

Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht

4 | 2021

Betriebs-Berater Europa

6.9.2021 | 32. Jg.
Seiten 181–240

DIE ERSTE SEITE

Dr. Andreas Bartosch

EU-Förderungen und ausländische Direktinvestitionen

AUFSÄTZE

Dr. Christoph Herrmann, LL.M.

Schadensersatz für Wettbewerber wegen rechtswidriger staatlicher Beihilfen – Weist Frankreich den Weg? | 181

Dr. Bartosz Sujecki

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur EuGVVO im Jahr 2020 | 193

Prof. Dr. Franz Böni und Alex Wassmer

Kartell- und wirtschaftsrechtliche Beurteilung der Aussetzung von Patenten | 205

RECHTSPRECHUNG DER EU-GERICHTE

EuGH: Staatliche Beihilfen: Kein Nachweis eines selektiven Vorteils für die progressive ungarische Steuer auf Werbeumsätze und die Übergangsregelung zum Abzug von Verlustvorträgen | 208

EWS-Kommentar von **Claus-Maria Sperling** und **Christoph Claas** | 213

EuG: Staatliche Beihilfen – Förmliches Prüfverfahren für niederländische tax rulings – „Nike“ | 214

Schlussanträge: Entschädigung aufgrund eines BIT staatliche Beihilfe? – „European Food“ | 215

EuG: Staatliche Beihilfen an Luftfahrtunternehmen – Covid-19-Pandemie – „AuA“ | 217

EuG: Staatliche Beihilfen: Von Deutschland zugunsten von Condor abgesichertes Darlehen | 219

EuG: Staatliche Beihilfen: Rekapitalisierung systemrelevanter Unternehmen – „RDL/ACM“ | 220

EuG: Staatliche Beihilfen an Luftfahrtunternehmen in Schwierigkeiten – „TAP Air Portugal“ | 222

EuG: Staatliche Beihilfen an Luftfahrtunternehmen – Covid-19-Pandemie – „KLM“ | 223

EuG: Staatliche Beihilfen: Zahlungsmoratorium für Steuern auf Luftfahrtunternehmen – „Ryanair“ | 225

EuG: Staatliche Beihilfen: Befreiung vom Dosenpfand für Ausländer – „Dansk Erhverv“ | 226

EuGH: EuGVVO: Gerichtsstand für Schadensersatzklagen wegen Kartellabsprachen, wenn kein spezialisiertes Gericht zuständig ist und der Kauf an einem Ort/mehreren Orten erfolgte – „Volvo“ | 228

Schlussanträge: Unanwendbarkeit der HOAI-Mindestsätze in Rechtsstreit zwischen Privaten, wenn es um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt geht? – „Thelen Technopark Berlin“ | 231

EuGH: Verbot, am Arbeitsplatz sichtbar weltanschauliche/religiöse Zeichen zu tragen – „WABE“ | 232

EuGH: Unabhängigkeit von Abschlussprüfern – Arbeitsvertrag mit geprüftem Unternehmen | 234

EuGH: Erdgasbinnenmarkt: Grundsatz der Energiesolidarität | 238

Dr. Christoph Herrmann, LL.M. (Cambridge), Rechtsanwalt/Avocat à la Cour, Bremen

Schadensersatz für Wettbewerber wegen rechtswidriger staatlicher Beihilfen – Weist Frankreich den Weg?

Frankreich ist laut einer von der Kommission in Auftrag gegebenen Studie bislang der einzige Mitgliedstaat der EU, in dem Wettbewerber erfolgreich auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Beihilfen geklagt haben. Wenngleich auch dort entsprechende Verfahren noch sporadisch sind, hat die französische Justiz erst im Februar dieses Jahres Corsica Ferries als Ausgleich für Wettbewerbsnachteile Schadensersatz von mehr als 80 Mio. Euro wegen rechtswidriger Beihilfen zugunsten der SNCM zugesprochen. Kündigt sich hier eine ähnliche Entwicklung wie bei Kartellschadensersatzklagen an? Der nachfolgende Beitrag wird zunächst die aktuelle verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Frankreich beleuchten und in ihren Kontext einordnen. In einem zweiten Teil wird erörtert, ob sich entsprechende Klagen auch in Deutschland entwickeln können. Dabei soll herausgearbeitet werden, in welchen Fallkonstellationen Schadensersatzansprüche realistisch sind und ob sich nachträgliche Entwicklungen in Gestalt einer Vereinbarkeitserklärung oder der Rückabwicklung der rechtswidrigen Beihilfe auswirken.

I. Einleitung

Staatliche Beihilfen verzerren den Wettbewerb und schädigen damit die Wettbewerber des begünstigten Unternehmens.¹ Sie dürfen gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV nur durchgeführt werden, nachdem die Kommission ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgestellt hat oder wenn sie – beispielsweise auf der Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) – als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten. Verstöße gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV führen ausnahmslos zur Rechtswidrigkeit der Beihilfe und verpflichten den betroffenen Mitgliedstaat dazu, die rechtswidrige Beihilfe zurückzufordern.² Über die materielle Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt ist damit jedoch noch nichts gesagt. Die Kommission hat rechtswidrige Beihilfen nachträglich für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen.³ Dies bewirkt freilich keine Heilung der Rechtswidrigkeit.⁴ Wurde die rechtswidrige Beihilfe jedoch für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt, kann sich die Rückforderung, soweit noch nicht erfolgt, auf den Zinsvorteil beschränken, der sich aus der gleichsam verfrühten Durchführung ergibt.⁵

Wettbewerber können sich wegen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot mit einer Beschwerde an die Kommission wenden⁶ sowie – alternativ oder kumulativ – im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung (*private enforcement*) vor innerstaatlichen Gerichten Rechtsschutz beantragen.⁷ Am wirksamsten ist es sicherlich, wenn es gelingt, den drohenden Verstoß gegen das Durchführungsverbot bereits im Vorfeld abzuwehren, so dass es erst gar nicht zu einem größeren wirtschaftlichen Schaden kommt. Dies scheitert jedoch häufig schon an der fehlenden Kenntnis von dem bevorstehenden Verstoß. Die nachträgliche Rückabwicklung der Beihilfe nimmt dagegen erfahrungsgemäß so viel Zeit in Anspruch, dass sie nur bedingt geeignet ist, den wirtschaftlichen Schaden für die Wettbewerber zu beseitigen oder gering zu halten.

Praktisch durchsetzbare Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern als notwendiger Bestandteil des *private enforcement* sind daher für die Effektivität des Beihilferechts wichtig. Dies gilt umso mehr, als ein Großteil der staatlichen Beihilfen inzwischen auf der Grundlage der AGVO oder auch des DAWI-Freistellungsbeschlusses⁸ ohne vorherige Prüfung durch die Kommission ausgezahlt werden.⁹ Aus der vernachlässigenswert niedrigen Zahl an Wettbewerberklagen sollte niemand schließen, dass die Anwendung der AGVO unproblematisch wäre. Im Gegenteil legt das geringe Aufdeckungsrisiko – verbunden mit dem politischen Willen zur Förderung von Unternehmen – eine hohe Dunkelziffer rechtswidriger Beihilfen nahe.

1 *Kiethel*, Schadensersatzansprüche konkurrierender Wettbewerber bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, 579; vgl. EuGH, 17. 9. 1980 – Rs. 730/79, Philip Morris, ECLI:EU:C:1980:209, RIW 1981, 185, Rn. 11.

2 EuGH, 12. 7. 1973 – Rs. 70/72, Kommission/Deutschland („Kohlegesetz“), ECLI:EU:C:1973:87, RIW 1974, 97, Rn. 13; EuGH (GK), 5. 3. 2019 – Rs. C-349/17, Eesti Pagar AS, ECLI:EU:C:2019:172, Rn. 92; Kommission, Mitteilung vom 24.11. 1983, ABl. 1983 C 318/3.

3 EuGH, 14. 2. 1990 – Rs. 301/87, Frankreich/Kommission („Boussac“), ECLI:EU:C:1990:67, Rn. 11; vgl. Art. 15 der VO (EU) 2015/1589.

4 EuGH (GK), 12. 2. 2008 – Rs. C-199/06, CELF (CELF II), ECLI:EU:C:2008:79, EWS 2008, 180, Rn. 40.

5 EuGH Rs. C-199/06, CELF (CELF II), ECLI:EU:C:2008:79, Rn. 55.

6 Vgl. Art. 24 Abs. 2 der VO (EU) 2015/1589.

7 EuGH, 21. 11. 1991 – Rs. C-354/90, FNCE, ECLI:EU:C:1991:440, RIW 1993, 600, Rn. 12; EuGH, 11. 7. 1996 – Rs. C-39/94, SFEI, ECLI:EU:C:1996:285, EWS 1996, 355, Rn. 40.

8 Kommission, Beschluss 2012/21/EU vom 20.12. 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. 2012, L 7/3.

9 State Aid Scoreboard, abrufbar auf http://ec.europa.eu/competition/state_aid/index_en.

Fest steht allerdings, dass Wettbewerber, die durch rechtswidrige Beihilfen geschädigt wurden, grundsätzlich Ersatz ihres wirtschaftlichen Schadens verlangen können.¹⁰ Dass dieser Grundsatz bislang fast nirgendwo Früchte trägt, wird überwiegend auf die schwer zu erfüllenden Anforderungen an die Ermittlung des Schadens zurückgeführt.¹¹ Meist kann ein Schaden nur beziffert werden, indem die hypothetische Marktentwicklung ohne die Beihilfe als kontrafaktisches Szenario ermittelt und bewiesen wird.¹² Zudem sind mangels Entscheidungspraxis zahlreiche weitere rechtliche Fragen noch nicht ansatzweise geklärt.

Gerade deshalb ist es ein positives Signal, dass geschädigte Wettbewerber vor den französischen Verwaltungsgerichten jüngst in zwei unterschiedlichen Verfahren mit Schadensersatzklagen erfolgreich waren. In einem ersten Teil (unter II.) werden die Verfahren *SIDE* und *Corsica Ferries* dargestellt und eingeordnet. In einem zweiten Teil (unter III.) wird erörtert, ob und unter welchen Voraussetzungen sich entsprechende Klagen auch in Deutschland entwickeln könnten.

II. Teil 1: Schadensersatz wegen rechtswidriger Beihilfen in Frankreich – *SIDE* und *Corsica Ferries*

SIDE (*Société Internationale de Diffusion et d'Édition*) und *Corsica Ferries* sind alte beihilferechtliche Bekannte. Die Auseinandersetzung zwischen *SIDE* und der inzwischen abgewickelten *CELF* (*Coopérative d'Exportation du Livre Français*)¹³ begann 1992 mit einer Beihilfenbeschwerde¹⁴ und endete nun mit der letztinstanzlichen Entscheidung des Conseil d'État vom 22. 7. 2020 zum Schadensersatz.¹⁵ Dazwischen lagen vier Kommissionsentscheidungen, fünf z. T. prominente Urteile der Unionsgerichte und zehn Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. *Corsica Ferries* ist dagegen, wenn man so will, vergleichsweise schnell zum Ziel gekommen. Ihre Beschwerde aus dem Jahr 2007 führte 2013 zu einer Negativentscheidung der Kommission.¹⁶ Die im Anschluss daran erhobene Schadensersatzklage hatte 2017 bereits in erster Instanz Erfolg.¹⁷ Sie wurde im Februar dieses Jahres von der Berufungsinstanz im Wesentlichen bestätigt.¹⁸

1. *SIDE* gegen Frankreich

Von 1980 bis 2001 gewährte Frankreich *CELF* Zuwendungen als Betriebskostenbeihilfen für den Export französischsprachiger Buchwerke an ausländische Buchhandlungen im Umfang von insgesamt ca. 4,8 Mio. Euro, angeblich als Ausgleich für Mehrkosten für die Abwicklung kleiner Bestellungen.¹⁹ Auf dem Markt für den Export französischsprachiger Buchwerke war *SIDE* der einzige ernsthafte Wettbewerber von *CELF*.

