

# Unmittelbare Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Beihilfenvorschriften und Rechtsschutz (Konkurrentenklage) gegen unbewilligte Beihilfen im deutschen Recht

Burak Oder\*

## Einleitung

Die Subventionen bzw. die staatlichen Beihilfen sind eines der wichtigsten Instrumenten zur Wirtschaftslenkung und der Förderungsverwaltung. Die Subventionierung ist ein Verhältnis zwischen dem gewährenden Staat bzw. der Verwaltung und dem Begünstigten, aber weil sie Auswirkungen auf den freien Wettbewerb hat, hat sie auch Auswirkungen auf Konkurrenten auf dem Markt zur Folge, nämlich Beeinträchtigungen bzw. Benachteiligungen, die man als die Drittwirkung der Subventionierung bezeichnen kann. In einem solchen Fall handelt es sich um eine Doppelwirkung der Beihilfe. Also, je mehr mittels der Subvention in den freien Wettbewerb eingegriffen wird, um so häufiger werden Konkurrenten dabei in Mit-leidenschaft gezogen.<sup>1</sup> Deswegen sollte den Konkurrenten ein Rechtsschutz gegen diese Beeinträchtigungen gewährt werden.

Möchte der Konkurrent die Beseitigung der Begünstigungen des Subventionsempfängers erreichen, handelt es sich um eine "negative" Konkurrentenklage. Begehrt er hingegen seine eigene Subventionierung, so liegt eine "positive" Konkurrentenklage.<sup>2</sup> Von hier wird die "negative" Konkurrentenklage behandelt werden.

Die Subventionierung ist eine staatliche Handlung, und die Klagebefugnis vor nationalen Gerichten ist gemäß dem nationalen Recht zu bestimmen. Deshalb scheint das Problem der Konkurrentenklage auf den ersten Blick ein Problem des nationalen Rechtssystems bzw. Rechtsschutzsystems zu sein. Aber weil mit den Artikeln 92 bis 94 des EG-Vertrages ein gemeinschaftliches Beihilfensystem errichtet worden ist, kann das Problem ohne Rücksicht auf gemeinschaftliches Beihilfensystem nicht behandelt werden.

\* Assistent am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Istanbul.

1 Vgl. Rüber, Hans-Josef, Die Konkurrentenklage gegen wettbewerbsverzerrende Subventionen im Gemeinsamen Markt, in: NJW 1971, S. 2097 (2097) Schwarze, Jürgen, Subventionen im Gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz des Konkurrenten, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin/New York 1987, S. 819 (820).

2 Schwarze aaO (Fn. 1), S. 836 f.

Im gemeinschaftlichen Kontrollensystem, das unten näher erläutert wird, handelt es sich um die Kontrolle der bestehenden Beihilfen<sup>3</sup> und der neueinzuführenden und umzugestaltenden Beihilfen (Neubeihilfen). Obwohl die bestehenden Beihilfen grundsätzlich mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, stehen sie unter fortlaufender Kontrolle der Kommission gemäß Art. 93 Abs. 1 des EG-Vertrages und können nachher von der Kommission gemäß Art. 93 Abs. 2 EGV als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt werden. Die Neubeihilfen sind gemäß Art. 93 Abs. 3 EGV der Kommission anzumelden und bis zur Äußerung bzw. Entscheidung der Kommission über ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag nicht zu gewähren. Also sie stehen unter einer Vorkontrolle der Kommission. Deshalb sind unter dem Begriff der "unbewilligten Beihilfen" solche Beihilfen zu verstehen, die unter Verletzung der die Vorkontrolle der Kommission betreffenden Vorschriften durchgeführt werden. Entsprechend dem Begriff der unbewilligten Beihilfen wird hier der Rechtsschutz gegen solche Beihilfen behandelt, die ohne Anmeldung oder trotz des Durchführungsverbot durchgeföhrt werden.<sup>4</sup>

## I. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Beihilfenvorschriften

### 1. Gemeinschaftliches Kontrollensystem der neueinzuföhrenden und umzugestaltenden Beihilfen

Das gemeinschaftliche Beihilfensystem beruht auf zwei Artikeln, auf Artikel 92 EGV, in dem drei Gruppen von Beihilfen aus ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt vorgesehen sind, nämlich vereinbare Beihilfen, unvereinbare Beihilfen und Beihilfen, die als vereinbar angesehen werden können, und auf Artikel 93 EGV, nach dem die bestehenden Beihilfen fortlaufender Kontrolle der Kommission und die neueinzuföhrenden und umzugestaltenden Beihilfen der Vorprüfung der Kommission unterworfen sind.

Gemäß Art. 92 Abs. 1 EGV sind "staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den

3 Zu den bestehenden Beihilfen zählen solche Beihilfen, die vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages, also 1.1.1958, von den damaligen Mitgliedstaaten oder von den nacher beitretenden Mitgliedstaaten vor ihrem Beitrittstag eingeföhrt waren, und Beihilfen, die nach Inkrafttreten des Vertrages vor ihrer Durchführung von den Mitgliedstaaten der Kommission angemeldet, von dieser aber nicht beanstandet wurden. Vgl. dazu Rs. 70/72, Deutschland, 1973, 813 (829 f.) und insbes. Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1482).

4 Zum Rechtsschutz in verschiedenen Stufen der Beihilfenkontrolle vgl. insbes. Leibrock, Gero, Der Rechtsschutz im Beihilfenaufsichtsverfahren des EWG-Vertrages, EuR 1990, S. 20 ff.; Papier, Hans-Jürgen, Rechtsformen der Subventionierung und deren Bedeutung für die Rückabwicklung, in ZHR 152 (1988), S. 493 (499); Rengeling, Hans-Werner, Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften, in Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt (KSE 32), S. 23 (50); Schwarze aaO (Fn. 1).



Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen". In Art. 92 Abs. 2 EGV sind die Fälle vorgesehen, in denen die Beihilfegewährung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen worden sind. Mit Art. 92 Abs. 3 EGV ist der Kommission die Zuständigkeit gewährt worden, um die vorgesehenen Beihilfen trotz ihrer Unvereinbarkeit als vereinbar ansehen zu können. Außerdem hat der Rat gemäß Art. 93 Abs. 2 Satz 3 die Befugnis, auf Antrag eines Mitgliedstaates einstimmig zu entscheiden, daß eine von diesem Staat gewährte oder geplante Beihilfe in Abweichung von Art. 92 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen.

Nach Art. 93 Abs. 3 Satz 1 EGV sind die von den Mitgliedstaaten neu einzuführenden und umzugestaltenden Beihilfen durch eine Unterrichts- bzw. Anmeldepflicht der Vorprüfung der Kommission unterworfen. Gemäß dieser Anmeldepflicht sollen die Mitgliedstaaten die Kommission von jeder von ihnen beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichten, daß die Kommission sich dazu äußern kann. Die Kommission leitet das in Art. 93 Abs. 2 EGV vorgesehene Haupt(prüfungs)verfahren ein, wenn sie während ihrer Vorprüfung<sup>5</sup> zu der Auffassung gelangt, daß die angemeldete Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, um diese Vereinbarkeit endgültig feststellen zu können. Gemäß Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.

In diesem System soll einerseits die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 93 Abs. 3 EGV, nämlich der Anmeldepflicht der Mitgliedstaaten und des Durchführungsverbots, andererseits die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 92 Abs. 1 EGV behandelt werden. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 92 Abs. 1 EGV hat den Vorrang bei der Behandlung, weil sie dann für das ganze System bestimmend wird, falls sie anerkannt wird.

## 2. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Artikels 92 Absatz 1 EGV

Nach Artikel 5 des EG-Vertrages sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle

<sup>5</sup> Die Vorprüfungsfrist ist im Vertrag, nämlich im Artikel 93 nicht geregelt, aber nach der Rechtsprechung des EuGH steht der Kommission eine angemessene Frist, die nach Rechtsprechung des EuGH als zwei Monate in Anlehnung auf Art. 175 und 173 festgestellt worden sind, um die Vorprüfung durchzuführen. (Rs.120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1482)) Diese Frist wird danach von der Kommission für bestimmte Beihilfen als 30 Arbeitstagen festgestellt. (Schreiben der Kommission an die Mitgliedstaaten 2.10.1981. Abgedruckt in Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften, Band IIA, Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen, 1995, S. 99) Falls die Kommission in dieser Frist das in Absatz 2 des Artikel 93 vorgesehene Verfahren nicht eingeleitet hat, kann der betreffende Mitgliedstaat nach der Beendigung dieser Frist die Beihilfe bzw. die beabsichtigte Maßnahme durchführen, bevor er die Durchführung der Kommission wegen rechtssicherheitlichen Gründen angezeigt bzw. mitgeteilt hat. (Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1482)).

Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten, zu unterlassen. Eines dieser Ziele ist die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt (Art. 3 lit g). So ist ein Verbot, das eine Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten begründet, in der in Art. 92 Abs. 1 EGV enthaltenen Unvereinbarkeitserklärung zu sehen.<sup>6</sup> Der Charakter dieses Verbotes ist für seine unmittelbare Anwendbarkeit maßgebend. Wenn dieses Verbot ein absolutes ist, gemäß dem alle Beihilfemaßnahmen per se mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, also rechtswidrig sind, wird es dann unmittelbar anwendbar.<sup>7</sup> Aber wenn es ein relatives ist, wird für seine Anwendbarkeit eine Feststellung der Unvereinbarkeit im Einzelfall erforderlich.

Im gemeinschaftlichen Beihilfensystem ist die per se Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nicht anerkannt.<sup>8</sup> Obwohl Art. 92 Abs. 1 EGV ein generelles Verbot enthält, kann er bei seiner Auslegung nicht für sich allein genommen werden und ist vielmehr im Rahmen des durch die Artikel 92 bis 94 EGV geschaffenen Gesamtsystems zu betrachten.<sup>9</sup> Das im Art. 92 Abs. 1 EGV aufgestellte Verbot ist weder absolut noch unbedingt, da Absatz 3 dieses Artikels und Art. 93 Abs. 2 EGV teils der Kommission einen weiten Ermessensspielraum zugestehen, teils dem Rat eine ausgedehnte Befugnis erteilen, Beihilfen unter Abweichung vom allgemeinen Verbot des Art. 92 Abs. 1 EGV zuzulassen.<sup>10</sup> Es ist erforderlich, daß die Bestimmungen des Art. 92 Abs. 1 EGV erst durch eine Einzelfallentscheidung der Kommission über Unvereinbarkeit bei den Beihilfen konkretisiert werden, damit aus ihnen vor den nationalen Gerichten Rechte hergeleitet werden können und nur diesen der Charakter gewährt wird, von den nationalen Richtern gewürdigt zu werden.<sup>11</sup> Das Recht und die Möglichkeit, sich auf Art. 92 EGV allein zu berufen, hat der

6 Vgl. dazu Rs. 6/64, *Costa-E.N.E.L.*, 1964, 1251 (1272).

7 Vorher ist diese Meinung vertreten worden, daß selbst Artikel 92 Abs. 1 eine Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten in Anlehnung an Artikel 5, also ein Verbot enthält und deswegen unmittelbar anzuwenden ist, also die Mitgliedstaaten keinerlei Maßnahmen zu seiner Durchführung zu ergreifen brauchen und auch ein subjektives Recht für die Marktbürger beinhaltet, ohne Beachtung der Vorschriften des Art. 93 Abs. 3. Nach dieser Meinung, es handele sich in Art. 92 Abs. 1 um eine tatbestandlich klare Unvereinbarkeitserklärung, die den Wettbewerb im zwischenstaatlichen Handel gewährleisten solle. Damit sei auch die Individualinteresse des einzelnen Wettbewerbers angesprochen. (Rüber, aaO (Fn. 1), S. 2099) So wurde versucht, aus dem materiellen Verbot des Artikels 92 Abs. 1 durch Hilfe der allgemeinen Vorschrift des Artikels 5 über die Pflichten der Mitgliedstaaten ein formelles Verbot abzuleiten und dem Artikel 92 Abs. 1 den Charakter der unmittelbaren Anwendbarkeit zu gewähren. Abgesehen von den überholten und abgelehnten Schlußfolgerungen trägt diese Meinung noch eine relative Wichtigkeit, weil sie abstraktes Wettbewerbssystem aus der Perspektive der Konkurrenten konkretisiert und deshalb eine Antwort der Frage ist, warum Art. 93 Abs. 3 einen Schutz für Konkurrenten gewährt.

