn 58.

¹⁸⁷ Vgl Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 12 Rn 61 ff.

¹⁸⁸ Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 10 Rn 45.

¹⁸⁹ Vgl Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 9 Rn 43.

¹⁹⁰ Vgl Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, 14 Rn 70 f.

Betriebsgesellschaft gewinnbringender verkaufen zu können.¹⁹¹ Dh etwaige dem Privatisierungserfolg zuwiderlaufende Kapitalkosten für Altinvestitionen – zumeist sunk costs – werden beim Staat „gestrandet“.¹⁹²

Die Abspaltung etwaiger Altlasten und die anschließende Veräußerung der Betriebsgesellschaft (nachfolgend BetrG) können wiederum aus beihilfenrechtlicher Perspektive eine wettbewerbsverfälschende Begünstigung per se darstellen. Dies kann auch den sich vermeintlich sicher fühlenden Käufer der BetrG betreffen, der dadurch von etwaig zu tragenden Kosten befreit wird und folglich „*einem Rückforderungsrisiko aus alten bzw laufenden Beihilfeverfahren ausgesetzt sein*“ kann.¹⁹³ Denn Rückforderungsschuldner einer vor Privatisierung gewährten Beihilfe ist regelmäßig auch der tatsächliche Nutznießer jener. Von einer Fortwirkung der Begünstigung (des Nutzens) geht das EuG grundsätzlich aus, wenn in der Übertragung auf den neuen Rechtsträger eine gewisse wirtschaftliche Kontinuität zu erblicken ist.¹⁹⁴

Wird der voraussichtliche Betriebserwerber nun in obiger Manier von den „stranded costs“ entlastet, so muss dieser Vorteil auch Eingang in die Festlegung der Kaufpreishöhe finden bzw eingepreist werden, um nicht den Verdacht einer Begünstigung iSd Art 107 AEUV zu erwecken. Dem Unternehmenswert muss somit ein marktüblicher Transaktionspreis gegenüberstehen. Wird dieser im Zuge eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungs-verfahrens (siehe 7.2) ermittelt, muss dies nicht die vollständige Beihilfenfreiheit des Übertragungsaktes bedeuten. Vielmehr kann dadurch die Möglichkeit einer Weitergabe des durch die Kapitalkostenentlastung entstandenen Vorteils seitens der BetrG an den obsiegenden Bieter auf ein Mindestmaß gesenkt werden.¹⁹⁵

„In der Generaldirektion Wettbewerb und dem Juristischen Dienst der Kommission hat sich sektorenübergreifend die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine Begünstigung selbst im Fall einer offen, transparent und diskriminierungsfrei gestalteten Ausschreibung nicht ausgeschlossen werden kann, wenn nicht durch eine spezifische Gestaltung des Bietverfahrens gewährleistet wird, dass der erfolgreiche Bieter auch einen den zugeschlagenen („mit staatlichen Mitteln infizierten“) Erwerbsgegenstand vollständig kompensierenden Preis bezahlt.“¹⁹⁶

¹⁹¹ Vgl Lintschinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 406.

¹⁹² Vgl Koenig/Schramm, EWS 2013, 270.

¹⁹³ Koenig/Schramm, EWS 2013, 267.

¹⁹⁴ Vgl Lintschinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 406; EuG 13.9.2010, T-415/05, T-416/05 und T-423/05, Olympiakes Aerogrammes Rn 135.

¹⁹⁵ Vgl Koenig/Schramm, EWS 2013, 270; Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl 2013/C 25/1, Rn 12.

¹⁹⁶ Koenig/Schramm, EWS 2013, 270.

Finden in einem solchen Ausschreibungswettbewerb hingegen die stranded costs bei der Festlegung eines den Ausschreibungskonditionen zugrunde liegenden Mindestpreises keine Beachtung (fehlende Einpreisung), so kann „auch das beste Gebot keine marktangemessene Gegenleistung für den von gestrandeten Altlasten befreiten Betriebswert“ darstellen.¹⁹⁷ Dies würde wiederum das Vorliegen einer Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV indizieren.¹⁹⁸ Die Auslagerung von stranded costs spielt regelmäßig bei der Teil-(Privatisierung) von staatlichen Monopolunternehmen eine Rolle. Im Zuge der Liberalisierung etwaiger Monopolmärkte versucht der Staat das nun in privater Hand befindliche, ehemalige Staatsunternehmen von monopoltypischen Altlasten zu befreien, damit diese nun in der Lage sind, am betreffenden Markt zu verbleiben und diesen weiter zu bedienen. Wird eine Entlastung von nicht rentablen Strukturen zwar regelmäßig als tatbestandsmäßig iSd Art 107 AEUV gewertet, so kann die KOM darin die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt sehr wohl durch eine Ausnahme nach Art 107 Abs 3 lit c AEUV begründet sehen. Voraussetzung dabei ist, dass dem Zweck der Öffnung eines zuvor monopolistisch ausgestalteten Marktes – dem Liberalisierungsziel – mehr Gewicht als einer dabei drohenden Wettbewerbsverfälschung zugesprochen wird. Anders gesagt, muss der Verbleib der stranded costs beim Staat nötig sein, um überhaupt Wettbewerb an einem vormals vom Staat dominierten Markt entstehen zu lassen.¹⁹⁹

6 Privatisierungsleitlinien der Kommission

Etwaige Kundgaben der KOM, vor allem ihre Leitlinien, Stellungnahmen und Mitteilungen stellen keine verbindlichen Rechtsakte nach Art 288 1. bis 4. Abs AEUV dar. Sie verdeutlichen nur die vorwiegende Verwaltungspraxis und Politik der KOM und werden teilweise auch als „soft law“²⁰⁰ klassifiziert.²⁰¹ Den MS werden hierbei keine Rechtspflichten im Hinblick auf die Anmeldung einer staatlichen Maßnahme oder die Einhaltung etwaiger in den Leitlinien dargestellten Verfahren auferlegt, jedoch steht es der KOM frei, sich von Amts wegen der Beihilfenfreiheit staatlicher Maßnahmen zu vergewissern.²⁰²

So entfalten obige zwar keine Bindungswirkung gegenüber den MS, jedoch bindet die KOM sich durch Bekanntmachung obiger selbst, indem sie jene eigens aufgestellten Vorschriften iSd Gleichbehandlungsprinzips und aus Vertrauensschutzerwägungen auf ähnliche Fälle gleichsam anzuwenden hat. Folglich ist man gut beraten, bei der Ausgestaltung einer Privatisierung jenen Äußerungen der KOM genügend Beachtung zu schenken, um ein

¹⁹⁷ Koenig/Schramm, EWS 2013, 271.

¹⁹⁸ Vgl Koenig/Schramm, EWS 2013, 271.

¹⁹⁹ Vgl Koenig/Schramm, EWS 2013, 271.

²⁰⁰ Arhold, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht, EuZW 2008, 713.

²⁰¹ Vgl Kümmritz (2009), 14.

²⁰² Vgl Kristoferitsch, EuZW 2006, 429.

etwaiges beihilfenrechtliches Rückforderungsrisiko so niedrig wie möglich zu halten.²⁰³ Denn handelt die KOM in Widerspruch zu den von ihr geschaffenen Vorschriften, ohne dass besondere, zwingende Gründe dies rechtfertigen würden, so kann ein derartiges Vorgehen bspw als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gerichtlich geahndet werden.²⁰⁴

Nachfolgend erfahren die für die Beihilfenpraxis maßgeblichen Mitteilungen der KOM, deren gemeinsames Ziel es ist, den Verkauf öffentlicher Güter zum Marktwert zu gewährleisten, nähere Beleuchtung.²⁰⁵

6.1 XXIII. Wettbewerbsbericht 1993

Der seit 1971 jährlich von der KOM herausgegebene Wettbewerbsbericht hat erstmalig in der XXI.²⁰⁶ und XXII.²⁰⁷ Ausgabe aufgrund weitreichender Privatisierungstendenzen in den MS die Behandlung beihilfenrechtlicher Fragestellungen im Zusammenhang mit staatlichen Privatisierungsvorhaben in Angriff genommen.²⁰⁸

Schließlich fasst der XXIII. Wettbewerbsbericht die aus Einzelfällen herausgebildeten, allgemeinen Grundsätze der KOM bezüglich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen zusammen, die noch heute – 23 Jahre später – für die beihilfenrechtliche Würdigung staatlicher Privatisierungsmaßnahmen von maßgebender Bedeutung sind.²⁰⁹ Diese Grundsätze sind als Ausformungen des MEIPs, in concreto des Private Vendor Tests bzw des MEVPs, zu verstehen.²¹⁰

Als beihilfenrechtlich unbedenklich und somit nicht der Notifizierungspflicht unterliegend stellt der Wettbewerbsbericht die Veräußerung von Aktien über die Börse (siehe 7.1) – geht man hierbei ja von einem Verkauf zu Marktbedingungen aus – und des Weiteren die Veräußerung via speziellen Veräußerungswettbewerb (siehe 7.2) vor. Letzteres erachtet er unter Erfüllung folgender Bedingungen als a priori beihilfenregimekonform:²¹¹

- „Es muß ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden, der allen offensteht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb

²⁰³ Vgl Kümmritz (2009), 15.

²⁰⁴ Vgl Bauer/Nordmann in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 3 AEUV) Rn 1573, EuGH 24.3.1993, C-313/90, *CIRFS/Kommission* Rn 32 ff und 51 f.

²⁰⁵ Vgl *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 474; *Koller*, Beihilferechtliche Bewertung von Privatisierungen, Vertiefung ausgewählter Themen, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 498.

²⁰⁶ Vgl XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1991 Rn 248.

²⁰⁷ Vgl XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992 Rn 464.

²⁰⁸ Vgl Kümmritz (2009), 16.

²⁰⁹ Vgl Kümmritz (2009), 16; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 103.

²¹⁰ Vgl *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 499.

²¹¹ Vgl XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten;

- das Unternehmen muß an den Meistbietenden veräußert werden und
- die Bieter müssen über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können, auf die sich ihr Angebot stützt.“²¹²

Strebt der privatisierende Staat im Hinblick auf sein Projekt nach mehr Rechtssicherheit, so kann er sich der KOM informal mitteilen (siehe 4.5). Jedoch sieht der Wettbewerbsbericht besonders in folgenden Fällen einen Beihilfenverdacht begründet und eine Anmeldepflicht als gegeben an:

- Es werden mit bloß einem Interessenten oder einem ausgewählten Kreis von Bietern Verkaufsverhandlungen geführt und anschließend verkauft.
- Etwaige Schulden des zu privatisierenden Unternehmens wurden zuvor durch staatliche Mittel getilgt oder von staatlicher Seite erlassen.²¹³
- „Verkäufe, denen eine Umwandlung der Schulden in Aktienkapital oder Kapitalaufstockungen vorausgingen.“²¹⁴
- Die Veräußerung ist an Konditionen geknüpft, die zwischen privaten Vertragsparteien unkonventionell – iSv handelsüblich – wären. Diese müssen einer Bewertung durch unabhängige Berater unterzogen werden.
- Auch darf in all diesen Fällen keine Diskriminierung der in Frage kommenden Erwerber anhand ihrer Staatsangehörigkeit vorliegen.²¹⁵
- „Privatisierungsvorhaben [...] in sensiblen Sektoren (Kunstfasern, Textil, Kraftfahrzeuge usw.)“²¹⁶

Eine Erweiterung erfahren obige Konkretisierungen im bereits vorgestellten Leitfaden (siehe 5.1), auf den im Kapitel 7 (Methoden der beihilfenkonformen Veräußerung) noch ausreichend Bezug genommen wird.

Des Weiteren findet zwar die Möglichkeit der beihilfenkonformen Privatisierung in Form der Veräußerung durch ein Unternehmensbewertungsgutachten bei obigen Privatisierungsgrundsätzen keine Erwähnung, jedoch ergibt sich diese Alternative aus einer Analogie zu im folgenden Abschnitt angeführter Mitteilung.²¹⁷

²¹² XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

²¹³ Vgl XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

²¹⁴ XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

²¹⁵ Vgl XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

²¹⁶ XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

²¹⁷ Vgl Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 498.