Ein erstes, auf ca. 10 Mio. Euro beziffertes Schadensersatzbegehren machte *SIDE* während eines laufenden Kommissionsverfahrens beim Verwaltungsgericht Paris verbunden mit einem Antrag auf Rückabwicklung der rechtswidrigen Beihilfen anhängig. Dem Rückforderungsbegehren wurde stattgegeben. Dagegen blieb das Schadensersatzbegehren in erster²⁰ und zweiter Instanz²¹ erfolglos. Das Rechtsmittel von *SIDE* verwarf der Conseil d'État aus prozessualen Gründen.²² In einer denkbar knappen Begründung führte die Berufungsinstanz damals aus, dass sich die Rechtswidrigkeit der Beihilfe ausschließlich aus der unterbliebenen Noti-

fizierung ergebe. Solange jedoch keine endgültige Entscheidung der Kommission zur Unvereinbarkeit der Beihilfe vorliege, fehle es an der notwendigen Kausalität zwischen der Durchführung der Beihilfe und dem wirtschaftlichen Schaden des Wettbewerbers. Tatsächlich hatte die Kommission die rechtswidrige Beihilfe kurz vor Erlass dieses Urteils zum dritten Mal für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt,²³ nachdem die zweite Positiventscheidung während des Berufungsverfahrens aufgehoben worden war.²⁴ Gegen diese dritte Positiventscheidung war zum Zeitpunkt des Berufungsurteils eine Nichtigkeitsklage vor dem EuG anhängig.²⁵ Das beihilferechtliche Prüfverfahren der Kommission endete schließlich im Jahr 2010 im vierten Anlauf mit der Feststellung der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt und der Anordnung der Rückforderung.²⁶

Daraufhin unternahm der Wettbewerber *SIDE* mit bemerkenswerter Unverdrossenheit den zweiten Anlauf mit dem Ziel einer Schadensersatzzahlung von diesmal ca. 20,5 Mio. Euro wegen des durch die nun auch bestandskräftig für unvereinbar erklärte Beihilfe verursachten wirtschaftlichen Schadens – zunächst wiederum ohne Erfolg.²⁷ Schließlich sprach die Berufungsinstanz *SIDE* Schadensersatz in Höhe von immerhin 10 Mio. Euro zu. Dies entspricht nominell mehr als dem doppelten Betrag der rechtswidrigen Beihilfe.²⁸ Der Conseil d'État hat dieses Urteil am 22. 7. 2020 bestätigt, womit das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist.²⁹

10 EuGH Rs. C-199/06, *CELF* (*CELF II*), ECLI:EU:C:2008:79, Rn. 55; EuGH, 23. 1. 2019 – Rs. C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 56 f.; Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009, C 85/1, Ziff. 2.2.4.; *Honoré/Jensen*, Damages in State Aid Cases, EStAL 2011, 265 (269 ff.); a. A. wohl *Rennert*, Beihilferechtliche Konkurrentenklage vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, 576 (577).

11 Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung der Vorschriften über staatliche Beihilfen durch die nationalen Gerichte (Entwurf 2020), Rn. 93, unter Verweis auf eine von ihr in Auftrag gegebene Studie (COMP/2018/001); *Kiethe*, RIW 2004, 579 (582); *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (271 ff.); *Goyder/Dons*, Damages Claims Based on State Aid Law Infringements, EStAL 2017, 416 (420); *Almeida*, Private Enforcement of EU State Aid Law Through Damages Claims, EStAL 2019, 169 (174 f.).

12 z. B. *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (273 ff.).

13 Vgl. dazu *d'Ormesson*, Aides d'État illégales: l'incroyable saga judiciaire *CELF – Side*, Les Échos, 29. 4. 2010.

14 Vgl. Kommission, Entscheidung vom 10. 7. 1998 (1999/133/EG), ABl. 1999, L 44/37.

15 Conseil d'État, 22. 7. 2020 (n° 434446).

16 Kommission, Entscheidung vom 2. 5. 2013 – Frankreich – Staatliche Beihilfe SA.22843 zugunsten der Société Nationale Corse Méditerranée u. a.

17 Tribunal administratif de Bastia (TA Bastia), 23. 2. 2017 (n° 1500375).

18 Cour administrative d'appel de Marseille (CAA Marseille), 12. 2. 2018 und 22. 2. 2021 (n° 17MA01582 und 17MA01583).

19 Kommission, Beschluss 2011/179/EU vom 14.12. 2010 über die staatliche Beihilfe C 39/96 (ex NN 127/92) Frankreichs für die Coopérative d'exportation du livre français (*CELF*) (K(2010)8938).

20 Tribunal administratif de Paris (TA Paris), 26. 4. 2001 (n° 961898).

21 Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris), 5. 10. 2004 (n° 01PA02717).

22 Conseil d'État, 29. 3. 2006 (n° 274923).

23 Kommission, Entscheidung vom 20. 4. 2004 betreffend die Beihilfe, die Frankreich zugunsten des Centre d'Exportation du Livre Français (*CELF*) durchgeführt hat, ABl. 2005 L 85/27.

24 EuG, 20. 2. 2002 – Rs. T-155/98, *Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, ECLI:EU:T:2002:53.

25 Siehe EuG, 15. 4. 2008 – Rs. T-348/04, *SIDE*, ECLI:EU:T:2008:109, Rn. 26.

26 Kommission, Entscheidung vom 14. 12. 2010, ABl. 2011 L 78/37.

27 Klageabweisung durch das TA Paris, 15. 12. 2011 (n° 0911778/7-1), bestätigt durch CAA Paris, 12. 5. 2014 (n° 12PA00767).

28 CAA Paris, 10. 7. 2019 (n° 17PA00397).

29 Conseil d'État, 22. 7. 2020 (n° 434446).

Den Urteilen können folgende Erkenntnisse entnommen werden:

a) Grundsatz der Staatshaftung für rechtswidrige Beihilfen

Der Grundsatz der Staatshaftung für rechtswidrige Beihilfen stand während beider Verfahren außer Frage und war in den verschiedenen Entscheidungen kaum der Erwähnung wert. Insoweit beziehen sich die Ausführungen durchweg auf die Begrifflichkeiten des französischen Staatshaftungsrechts. Haftungs begründend wirkt hier ohne zusätzliche Erfordernisse ein objektives Verschulden, welches sich schlicht daraus ergibt, dass die französischen Behörden unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV eine rechtswidrige Beihilfe gewährt haben.³⁰ Die Umstände, wie es zu dem Fehler gekommen ist, spielten keine Rolle. Das Erfordernis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen das Unionsrecht, den die Mitgliedstaaten nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Voraussetzung für Staatshaftungsansprüche bei Verstößen gegen das Unionsrecht machen können,³¹ wird im Urteil des Conseil d'État noch nicht einmal erwähnt.

Eine derartige Einschränkung wäre jedoch auch unionsrechtlich unzulässig: Da nach französischem Staatshaftungsrecht grundsätzlich bereits die schlichte Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns Schadensersatzansprüche begründet,³² würden höhere Hürden bei Verstößen gegen Unionsrecht unter Umständen dem Äquivalenzgrundsatz zuwiderlaufen.³³

b) Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Unvereinbarkeit der Beihilfe

Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt wird nur implizit angesprochen. Aus der im ersten Verfahren getroffenen Feststellung, die Rechtswidrigkeit der Beihilfe könne nicht kausal für wirtschaftliche Schäden der Wettbewerber sein, leitet sich das Erfordernis einer normativen Kausalität ab, das folgende Voraussetzungen hat:

- (1) Schadensersatzansprüche wegen rechtswidriger Beihilfen setzen voraus, dass die rechtswidrige Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist;
- (2) Solange keine bestandskräftige Entscheidung der Kommission über die Unvereinbarkeit der rechtswidrigen Beihilfe vorliegt, kann die erstgenannte Voraussetzung von nationalen Gerichten nicht festgestellt werden.

Im zweiten Schadensersatzverfahren von *SIDE* wird dieser Aspekt weder in Frage gestellt noch explizit bestätigt. Allerdings wurde der Schadensersatzanspruch im zweiten Verfahren gerade auf die Unvereinbarkeit der Beihilfe gestützt, und auch der Conseil d'État scheint der Auffassung zu sein, dass die bloße Rechtswidrigkeit einer Beihilfe ohne Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt keinen Schadensersatzanspruch für Wettbewerber begründen kann. In seinem Urteil vom 22. 7. 2020 bestätigt er etwas kryptisch, der wirtschaftliche Schaden der *SIDE* habe seinen Ursprung in einer „mit den Regeln des Binnenmarkts unvereinbaren Beihilfe“ gehabt.³⁴ Grundsätzliche Ausführungen dazu finden sich in der Entscheidung des Conseil d'État zu dieser Frage allerdings nicht. Es bleibt daher im Ergebnis offen, ob der Schadensersatzanspruch nach Auffassung der

französischen Verwaltungsgerichte die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt voraussetzt und wie in diesem Fall mit dem sich daran anschließenden Problem umzugehen ist, dass nur die Kommission darüber entscheiden kann, ob eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist oder nicht.

c) Schadensverursachung

SIDE hatte geltend gemacht, die rechtswidrigen Beihilfen hätten *CELF* günstigere Preise ermöglicht, was zu einer Verschiebung von Marktanteilen geführt habe.

Ausgangspunkt der gerichtlichen Feststellungen zur Schadensverursachung war die Tatsache, dass die Beihilfenbegünstigte *CELF* und deren Wettbewerberin *SIDE* die beiden einzigen Anbieter auf dem Markt waren. Daraus folge, dass *SIDE* einen wirtschaftlichen Schaden erlitten habe, der unmittelbar ursächlich auf die mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe zugunsten von *CELF* zurückzuführen sei.³⁵ Auf die Entwicklung der eigenen Marktanteile und Gewinne von *SIDE* komme es insoweit nicht an. Für die Feststellung, dass die Beihilfe zugunsten von *CELF* einen wirtschaftlichen Schaden von *SIDE* verursacht hatte, genügte damit im Ergebnis die Feststellung einer durch die Subventionierung ermöglichten Preispolitik verbunden mit der duopolistischen Struktur des Marktes.

d) Schadensfeststellung

Stand demnach aufgrund der Marktstruktur fest, dass *SIDE* ein wie auch immer zu beziffernder Schaden entstanden war, konnte und musste die Schadenshöhe – unabhängig von den Schwierigkeiten einer genauen Bezifferung – gerichtlich ermittelt werden. Die zugesprochene Summe von exakt 10 Mio. Euro lässt dabei erkennen, dass es sich um einen Pauschalbetrag handelt.