8 Vgl. Rs. 77/72, *Capolongo*, 1973, 611 (622); Rs. 78/76, *Steinike*, 1977, 595 (609 ff.); Rs. C-301/87, *Frankreich*, 1990, I-307 (355 f.); Rs. C-142/87, *Belgien*, 1990, I-959 (1019 f.).

9 Rs. 77/72, *Capolongo*, 1973, 611 (622).

10 Rs. 78/76, *Steinike*, 1977, 595 (609 f.).

11 Rs. 77/72, *Capolongo*, 1973, 611 (622).



einzelne jedoch dann, wenn die Bestimmungen des Art. 92 EGV durch die in Art. 94 EGV vorgesehenen allgemeinen Vorschriften oder durch Einzelfallentscheidung nach Art. 93 Abs. 2 EGV konkretisiert worden sind, weil sonst das nationale Gericht die Unvereinbarkeit der Beihilfe unmittelbar oder inzidenter feststellen sollte, welches vorbehaltlich der Kontrolle durch den Gerichtshof im Zuständigkeitsbereich der Kommission liegt.<sup>12</sup>

Verfahrensrechtlich bedeutet dieses Erfordernis, daß die Kommission die Kontrolle der Neubeihilfen fortführen soll, um eine abschließende Entscheidung über die Unvereinbarkeit bzw. Vereinbarkeit der betreffenden Maßnahme zu treffen, obwohl die Maßnahme unter Verletzung der Vorschriften des Art. 93 Abs. 3 EGV durchgeführt wird.<sup>13</sup> Aber diese Verpflichtung der Kommission hat jedoch keine Auswirkungen auf die Verpflichtungen der nationalen Gerichte, die primär aus der unmittelbaren Wirkung des in Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV enthaltenen Verbots resultieren.<sup>14</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH bedeutet die Begrenzung der Möglichkeit, aus Art. 92 EGV Rechte herzuleiten, nicht, daß die nationalen Gerichte nicht mit Streitigkeiten befaßt werden könnten, durch die sie zur Auslegung<sup>15</sup> und Anwendung der in Art. 92 EGV enthaltenen Bestimmung gezwungen würden, doch können sie hierbei - außer im Falle einer unter Verstoß gegen Art. 93 Abs. 3 EGV eingeführten Beihilfe - nicht die etwaige Unvereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe feststellen.<sup>16</sup> So kann ein nationales Gericht Veranlassung haben, den in Art. 92 EGV enthaltenen Begriff der Beihilfe auszulegen und anzuwenden, um zu bestimmen, ob eine ohne Beachtung des in Art. 93 Abs. 3 EGV vorgesehenen Vorprüfungsverfahrens eingeführte staatliche Maßnahme diesem Verfahren hätte unterworfen werden müssen.<sup>17</sup> Diese Verpflichtung der nationalen Gerichte, die einerseits auch die Anmeldepflicht betrifft<sup>18</sup>, erscheint auf den ersten Blick bedenklich und braucht deshalb Erläuterung. Selbst der

12 Rs. 78/76, Steinike, 1977, 595 (610).

13 Rs. C-301-87, Frankreich, 1990, I-307 (35f.); Rs. C-142-87, Belgien, 1990, I-959 (1019 f.).

14 Rs. C-354/87, Fédération nationale du commerce, 1991, I-5505 (5528). Diese Rechtsprechung verhindert nicht, sich auf diese Feststellung der materiellen Unvereinbarkeit bzw. Rechtswidrigkeit zu berufen. Bei den sowohl formell als auch materiell rechtswidrigen Beihilfen kann der Konkurrent auf beide Rechtswidrigkeiten berufen, aber zeitlich ist die Berufung auf formelle Rechtswidrigkeit viel geeigneter und vorteilhafter, weil die die Unvereinbarkeit feststellende Entscheidung als eine Entscheidung iSv Art. 189 gemäß Art. 191 Abs. 3 mit ihrer Bekanntgabe, also ex nunc wirksam ist. Bei den nur formell-rechtswidrigen Beihilfen heilt die abschließende Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit die formelle Rechtswidrigkeit nicht (Rs. C-354/87, Fédération nationale du commerce, 1991, I-5505 (5529)). Es ist zu erwähnen, daß die formell-rechtmäßig, also unter Beachtung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots, durchgeführte Beihilfen als bestehende Beihilfen anzusehen sind und bei einer späteren Feststellung ihrer Unvereinbarkeit auf diese materielle Vereinbarkeit berufen werden können (vgl. Rs. 77/72, Capolongo, 1973, 611 (622)).

15 Gegebenenfalls unter Rückgriff auf das Verfahren nach Art. 177 EGV.

16 Rs. 78/76, Steinike, 1977, 595 (611).

17 Rs. 78/76, Steinike, 1977, 595 (611). Diese Rechtsprechung ist im *Fédération nationale du commerce*-Urteil wiederholt worden, Rs. C-354/90, 1991, I-5505 (5527).

