



# Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand aus beihilferechtlicher und vergaberechtlicher Sicht

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades  
“Master of Science”

eingereicht bei  
Prof. Dr. Michael Breitenfeld

Mag. Marlene Hofmair

00756737

Wien, 10.04.2018

## Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. MARLENE HOFMAIR**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "LIEGENSCHAFTSVERÄUßERUNGEN DER ÖFFENTLICHEN HAND AUS BEIHILFERECHTLICHER UND VERGABERECHTLICHER SICHT", 98 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 10.04.2018

---

Unterschrift

## Kurzfassung

Besonders Gemeinden, aber auch Bund und Länder sind, direkt oder über in ihrem Eigentum stehende Gesellschaften, am Immobilienmarkt tätig. Dabei verfolgen sie einerseits öffentliche Interessen wie Wohnraumgewinnung oder Gewerbeansiedlung, verhalten sich aber andererseits zunehmend wie private Investoren. Gerade in Zeiten knapper Budgets ist die optimale Verwertung öffentlichen Eigentums ein Gebot der Stunde. Generell lässt sich ein Trend europäischer Staaten erkennen, ihre Einnahmen durch den Verkauf von staatlichem Immobilienvermögen aufzubessern. Diesem Trend folgt auch Österreich, so stieg die Anzahl der Immobilientransaktionen der öffentlichen Hand auch hierzulande. Dabei ist das Transaktionsvolumen bei Immobilienverkäufen der öffentlichen Hand regelmäßig auffallend gering. Dies erklärt sich einerseits mit der Größe der Immobilien der öffentlichen Hand, die ein hohes Leerstandrisiko verursacht, andererseits mit den speziellen Nutzungszwecken (Kasernen, Schulen, Krankenhäuser, Kraftwerke), die die Verwertung aufgrund notwendiger Umnutzung und hohen, damit verbundenen Investitionskosten erschweren. Was gilt es nun aus Verkäufersicht seitens der öffentlichen Hand zu beachten, wenn sie eine Liegenschaft an einen privaten Investor verkauft? Im beihilfenrechtlichen Kapitel wird untersucht, was die öffentliche Hand als Verkäufer bei der Veräußerung einer ihrer Liegenschaften zu beachten hat, um dem Käufer keine verbotene Beihilfe zu gewähren. Denn gemäß Artikel 107 Absatz 1 AEUV sind staatliche Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Das Vorliegen einer Beihilfe setzt nicht notwendigerweise einen Transfer von staatlichen Mitteln voraus. Es handelt sich auch dann um eine Beihilfe, wenn der Staat auf Einnahmen verzichtet. So kann eine Immobilientransaktion durch die öffentliche Hand an ein Unternehmen mit der Gewährung einer staatlichen Beihilfe gemäß Art 107 Abs 1 AEUV einhergehen, sofern diese nicht zu üblichen Marktbedingungen erfolgt und der Käufer hierdurch marktunübliche Vorteile erlangt. Sofern keine Ausnahmeregel zur Anwendung gelangt, muss der Europäischen Kommission jede staatliche Beihilfe zur Genehmigung vorgelegt werden. In der Vergangenheit waren Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Liegenschaften durch die öffentliche Hand immer wieder Gegenstand der Ermittlungen der Europäischen Kommission. Im vergaberechtlichen Kapitel wird untersucht, wann der Grundstücksverkauf der öffentlichen Hand vergaberechts- und somit ausschreibungspflichtig ist. Der Verkauf eines Grundstücks durch die öffentliche Hand ist in der Regel kein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag, da ein solcher die Ausführung eines Baus zum Gegenstand haben muss. Sehr wohl von einer Ausschreibungspflicht ist jedoch auszugehen, wenn Festlegungen über die künftige Verwendung des Grundstücks vertraglich geregelt werden. In einigen Entscheidungen der letzten Jahre hat sich der EuGH mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen solche Liegenschaftsverkäufe dem Vergaberecht unterliegen. Diese sollen im Rahmen der Arbeit näher beleuchtet werden. Im Ergebnis stehen aber reine Grundstücksveräußerungen ohne unmittelbare wirtschaftliche Interessen der öffentlichen Hand außerhalb des Vergaberechts. Vorgaben zur Sicherstellung von bloß öffentlich-rechtlichen Interessen wie zum Beispiel Stadtentwicklung oder Umweltschutz schaden nicht. Diese Arbeit soll der öffentlichen Hand als Leitfaden in Hinblick auf beihilferechtliche und vergaberechtliche Aspekte von Liegenschaftsveräußerungen dienen.

# Inhaltsverzeichnis

## I. Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand aus beihilferechtlicher Sicht

1. Problemstellung im Beihilferecht	1
2. Beihilferechtliche Einführung bzgl Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand	1
3. Überblick über das Beihilfeaufsichtsverfahren der Europäischen Kommission	3
4. Beihilfeverbot	4
4.1. Geltungsbereich	4
4.2. Begünstigung	6
4.2.1. Staat als Marktteilnehmer	
4.2.2. Marktkonformität einer Immobilientransaktion der öffentlichen Hand	
4.3. Unternehmen	18
4.3.1. Wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit	
4.3.2. Wirtschaftliche Tätigkeit	
4.3.3. Sonderfälle	
4.4. Selektivität	25
4.5. Staatlichkeit	26
4.5.1. Zurechenbarkeit an den Staat	
4.5.2. Gewährung aus staatlichen Mitteln	
4.6. Spürbarkeit	31
4.6.1. Wettbewerbsverfälschung	
4.6.2. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	
4.7. Fallbeispiel: Bank Burgenland – Teil 1 (Beihilfeverbot)	34
4.8. Zusammenfassung: Beihilfeverbot bei Liegenschaftsveräußerungen der öffentl. Hand	35
5. Rechtsschutz im Beihilferecht	36
5.1. Rechtsschutz auf europäischer Ebene	37
5.1.1. Mitgliedstaat vs. Europäische Kommission	
5.1.2. Unternehmen vs. Europäische Kommission	
5.2. Rechtsschutz auf nationaler Ebene	42
5.2.1. Rechte des Beihilfeempfängers	
5.2.2. Rechte des Konkurrenten des Beihilfeempfängers	
5.3. Fallbeispiel: Bank Burgenland – Teil 2 (Rechtsschutz)	62
5.4. Zusammenfassung: Rechtsschutz im Beihilferecht	63

## **II. Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand aus vergaberechtlicher Sicht**

1. Problemstellung im Vergaberecht	65
2. Regierungsvorlage zum Vergaberechtsänderungsgesetz 2018	67
3. Persönlicher Geltungsbereich	68
3.1. Öffentlicher Auftraggeber	69
3.1.1. Fazit: Die öffentliche Hand als öffentlicher Auftraggeber	
3.2. Sektorenauftraggeber	70
3.2.1. Fazit: Die öffentliche Hand als Sektorenauftraggeber	
4. Sachlicher Geltungsbereich	72
4.1. Öffentlicher Bauauftrag	73
4.2. Baukonzession	75
4.3. Ausnahme für Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand	77
4.3.1. Ausgangslage: Die „Alhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf	
4.3.2. Reaktion des EuGH: Rechtssache Helmut Müller	
4.4. Sonderfall: „Gemischte Interessen“	85
5. Zusammenfassung: Beihilferechtliche Problematik bei Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand	87
 LITERATURVERZEICHNIS	 89