Die nur knapp halbseitige Begründung des Urteils zur Schadenshöhe geht zunächst von den Darlegungen der Klägerin aus, um sodann mehrere von der Klägerin nicht berücksichtigte Faktoren zu benennen, die sich nach Einschätzung der Berufungsrichter auf die Schadenshöhe ausgewirkt haben mussten. Letztlich erfährt man nur, dass die Berufungsrichter die Beeinflussung der Nachfrage zugunsten von *CELF*, die zeitliche Entwicklung der Beihilfenzahlungen, deren Höhe in Bezug auf das Marktvolumen und die Nachfrageentwicklung auf dem Markt untersucht haben.³⁶ Die Urteilsgründe beziehen sich zwar auf vorgelegte Finanzkennzahlen, geben diese jedoch nicht wieder, sondern begnügen sich pragmatisch mit allgemeinen Plausibilitätsabwägungen. Dieses Vorgehen sei, so der Conseil d'État, rechtlich nicht zu beanstanden.³⁷

Bei der Schadensbemessung spielte es ausweislich der Urteilsgründe keine Rolle, dass *CELF* die rechtswidrigen Bei-

30 a. A. *Péjout*, Indemnisation record pour Corsica Ferries sur fond de droit des aides d'État, Lexbase N6788BY3.

31 EuGH, 5. 3. 1996 – verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pöcheur/Bundesrepublik Deutschland und The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame u. a., ECLI:EU:C:1996:79, EWS 1996, 168, Rn. 51.

32 Conseil d'État, (Sect.), 26. 1. 1973 – Ville de Paris c. Driancourt (n°84768), Rec. I-77.

33 EuGH, 19. 11. 1991 – verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., ECLI:EU:C:1991:428, EWS 1991, 391, Rn. 43.

34 Conseil d'État, 22. 7. 2020 (n° 434446).

35 CAA Paris, 9. 10. 2018 und 10. 7. 2019 (jeweils n° 17PA00397) und Conseil d'État, 13. 1. 2017 (n° 382427) und 22. 7. 2020 (n° 434446).

36 CAA Paris, 10. 7. 2019 (Nr. 17PA00397) (unveröffentlicht).

37 Conseil d'État, 22. 7. 2020 (n° 434446).

hilfen zurückzahlen musste, daraufhin ihre Geschäftsaktivitäten einstellen musste und schließlich als Wettbewerber von *SIDE* ausgeschieden ist.

e) Verjährung

In seinem Urteil vom 22. 7. 2020 stellt der Conseil d'État im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH³⁸ fest, dass sich die Verjährung staatshaftungsrechtlicher Ansprüche wegen rechtswidriger Beihilfen nicht nach der Verjährungsfrist für die Befugnisse der Kommission zur Rückforderung gemäß Art. 17 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1589/2015 richtet.

f) Keine entgegenstehende Rechtskraft

Die rechtskräftige Abweisung des ersten Schadensersatzbehrens hinderte die erneute Geltendmachung von Schadensersatz nicht. Die begrenzte Reichweite der Rechtskraft im ersten Verfahren entnimmt der Conseil d'État auch den rechtlichen Erwägungen, die seinerzeit zur Klageabweisung geführt hatten. Demnach sei im ersten Verfahren lediglich darüber entschieden worden, dass die unterbliebene Notifizierung der rechtswidrigen Beihilfe für sich genommen nicht ursächlich für den wirtschaftlichen Schaden des Wettbewerbers *SIDE* sei, solange die Unvereinbarkeit der rechtswidrigen Beihilfe mit dem Binnenmarkt nicht feststeht. Im zweiten Verfahren, so der Conseil d'État, sei dagegen die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt Anknüpfungspunkt der Klage. Der Conseil d'État sieht darin einen neuen Sachverhalt, da die Unvereinbarkeitsentscheidung erst nach dem ersten Verfahren erlassen wurde. Darüber hinaus – so suggeriert die Urteilsbegründung – modifiziert die Unvereinbarkeitsentscheidung gleichsam nachträglich auch die rechtliche Einordnung des Verwaltungshandelns. Die Rechtswidrigkeit wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot ist demnach gewissermaßen anderer Natur, wenn sich die rechtswidrige Beihilfe obendrein als unvereinbar mit dem Binnenmarkt erweist³⁹ – ein durchaus zweifelhafter Ansatz, der im Durchführungsverbot und der Rechtsprechung der Unionsgerichte keine Stütze findet.⁴⁰

2. Corsica Ferries gegen Region Korsika

Corsica Ferries und *SNCM* waren die beiden einzigen wesentlichen Anbieter von Fährverbindungen zwischen dem französischen Festland und Korsika.

SNCM, ein ursprünglich öffentliches Unternehmen mit wechselhaftem Schicksal, erhielt im Zeitraum 2007 bis 2013 Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (Basisdienste und Zusatzdienste) für Fährverbindungen zwischen Marseille und Korsika. Für die hier allein relevanten Zusatzdienste verbuchte die *SNCM* bis zum Jahr 2011 Ausgleichsleistungen in Höhe von ca. 173 Mio. Euro *Corsica Ferries* griff die entsprechende Vereinbarung vergaberechtlich und beihilferechtlich mit Erfolg an. Nachdem die Kommission festgestellt hatte, dass die Ausgleichsleistungen rechtswidrige Beihilfen darstellten, die zudem mit dem Binnenmarkt unvereinbar waren, machte *Corsica Ferries* Schadensersatzansprüche in Höhe von ca. 88 Mio. Euro geltend und drang damit bislang in zwei Instanzen ganz überwiegend durch.⁴¹

Die Ausgangslage für den Schadensersatzanspruch war gut: Die Unvereinbarkeit der rechtswidrigen Beihilfe mit dem Binnenmarkt stand fest. Fest stand auch, dass die *SNCM* die zusätzlichen Fährverbindungen, an die der Schadensersatz anknüpfte, ohne die Subventionen überhaupt nicht angebo-

ten hätte. Weiterhin wären auf den parallel angebotenen Verbindungen von *Corsica Ferries* freie Kapazitäten zur Aufnahme der Passagiere aus den zusätzlichen Fährverbindungen der *SNCM* vorhanden gewesen. Das erstinstanzliche Schlussurteil des Verwaltungsgerichts Bastia erging in weniger als zwei Jahren nach Klageerhebung. Dabei sollte es sich auszahlen, dass *Corsica Ferries* Fragen der Schadensverursachung und Schadenshöhe vorab umfassend dokumentiert und durch Gutachten ermittelt hatte und seine Position dementsprechend substantiiert begründen konnte, insbesondere zu Marktabgrenzung, Marktanteilen, Passagieraufkommen, damit verbundenen Umsätzen und zu den eigenen Transportkapazitäten (Auslastung). Schließlich verfügte *Corsica Ferries* offenbar über alle relevanten Daten des Wettbewerbers *SNCM*. Die Argumente der Region Korsika wies das Verwaltungsgericht nacheinander als unsubstantiiert zurück. Das Verwaltungsgericht nahm dabei an, dass der auf *Corsica Ferries* entfallende Anteil an dem zusätzlichen Passagieraufkommen im kontrafaktischen Szenario prozentual dessen Marktanteil von 70% entsprechen würde.

In der Berufungsinstanz wurden diese Feststellungen hinsichtlich der Haftung dem Grunde nach bestätigt. Der Umfang des Schadensersatzes war – nach Einholung eines gerichtlichen Gutachtens – Gegenstand des Schlussurteils vom 22. 2. 2021. Es ist gerade deshalb instruktiv, weil es die Komplexität der Schadensberechnung bei Wettbewerberklagen abbildet. Im Ergebnis sprach die Berufungsinstanz *Corsica Ferries* einen Betrag von ca. 86 Mio. Euro zu.

Im Einzelnen:

a) Grundurteil des Berufungsgerichts Marseille zum Schadensersatz

Abweichend vom Verwaltungsgericht Bastia knüpft das Berufungsgericht – wie im Verfahren *SIDE* – explizit an die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt an und gibt damit zu erkennen, dass es eine Unvereinbarkeitsentscheidung der Kommission als notwendige Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs betrachtet. Die Feststellung der Verursachung eines wirtschaftlichen Schadens beruht auf folgenden Erwägungen:

- Ohne Subventionen hätte die *SNCM* die zusätzlichen Fährverbindungen überhaupt nicht angeboten, da sie defizitär betrieben wurden; das Angebot der *SNCM* wurde dadurch künstlich erhöht;
- Die Fährverbindungen von *Corsica Ferries* waren aus Sicht der Nachfrage mit den zusätzlichen Fährverbindungen substituierbar;
- Die negativen Auswirkungen auf den Umsatz von *Corsica Ferries* können aus der Marktentwicklung nach Beendigung der Subventionen abgeleitet werden (zeitlicher Vergleichsmarkt).

b) Schlussurteil des Berufungsgerichts zum Schadensumfang (entgangener Gewinn)

Die Ermittlung des entgangenen Gewinns beruht auf dem kontrafaktischen Szenario, welches sich ohne die rechtswid-

38 EuGH Rs. C-387/17, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 62.

39 Vgl. zum Ganzen Conseil d'État, 22. 7. 2020 (n° 434446).

40 EuGH Rs. C-387/17, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 57.

41 TA Bastia, 23. 2. 2017 (n° 1500375); CAA Marseille, 12. 2. 2018 und 22. 2. 2021 (n° 17MA01582 u. 17MA01583).

rige Beihilfe ergeben hätte. Anhand des Auftrags der *SNCM* konnte der Umfang der zusätzlichen Fährverbindungen, welche nur dank der Subventionen angeboten worden waren, genau festgestellt werden. Die Anzahl der Passagiere konnte aus behördlichen Statistiken abgeleitet werden.

Der entscheidende und schwierigste Punkt war die Quantifizierung der Anzahl der Passagiere, die im kontrafaktischen Szenario auf das Angebot von *Corsica Ferries* ausgewichen wären. Insoweit geht das Urteil zunächst vom Marktanteil von *Corsica Ferries* aus, wie er ohne die Zusatzverbindungen bestanden hätte. Die Anzahl der zusätzlichen Passagiere für *Corsica Ferries* wird sodann im Hinblick auf die zeitliche Substituierbarkeit des Angebots (Verbindung am selben Tag) und die freien Kapazitäten auf den vorhandenen Verbindungen beschränkt. Die Möglichkeit, dass *Corsica Ferries* zur Aufnahme weiterer Passagiere zusätzliche Verbindungen geschaffen hätte, musste nicht in Betracht gezogen werden, da *Corsica Ferries* seinen Schadensersatzanspruch nur auf die entgangenen zusätzlichen Einnahmen aus den ohnehin angebotenen Verbindungen gestützt hatte. Aus diesem Grund waren auch keine nennenswerten zusätzlichen Kosten anzusetzen. Ob es neben *Corsica Ferries* und der *SNCM* weitere (kleinere) Wettbewerber gab, ergibt sich aus dem Urteil nicht.

Beweismaß für die Schadenshöhe war nicht Gewissheit, sondern die Schlüssigkeit der gutachterlichen Feststellungen unter Berücksichtigung von Vollständigkeit und sachlicher Richtigkeit der eingesetzten Faktoren und Daten sowie der Fehlerfreiheit der angewendeten Methode. Die Einwände zu einer Vielzahl von Einzelaspekten der Schadensermittlung, wie sie die Beklagte vorgebracht hatte, wurden verworfen, soweit sie zwar denkbar, aber unwahrscheinlich waren bzw. unsubstantiiert geblieben sind.