18 Vgl. unten "Anmeldepflicht".

EuGH hat den Begriff der Beihilfe nicht generell definiert und hat am meisten den Auswirkungen der betreffenden Maßnahme den Vorrang gegeben.<sup>19</sup> Außerdem ist es nicht klar, ob sich das nationale Gericht bei der Auslegung des Begriffs der Beihilfe an objektive Kriterien, z.B. wie Staatlichkeit bzw. aus staatlichen Mitteln Gewährung der Beihilfe und Begünstigung (bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige), die aus Art. 92 Abs. 1 EGV abzuleiten sind, oder an die Auswirkungen der betreffenden Maßnahme, z.B. wie Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, oder an beide anlehnen soll.

Kurz zusammengefaßt, nach der Rechtsprechung des EuGH, die auch in der Literatur akzeptiert worden ist<sup>20</sup>, enthält Art. 92 Abs. 1 EGV ein grundsätzliches, aber nicht ein striktes und unmittelbar anwendbares Verbot. Für seine unmittelbare Anwendbarkeit ist erforderlich, daß es durch eine Einzelfallentscheidung der Kommission konkretisiert wird.

### 3. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Artikels 93 Absatz 3 EGV

Art. 93 Abs. 3 EGV enthält zwei Pflichten der Mitgliedstaaten, nämlich Anmeldepflicht und Durchführungsverbot. Obwohl zwischen der Anmeldepflicht und dem Durchführungsverbot eine enge Verbindung besteht, hat der EuGH sie getrennt betrachtet.

#### a) Anmeldepflicht

Die Anmeldepflicht, die auch die Pflicht zur rechtzeitigen Anmeldung enthält, bildet mit dem Durchführungsverbot eine Gesamtheit, und es besteht ein enger Zusammenhang zwischen beiden. Gemäß dem Art. 93 Abs. 3 Satz 1 EGV unterliegt der Mitgliedstaat der Pflicht, jede **beabsichtigte** Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen der Kommission so rechtzeitig anzumelden, **daß sie sich dazu äußern kann**. Von der Formulierung des Art. 93 Abs. 3 EGV "beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung" leitet sich ab, daß die

19 Vgl. insbes. Rs. 6 u. 11/69, 1969, 541 ff.; Rs. 172/73, Italien, 1974, 720 ff.; Rs. 61/79, Denkavit, 1980, 1205 ff.; Rs. 310/85, Deufil, 1987, 901 ff.; außerdem für ausführliche Zusammenfassung der Versuche, den Begriff der Beihilfe anhand der Rechtsprechung des EuGH zu konkretisieren, Bleckmann, Albert, Europarecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1990, Rn. 1475 ff.; von Wallenberg, Gabriela, in Grabitz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblattsammlung (Stand: September 1992), München, Artikel 92, Rn. 3 ff.; Wenig, Fritz-Harald, in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Baden-Baden 1990, Artikel 92, Rn. 3 ff.

20 Bleckmann aaO (Fn. 19), Rn. 1476 ff.; Fischer, Georg, Zur Rückforderung von unter Verstoß gegen Art. 92, 93 EWGV gewährten nationalen Beihilfen, DVBl 1990, 1089 (1089); Oppermann, Thomas, Europarecht, München 1991, Rn. 982; Papier aaO (Fn. 4), S. 501; Schwarze aaO (Fn. 1), S. 832; von Wallenberg aaO (Fn. 19), Artikel 92, Rn. 2; Wenig aaO (Fn. 19), Artikel 92, Rn. 2. Es ist zu betonen, daß Bleckmann (aaO (Fn. 19), Rn. 1475) die Folgerung zieht, daß nur solche Beihilfen anzumelden sind, die dem Art. 92 Abs. 1 widersprechen und nicht unter Art. 92 Abs. 2 fallen.



betreffende Maßnahme vor ihrer Einführung und deshalb auch ihrer Durchführung anzumelden ist. Die Rechtzeitigkeit, deren Zweck offensichtlich ist, der Kommission die Möglichkeit zu geben, sich über die Beihilfe bzw. ihre Unvereinbarkeit zu äußern<sup>21</sup>, erfordert, daß zwischen der Anmeldung und Äußerung der Kommission ein Zeitraum sein soll. Die Durchführung der betreffenden beabsichtigten Maßnahme in diesem Zeitraum wird dann heißen, daß der Kommission keine Möglichkeit zur Äußerung gegeben worden ist. So unterliegt der Mitgliedstaat nicht nur der Anmeldepflicht, sondern auch der Pflicht zur rechtzeitigen Anmeldung, von der im Falle einer Durchführung der beabsichtigten Maßnahme gar keine Rede sein wird. Dann unterliegt der Mitgliedstaat der Pflicht der Unterlassung der Durchführung, um der Kommission die Möglichkeit zur Äußerung zu geben. Das ist nichts anderes als ein "Durchführungsverbot", das aber anders als die Rechtsprechung des EuGH nicht vom Art. 93 Abs. 3 Satz 3, sondern unmittelbar vom Art. 93 Abs. 3 Satz 1 abgeleitet wird und eine logische Konsequenz der Pflicht zur rechtzeitigen Anmeldung ist.<sup>22</sup> Deshalb ist die Durchführung einer Beihilfe ohne Anmeldung, sowohl die Verletzung der Anmeldepflicht als auch dieses Durchführungsverbots.

Diese Tatsache zwingt, logischerweise auch dazu, die unmittelbare Anwendbarkeit der Anmeldepflicht anzuerkennen. Aber der EuGH hat die unmittelbare Anwendbarkeit der Anmeldepflicht in seinem die Frage betreffenden ersten Urteil abgelehnt, in dem er die Anmeldepflicht als eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten gegenüber der Gemeinschaft, die keine Rechte der Einzelnen begründet, bezeichnet.<sup>23</sup>

In der Rechtsache-Lorenz, in der die ganze Problematik des Kontrollensystems der Neubehilfen zu behandeln war, hatte der EuGH die Möglichkeit, das System gründlicher und ausführlicher zu analysieren, aber er hat es aus der Perspektive der Verpflichtungen der Kommission und des im Artikel 93 Abs. 3 Satz 3 EGV enthaltenen und seine unmittelbare Geltung im Costa-E.N.E.L.-Urteil bejahten Durchführungsverbots analysiert. Trotzdem hat

21 Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1481).

