

Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Band 5: Beihilfenrecht: BeihilfenR

Art. 107-109 ARUV, Beihilfenverfahrensordnung, Gruppenausnahmen, Rückforderung von Beihilfen

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker, Bearbeiter des fünften Bandes:
Christoph Arhold, Kathrin Blanck-Putz, Dr. Engin Ciftci, LL.M., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Birgit Haslinger, Dr. Clemens Holtmann, Prof. Dr. Thomas Jäger, LL.M., Dr. Nadja Kaeding, Dr. Ulrich Karpenstein, Prof. Dr. Jürgen Keßler, Dr. Thomas Köster, LL.M., Dr. Viktor Kreuzschitz, Prof. Dr. Thomas Lübbig, Prof. Dr. Markus Ludwigs, Dr. Elisabeth Meindl, Michael Niejahr, Nina Niejahr, LL.M., Dr. Marco Núñez Müller, LL.M., Jan Philipp Otter, Kerstin Rohde, Dr. Andreas Rosenfeld, Tibor Scharf, Dr. Michael Schütte, Prof. Dr. Ulrich Schwalbe, Dr. Ulrich Soltész, LL.M., Dr. Christian Wagner, Anna-Fiona Weise, Dr. Harald Weiß, Bernhard Wendland, Philipp Werner, Jörg Witting, und Prof. Dr. Maik Wolf

2. Auflage 2018. Buch. Rund 2000 S. Gebunden

ISBN 978 3 406 70695 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Subventionsrecht, Beihilferecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

umfassenden harten Patronatserklärung bereit sein dürfte, als Beihilfe angesehen werden muss. Entsprechend hat die Kommission die Abschaffung solcher Garantien bei einer Reihe öffentlicher Unternehmen, inklusive der deutschen Landesbanken⁷⁶⁵ und des französischen Energieunternehmens EDF,⁷⁶⁶ verlangt. In Bezug auf ein italienisches Unternehmen in Schwierigkeiten sah die Kommission den Übergang von gemeinsamer zur Alleinkontrolle durch den öffentlichen Anteilseigner deshalb als Beihilfe an, weil nach nationalem Recht bei Alleinkontrolle der Anteilseigner einer unbegrenzten Haftung unterliegt, und ein privater Anteilseigner einen solchen Schritt daher nicht unternommen hätte.⁷⁶⁷

Dasselbe gilt nach der aktuellen Mitteilung für die günstigeren Finanzierungsbedingungen für Unternehmen, deren Rechtsform einen Konkurs oder andere Insolvenzverfahren ausschließt oder dem Unternehmen eine ausdrückliche staatliche Garantie oder Verlustübernahme durch den Staat verschafft⁷⁶⁸ (sog. „**implizite Garantie**“⁷⁶⁹). Dieser Ansatz wurde im Urteil La Poste durch das Gericht bestätigt.⁷⁷⁰ Das hiergegen von Frankreich erhobene Rechtsmittel blieb ohne Erfolg. Der Gerichtshof bestätigte, dass sich aus den Erwägungen in der Bürgschaftsmitteilung „eine **einfache Vermutung** [dafür ergibt], dass eine implizite unbeschränkte Staatsbürgschaft für ein Unternehmen, das nicht den gewöhnlichen Sanierungs- und Abwicklungsverfahren unterliegt, eine Verbesserung seiner finanziellen Position durch eine Verminderung der in der Regel von ihm zu tragenden Belastungen zur Folge hat“,⁷⁷¹ sodass es jedenfalls „im Rahmen des Verfahrens für bestehende Beihilferegeln“⁷⁷² zum Nachweis des Vorteils, den eine solche Bürgschaft dem begünstigten Unternehmen verschafft, ausreicht, dass die Kommission das Bestehen der Bürgschaft selbst nachweist; **die tatsächlichen Auswirkungen der Bürgschaft, die ab dem Zeitpunkt ihrer Gewährung erzeugt werden, brauchen nicht nachgewiesen zu werden**“.⁷⁷³ Im Fall von La Poste war Grundlage dieser Vermutungswirkung die Organisation von La Poste als *Établissement public à caractère industriel et commercial* (EPIC), aus der die Unanwendbarkeit der üblichen Sanierungs- und Abwicklungsverfahren gegenüber Kreditgebern folgte.⁷⁷⁴ Im Fall des gleichfalls als EPIC organisierten Institut Français du Pétrole (IFPEN) hat das Gericht Gelegenheit gehabt, sich näher mit dieser Vermutungswirkung auseinanderzusetzen, denn nach dem Urteil des Gerichtshofs in La Poste wurde das Vorliegen einer implizit mit dem Status als EPIC einhergehenden unbeschränkten staatlichen Garantie nicht mehr in Zweifel gezogen.⁷⁷⁵

Das IFPEN ist eine öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtung, mit teils wirtschaftlichen Aktivitäten. Im Jahr 2006 änderte es seine Organisationsform von einer privatrechtlichen Gesellschaft zum Status als EPIC mit der entsprechenden impliziten Garantie. Im Juni 2011 erließ die Kommission einen Beschluss,⁷⁷⁶ in dem sie die mit dem Status als EPIC einhergehende Garantie als staatliche Beihilfe einstufte, sie aber unter bestimmten Auflagen als mit dem Binnenmarkt vereinbar ansah.⁷⁷⁷ In ihrem Beschluss stellte sie zunächst mit zahlreichen Verweisen auf ihren La Poste Beschluss fest, dass das IFPEN durch die Umwandlung in ein EPIC implizit den Vorteil einer unbeschränkten staatlichen Garantie erlangt habe, für die sie keine Prämie zahle. Darüber hinaus prüfte die Kommission, ob das IFPEN durch diese Garantie einen selektiven Vorteil erlangt hatte. Sie untersuchte dazu die Beziehungen des IFPEN zu den es finanzierenden Kredit- und Finanzinstituten, seinen Lieferanten und seinen Kunden und kam dabei zu folgenden Ergebnissen:

– **Beziehungen zu den Kredit- und Finanzinstituten:** Da das IFPEN zur Finanzierung seiner Verbindlichkeiten den Kreditmarkt in Anspruch nehmen, könne nicht ausgeschlossen werden, dass es einen wirtschaftlichen Vorteil erlange, da die Ausfallhaftung des Staates für seine Verbindlichkei-

⁷⁶⁵ S. hierzu *Quardt* EuZW 2002, 424 sowie *Simon* EStAL 2007, 499.

⁷⁶⁶ Kom., ABl. 2005 L 49/9 –EDF.

⁷⁶⁷ Kom., ABl. 1992 L 183/30, Punkt IV – Industrie Ottiche Riunite – IOR.