Für die Höhe des Schadensersatzes spielte es keine Rolle, dass die *SNCM* zur Rückzahlung der rechtswidrigen Beihilfen verpflichtet worden war, dass infolgedessen Ende November 2014 ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde und dass der Fährbetrieb der *SNCM* seither nur noch in deutlich reduziertem Umfang fortgeführt wird.

3. Einordnung der Verfahren *Corsica Ferries* und *SIDE*

Der prozessuale und finanzielle Erfolg gleich zweier Unternehmen mit Schadensersatzklagen wegen rechtswidriger Beihilfen in enger zeitlicher Abfolge dürfte Nachahmer auf den Plan rufen. Ob es tatsächlich im Anschluss an Negativentscheidungen der Kommission systematisch zu *Follow-on*-Klagen kommen wird, wie dies teilweise angekündigt wurde,⁴² lässt sich noch nicht seriös prognostizieren. Denn es muss sich erst noch erweisen, dass sich die Erfolge von *Corsica Ferries* und *SIDE* auch in anderen wettbewerblichen Konstellationen reproduzieren lassen.

Einzugehen ist zunächst auf die staatshaftungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Konkurrentenklagen wegen rechtswidriger Beihilfen in Frankreich. Sodann sollen die in den Verfahren *Corsica Ferries* und *SIDE* ergangenen Urteile in die bisherige Rechtsprechung zu entsprechenden Wettbewerberklagen eingeordnet werden.

a) Staatshaftungsrechtliche Rahmenbedingungen in Frankreich

Die staatshaftungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Frankreich sind im Grundsatz klägerfreundlich. Trotz ver-

schiedentlicher Differenzierungen in Bezug auf die Anforderungen an die haftungsbegründende Pflichtverletzung („faute“) kann im Grundsatz jeder rechtswidrige Rechtsakt der Verwaltung Anknüpfungspunkt für einen Staatshaftungsanspruch sein.⁴³ Da es sich um einen originären Staatshaftungsanspruch handelt, spielen Fragen der individuellen Vorwerfbarkeit oder Entschuldbarkeit sowie der Schutz der Handelnden vor Haftungsrisiken keine Rolle.⁴⁴ Haftungsrechtliche Privilegierungen für verschiedene Situationen, die richterrechtlich geschaffen wurden, sind nach und nach aufgegeben worden.⁴⁵ Dementsprechend haftet der französische Staat auf der Grundlage des nationalen Rechts aus Verstößen gegen Unionsrecht, ohne dass hierfür im Grundsatz eine Fortentwicklung des Staatshaftungsrechts erforderlich war.⁴⁶ Schließlich erlaubt es das französische Schadensrecht, entgangenen Gewinn auch bei Ungewissheiten im kontrafaktischen Szenario unter dem Gesichtspunkt des Verlusts einer Geschäftschance („perte de chance“) durch einen die Chance abbildenden Prozentsatz auf den möglichen Gewinn zu ersetzen.⁴⁷

Im Hinblick auf die Entscheidungspraxis muss das Bild allerdings nuanciert werden. Der nach wie vor gängige Lapidarstil der Urteile ermöglicht auch im Staatshaftungsrecht Entscheidungen, deren Gründe nicht immer nachvollzogen werden können. Dies betrifft insbesondere die für Haftungsansprüche zentralen Fragen von Kausalität und Schaden. Hinter dem Erfordernis eines direkten Zusammenhangs („lien direct“) zwischen Pflichtverletzung und Schaden verbergen sich unterschiedliche normative Wertungen, die bei klageabweisenden Urteilen oft nicht offengelegt werden und – so hat es den Anschein – es de facto in das richterliche Ermessen stellen, ob Schadensersatz im Einzelfall zugesprochen wird oder nicht.

b) *Corsica Ferries* und *SIDE* im Kontext der Rechtsprechung zu Schadensersatzklagen wegen rechtswidriger Beihilfen

Die Erfolge von *SIDE* und insbesondere *Corsica Ferries* dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch in Frankreich längst nicht alle Staatshaftungsklagen wegen rechtswidriger Beihilfen zum Ziel geführt haben – im Gegenteil. Die meist knappen Urteilsgründe, mit denen Klagen gegen Beihilfeempfänger bzw. Beihilfegeber in der Vergangenheit abgewiesen wurden, verweisen dabei überwiegend auf den fehlenden Nachweis einer Schadensverursachung.⁴⁸ In einigen Verfahren war das Ergebnis auf der Grundlage der gerichtlichen Feststellungen nachvollziehbar, sei es, weil eine bestehende Beihilfe in Rede stand, so dass bereits kein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorlag,⁴⁹ sei es, weil

42 *Barences*, Pandémie de Covid-19 et actions en indemnisation des entreprises lésées par des aides d'État illégalement versées, Newsletter Club des juristes, 20. 7. 2020; zurückhaltend *Péjout*, Lexbase N6788BY3.

43 Conseil d'État (Sect.), 26. 1. 1973 – ville de Paris c. Driancourt (n°84768), Rec. I-77.

44 Conseil d'État (Ass.), 29. 7. 1951, Rec. I-464.

45 Vgl. *Jacquemet-Gauché*, Das französische Staatshaftungsrecht – Anderes Recht, andere Werte?, DÖV 2020, 453 ff.

46 Conseil d'État (Ass.), 28. 2. 1992 – Philip Morris, Rec. I-78.

47 Conseil d'État (Ass.), 1. 12. 1960 – Lacombe, Rec. I-674; ebenso EuG bei der Haftung der Union gem. Art. 340 AEUV, vgl. EuG, 28. 2. 2018 – Rs. T-292/15, *Vakakis kai Synergates/Kommission*, ECLI:EU:T:2018:103, Rn. 220.

48 Cass. com., 15. 6. 1999 – Ets. Richard Ducros (N° 97-15.684); Conseil d'État, 31. 5. 2000 – Soc. Pantochim (N° 192006); Conseil d'État, 25.10. 2018 – Ryanair (N° 408789); CAA Paris, 27.11. 2015 – Autocars R. Suzanne (N° 13PA03175).

49 Conseil d'État, 25.10. 2018 – Ryanair (N° 408789).

der Wettbewerber nicht auf demselben Markt präsent war wie das begünstigte Unternehmen und zudem in der Sache erreichen wollte, selbst auch eine (rechtswidrige) Beihilfe zu erhalten.⁵⁰

In anderen Verfahren machten es sich die Gerichte mit der Klageabweisung allerdings leicht. Eine zivilgerichtliche Wettbewerberklage, die direkt gegen den Empfänger der rechtswidrigen Beihilfe gerichtet war, wurde abgewiesen, weil der Zusammenhang zwischen der Beihilfe und dem Marktverhalten des Empfängers „nicht evident“ sei; Alternativursachen könnten nicht ausgeschlossen werden.⁵¹ Der Conseil d'État war in einem anderen Verfahren ohne nähere Feststellungen der Auffassung, es bestünde keine direkte Verbindung („*lien direct*“) zwischen unterschiedlichen Steuersätzen auf miteinander konkurrierende Produkte und deren Absatz.⁵²

Die Urteile in den Verfahren *SIDE* und *Corsica Ferries* stehen hierzu nicht in direktem Widerspruch. Denn in beiden Verfahren wurde der Nachweis einer Schadensverursachung durch die besondere wettbewerbliche Konstellation begünstigt: Im Verfahren *SIDE* beruhten die Feststellungen zur Verursachung eines Schadens im Wesentlichen auf zwei Faktoren: Zum einen waren die in Frage stehenden Subventionen Bestandteil des Geschäftsmodells von *CELF*. Zum anderen führte die duopolistische Marktstruktur dazu, dass sich das durch die Betriebsbeihilfen ermöglichte Preisniveau gerade auf Marktanteile und Umsatz von *SIDE* ausgewirkt haben musste. Im Verfahren *Corsica Ferries* bildeten der Beihilfempfeänger und der klagende Wettbewerber gemeinsam den wesentlichen Markt ab, wobei *Corsica Ferries* einen Marktanteil von 70% hatte. Zudem stand fest, auf welche Weise sich die Ausgleichsleistungen zugunsten der *SNCM* auf dem Markt ausgewirkt hat. Denn ohne die Beihilfen wären die zusätzlichen Fährverbindungen, die mit dem Angebot von *Corsica Ferries* konkurrierten, überhaupt nicht angeboten worden.

Dennoch kann man die Prognose wagen, dass Wettbewerberklagen künftig auch in anderen Fallgruppen in Frankreich Erfolg versprechen, vorausgesetzt, der Zusammenhang zwischen der Beihilfe, dem Marktverhalten und dessen Auswirkungen auf bestimmte Wettbewerber kann substantiiert dargelegt werden. Schwer vorstellbar ist es insbesondere, dass negative Auswirkungen rechtswidriger Beihilfen, die unmittelbar das Preisniveau bestimmter Produkte senken, pauschal verneint werden, wie dies in der Vergangenheit der Fall war. Künftig ebenso wenig zu verneinen sein dürfte ein Zusammenhang zwischen einem besonders niedrigen Angebot eines Unternehmens in wirtschaftlichen Schwierigkeiten in einem Vergabeverfahren und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang aus öffentlichen Mitteln erhaltenem Eigenkapital. Schließlich kann die Methode der Zuordnung des Schadens zu einzelnen Wettbewerbern anhand der Marktanteile grundsätzlich auch dort Verwendung finden, wo mehr als nur ein Wettbewerber in seinen Marktchancen beeinträchtigt wird.

c) Ungeklärte Fragen

Jenseits der entschiedenen Einzelfälle bleiben zahlreiche Einzelfragen ungeklärt. Die Urteile suggerieren, dass Schadensersatzansprüche gleichsam eine Art normative Kausalität voraussetzen, die neben der formellen Rechtswidrigkeit einer Beihilfe auch deren materielle Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt erfordert. Mit unionsrechtlichen Anfor-

derungen dürfte dies nicht in Einklang zu bringen sein. Denn der EuGH hat bereits entschieden, dass Schadensersatzansprüche auch ohne die Feststellung der Unvereinbarkeit einer rechtswidrigen Beihilfe bestehen können.⁵³ Wie dann in Situationen zu verfahren ist, in denen die der Kommission vorbehaltene materielle Beurteilung gar nicht stattgefunden hat oder noch aussteht, ist offen.

Ungeklärt ist auch, welche Anforderungen an die Feststellung der tatsächlich bewirkten Wettbewerbsverfälschung zu stellen sind, wenn der Zusammenhang zwischen Beihilfe und Marktverhalten des Beihilfempfeängers nicht so evident ist wie in den entschiedenen Verfahren. Denn eine über die entschiedenen Konstellationen hinausreichende tatsächliche Vermutung zum Zusammenhang zwischen rechtswidriger Beihilfe, Marktverhalten und Schaden lässt sich den Entscheidungen nicht entnehmen.

Nicht explizit geklärt ist schließlich das Verhältnis zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, die beim Empfänger zeitlich versetzt eine wirtschaftliche Belastung herbeiführt, die finanziell dem ursprünglichen Vorteil entspricht. Hierzu äußern sich die Urteile nicht.

d) Zwischenergebnis

Die Verfahren *Corsica Ferries* und *SIDE* belegen, dass Wettbewerber Schadensersatzansprüche wegen rechtswidriger Beihilfen jedenfalls in Frankreich nunmehr auch praktisch durchsetzen können. Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit schreckt dabei nicht davor zurück, hohe Beträge zulasten des Fiskus zuzusprechen. Unionsrechtliche Erwägungen wie das Effektivitätsgebot haben in den Urteilsgründen indessen keine greifbare Rolle gespielt, so dass eine direkte Verwertung der Urteile für die Rechtslage in Deutschland kaum möglich ist.