22 Die Betrachtung des gemeinschaftlichen Systems der Beihilfenkontrolle verstrebt diese Meinung. Weil die Beihilfen nicht per se unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind, gilt dies von der Anmeldepflicht abgeleitete Durchführungsverbot für eine bestimmte Frist. Wenn die Kommission in dieser Frist das in Art. 93 Abs. 2 vorgesehene Hauptverfahren nicht einleitet, darf der Mitgliedstaat die betreffende Beihilfe durchführen. Aber selbst die Einleitung dieses Verfahrens kann die Durchführung der betreffenden Beihilfe nicht verhindern, weil dem Kontrollensystem ein generelles Durchführungsverbot fehlt und die Beihilfen nicht per se unvereinbar sind. Dann ist es logischerweise erforderlich, eine Norm zu setzen, die die Durchführung dieser ihre Vereinbarkeit zweifelhaften Beihilfe verhindert. (Vgl. Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1481)). Die Kommission soll dieses Verfahren unverzüglich einleiten, damit der Zweck der Beihilfenkontrolle erfüllt wird; sonst würde eine vielleicht materiell rechtswidrige Beihilfe gewährt. (Vgl. Rs. 84/82, Deutschland, 1984, 1451 (1489)).

23 Rs. 6/64, Costa-E.N.E.L., 1964, 1250 (1273).

sie die ohne Anmeldung durchgeführten Beihilfen dem Durchführungsverbot unterworfen<sup>24</sup>, weil der Sinn und Zweck der Beihilfenkontrolle das erfordert. Das nationale Gericht soll dann logischerweise erst feststellen, ob die Beihilfe der Kommission angemeldet worden ist, um das Durchführungsverbot anwenden zu können; d.h. es soll die Anmeldepflicht unmittelbar anwenden. Weil der EuGH anerkannt hat, daß das nationale Gericht Veranlassung hat, um zu bestimmen, ob eine ohne Anmeldung eingeführte staatliche Maßnahme der Vorprüfung hätte unterworfen werden müssen<sup>25</sup>, ist es anzunehmen, daß die Anmeldepflicht unmittelbare Anwendbarkeit haben kann.

Diese Schlußfolgerung kann bei den neueingeführten Beihilfen, die nicht angemeldet aber noch nicht durchgeführt worden sind, bedenklich erscheinen. Aus der betreffenden Rechtsprechung des EuGH ist nicht abzuleiten, ob der EuGH einen klaren Unterschied zwischen der Einführung und Durchführung sieht. Andererseits ist die Frage vielmehr in den nationalen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung von Normen zu beantworten, die die Bekanntgabe, die Veröffentlichung, das Inkrafttreten, die Wirksamkeit der Rechtsnormen und die Klagebefugnis betreffen.

#### b) Durchführungsverbot

Im Gemeinschaftsrecht ist vom Anfang an anerkannt, daß das Durchführungsverbot Rechte der einzelnen begründet und deshalb unmittelbar anwendbar ist.<sup>26</sup>

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Durchführungsverbots erstreckt sich auf den gesamten Zeitraum, in dem es wirksam ist.<sup>27</sup> Wie oben erwähnt ist, hat das Durchführungsverbot auch vor dem verfahrensrechtlichen Anfang der Prüfung, nämlich der Anmeldung, unmittelbare Wirkung. Deshalb soll hier die Wirksamkeit des Durchführungsverbot in beiden Phasen der Beihilfekontrolle festzustellen, nämlich:

- ihre Wirksamkeit in der Vorprüfungsphase und ihre Frist bzw. ihre Dauer, und

- ihre Wirksamkeit im Hauptverfahren, falls es eingeleitet wird.

Die Wirksamkeit des Durchführungsverbots in der Vorprüfungsphase ist von dem EuGH mit der Begründung anerkannt, daß der mit Art. 93 Abs. 3 EGV verfolgte Zweck, das Wirksamwerden vertragswidriger Beihilfen zu unterbinden, bedingt, daß dieses Verbot seine Sperrwirkung auch schon

24 Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1483).

25 Rs. 78/76, Steinike, 595 (611); Rs. C-354/90, Fédération du commerce, I-5505 (5527).

26 Rs. 6/64, Costa-E.N.E.L., 1964, 1250 (1273); Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1483).

27 Rs. 120/73, Lorenz, 1973, 1471 (1483).



während der gesamten Vorprüfungsphase entfaltet.<sup>28</sup> Aber die Befristung des Durchführungsverbots in der Vorprüfungsphase ist eine das ganze gemeinschaftliche Beihilfensystem betreffende Frage. Im Hintergrund steckt die per se Unvereinbarkeit bzw. Vereinbarkeit der Beihilfen. Weil die Neubeihilfen nicht per se unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind, ist es anzunehmen, daß die Vorprüfungsphase befristet sein soll. Die Vorprüfungsphase der Kommission ist mit einer Frist von zwei Monaten in Anlehnung an Art. 173 und 175 EGV mit der Begründung begrenzt, daß die Schöpfer des Vertrages der Kommission eine Bedenk- und Untersuchungsfrist einräumen, die ausreicht, um sich eine erste Meinung über die teilweise oder völlige Vereinbarkeit der ihr angezeigten Vorhaben mit dem Vertrag zu bilden wollten.<sup>29</sup> Diese Befristung der Vorprüfungsphase ist auch die Befristung des Durchführungsverbots in der Vorprüfungsphase.<sup>30</sup> Es ist zu betonen, daß diese Frist nicht mit der bloßen Anmeldung beginnt, sondern es ist die genaue und vollständige Unterrichtung der Kommission<sup>31</sup> erforderlich, so daß sie ihre Kontrolle durchführen kann. Im Falle einer ungenauen und unvollständigen Unterrichtung ist anzunehmen, daß die Frist mit der Vervollständigung der Unterrichtung anfängt.<sup>32</sup>