⁷⁶⁸ Bürgschaftsmitteilung, Punkt 1.2, vierter Spiegelstrich.

⁷⁶⁹ NoA-Bekanntmachung, Rn. 110.

⁷⁷⁰ EuG Ur t. v. 20.9.2012 – T-154/10, ECLI:EU:T:2012:452, Rn. 82–88 und 91–94 – Frankreich/Kom.

⁷⁷¹ EuGH Ur t. v. 3.4.2014 – C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, Rn. 97 f. – Frankreich/Kom.

⁷⁷² Anmerkung: Da in diesem Verfahren keine Rückforderung etwaiger bereits gewährter Beihilfe erfolgen kann, braucht die Kom. dort auch keinen genauen Beihilfenbetrag feststellen.

⁷⁷³ EuGH Ur t. v. 3.4.2014 – C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, Rn. 99 – Frankreich/Kom. S. hierzu auch *Soltész* EuZW 2014, 426.

⁷⁷⁴ EuGH Ur t. v. 3.4.2014 – C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, Rn. 96–99 – Frankreich/Kom.

⁷⁷⁵ EuG Ur t. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 55 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁷⁶ Kom., ABl. 2012, L 14/1 – staatliche Beihilfe C 35/08 (ex NN 11/08) Frankreichs zugunsten des „Institut Français du Pétrole“.

⁷⁷⁷ Insbes. unter Heranziehung des damals geltenden Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation ABl. 2006, C 323/1 (hiernach „FuEuI-Gemeinschaftsrahmen“).

ten in die Bewertung der Finanzmärkte einfließe. Nach der Prüfung der Bedingungen der vom IFPEN aufgenommenen Kredite in dem Zeitraum von der Umwandlung in ein EPIC bis Ende 2010 hat die Kommission aber festgestellt, dass diese marktüblichen Bedingungen entsprachen. Sie ist deshalb zu dem Schluss gelangt, dass das IFPEN im Zeitraum von 2006 bis 2010 in seinen Beziehungen zu Kredit- und Finanzinstituten durch seinen Status als EPIC keinen tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Sie hat jedoch nicht ausgeschlossen, dass sich ein solcher Vorteil in der Zukunft konkretisieren könnte.⁷⁷⁸

- **Beziehungen zu den Lieferanten:** Hier stellt die Kommission abstrakt fest, dass es das Phänomen gebe, dass Lieferanten eines EPIC die Preise senkten, weil sie das Ausfallrisiko einer solchen Einrichtung, die vor dem Risiko einer gerichtlichen Liquidation geschützt sei, günstiger einschätzten. Sodann hat die Kommission versucht, diese Preissenkung beim IFPEN anhand eines Vergleichsindikators, nämlich des Rückgriffs auf das Factoring, zu schätzen. Das Abstellen auf das Factoring begründete die Kommission damit, dass bei Nichtvorliegen der staatlichen Garantie ein Lieferant des IFPEN, der eine vergleichbare Sicherheit erhalten möchte (dh sich vollständig gegen das Risiko des Ausfalls seines Vertragspartners absichern möchte), die Leistungen spezieller Kredit- oder Versicherungsinstitute oder von Factoringgesellschaften in Anspruch nehmen könnte, die als Dienstleistung ua die Übernahme des Ausfallrisikos anböten. Die Kommission hat die übliche Vergütung für den Factoringdienst ermittelt und bei der Schätzung des Vorteils des IFPEN zugrunde gelegt, nachdem sie auf diese Weise den Wert der dem IFPEN durch seine Lieferanten gewährten Preissenkung berechnet hat.⁷⁷⁹
- **Beziehungen zu den Kunden:** Hier hat die Kommission ebenfalls abstrakt festgestellt, dass diese aufgrund der Garantie des Staates für das IFPEN sicher sein könnten, dass diese Einrichtung nie gerichtlich abgewickelt und somit jederzeit in der Lage sein werde, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen, bzw. dass sie im Fall der Nichterfüllung Schadensersatz erhalten würden. Bei Nichtvorliegen einer staatlichen Garantie müsste ein Kunde, der denselben Schutz genießen möchte, eine Erfüllungsgarantie bei einem Finanzintermediär abschließen, um die Erfüllung seines Vertrags mit dem IFPEN abzusichern. Die Kosten für eine solche Garantie beliefen sich auf höchstens 5% des mit der abgesicherten Leistung erzielten Umsatzes.⁷⁸⁰

266 Die so ermittelte Beihilfe wurde unter bestimmten Auflagen genehmigt; darunter die Auflage, dass die Kreditaufnahmen weiterhin zu Marktbedingungen erfolgen mussten und der Gesamtbetrag der geschätzten maximalen Auswirkungen der staatlichen Beihilfe für die Lieferanten- und Kundenbeziehungen unter der nach dem FuEuU-Gemeinschaftsrahmen zulässigen Höchstintensität liegen müssen.⁷⁸¹

267 Auf Klage von Frankreich und IFPEN hob das Gericht den Beschluss der Kommission auf. Im Wesentlichen war das Gericht der Auffassung, dass die Kommission nicht hinreichend den konkreten Vorteile nachgewiesen habe, den IFPEN durch die implizite Garantie erhalten hätte. Bezüglich der Beziehungen zu den Kredit- und Finanzinstituten habe die Kommission bereits selbst in dem Beschluss festgestellt, dass es keine konkreten Vorteile gegeben habe.⁷⁸² Die Untersuchung der Kommission bzgl. der Beziehungen zu den Lieferanten und Kunden habe sich dagegen auf rein hypothetische Erwägungen gestützt, deren tatsächliche Richtigkeit in casu in keiner Weise belegt worden waren.⁷⁸³

268 Dagegen hatte die Kommission unter Hinweis auf das La Poste Urteil geltend gemacht, sie müsse die tatsächlichen Auswirkungen der Garantie zum Nachweis des Vorteils, den eine mit dem Status als EPIC einhergehende staatliche Garantie verschaffe, gar nicht nachweisen. Da das Vorliegen eines solchen Vorteils nach diesem Urteil vermutet werden könne, genüge es für den Nachweis des Vorteils, dass sie das Vorliegen der staatlichen Garantie nachweise.⁷⁸⁴

⁷⁷⁸ S. Zusammenfassung in EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 79 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁷⁹ S. Zusammenfassung in EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 80 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸⁰ S. Zusammenfassung in EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 80 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸¹ S. die komplexe Überwachungsstruktur in dem verfügbaren Teil von Kom., ABl. 2012, L 14/1 – staatliche Beihilfe C 35/08 (ex NN 11/08) Frankreichs zugunsten des „Institut Français du Pétrole“.