6.2 Analoge Anwendung der Grundstücksmitteilung

Die im Jahre 1997 veröffentlichte „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücke durch die öffentliche Hand“²¹⁸ (kurz Grundstücksmitteilung) tangiert zwar – wie aus dem Titel abzuleiten – nur Verkäufe staatlicher Bauten oder Grundstücke, jedoch dient sie auch der KOM zur beihilfenrechtlichen Würdigung von Privatisierungsvorgängen als eine Art Ergänzung zum obigen XXIII. Wettbewerbsbericht.²¹⁹ Die in ihr enthaltenen Grundsätze gewähren jedoch keinerlei Rechtssicherheit im Hinblick auf die Ausgestaltung des Privatisierungsverkaufs und werden lediglich analog zu Rate gezogen.²²⁰

Die allgemeine Intention der KOM hinter der Herausgabe der Grundstücksmitteilung war es, den beihilfenrechtlich problematischen Verkäufen von öffentlichem Grund und Boden unter Wert entgegenzuwirken.²²¹ Folglich stellt die Grundstücksmitteilung den MS Veräußerungsformen zur Verfügung, die grundsätzlich einem Beihilfenverdacht erhaben sind. Eine a priori angenommene Beihilfenfreiheit bzw eine Befreiung von der Notifizierungspflicht kann einerseits durch eine Veräußerung via hinreichend kundgemachten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren (siehe 7.2) sichergestellt werden, wobei der Meistbietende (siehe 7.2.5) oder der einzige Bieter den Zuschlag erhalten muss. Andererseits kann dies auch ein Verkauf zum Marktwert, der von einem unabhängigen Sachverständigen ermittelt wird, gewährleisten (siehe 7.3).²²² Die Grundstücksmitteilung besagt, dass eine bereits vor Veranstaltung eines Ausschreibungswettbewerbs vorliegende Bewertung des staatlichen Grundstückes unbeachtlich ist, auch wenn nur ein einziger Bieter daran teilnimmt.²²³ Inwieweit das auch auf Unternehmensprivatisierungen zutrifft ist fraglich. Jedoch stellt die KOM klar, dass sowohl bei Grundstücksveräußerungen als auch bei Privatisierungen ein nachträglich erstelltes Wertgutachten – also nach Ermittlung eines Marktpreises durch ein Bietverfahren – nicht als Rechtfertigung für einen „*Verkauf an eine andere Person als den Meistbietenden*“ herangezogen werden darf.²²⁴ Vielmehr muss die Veräußerungsmethode verbindlich ex-ante festgesetzt werden, um einem willkürlichen Methodenwechsel vorzubeugen.²²⁵

²¹⁸ Vgl Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücke durch die öffentliche Hand, ABl 1997/C 209/03 (nachfolgend Grundstücksmitteilung).

²¹⁹ Vgl Kümmritz (2009), 17; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 106; KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 85; KOM 17.6.2008, N 90/2008, *Energie AG Oberösterreich* Rn 17.

²²⁰ Vgl Egger, Beihilfenverbot und Privatisierungen: *Bank Burgenland* und die aktuelle Praxis (Teil I), BRZ 2008, 34.

²²¹ Vgl Kümmritz, (2009), 17.

²²² Vgl Grundstücksmitteilung, 5 (Punkt II 3).

²²³ Vgl Grundstücksmitteilung, 3 (Punkt II 1).

²²⁴ KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 109; Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 500.

²²⁵ Vgl Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 500; Koenig/Fechtner/Paul, Neuere Tendenzen zu den EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen an Grundstücks- und Anlagentransaktionen, BRZ 2009, 54.

Dabei ist ein unter obigen Kriterien durchgeführtes Ausschreibungsverfahren gegenüber einem Verkauf via Sachverständigengutachten zu favorisieren, denn nA der KOM ist durch Ersteres ein höherer Formalisierungsgrad erreichbar, „*der objektivere und belastbarere Ergebnisse garantiere*“.²²⁶

Wird im Zuge eines Ausschreibungswettbewerbs mit nur einem einzigen teilnehmenden Bieter ein Veräußerungspreis erzielt, so stellt dieser im Gegensatz zur Grundstücksmitteilung gemäß den Privatisierungsleitlinien nicht den Marktpreis und somit diesbezügliche Beihilfenfreiheit dar. Denn, wie bereits erwähnt, erfordert nach diesen Leitlinien (siehe 6.1) ein Verkauf „*nach Verhandlungen mit einem einzigen potentiellen Käufer oder einigen ausgewählten Bietern generell eine*“ Notifikation bei der KOM.²²⁷ In der Beihilfensache (nachfolgend BS) *BB* vertrat die KOM jedoch eine andere Ansicht, „*wonach sowohl im Falle eines Grundstücksverkaufs als auch im Falle einer Privatisierung davon auszugehen ist, dass im Rahmen eines Bietverfahrens ein Marktpreis ermittelt wird.*“²²⁸

7 Methoden der beihilfenkonformen Veräußerung

Wie bereits dargelegt, hat die KOM in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht Privatisierungsgrundsätze vorgegeben, die bei Einhaltung eine grundsätzliche Freistellung von der Notifizierungspflicht suggerieren. Es wird dabei die Beihilfenfreiheit des Privatisierungsvorganges seitens der KOM vermutet, jedoch per se keine Befreiung von der Anmeldungspflicht gemäß Art 108 Abs 3 AEUV dadurch bewirkt. Bei Abweichen von jenen bereits dargelegten Privatisierungskriterien (siehe Kapitel 6) ist eine Anmeldung des Vorhabens somit unbedingt anzuraten.²²⁹

Da der für Unternehmensverkäufe übliche Vertrag eine synallagmatische Leistungsbeziehung darstellt, in der die Leistung des Staates eine Gegenleistung des Käufers bedingt bzw vice versa, gestaltet sich hierbei die Feststellung einer begünstigenden Wirkung im Gegensatz zur bloßen Vorteilsgewährung schwierig, steht ja letzterer keine Gegenleistung gegenüber.²³⁰

Um nun in diesem Kontext eine Beihilfe verneinen zu können, bedarf es des Nachweises der Ausgewogenheit dieses Synallagmas, respektive dieser Austauschbeziehung. Dies kann nun einerseits in materieller Weise durch eine Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung geschehen, sofern ein Marktpreis vorhanden ist, wie bei börsennotierten Aktien (oder bei Ermittlung per Gutachten), und dieser als Entgelt gegeben wurde.

²²⁶ Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 499; Koenig/Fechtner/Paul, BRZ 2009, 54.

²²⁷ Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 500 f.

²²⁸ Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 501, KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 109.

²²⁹ Vgl Lintschinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 407 f.

²³⁰ Vgl Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 471.

Andererseits kann eine Angemessenheit des Kaufpreises und somit die Beihilfenfreiheit des Unternehmensverkaufs prozedural durch ein offenes, „*bedingungsfreies, transparentes und objektives Bietverfahren*“ ermittelt werden.²³¹ Jedoch ist bei beiden Vorgehensweisen zu beachten, dass auch wenn der Staat im Rahmen der Veräußerung marktfremde Bedingungen, wie den Erhalt von Arbeitsplätzen oder eine Standortgarantie, stellt und dies mit einer Schmälerung des Kaufpreises einhergeht, eine dadurch hergestellte Äquivalenz der ausgetauschten Leistungen nicht a priori eine Wettbewerbsverfälschung ausschließt. Vielmehr soll der Verkauf generell bedingungsfrei ausgestaltet sein, was natürlich im Hinblick auf die noch nicht einheitliche Kommissionspraxis differenzierter zu betrachten ist.²³²

Veräußert nun der Staat Anteile (share deal) an bzw Vermögenswerte (asset deal) von einem seiner Unternehmen und geht er dabei nicht wie ein Private Vendor (siehe 3.2.3) vor, so könnte im Rahmen der Privatisierung dem Käufer, der privatisierten Entität selbst oder beiden gemeinsam ein ungebührlicher Vorteil gewährt worden sein und somit das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe begründet werden.²³³ Folglich kann der Erwerber Nutznießer sein, wenn das Unternehmen unter dem Marktpreis verkauft oder ein eventuell durchgeführtes Bietverfahren als diskriminierend qualifiziert wird. Liegen dagegen marktunübliche Bedingungen dem Unternehmenskaufvertrag zugrunde, wie zB die Pflicht zur Aufrechterhaltung eines bestimmten Produktionsniveaus oder zur Tätigung von gewissen Investitionen, so sieht man zumeist im privatisierten Unternehmen selbst den Beihilfebegünstigten.²³⁴

Nachfolgend sollen jene Veräußerungsmethoden beleuchtet werden, in denen die KOM a priori eine Beihilfenfreiheit erblickt und eine vorherige Anmeldung somit nicht vonnöten ist. Zudem sollen aber auch jene Fälle aufgezeigt werden, die generell einen Beihilfenverdacht begründen und somit der Notifizierungspflicht unterliegen.

7.1 Verkauf von Aktien an der Börse oder Börsengang

In Bezug auf die Marktwertermittlung ziehen die anzuwendenden Privatisierungsleitlinien die Veräußerung über die Börse dem offenen, transparenten, bedingungsfreien Bietverfahren (siehe 7.2) vor.²³⁵ Stellt die Börse ja einen neutralen Marktplatz dar, auf dem sich ein reger und transparenter Handel frei von Diskriminierungen zuträgt. Die Börse

²³¹ Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 472.

²³² Vgl Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 472.

²³³ Vgl Leitfaden, 11 Abs 3, Heidenhain, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 5 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de).

²³⁴ Vgl Heidenhain, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 5 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de).

²³⁵ Vgl Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 500; Leitfaden, 14 Abs 1.

verkörpert „somit das klassische Ideal eines vollkommenen Marktes für homogene Güter.“²³⁶ So sieht die KOM jeweils in der Durchführung beider Verfahren keinen Beihilfenverdacht begründet, stellt ja der hierbei erzielte Verkaufserlös regelmäßig den Marktpreis dar.²³⁷ Der Verkauf über die Börse würde demnach einen beihilfenkonformen, nicht anmeldungsbedürftigen Veräußerungsvorgang verkörpern.²³⁸ Jedoch sehe die KOM laut Leitfaden vor allem „in Zeiten finanzieller oder wirtschaftlicher Instabilität“ von obiger Betrachtung teilweise ab, denn in solchen Zeiten könnte der Einsatz dieser Verfahren eine niedrige Bewertung der zu privatisierenden Entität bewirken und somit nicht den wahren Wert des Unternehmens widerspiegeln.²³⁹

Werden dem zu privatisierenden Unternehmen vor Veräußerung seiner Aktien an der Börse die gegenüber dem Staat bestehenden Schulden ganz oder teilweise erlassen, so geht die KOM grundsätzlich solange von der Beihilfenkonformität des Privatisierungsaktes aus, wie der dadurch erzielte Veräußerungserlös höher ist als der Wert der Schuldenreduzierung.²⁴⁰

Dagegen ist ein Börsengang (IPO) für viele staatliche Entitäten nicht machbar, weil die dadurch entstehenden Kosten meist nicht mit der Finanzkraft des betreffenden Unternehmens korrespondieren.²⁴¹

Kommt es hingegen zu einem erneuten öffentlichen Angebot von Aktien eines bereits an der Börse notierten Staatsunternehmens und werden hierbei größere Aktienpakete zu einem unter dem derzeitigen Börsenkurs liegenden Pauschalpreis veräußert, muss dies an der Maßfigur des Private Vendors beurteilt werden, ob er in einer vergleichbaren Situation einen derartigen Preisnachlass toleriert hätte (Zweitplatzierung bzw SPO).²⁴²

7.2 Veräußerung im Rahmen eines strukturierten Bietverfahrens

Trotz der in der Kommissionspraxis zum Teil uneinheitlichen Ansprüche an das Bietverfahren lässt sich ihr Herzstück, nämlich „die Anforderungstrias „Wettbewerbsoffenheit – Transparenz – Diskriminierungsfreiheit““ freilegen.²⁴³ Unter dem Mantel des Diskriminierungsverbotes steht im europäischen Beihilfenrecht die Bedingungsfreiheit im

²³⁶ Kümmritz (2009), 53.

²³⁷ Vgl Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 481.

²³⁸ Vgl Kliemann/Catalán in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 136 (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

²³⁹ Leitfaden, 13 Abs 2.

²⁴⁰ Vgl XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 Rn 403.

²⁴¹ Vgl Kümmritz (2009), 54.

²⁴² Vgl Kümmritz (2009), 54.

²⁴³ Cremer in Callies/Ruffert, EUV/AEUV Art 107 AEUV Rn 12 (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

Fokus der Beurteilung, wobei die KOM hierbei einen strengen Maßstab anlegt.²⁴⁴ So sieht auch die Grundstücksmitteilung im Hinblick auf das Bietverfahren eine hinreichend publizierte, allgemeine und bedingungsfreie Ausgestaltung der Ausschreibung vor.²⁴⁵

Dementsprechend wird mittels eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungswettbewerbs die Einholung eines breiten Spektrums an Angeboten angestrebt, das den objektiven Marktpreis des zum Verkauf stehenden Unternehmens widerspiegeln und schließlich das Erzielen des höchstmöglichen Verkaufspreises ermöglichen soll. Bei Einhaltung der im Folgenden beschriebenen Verfahrensgrundsätze wird der Veräußerungsprozess seitens der KOM als beihilfenkonform erachtet, sofern der Meistbietende den Zuschlag erhält. Eine Notifikationspflicht des Vorhabens würde dabei entfallen.²⁴⁶ Somit hat eine derartige Ausschreibung zwar nur Indizwirkung, jedoch kann diese bei mustergültiger, fehlerfreier Ausgestaltung absolut iSv unwiderleglich sein, solange das Verfahren nicht einem zuvor favorisierten Bieter auf den Leib geschneidert wurde.²⁴⁷ Die durchschnittliche Dauer eines Bietverfahrens wird auf drei bis sechs Monate geschätzt.²⁴⁸

Die Tatsache, dass ein MS die in den Leitlinien skizzierten Anforderungen hingegen nicht befolgt, nimmt noch lange nicht das Prüfungsergebnis der KOM vorweg. So kann die KOM auch ohne Vorliegen eines entsprechenden Verfahrens Beihilfenkonformität der Transaktion attestieren.²⁴⁹

7.2.1 Mögliche Analogie zum Vergaberecht

Zwar ist die Nähe obiger Charakteristika eines beihilfenrechtlichen Bietverfahrens („*Offenheit, Bedingungsfreiheit, Transparenz*“) zum europäischen Vergaberecht unverkennbar, jedoch kann nach *Kristoferitsch* aufgrund der divergierenden Zielsetzungen beider Rechtsmaterien keine vergaberechtliche Interpretation dieser im Zuge der Beihilfenprüfung einer Privatisierung erfolgen.²⁵⁰ So sind beide Rechtsgebiete darauf bedacht, Wettbewerbsverfälschungen zu unterbinden, knüpfen aber andererseits an verschiedene Sachverhalte an und bedienen sich anderer Vorgehensweisen. Im Gegensatz zum Vergaberecht, das die Feststellung des Bestbieters zum Ziel hat, dient das Bietverfahren im Beihilfenrecht der Ermittlung eines marktkonformen Preises. Wird zu einem solchen Preis

²⁴⁴ Vgl. *Koenig/Kühling*, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 781.