Falls die Kommission das im Art. 93 Abs. 2 EGV vorgesehene Verfahren, also Hauptprüfungsverfahren, einleitet, unterliegt der Mitgliedstaat dem Durchführungsverbot, bis die Kommission eine abschließende Entscheidung trifft.<sup>33</sup> Die Kommission unterliegt der Verpflichtung, die unter Verletzung des Art. 93 Abs. 3 EGV durchgeführte Neubeihilfen nicht allein deshalb rechtswidrig zu erklären und die Vorprüfung fortzuführen, um eine abschließende Entscheidung über ihre materielle Unvereinbarkeit zu treffen.<sup>34</sup> Aber sie hat die Befugnis im Bedarfsfalle, nämlich im Falle der Beihilfengewährung unter Verletzung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots, einstweilige Maßnahmen anzuordnen, die volle Rechtswirkung im nationalen Recht entfalten.<sup>35</sup> Die Verpflichtung der Kommission, die Prüfung fortzuführen, hat jedoch keine Auswirkungen in nationaler Ebene auf die Verpflichtungen der nationalen Gerichte, die aus der unmittelbaren Wirkung des in Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV enthaltenen Durchführungsverbot resultieren, obwohl nach dieser Prüfung die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.<sup>36</sup>

Die Verletzung von Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV durch die nationalen Behörden beeinträchtigt die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen, und die nationalen Gerichte müssen daraus zugunsten der einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend

34 Rs. C-301/87, Frankreich, 1990, I-307 (356 f.). Rs. C-142/87, Belgien, 1990, I-959 (1019 f.).

35 Rs. 70/72, Deutschland, 1973, 813 (830); außerdem vgl. Rs. C-301/87, Frankreich, 1990, I-307 (356 f.).

36 Rs. C-354/90, Fédération nationale du commerce, 1991, I-5505 (5528).

ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehe.<sup>37</sup> Auch der spätere Erlaß einer abschließenden Entscheidung der Kommission, mit der die rechtswidrige Maßnahme für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden, hat nicht die Heilung der ungültigen Rechtsakte zur Folge.<sup>38</sup>

Die unmittelbare Anwendbarkeit und die absolute Verbindlichkeit des Durchführungsverbots entfalten ihre Rechtswirkungen auch im Falle der Feststellung der Unvereinbarkeit einer unter Verletzung des Art. 93 Abs. 3 EGV eingeführten oder umgestalteten Beihilfe. In diesem Fall soll der Mitgliedstaat die betreffende Beihilfe unverzüglich aufheben oder nach der Anordnung der Kommission umgestalten. Es bedarf nicht der Setzung einer Frist zur Aufhebung oder Umgestaltung, weil die betreffende Maßnahme nach dem Durchführungsverbot gar nicht ausgeführt werden soll.<sup>39</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 92ff EGV liegt in vier Situationen vor<sup>40</sup>:

- wenn die Beihilfe ohne Anmeldung durchgeführt wird (Verstoß gegen die im Art. 93 Abs. 3 Satz 1 vorgesehene Anmeldepflicht und deshalb auch gegen das im Art. 93 Abs. 3 Satz 3 vorgesehene Durchführungsverbot)
- wenn die Beihilfe vor Ablauf der Vorprüfungsfrist durchgeführt wird (Verstoß gegen das im Art. 93 Abs. 3 Satz 3 vorgesehene Durchführungsverbot)
- wenn die Beihilfe trotz Einleitung des im Art. 93 Abs. 2 vorgesehenen Hauptverfahrens durchgeführt wird (Verstoß gegen das im Art. 93 Abs. 3 Satz 3 vorgesehene Durchführungsverbot)
- wenn die Beihilfe trotz der Unvereinbarkeitsentscheidung der Kommission weiter durchgeführt wird (verfahrensrechtlich: Verstoß gegen das im Art. 93 Abs. 3 Satz 3 vorgesehene Durchführungsverbot; materiell-rechtlich: Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 92 Abs. 1)

37 Rs. C-354/90, Fédération nationale du commerce, 1991, I-5505 (5528).

38 Rs. C-354/90, Fédération nationale du commerce, 1991, I-5505 (5529).

39 Rs. 173/73, Italien, 1974, 709 (717).

40 Vgl. Rengeling aaO (Fn.4), S. 51.



## II. Rechtsschutz im deutschen Recht (Konkurrentenklage)

### 1. Allgemeines

Nach deutschem Recht kann der Hoheitsträger eine der verschiedenen rechtlichen Formen bei der Subventionierung wählen<sup>41</sup>:

- Verwaltungsakt als Bewilligungsbescheid
- öffentlich-rechtlicher Vertrag
- zweistufiges öffentlich-rechtliches Subventionsverhältnis, also in der ersten Stufe die öffentliche Bewilligung durch Verwaltungsakt und in der zweiten privatrechtliche Gewährung
- genuin privatrechtliches Subventionsverhältnis

Bei Subventionierung in genuin privatrechtlichen Formen ist dem Dritten der Verwaltungsrechtsweg verschlossen.<sup>42</sup> Im Zweifel wird schon wegen des öffentlich rechtlichen Gegenstandes eine der anderen Gestaltungsformen anzunehmen sein.<sup>43</sup> Bei genuin privatrechtlichen Subventionierungen ist § 134 BGB anwendbar<sup>44</sup>, gemäß dem ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die aus § 134 ergebende Nichtigkeit hat einen absoluten Charakter, und kann deshalb vom jederman geltend gemacht werden.<sup>45</sup>

Bei der Subventionierung durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag ist es klar, daß es um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit geht und gemäß § 40 Abs.1 VwGO die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Das gilt auch für die Subventionierung im zweistufigen öffentlich-rechtlichen Subventionsverhältnis, weil hier Angriffsziel der Konkurrentenklage die zugrunde liegende Bewilligung ist, nicht dagegen die privat-rechtliche Gewährung.<sup>46</sup>

Wenn die Gewährung der Subvention durch einen Verwaltungsakt oder in einem zweistufigen Subventionsverhältnis erfolgt, muß die Konkurrentenklage auf Anfechtung des betreffenden Verwaltungsakts gerichtet werden (§ 48 Abs.1 VwGO).<sup>47</sup> Die prozessuale Erfordernis für Anfechtungsklage ist die Verletzung eigener Rechte des Klägers (§ 48 Abs.2 VwGO).