⁷⁸² EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 93 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸³ EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 94–115 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸⁴ EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 134 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

Das Gericht weist dieses Argument zurück, da es nach seinem Verständnis für die Zulässigkeit des Rückgriffs auf eine Vermutung als Art der Beweisführung von der **Plausibilität der Hypothesen** abhängt, auf denen die Vermutung beruht. Dies sei sowohl im La Poste Urteil als auch in der Bürgerschaftsmittelteilung für den wirtschaftlichen Vorteil der impliziten Garantie **lediglich in Bezug auf die Finanzierung auf den Finanzmärkten** festgestellt worden, wobei die Vermutung auf den Prämissen beruhe, dass das Vorliegen einer staatlichen Garantie einen positiven Einfluss auf die Beurteilung des Ausfallrisikos des Begünstigten hat und sich dieser positive Einfluss in der Senkung der Kreditkosten niederschlägt.⁷⁸⁵ Das Urteil La Poste beschränke die Vermutungswirkung auf Verhältnisse zwischen dem Unternehmen, für das eine staatliche Garantie besteht, zB einem EPIC, und den Gläubigern, die ihm Darlehen gewähren, insbesondere Kredit- und Finanzinstitute, und auf einen Vorteil in Form von günstigeren Finanzierungsbedingungen.⁷⁸⁶ Die Plausibilität dieser Hypothesen sei aber nicht einfach auf die Beziehungen zu Lieferanten und Kunden übertragbar. Da der Beschluss keine weiteren empirischen Untersuchungen zum Nachweis der Übertragbarkeit dieser Hypothesen enthielt, hätte sich die Kommission bzgl. der Beziehungen zu Lieferanten und Kunden nicht auf die Vermutungswirkung berufen können.⁷⁸⁷ Bzgl. der Beziehungen zu den Finanzinstituten war die einfache Vermutung im Sinne des La Poste Urteils nach Ansicht des Gerichts im Fall des IFPEN durch die Kommissionsuntersuchungen selbst widerlegt.⁷⁸⁸ Die Kommission hat Rechtsmittel beim Gerichtshof eingelegt.⁷⁸⁹

Garantien in Form von **Exportkreditverpflichtungen** unterliegen einem gesonderten Regime.⁷⁹⁰ Hier unterscheidet die Kommission zwischen marktfähigen Ausfallrisiken, die der Exporteur grundsätzlich selbst zu tragen hat, und nicht marktfähigen Risiken, beispielsweise den Export in besonders riskante Staaten, die der Staat unter bestimmten Voraussetzungen und Maßgaben übernehmen darf.⁷⁹¹

(4) Der Staat als Gläubiger – Private Creditor Test. Eine Unterkategorie des MEOT, für die bislang keine griffige Kommissionsmitteilung vorliegt, ist der Private Gläubiger oder Private Creditor Test (oder – wie in der neueren Rechtsprechung formuliert – Kriterium des privaten Gläubigers). Die Notwendigkeit, die besondere Gläubigersituation bei der Verfolgung von Ansprüchen zu berücksichtigen und so auch Stundungen oder gar Teilverzichte der öffentlichen Hand unter Umständen aus dem Beihilfentatbestand auszuklammern, wurde erstmals 1999 im Tubacex-Urteil anerkannt, wo der Gerichtshof befand, „dass (...) ein öffentlicher Geldgeber (...) ebenso wie ein privater Gläubiger die Bezahlung der ihm geschuldeten Beträge zu erlangen sucht und dazu mit dem Schuldner Vereinbarungen schließt, die eine Stundung oder Ratenzahlung der als Schulden aufgelaufenen Beträge vorsehen, um ihre Rückzahlung zu erleichtern“.⁷⁹² Zu fragen ist daher, ob gewährte Zahlungserleichterungen offensichtlich vorteilhafter sind als diejenigen, die ein privater Gläubiger gewährt hätte.⁷⁹³ Hierzu muss der öffentliche Gläubiger mit einem hypothetischen privaten Gläubiger verglichen werden, der sich möglichst weitgehend in derselben Situation gegenüber seinem Schuldner befindet und der die ihm geschuldeten Beträge zurückzuerlangen sucht.⁷⁹⁴

Das Kriterium des privaten Gläubigers stellt dabei keine Ausnahme dar, die nur zur Anwendung kommt, wenn sich ein Mitgliedstaat beruft. Vielmehr gehört das Kriterium, sofern anwendbar, zu den Merkmalen, die von der Kommission zu berücksichtigen sind, um das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe festzustellen.⁷⁹⁵ Wenn sich daher erkennen lässt, dass das Kriterium des privaten Gläubigers

⁷⁸⁵ EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 136 f. – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸⁶ EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 136 f., 152–161 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸⁷ EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 145 ff. – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸⁸ EuG Urt. v. 26.5.2016 – verb. T-479/11; T-157/12, ECLI:EU:T:2016:320, Rn. 188–198 – IFP Énergies nouvelles ua/Kom.

⁷⁸⁹ EuGH Urt. v. 7.12.2017 – C-438/16 P – Kom./Frankreich. S. zum Ganzen auch *Karpenstein/Corzilius* EuZW 2016, 654.

⁷⁹⁰ Kom., ABl. 2011 C 392/1 – Mitteilung zur Anwendung von Art. 107 und 108 im Bereich der kurzfristigen Exportversicherungen.

⁷⁹¹ → Finanzielle Transfers und Transaktionen Rn. 422 ff.

⁷⁹² EuGH Urt. v. 29.4.1999 – C-342/96, Slg. 1999, I-2459, Rn. 46 – Spanien/Kom. (Tubacex). Bestätigt durch EuGH Urt. v. 22.11.2007 – C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947 – Spanien/Kom.

⁷⁹³ S. auch *Soltész/Makowski* EuZW 2003, 73. S. auch EuGH Urt. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 73 – Frucona Košice/Kom.

⁷⁹⁴ EuGH Urt. v. 29.6.1999 – C-256/97, Slg. 1999, I-3913, Rn. 24 – Déménagements-Manutention Transport (DMT).