# I. Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand aus beihilferechtlicher Sicht

## 1. Beihilferechtliche Problemstellung

Die öffentliche Hand verfügt entweder als direkter Eigentümer oder über deren Grundstücksverwaltungsgesellschaften häufig über erhebliches Immobilienvermögen.<sup>1</sup> Liegenschaftsveräußerungen durch die öffentliche Hand haben in vielen Fällen infrastrukturelle Beweggründe und sind ein interessantes Instrument, um kommunale Wirtschaftsförderung und Ansiedlungspolitik zu betreiben, um Produktionsstätten zu errichten, Arbeitsplätze zu schaffen o.Ä.<sup>2</sup> Was muss die öffentliche Hand beim Verkauf einer Liegenschaft aus beihilferechtlicher Sicht beachten? Welche beihilferechtlichen Probleme können sich in diesem Zusammenhang stellen? Diese Fragen gilt es in diesem Kapitel zu beantworten. An dieser Stelle sei angemerkt, dass dieses Kapitel keinen generellen Überblick über das Beihilfenrecht bieten kann und wird, weil dies den Umfang der Arbeit übersteigen würde. Ziel dieses Abschnitts ist es, auf die beihilfenrechtlich problematischen Momente bei Immobilienveräußerungen der öffentlichen Hand aufmerksam zu machen und auf diese Weise eine beihilfenrechtliche Anleitung für die öffentliche Hand herauszuarbeiten.

## 2. Beihilferechtliche Einführung in Bezug auf Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand

Grundlage der Wirtschaftspolitik der Europäischen Union ist eine offene Marktwirtschaft, deren Basis der freie Wettbewerb ist. Das Öffnen der nationalen Märkte bewirkt einen Wettbewerb im grenzüberschreitenden Handel der Mitgliedstaaten, der bei der Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes der EU eine bedeutsame Rolle spielt.<sup>3</sup> Der freie Wettbewerb soll innerhalb des EU-Binnenmarktes durch das europäische Wettbewerbsrecht und Beihilferecht vor Verfälschungen – durch Verhalten von Unternehmen aber auch von Mitgliedstaaten – geschützt werden.<sup>4</sup> So ist es **Unternehmen** beispielsweise untersagt, ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen (Monopol), Vereinbarungen zu treffen, wonach sie ihr Verhalten aufeinander abstimmen (Kartellverbot) und sich zusammenzuschließen, wodurch möglicherweise der Binnenmarkt erheblich behindert werden würde. Im Gegenzug besteht ein Verbot für **Mitgliedstaaten** den Wettbewerb durch staatliche Beihilfen an

---

<sup>1</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts in Österreich (2017), Rz 252.

<sup>2</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 251 f.

<sup>3</sup> Pabel, Beihilfenrecht, in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>1</sup> (2013), 181

<sup>4</sup> Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht § 21 Rn 1. Außerhalb des europäischen Binnenmarktes enthalten insbesondere die hier nicht näher behandelten GATT-, GATS- und TRIPS-Abkommen auf völkervertraglicher Ebene Regelungen zur Vermeidung internationaler Wettbewerbsverzerrungen.

Unternehmen zu beeinflussen (Beihilfeverbot), welches auf Grundlage der Artikel 107 bis 109 AEUV derartige staatlichen Zuwendungen in Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt kontrolliert. Gemäß dem **Beihilfeverbot** nach Art 107 Abs 1 AEUV ist es der öffentlichen Hand also grundsätzlich untersagt, Unternehmen durch staatliche Zuwendungen zu begünstigen, auf diese Weise den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Von diesem in Art 107 Abs 1 AEUV normierten generellen Beihilfeverbot sind unter bestimmten Voraussetzungen auch Veräußerungen von Immobilien – seien es unbebaute oder bebaute Grundstücke – durch die öffentliche Hand erfasst. Diese hat darauf zu achten, dem Käufer im Rahmen des Immobilienverkaufs keinen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern zu gewähren, indem der Verkauf zu marktunüblichen Konditionen erfolgt.<sup>5</sup> Um die Anmeldepflicht (Notifikationspflicht) gegenüber der Europäischen Kommission (kurz EK) und das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV bei solchen Transaktionsvorgängen zu vermeiden, sind beim Verkauf durch die öffentliche Hand einige Besonderheiten zu beachten, die in dieser Arbeit dargelegt werden. Denn staatliche Beihilfen sind nur dann verboten, wenn sie nicht von der EK genehmigt wurden. Grundlage für diese Genehmigung ist entweder Art 107 Abs 2 AEUV, der Legalausnahmen aufzählt, die jedoch in der Praxis selten zur Anwendung gelangen, oder Abs 3 leg cit, der der EK ein großzügiges Beurteilungs- und Entscheidungsermessen bei der Frage gewährt, ob eine – bereits als staatliche Beihilfe qualifizierte – Maßnahme eines Mitgliedstaates mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.<sup>6</sup>

Um den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit zu geben, im Vorhinein einschätzen zu können, welche ihrer nationalen Zuwendungen möglicherweise verbotene Beihilfen iSd Art 107 Abs 1 AEUV darstellen und wie sie die Liegenschaftsveräußerung strukturieren müssen, damit diese keine unzulässigen Beihilfeelemente enthält, erließ die EK im Jahr 1997 die sog **Grundstücksmitteilung**<sup>7</sup>. Mit ihrer Hilfe sollten die Mitgliedstaaten also besser beurteilen können, welche Kriterien die öffentliche Hand bei Verkäufen von Grundstücken bzw Gebäuden zu beachten hat, um dem Käufer im Zuge dessen keine verbotenen Beihilfen zu gewähren. Diese Grundstücksmitteilung wurde von der am 16. Mai 2016 veröffentlichten **Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV**<sup>8</sup> (kurz: Bekanntmachung) abgelöst.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> EuGH, Rs C-39/14, BVVG, Rn 27; Rs C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, Rn 35 ff; EuG, Rs T-89/09, Pollmeier Massivholz/Kommission, Rn 190 ff; KomE 2013/402/EU, Konsum Jämtland, ABI 2013 L 202/25, Rn 38; KomE 96/631/EG, Malakoff, ABI 1996 L 283/43.

<sup>6</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 119.

<sup>7</sup> Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken der öffentlichen Hand, ABI 1997 C 209/3.

<sup>8</sup> ABI 2016 C 262/1.