²⁴⁵ Vgl. *Koenig*, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW 2001, 745; Grundstücksmitteilung, 3 f (Punkt II 1 a bis c).

²⁴⁶ Vgl. *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 500; *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 429.

²⁴⁷ Vgl. *Jaeger*, Neues an der Schnittstelle von Vergabe- und Beihilferecht, wbl 2014, 497.

²⁴⁸ Vgl. *Egger*, BRZ 2008, 34; *Prieß/Gabriel*, M&A-Verfahrensrecht – EG-rechtliche Verfahrensvorgaben bei staatlichen Beteiligungsveräußerungen, NZBau 2007, 621.

²⁴⁹ Vgl. *Soltész/Bielesz*, Privatisierungen im Licht des Europäischen Beihilferechts, Von der Kommission gerne gesehen – aber nicht um jeden Preis, EuZW 2004, 395.

²⁵⁰ *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 430 f.

veräußert, so spielt es keine Rolle, ob man die in den Leitlinien formulierten Anforderungen an ein Bietverfahren ausreichend beachtet hat. Folglich kann ein Verfahren intransparent ausgestaltet sein und trotzdem als beihilfenfrei anerkannt werden, solange ein marktkonformer Preis erzielt wird. Das Beihilfenrecht interveniert bei Verstoß gegen bspw das Transparenzgebot oder die Bedingungsfreiheit, wenn dieser eine Ermittlung des Marktpreises unmöglich macht. Im Vergaberecht hätte eine derartige Missachtung der formalen Verfahrensgrundsätze die Wiederholung des Bietverfahrens zur Folge, wobei aber bei ordnungsgemäßer Durchführung der vom Bestbieter gezahlte Preis auch unter dem Marktpreis liegen kann.²⁵¹ Dementsprechend steht im Beihilfenrecht die Verwirklichung der oben genannten Kriterien im Vordergrund und „weniger die vergabeähnliche Ausgestaltung“ des Bietverfahrens.²⁵² Andererseits gibt es auch Stimmen, die eine vergaberechtliche Interpretation zwecks Erhöhung des Rechtsschutzes unterlegener Bieter fordern.²⁵³ Sowohl eine direkte als auch analoge Anwendbarkeit ist hier aber nicht gegeben, handelt es „sich bei der Fokussierung des Vergaberechts auf beschaffungsrelevante Vorgänge – und nicht auf Veräußerungsprozesse – um eine bewusste Entscheidung des europäischen Gesetzgebers“.²⁵⁴

Im Weiteren erfahren die genannten Kriterien eines beihilfenrechtlichen Bietverfahrens bei Privatisierungen nähere Beleuchtung, wobei auch Parallelen zum Vergaberecht aufgezeigt werden.

7.2.2 Offenheit beziehungsweise Allgemeinheit

Ein Bietverfahren muss zudem offen ausgestaltet sein, indem es derart öffentlich kommuniziert wird, dass alle Interessenten – auch Branchenfremde – davon Kenntnis erlangen, dem Ausschreibungswettbewerb beiwohnen können und schließlich die Möglichkeit eingeräumt bekommen, das betreffende Unternehmen zu erstehen.²⁵⁵ Dem MS in der Person des Verkäufers steht es hierbei nicht zu, das Interesse möglicher Käufer am zu privatisierenden Unternehmen zu bewerten.²⁵⁶ Ebenso entspricht ein willkürlicher Ausschluss eines oder mehrerer möglicher Käufer ua auch in Form einer a priori Festlegung und Abgrenzung des Marktes der potentiellen Käufer nicht dem Kriterium der Offenheit.²⁵⁷

Demnach beabsichtigen der Grundsatz der Offenheit sowie jener der Transparenz (siehe 7.2.3) auf rein formaler Ebene die Schaffung von gleichen Teilnahmemöglichkeiten aller

²⁵¹ Vgl. Kristoferitsch, EuZW 2006, 431.

²⁵² Kümmritz (2009), 60.

²⁵³ Vgl. Kristoferitsch, EuZW 2006, 429.

²⁵⁴ Kümmritz (2009), 60 f.

²⁵⁵ Vgl. Kristoferitsch, EuZW 2006, 429.

²⁵⁶ Vgl. Kristoferitsch, EuZW 2006, 429.

²⁵⁷ Vgl. Hattenberger, Beihilfen und Privatisierung, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 232; KOM 8.9.1999, 2000/513/EG, Stardust Marine Rn 67.

Interessenten am Bietverfahren, wohingegen das Erfordernis der Bedingungsfreiheit (siehe 7.2.4) bestrebt ist, deren materielle Gleichheit sicherzustellen.²⁵⁸

Der Marktpreis des zu privatisierenden Unternehmens lässt sich hierbei nur in einem als offen erachteten Bietverfahren ermitteln, was natürlich zwingend eine besondere Form der Veröffentlichung erfordert (Publizitätserfordernis).²⁵⁹ Die Verkaufsabsicht soll derart kundgemacht werden, dass jeder innerhalb des relevanten geographischen Marktes befindliche, potentielle Kaufinteressent davon Notiz nehmen kann, wobei eine Kundmachung auf bloß nationaler Ebene beihilfenrechtlich heikel betrachtet wird.²⁶⁰ So empfiehlt es sich für Privatisierungsvorhaben, die auch das Interesse von Bietern anderer MS wecken könnten, eine diesbezügliche Anzeige sowohl in einer nationalen als auch in einer international anerkannten Zeitung zu schalten.²⁶¹ Zusätzlich kann man sich europaweit oder international agierender Makler bedienen.²⁶² Eine hinreichende Publizität bei Bietverfahren verlangt auch die Grundstücksmitteilung, indem sie einen zumindest zwei Monate währenden Zeitraum für die Veröffentlichung des betreffenden Angebots in geeigneten Publikationsmedien veranschlagt, sodass grundsätzlich all jene in Frage kommenden Interessenten davon Kenntnis nehmen können.²⁶³ In der BS *Centrale del Latte di Roma* genügte es der Kommission nicht, dass die Privatisierung eines lokalen, Milch verarbeitenden Unternehmens „lediglich in zwei italienischen Tageszeitungen“ bekanntgemacht wurde, weil man ein mögliches Interesse anderer europäischer Unternehmen von vornherein nicht ausschließen konnte.²⁶⁴ In *Gothaer Fahrzeugtechnik* befand sie die Kontaktierung von lediglich fünf möglichen Interessenten als unzureichend, ua auch weil alle nicht im gleichen Wirtschaftssektor tätig waren wie die privatisierte Entität.²⁶⁵ Dagegen qualifizierte die KOM in der BS *Georgsmarienhütte* das Bietverfahren als hinreichend offen, weil zum einen sowohl in nationalen als auch in internationalen Publikationsmedien das Vorhaben kundgemacht und zum anderen zu 120 Unternehmen direkter Kontakt gesucht wurde.²⁶⁶ Eine derartige Veröffentlichung des Privatisierungsvorhabens in Publikationsmedien darf nicht generell ausgestaltet sein,

²⁵⁸ Vgl *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003,785.

²⁵⁹ Vgl KOM 30.1.2002, 2002/896/EG, *Gothaer Fahrzeugtechnik* Rn 29; *Kümmritz* (2009), 61.

²⁶⁰ Vgl *Hattenberger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 232; KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 82.

²⁶¹ Vgl *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 14 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003,784.

²⁶² Vgl Leitfaden, 14 Abs 2.

²⁶³ Vgl Grundstücksmitteilung, 3 (Punkt II 1 a); *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 502.

²⁶⁴ KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 82.

²⁶⁵ Vgl KOM 30.1.2002, 2002/896/EG, *Gothaer Fahrzeugtechnik* Rn 29.

²⁶⁶ Vgl KOM 20.12.2001, 2002/286/EG, *Georgsmarienhütte* Rn 15.

sondern muss konkrete Angaben über das Angebot beinhalten, die den Kaufinteressenten eine angemessene Entscheidungsbasis bieten.²⁶⁷

Abgesehen davon sieht die KOM als Ausfluss der Grundstücksmitteilung jedoch – unabhängig davon, ob eine aktive und umfassende Bekanntmachung des Privatisierungsvorhabens vorgenommen wurde oder nicht – den Verkauf in Folge direkter Verhandlungen als zulässig an.²⁶⁸ Tritt aber der MS direkt an die potentiellen Käufer heran, so muss er dies bei allen potentiellen Interessenten tun und keinen dabei auslassen. Denn in der BS *Stardust Marine* sah die KOM in der Angebotsabgabe eines zuvor nicht kontaktierten Bieters den Beleg dafür, dass diese direkte bzw eingeschränkte und somit nicht öffentliche Ausschreibungsform nicht geeignet war, den Kreis aller potentiellen Kaufinteressenten anzusprechen.²⁶⁹ Es bedarf vielmehr einer breit angelegten Verfahrensweise, die in ihrem Ergebnis jenem eines öffentlich kundgetanen Ausschreibungswettbewerbs gleichkommt.²⁷⁰

Des Weiteren ist es möglich zu Beginn mittels eines transparent und diskriminierungsfrei ausgestalteten Teilnehmerwettbewerbs die Zahl der möglichen Käufer zu verringern, vorausgesetzt dies erfolgt einzelfallbezogen unter Anführung der Ausschlussgründe. Im Anschluss daran kann mit den verbleibenden Interessenten eine Verhandlungsphase eingeleitet und Einzelfragen thematisiert werden, zumal ein Unternehmenskaufvertrag auf eine Vielzahl von Aspekten Bedacht nimmt, die kaum in einem formalisierten Angebotsverfahren eingehend behandelt werden können.²⁷¹ So ist für komplexe Privatisierungsvorhaben ein Verhandlungsverfahren nach Durchführung einer Eignungsprüfung der Kaufinteressenten empfehlenswert (siehe 7.2.3). In der Praxis wird zumeist den übrig gebliebenen Interessenten ein Verkaufsmemorandum zugesandt.²⁷²

7.2.3 Transparenz

Die Ausgestaltung eines offenen Ausschreibungswettbewerbs muss auch „dem *Gebot der Transparenz*“ gerecht werden.²⁷³ Dies soll eine grundsätzliche Gleichbehandlung aller Kaufinteressenten und schließlich eine faire Ausgestaltung des Bietverfahrens gewährleisten.²⁷⁴ Folglich ist hierbei jedem potentiellen Käufer gleichermaßen Zugang zu den relevanten Informationen des zum Verkauf stehenden Unternehmens zu gewähren,

²⁶⁷ Vgl Koenig/Kühling, NVwZ 2003,783.

²⁶⁸ Vgl KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 88.

²⁶⁹ Vgl Heidenhain, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 13 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); KOM 8.9.1999, 2000/513/EG, *Stardust Marine* Rn 66.

²⁷⁰ Vgl Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 500.

²⁷¹ Vgl Koenig, EuZW 2001, 746.

²⁷² Vgl Egger, BRZ 2008, 35; Eggers/Malmendier, NJW 2003, 785; Prieß/Gabriel, NZBau 2007, 620 f.

²⁷³ Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 500.