⁷⁹⁵ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 23 – Kom./Frucona Košice a.s.

anwendbar sein könnte, hat die Kommission den betroffenen Mitgliedstaat um alle einschlägigen Informationen zu ersuchen, um überprüfen zu können, ob die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Kriteriums erfüllt sind (**ex officio Prüfung**).⁷⁹⁶ Der Beihilfempfänger kann sich daher vor der Kommission auf die Anwendbarkeit dieses Kriteriums berufen, auch wenn der Mitgliedstaat meint, eine Beihilfe gewährt zu haben.⁷⁹⁷ „Mit dem Kriterium des privaten Gläubigers soll nämlich geprüft werden, ob das begünstigte Unternehmen derartige Erleichterungen *offenkundig* nicht von einem privaten Gläubiger erhalten hätte, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der öffentliche Gläubiger, der von einem Schuldner, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, die Zahlung der ihm geschuldeten Beträge zu erlangen sucht und folglich, ob dieses Unternehmen denselben Vorteil, der ihm aus Staatsmitteln gewährt wurde, unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können.[...] Daraus folgt aber, dass sich die der Kommission gegebenenfalls obliegende Prüfung nicht allein auf die von der zuständigen Behörde tatsächlich berücksichtigten Optionen beschränken darf, sondern zwingend **alle Optionen** zu umfassen hat, **die ein privater Gläubiger in einer solchen Situation vernünftigerweise in Betracht gezogen hätte**“.⁷⁹⁸

273 Bei der Überprüfung eines entsprechenden Kommissionsbeschlusses kommt es daher nicht darauf an welche Erkenntnisse der Mitgliedstaat selbst hatte oder gar, welche Informationen der Kommission im Rahmen des Prüfverfahrens vom Mitgliedstaat übermittelt worden sind. Zwar hat der Unionsrichter die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses im Bereich staatlicher Beihilfen grundsätzlich aufgrund der Informationen zu beurteilen, über die die Kommission bei Erlass der Entscheidung verfügte.⁷⁹⁹ Zu den Informationen, über die die Kommission „verfügte“, gehören aber all diejenigen, die für die für die vorzunehmende Beurteilung anhand des Kriterium des privaten Gläubigers erheblich erschienen und die sie im Verwaltungsverfahren auf ihr Ersuchen hin hätte erhalten können (**Untersuchungspflicht**).⁸⁰⁰

274 Der Private Creditor Test gilt nicht nur für privat- sondern auch für **öffentlich-rechtliche Ansprüche** des Staates, beispielsweise solche mit Bezug auf Sozialversicherungsbeiträge.⁸⁰¹ oder Steuerrückstände.⁸⁰²

275 Zunächst ist zu fragen, ob der öffentliche Gläubiger in Ansehung seines hypothetischen privaten *alter ego* überhaupt eine **Stundung** gewähren darf, da ein privater Gläubiger normalerweise nicht bereit ist, einem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Schuldner einen Zahlungsaufschub zu gewähren, sondern in einem solchen Fall grundsätzlich seine Forderungen unmittelbar geltend macht, gegebenenfalls durch Inanspruchnahme bestehender Sicherheiten.⁸⁰³ Die Kommission muss sorgfältig anhand der Umstände jedes Einzelfalls prüfen und darlegen, ob die Entscheidung des öffentlichen Gläubigers, die Neuordnung der Schulden eines in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens zu gestatten, sowie die Bedingungen dieser Umschuldung dem Kriterium des privaten Gläubigers entsprechen.⁸⁰⁴ Die Begründung muss darlegen, warum im konkreten Fall ausnahmsweise ein Stundungsinteresse besteht.⁸⁰⁵ Hierbei müssen insbesondere das Gewicht der Schulden, die Gesamtheit der von der Rechtsordnung dem öffentlichen Gläubiger eingeräumten rechtlichen Möglichkeiten, die Chancen einer Erholung des Unternehmens, wenn es seine Tätigkeit fortsetzen darf, und schließlich das Risiko, dass sich in diesem Fall die eigenen Verluste noch erhöhen können, berücksichtigt werden.⁸⁰⁶

276 Bei der Beurteilung, ob eine Umschuldung mit dem Private Creditor Test vereinbar ist, berücksichtigt die Kommission auch die Rechtsnatur eines Darlehens als **Gesellschafterdarlehen**. In einem solchen Fall erkennt die Kommission an, dass das Interesse des öffentlichen Gläubigers an maximaler Rückzahlung der Außenstände mit dem Interesse des öffentlichen Anteilseigners an einer möglichst

⁷⁹⁶ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 24 – Kom./Frucona Košice a.s.

⁷⁹⁷ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 26 f. – Kom./Frucona Košice a.s.

⁷⁹⁸ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 28 f. – Kom./Frucona Košice a.s.

⁷⁹⁹ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 70 – Kom./Frucona Košice a.s., unter Verweis auf EuGH Urt. v. 2.9.2010 – C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, Rn. 91 – Kom./Scott und die dort angeführte Rspr.

⁸⁰⁰ EuGH Urt. v. 20.9.2017 – C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706, Rn. 71 – Kom./Frucona Košice a.s.

⁸⁰¹ EuGH Urt. v. 29.4.1999 – C-342/96, Slg. 1999, I-2459, Rn. 49 – Spanien/Kom.

⁸⁰² EuGH Urt. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 78 – Frucona Kôšice/Kom. Zur Frage, ob und wie der Private Creditor Test auf Zahlungsansprüche aus Beihilfenmaßnahmen Anwendung finden kann, → Rn. 287.

⁸⁰³ EuG Urt. v. 21.10.2004 T-36/99, ECLI:EU:T:2004:312, Rn. 98 Lenzing/Kommission.

⁸⁰⁴ EuG Urt. v. 21.10.2004 T-36/99, ECLI:EU:T:2004:312, Rn. 152 Lenzing/Kommission.

⁸⁰⁵ EuG Urt. v. 21.10.2004 T-36/99, ECLI:EU:T:2004:312, Rn. 153 Lenzing/Kommission.

⁸⁰⁶ EuG Urt. v. 12.9.2007 T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253 Rn. 238 – Olympiaki Aeroporja Xpiresies/Kom., unter Hinweis ua auf EuG Urt. v. 10.5.2000 T-46/97, ECLI:EU:T:2000:123, Rn. 95 – SK/Kom.

hohen Rendite seiner Investition in Abwägung gebracht werden muss. Eine erzwungene Rückzahlung statt einer Schuldensanierung kann im Einzelfall der Tragfähigkeit der Gesamtstrategie des Unternehmens zuwiderlaufen und somit zu einer Reduzierung des Unternehmenswertes führen.⁸⁰⁷ Das ist in Abwägung zu bringen.