<sup>9</sup> Diese markiert den vorläufigen Schlusspunkt der im Jahr 2012 begonnenen Kommissionsinitiative zur Modernisierung des EU-Beihilferechts (COM[2012] 209 final), mit der die EK in ihrer Funktion als Beihilfenaufsichtsbehörde gemäß Art 108 AEUV eine Präzisierung und Erläuterung des Beihilfebegriffs beabsichtigte, weil das Primärrecht diese nicht legaldefiniert. (ua Cremer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV<sup>5</sup>[2016], Art 107 AEUV Rn 10; Mederer in Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup> [2015], Vorbemerkungen zu Art 107 bis 109 AEUV Rn 4.) Die an sich begrüßenswerte Präzisierung und Erläuterung durch die Bekanntmachung stieß jedoch auf Kritik (ua Stöbener de Mora, Überall Beihilfen? - Die

Im Gegensatz zur Grundstücksmitteilung aus dem Jahr 1997 regelt die Bekanntmachung nicht spezifisch den Sachverhalt der Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand, sondern erläutert abstrakt, wie die jeweiligen Tatbestandselemente des Art 107 Abs 1 AEUV unter Berücksichtigung ihrer eigenen Entscheidungspraxis und der des EuG und EuGH zu verstehen sind. Sie gilt daher für sämtliche Transaktionen der öffentlichen Hand – auch für deren Immobilientransaktionen, worunter (im Gegensatz zum Wortlaut der Grundstücksmitteilung) nicht nur der **Verkauf**, sondern auch der **Erwerb**, die **Vermietung** oder die **Verpachtung** von staatlichen Immobilien zu verstehen sind.<sup>10</sup> Wie auch bei der Grundstücksmitteilung aus 1997 handelt es sich bei der Bekanntmachung um keinen verbindlichen Rechtsakt, sondern um *soft law*<sup>11</sup>, mit dem sich die EK vorbehaltlich abweichender Rechtsprechung von EuG und EuGH selbst bindet.<sup>12</sup>

Nichtsdestotrotz darf die Bedeutung der durch die Bekanntmachung abgelösten Grundstücksmitteilung nicht unterschätzt werden, da deren Außerkrafttreten nicht bedeutet, dass sie gänzlich obsolet wäre. In der Bekanntmachung legt die EK den Begriff der Beihilfe in Anbetracht der Rechtsprechung durch EuG und EuGH aus, was zur Folge hat, dass die Grundstücksmitteilung nur dann veraltet ist, wenn diese nicht mehr der gegenwärtigen Rechtsprechungslinie der Unionsgerichte, der Entscheidungspraxis der EK oder der ihr nachfolgenden Bekanntmachung entspricht.<sup>13</sup> Obwohl die Grundstücksmitteilung formal gesehen nicht mehr in Geltung steht, kann sie daher weiterhin **subsidiär** zur Auslegung des Art 107 Abs 1 AEUV herangezogen werden, sofern ihre Bestimmungen aus inhaltlicher Sicht nach wie vor aktuell sind.<sup>14</sup>

### 3. Überblick über das Beihilfeaufsichtsverfahren der Europäischen Kommission<sup>15</sup>

Überwacht wird die Einhaltung des europäischen Beihilferechts von der Europäischen Kommission (kurz EK). Sie kontrolliert vor allem **präventiv** die Einführung neuer Beihilfen. Um ihrer Prüfpflicht

---

Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, 686; *Soltész*, Nach der Reform ist vor der Reform - Herausforderungen für die künftige europäische Beihilfekontrolle, EuZW 2015, 278) hinsichtlich der weiteren Ausdehnung des ohnehin von Natur aus weiten Beihilfebegriffs (Art 107 Abs 1 AEUV: "Beihilfen gleich welcher Art"). Dies gilt insbesondere da der Beihilfebegriff nach der stRsp des EuGH ein objektiver Rechtsbegriff ist und die Kommission im Gegensatz zu Art 107 Abs 3 AEUV keinen Ermessensspielraum zu dessen Auslegung besitzt (*Huber*, Mitteilung Beihilfebegriff II: Der Unternehmensbegriff, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 [379]).

<sup>10</sup> Jedoch wandte die EK die Grundstücksmitteilung **analog** auch auf diese explizit ausgenommenen Transaktionsvorgänge an (KomE 2003/162/EG, Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen, AB1 2003 L 66/36, Rn 30; KomE 2002/865/EG, Graf-von-Henneberg-Porzellan-GmbH, AB1 2002 L 307/1, Rn 86; KomE 2005/664/EG, Aircraft Services Lemwerder, AB1 2005 L 247/32, Rn 19; KomE 2006/900/EG, Componenta Oy, AB1 2006 L 353/36, Rn 36.).

<sup>11</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (179).

<sup>12</sup> Bekanntmachung, Rn 3; *Heithecker* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013) Kap 1, Rn 1061 f; *Eder*, BRZ 2016, 179 (179).

<sup>13</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (189).

<sup>14</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (189).

<sup>15</sup> *Pabel*, Beihilfenrecht, in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht – Studienbuch (2013) 189 ff.



nachkommen zu können, ist vor allem eine Anmeldepflicht (Notifikationspflicht) vorgesehen. Die EK prüft im Zuge dessen, ob es sich bei der angemeldeten Maßnahme um eine staatliche Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV handelt und wenn ja, ob diese mit dem europäischen Binnenmarkt vereinbar ist. Die Prüfung bestehender Beihilfen erfolgt fortlaufend (Art 108 Abs 1 AEUV) und ist daher keine präventive, sondern eine repressive Kontrolle. Bestehende Beihilfen sind zum einen solche, die für die Gründungsstaaten vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags<sup>16</sup> bzw für die jüngeren Mitgliedstaaten jeweils am Tag ihres EU-Beitritts bestanden, zum anderen von der Kommission (oder vom Rat gemäß Art 108 Abs 2 UAbs 3 AEUV) genehmigt wurden bzw kraft Genehmigungsfiktion als genehmigt gelten und die der jeweilige Mitgliedstaat der EK vor Durchführung der Beihilfe angezeigt wurden. Das Gewähren einer bestehenden Beihilfe ist solange erlaubt, bis sie von der EK untersagt wird.

Der erste Schritt des Beihilfeaufsichtsverfahrens setzt der Mitgliedstaat, der jede beabsichtigte Einführung oder Änderung einer Beihilfe bei der Kommission anmelden muss. Diese Anmeldung bzw **Notifikation** hat vor der Gewährung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat zu erfolgen. Bis zur endgültigen Genehmigung durch die EK (wenn ein Rechtsmittel erhoben wird, bis zur Genehmigung durch das EuG oder als letzte Instanz durch den EuGH) besteht daher ein **Durchführungsverbot** (Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV). Eine Ausnahme von der Notifikationspflicht besteht einerseits für sogenannte De-minimis-Beihilfen, die so gering sind, dass eine innergemeinschaftliche Wettbewerbsbeschränkung nicht zu erwarten ist und andererseits für Sachverhalte im Anwendungsbereich der „Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung“.

Der zweite Schritt im Beihilfeaufsichtsverfahren der EK ist das **Vorprüfungsverfahren**, im Rahmen dessen sie auf die angemeldete Maßnahme binnen zwei Monaten (mit Verlängerungsoption) reagieren muss, andernfalls gilt sie als genehmigt. Handelt es sich bei der angemeldeten Maßnahme nach Auffassung der EK um eine nicht mit dem Binnenmarkt vereinbare staatliche Beihilfe, muss sie das innerhalb der zwei Monate dem anmeldenden Mitgliedstaat mitteilen und anschließend das Hauptprüfverfahren (förmliches Prüfverfahren) einleiten.

Dritter und letzter Schritt im Aufsichtsverfahren der EK ist das angesprochene **förmliche Prüfverfahren**, im Zuge dessen die EK vor der Entscheidung den beihilfegewährenden Mitgliedstaaten anhören muss. Die Entscheidungsfrist beträgt grundsätzlich 18 Monate, deren Überschreitung im Gegensatz zum Vorprüfungsverfahren jedoch keine Genehmigungsfiktion bewirkt. Die EK kann zum Schluss gelangen, es handelt sich (doch) nicht um eine Beihilfe gemäß Art 107 Abs 1 AEUV, es handelt sich um eine staatliche Beihilfe, die allerdings mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (Positiventscheidung; wenn nötig unter Erteilung von Auflagen oder Bedingungen) oder sie verbietet die geplante Maßnahme, weil es sich um eine staatliche Beihilfe handelt, die nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (Negativentscheidung).