Ob in Frankreich damit eine Entwicklung zu systematischen *follow-on*-Klagen eingeleitet wurde, lässt sich bezweifeln. Anders als im Kartellschadensersatzrecht (Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU) gibt es auch vor französischen Gerichten weder eine gesetzliche Vermutung, dass eine rechtswidrige staatliche Beihilfe die Wettbewerber des Empfängers wirtschaftlich schädigt, noch eine tatsächliche Vermutung im Sinne eines Erfahrungssatzes oder gar einen Anscheinsbeweis. Dennoch schaffen die Verfahren eine Grundlage, auf die sich Wettbewerberklagen mit Erfolg stützen können, wenn die Gegebenheiten des Marktes und die Situation, in der die Beihilfe ausgezahlt wird, Auswirkungen im Markt wahrscheinlich machen. Zudem könnte nun eine Dynamik in Gang gesetzt worden sein, die zu weiteren Entwicklungen hin zu einem effektiven Sekundärrechtsschutz gegen rechtswidrige Beihilfen führt.

III. Teil 2: Schadensersatz für Wettbewerber wegen rechtswidriger Beihilfen – eine Option auch in Deutschland?

Soweit bekannt, haben deutsche Gerichte Wettbewerbern wegen rechtswidriger Beihilfen bislang keinen Schadensersatz zugesprochen. Allerdings wurden auf Schadensersatz

50 CAA Paris, 27.11.2015 – Autocars R. Suzanne (N° 13PA03175).

51 Cass. com., 15. 6. 1999 – Ets. Richard Ducros (N° 97-15.684).

52 Conseil d'État, 31. 5. 2000 – Soc. Pantochim (Nr. 192006).

53 EuGH Rs. C-387/17, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 57.

gerichtete Wettbewerberklagen, soweit erkennbar, vor deutschen Gerichten auch noch nicht anhängig gemacht.⁵⁴

Grundsätzliche Hindernisse bestehen insoweit nicht (dazu Ziff. 1), vorausgesetzt, die Auswirkungen der Beihilfe auf das Marktverhalten sind feststellbar (dazu Ziff. 2). Da die rechtliche Entwicklung noch am Anfang steht, müssen Kläger indessen mit ungeklärten Rechtsfragen umgehen. Erörtert werden soll insoweit der Einfluss nachträglicher Entwicklungen in Gestalt einer denkbaren Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission und der Rückabwicklung der rechtswidrigen Beihilfe (dazu Ziff. 3).

1. Keine grundsätzlichen Hindernisse

Der BGH setzte schon in einem Urteil aus dem Jahr 2011 grundsätzlich voraus, dass Schadensersatzansprüche gegen den Beihilfegeber auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 AEUV als Schutzgesetz und ggfs. auch auf § 9 UWG gestützt werden können; letzteres, falls der Beihilfegeber mit der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornimmt.⁵⁵ Zu Verstößen gegen das Durchführungsverbot im Anwendungsbereich von § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG⁵⁶ hat sich die Rechtsprechung noch nicht geäußert. Allerdings dürfte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Schutzzweck von Art. 108 Abs. 3 AEUV kaum zweifelhaft sein, dass das Durchführungsverbot Amtspflichten zugunsten der Wettbewerber des Beihilfeempfängers begründet.⁵⁷ Schließlich können Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern wegen rechtswidriger Beihilfen in Deutschland auch auf die Grundsätze des unionsrechtlich verankerten Schadensersatzanspruchs bei qualifizierten Verstößen gegen Unionsrecht gestützt werden.⁵⁸ Schuldner ist auch bei Verstößen gegen Unionsrecht in erster Linie der Rechtsträger, dem der Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach den Grundsätzen des Art. 34 Satz 1 GG zuzurechnen ist.⁵⁹ Nur ausnahmsweise kommt vor deutschen Gerichten eine Haftung des Beihilfeempfängers in Betracht, weil letzterer durch das Durchführungsverbot nicht unmittelbar verpflichtet wird.⁶⁰ Der Beihilfeempfänger haftet grundsätzlich nur als Teilnehmer gem. § 830 Abs. 2 BGB, also bei vorsätzlichem Zusammenwirken mit dem Adressaten des Durchführungsverbots.⁶¹ Wettbewerberklagen steht damit im Grundsatz nichts entgegen.

2. Auswirkungen rechtswidriger Beihilfen auf das Marktverhalten

Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV gilt unabhängig davon, ob sich die rechtswidrige Beihilfe tatsächlich auf den Markt ausgewirkt hat. Denn für den Tatbestand der staatlichen Beihilfe, an den das Durchführungsverbot anknüpft, reicht es aus, dass sich die Maßnahme dazu eignet, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern.⁶² Daraus folgt, dass rechtswidrige Beihilfen nicht notwendig zu einem wettbewerblichen Schaden der Wettbewerber führen müssen. Deshalb muss für die erfolgreiche Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs ein doppelter Kausalitätsnachweis⁶³ gelingen: In einem ersten Schritt muss nachgewiesen werden, dass sich der wirtschaftliche Vorteil des Empfängers in einer bestimmten Weise auf sein Marktverhalten ausgewirkt hat. In einem zweiten Schritt ist zu ermitteln, welche Wirkung das festgestellte Markt-

verhalten auf die wirtschaftliche Situation des klagenden Wettbewerbers hatte.

Der zweite Aspekt ist aus der Praxis zum kartellrechtlichen Schadensersatz bekannt und schon komplex genug. Er erscheint hier allerdings in einem anderen Kontext, weil nicht die Marktgegenseite, sondern die Wettbewerber geschädigt sind. Aus der kartellrechtlichen Praxis können auf dieser Ebene daher allenfalls die Überlegungen zum Schadensersatz wegen Behinderungsmissbrauchs⁶⁴ herangezogen werden.⁶⁵

Für die Bewertung der vorgelagerten Kausalität zwischen dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot und dem Marktverhalten des Empfängers fehlen praktische Erfahrungen gänzlich. Pauschale Beweiserleichterungen (Anscheinsbeweis, tatsächliche Vermutung),⁶⁶ die ggfs. aus der Rechtsprechung des EuGH hergeleitet werden könnten, sind insoweit nur bedingt hilfreich. Denn die Annahme, dass sich der rechtswidrige Vorteil (irgendwie) auf das Marktverhalten des Empfängers ausgewirkt haben muss, erlaubt noch keine Ermittlung des durch das Marktverhalten verursachten Schadens. Hierfür muss vielmehr feststehen, wie sich die Beihilfe auf das Marktverhalten ausgewirkt hat. Notwendige Voraussetzungen hierfür sind häufig eine Bezifferung des Beihilfeelements, Feststellungen zu den Marktbedingungen und Informationen zur Profitabilität des Empfängers auf dem relevanten Markt. Zu betrachten sind demnach zwei miteinander verbundene Aspekte, nämlich wie sich der wirtschaftliche Vorteil konkret auf das Marktverhalten ausgewirkt hat und unter welchen Voraussetzungen dies nachgewiesen werden kann.

54 BVerwG, 31. 5. 2021 – 3 C 12/11 betrifft den vermeintlichen Schadensersatzanspruch eines Beihilfeempfängers; BGH, 10. 2. 2011 – I ZR 136/09, EuZW 2011, 440 betrifft einen auf §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB gestützten Beseitigungsanspruch.

55 BGH, 10. 2. 2011 – I ZR 139/09, Rn. 28, 57, EuZW 2011, 440 ff.

56 BGH, 21. 7. 2006 – V ZR 158/05, NVwZ 2007, 246 zur Anwendbarkeit des § 839 BGB bei der Gewährung von Subventionen.

57 EuGH, 5. 10. 2006 – Rs. C-368/04, Transalpine Ölleitung, ECLI:EU:C:2006:644, EWS 2006, 501, Rn. 46; siehe auch BGH, 10. 2. 2011 – I ZR 136/09, Rn. 28, 57, EuZW 2011, 440 ff. – „Flughafen Frankfurt-Hahn“ im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB (beihilfe-rechtliches Durchführungsverbot als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, dessen Verletzung den Anspruch auf Rückforderung begründet); Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009, Nr. C 85/1, Rn. 47 zum hinreichend qualifizierten Pflichtverstoß im Sinne des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bei Verletzung der Durchführungsverbots.

58 Vgl. BGH, 12. 5. 2011 – III ZR 59/10, NZG 2011, 837 ff.; Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 45; allgemein *Papier/Shivani*, MüKo BGB, § 839, Rn. 263.

59 BGH, 1. 12. 2004 – III ZR 358/03, NVwZ-RR 2006, 28.

60 EuGH Rs. C-39/94, SFEI, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 76; vgl. *Almeida*, EStAL 2019, 169 (176) mit dem Vorschlag, den Empfänger unter dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung heranzuziehen.

61 *Köhler/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. Aufl. 2012, § 8 UWG, Rn. 2.15; a. A. wohl *Kieth*, RIW 2004, 579 (583); zur Wettbewerbswidrigkeit der Verwendung rechtswidriger Beihilfen bei der Kalkulation von Angeboten im Vergabeverfahren *Köhler*, Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, 1705 ff.

62 EuGH Rs. 730/79, Philip Morris, ECLI:EU:C:1980:209, Rn. 11.

63 *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 ff.

64 Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 AEUV (2013), Teil 4.

65 *Goyder/Dons*, EStAL 2017, 416 (423).

66 Hierfür *Kieth*, RIW 2004, 579 (583); *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (281); *Almeida*, EStAL 2019, 169 (177).

a) Annäherung durch Fallgruppen

aa) Überlebensnotwendige Beihilfen

Ein Zusammenhang zwischen rechtswidrigem Vorteil und Marktverhalten kann festgestellt werden, wenn der Empfänger ohne die Beihilfe nicht überlebt hätte.⁶⁷ Wird der Vorteil an ein Unternehmen in Schwierigkeiten⁶⁸ gewährt, können Aspekte wie die Höhe der Beihilfe, der Umfang der finanziellen Schwierigkeiten, die Dringlichkeit der wirtschaftlichen Unterstützung und die verfügbaren Handlungsoptionen die substantiierte Darlegung ermöglichen, dass der Beihilfeempfänger ohne die Beihilfe aus dem Markt ausgeschieden wäre (Marktverhalten), zumal wenn eine (Unvereinbarkeits)Entscheidung der Kommission vorliegt. Dies gilt auch für intransparente Beihilfen wie beispielsweise Kapitalzufuhren, Bürgschaften oder Darlehen ohne marktgemessene Gegenleistung, soweit ein Kapital- oder Finanzierungsbedarf für das Überleben des Empfängers bestand und eine Finanzierung zu Marktbedingungen nicht möglich war.

bb) Direkte Preissubventionierung

Ein Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Vorteil und dem Marktverhalten des Empfängers ist naheliegend, wenn die Beihilfe unmittelbar den Preis des Angebots senkt, insbesondere bei Ermäßigungen auf umsatzbezogene Abgaben⁶⁹ oder Erstattungen an Verbraucher für den Kauf bestimmter Produkte⁷⁰. Auch hier mag der Empfänger allerdings einwenden, er habe den Vorteil nicht an die Abnehmer weitergegeben.⁷¹

cc) Betriebskostenfinanzierung

Wird die Beihilfe genutzt, um laufende Kosten zu finanzieren – typischerweise durch periodisch gewährte Vorteile –, legt dies ebenfalls Auswirkungen auf das Angebot nahe. Besonders deutlich ist dies, wenn die Subvention Voraussetzung dafür ist, dass der Empfänger das Angebot überhaupt oder zu den gegebenen Bedingungen aufrechterhält, wie dies in der Sache *Corsica Ferries* der Fall war. Darunter fallen auch Konstellationen, in denen der Empfänger die Beihilfe zu einer Kampfpriestategie nutzt, die ihm ohne den wirtschaftlichen Vorteil nicht möglich gewesen wäre.⁷² Hiervon kann jedenfalls ausgegangen werden, wenn die am Markt erzielten Einnahmen nicht ausreichen, um die vermeidbaren Kosten des Angebots zu decken, der Empfänger also mit der Beihilfe Verluste kompensiert.