²⁷⁴ Vgl Kristoferitsch, EuZW 2006, 430.

sodass jedes Angebot auf demselben Informationsstand basiert und angemessen vorbereitet werden kann.²⁷⁵ Zudem sollen Bieter anderer MS keinerlei Benachteiligung erfahren, bspw durch die Festlegung inadäquat kurzer Fristen betreffend der Angebotslegung.²⁷⁶ So können ausländische Bieter ua aufgrund der Sprachbarriere diesbezüglich benachteiligt werden.²⁷⁷ Solche Fristen bedürfen vielmehr einer angemessenen sowie hinreichenden Zeitrechnung, müssen für alle Bieter denselben zeitlichen Umfang vorsehen und dieselbe Geltung haben sowie jeden bekannt sein.²⁷⁸ Interessenten müssen jedenfalls genug Zeit zur Verfügung haben, sich zur Abgabe eines Gebotes zu entscheiden und dieses inhaltlich vorzubereiten. Im Gegensatz zur BS *BB*, in der unverbindlichen Angeboten eine Frist von sieben Wochen und in Folge verbindlichen Offerten zwei Monate eingeräumt wurde, kam die KOM in der BS *Société de Banque Occidentale* zu dem Schluss, dass eine Frist von acht Tagen für Angebotsabgaben zu kurz bemessen war.²⁷⁹ *Prieß/Gabriel* sehen grundsätzlich eine 30- bzw 37-tägige Frist als angemessen und befinden aber auch eine kürzere Frist von zwei Wochen als möglich.²⁸⁰

In *Société de Banque Occidentale* erfuhren grundlegende Verkaufsbedingungen im Laufe des Verfahrens eine Änderung, wobei dieser Umstand aber nicht allen Bietern gegenüber gleichermaßen kommuniziert wurde. Die KOM kam dabei zu dem Schluss, dass das Bietverfahren nicht transparent sowie objektiv ausgestaltet war.²⁸¹ Andererseits genehmigte die KOM in der BS *Automobile Craiova* etwaige Änderungen in der individuellen Verhandlungsphase „auf Grundlage endgültiger, verbesserter und unwiderruflicher Angebote“, solange diese mit der gängigen Geschäftspraxis korrespondieren.²⁸²

Wie bereits angeführt kann auch der privatisierende MS, vorausgesetzt das Vorhaben ist ausreichend kundgemacht worden, die Verhandlungen mit den potentiellen Käufern auf die nächste Ebene führen und mittels Auswahlkriterien, wie zB Transaktionssicherheit oder Bonitätsgarantien, den Bieterkreis entsprechend reduzieren. Voraussetzung dabei ist, dass die angewandten Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung allen Kaufinteressenten bereits ex

²⁷⁵ Vgl *Hattenberger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 231 f.

²⁷⁶ Vgl *Wollenschläger* in *Birstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 495.

²⁷⁷ Vgl *Wollenschläger* in *Birstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 495.

²⁷⁸ Vgl *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 430.

²⁷⁹ Vgl *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 32 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); KOM 22.7.1998, 1999/262/EG, *Société de Banque Occidentale*, 25 f; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 30.

²⁸⁰ Vgl *Prieß/Gabriel*, NZBau 2007, 621.

²⁸¹ Vgl *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 15 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); KOM 22.7.1998, 1999/262/EG, *Société de Banque Occidentale*, 25 f.

²⁸² KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova* Rn 77.

ante mitgeteilt werden.²⁸³ Bis zur finalen Zuschlagserteilung dürfen keine neuen, nicht schon zu Beginn festgelegten Kriterien in die Angebotsbewertung einfließen.²⁸⁴

Einzelne noch verbleibende Bieter dürfen hinsichtlich der Möglichkeit, eine Due Diligence Prüfung durchzuführen sowie Meetings abzuhalten, nicht benachteiligt werden. Dies erfordert natürlich eine Gleichbehandlung aller Interessenten.²⁸⁵

Des Weiteren stellt die KOM in der BS *Automobile Craiova* fest, dass etwaige informelle Vorgespräche mit mehreren (aber nicht allen) potentiellen Käufern vor Erstveröffentlichung des Privatisierungsvorhabens als üblich und somit als nicht diskriminierend zu erachten sind, soweit es sich um die Einholung „vorläufige[r, dVerf] Informationen über Marktnachfrage, Mindestverkaufspreise usw.“ handelt und diese Gespräche „nicht mit dem Ziel oder der Folge der Festlegung von Ausschreibungsbedingungen geführt werden.“²⁸⁶

Intransparenzen können sich auch aus bereits vorhandenen Informationsasymmetrien ergeben. So kann ein Kaufinteressent, der zuvor beim betreffenden Unternehmen beschäftigt war, über detailliertere Informationen als die anderen Bieter verfügen. Ein typischer Fall stellt das Management Buy-Out dar, in dem das Management des zu verkaufenden Unternehmens vom bisherigen Mehrheitseigentümer die Anteile übernimmt.²⁸⁷ Hierbei würde sich das Heranziehen einer unabhängigen Entscheidungsinstanz – zB eines Treuhänders – eignen, um die nötige Diskriminierungsfreiheit des Auswahlverfahrens sicherzustellen.²⁸⁸

Um gegen eine eventuelle Nachprüfung der Kommission gewappnet zu sein, ist es von Vorteil den gesamten Verfahrensablauf detailliert festzuhalten und eine ausführliche Begründung für die Zuschlagserteilung parat zu halten. Darüber hinaus ist es auch dem Transparenzgrundsatz geschuldet, unberücksichtigte Kaufinteressenten auf Anfrage über die Beweggründe zu informieren.²⁸⁹

²⁸³ Vgl *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 503; *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 16 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 43.

²⁸⁴ Vgl *Prieß/Gabriel*, NZBau 2007, 621; KOM 8.2.2007, 2007/C 28/05, *Bank Burgenland* Rn 68.

²⁸⁵ Vgl *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 16 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 142.

²⁸⁶ KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova* Rn 69.

²⁸⁷ Vgl *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 430; *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 15 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de); KOM 8.9.1999, 2000/513/EG, *Stardust Marine* Rn 70.

²⁸⁸ Vgl *Kümmritz* (2009), 65.

²⁸⁹ Vgl *Bauer*, Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, EuZW 2001, 756.

7.2.4 Bedingungs- beziehungsweise Diskriminierungsfreiheit

Gemäß den Leitlinien für Privatisierungen ist der über ein Bietverfahren abgewickelte Verkauf nicht an marktunübliche Bedingungen zu knüpfen, wie zB die Fortführung eines gewissen Unternehmensbereiches oder der Miterwerb sonstiger nicht im Gebot enthaltener Vermögenswerte. Trotzdem können solche Vorbehalte auch von einem Private Vendor intendiert werden, was folglich eine Bezeichnung als „marktfremd“ relativiert. Vielmehr kommt es auf die wertbeeinflussende Wirkung der dem Verkauf zugrunde gelegten Auflagen sowie auf deren diskriminierungsfreie Ausgestaltung an, sodass alle potentiellen Erwerber in der Lage sind, diesen gerecht zu werden. So ist nach *Koller* die Qualifizierung einer Bedingung als „marktfremd“ oder „handelsüblich“ nicht ausschlaggebend. Lediglich eine den Verkaufspreis reduzierende Eigenschaft sowie eine diskriminierende Konstitution der Bedingung lassen auf eine etwaige Begünstigung von einzelnen Bietern schließen.²⁹⁰ Denn nach Rsp und Kommissionspraxis würde ein Private Vendor einen höchstmöglichen Veräußerungserlös anstreben und mithin die Auferlegung von den Verkaufspreis negativ beeinflussenden Bedingungen unterlassen.²⁹¹ Vor allem sind jene als beihilfenrechtlich bedenklich zu erachten, welche die unternehmerische Handlungsfreiheit des zukünftigen Käufers ungehörig einengen. Demzufolge sähe ein Private Vendor im Normalfall keinen Anlass die weitere wirtschaftliche Zukunft des verkauften Unternehmens derart vorzubestimmen, indem er bspw eine Sicherung von Arbeitsplätzen vornimmt oder das weitere Ausmaß der Investitionstätigkeit festlegt.²⁹² Hierbei wäre die verkaufte Entität selbst Beihilfenempfänger.²⁹³

So wäre es für einen Private Vendor auch ohne Belang, wenn es aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Potenz des Höchstbietenden sehr wahrscheinlich ist, dass das verkaufte Unternehmen nach Geschäftsabschluss aus dem Markt scheiden würde.²⁹⁴

Andererseits sind jene Bedingungen, die rein spekulativen Geboten vorbeugen oder der zügigen Transaktion und deren Sicherheit gewidmet sind, als beihilfenkonform und somit einer bedingungsfreien Ausschreibung als nicht abträglich zu erachten. Gemäß der Grundstücksmitteilung und dem Leitfaden lassen sich auch Auflagen aus nachbar- und umweltschutzrechtlichen Belangen mit dem Ausschreibungsmerkmal der Bedingungsfreiheit vereinbaren, soweit diese sich darauf beschränken, den diesbezüglich gesetzlichen Rahmen abzubilden.²⁹⁵ Die KOM will nicht nur um die formale Zulässigkeit von derartigen

²⁹⁰ Vgl *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 502 f.

²⁹¹ Vgl Leitfaden, 14 Abs 3; EuGH 14.9.1994, C-278/92, C-279/92 u C-280/92, *Spanien/Kommission* Rn 28.

²⁹² Vgl *von Bonin*, EuZW 2013, 249.

²⁹³ Vgl *von Wallenberg/Schütte* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV Rn 96 (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de); KOM 27.2.2008, Automobile Craiova, Rn 109 ff.

²⁹⁴ Vgl *Jaeger*, wbl 2014, 501.

²⁹⁵ Vgl Leitfaden, 14 Abs 4.

Bedingungen wissen, sondern setzt auch deren einwandfreie Bekanntgabe und korrekte Anwendung voraus.²⁹⁶ Sie verlangt darüber hinaus vom privatisierenden MS einen Beleg dafür, dass sich diese Bedingungen nicht kaufpreismindernd auswirken und auch von einem Private Vendor in Betracht gezogen werden.²⁹⁷

Grenzen Ausschreibungsbedingungen jedoch den Kreis der möglichen Interessenten künstlich ein, sind sie derart ausgestaltet, dass sie nur von einem (vorher)bestimmten Bieter erfüllt werden können oder hindern sie einen potentiellen Käufer, obwohl er das höchste Gebot abgegeben hätte, daran das betreffende Unternehmen zu erwerben, weil er bspw eine andere Geschäftsstrategie plant umzusetzen, so ist eine Ausschreibung nicht als bedingungsfrei zu erachten.²⁹⁸ Demnach ist der Beihilfenverdacht auch im Falle einer Veräußerung an den Meistbietenden nicht völlig ausgeräumt, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder Privatinvestor ohne ebensolcher Bedingung mehr für das Unternehmen gezahlt hätte.²⁹⁹ So „können Bedingungen potenziell interessierte Investoren von vornherein von der Abgabe eines Gebots abhalten“, sodass „selbst das höchste letztendlich eingereichte Angebot nicht notwendigerweise den tatsächlichen Marktwert repräsentiert.“³⁰⁰ Ob dem Käufer hierbei kein Vorteil gewährt wird, muss einzelfallbezogen beurteilt werden. Konkret dürfen die marktunüblichen Bedingungen nicht ursächlich für einen niedrigeren Kaufpreis sein, um das Vorliegen einer Beihilfe verneinen zu können.³⁰¹ Demnach kann in einem Bietverfahren trotz der Zugrundelegung von Konditionen, die zwischen Privaten unüblich sind, das darin ermittelte Höchstgebot auch den Marktwert darstellen, wenn diese keine Auswirkungen auf die Angebotshöhe gezeitigt haben.³⁰²

Darüber hinaus kann die KOM auch dann eine staatliche Beihilfe erblicken, wenn die Bedingung in der Ausschreibung nicht explizit angeführt ist (De-facto-Bedingung).³⁰³ Daraus folgt, dass die „(ausdrücklich genannten oder de facto bestehenden) Bedingungen für eine Privatisierung [so ausgestaltet sein müssen, dVerf], dass alle potenziellen Käufer in der Lage sind, diese zu erfüllen; ferner dürfen sie nicht zu einem niedrigeren Verkaufspreis führen.“³⁰⁴

In der BS *Automobile Craiova*³⁰⁵ betrachtete die KOM die Anknüpfung von produktionsbezogenen Bedingungen, wie bspw die Realisierung eines festgelegten

²⁹⁶ Vgl Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 503.

²⁹⁷ Vgl KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova* Rn 55, *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 19 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de).

²⁹⁸ Vgl Leitfaden, 14 Abs 5.

²⁹⁹ Vgl Koller, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 504; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 114.

³⁰⁰ KOM 28.8.2009, 2010/137/EG, *Austrian Airlines* Rn 184.

³⁰¹ Vgl KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova* Rn 54.

³⁰² Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 409; KOM 2.4.2008, 2008/767/EG, *Tractorul* Rn 41.

³⁰³ Vgl Leitfaden, 14 Abs 5.

³⁰⁴ Leitfaden, 15 Abs 1.

³⁰⁵ Näheres in KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova* Rn 82.