Insofern ist jede Information als erheblich zu betrachten, die den Entscheidungsprozess eines durchschnittlich vorsichtigen und sorgfältigen privaten Gläubigers, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der öffentliche Gläubiger und von einem Schuldner, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, die Zahlung der ihm geschuldeten Beträge zu erlangen sucht, nicht unwesentlich beeinflussen kann.⁸⁰⁸ Die **Länge eines Insolvenzverfahrens** kann so einen Umstand darstellen, wenn dadurch die Erlangung der geschuldeten Beträge weit hinausgeschoben und der Wert der Zahlung dadurch beeinträchtigt wird.⁸⁰⁹

Andererseits ist bei einem Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten der Umstand, dass die öffentlichen Gläubiger keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Bezug auf das Unternehmen stellen, sondern **lediglich die normalen gesetzlichen Schritte zur Beitreibung öffentlicher Schulden** einleiten, gegebenenfalls auch als Vorteil anzusehen, da alle Insolvenzverfahren, ob sie zur Erholung des für insolvent erklärten Unternehmens oder zu seiner Liquidation führen, zumindest das Ziel verfolgen, die Schulden des Unternehmens zu begleichen. In dieser Situation ist die Freiheit des für insolvent erklärten Unternehmens, die Vermögensgegenstände zu verwalten und das Geschäft zu führen, beschränkt. Demgemäß gewähren die Hoheitsträger dem Unternehmen durch Unterlassen der Insolvenzantragsstellung einen Zeitraum, in dem es die Vermögenswerte unbeschränkt nutzen und weiter Handel treiben kann, sodass ein Vorteil gewährt wird, der eine staatliche Beihilfe begründen kann.⁸¹⁰ Ein hypothetischer privater Gläubiger sieht sich gezwungen, zwischen den voraussichtlichen Zahlungen nach einem gerichtlichen Verfahren einerseits im gegen das Unternehmen eingeleiteten Insolvenzverfahren andererseits zu wählen. Da es **keine Pflicht der öffentlichen Hand** gibt, bei der Forderungseintreibung **alle zur Verfügung stehenden Mittel auszuschöpfen**, ist die einzige Pflicht, der sie unterliegt, sich so zu verhalten, wie ein normaler Marktteilnehmer unter gewöhnlichen Marktbedingungen es täte, um der Einstufung als staatliche Beihilfe zu entgehen. Wo immer es mehrere Methoden der Schuldeneintreibung gibt, ist es notwendig, die jeweiligen Vorzüge der verschiedenen Methoden zu vergleichen, um festzustellen, welchen Weg ein privater Gläubiger beschritten hätte.⁸¹¹

Die Prüfung der Kommission, ob bestimmte Maßnahmen als staatliche Beihilfe zu qualifizieren sind, weil die Behörden nicht wie ein privater Gläubiger gehandelt haben, erfordert eine **komplexe wirtschaftliche Beurteilung**. Die Unionsgerichte dürfen im Rahmen der Kontrolle, die sie in Bezug auf die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen ausüben, nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch ihre eigene ersetzen. Die Unionsgerichte müssen jedoch nicht nur die sachliche Richtigkeit, die Zuverlässigkeit und die Kohärenz der angeführten Beweise prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.⁸¹² Daraus folgt nach Auffassung des Gerichts, dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung des Kriteriums des privaten Gläubigers bei der Kommission liegt, was umso mehr gelte, wenn sich der angefochtene Beschluss nicht auf die Nichtvorlage von Beweismitteln, die die Kommission vom betreffenden Mitgliedstaat angefordert hatte, stützt, sondern auf die Feststellung, dass ein privater Gläubiger nicht wie die Behörden dieses Mitgliedstaats gehandelt hätte, was voraussetzt, dass die Kommission über alle relevanten Beweismittel verfügte, die für die Ausarbeitung ihrer Entscheidung erforderlich waren.⁸¹³

⁸⁰⁷ Kom., ABl. 2013 L284/27, Rn. 70, Polen – Nauta S.A.

⁸⁰⁸ EuGH Ur. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 78 – Frucona Kóšice/Kom.

⁸⁰⁹ EuGH Ur. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 81 – Frucona Kóšice/Kom.

⁸¹⁰ EuG Ur. v. 17.5.2011 – T-1/08, Slg. 2011, II-2107, Rn. 77 – Bucek Automotive/Kom.; bestätigt durch EuGH Ur. v. 21.3.2013 – C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, Rn. 51–61 – Kom./Bucek Automotive.

⁸¹¹ EuG Ur. v. 17.5.2011 – T-1/08, Slg. 2011, II-2107, Rn. 70, 82–85, 87, 89 – Bucek Automotive/Kom.; bestätigt durch EuGH Ur. v. 21.3.2013 – C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, Rn. 51–61 – Kom./Bucek Automotive.

⁸¹² EuG Ur. v. 7.12.2010 – T-11/07, ECLI:EU:T:2010:498, Rn. 108–110 – Frucona Košice a.s./Kom.; EUGH Ur. v. 24.1.2013 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 74–76 – Frucona Košice/Kom., mit Nachweis auf EuGH Ur. v. 22.11.2007 – C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947, Rn. 59 – Spanien/Lenzing; EuGH Ur. v. 2.9.2010 – C-290/07 P, Slg. 2010, I-7763, Rn. 64 und 66 und die dort angeführte Rspr. – Kom./Scott, sowie EuGH Ur. v. 15.2.2005 – C-12/03 P, Slg. 2005, I-987, Rn. 39 – Kom./Tetra Laval.

⁸¹³ EuG Ur. v. 16.3.2016 – T-103/14, ECLI:EU:T:2016:152, Rn. 113 – Frucona Košice/Kom., unter Verweis auf EuGH Ur. v. 21.3.2013 – C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, Rn. 34/35 – Kom./Bucek Automotive. Das Ur. des Gerichts ist iÜ ein Bsp. für die teilweise erhebliche Prüfungsdichte durch das Gericht.