Ein Unterfall ist die Realisierung einer bestimmten Geschäftsmöglichkeit, etwa in einem Ausschreibungswettbewerb. Diese Fallgruppe ist nach Auffassung der Kommission für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen geeignet.⁷³ Richtig ist, dass die Ermittlung des wettbewerblichen Schadens in diesem Fall durch die Anknüpfung an einen bestimmten Vertrag erleichtert werden kann. Voraussetzung ist allerdings die Feststellung, welcher Wettbewerber ohne die Beihilfe die Geschäftsmöglichkeit realisiert hätte. Zudem muss auf der vorgelagerten Kausalitätsebene nachweisbar sein, dass der rechtswidrige wirtschaftliche Vorteil gerade für die Kalkulation eines bestimmten Angebots genutzt wurde.

In welcher Form die Beihilfe gewährt wird, ist irrelevant. Neben direkten Ausgleichszahlungen kommen auch verdeckte Formen der Betriebskostenfinanzierung in Betracht, wie etwa die Quersubventionierung im öffentlichen Unternehmen sowie laufende Vorteile aus wirtschaftlich unausge-

wogenen Verträgen auf der Finanzierungs- oder auf der Vorleistungsebene, z.B. beim Zugang zu öffentlichen Infrastrukturen.

dd) Investitionsfinanzierung

Steht der wirtschaftliche Vorteil dagegen im Zusammenhang mit Investitionen des Empfängers, kommt es zunächst auf die Wirkung der Investitionen auf die Marktposition des Empfängers an. Ist die Investition Voraussetzung für den Marktzutritt oder für eine Erhöhung des Angebots, besteht ein Zusammenhang zwischen der Investition und dem Marktverhalten des Empfängers. Zu klären ist dann allerdings noch die vorgelagerte Frage, ob der wirtschaftliche Vorteil Voraussetzung für die Investition war. Lässt sich feststellen, dass die Investition durch den wirtschaftlichen Vorteil erst ermöglicht wurde, kann ein Schaden auf der Grundlage des kontrafaktischen Szenarios ohne Marktzutritt bzw. ohne Erhöhung des Angebots ermittelt werden. Andernfalls ist die Ermittlung mit Ungewissheiten belastet. Nachzuweisen wäre dann, ob und wie sich der wirtschaftliche Vorteil auf der Investitionsebene in der Kalkulation des durch die Investition ermöglichten Angebots niedergeschlagen hat. Je nach Marktumständen (Angebotsmarkt, Kapitalmarkt) ist auch denkbar, dass es sich um einen bloßen Mitnahmeeffekt handelt, der wirtschaftliche Vorteil also in Form eines zusätzlichen Gewinns an die Gesellschafter weitergeleitet wird. Generalisierende Aussagen sind hierzu kaum möglich.

Dienen Investitionen der Produktivitätssteigerung, müssen zudem in einem weiteren Zwischenschritt deren Auswirkungen auf die Betriebskosten ermittelt werden. Dann erst ist es möglich, die Folgen für das Marktverhalten zu definieren. Da es sich insoweit um Unternehmensinterna handelt, wird dies nicht ohne Weiteres gelingen.

ee) Verringerung der Steuerlast auf Gewinne

Verringert die Beihilfe nur die Steuerlast auf der Ebene der Gesellschafter, ist eine Auswirkung auf das Marktverhalten des unmittelbaren Empfängers dagegen fernliegend.⁷⁴ Die Beihilfe wirkt sich hier eher auf den Standortwettbewerb zwischen Mitgliedstaaten als auf den Wettbewerb im Markt aus. Uneingeschränkt gilt auch diese Aussage nicht. Zum einen kann die Verringerung der Steuerlast auf Gesellschafterebene für eine Quersubventionierung genutzt werden, soweit die Gesellschafter ihrerseits unternehmerisch tätig sind. Zum anderen kann die Steuerentlastung dazu führen, dass sich die Gesellschafter mit einem geringeren Bruttogewinn

67 Bspw. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-159/01, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:C:2004:246; EuGH, 22. 12. 2008 – Rs. C-487/06 P, British Aggregates, ECLI:EU:C:2008:757; EuG, 10. 4. 2008 – Rs. T-233/04, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2008:102; *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (279 f.).

68 Vgl. Kommission, Leitlinien für Staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. 2014 C 249/1, Ziff. 2.2.

69 *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (279).

70 Beispielfall: EuGH, 28. 7. 2011 – Rs. C-403/10 P, Mediaset, ECLI:EU:C:2011:533, EWS 2011, 340.

71 Beispielfall mit umgekehrten Vorzeichen: EuG, 5. 2. 2015 – Rs. T-473/12, Air Lingus, ECLI:EU:T:2015:78.

72 Beispielfall: Kommission, Entscheidung 1999/184/EGKS vom 29. 7. 1998, ABl. 1999 L 60/74.

73 Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 49.

74 *Lang*, EU State Aid Rules – The need for a substantive reform, EStAL 2014, 440, 442.

zufriedengeben, was dem Unternehmen wiederum Spielraum bei der Kalkulation seines Angebots auf dem Markt gibt.

b) Schlussfolgerungen

Rechtswidrige Beihilfen können sich grundsätzlich auf zweierlei Weise auf das Marktverhalten des Empfängers auswirken: Entweder wäre der Empfänger ohne den rechtswidrigen Vorteil überhaupt nicht auf einem bestimmten Markt präsent, oder die Bedingungen seines Angebots wären wettbewerbsmäßig weniger vorteilhaft.

Im ersten Fall tritt die durch die Beihilfe bewirkte Wettbewerbsverzerrung besonders deutlich zutage, was in der Regel zu einem höheren Schaden und auch zu einem einfacheren Nachweis des kontrafaktischen Szenarios führen dürfte. Davon ist auszugehen, wenn der Empfänger ohne den wirtschaftlichen Vorteil erst gar nicht in den Markt eingetreten wäre oder aus dem Markt ausgetreten wäre. Beispiele hierfür sind: (1) Der Empfänger befindet sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten und hätte seine Geschäftstätigkeit ohne die Beihilfe einstellen müssen. (2) Der Empfänger würde ohne den rechtswidrigen Vorteil ein Defizit erwirtschaften, weil sein Angebot ohne Beihilfe nicht wettbewerbsfähig ist. (3) Der Empfänger wäre ohne die Beihilfe nicht in der Lage gewesen, die erforderlichen Investitionen für den Marktzutritt zu finanzieren.

Jenseits dieser Fallgruppen wird das Angebot des Beihilfempfangers durch den wirtschaftlichen Vorteil zwar beeinflusst. Es hätte allerdings auch ohne die Beihilfe – wenngleich zu wettbewerbsmäßig weniger günstigen Bedingungen – aufrechterhalten werden können.

In bestimmten Einzelfällen – *Corsica Ferries* ist hierfür ein Beispiel – lässt sich der Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Vorteil und dem konkreten Marktverhalten des Empfängers auf einem bestimmten Markt aufgrund der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen oder der bekannt gewordenen Tatsachen unmittelbar feststellen. In allen anderen Fällen ist diese Aufgabe komplexer. Werden unmittelbar Preise subventioniert oder Betriebskosten finanziert, sind Auswirkungen leichter darzustellen als im Falle einer bloß mittelbaren Wirkung, wenn die öffentliche Hand beispielsweise Investitionen in technische Verbesserungen durch ein zinsvergünstigtes Darlehen unterstützt. Allerdings muss auch bei Betriebsbeihilfen in Erfahrung gebracht werden, ob die Beihilfe letztlich nur gewinnerhöhend an die Gesellschafter ausgeschüttet wurde (Mitnahmeeffekt) oder zur Quersubventionierung auf einem anderen Markt eingesetzt wurde, ob sie lediglich den Preis des Angebots beeinflusst hat oder ob sie gar Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Angebots war. Dafür müssen Informationen in Bezug auf die Höhe der Beihilfe, das wirtschaftliche Ergebnis des Empfängers auf dem betroffenen Markt sowie die Nachfrage- und Angebotssituation in Erfahrung gebracht werden.

3. Einfluss nachträglicher Entwicklungen auf den Schadensersatzanspruch

a) Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission als nachträgliche rechtliche Entwicklung

Für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt ist ausschließlich die Kommission zuständig. Solange keine Entscheidung der Kommission dazu vorliegt, können nationale Gerichte hierzu keine Aussage treffen.⁷⁵

Wie wirkt es sich also auf den Schadensersatzanspruch aus, dass rechtswidrige Beihilfen später für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden oder dies künftig noch möglich ist?

aa) Ansätze

Auf diese Frage sind mehrere Antworten denkbar.

Es lässt sich zunächst der Standpunkt einnehmen, die nachträgliche Feststellung der Vereinbarkeit einer rechtswidrigen Beihilfe mit dem Binnenmarkt wirke sich auf den Schadensersatzanspruch nicht aus.⁷⁶ Tatsächlich beseitigt die spätere Vereinbarkeitsklärung die Rechtswidrigkeit der bereits durchgeführten Beihilfe nicht.⁷⁷ Auch die Schadenshöhe wird bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise durch die spätere Vereinbarkeitsentscheidung nicht begrenzt. Die Auswirkungen einer konkreten staatlichen Beihilfe auf den Markt und auf die dort präsenten Wettbewerber treten unabhängig davon ein, ob die Maßnahmen nachträglich als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden oder nicht. Insbesondere bedeutet die Feststellung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt nicht, dass die Beihilfe tatsächlich keine oder eine nur vernachlässigenswerte Wettbewerbsverzerrende Wirkung entfaltet. Vielmehr beruht die Feststellung der Vereinbarkeit einer Beihilfe auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 2 AEUV, Art. 107 Abs. 3 AEUV oder Art. 106 Abs. 2 AEUV darauf, dass die Beihilfe wegen der mit ihr verfolgten Zielsetzung und trotz ihrer potenziellen oder tatsächlichen wettbewerbsmäßigen Auswirkungen gerechtfertigt ist.