Produktionsniveaus, an eine Privatisierung als kaufpreismindernd.³⁰⁶ Ebenso qualifizierte sie in *Gröditzter Stahlwerke*³⁰⁷ die an potentielle Interessenten gerichtete Forderung der Präsentation eines Unternehmenskonzepts, das ua eine „*detaillierte Verpflichtung zur Schaffung/Erhaltung von Arbeitsplätzen*“ enthalten soll, als kaufpreisreduzierend und die Privatisierung als „*mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe*“.³⁰⁸

Hingegen ließ sie in *Centrale del Latte di Roma* die Pflicht zur Erhaltung von rund der Hälfte der Arbeitsplätze gelten, weil sie diese für angemessen und als keine Diskriminierung anderer Bieter erachtete.³⁰⁹ Obwohl diese und andere als diskriminierungsfrei qualifizierten Bedingungen in ihrem Wirken kaufpreismindernd sein könnten, kam die KOM zu dem Schluss, dass „*die Auswirkungen dieser Bedingungen auf den Marktwert nicht berechnet werden können und dass sie durch die Tatsache, dass das Angebot des ausgewählten Bewerbers wesentlich über dem von einem unabhängigen Gutachter ermittelten Wert des Unternehmens lag [...], ausgeglichen werden können.*“³¹⁰ In Anbetracht der oben dargelegten jüngeren Entscheidungspraxis würde diese Einschätzung aber einen Ausnahmefall bilden.³¹¹

Zusammenfassend stellen Arbeitsplatzgarantien grundsätzlich keine von einem Private Vendor bei Unternehmensverkauf typisch in Betracht gezogene Bedingungen dar, wobei aber nach *Koenig/Kühling* diese nicht zwangsläufig das Vorliegen einer an den Erwerber gewährten Beihilfe bestätigen, sofern Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen und diese Garantien nicht aus rein ordnungspolitischen Überlegungen erzwungen werden.³¹²

Der XXIII. Wettbewerbsbericht untersagt, wie oben erwähnt, seinem Wortlaut nach die Anknüpfung von Bedingungen an eine Ausschreibung. Dagegen verbietet die analog auf Unternehmensprivatisierungen angewandte Grundstücksmitteilung bloß Bedingungen, „*die nicht von allen Bietern in gleicher Weise erfüllt werden können*“³¹³ und lässt somit jene gelten, die „*dem Erwerber in nicht diskriminierender Weise auferlegt wurden.*“³¹⁴ Danach sind jene Auflagen zulässig, die dem öffentlichen Interesse entsprechen, an alle in Frage kommenden Interessenten gleichermaßen gerichtet sind und auch generell von diesen

³⁰⁶ Vgl Leitfaden, 15 Abs 2.

³⁰⁷ Näheres in KOM 8.7.1999, 1999/720/EG, *Gröditzter Stahlwerke*.

³⁰⁸ Leitfaden, 15 Abs 3; *Soltész/Bielesz*, EuZW 2004, 393.

³⁰⁹ Vgl *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 430; KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 91.

³¹⁰ KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 91.

³¹¹ Vgl *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 499.

³¹² Vgl *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 782.

³¹³ *Jaeger*, EuZW 2008, 690; KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma* Rn 87.

³¹⁴ *Soltész/Bielesz*, EuZW 2004, 394.

erfüllt werden können, unabhängig von deren Branchenzugehörigkeit (Grundsatz der Nichtdiskriminierung).³¹⁵

Der privatisierende MS wäre dieser Möglichkeit durch die Kommissionsentscheidung *BB* beraubt worden, sähe man aufgrund dieser die analoge Heranziehung der Grundstücksmitteilung als nicht mehr zulässig an.³¹⁶ Ausnahmen könnten demnach nur jene Bedingungen darstellen, die auch ein Private Vendor für notwendig erachtet, wie „*die der Sicherstellung der Durchführbarkeit oder der erweiterten Meistbieterermittlung*“³¹⁷ (wie zB „*Standardformen der Entschädigung wegen der Solvenz des Bieters oder Einhaltung des inländischen Arbeitsrechts*“³¹⁸). Die Festlegung von derartigen Verkaufskriterien muss deshalb aus der Perspektive eines längerfristig und strategisch ausgerichteten Private Vendors vernünftig sein (siehe 7.2.5 u 7.2.6).³¹⁹ Der Rest unterläge wenngleich dem widerleglichen Verdacht, den Kaufpreis zu mindern und bedürfe einer vorherigen Anmeldung.³²⁰

7.2.5 Veräußerung an den Meistbietenden

Nach stRsp des EuGH entspricht der Marktpreis jeweils dem höchsten Preis, den ein privater Kapitalgeber unter herkömmlichen Wettbewerbsverhältnissen für das betreffende Unternehmen „*in der Situation in der [es, dVerf] sich befindet*“, entrichtet hätte.³²¹ Ein Private Vendor würde sich generell für das Höchstgebot entscheiden, „*falls es verpflichtend und verlässlich [ist, dVerf], und zwar unabhängig von den Gründen, die den potenziellen Käufer dazu bewogen hätten, dieses Angebot abzugeben.*“, denn für einen Private Vendor wären sie „*nämlich nicht ausschlaggebend.*“³²²

Ist diesem Unternehmen zuvor vom Staat eine rechtswidrige Beihilfe gewährt worden und wurde es dennoch zum Marktpreis veräußert, so gilt diese Beihilfe als „*zum Marktpreis bewertet und in den Kaufpreis einbezogen.*“³²³ In diesem Fall wäre der Käufer nicht Nutznießer jener und folglich auch nicht Beihilfenempfänger.³²⁴ Andererseits könnte der

³¹⁵ Vgl *Hattenberger*, Jahrbuch Beihilfenrecht 2008, 232, KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 106.

³¹⁶ Vgl *Jaeger*, EuZW 2008, 690; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 108.

³¹⁷ *Jaeger*, EuZW 2008, 690.

³¹⁸ KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova* Rn 54.

³¹⁹ Vgl *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 497.

³²⁰ Vgl *Jaeger*, EuZW 2008, 690.

³²¹ EuGH 20.9.2001, C-380/98, *Banks* Rn 77.

³²² EuGH 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 P u C-223/12 P, *Land Burgenland ua/Kommission* Rn 114.

³²³ EuGH 29.4.2004, C-277/00, *Deutschland/Kommission* Rn 80.

³²⁴ Vgl EuGH 20.9.2001, C-380/98, *Banks* Rn 77.

Erwerber bei Kauf unter jenem Preis, der sich unter normalen Marktbedingungen ergeben hätte, sehr wohl Nutznießer sein.³²⁵

Der Staat als Verkäufer muss daher bestrebt sein, den höchstmöglichen Veräußerungserlös zu erzielen, was zwangsläufig die Zuschlagserteilung an den Meistbietenden voraussetzt.³²⁶ Verkauft der MS nicht an den Höchstbieter, so legitimiert „[d]ies allein schon die Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens“ seitens der KOM, begründet jedoch „an sich kein[en] unwiderlegliche[n] Beweis für eine Beihilfe.“³²⁷ Der Nachweis, dass der wirtschaftliche Gehalt der nachgereichten Offerte dem des nominell erstgereichten Angebots überwiegt, bleibt somit erbringbar. So können für die Verkaufsentscheidung andere Faktoren als der Preis eine Rolle spielen, wobei folgende scheinbar kumulativ angeführten Kriterien alternativ aufzufassen sind:³²⁸ „Ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Wirtschaftsteilnehmer könnte sich dennoch ausnahmsweise für das niedrigere Angebot entscheiden, wenn a) es erstens offensichtlich ist, dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar ist, und b) es zweitens gerechtfertigt ist, auch anderen Faktoren als dem Preis Rechnung zu tragen.“³²⁹

Das Kriterium der Nichtdurchführbarkeit (lit a) ist bereits als erfüllt anzusehen, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum einen von einer Nichtentrichtung des Kaufpreises auszugehen ist (mangelnde Transaktionskostensicherheit) oder zum anderen aus gesetzlichen Gründen die notwendige Genehmigung des Veräußerungsvorgangs – bspw von der Finanzmarktaufsicht – mit hoher (an Sicherheit grenzender) Wahrscheinlichkeit nicht erteilt wird, wobei hier die bloße Dauer eines diesbezüglichen Verfahrens keinen Bieterausschluss begründen kann.³³⁰ Daraus ergibt sich für die Praxis die Möglichkeit zuvor Nachweise von den Bietern zu verlangen, um sicherzustellen, dass das Closing nicht durch etwaige kartellrechtliche, aufsichtsrechtliche oder sonstige regulatorische Hemmnisse vereitelt werden kann. *Soltész* und *Melcher* beäugen vor allem die Beweislast des Unternehmensveräußerers im Hinblick auf die Nichtdurchführbarkeit der Transaktion mit einem Kaufinteressenten äußerst kritisch.³³¹

Des Weiteren können auch „Unterschiede in den außerbilanziellen Risiken zwischen den Angeboten“ (lit b), die in ihrer Wirkung mittelbar wertbeeinflussend sind, der Preisorientierung des Meistbieterprinzips an Bedeutung abringen und eine

³²⁵ Vgl *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 28 (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de).

³²⁶ Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 410.

³²⁷ KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 104 u 120.

³²⁸ Vgl *Jaeger*, EuZW 2008, 689.

³²⁹ KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 120.

³³⁰ Vgl *Jaeger*, EuZW 2008, 689; *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 410.

³³¹ Vgl *Soltész/Melcher*, Privatisierungen werden schwieriger – Anmerkung zum Urteil *Bank Burgenland*, BRZ 2014, 17 f; EuGH 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 P u C-223/12 P, *Land Burgenland ua/Kommission* Rn 72 ff.

betriebswirtschaftliche Gesamtrechnung zulassen.³³² So hat auch die KOM in der *BS Stardust Marine* anhängige Rechtsstreitigkeiten in ihre Bewertung miteinbezogen.³³³ Dabei sind generell alle Risikofaktoren in Betracht zu ziehen, die auch für einen Private Vendor von Relevanz wären (zB „*Standardformen der Entschädigung, Solvenznachweise des Bieters*“, etc) und uU auch langfristig-strategische Folgen für den Verkäufer haben können (zB eine eventuelle Haftung, die schlagend werden kann).³³⁴

Alles in allem lässt die Zuschlagserteilung an den Meistbietenden Beihilfenkonformität vermuten und die Anmeldepflicht entfallen. Knüpft der MS jedoch andere – qualitative – Faktoren ua im obigen Sinne an die Ausschreibung, so lässt sich ein diesbezüglicher Beihilfenverdacht nicht gänzlich ausräumen und macht folglich eine Notifizierung notwendig. Dagegen wäre nA *Jaegers* diese nicht vonnöten, „*wenn die nicht preisbezogenen Kriterien restlos transparent und marktüblich sind (dies ist zB bei Kriterien wie Transaktionskostensicherheit oder Sicherheit der Kaufpreiszahlung der Fall)*“ (näher dazu in 7.2.6).³³⁵ *Hattenberger* hingegen sieht derartige Kriterien als zu unbestimmt an und weist auf die Möglichkeit hin, dass diese deswegen leicht Gegenstand von Diskriminierungen sein könnten, weil es dem Verkäufer dadurch möglich wäre, die Bewertung dieser in eine dem Bieter nicht durchschaubare Richtung zu lenken.³³⁶

Da sich jedoch die Ermittlung des Unternehmenswertes in der Praxis nicht einfach gestaltet und das Bietverfahren gerade den Zweck verfolgt den Marktpreis des zu verkaufenden Unternehmens festzustellen, so käme trotzdem ein Zuschlag unter dem Höchstgebot einer Veräußerung unter dem Marktpreis gleich.³³⁷

7.2.6 Nähe zum vergaberechtlichen Bestbieterprinzip

Wer letztendlich den Zuschlag für einen Auftrag bekommt, entscheidet sich im europäischen Vergaberecht nach dem Bestbieterprinzip, vorausgesetzt das Vergabeverfahren basiert nicht auf einer klar, eindeutig und vollständig definierten Leistung. Andernfalls schlägt, wenn alle eingehenden Angebote gemäß den leistungsbezogenen Vorgaben dem gleichen Qualitätsstandard entsprechen, das dem Vergaberecht ebenfalls immanente Billigstbieterprinzip durch, dessen einziges Zuschlagskriterium der Preis ist.³³⁸

Die Bestbieterermittlung umfasst hingegen die Festlegung mehrerer, qualitativer Zuschlagskriterien, „*wie zB Ausführungsfrist, Betriebskosten, [oder, dVerf] Rentabilität*“, die

³³² KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 120; *Jaeger*, EuZW 2008, 689.

³³³ Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 410; KOM 8.9.1999, 2000/513/EG, *Stardust Marine* Rn 78.

³³⁴ *Jaeger*, EuZW 2008, 689.

³³⁵ *Jaeger*, *Bank Burgenland: Übergehen des Meistbieters als mögliche Beihilfe*, *ecolex* 2007, 307.

³³⁶ Vgl *Hattenberger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 240.

³³⁷ Vgl *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 430.