- 280 Bei Stundungen muss der Staat keinen Marktzins verlangen, denn die auf Stundungen normalerweise zu erhebenden Zinsen sollen den Schaden ersetzen, der dem Gläubiger durch den vom Schuldner zu vertretenden Zahlungsverzug entsteht; es sind also **Verzugszinsen**. Weicht der Zinssatz, zu dem Verzugszinsen auf Schulden gegenüber einem öffentlichen Gläubiger erhoben werden, von dem ab, den ein privater Gläubiger verlangen könnte, so ist der letztgenannte Zinssatz anzuwenden, wenn er über dem erstgenannten liegt.⁸¹⁴
- 281 Wenn die öffentliche Hand bei der Einziehung von Sozialversicherungsbeiträgen **Zahlungsverzüge** hinnimmt und somit einem Unternehmen die Anhäufung beachtlicher Schulden gestattet, ist dieser **Fall faktischer Umschuldung** nicht anders zu behandeln als rechtlich verbindliche Umschuldungs- oder Stundungsvereinbarungen.⁸¹⁵
- 282 Noch strenger ist ein **Verzicht** zu prüfen: Erstens muss die wirtschaftliche Lebensfähigkeit und die Verbesserung der finanziellen Lage des Unternehmens bei summarischer Prüfung feststehen. Zweitens muss alles unternommen werden, um die Gewährung neuer Kredite und das Entstehen neuer Schulden zu verhindern. Drittens muss der Staat mit der Begleichung seiner Erstforderungen nach einer angemessenen Zeit rechnen können.⁸¹⁶ Öffentliche Banken, die sich an der finanziellen Umstrukturierung des Schuldnerunternehmens durch Teilverzichtete beteiligen, müssen darlegen können, dass ihre Verluste ohne die finanzielle Restrukturierung erheblich höher ausgefallen wären.⁸¹⁷
- 283 Schlägt ein Unternehmen, bei dem eine erhebliche Verschlechterung der finanziellen Lage eingetreten ist, seinen Gläubigern eine Vereinbarung oder eine Reihe von Vereinbarungen über die Umschuldung vor, um seine Lage zu verbessern und seine Liquidation zu verhindern, so muss jeder Gläubiger eine Entscheidung treffen zwischen dem Betrag, der ihm im Rahmen der vorgeschlagenen Vereinbarung angeboten wird, und dem Betrag, den er nach einer etwaigen Liquidation des Unternehmens erlösen zu können glaubt. Seine Entscheidung wird durch eine **Reihe von Faktoren** beeinflusst, und zwar dadurch, ob seine Forderung hypothekarisch gesichert, bevorrechtigt oder ungesichert ist, durch Art und Umfang etwaiger ihm zustehender Sicherheiten, durch seine Beurteilung der Sanierungsaussichten des Unternehmens und durch den ihm im Fall einer Liquidation zufließenden Erlös.⁸¹⁸ Würde zB im Fall der Liquidation des Unternehmens der Liquidationswert von dessen Aktiva nur die Befriedigung der hypothekarisch gesicherten und bevorrechtigten Forderungen ermöglichen, so wären die ungesicherten Forderungen wertlos. In einer solchen Situation würde der Inhaber einer solchen Forderung, der sich bereit erklärt, auf die Rückzahlung eines großen Teils seiner Forderung zu verzichten, kein echtes Opfer bringen.⁸¹⁹
- 284 Die Kommission muss unter Berücksichtigung dieser Faktoren ermitteln, ob der gewährte Schuldenerlass offensichtlich größer war als derjenige, den ein hypothetischer privater Gläubiger gewährt hätte. Es liegt kein wirtschaftlicher Vorteil vor, wenn ein öffentlicher Gläubiger eine Umschuldung im gleichen Maße hinnehmen muss wie sein privates Pendant, jedenfalls soweit die Gesamtsumme an privaten umgewandelten Schulden höher ist als die Summe der öffentlichen Schulden.⁸²⁰ Aber auch wenn umgekehrt der **Gesamtbetrag der öffentlichen Schulden höher** ist als die privaten Schulden eines Unternehmens, das sich in Schwierigkeiten befindet, kann dies keinen ausschlaggebenden Faktor für die Beurteilung der Frage darstellen, ob der Schuldenerlass Beihilfenelemente enthält. Ansonsten würden die Möglichkeiten zur Umschuldung eines in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens in ungerechtfertigter Weise beschränkt.⁸²¹ Ein scheinbares Missverhältnis zwischen dem Schuldenerlass durch die öffentlichen und die privaten Gläubiger kann zwar ein Indiz für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe darstellen, doch befreit dieser Gesichtspunkt für sich genommen die Kommission nicht von ihrer Pflicht, zu prüfen, ob nach den Umständen des konkreten Falles der von den öffentlichen Gläubigern gewährte Schuldenerlass über das aufgrund wirtschaft-

⁸¹⁴ EuGH Urt. v. 29.4.1999 – C-342/96, Slg. 1999, I-2459, Rn. 48 – Spanien/Kom. (Tubacex).

⁸¹⁵ Kom., ABl. 2013 L167/41, Rn. 76–77, 89–97 – Polish PZL Debica S.A.

⁸¹⁶ Schlussanträge des Generalanwalts *Poiares Maduro* v. 1.4.2004 – C-276/02, Slg. 2004, I-8091, Rn. 36–40 – Spanien/Kom. Der Gerichtshof musste auf diese Vorschläge des Generalanwalts nicht eingehen, da die Kommissionsentscheidung wegen fehlerhafter Tatsachenfeststellung aufzuheben war, EuGH Urt. v. 14.9.2004 – C-276/02, Slg. 2004, I-8091, Rn. 36 f.

⁸¹⁷ EuG Urt. v. 6.10.1999 – T-123/97, Slg. 1999, II-2925, Rn. 68 – Salomon/Kom. S. auch Kom., Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn. 313.

⁸¹⁸ EuG Urt. v. 7.12.2010 – T-11/07, ECLI:EU:T:2010:498, Rn. 114–116 – Frucona Košice a.s./Kom.

⁸¹⁹ EuG Urt. v. 11.7.2002 – T-152/99, Slg. 2002, II-3049, Rn. 168 – Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA)/Kom.; EuG Urt. v. 15.9.2016 – T-386/14, ECLI:EU:T:2016:474, Rn. 58 – FIH Holding ua/Kom.

⁸²⁰ EuG Urt. v. 11.7.2002 – T-152/99, Slg. 2002, II-3049, Rn. 168 – Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA)/Kom.

⁸²¹ EuG Urt. v. 11.7.2002 – T-152/99, Slg. 2002, II-3049, Rn. 166 – Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA)/Kom.

licher Erfordernisse gerechtfertigte Maß hinausgeht, sodass er nur damit erklärt werden kann, dass dem betreffenden Unternehmen ein Vorteil gewährt werden sollte.⁸²²