41 Papier aaO (Fn.4), S. 493 f; Schwarze aaO (Fn.1), S. 822 f.

42 Papier aaO (Fn.4), S. 500.

43 Schwarze aaO (Fn.1), S. 824.

44 Auch so Steindorff, Ernst, Rückabwicklung unzulässiger Beihilfen nach Gemeinschaftsrecht, in ZHR 152 (1988), S. 474 (488f.).

45 Vgl. dazu Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1980, S. 416ff.; Mayer-Maly, Theo, in Säcker, Frany-Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, AGB-Gesetz, München 1978, § 134, Rn. 109.

46 Vgl. Schwarze aaO (Fn. 1), S. 837, Fn. 91.

47 Vgl. Papier aaO (Fn. 4), S. 499; Rüber aaO (Fn. 1), S. 47; Schwarze aaO (Fn. 1), S. 837.

Wenn die Gewährung der Subvention im Rahmen eines öffentlich rechtlichen Vertrag erfolgt, hat der Konkurrent die Möglichkeit eine Klage zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages (§ 58 Abs.1 VwVfG) zu erheben (§ 43 Abs.1 VwGO).<sup>48</sup> Nach Artikel 43 Abs.1 VwGO ist das berechtigte Interesse des Klägers erforderlich. Aber weil es hier um eine Drittfeststellungsklage geht, ist vertreten worden, daß das Erfordernis der Betroffenheit bzw. Verletzung in eigenen Rechten aus einer analogen Heranziehung des Artikels 42 Abs. 2 VwGO abzuleiten ist.<sup>49</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Klagebefugnis in der Konkurrentenklage ist es erforderlich und ausreichend, daß "der Kläger geltend macht, daß durch die Gewährung einer Subvention oder sonstiger wettbewerbsrelevanter Vorteile an andere Unternehmen seine schutzwürdigen Interessen willkürlich vernachlässigt worden sind".<sup>50</sup> Aber diese schutzwürdigen Interessen des Klägers sind allgemein aus den Grundrechten abzuleiten<sup>51</sup>, und der Erfolg der Klage wird bei der Prüfung des Bestehens und der Verletzung eines Rechtes entscheiden.<sup>52</sup>

## 2. Rechtsschutz unter Berücksichtigung des Beihilfenverbots

### a) Im Privatrecht

Für den Rechtsschutz der Konkurrenten bei den privatrechtlichen Subventionierungen ist maßgebend, ob eine gemeinschaftliche Norm eine das gesetzliche Verbot aussprechende Norm ist. Dafür muß den Ausschlag die Überlegung geben, daß das Verbot ohne zivilrechtliche Konsequenzen kaum durchsetzbar sind.<sup>53</sup> Weil einer der Vertragspartner bei den genuin privatrechtlichen Subventionierungen unbedingt der Mitgliedstaat ist, ist diese Frage zu bejahen, da sonst durch die Wahl der genuin privatrechtlichen Formen das Durchführungsverbot umgegangen werden kann.<sup>54</sup>

Andererseits enthält das Durchführungsverbot aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts auch die genuin privatrechtliche Subventionierung, weil

48 Vgl. Papier aaO (Fn. 1), S. 500; Schwarze, aaO (Fn. 1).

49 Vgl. dazu Schwarze aaO (Fn. 1), S. 838. Dagegen Kopp (Kopp, Ferdinand, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., München 1986, Art. 42 Rn. 38) vertritt die Auffassung, daß Art.42 Abs.2 wegen der besonderen Zweck auf sonstige Klagen -auch nicht analog- anwendbar ist.

50 BVerwGE 30, 191 (198).

51 Papier aaO (Fn. 4), S. 500; Schwarze aaO (Fn.1), S. 838.

52 Papier aaO (Fn. 4), S. 500; Rüber aaO (Fn. 1), S. 2097; Schwarze aao (Fn. 1), S. 839; vgl. außerdem Art.113 Abs.1 VwGO.

53 Mayer-Maly aaO (Fn. 45), Rn. 44.

54 Aber besonders bei der Rückforderung der gewährten Beihilfe stellen sich wichtige Fragen, weil gemäß § 817 Satz 2 die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn der Gesetzesverstoß auch dem Leistenden zur Last fällt. Vgl. dazu Mayer-Maly, aaO (Fn. 45), Rn. 111; Papier aaO (Fn. 4), S. 503ff.; Steindorff aaO (Fn. 44), S. 481 ff.



im Art. 92 Abs. 1 sowohl von staatlichen als auch aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen die Rede ist. Dafür ist die staatliche Zurechenbarkeit maßgebend.<sup>55</sup>

#### b) Im Verwaltungsrecht

Es ist erforderlich, die Frage näher zu erläutern, ob das Beihilfenverbot, das grundsätzlich unmittelbar anwendbar ist<sup>56</sup>, auch als Schutznorm die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO eröffnet, oder anders formuliert, ob das Beihilfenverbot nicht nur zum Schutz der allgemeinen Interessen, sondern zugleich auch der Wahrung der Individualinteressen des Klägers dient<sup>57</sup>, wenn man besonders die Rechtsprechung des EuGH im Lorenz-Urteil berücksichtigt, daß die rechtstechnischen Voraussetzungen für die Erreichung des Zieles, das Durchführungsverbot unmittelbar anzuwenden, sich nach dem internen Recht des jeweiligen Mitgliedstaates bestimmen.<sup>58</sup>