³³⁸ Vgl *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 505.

den staatlichen Auftraggeber in die Lage versetzen, „den effektiven wirtschaftlichen Wert“ des jeweiligen Angebotes zu bestimmen.³³⁹ Dies gleicht der Konzeption der beihilfenrechtlichen Meistbieterermittlung, wie sie bei Privatisierungen zum Einsatz kommt. Zwar räumt der Verkauf an den Meistbietenden den generellen Beihilfenverdacht aus, jedoch kann neben dieser Preisorientierung auch eine betriebswirtschaftliche Gesamtrechnung dem Meistbieterprinzip zugrunde gelegt werden. So könnten nach *Jaeger* durchwegs Auswahlkriterien à la Bestbieterprinzip den Ausschreibungswettbewerb bei Privatisierungen einsäumen, „solange [...] [diese, dVerf] marktüblich, transparent und nichtdiskriminierend sind.“³⁴⁰ Um die notwendige Transparenz herzustellen, bedarf es der klaren Formulierung, Reihung sowie einer Ex-ante-Gewichtung der Auswahlkriterien ihrer Bedeutung nach.³⁴¹ Somit könnte einem preislich zurückliegenden Gebot der Vorzug gegeben und folglich dem Bestbieter der Zuschlag erteilt werden, „soweit alle potentiellen Erwerber grundsätzlich zur Erfüllung der Bestbieterkriterien in der Lage gewesen wären“.³⁴²

Wie im Vergaberecht sind auch nach der Grundstücksmitteilung gewisse nicht wirtschaftliche Bedingungen zulässig, wie zB Verpflichtungen betreffend Umweltschutz. Jedoch schränkt nA *Jaegers* die Kommissionsentscheidung *BB* diese erweiterte Meistbieterermittlung dahingehend ein, dass bilanzunwirksame Bedingungen hingegen keine Beachtung mehr finden.³⁴³

Des Weiteren wurde in der *BS BB* in einer vor Verkauf der Bank von staatlicher Seite gewährten Ausfallhaftung die Hingabe eines marktunüblichen Vorteils iS einer Beihilfe erblickt und die diesbezügliche Qualifizierung als ein vom Private Vendor in die Angebotsbewertung einzubeziehendes Risikoelement verneint, wäre ja ua „die Rolle des [...] [Staates, dVerf] als Geber staatlicher Beihilfen und als Verkäufer der Bank vermischt.“³⁴⁴ *Soltész* sieht dagegen darin eine zivilrechtliche Patronatserklärung, die das Eigentümerinteresse des Burgenlandes widerspiegelt und somit sehr wohl bei der Meistbieterermittlung Berücksichtigung finden darf, da sie ja auch bereits genehmigt wurde.³⁴⁵

Entscheidet sich aber der privatisierende MS gegen obige Rechtsauffassung der KOM, indem er dem Bestbieter den Zuschlag erteilt, so muss nA *Lintschingers* und *Kollers* „die Auswahl

³³⁹ *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 505.

³⁴⁰ *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 505.

³⁴¹ Vgl *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 504 f; *Jaeger*, *ecollex* 2007, 307.

³⁴² *Jaeger*, *EuZW* 2007, 500.

³⁴³ Vgl *Jaeger*, *EuZW* 2008, 690.

³⁴⁴ KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 135; *Jaeger*, *EuZW* 2008, 690.

³⁴⁵ Vgl *Soltész*, *Beihilferecht als Privatisierungsbremse!*, *EuZW* 2008, 353.

*des niedrigeren Angebotes jedenfalls unternehmerisch nachvollziehbar, also mit marktwirtschaftlich relevanten Faktoren begründbar sein.*³⁴⁶

7.3 Privatisierung auf Basis eines Wertgutachtens

Entscheidet sich der MS hingegen für den Verkauf auf Grund eines Gutachtens, so soll er sich gemäß der Grundstücksmitteilung bereits vor Anbahnung etwaiger Verkaufsverhandlungen eines unabhängigen und qualifizierten Sachverständigen bedienen, der „auf [...] Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert“ des zu privatisierenden Unternehmens ermittelt.³⁴⁷ Dieser stellt den Mindestkaufpreis dar, den es zu unterschreiten nicht gilt, ansonsten eine verbotene Beihilfe darin zu vermuten ist.³⁴⁸ Existieren jedoch keine für Gutachter verbindlich festgelegte, öffentlich anerkannte sowie objektive Bewertungsstandards hinsichtlich des zu verkaufenden Vermögenswertes, so entfällt die Möglichkeit den Verkauf anhand eines Sachverständigengutachtens durchzuführen.³⁴⁹

Ob nun eine gutachterliche Wertermittlung bei Unternehmensprivatisierungen auch weiterhin in der Praxis statthaft ist, lässt sich an dieser Stelle in Anbetracht jüngerer Kommissionsentscheidungen nicht vollends klären. Einerseits stellte die KOM in der BS *Centrale del Latte di Roma* klar, „dass der Verkaufspreis dem Marktwert der Vermögensgegenstände entspricht, wie er durch die Bewertung des unabhängigen Sachverständigen ermittelt wurde.“³⁵⁰ Andererseits jedoch sprechen die KOM in jüngerer Entscheidungspraxis und auch der EuG unabhängigen Sachverständigengutachten aufgrund der Komplexität von Unternehmensbewertungen und der damit einhergehenden Prognoseunsicherheiten eine „geringere[...] Wertigkeit“ in Bezug auf die Ermittlung des Marktpreises zu.³⁵¹ In der Entscheidung *BB* kehrte die KOM ihrer eigenen Beurteilungspraxis den Rücken zu, indem sie Wertgutachten jegliche Relevanz absprach, da sie ja im XXIII. Wettbewerbsbericht nicht explizit angeführt sind.³⁵² Jedoch ist dieses Statement relativiert zu betrachten, denn nach *Wollenschläger* ist darin nur die Unzulässigkeit eines Verkaufs auf Grundlage eines Wertgutachtens zu sehen, „wenn [bereits, dVerf] ein durchgeführtes Bietverfahren zu einem höheren Kaufpreis geführt hat“.³⁵³ Eine Anmerkung in der

³⁴⁶ *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 411; *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 507.

³⁴⁷ Grundstücksmitteilung, 4 II 2 a.

³⁴⁸ Vgl Grundstücksmitteilung, 4 II 2 a.

³⁴⁹ Vgl *Koenig*, EuZW 2001, 741.

³⁵⁰ KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma*, Rn 89.

³⁵¹ EuG 28.2.2012, T-268/08 u T-281/08, *Bank Burgenland* Rn 72; KOM 17.6.2008, N 90/2008, *Energie AG Oberösterreich* Rn 17; *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 491.

³⁵² Vgl *Koller*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 501; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 108.

³⁵³ *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 492.

Entscheidung *BB*, dass ein Verkauf auf Basis einer Gutachtenbewertung nur im Falle einer Ex-ante-Bewertung – eine also vor Veräußerung Durchgeführten – rechters ist, bietet das Fundament für obige Ansicht.³⁵⁴ Auch *Jaeger* sieht darin kein vorzeitiges Aus für Unternehmensprivatisierungen auf Basis von Wertgutachten begründet und bringt dabei ins Treffen, dass unter ungünstigen Marktkonditionen ein Sachverständigengutachten zeitweise ja auch das beste Bewertungsinstrument verkörpern kann.³⁵⁵

Daraus ergibt sich – auch aus Sicht der Grundstücksmitteilung –, dass ein MS nur dann eine gutachterliche Wertermittlung dem Verkauf zugrunde legen darf, solange er kein Bietverfahren anstrebt. Falls doch, steht es ihm nicht zu dieses Gutachten nachträglich – nach Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs – als Rechtfertigung für „*einen Verkauf unterhalb des Meistbots*“ heranzuziehen.³⁵⁶ (Ex-ante-Wahlmöglichkeit bzw. „*Wahlrecht [...] vor Einleitung eines Bietverfahrens*“.³⁵⁷) Diese grundsätzliche Vorrangstellung des Bietverfahrens gegenüber der Gutachtenbewertung würde aber die Beihilfenfreiheit für jenen Fall bedeuten, in dem ein Unternehmen zu jenem aus einem früheren Bietverfahren resultierenden Preis verkauft wird, obwohl ein späteres Sachverständigengutachten einen höheren Wert ausweist. Folglich bedarf dies nach *Jaeger* einer Einschränkung, indem „*nur eine hinreichend aktuelle Wertermittlung [verlässlich sein kann, dVerf], egal ob es sich dabei um eine frühere (erfolgreiche) Ausschreibung oder ein früheres Gutachten handelt. Bedeutsam sind dabei insbesondere die Dynamik des jeweiligen Marktumfelds und ob im Unternehmen seither maßgebliche Veränderungen stattgefunden haben.*“³⁵⁸

Alles in allem kann man aus der jüngeren Kommissionspraxis und auch aus dem 2012 erschienen Leitfaden schließen, dass bei Nichtveräußerung an der Börse und Nichtdurchführung eines Ausschreibungswettbewerbs die KOM eine Notifikation für notwendig hält.³⁵⁹ Dabei lässt der Leitfaden auch alternative Privatisierungsverfahren zu, in denen die KOM Beihilfenfreiheit erkennen kann, sofern der MS „*in Bezug auf die angestrebte Erlösmaximierung und in Anbetracht der verschiedenen Optionen die beste rechtliche Lösung*“ wählt.³⁶⁰ Einzige Voraussetzung dabei ist stets, dass die Ermittlung des Unternehmenswertes in nachvollziehbarer und objektiver Weise geschieht.³⁶¹

³⁵⁴ Vgl KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 110.

³⁵⁵ Vgl *Jaeger*, EuZW 2008, 687.

³⁵⁶ *Jaeger*, EuZW 2008, 687; KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)* Rn 109.

³⁵⁷ *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 493.

³⁵⁸ *Jaeger*, EuZW 2008, 687; EuG 29.3.2007, T-366/00, *Scott SA/Kommission* Rn 106 ff.

³⁵⁹ Vgl *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 493.

³⁶⁰ Leitfaden, 16 Abs 2.

³⁶¹ Vgl *Egger*, BRZ 2008, 36.

Ergänzend ist noch zu erwähnen, dass die Berufung auf ein Wertgutachten gegenüber der oben dargelegten praxisnäheren Wertermittlungsmöglichkeiten der KOM mehr Angriffsfläche hinsichtlich der Beihilfenprüfung bietet und somit weitere Rechtsunsicherheiten mit sich bringt. Gestaltet es sich ja für die KOM bei Sachverständigengutachten wesentlich einfacher, die darin getroffenen Annahmen und Bewertungstechniken mit den eigenen, „adäquateren“, theoretischen Methoden und Ansichten zu entkräften.³⁶²

7.3.1 Qualifizierter und unabhängiger Sachverständiger

Der Sachverständige für Wertermittlung muss einen einwandfreien Leumund und folgende Qualifikationen vorweisen können:

- einen adäquaten „Abschluss an einer anerkannten Ausbildungsstätte oder eine gleichwertige akademische Qualifikation“;³⁶³
- des Weiteren Sachkunde und Erfahrung in der Feststellung „von Anlagevermögenswerten nach Standort und Kategorie des Vermögenswerts“.³⁶⁴

Existiert hingegen im betreffenden MS nicht die Möglichkeit, sich eine hierbei erforderliche akademische Qualifikation anzueignen, so stellt die Grundstücksmitteilung alternative Qualifikationserfordernisse an einen Sachverständigen.³⁶⁵

Unabhängig ist jener dann, wenn er frei von staatlichen Weisungen betreffend das Ermittlungsergebnis seine Bewertung durchführen kann. Werden in der Person des Sachverständigen staatliche Bewertungsbüros, Beamte oder Angestellte tätig, so werden sie „solange als unabhängig [angesehen, dVerf], wie eine unzulässige Einflußnahme auf ihre Feststellungen effektiv ausgeschlossen“ werden kann.³⁶⁶

7.3.2 Zulässige Abweichung vom Marktpreis

Der Marktpreis eines Unternehmens, „der im Allgemeinen durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage gebildet wird“, stellt dem EuG zu Folge den höchsten Preis dar, „den ein privater Investor unter normalen Wettbewerbsbedingungen für das Unternehmen zu zahlen bereit wäre“.³⁶⁷ Lässt sich das Unternehmen trotz aller Anstrengungen nicht zum Marktpreis veräußern, sieht die hier analog angewendete Grundstücksmitteilung eine Diskrepanz von bis zu 5% gegenüber dem eruierten Marktwert noch als beihilfenkonform an.

³⁶² Vgl Jaeger, Rechtsmittelentscheidungen des EuG im Fall Bank Burgenland, ecolex 2012, (741) 742.

³⁶³ Grundstücksmitteilung, 4 II 2 a.

³⁶⁴ Grundstücksmitteilung, 4 II 2 a; Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 482.

³⁶⁵ Vgl Grundstücksmitteilung, 4 II 2 a.

³⁶⁶ Grundstücksmitteilung, 4 II 2 a.

³⁶⁷ EuG 28.2.2012, T-268/08 u T-281/08, Bank Burgenland Rn 69.

Bleibt das Unternehmen trotz Abzug dieser Toleranzspanne weiter unverkäuflich, so darf nach Verstreichen angemessener Zeit das Unternehmen einer neuen Bewertung unterzogen werden, „die die Erfahrungen und eingegangenen Angebote berücksichtigt.“³⁶⁸

Unter dem Strich beherbergt eine Wertermittlung via Sachverständigengutachten ein nicht zu unterschätzendes Risiko für den Erwerber und den MS, deswegen, weil die KOM jederzeit zu dem Schluss gelangen kann, dass der mittels Gutachten eruierte Wert nicht dem Marktpreis entspricht.³⁶⁹

7.4 Freihändiger Verkauf

Jene oben vorgestellten Wertermittlungsverfahren, denen man grundsätzlich eine Beihilfenkonformität zuspricht, sind nicht taxativ zu verstehen.³⁷⁰ Im Gegenteil kann auch durch alternative Methoden eine beihilfenrechtlich adäquate Marktpreisermittlung gewährleistet werden, wenn sie „eine möglichst genaue Annäherung des Marktwerts an den Kaufpreis [...] erlaubt“.³⁷¹

So sieht die KOM vereinzelt ausnahmsweise auch weniger formal ausgestaltete Verkaufsabläufe als beihilfenkonform an, solange die differierende Gestaltung des Veräußerungsprozesses vom Ideal des Bietverfahrens nicht zu Erlöseinbußen führt und das Erreichen des höchstmöglichen Verkaufspreises ermöglicht. So kann ein Bietverfahren dafür ungeeignet sein und ein Direktverkauf die bessere Wahl darstellen, wenn es bspw von Vorherein nur eine limitierte Anzahl von Bietern gibt.³⁷²

Ist der MS bestrebt die Privatisierung seines Unternehmens mittels direkter Verhandlungen in die Wege zu leiten, so kann er zum einen sein beihilfenverdächtiges Vorhaben der KOM melden, wobei er damit rechnen muss, dass im Falle einer Prüfung das Projekt bis zum abschließenden Kommissionsbeschluss auf Eis liegt. Zum anderen steht es ihm frei, das Vorhaben in Anbetracht eines „nicht allzu hohe[n]³⁷³, dVerf“ Rückabwicklungsrisikos weiterzuführen, was natürlich aus Rechtssicherheitserwägungen nicht zu empfehlen ist und auch den Erwerber mit eventuellen Haftungsfragen konfrontiert.³⁷⁴

In der BS *Société Marseillaise de Crédit* verneinte die Kommission trotz freihändigem Verkauf und vorheriger Kapitalerhöhung das Vorliegen einer Beihilfe, weil im Veräußerungsprozess,

³⁶⁸ Grundstücksmitteilung, 4 II 2 b.