---

<sup>16</sup> Stichtag ist der 01.01.1958.

Befolgt der Mitgliedstaat das Verbot nicht und gewährt die Beihilfe trotzdem, kann die EK vom Mitgliedstaat verlangen, die Beihilfe zurückzufordern.

Der **Rechtsschutz** im Beihilferecht besteht sowohl auf europäischer Ebene als auch auf nationaler Ebene. Auf europäischer Ebene gibt es für den beihilfegewährenden Mitgliedstaat und am Hauptprüfverfahren beteiligte Unternehmen bei negativer Entscheidung der EK die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage an das EuG bzw in zweiter Instanz – beschränkt auf Rechtsfragen – an den EuGH wenden. Vor nationalen Gerichte können sich Einzelne (insbesondere Wettbewerber eines Beihilfeempfängers) nicht auf das Beihilfeverbot und einer damit unvereinbaren Beihilfe berufen, hier muss ein Verstoß gegen das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot stattgefunden haben. Näheres siehe unten, Kapitel I.5.

## 4. Beihilfeverbot

### 4.1. Geltungsbereich

Art 107 Abs 1 AEUV<sup>17</sup> dient als materielle Vorgabe für staatlich gewährte Beihilfen<sup>18</sup> und statuiert gleichzeitig ein generelles Beihilfeverbot für die Mitgliedstaaten.<sup>19</sup> Der Umfang des Beihilfeverbots des Art 107 Abs 1 AEUV bemisst sich nach dessen sachlichen, persönlichen, zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich:<sup>20</sup>

Gegenstand des Beihilferechts ist die Überwachung mitgliedstaatlicher Maßnahmen, ob diese den Wettbewerb verfälschen oder auch nur drohen zu verfälschen und dadurch der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigen. Insofern erstreckt sich der **sachliche** Geltungsbereich auf alle wirtschaftlichen Aktivitäten aller Unternehmen (und Produktionszweige), außer Sondernormen normieren Abweichendes.<sup>21</sup> Das Beihilferecht richtet sich nicht gegen wettbewerbsverzerrende Maßnahmen von Unternehmen, denn Adressat des Beihilferechts ist einzig und allein der Mitgliedstaat. Es richtet sich gegen – ihm zurechenbare – Wettbewerbsverfälschungen und dient somit ausschließlich der Vermeidung staatlicher Wettbewerbsverzerrungen (**persönliche** Geltungsbereich). Das Verbot staatlicher Beihilfen

---

<sup>17</sup> **Art 107 Abs (1) AEUV** lautet: „Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

<sup>18</sup> *Unger*, Subventions- und Beihilfenrecht, in Schmidt/Wollenschläger, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2016) Rz 11.

<sup>19</sup> Denn Unionsbeihilfen können, auch wenn sie dezentral durch die Mitgliedstaaten gewährt werden, keine Wettbewerbsverfälschungen bewirken, da sie sich auf den gesamten Binnenmarkt beziehen, so *Unger*, Subventions- und Beihilfenrecht, in Schmidt/Wollenschläger, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2016) Rz 11 FN 42.

<sup>20</sup> *Pabel*, Beihilfenrecht, in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht 185 f.

<sup>21</sup> Sonderregelungen bestehen insbesondere für die Landwirtschaft (Art 42 AEUV) und Verkehr (Art 93, 96, 98 AEUV).

gemäß Art 107 Abs 1 AEUV trifft Staaten ab dem Zeitpunkt ihres Beitritts zur Europäischen Union (**zeitlicher** Geltungsbereich), wobei diesbezüglich in den jeweiligen Beitrittsverträgen Übergangsfristen vereinbart werden können. Österreich ist daher seit seines EU-Beitritts am 01.01.1995 verpflichtet, bestehende staatliche Beihilfen sowie jede beabsichtigte Einführung neuer oder geänderter Beihilfen der EK zu melden (Notifikation). Das Beihilfeverbot dient dem Schutz des Binnenmarkts der Europäischen Union. **Räumlich** beschränkt sich das Beihilfeverbot daher auf den EU-Binnenmarkt und die von den EU-Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen. Unabhängig davon werden aber auch Beihilfen von EU-Mitgliedstaaten an Unternehmen außerhalb der Gemeinschaft erfasst.

Dem EuGH zu Folge besteht der Begriff der **staatlichen Beihilfe** aus vier kumulativen<sup>22</sup> Tatbestandselementen: „*Erstens* muss es sich um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln bestrittene Maßnahme handeln. *Zweitens* muss die Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. *Drittens* muss dem Begünstigten durch sie ein selektiver Vorteil gewährt werden. *Viertens* muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.“<sup>23</sup> Diese Tatbestandselemente des Beihilfebegriffs werden nun in den Abschnitten B) Begünstigung, C) Unternehmen, D) Selektivität, E) Staatlichkeit und F) Spürbarkeit ausführlich in Hinblick auf Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand erläutert.

#### 4.2. Begünstigung

Die Grenze zwischen allgemeinen Maßnahmen der Wirtschafts- und Standortpolitik und staatlichen Beihilfen gemäß Art 107 Abs 1 AEUV ist im Sinne letzterer dort zu ziehen, wo ein Unternehmen oder ein Unternehmenszweig gegenüber anderen im betreffenden Mitgliedstaat agierenden Unternehmen bevorzugt wird.<sup>24</sup> Diese Begünstigung ist iSd EuGH-Rsp wie folgt zu verstehen: „Der Begriff der Beihilfe [...] umfasst nicht nur positive Leistungen [...], sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindert, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat“.<sup>25</sup> Form, Gründe und Ziele der Vorteilsgewährung sind für die Qualifikation als Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV irrelevant<sup>26</sup>– alleine auf deren Wirkung kommt es an (**Wirkungsorientierung**).<sup>27</sup> Ausschlaggebend ist allein, ob **objektiv ex ante**<sup>28</sup> betrachtet eine solche Zuwendung vorlag, nicht hingegen ob diese subjektiv gewollt

---

<sup>22</sup> stRsp, ua EuGH Rs C-341/06 P und C-342/06 P, Chronpost SA, Rn 121.

<sup>23</sup> EuGH, Rs C-39/14, BVVG Rz 24; Rs C-524/14 P, Kommission/Hansestadt Lübeck Rn 40.

<sup>24</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 123.

<sup>25</sup> EuGH, Rs C-139/09, Seydaland Rz 30; verb Rs C-164 und 165/15 P, Kommission/Air Lingus, Rz 40.

<sup>26</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 124.

<sup>27</sup> EuGH, Rs C-524/14 P, Kommission/Hansestadt Lübeck, Rz 48.