Schutzzweck der gemeinschaftlichen Wettbewerbsbestimmungen ist nicht bloß die Sicherung des gemeinschaftlichen Wettbewerbssystems in ihrer institutionalen Gesamtheit, sondern auch im einzelnen die Sicherung der individuellen wirtschaftlichen Freiheit, zu der auch die Wettbewerbsfreiheit zu zählen ist.<sup>59</sup> Der mit der Einführung eines Durchführungsverbots verfolgte Zweck ist das Unterbinden des Wirksamwerden vertragswidriger Beihilfen.<sup>60</sup> Die Gewährleistung individueller Handlungs- und Entscheidungsfreiheit ist überhaupt erst Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung.<sup>61</sup>

Weil jede Beihilfe Wirkung auf die Wettbewerbsbedingungen und die Konkurrenten hat, gibt es eine enge Verbindung zwischen dem allgemeinen Interesse beim Schutz des Wettbewerbssystems und der Individualinteressen der Konkurrenten; anders gesagt, das Wettbewerbssystem ist nicht abstrakt, es konkretisiert sich in den Individualinteressen der Konkurrenten. Deshalb macht der klagende Konkurrent nicht bloß die Verletzung der den Interessen der Allgemeinheit dienenden Normen, sondern zugleich eine Verletzung seiner

55 Siehe Wenig aaO (Fn. 19), Artikel 92, Rn. 8; vgl. außerdem Rs. 78/76, Steinike, 1977, 595 ff.; Rs. 290/83, Frankreich, 1985, 439 (449); insbes. Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen vom 25.6.1980, ABl. 1980 Nr. L 195/35 (geändert durch RL 85/413 v. 24.7.1985, ABl. 1985, Nr. L 229/20 und RL 93/84/EWG v. 30.9.1993, ABl. 1993, Nr. L 254/16), Abgedruckt in Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften, Band IIA, Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen, 1995, S.119.

56 Siehe oben "Die unmittelbare Anwendbarkeit des Artikels 93 Absatz 3 EGV".

57 Vgl. Papier, aaO (Fn. 4); Rengeling, aaO (Fn. 4); Rüber aaO (Fn. 1), S. 2098; Schwarze aaO (Fn. 1), S. 839 f. von Wallenberg aaO (Fn. 19), Artikel 93, Rn. 68; Wenig aaO (Fn. 19) Artikel 93, Rn. 48.

58 Rs. 120/73, Lorenz, 1971, 1471 (1483).

59 Schwarze aaO (Fn. 1), S. 841 f.

60 Rs. 120/73, Lorenz, 1971, 1471 (1481).

61 Schwarze aaO (Fn. 1), S. 842.

eigenen Wettbewerbsrechte im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO geltend.<sup>62</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH im Lorenz-Urteil kann selbst auch nicht eine genügende und geeignete Begründung sein, weil es sonst widersprüchlich sein wird, wenn einerseits die unmittelbare Anwendbarkeit des Durchführungsverbots und damit die generelle Möglichkeit des einzelnen Marktbürgers, sich darauf vor den nationalen Gerichten zu berufen, anerkannt wird, andererseits aber die Geltendmachung der dadurch geschützte Rechte der diese verhindernden prozessualen Voraussetzungen unterworfen wird.<sup>63</sup> Eine solche Auslegung widerspricht auch der Rechtsprechung des EuGH im *Fédération nationale du commerce*-Urteil, nach der die Nichtbeachtung des Durchführungsverbots die Gültigkeit der Beihilfenmaßnahme unmittelbar beeinträchtigt.<sup>64</sup> Außerdem unterscheidet der EuGH zwischen der unmittelbaren Anwendbarkeit und der Gewährung der subjektiven Rechte nicht und benutzt diese beiden Begriffe im Zusammenhang neben- und miteinander.<sup>65</sup>

### Zusammenfassung

Es gibt im Beihilfensystem kein generelles Beihilfenverbot, aber das im Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV vorgesehene Durchführungsverbot für Neubehilfen, unter dem auch für die unter Verstoß der Anmeldepflicht eingeführten Beihilfemaßnahmen fallen, hat einen generellen und absoluten Verbotscharakter, der vor und nach der Einführung ohne weiteres wirksam ist. Er ist im nationalen Recht, sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht, unmittelbar anwendbar. Dagegen ist es eine Konkretisierung des im Art. 92 Abs. 1 EGV enthaltenen grundsätzlichen Beihilfenverbots für seine unmittelbare Anwendbarkeit erforderlich.

Im deutschen Verwaltungsrecht ist die Konkurrentenklage zu bejahen, wenn eine Beihilfe unter Verstoß gegen Durchführungsverbot gewährt worden ist. Die unmittelbar anwendbaren Vorschriften des gemeinschaftlichen Beihilfensystems gewährt auch den einzelnen subjektive Rechte, deren Verletzung die Voraussetzung für die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage ist.

Im deutschen Privatrecht ist anzunehmen, daß der Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV eine das Verbot aussprechende Norm ist und deshalb ein genuin privatrechtliches Subventionsverhältnis gemäß § 134 BGB nichtig ist, wenn es ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot darstellt.

62 Rüber aaO (Fn. 1), S. 2099 f.; Schwarze aaO (Fn. 1), S. 842.

63 Schwarze aaO (Fn. 1), S. 843.

64 Vgl. Rs. C-354/90, *Fédération nationale du commerce*, 1991, I-5505 (5528 f.).

65 Vgl. insbes. Rs. 6/64, *Costa-E.N.E.L.*, 1964, 1251 (1273); Rs. 120/73, *Lorenz*, 1971, 1471 (1483); Rs. C-354/90, *Fédération nationale du commerce*, 1991, I-5505 (5528).