³⁶⁹ Vgl *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 413.

³⁷⁰ Vgl *Wollenschläger* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV) Rn 480.

³⁷¹ EuGH 16.10.2010, C-239/09, *Seydaland* Rn 39 u 43.

³⁷² Vgl *von Bonin*, EuZW 2013, 250.

³⁷³ Näheres in *Soltész/Bielesz*, EuZW 2004, 394.

³⁷⁴ *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 429.

„die geforderte Transparenz und Unparteilichkeit gewahrt wurden“³⁷⁵ und eine anerkannte Bewertungsmethode zur Anwendung kam.³⁷⁶

7.5 Negativer Verkaufspreis

Führt ein MS Vorbereitungsmaßnahmen zu Gunsten des zu privatisierenden Unternehmens in einem Ausmaß durch, das die dem Staat dadurch entstandenen Kosten nicht mehr durch einen etwaigen Veräußerungserlös gedeckt werden können, so wird der Verkauf des betreffenden Unternehmens unweigerlich zu einem negativen Verkaufspreis geschehen. Anders gesagt handelt es sich um den Verkauf „eines Unternehmens samt Übernahme der Schulden“, wobei „hier [...] die Differenz zwischen dem Verkehrswert und den übernommenen Schulden“ maßgeblich ist.³⁷⁷

Ein diesbezüglicher Beihilfenverdacht lässt sich auch nicht durch den grundsätzlich beihilfenkonformen Verkauf mittels eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahrens ausräumen. Hierbei bedarf es vielmehr einer Gegenüberstellung des negativen Preises mit dem Ergebnis einer Liquidation des betreffenden Unternehmens (Insolvenz), um festzustellen, ob das staatliche Handeln dem eines Private Vendors entspricht, der „die wirtschaftlich sinnvollste Lösung gewählt und seine Verluste so gering wie möglich gehalten“ hätte.³⁷⁸ Denn nA der KOM stellt die Liquidation ein Alternativszenario dar, welches sich ein Private Vendor stets in der Bewertung seines Privatisierungsvorhabens präsent halten würde.³⁷⁹ Auch eine Geschäftsaufgabe käme als Alternative in Betracht, jedoch stellen die Liquidationskosten den besseren Vergleichsparameter dar. Um nun den Verkauf eines Unternehmens zu einem negativen Kaufpreis als beihilfenfrei qualifizieren zu können, muss dieser weniger an Kosten verursachen als eine mögliche Liquidation. Lassen sich aber bereits im Vorfeld der Privatisierung gewährte, staatliche Beihilfen wertmäßig nicht vom Veräußerungsvorgang trennen, so kann trotz kostengünstiger Veräußerung zu einem negativen Preis die Kommission eine Beihilfe erblicken.³⁸⁰

In der Rs *Corsica Ferries France*³⁸¹ wurde vom EuG die Einschätzung der KOM, dass freiwillige Arbeitnehmerabfindungen den hypothetischen Liquidationskosten zuzurechnen seien, bemängelt, weil sie die bei großen Unternehmensgruppen angeblich gefestigte Praxis (aus Imagegründen) und die Relevanz der zusätzlichen Abfindungsgewährung nicht entsprechend

³⁷⁵ KOM 14.10.1998, 1999/508/EG, *Société Marseillaise de Crédit*, 6.

³⁷⁶ Vgl *Soltész/Bielez*, EuZW 2004, 394.

³⁷⁷ *Egger*, BRZ 2008, 33.

³⁷⁸ Leitfaden, 15 Abs 4.

³⁷⁹ Vgl *Kliemann/Catalán* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV Rn 136 ff (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

³⁸⁰ Vgl *Heidenhain*, European State Aid Law, § 26 Privatisation Rn 50 f (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de).

³⁸¹ Vgl EuG 11.9.2012, T-565/08, *Corsica Ferries France* Rn 90-109.

nachgewiesen und die aus der Nichtauszahlung resultierenden Konsequenzen unzulänglich erörtert hat. Konkret sah die KOM in dem unter den nun höheren Liquidationskosten liegenden negativen Kaufpreis die Beihilfenfreiheit der Privatisierungsmaßnahme begründet. Das EuG betrachtete indessen die wirtschaftliche Vernünftigkeit der Privatisierungsmaßnahme als nicht nachvollziehbar. Diese Ansicht wurde auch vom EuGH bestätigt, indem er das Fehlen einer hinreichenden Darstellung der langfristigen, wirtschaftlichen Vernünftigkeit des Verkaufs feststellte.³⁸²

7.6 Fälle notifizierungspflichtiger Verkäufe

Unternehmensprivatisierungen, die sich keiner der drei oben erwähnten Verfahren (siehe 7.1 bis 7.3) bedienen oder „bei denen die Verfahren inhaltlich mangelhaft sind (etwa: diskriminierende Elemente in der Ausschreibung; mangelnde Eignung des Gutachters; Unterschreitung des festgestellten Werts ohne Veranlassung oder um mehr als 5%³⁸³, dVerf], gegebenenfalls auch 10%³⁸⁴, dVerf]; und so weiter)“, unterliegen prima facie dem Verdacht, eine Beihilfe zu enthalten.³⁸⁵ Des Weiteren bedürfen – wie bereits erwähnt – grundsätzlich jene Veräußerungen einer Anmeldung bei der KOM, die im Anschluss an Verhandlungen mit nur einer Handvoll ausgewählter Bieter, nach Kapitalzuführungen von staatlicher Seite oder nach einer Umwandlung von Schulden dem Staat gegenüber in Aktienkapital durchgeführt werden.³⁸⁶

Darunter fallen auch generelle Schuldenverminderungen vor Verkauf, solange der Veräußerungserlös unter dem Betrag des Schuldenerlasses liegt, sowie bei Veräußerung nicht veranschlagte stranded costs und der Verkauf zu marktunüblichen Konditionen.³⁸⁷ Nicht selten in der Praxis vorkommende Fälle von beihilfenbelasteten Privatisierungsvorhaben sind ua auch der Verkauf unter dem Marktpreis, eine vor der Privatisierung vorgenommene Sanierung des betreffenden, defizitär wirtschaftenden und meist verschuldeten Unternehmens sowie ein Management Buy-Out.³⁸⁸

All diese Fälle haben gemeinsam, dass sie nicht den „zu Marktbedingungen erzielbaren, maximalen Verkaufspreis“ zur Folge haben könnten, den ein Private Vendor aber ins Auge fassen würde.³⁸⁹ Diese sodann bestehende Anmeldeverpflichtung heißt jedoch nicht, dass

³⁸² Vgl *Lukits*, Entwicklungen im Europäischen Beihilfenrecht, Jahrbuch Europarecht 2015, 159 f; EuGH 4.9.2014, C-533/12 P u C-536/12 P, *SNCM und Frankreich/Corsica Ferries France* Rn 43.

³⁸³ Näheres in Grundstücksmitteilung, 5 (Punkt II 2 c).

³⁸⁴ Näheres in KOM 21.1.1998, 98/384/EG, *Delfzijl*, ABl 1998/L 171/36, 43.

³⁸⁵ *Jaeger*, EuZW 2007, 500.

³⁸⁶ Vgl *Soltész/Bielesz*, EuZW 2004, 392.

³⁸⁷ Vgl *Jaeger*, EuZW 2008, 686; *Lintschinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 415.

³⁸⁸ Vgl *Kristoferitsch*, EuZW 2006, 429; KOM 8.9.1999, 2000/513/EG, *Stardust Marine*.

³⁸⁹ *Jaeger*, EuZW 2007, 500.

das Privatisierungsvorhaben abschließend von der KOM als mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird.³⁹⁰

Zum Schluss sei angemerkt, dass obige Aufzählung nicht taxativ zu verstehen ist, wären ja auch staatliche Maßnahmen möglich, die nicht nur dem Erwerber, sondern auch der privatisierten Entität oder dem Privatisierer einen Vorteil gewähren. So kann bspw. einem staatlichen Unternehmen aus dem Verkauf seiner Tochtergesellschaft zu einem allzu überhöhten Preis eine unrechtmäßige Beihilfe zukommen.³⁹¹

8 Resümee

Die BS *BB* verdeutlicht die mangelnde Rechtssicherheit im Hinblick auf Privatisierungen, sei es auf Seiten des privatisierenden MS, des Erwerbers oder eines Dritten, und weckt das Bedürfnis, die in den Privatisierungsleitlinien enthaltenen und unter analoger Heranziehung der Grundstücksmittelteilungs maßgeblichen Kriterien zu konsolidieren und hinreichend klar und transparent auszugestalten.³⁹² Bis dahin lassen sich Unsicherheiten in Bezug auf ein Privatisierungsprojekt vorab durch ein informelles Abstimmen mit der KOM bis zu einem gewissen Grad ausräumen, wobei hier jedoch die Bereitschaft der KOM, verbindliche Äußerungen zu einer beihilfenrechtlichen Problemstellung zu treffen, sich in Grenzen halten wird. Eine informelle Stellungnahme der KOM wird somit nicht immer das Verlangen nach mehr Rechtssicherheit stillen können, ist sie ja als nicht gerichtsfest zu qualifizieren. Folglich verbleibt als letzte Option die prophylaktische Notifizierung des Privatisierungsvorhabens bei der KOM, die natürlich aufgrund des Stand-Still-Gebots eine zeitliche Verzögerung im Hinblick auf die Umsetzung des Projektes mit sich bringt.³⁹³

Demgegenüber bestünden bei Nichtanmeldung eines beihilfenbelasteten Vorhabens vor allem für den Erwerber des staatlichen Unternehmens erhebliche Risiken. Zum einen hinge das Damoklesschwert der Nichtigkeit über dem Unternehmenskaufvertrag und zum anderen sähe er sich Jahre nach dem Geschäftsabschluss im Falle einer Negativentscheidung der KOM mit einer erheblichen Rückzahlungsforderung konfrontiert. Da ein Käufer aber im Vorhinein nicht feststellen kann, ob der MS im Rahmen des Privatisierungsprozesses beihilfenrechtlich korrekte Entscheidungen getroffen hat, wird sich dies nach *BB* auf die Interessenslage seriöser Bieter an solchen Transaktionen dementsprechend auswirken.³⁹⁴

Nach *Soltész/Melcher* hat das Urteil *BB* dem Bietverfahren die absolute Vorrangstellung im Hinblick auf die Veräußerungsmethoden eingeräumt. Daraus ergibt sich schlussendlich eine

³⁹⁰ Vgl. *Hattenberger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 233.

³⁹¹ Vgl. *Egger*, BRZ 2008, 33.

³⁹² Vgl. *Jaeger*, EuZW 2008, 687.

³⁹³ Vgl. *von Bonin*, EuZW 2013, 252.

³⁹⁴ Vgl. *Soltész/Melcher*, BRZ 2014, 18.

de facto Verpflichtung, das Privatisierungsvorhaben öffentlich auszuschreiben.³⁹⁵ Dieser Umstand birgt einige, für die Praxis noch nicht absehbare, beihilfenrechtliche Gefahrenquellen. So ist einerseits der hohe Formalisierungsgrad, den die Rsp dem Bietverfahren als Veräußerungsform beimisst, keineswegs Garant für die Erzielung des höchsten Verkaufserlöses. Denn ein Private Vendor greift nach *Koenig/Soltész* zwar auf ein strukturiertes Bietverfahren zurück, gestaltet jenes aber nicht offen aus, sondern nimmt Dienste bspw einer Investmentbank in Anspruch, die ihrerseits den Kreis der potentiellen Käufer (meist direkt) erschließt und mit diesem (selektiv) Verhandlungen führt.³⁹⁶ Andererseits haben die Unionsgerichte in der Rs *BB* hinsichtlich des Ausschreibungskriteriums der Transaktionssicherheit die volle Beweislast dem Verkäufer aufgebürdet, der sich natürlich bei einer entsprechend großen Anzahl an Bietern dementsprechend schwer tut. Vor allem aber steht diese Ansicht nach *Soltész/Melcher* im Widerspruch mit der Handlungsweise eines Private Vendors, der regelmäßig den Nachweis der Transaktionssicherheit von den potentiellen Käufern erbracht haben will.³⁹⁷

Zusammenfassend empfiehlt es sich daher aufgrund der nicht immer eindeutigen bzw sehr einzelfallbezogenen Kommissionspraxis Bietverfahren in Anlehnung an das Vergaberecht abzuwickeln.³⁹⁸

³⁹⁵ Vgl *Soltész/Melcher*, BRZ 2014, 17.