<sup>28</sup> Bekanntmachung Rn 78.

war.<sup>29</sup> Beihilfen können daher sowohl positiver als auch negativer Natur sein (**Formneutralität**).<sup>30</sup> Unter positiven Beihilfen versteht die Bekanntmachung jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen – dh ohne Eingreifen des Staates – nicht erhalten könnte, worunter ua Geldleistungen, Kauf, Miete, Pachte etc von Sachen, Grundstücken oder Gebäuden zu überhöhten Preisen oder auch faktische Leistungen wie das Zurverfügungstellen von Infrastruktur<sup>31</sup> fallen. Negative Beihilfen bewirken eine Verminderung der Belastung des Adressaten,<sup>32</sup> wie zB Forderungsverzicht<sup>33</sup>, Schuldübernahmen, Steuervergünstigungen<sup>34</sup>, Zahlungsaufschübe<sup>35</sup>, Bürgschaften oder Darlehen<sup>36</sup> oder Personalüberlassungen<sup>37</sup> zu besonders günstigen, marktunüblichen Konditionen. Auch die Vermietung, Verpachtung oder der **Verkauf von Grundstücken der öffentlichen Hand zu marktunüblich niedrigen Preisen** stellen negative Beihilfen dar.<sup>38</sup>

#### 4.2.1. Der Staat als Marktteilnehmer

Die öffentliche Hand kann als Wirtschaftsbeteiligter in vielfältiger Weise am Markt agieren, sei es als Kapitalgeber, Unternehmer oder auf sonstige Weise. Beihilferechtlich ist dies dann relevant, wenn durch die Tätigkeit des Staates als Marktteilnehmer anderen Marktteilnehmern Vorteile verschafft werden.<sup>39</sup> Ob eine Transaktion der öffentlichen Hand einen Vorteil bzw eine Begünstigung iSv Art 107 Abs 1 AEUV gewährt, bestimmt sich nach dem **Grundsatz des marktwirtschaftlich agierenden Wirtschaftsbeteiligten**.<sup>40</sup> Dementsprechend wird das Verhalten der öffentlichen Hand verglichen mit dem Verhalten eines unter typischen Marktbedingungen tätigen, privaten Wirtschaftsbeteiligten von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage.<sup>41</sup> Je nachdem ob der Staat als Kapitalgeber<sup>42</sup>, Gläubiger<sup>43</sup> oder

---

<sup>29</sup> EuGH, Rs C-124/10 P, Kommission/EDF, Rn 77; *Kleine/Sühnel*, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kap 1 Rn 91 ff.

<sup>30</sup> *Kleine/Sühnel*, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kap 1 Rn 90; EuGH, Rs. C-387/92, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, Rn 13.

<sup>31</sup> *Kleine/Sühnel*, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kap 1 Rn 93 ff.

<sup>32</sup> *Unger*, Subventions- und Beihilfenrecht, in Schmidt/Wollenschläger, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> Rz 16; EuGH 8.11.2001, Rs C-143/99 Adria-Wien Pipeline, Rn 38; EuGH 7.3.2002, Rs C-310/99, Italien/Kommission, Rn 51.

<sup>33</sup> Ausführlich *Soltész/Makowski*, Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe, EuZW 2003, 73.

<sup>34</sup> EuGH, Rs C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Rn 131 f.

<sup>35</sup> EuGH, Rs C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Rn 131 f.

<sup>36</sup> EuGH, Rs C-559/12 P, Kommission/Frankreich, insbesondere Rn 93 ff.

<sup>37</sup> Bekanntmachung Rn 53.

<sup>38</sup> Bekanntmachung Rn 53.

<sup>39</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 125.

<sup>40</sup> Bekanntmachung Rn 74.

<sup>41</sup> Bekanntmachung Rn 74 f mwN zur Rsp.

<sup>42</sup> EuGH, Rs C-142/87, Belgien/Kommission, Rn 29: „[...] der unter normalen marktwirtschaftlichen Marktbedingungen sein Geld anlegt“.

<sup>43</sup> EuGH, Rs C-256/97, DM Transport, EU:C:1999:332, Rn 24: „[...] der die Bezahlung der ihm von einem Schuldner, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, geschuldeten Beträge zu erlangen sucht“.

**Verkäufer**<sup>44,45</sup> tätig ist, ist das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten verschieden nuanciert – das Grundprinzip bleibt jedoch das gleiche: Das Verhalten der öffentlichen Hand ist mit dem eines vergleichbaren privaten Marktteilnehmers unter üblichen Marktbedingungen zu vergleichen.<sup>46</sup> Entscheidend ist, ob die öffentliche Hand ihre jeweilige Maßnahme auch an anderen als rein marktwirtschaftlichen Zielen orientiert hat.<sup>47</sup> Die Schwierigkeit liegt darin, die Entscheidungsfindung der öffentlichen Hand ihrer politischen Motivation zu entkleiden, „um bewerten zu können, auf welcher Tatsachengrundlage die Entscheidungsträger sich für eine bestimmte Investition entschieden haben.“<sup>48</sup> Anzumerken ist, dass dieser Grundsatz nicht für hoheitliches Handeln des Staates gilt (siehe unten, Kapitel I.4.3.3.), welches per se soziale, politische oder andere nicht marktwirtschaftlich orientierte Zwecke verfolgt und folglich nicht am potentiellen Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten gemessen werden kann.<sup>49</sup>

Eine besondere Ausformung dieses Grundsatzes für – auch in unserem Fall relevante – **Veräußerungsvorgänge** ist der sogenannte *Private Vendor Test*, nach dem beurteilt werden soll, ob bei einem konkreten Verkauf ein privater Verkäufer unter üblichen Marktbedingungen den gleichen oder sogar einen höheren Preis erzielt hätte als die öffentliche Hand.<sup>50</sup> Bei Anwendung dieser Prämisse können nicht-marktwirtschaftliche Überlegungen wie soziale, arbeitsmarkt- oder regionalpolitische Ziele einen geringeren Verkaufspreis nicht rechtfertigen, sondern stellen vielmehr Indizien für das Vorliegen ein verbotenen staatlichen Beihilfe dar.<sup>51</sup> Das EuG<sup>52</sup> beschreibt den *Private Vendor Test* wie folgt:

*“Um beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist [...] zu bestimmen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Artikel [107 Absatz 1 AEUV] unterscheidet nämlich nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Maßnahme, sondern beschreibt diese nach ihren Wirkungen. [...] Um feststellen zu können, ob eine*

---

<sup>44</sup> EuGH, verb Rs C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, Land Burgenland u. a./Kommission, Rn 99: " [...] der sich grundsätzlich für das höchste Kaufangebot entscheidet, falls es verpflichtend und verlässlich ist".

<sup>45</sup> Das Augenmerk dieser Arbeit richtet natürlich – wie sich aus dem Titel der Masterthesis ergibt – auf die Rolle der öffentlichen Hand als Verkäufer.

<sup>46</sup> *Votava*, Mitteilung Beihilfiebegriff I: Hintergrund und Übersicht, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 359 (366); *Harsdorf/Gänser*, Mitteilung Beihilfiebegriff IV: Vorteilsbegriff "neu"? Eine Analyse einzelner Aspekte im Lichte der Rechtsprechung, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 433 (442).

<sup>47</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 125.

<sup>48</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 125.

<sup>49</sup> *Votava*, Mitteilung Beihilfiebegriff I: Hintergrund und Übersicht, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 359 (367); Bekanntmachung Rn 77 mwN zur stRsp; näher *Harsdorf/Gänser*, Mitteilung Beihilfiebegriff IV: Vorteilsbegriff „neu“? Eine Analyse einzelner Aspekte im Lichte der Rechtsprechung, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 433 (436).