Nach der entgegengesetzten Auffassung, die in den besprochenen Entscheidungen der französischen Verwaltungsgerichte angedeutet wird, kommen Schadensersatzansprüche bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot nur in Betracht, wenn zugleich die materielle Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt feststeht. Zur Begründung könnte angeführt werden, dass das Durchführungsverbot allein eine verfahrensrechtliche Komponente hat. Dem Schutz der Wettbewerber wäre dadurch Genüge getan, dass die rechtswidrige Durchführung einer später vereinbar erklärten Beihilfe die Rückabwicklung des Verfrühungseffekts in Form des Zinsvorteils nach sich zieht.⁷⁸

Überwiegend wird dagegen unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten eine vermittelnde Auffassung vertreten. Die spätere Feststellung der Vereinbarkeit einer rechtswidrigen Beihilfe schließe zwar Schadensersatzansprüche nicht aus. Allerdings sei der ersatzfähige Schaden auf den Verfrühungsschaden zu begrenzen.⁷⁹ Diese Auffassung vertrat die Kommission bereits in ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2009.⁸⁰ Nunmehr hat sich auch der EuGH diesem Ansatz angeschlossen. Dem Wettbewerber müsse bei einer nachträglich genehmigten Beihilfe der Nachweis gelingen,

„dass er einen Schaden erlitten hat, der durch das vorzeitige Wirksamwerden einer staatlichen Beihilfe und, genauer, durch den rechtswidrigen zeitlichen Vorteil entstanden ist, den der Begünstigte daraus gezogen hat“.⁸¹

75 EuGH Rs. C-354/90, FNCE, ECLI:EU:C:1991:440, Rn. 14.

76 *Kiethe*, RIW 2004, 579 (581).

77 EuGH Rs. C-354/90, FNCE, ECLI:EU:C:1991:440, Rn. 16.

78 Vgl. *Rennert*, EuZW 2011, 576 (577).

79 *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (276); *Goyder/Dons*, EStAL 2017, 416 (423);

80 Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfe-rechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 50.

81 EuGH Rs. C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 60.

bb) Stellungnahme

Die Auffassung, dass eine Unvereinbarkeitsentscheidung der Kommission Voraussetzung für Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern ist, vereinfacht die Rechtslage zwar. Sie reduziert das Durchführungsverbot jedoch auf eine verfahrensrechtliche Absicherung der Zuständigkeit der Kommission und steht überdies im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. Sie ist daher zu verwerfen.

Die auch vom EuGH vertretene Auffassung zum Ersatz des Verfrühungsschadens bei rechtswidrigen, aber sodann für vereinbar erklärten Beihilfen führt indessen zu bislang ungelösten materiellrechtlichen und prozessualen Folgeproblemen:

(i) Auswirkungen einer Vereinbarkeitsentscheidung auf den wettbewerblichen Schaden

Beschränkt man den Schadensersatz wegen rechtswidriger, aber nachträglich für vereinbar erklärter Beihilfen auf den Verfrühungsschaden, kommen für dessen Ermittlung zwei Methoden in Betracht, die zu gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen führen. So könnten für die Zwecke der Schadensverursachung lediglich die Auswirkungen des Zinsvorteils zugunsten des Beihilfeempfängers berücksichtigt werden. Oder man legt den vollen Betrag der Beihilfe zugrunde, begrenzt jedoch die zu berücksichtigenden wettbewerblichen Auswirkungen aufgrund der späteren Vereinbarkeitsentscheidung in zeitlicher Hinsicht. Weder der EuGH noch die Kommission haben sich hierzu explizit positioniert.⁸²

Nimmt man die Rechtsprechung zur Rückforderung zum Maßstab, die lediglich die Abschöpfung des Zinsvorteils für die verfrühte Auszahlung fordert, wäre der Schadensersatzanspruch allein unter Berücksichtigung des Zinsvorteils zu kalkulieren. Das kontrafaktische Szenario als Grundlage für die Ermittlung des Schadens wäre in diesem Fall dadurch gekennzeichnet, dass die finanzielle Situation des Beihilfeempfängers im Zeitraum zwischen der Gewährung der Beihilfe bis zur Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission lediglich um den Zinsvorteil aus der verfrühten Gewährung der Beihilfe bereinigt wird. Die spätere Vereinbarkeitserklärung würde bei dieser Methode den Anspruch auf Ersatz eines wirtschaftlich bereits entstandenen Schadens nachträglich durch Veränderung der Rechtslage verringern. Mit dem Grundsatz, dass Wettbewerber Anspruch auf Ersatz des Schadens haben, den sie aus der Gewährung rechtswidriger Beihilfen erleiden, ist dieses Ergebnis kaum zu vereinbaren, umso mehr, als die Vereinbarkeitsentscheidung den Verstoß weder heilt noch in die Vergangenheit zurückwirkt. Die Beschränkung des Schadensersatzes auf den durch Zinsvorteil verursachten Schaden weist der nachträglichen Vereinbarkeitserklärung *de facto* eine normative Wirkung zu, die sie nicht hat. Schließlich wird die Beschränkung des Schadensersatzes auf die wettbewerbsverzerrende Wirkung, die spezifisch von dem Zinsvorteil zugunsten des Beihilfeempfängers ausgeht, auch nicht durch die CELF-Rechtsprechung vorgegeben. Die Abschöpfung des Zinsvorteils erscheint dort als ein wirtschaftlich gleichwertiger, pragmatischer Weg zu der Alternative, zunächst die gesamte Beihilfe zuzüglich Zinsen zurückzufordern, um sie sogleich erneut zu gewähren.⁸³ Rückschlüsse auf den zu ersetzenden wirtschaftlichen Schaden von Wettbewerbern lassen sich daraus nicht ziehen.

Bessere Gründe sprechen daher für eine Schadensberechnung unter Berücksichtigung des vollen Betrags der rechtswidrigen Beihilfe, wobei die negativen wettbewerblichen Wirkungen nur bis zu dem Zeitpunkt der Genehmigung berücksichtigt werden, ab dem die Beihilfe rechtmäßigerweise hätte gewährt werden können.⁸⁴ Die Frage lautet in diesem Fall, ob und in welcher Höhe der Schaden des Wettbewerbers auch eingetreten wäre, wenn die Beihilfe erst nach der Vereinbarkeitsentscheidung gewährt worden wäre. Dies bedeutet, dass jedenfalls die Ersatzfähigkeit von bereits eingetretenen Schäden durch die Vereinbarkeitsentscheidung nicht eingeschränkt wird. Werden beispielsweise rechtswidrig Ausgleichsleistungen oder andere Betriebsbeihilfen gewährt, wäre der Wettbewerber so zu stellen, als hätte der Beihilfeempfänger die wirtschaftlichen Vorteile bis zur Vereinbarkeitserklärung überhaupt nicht erhalten. Wurden Investitionsbeihilfen gewährt, ohne die der Beihilfeempfänger eine bestimmte Produktionsstätte nicht errichtet hätte, ist der Wettbewerbseffekt der Produktionsstätte für den gesamten Zeitraum mindestens bis zur Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen – wobei auch das Argument zulässig sein dürfte, die Produktionsstätte wäre zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt nicht mehr errichtet worden. Wurde eine Rettungsbeihilfe gewährt und steht fest, dass der Beihilfeempfänger im Zeitpunkt der nachträglichen Vereinbarkeitserklärung bereits aus dem Markt ausgeschieden wäre, hätte dies auf die Höhe des ersatzfähigen Schadens keinen Einfluss. Der Wettbewerber wäre so zu stellen, als wenn der Beihilfeempfänger aus dem Markt ausgeschieden wäre.

(ii) Einbettung in das Haftungsregime in Deutschland

Die Beschränkung des Umfangs des Schadensersatzes durch eine spätere Vereinbarkeitsentscheidung lässt sich im deutschen Recht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzweckzusammenhangs⁸⁵ zwischen dem Durchführungsverbot und dem verursachten Schaden erfassen. Der Schutzzweck des Durchführungsverbots umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH nur solche Schäden, die gerade durch die verfrühte Gewährung der Beihilfe entstanden sind. Hat demnach die Kommission die Vereinbarkeit einer rechtswidrigen Beihilfe festgestellt, begrenzt dies den Schadensersatzanspruch auf den Verfrühungsschaden. Auf rechtmäßiges Alternativverhalten kann sich der Schuldner des Schadensersatzanspruchs allerdings in keinem Fall berufen. Liegt keine Vereinbarkeitsentscheidung vor, kann die hypothetische Vereinbarkeit der Beihilfe ohnehin nicht festgestellt werden. Zudem schützt das Durchführungsverbot Wettbewerber gerade vor Missachtung der ausschließlichen Kompetenz der Kommission.

Auch nach der deutschen Rechtsprechung zur Amtshaftung kann sich der haftende Rechtsträger bei Verstößen gegen Zuständigkeitsnormen grundsätzlich nicht auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen.⁸⁶

82 Vgl. EuGH Rs. C-199/06, CELF („CELF II“), ECLI:EU:C:2008:79, Rn. 46; EuGH Rs. C-387/17, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 60; Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 50.

83 Vgl. EuGH Rs. C-199/06, CELF (CELF II), ECLI:EU:C:2008:79, Rn. 53.

84 So im Ergebnis auch *Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (276).

85 St. Rspr., z. B. BGH, 22. 4. 1958 – VI ZR 65/57, NJW 1959, 1041; BGH, 14. 3. 1985 – IX ZR 26/84, NJW 1985, 1332; BGH, 26. 1. 2021 – VI ZR 405/19, BeckRS 2021, 1283;

86 BGH, 12. 12. 1974 – III ZR 76/70, NJW 1975, 491.

Es ist daher zu erwarten, dass die deutsche Rechtsprechung die Begrenzung des Schadensersatzanspruchs durch eine spätere Vereinbarkeitsentscheidung in Bezug auf die rechtswidrige Beihilfe unter Heranziehung des Kriteriums des Schutzzweckzusammenhangs übernimmt. Für die Frage, ob der insoweit erfasste Schaden auf der Grundlage des Zinsvorteils zu berechnen ist oder auf der Grundlage der gesamten Beihilfe, begrenzt durch die hypothetische Situation bei Gewährung nach der Vereinbarkeitsentscheidung, gibt das nationale Recht nichts her.

(iii) Prozessuale Interdependenz zwischen Schadensersatzprozess und Prüfverfahren der Kommission?

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann Schadensersatz grundsätzlich unabhängig davon gefordert werden, ob die rechtswidrige Beihilfe zugleich Gegenstand einer Untersuchung der Kommission ist.⁸⁷ Denn – so der EuGH – die Einleitung eines Prüfverfahrens für staatliche Beihilfen könne die Gerichte nicht von ihrer Verpflichtung entbinden, die Rechte des Einzelnen gegenüber einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu schützen.⁸⁸ Diese prozessuale Vorgabe steht mit der materiellrechtlichen Einschätzung, dass die Höhe des ersatzfähigen Schadens durch eine Vereinbarkeitsentscheidung beeinflusst wird, in einem Spannungsverhältnis. Nationale Gerichte geraten dadurch in ein gewisses Dilemma, vor allem, wenn man eine Aussetzung des Schadensersatzprozesses unionsrechtlich für unzulässig hält.⁸⁹

Auf der Grundlage der deutschen Rechtsprechung beeinflussen denkbare, nachträglich schadensmindernde Ereignisse die Spruchreife allerdings ohnehin nicht. Sie blieben materiellrechtlich zunächst unberücksichtigt, könnten ggfs. aber in einem neuen Verfahren mit dem Ziel, die Ergebnisse des ersten Verfahrens zu modifizieren, berücksichtigt werden.⁹⁰ Dies wäre wohl mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar. Denn auch in Bezug auf die Rückforderung gilt, dass mitgliedstaatliche Gerichte die vollständige Rückforderung auch dann anordnen müssen, wenn ein Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit einer rechtswidrigen Beihilfe mit dem Binnenmarkt anhängig ist.⁹¹

b) Die Rückabwicklung einer rechtswidrigen Beihilfe als nachträgliche tatsächliche Entwicklung

Die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen dient dazu, den Status quo ante wiederherzustellen.⁹² Dem Beihilfeempfänger wird durch die Rückabwicklung der erhaltene Vorteil wieder entzogen.⁹³ Damit korreliert eine Verbesserung der Position der Wettbewerber, die den entstandenen Schaden jedoch nicht notwendig kompensiert. Zum Verhältnis zwischen Rückabwicklung der Beihilfe und Schadensersatzanspruch des Wettbewerbers fehlen bislang Stellungnahmen. Die Kommission hat sich lediglich dahingehend geäußert, dass eine verzögerte Rückabwicklung für sich genommen Grundlage für Schadensersatzansprüche sein kann.⁹⁴ In den besprochenen Verfahren *Corsica Ferries* und *SIDE* waren die Beihilfen jeweils rückabgewickelt worden und die Beihilfeempfänger infolgedessen aus dem Markt geschieden. Bei der Bemessung der Schadensersatzansprüche wurde dieser Gesichtspunkt jedoch erwähnt.

aa) Auswirkungen der Rückabwicklung auf den Schadensersatzanspruch

Typischerweise liegen zwischen der Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe und deren effektiver Rückabwick-

lung mehrere Jahre, in denen sich die wettbewerbsverfälschende Wirkung der Beihilfe zum Nachteil der Wettbewerber entwickeln kann.