³⁹⁶ Vgl *Koenig/Soltész*, Regulierung durch EU-Beihilfenrecht in der Finanz- und Staatsschuldenkrise, WM 2013, 146.

³⁹⁷ Vgl *Soltész/Melcher*, BRZ 2014, 17.

³⁹⁸ Vgl *Kümmritz* (2009), 83 f; *Dietlein*, Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, NZBau 2004, 479.

9 Literaturverzeichnis

Zitierungen in Anlehnung an *Friedl/Loebenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen⁷ (2012):

Arhold, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht, *EuZW* 2008, 713.

Bauer, Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, *EuZW* 2001, 748.

Bauer/Nordmann in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 3 AEUV).

Bär-Bouysière in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 345 AEUV (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung (2010).

Bungenberg in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV).

Bunte in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

Catalán in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Cremer in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV Art 107 AEUV (4. Auflage 2011, beck-online.beck.de).

Dietlein, Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, *NZBau* 2004, 472.

Egger, Beihilfenverbot und Privatisierungen: Bank Burgenland und die aktuelle Praxis (Teil I), *BRZ* 2008, 32.

Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, *NJW* 2003, 780.

Götz/Martínez Soria in *Dauses*, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, H.III. Subventionsrecht (38. Ergänzungslieferung September 2015, beck-online.beck.de).

Hakenberg, Europarecht (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Hattenberger, Beihilfen und Privatisierung, *Jahrbuch Beihilferecht* 2008, 229.

Heidenhain, European State Aid Law (1. Auflage 2010, beck-online.beck.de).

Heinrich in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV).

Holoubek, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, *ÖZW* 2000, 33.

Jaeger, Bank Burgenland: Übergehen des Meistbieters als mögliche Beihilfe, *ecolex* 2007, 306.

Jaeger, Gemeinschaftsrechtliche Probleme einer Privatisierung, *EuZW* 2007, 499.

Jaeger, Neue Parameter für Privatisierungen? Die Entscheidung Bank Burgenland der Kommission, *EuZW* 2008, 686.

Jaeger, Rechtsmittelenscheidungen des EuG im Fall Bank Burgenland, *ecolex* 2012, 741.

Jaeger, Neues an der Schnittstelle von Vergabe- und Beihilferecht, *wbl* 2014, 493.

Kahl, Das öffentliche Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes, *NVwZ* 1996, 1082.

Kleine/Sühnel in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, *Europäisches Beihilfenrecht* (2013), Einleitung.

Kliemann in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV* (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Klieman/Catalán in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV* (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Kliemann/Mederer in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV* (7. Auflage. 2015, beck-online.beck.de).

Koenig, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, *EuZW* 2001, 741.

Koenig, EG-beihilfenrechtskonforme Beteiligung privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen, *EuZW* 2006, 203.

Koenig/Fechtner/Paul, Neuere Tendenzen zu den EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen an Grundstücks- und Anlagentransaktionen, *BRZ* 2009, 52.

Koenig/Kühling, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, *NVwZ* 2003, 779.

Koenig/Paul in *Streinz*, *EUV/AEUV Art 107 AEUV* (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

Koenig/Schramm, „Wirtschaftliche Kontinuität“ bei privatisierungsbedingten Unternehmensspaltungen als EU-beihilfenrechtliches Rückforderungsrisiko, *EWS* 2013, 267.

Koenig/Soltész, Regulierung durch EU-Beihilfenrecht in der Finanz- und Staatsschuldenkrise, *WM* 2013, 145.

Koller, Beihilferechtliche Bewertung von Privatisierungen, Vertiefung ausgewählter Themen, *Jahrbuch Beihilferecht* 2011, 497.

Krenn, Neues von der Europäischen Kommission im Bereich der Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 295.

Kristoferitsch, Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bietverfahrens bei Privatisierungen? Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 428.

Kühling in *Streinz*, EUV/AEUV Art 108 AEUV (2. Auflage 2012, beck-online.beck.de).

Kümmritz, Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Ausschreibungspflichten bei der Veräußerung staatlichen Anteilsvermögens nach dem europäischen Vergabe- und Beihilfenrecht (2009).

Lintschinger, Neues zu Privatisierungen, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 403.

Lukits, Entwicklungen im Europäischen Beihilfenrecht, Jahrbuch Europarecht 2015, 147.

Lumper, Die Ausgestaltung von Public Private Partnerships als moderne Form der Privatisierung, RFG 2015/7, 27.

Mederer in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht Art 107 AEUV (7. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Neumayr/Radl-Rebernick in *Straberger*, Handbuch EU-Recht, Beihilferecht B (Stand Juni 2015).

Pache/Pieper in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV).

Prieß/Gabriel, M&A-Verfahrensrecht – EG-rechtliche Verfahrensvorgaben bei staatlichen Beteiligungsveräußerungen, NZBau 2007, 617.

Rabl, Staatliche Mittel: Die Unsicherheiten bestehen weiter!, BRZ 2015, 4.

Reineke-Bock, Gabler Lexikon Unternehmensberatung (2007).

Rumersdorfer, Billigflieger im Visier, Sonderkonditionen auf Flughäfen im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts (2009).

Schröder in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 108 Abs 2 UAbs 3 und 4 AEUV).

Schroeder, Grundkurs Europarecht (4. Auflage 2015, beck-online.beck.de).

Soltész, Beihilferecht als Privatisierungsbremse!, EuZW 2008, 353.

Soltész/Bielesz, Privatisierungen im Licht des Europäischen Beihilfenrechts, Von der Kommission gerne gesehen – aber nicht um jeden Preis, EuZW 2004, 391.

Soltész/Melcher, Privatisierungen werden schwieriger – Anmerkung zum Urteil Bank Burgenland, BRZ 2014, 16.

Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 107 AEUV (Stand Januar 2014, rdb.at).

von Bonin, Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, 247.

von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art 107 AEUV (55. Ergänzungslieferung 2015, beck-online.beck.de).

Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 (Art 107 Abs 1 AEUV).

Zohlnhöfer/Obinger, Ausverkauf des „Tafelsilbers“: Bestimmungsfaktoren der Privatisierungserlöse in EU- und OECD-Staaten 1990-2000, Politische Vierteljahresschrift 2005, 602.

10 Judikaturverzeichnis

10.1 EuGH

EuGH 2.7.1974, 173/73, *Kommission/Italien*.

EuGH 7.5.1985, C-18/84, *Kommission/Frankreich*.

EuGH 10.7.1986, 234/84, *Belgien/Kommission*.

EuGH 13.7.1988, 102/87, *Frankreich/Kommission*.

EuGH 21.3.1991, C-303/88, *Italien/Kommission*.

EuGH 21.3.1991, C-305/89, *Italien/Kommission*.

EuGH 17.3.1993, C 72/91, und 73/91, *Sloman Neptun*.

EuGH 24.3.1993, C-313/90, *CIRFS/Kommission*.

EuGH 14.9.1994, C-278/92, C-279/92 u C-280/92, *Spanien/Kommission*.

EuGH 19.9.2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission*.

EuGH 13.3.2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

EuGH 20.9.2001, C-380/98, *Banks*.

EuGH 8.11.2001, C-143/99, *Adria Wien Pipeline*.

EuGH 16.5.2002, C-482/99, *Stardust Marine*.

EuGH 13.2.2003, C-409/00, *Spanien/Kommission*.

EuGH 29.4.2004, C-277/00, *Deutschland/Kommission*.

EuGH 3.3.2005, C-172/03, *Heiser*.

EuGH 14.4.2005, C-110/03, *Belgien/Kommission*.

EuGH 21.7.2005, C-71/04, *Xunta de Galicia*.

EuGH 10.1.2006, C 222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA*.

EuGH 23.3.2006, C-237/04, *Enirisorse SpA/Sotacarbo SpA*.

EuGH 6.11.2006, C-88/03, *Portugal/Kommission (Azoren Urteil)*.

EuGH 15.4.2008, C-390/06, *Nuova Agricast Srl/Ministerio delle Attività Produttive*.

EuGH 8.7.2010, C-171/08, *Kommission/Portugal*.

EuGH 16.10.2010, C-239/09, *Seydaland* (European Court Reports 2010/I – 13083).

EuGH 8.11.2012, C 244/11, *Kommission/Hellenische Republik*.

EuGH 22.10.2013, C-105/12 u C-107/12, *Essent u andere*.

EuGH 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 P u C-223/12 P, *Land Burgenland ua/Kommission*.

EuGH 4.9.2014, C-533/12 P u C-536/12 P, *SNCM und Frankreich/Corsica Ferries France*.

10.2 EUG

EuG 6.3.2003, T-228/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale u. a./Kommission*.

EuG 21.10.2004, T-36/99, *Lenzing*.

EuG 29.3.2007, T-366/00, *Scott SA/Kommission*.

EuG 12.2.2008, T-289/03, *BUPA/Kommission*.

EuG 10.4.2008, T-233/04, *Niederlande/Kommission*.

EuG 13.9.2010, T-415/05, T-416/05 und T-423/05, *Olympiakes Aerogrammes*.

EuG 28.2.2012, T-268/08 u T-281/08, *Bank Burgenland*.

EuG 11.9.2012, T-565/08, *Corsica Ferries France*.

EuG 14.10.2014, T-137/02, *Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG*.

11 Kommissionsentscheidungen

KOM 21.1.1998, 98/384/EG, *Delfzijl*, ABl 1998/L 171/36.

KOM 22.7.1998, 1999/262/EG, *Société de Banque Occidentale*, ABl 1999/L 103/19.

KOM 14.10.1998, 1999/508/EG, *Société Marseillaise de Crédit*, ABl 1998/L 198/1.

KOM 8.7.1999, 1999/720/EG, *Gröditzter Stahlwerke*, ABl 1999/L 292/27.

KOM 8.9.1999, 2000/513/EG, *Stardust Marine*, ABl 2000/L 206/6.

KOM 11.4.2000, 2000/628/EG, *Centrale del Latte di Roma*, ABl 2000/L 265/15.

KOM 20.12.2001, 2002/286/EG, *Georgsmarienhütte*, ABl 2002/L 105/33.

KOM 30.1.2002, 2002/896/EG, *Gothaer Fahrzeugtechnik*, ABl 2002/L 314/62.

KOM 8.2.2007, 2007/C 28/05, *Bank Burgenland*, ABl 2007/C 28/8.

KOM 27.2.2008, 2008/717/EG, *Automobile Craiova*, ABl 2008/L 239/12.

KOM 2.4.2008, 2008/767/EG, *Tractorul*, ABl 2008/L 263/5.

KOM 30.4.2008, 2008/719/EG, *Bank Burgenland (BB)*, ABl 2008/L 239/32.

KOM 17.6.2008, N 90/2008, *Energie AG Oberösterreich*, ABl 2008/C 216/02.

KOM 28.8.2009, 2010/137/EG, *Austrian Airlines*, ABl 2010/L 59/1.

KOM 4.8.2010, 2010/690/EU, *PZL Hydral*, ABl 2010/L 298/51 (Bekanntgabe unter Aktenzeichen K(2010) 5406, polnische Fassung verbindlich).

12 Verzeichnis europäischer Verordnungen

VO (EG) 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl 1999/L 81/1 (außer Kraft).

VO (EG) 794/2004 der Kommission vom 21.4.2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl 2004/L 140/1.

VO (EU) 733/2013 des Rates vom 22.7.2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 994/98 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl 2013/L 204/11.

VO (EU) 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl 2013/L 352/1.

VO (EU) 651/2014 der Kommission vom 17.6.2014 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 2014/L 187/1.

VO (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (kodifizierter Text), ABl 2015/L 248/9.

13 Verzeichnis der Äußerungen der Europäischen Kommission

XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1991 (<http://bookshop.europa.eu/de/xxi.-bericht-ueber-die-wettbewerbspolitik-1991-pbCM7392247/>) (Zugriff am 1.5.2016).

XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992 (<http://bookshop.europa.eu/de/xxii.-bericht-ueber-die-wettbewerbspolitik-1992-pbCM7693689/>) (Zugriff am 1.5.2016).

XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 (http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM8294650) (Zugriff am 1.5.2016).

Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücke durch die öffentliche Hand, ABl 1997/C 209/03.

Mitteilung der Kommission vom 11.8.2009, Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl 2009/C 188/1.

Leitfaden zur beihilfenkonformen Finanzierung, Umstrukturierung und Privatisierung staatseigener Unternehmen vom 10.2.2012, swd (2012) 14 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_de.pdf) (Zugriff am 1.5.2016).

Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl 2013/C 25/1.

Mitteilung der Kommission vom 23.7.2013, Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABl 2013/C 209/1.

Mitteilung der Kommission vom 27.6.2014, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl 2014/C 198/1.

Mitteilung der Kommission vom 31.7.2014, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl 2014/C 249/1.

Mitteilung der Kommission, Entwurf-Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV, Rn 124 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_de.pdf) (Zugriff am 1.5.2016).