Ein **Schuldenswap** ist mit dem Private Creditor Test vereinbar, wenn er die beste Methode darstellt, den höchstmöglichen Anteil der öffentlichen Schuld zurückzuerlangen. Dies ist einerseits der Fall, wenn die verfügbaren Informationen Anlass zur Hoffnung auf die Überlebensfähigkeit des Unternehmens des Schuldners geben, sodass die Fortsetzung der Aktivitäten des Schuldners und weitere Investitionen gegenüber der Liquidation vorzugswürdig erscheinen.⁸²³ Andererseits steht die Schuldumwandlung mit anschließendem komplettem Verkauf der entstehenden öffentlichen Beteiligung mit dem Private Creditor Test nur dann im Einklang, wenn der Marktwert der öffentlichen Anteile über dem liegt, was im Insolvenzverfahren zu erwarten wäre.⁸²⁴ Wenn der öffentliche Kreditgeber folgerichtig beschließt, einen Schuldenswap durchzuführen, kann es vernünftiges marktwirtschaftliches Verhalten sein, keine Zinserhebung oder Sanktionen in Bezug auf die Restschuld zu erheben, da diese Schuld in jedem Falle in Eigenkapital umgewandelt wird.⁸²⁵ Ein wirtschaftlicher Vorteil nach Art. 107 Abs. 1 wird dann gewährt, wenn ein staatlicher Gläubiger auf eine Schuld aus einer fälligen Forderung im Tausch für Anteile am Kapital des Unternehmens verzichtet, die zum Zeitpunkt der Transaktion wertlos waren.⁸²⁶ Derselbe Test ist auch auf die Übertragung sonstiger Vermögenswerte **an Zahlungs statt** anzuwenden.⁸²⁷

Hinzuweisen ist auch darauf, dass gesetzlich vorgeschriebene **Schuldenreduzierungen, Schuldenerlasse oder Schuldenmoratorien im Rahmen von allgemeinen Insolvenzverfahren** ebenfalls aus dem Anwendungsbereich des Art. 107 fallen, selbst wenn davon öffentliche Gläubiger betroffen sind,⁸²⁸ dies allerdings in der Regel nicht wegen fehlender Begünstigung aufgrund des MEOT, sondern wegen fehlender Selektivität der Maßnahme (→ Rn. 525);⁸²⁹ Wenn die Umschuldung von der Zustimmung der betroffenen Gläubiger abhängt, sei es individuell oder innerhalb eines Gläubigerausschusses, ist allerdings der **Private Creditor Test hinsichtlich der Abstimmung der Gläubiger** der öffentlichen Hand anzuwenden. Auch hier hat jeder Gläubiger im Sinne seiner persönlichen Situation eingedenk der in → Rn. 283 genannten Kriterien abzustimmen. Dabei ist der MEOT als Private Creditor Test unproblematisch **nur auf die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits bestehenden Forderungen anwendbar**. Dagegen ist bei der Aussicht auf künftige, erst nach erfolgreicher Insolvenzplansanierung entstehende Forderungen in Anwendung des Private Investor Tests zu unterscheiden: Mögliche zukünftige öffentlich-rechtliche Forderungen (zB Sozialversicherungsbeiträge und Steuern) müssen nach wohl herrschender Auffassung außer Betracht bleiben. Dagegen dürften Gewinne durch wirtschaftlich tätige öffentliche Unternehmen (zB öffentliche Stromlieferanten) zu berücksichtigen sein.⁸³⁰ Wenn der Ausschuss in eine bestimmte Richtung entschieden hat, unabhängig von der Abstimmung der öffentlichen Kreditgeber (zB weil die überwältigende Mehrheit der privaten Gläubiger identisch abgestimmt haben und den öffentlichen Gläubigern kein Vetorecht zustand), kann eine staatliche Beihilfe ausgeschlossen werden, da die Maßnahme dem Staat nicht zugerechnet werden kann, unabhängig davon, ob das Resultat im wirtschaftlichen Interesse der öffentlichen Gläubiger lag oder nicht.⁸³¹ Selbstredend kann, wenn das insolvente Unternehmen weitere öffentliche finanzielle Unterstützung außerhalb des Insolvenzverfahrens erhält, diese weitere Unterstützung eine staatliche Beihilfe darstellen.⁸³²

Der Private Creditor Test ist **nicht anwendbar auf Rückforderungen von rechtswidrig gewährten staatlichen Beihilfen**. In solchen Fällen verpflichtet Art. 16 Abs. 3 VO (EU) 2015/1589⁸³³ die Mitgliedstaaten, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um die Beihilfe umgehend und effizient im Einklang mit dem jeweiligen nationalen Recht zurückzufordern.⁸³⁴ Für den

⁸²² EuG Ur t. v. 11.7.2002 – T-152/99, Slg. 2002, II-3049, Rn. 171 – Hijos de Andrés Molina, SA (HAMS A)/Kom.

⁸²³ Kom., ABl. 2013 L148/33, Rn. 100 f. – Romania Oltchim SA.

⁸²⁴ Kom., ABl. 2013 L148/33, Rn. 112–156 – Romania Oltchim SA.

⁸²⁵ Kom., ABl. 2013 L148/33, Rn. 99–103 – Romania Oltchim SA.

⁸²⁶ EuG Ur t. v. 23.11.2006 – T-217/02, Slg. 2006, II-4483, Rn. 169 f. – Ter Lembeek/Kom.

⁸²⁷ EuGH Ur t. v. 18.5.2017 – C-150/16, ECLI:EU:C:2017:388, Rn. 23–27 – Fondul Proprietate.

⁸²⁸ S. EuGH Ur t. v. 12.10.2000 – C-480/98, Slg. 2000, I-8717, Rn. 18 mwN – Spanien/Kom. („Magefesa“).

⁸²⁹ Bestätigt für die Restschuldbefreiung in der Insolvenz nach italienischem Recht durch EuGH Ur t. v. 16.3.2017 – C-493/15, ECLI:EU:C:2017:219 – Identi.

⁸³⁰ S. hierzu auch *Fitze/Heithecker* EuZW 2010, 817 (819).

⁸³¹ Kom., ABl. 2015 L 219/71, Rn. 104 – NCHZ.

⁸³² S. EuGH Ur t. v. 12.10.2000 – C-480/98, Slg. 2000, I-8717, Rn. 17–21 – Spanien/Kom. („Magefesa“).

⁸³³ Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2015 L 248/9.

⁸³⁴ Vgl. nur EuGH Ur t. v. 5.10.2006 – C-232/05, Slg. 2006, I-10 071, Rn. 49 f. – Kom./Frankreich; EuGH Ur t. v. 14.2.2008 – C-419/06, Slg. 2008, I, 27, Rn. 59 – Kom./Griechenland (Olympic II); *Soltész* in Sánchez-Rydelski, The EC State aid Regime, 2006, 129, 143.

MEOT ist dabei kein Platz. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, den Private Creditor Test auf eine Umschuldung durch private und öffentliche Gläubiger anzuwenden, die nach der Gewährung einer Rettungsbeihilfe stattfindet, um es beispielsweise dem Unternehmen zu ermöglichen, die Rettungsbeihilfe zurückzahlen, um nicht länger den strikten Auflagen für Umstrukturierungsbeihilfen zu unterliegen und dadurch eventuell zu einer schnelleren Befriedigung der öffentlichen und privaten Gläubiger in der Lage zu sein.⁸³⁵ Soweit hier das *Pari-passu*-Kriterium erfüllt ist, bedarf es nicht einmal einer Darlegung der wirtschaftlichen Plausibilität der konkreten Vorgehensweise.