Der bereits eingetretene Schaden kann durch die Rückabwicklung der Beihilfe nicht unmittelbar beseitigt werden. War der geschädigte Wettbewerber gezwungen, sich bereits vor der effektiven Rückabwicklung aus dem Markt zurückzuziehen, wirkt sich die Rückabwicklung auf den Schaden überhaupt nicht mehr aus. In anderen Fällen wird sich die Rückabwicklung – dies ist ja auch ihr Sinn – in unterschiedlichem Maße positiv auf die Position der Wettbewerber des Beihilfeempfängers auswirken. Diese Wirkung, die eine Rückkehr zum wettbewerbsfähigen Status quo ante ermöglicht, ist zu berücksichtigen, soweit es um die weitere Schadensentwicklung nach Rückabwicklung der Beihilfe geht.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob wettbewerbliche Vorteile des Geschädigten aus der Rückabwicklung der Beihilfe, die ihm gegenüber dem Status quo ante zu einer Verbesserung seiner Marktstellung verhelfen, auf den bereits entstandenen Schaden anzurechnen sind. Solche überschießenden Vorteile können sich ergeben, wenn der Beihilfeempfänger infolge der Rückabwicklung der Beihilfe Insolvenz anmelden muss – ein Szenario, welches bei über die Jahre aufgelaufenen Zahlungen selbst dann eintreten kann, wenn die rechtswidrigen Beihilfen für den Empfänger zunächst nicht überlebensnotwendig waren.

Da der überschießende Vorteil den zuvor entstandenen Schaden nicht unmittelbar beseitigt, können diese Auswirkungen in Deutschland nur nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung angesetzt werden. Die Beurteilung richtet sich nach der Formel, der Vorteil müsse in einem adäquaten Zusammenhang zu dem schadensstiftenden Ereignis stehen, dürfe dem Zweck des Schadensersatzes nicht zuwiderlaufen und den Schädiger nicht unbillig entlasten.⁹⁵ Sie wird auch bei Schadensersatzansprüchen wegen Kartellverstößen herangezogen.⁹⁶ Es sprechen gute Gründe für eine Vorteilsanrechnung. Der notwendige Kausalzusammenhang zwischen schadensstiftendem Ereignis und anzurechnendem Vorteil kann auch durch Maßnahmen zur Schadensbegrenzung vermittelt werden,⁹⁷ worunter auch die Rückabwicklung fällt. Der Zweck des Schadensersatzes steht der Vorteilsausgleichung nicht entgegen; im Gegenteil wird durch die Anrechnung des wettbewerbsfähigen Vorteils eine Überkompensation verhindert. Eine unbillige Entlastung des Schädigers dürfte ebenfalls nicht anzunehmen sein; insbesondere wurde der Vorteil nicht durch eigene Anstrengungen oder Leistungen

87 EuGH Rs. C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 57.

88 EuGH Rs. C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 58 unter Hinweis auf sein Urteil vom 21. 11. 2013 – Rs. C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, ECLI:EU:C:2013:755, EWS 2014, 43, Rn. 32.

89 *So Honoré/Jensen*, EStAL 2011, 265 (277).

90 BGH, 2. 4. 2001 – II ZR 331/99, NJW-RR 2001, 1450.

91 EuGH, 21. 7. 2005 – Rs. C-71/04, *Xunta de Galicia*, ECLI:EU:C:2005:493, Rn. 49; Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 30.

92 EuGH, 11. 12. 2012 – Rs. C-610/10, *Kommission/Spanien („Magesa-Gruppe“)*, ECLI:EU:C:2012:781, Rn. 105.

93 EuGH, 4. 5. 1995 – Rs. C-348/93, *Kommission/Italien („Alfa Romeo“)*, ECLI:EU:C:1995:95, Rn. 27.

94 Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Rn. 69.

95 BGH, 15. 1. 1953 – VI ZR 46/52, NJW 1953, 618.

96 Z. B. BGH, 23. 9. 2020 – KZR 35/19, NJW 2021, 848.

97 Vgl. BGH, 6. 12. 1995 – VIII ZR 270/94 (Abzug „neu für alt“), NJW 1996, 584, wo der Vorteil mit der Schadensbeseitigung zusammenhängt.

erkauft. Zwar erhöht die Vorteilsausgleichung die Komplexität der Schadensermittlung. Indessen liegt die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf den auszugleichenden Vorteil nach allgemeiner Ansicht beim Schuldner des Schadensersatzanspruchs.⁹⁸

Soweit eine Rückabwicklung nicht erfolgt ist, dürfte sie in der Regel unberücksichtigt bleiben. Vermindert sich der Schaden später oder fällt er weg, kann der Schuldner Vollstreckungsgegenklage oder – nach Erfüllung – einen bereicherungsrechtlichen Anspruch geltend machen.⁹⁹

bb) Obliegenheit zur Durchsetzung der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen?

Aufgrund des Vorrangs des Primärrechtsschutzes droht im Anwendungsbereich des Amtshaftungsanspruchs ein Verlust des Anspruchs, wenn der Geschädigte auf Rechtsbehelfe verzichtet, die auf Abwendung des Schadens gerichtet sind (§ 839 Abs. 3 BGB). Hierunter fallen Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung selbst richten und ihre Beseitigung bezwecken.¹⁰⁰ Allerdings hat der BGH klargestellt, dass der Folgenbeseitigungsanspruch als kompensatorischer Rechtsbehelf nicht unter die nach § 839 Abs. 3 BGB wahrzunehmenden Rechtsbehelfe fällt.¹⁰¹ Entsprechendes dürfte für die Durchsetzung der Verpflichtung zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfe gelten.

Indessen kann sich die unterlassene Wahrnehmung von Rechtsbehelfen zur Rückabwicklung der Beihilfe unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) negativ auf den Schadensersatzanspruch auswirken.¹⁰² Die Effektivität des unionsrechtlichen Schadensersatzanspruchs wird dadurch nicht beeinträchtigt.¹⁰³ Voraussetzung ist, dass der geltend gemachte Schaden durch die mögliche und rechtzeitige Durchsetzung der Rückforderungspflicht hätte beseitigt werden können. Dies ist vor allem der Fall, wenn sich der Schaden kontinuierlich bis zur effektiven Rückforderung entwickelt.

IV. Fazit

Die Entscheidungen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Verfahren *Corsica Ferries* und *SIDE* sind im Ergebnis zu begrüßen. Da die Rückabwicklung rechtswidriger Beihilfen den Schaden der Wettbewerber meist nur begrenzen kann, ist ein unmittelbarer Ersatz des wirtschaftlichen Schadens geboten. Nebenbei wird dadurch die praktische Wirksamkeit des Beihilferechts gestärkt. Während die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen nur für den Empfänger ein wirtschaftliches Risiko darstellt und die Mitgliedstaaten finanziell nicht belastet, können drohende Schadens-

ersatzansprüche einen wirtschaftlichen Anreiz zur Einhaltung beihilferechtlicher Vorgaben setzen.

Die Sachen *Corsica Ferries* und *SIDE* eigneten sich für die Zuerkennung von Schadensersatz. Die für die rechtliche Bewertung und die Ermittlung des Schadens erforderlichen Fakten waren insbesondere in der Sache *Corsica Ferries* ohne durchgreifende Beweisschwierigkeiten feststellbar. Die Zuordnung des Schadens zu dem jeweiligen Anspruchsteller wurde in beiden Fällen durch die duopolistische Marktstruktur begünstigt.

Entsprechende Schadensersatzklagen könnten grundsätzlich auch in Deutschland mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden, sei es im Anwendungsbereich der Amtshaftung, sei es auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB. Ein deutsches Gericht hätte sich in einer entsprechenden Fallkonstellation aber womöglich die Frage gestellt, wie sich der spätere Marktaustritt des Beihilfeempfängers, verursacht durch die Rückforderung, auf die Bemessung des Schadensersatzes ausgewirkt hätte. Hinsichtlich des Verfahrens *SIDE* wären vor deutschen Gerichten zudem weitere Feststellungen zur Schadensverursachung und Schadenshöhe notwendig gewesen.

Jenseits der besprochenen Verfahren lassen sich die Erfolgsaussichten von Wettbewerberklagen nur eingeschränkt nach allgemeinen Kriterien einschätzen. Anders als beim Kartellschadensersatz gibt es keine wirtschaftliche und bislang auch keine rechtliche Grundlage für die Annahme, dass stets ein Schaden entstanden ist. Indessen sind Wettbewerberklagen jedenfalls unter folgenden Voraussetzungen schon gegenwärtig auch in Deutschland realistisch:

- Der Wettbewerber hat sich um Primärrechtsschutz bemüht.
- Es liegt eine bestandskräftige Kommissionsentscheidung vor, welche die Rechtswidrigkeit der Beihilfe feststellt.
- Der Wettbewerber wurde mit einem Angebot am Markt konfrontiert, welches es ohne die Beihilfe überhaupt nicht gegeben hätte.
- Die Zuordnung des Schadens zwischen mehreren betroffenen Wettbewerbern ist möglich.

Was es nun braucht, sind Unternehmen, die die Auseinandersetzung mit den Behörden nicht scheuen und das nötige Durchhaltevermögen sowie die finanziellen Mittel für eine jahrelange, ressourcenbindende Auseinandersetzung mitbringen.

⁹⁸ BGH, 3. 5. 2002 – V ZR 115/01, NJW-RR 2002, 1280.

⁹⁹ BGH, 2. 4. 2001 – II ZR 331/99, NJW-RR 2001, 1450.

¹⁰⁰ BGH, 4. 6. 2009 – III ZR 144/05, EuZW 2009, 865.

¹⁰¹ BGH, 4. 7. 2013 – III ZR 201/12, NJW 2013, 3237.

¹⁰² BGH, 4. 7. 2013 – III ZR 201/12, NJW 2013, 3237.

¹⁰³ EuGH (GK), 24. 3. 2009 – Rs. C-445/06, Danske Slagterier, ECLI:EU:C:2009:178, EWS 2009, 176, Rn. 60 ff.