<sup>50</sup> EuGH, Rs C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, Rn 34; EuGH, Rs C-290/07 P, Kommission/Scott SA, Rn 68; EuG, T-253/12, Hammar Nordic Plugg/Kommission, Rn 32; KomE 2008/767/EG, Tractorul, ABI 2008 L 263/5, Rn 37; KomE 2008/717/EG, Automobile Craiova, ABI 2008 L 239/12, Rn 50; KomE 2000/628/EG, Centrale del Latte di Roma, ABI 2000 L 265/15.

<sup>51</sup> Bekanntmachung Rn 76 mwN zur Rsp; KomE 2008/717/EG, Automobile Craiova, ABI 2008 L 239/12, Rn 50.

<sup>52</sup> EuG 5.8.2003, verb Rs T-116 und 118/01, P&O European Ferries, Rn 112 ff.

*Maßnahme [...] dem begünstigten Unternehmen einen Vorteil verschafft, ist zu prüfen, ob sich der Staat [...] genauso verhalten hat, wie ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Investor [...], dessen Größe mit der der Einrichtung des öffentlichen Sektors vergleichbar ist [...]. Somit kann eine zugunsten eines Unternehmens getroffene staatliche Maßnahme nicht allein deshalb von vornherein vom Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel [107 AEUV] ausgenommen werden, weil sich die Vertragsparteien zu gegenseitigen Leistungen verpflichten [...].“*

Hätte ein Käufer nach Berücksichtigung aller Umstände der konkreten Veräußerung unter typischen Marktbedingungen die Immobilie von einem privaten Verkäufer nicht zum – mit der öffentlichen Hand – vereinbarten Kaufpreis erhalten, führt der Einnahmenverzicht der öffentlichen Hand zu einer selektiven Begünstigung im Umfang des marktunüblichen Vorteils.<sup>53</sup> Bewirkt die Veräußerung zusätzlich eine (mögliche) Wettbewerbsverfälschung im europäischen Binnenmarkt und beeinträchtigt er den Handel der Mitgliedstaaten untereinander, stellt diese eine notifikationspflichtige Beihilfe gemäß Art 107 Abs 1 AEUV dar.<sup>54</sup>

#### **4.2.2. Marktkonformität einer Immobilientransaktion durch die öffentliche Hand**

Nach der mittlerweile aufgehobenen Grundstücksmitteilung enthielten Immobilienverkäufe keine Beihilfelemente bzw wurde die Marktkonformität des Verkaufspreises einer Immobilie generell angenommen, wenn die Veräußerung entweder anhand eines **Wertgutachtens** eines unabhängigen Sachverständigen auf Grundlage allgemein anerkannter Bewertungsmethoden oder aber anhand eines hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien **Bieterverfahrens** samt darauffolgender Veräußerung an den meistbietenden (oder einzigen) Bieter erfolgte.

Diese beiden Methoden zur Beurteilung der Marktkonformität von Immobilientransaktionen behielt man grundsätzlich auch in der Bekanntmachung bei. Von der EK in der Bekanntmachung weiterhin präferiert wird das wettbewerbliche, transparente und bedingungsfreie Ausschreibungsverfahren<sup>55</sup> (Bieterverfahren) und als Alternative dazu sieht sie nun das sog „Benchmarking“ vor, das die Marktkonformität eines Verkaufs mit Hilfe „vergleichbarer Transaktionen von vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten in einer vergleichbaren Lage“<sup>56</sup> prüft. Obwohl die EK dadurch andere alternative Vergleichsmarktsysteme anerkennt, sofern sie den Marktwert einer Immobilie „möglichst nahe“

---

<sup>53</sup> Eder, Aufhebung der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (180).

<sup>54</sup> Eder, Aufhebung der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (180); vgl Heidenhain, European State Aid Law (2010) § 9 Public Funding of Infrastructure, Sales of Public Land and Buildings, Rn 29; Koenig, Scheitern nun Privatisierungen unterhalb des Höchstgebotes an Brüssel, Luxemburg und Karlsruhe? EuZW 2012, 241 ff (242).

<sup>55</sup> Bekanntmachung Rn 89 ff.

<sup>56</sup> Bekanntmachung Rn 98.

ermitteln<sup>57</sup>, wird es sich bei Liegenschaftsverkäufen in den meisten Fällen – wie zuvor auch bei der Grundstücksmitteilung – um Sachverständigengutachten handeln.<sup>58</sup> Dieses ist vor den Verkaufsverhandlungen einzuholen und legt den darin ermittelten Marktwert als Mindestverkaufspreis feststellen. Hinsichtlich der Beurteilung der Marktkonformität anhand sonstiger, alternativer Methoden geht die Bekanntmachung weiter als die Grundstücksmitteilung, die den Mitgliedstaaten bereits eine Notifikation an die EK empfohlen hat, wenn die Immobilie weder an den Bestbieter eines Ausschreibungsverfahrens, noch zum vom Sachverständigen ermittelten Marktwert veräußert wurde.<sup>59</sup>

### **Vorrang des Ausschreibungsverfahrens:**

Die Bekanntmachung erklärt die Präferenz des Ausschreibungsverfahrens gegenüber dem Sachverständigengutachten damit, dass eine Transaktion im Zuge eines Ausschreibungsverfahrens einen direkten Nachweis der Marktkonformität darstellt<sup>60</sup>. Eine ordnungsgemäß<sup>61</sup> durchgeführte Ausschreibung bildet den aktuellen Marktwert naturgemäß zuverlässiger nach als ein Wertgutachten, das einen bloß theoretischen Marktwert feststellt<sup>62</sup> und daher die marktfernere Methode darstellt.<sup>63</sup> Betont werden muss aber, dass die Bekanntmachung eine bloße Präferenz – keine Pflicht – zur Ausschreibung vorsieht.<sup>64</sup> Eine solche kann sich jedoch aus vergaberechtlicher Sicht stellen, wenn an die Liegenschaftsveräußerung eine Bau- bzw Dienstleistungspflicht des Käufers geknüpft ist (näher dazu im Kapitel II.).<sup>65</sup>

Die Art des Verkaufs – sei es im Rahmen einer Ausschreibung oder nach der Ermittlung des Marktwertes durch ein Sachverständigengutachten oder eine andere alternative Wertermittlungsmethode – muss bereits im Vorhinein gewählt werden, weshalb die Bewertungsmethoden nicht nach Belieben ausgetauscht werden können.<sup>66</sup> Aus der Präferenz der Wertermittlung mittels Ausschreibung ergibt sich, dass der im

---

<sup>57</sup> EuGH, Rs C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, Rn 39 ff zum deutschen Vergleichspreissystem für den Verkauf landwirtschaftlicher Flächen; EuGH, Rs C-39/14, BVVG, Rn 31 ff.

<sup>58</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 254; Bekanntmachung Rn 103.

<sup>59</sup> II.3. Grundstücksmitteilung; Eder, Aufhebung der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (180).

<sup>60</sup> Bekanntmachung, Rn 97; Harsdorf/Gänser, Mitteilung Beihilfiebegriff IV: Vorteilsbegriff "neu"? Eine Analyse einzelner Aspekte im Lichte der Rechtsprechung, in Jaeger/Haslinger, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 433 (439).

<sup>61</sup> Bekanntmachung, Rn 89 -95.

<sup>62</sup> Eder, Aufhebung der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (181).