- 288 **(5) Das öffentliche Beschaffungswesen – Private Purchaser Test.** Auch wenn die öffentliche Hand als Nachfrager von Gütern und Diensten auf dem Markt tätig wird, hat sie sich an den Vorgaben des MEOT zu orientieren, denn eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung kann dann vorliegen, wenn ein Gut oder eine Dienstleistung über Marktwert eingekauft wird.⁸³⁶ Die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens kann, wie in anderen Fällen,⁸³⁷ den **Einkauf zum Marktpreis** am besten gewährleisten, ist aber beihilfenrechtlich nicht zwingend notwendig, sofern anderweitig sichergestellt ist, dass die Transaktion unter normalen Marktbedingungen abläuft und der Empfänger die wirtschaftlich günstigste Leistung erhält.⁸³⁸
- 289 Der Ankauf eines Großteils der Kapazität eines Transportunternehmens über mehrere Jahre kann nach der Rechtsprechung selbst bei Vereinbarung zu „Marktbedingungen“ dann eine Begünstigung darstellen, wenn das Erworbene deutlich **über dem tatsächlichen Bedarf der öffentlichen Vergabestelle** liegt.⁸³⁹ Das liegt weniger daran, dass das langjährige Geschäft das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens mindert, ein Umstand der langjährigen Bezugsvereinbarungen regelmäßig eigen ist und sich entsprechend mindernd auf den Bezugspreis auswirken dürfte. Vielmehr folgt das Urteil den Grundsätzen des MEOT, da kein marktwirtschaftlich orientierter Wirtschaftsteilnehmer weit über den eigenen Bedarf hinaus Aufträge erteilt hätte.⁸⁴⁰ Der Fall verdeutlicht, dass die Marktüblichkeit primär aus Sicht des öffentlichen Marktteilnehmers untersucht werden muss. Der private Vertragspartner kann sich grundsätzlich mit dem Argument verteidigen, er hätte das vom Staat geordnete Kontingent zu demselben Preis und zu denselben Konditionen anderweitig auf dem Markt absetzen können. Gelingt ihm das nicht, ist allerdings bereits fraglich, ob der vom staatlichen Auftraggeber bezahlte Preis tatsächlich der Marktpreis ist.⁸⁴¹ Diese Grundsätze müssen jedenfalls dann gelten, wenn der Mitgliedstaat kein offenes, transparentes und bedingungsloses Vergabeverfahren durchgeführt hat. Ein solches soll wiederum üblicherweise als ausreichend angesehen werden, um auszuschließen, dass der betreffende Staat versucht hat, dem Unternehmen, mit dem er einen Vertrag schließt, einen Vorteil zu gewähren.⁸⁴²
- 290 Das Beihilfenrecht ist grundsätzlich neben der Vereinbarkeit der konkreten Transaktion mit den gemeinschaftlichen **Vorgaben des öffentlichen Auftragswesens** zu prüfen.⁸⁴³ Die vergaberechtlichen Vorschriften gehen dem Beihilfenrecht nicht vor.⁸⁴⁴ Eine staatliche Beihilfe kann in vergaberechtlich einwandfreier Weise ausgeschrieben werden, ohne dass sie ihren Beihilfencharakter verliert.⁸⁴⁵ Umgekehrt führt ein Verstoß gegen das Vergaberecht dann nicht zum Vorliegen einer Beihilfe, wenn dargelegt werden kann, dass der Vertrag zu Marktkonditionen abgeschlossen worden ist. Das liegt daran, dass die beiden Rechtsgebiete grundsätzlich andere Ziele verfolgen:

⁸³⁵ Kom., ABl. 2008, L 44/36, Rn. 13–14 – Huta Cynku Miasteczko Slaskie SA.

⁸³⁶ EuGH Urt. v. 20.3.1990 – C-21/88, Slg. 1990, I-889, Rn. 20 – DuPont de Nemours Italiana; EuGH Urt. v. 11.7.1991 – C-351/88, Slg. 1991, I-3641, Rn. 7 – Laboratori Bruneau.

⁸³⁷ Dies gilt zB auch für den Private Vendor Test bei Grundstücksverkäufe wie bei Privatisierungen (→ Finanzielle Transfers und Transaktionen Rn. 116 ff. oder für DAWI → Rn. 325 ff.).

⁸³⁸ EuG Urt. v. 13.1.2004 – T-158/99, Slg. 2004, II-1, Rn. 108 – Thermenhotel Stoiser/Kom.

⁸³⁹ EuG Urt. v. 28.1.1999 – T-14/96, Slg. 1999, II-139 – BAI/Kom.; EuG Urt. v. 28.1.1999 – T-230/95, Slg. 1999, II-123 – BAI/Kom. In der NoA-Bekanntmachung, etwas stiefmütterlich in Fn. 156 behandelt.

⁸⁴⁰ EuG Urt. v. 5.8.2003 – T-116/01, T-116/01 und T-118/01, Slg. 2003, II-2957, Rn. 114 – P&O European Ferries (Vizcaya) SA und Diputación Foral de Vizcaya/Kom., bestätigt durch EuGH Urt. v. 1.6.2006 – C-442/03 P und C-471/03 P, Slg. 2006, I-4845 – P&O European Ferries (Vizcaya) SA und Diputación Foral de Vizcaya/Kom.

⁸⁴¹ Zu den Auswirkungen der Staatsnachfrage auf den Marktpreis und die beihilfenrechtlichen Implikationen vgl. auch Nicolaidis EStAL 2010, 65.

⁸⁴² EuG Urt. v. 5.8.2003 – T-116/01 T-116/01 und T-118/01, Slg. 2003, II-2957, Rn. 118 – P&O European Ferries (Vizcaya) SA und Diputación Foral de Vizcaya/Kom.

⁸⁴³ EuGH Urt. v. 20.3.1990 – C-21/88, Slg. 1990, I-889, Rn. 20 – DuPont de Nemours Italiana; EuGH Urt. v. 11.7.1991 – C-351/88, Slg. 1991, I-3641, Rn. 7 – Laboratori Bruneau. → Einl. Rn. 71 f.

⁸⁴⁴ Heidenhain in Heidenhain European State Aid Law § 4 Rn. 4; *Tosics/Gáál* CPN 3/2007, 15.

⁸⁴⁵ Zu möglichen Beihilfentatbeständen trotz Vergabeverfahren s. auch *Pünder* NZBau 2003, 530; *Bartosch* EuZW 2001, 229.