<sup>63</sup> KomE 2008/719/EG, Land Burgenland, ABl 2008 L 239/32; Koenig/Fechtner/Paul, Neuere Tendenzen zu den EG-beihilferechtlichen Anforderungen an Grundstücks- und Anlagentransaktionen, BRZ 2009, 52 ff (54).

<sup>64</sup> Eder, Aufhebung der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (181).

<sup>65</sup> EuGH, Rs C-451/08, Helmut Müller; Hamerl, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53; Fuchs/Müller, Kommunale Immobiliengeschäfte am Prüfstand des Vergaberechts, RFG 2011/37; Hertwig, Vergaberecht und staatliche (Grundstücks-)Verkäufe, NZBau 2011, 9 ff. Aber auch bei reinen Veräußerungsvorgängen kann sich aus der Kapitalverkehrs- bzw Niederlassungsfreiheit eine Ausschreibungspflicht ergeben, sofern an der Veräußerung ein grenzüberschreitendes Interesse besteht (Eilmansberger, Staatsbeihilfen und Vergaberecht, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006<sup>2</sup>, Band 1, Rn 14, Fn 29).

<sup>66</sup> Von Jaeger, Neue Parameter für Privatisierungen? EuZW 2008, 686 ff (687) und OGH 4 Ob 154/09i aus der KomE 2008/719/EG, Land Burgenland, ABl 2008 L 239/32, Rn 108 f abgeleitet. Zustimmung Eder, Aufhebung

Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens ermittelte Wert einer Immobilie nicht durch ein späteres Gutachten in Frage gestellt werden kann<sup>67</sup> und daher auch dann beihilfefrei ist, wenn das Gutachten einen höheren Wert der Immobilie feststellen sollte.<sup>68</sup> Dementsprechend kann der Verkauf zu einem geringeren Preis als dem Höchstgebot nicht mit Hinweis auf ein aktuelleres Sachverständigengutachten gerechtfertigt werden.<sup>69</sup>

### **Ausnahmen vom Anwendungsvorrang des Ausschreibungsverfahrens:**

Der grundsätzliche Vorrang des Ausschreibungsverfahrens gegenüber dem Sachverständigengutachten bei der Wertermittlung kennt zwei Ausnahmen, bei denen zumindest zweifelhaft ist, ob sie den wahren Marktwert der Immobilie widerspiegeln: ein im Rahmen einer Ausschreibung abgegebenes Höchstgebot mit offensichtlich spekulativem Charakter<sup>70</sup> oder die Abgabe eines einzigen Angebots<sup>71</sup>:

- **Höchstgebot mit offensichtlich spekulativem Charakter**

Liegt ein Höchstgebot deutlich über den übrigen im Rahmen einer Ausschreibung abgegebenen Angeboten und dem geschätzten Marktwert, so könnte es sich nach Ansicht des EuGH um ein spekulatives Angebot handeln.<sup>72</sup> In solch einem Fall kann auch ein niedrigeres als das Höchstgebot den Zuschlag erhalten, ohne dass die Differenz zwischen den beiden Angeboten eine notifikationspflichtige Beihilfe darstellt.<sup>73</sup> In Rn 95 der Bekanntmachung erklärt die EK, dass das einzig maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers, der den Zuschlag erhalten soll, das höchste Angebot ist, wobei nur glaubwürdige und verbindliche Angebote berücksichtigt werden dürfen. Daraus ergibt sich, dass lediglich das höchste glaubwürdige und verbindliche Angebot den Marktwert widerspiegelt und es keiner zusätzlichen Überprüfung des Marktwerts durch einen Sachverständigen bedarf, sofern das Höchstgebot unglaubwürdig oder unverbindlich war.<sup>74</sup> Allerdings erscheint es in Anbetracht der Ausführungen des EuGH<sup>75</sup> ratsam, zumindest den Spekulationscharakter eines Höchstgebots durch ein Gutachter bestätigen zu lassen.

---

der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (181).

<sup>67</sup> Eder, Aufhebung der Grundstücksmitteilung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179 (181); Bekanntmachung, Rn 84, 97.

<sup>68</sup> Nach Jaeger, Neue Parameter für Privatisierungen? EuZW 2008, 686 ff (687) könne das aber nur bei ausreichender Aktualität der Wertermittlung gelten.

<sup>69</sup> KomE 2008/719/EG, Land Burgenland, ABl 2008 L 239/32; Koenig/Fechtner/Paul, Neuere Tendenzen zu den EG-beihilferechtlichen Anforderungen an Grundstücks- und Anlagentransaktionen, BRZ 2009, 52 ff (54); zustimmend Eder, BRZ 2016, 179 (181).

<sup>70</sup> EuGH, Rs C-39/14, BVVG Bodenverwertungs- und Verwaltungs GmbH, Rn 39.

<sup>71</sup> Bekanntmachung, Rn 93.

<sup>72</sup> EuGH, Rs C-39/14, BVVG, Rn 39.

<sup>73</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (182).

<sup>74</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (182).

<sup>75</sup> EuGH, Rs C-39/14, BVVG, Rn 33, wonach der EuGH den spekulativen Charakter eines Angebots damit begründet, dass es offensichtlich über den übrigen im Rahmen der Ausschreibung eingereichten Angeboten *und über dem von Sachverständigen geschätzten* Marktwert des Objektes lag.



- **Abgabe eines einzigen Angebots**

Langt im Rahmen einer Ausschreibung nur ein einziges Angebot ein, so muss sich die öffentliche Hand als Verkäufer zunächst fragen, ob die Ausschreibung tauglich war, alle potentiellen Interessenten zu erreichen.<sup>76</sup> Sollte dem nicht so sein, wird die Ausschreibung den Anforderungen zur Ermittlung des Marktwertes der zum Verkauf stehenden Immobilie nicht genügen (dazu gleich, Kapitel I.4.2.2.). Wurde das Ausschreibungsverfahren jedoch ordnungsgemäß – dh wettbewerblich, transparent, diskriminierungs- und bedingungsfrei – durchgeführt, sodass alle möglichen Käufer grundsätzlich erreicht werden konnten, dann lässt eine derart geringe Anzahl an Angeboten zunächst auf dementsprechend geringes Interesse des Marktes an dem Objekt schließen.<sup>77</sup> Für diesen Fall erklärt die Bekanntmachung in Rn 93 anders als noch die Grundstücksmitteilung<sup>78</sup>, dass das Ausschreibungsverfahren „in der Regel“<sup>79</sup> nicht ausreichen werde. Ein einziges Angebot spiegelt den Marktpreis nur dann wider, wenn "i) bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzubringen, oder ii) sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht."<sup>80,81</sup> Kritische Stimmen<sup>82</sup> gehen jedoch davon aus, wenn der Bieter bei Abgabe seines Angebots mit konkurrierenden Bietern rechnen musste und es keine Verdachtsmomente gibt, die die Marktkonformität des Angebots sonst in Frage stellen, so kann „korrespondierend mit der ehemaligen Grundstücksmitteilung und zur Vermeidung paralleler Probleme bei der Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge iSd Vergaberichtlinie“<sup>83</sup> davon ausgegangen werden, dass auch ein einziges verlässliches und verpflichtendes Angebot den Marktwert darstellt. Die Marktkonformität des alleinigen Angebots ist nach Ansicht der EK mit „besonders strengen Vorkehrungen“ oder „zusätzlichen Maßnahmen“ sicherzustellen. Unglücklicherweise gibt die EK in der Bekanntmachung nicht Auskunft darüber, welche Vorkehrungen oder Maßnahmen zu setzen wären, um einen verlässlichen Marktwert in

---

<sup>76</sup> So auch *Eder*, BRZ 2016, 179 (183).

<sup>77</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (183).

<sup>78</sup> Laut dieser bildet auch ein einziges abgegebenes Angebot den Marktwert einer Immobilie ab, sofern das Bietverfahren hinreichend publiziert und bedingungsfrei war (Grundstücksmitteilung, II 1. a.; *Koller*, Beihilferechtliche Bewertung von Privatisierungen, in *Jaeger/Rumersdorfer*, Jahrbuch Beihilferecht (2011) 497 ff [500 ff]).

<sup>79</sup> Diese zurückhaltende Formulierung ließe Raum für eine abweichende Beurteilung (*Eder*, BRZ 2016, 179 [183]).

<sup>80</sup> Bekanntmachung Rn 93.

<sup>81</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (183): „Diese Verschärfung gegenüber der ehemaligen Grundstücksmitteilung findet noch keine Bestätigung in der Rsp der Unionsgerichte. Lediglich aus den Schlussanträgen des Generalanwalts *Villalón* zur Rs BVVG [Fn: SA zur Rs C-39/14, BVVG, Rn 74] ergibt sich, dass in einem solchen Fall anderweitige Methoden zur Verkehrswertermittlung "sicherlich von entscheidender Bedeutung" sind, wozu sich der EuGH aber mangels Relevanz für den konkreten Fall nicht äußerte.“

<sup>82</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (183); *Jaeger*, Gemeinschaftsrechtliche Probleme einer Privatisierung, *EuZW* 2007, 499 ff (500); *Tietjen*, Die Europäische Beihilfekontrolle im Vergaberecht und bei der Privatisierung (2004) 239.

<sup>83</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (183).

diesem Fall annehmen zu können.<sup>84</sup> Kommissionsentscheidungen hierzu gibt es, soweit ersichtlich, noch keine – es bleibt daher abzuwarten, wie die EK in diesem Fall entscheiden wird. In jedem Fall ist es jedoch ratsam, die Marktkonformität des alleinigen Angebots durch einen Gutachter verifizieren zu lassen.

### **Kriterien eines Ausschreibungsverfahrens:**

Wird eine Immobilien im Rahmen einer Ausschreibung veräußert, bildet dies nur dann einen unmittelbaren Nachweis der Marktkonformität der Veräußerung, sofern das Ausschreibungsverfahren wettbewerblich, transparent, bedingungsfrei und diskriminierungsfrei erfolgte. Zur Auslegung dieser Kriterien verweist die Bekanntmachung auf die Bestimmungen des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen und die „Mitteilung der EK zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“.<sup>85</sup> Obwohl auf reine Immobilienveräußerung die Vergaberichtlinien<sup>86</sup> mangels öffentlichen Beschaffungsvorganges grundsätzlich keine Anwendung finden<sup>87</sup>, können sie dabei helfen, ein Ausschreibungsverfahren hinsichtlich der Anforderungen (Wettbewerbsoffenheit, Transparenz, Bedingungsfreiheit und Diskriminierungsfreiheit) ordnungsgemäß durchzuführen.<sup>88</sup>

- **Wettbewerbsoffenheit**

Maßgeblich ist, dass sich sämtliche qualifizierten Interessenten an der Ausschreibung beteiligen können. Die bisherige Bezeichnung als „offenes Verfahren“ in der Grundstücksmitteilung wurde ohne inhaltliche Änderungen aufgegeben, weil beim offenen Verfahren um eine eigene Verfahrensart im Vergaberecht handelt und man dadurch eine irreführende Vermengung der Begriffe in Zukunft vermeiden wollte. Das offene Verfahren im Vergaberecht ist schließlich nicht die einzige Verfahrensart der Vergaberichtlinien, die den Nachweis der Marktkonformität erbringt.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Strittig *Eder*, BRZ 2016, 179 (183): „Dabei ist zu bedenken, dass etwa die Anforderungen an die Transparenz sinken, je geringer das Interesse, insbesondere auch ausländischer Unternehmen, am Erwerb des Vermögenswertes ex ante einzuschätzen ist. Es wäre aber nicht sachgerecht, nachdem sich diese Erwartungshaltung durch Einlagen bloß eines einzigen Angebots bestätigt, strengere Vorkehrungen zu verlangen, die über die ex ante zu beurteilenden konkreten Anforderungen an ein wettbewerbliches, transparentes, diskriminierungsfreies und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren hinausgehen.“

<sup>85</sup> ABI 2006 C 179/2.

<sup>86</sup> RL 2014/23/EU, ABI 2014 L 94/1; RL 2014/24/EU, ABI 2014 L 94/65; RL 2014/25/EU, ABI 2014 L 94/243.

<sup>87</sup> Eine Ausschreibungspflicht nach dem Vergaberecht kann sich dann ergeben, wenn an die Liegenschaftsveräußerung eine Bau- oder Dienstleistungspflicht des Käufers geknüpft wird.

<sup>88</sup> Bekanntmachung Rn 93; *Koenig/Kühling*, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens - Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779 ff.

<sup>89</sup> Das Kriterium der Wettbewerbslichkeit können sowohl offene als auch nicht offene (Verhandlungs-) Verfahren iSd Vergaberichtlinien je mit vorheriger Bekanntmachung und vorangeschaltetem Teilnahmewettbewerb erfüllen (*Eder*, BRZ 2016, 179 [184]; *Koenig/Kühling*, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779 [785 f]).

- **Transparenz**

Das Kriterium der Transparenz soll gewährleisten, dass sämtliche Interessenten in jeder einzelnen Phase<sup>90</sup> des Ausschreibungsverfahrens hinreichend informiert werden. In erster Linie soll damit die ordnungsgemäße Bekanntmachung der Ausschreibung sichergestellt werden, aber auch die Bekanntmachung sonstiger Bedingungen für die Wahl welches Angebot den Zuschlag erhält. Darüber hinaus müssen die potentiellen Interessenten auch über das zum Verkauf stehende Objekt informiert werden (Lage, Größe, Widmung, Gebäudebeschreibung, sonstige relevante Eigenschaften), damit diese eine ausreichende Grundlage für ihre Ankaufsentscheidung zu Verfügung steht.<sup>91</sup>

Da die Grundstücksmitteilung im Gegensatz zur Bekanntmachung nur auf Immobilientransaktionen angewendet wurde, die Bekanntmachung allerdings auf wirtschaftliche Transaktionen generell, war diese insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an eine hinreichende Bekanntmachung deutlich konkreter. So finden sich weder Informationen über welchen exakten Zeitraum die Bekanntmachung über die Ausschreibung zu erfolgen hat, noch welchen Grad an Öffentlichkeit die Bekanntmachung erreichen muss.<sup>92</sup> Die Bekanntmachung spricht lediglich von einem „ausreichenden“ Zeitraum (Bekanntmachung Rn 91), während die Grundstücksmitteilung explizit mindestens zwei Monate nannte (Grundstücksmitteilung II. 1. a.).<sup>93</sup> Welcher Grad an Öffentlichkeit für die Bekanntmachung der Ausschreibung erforderlich ist, hängt vom jeweiligen Vermögenswert ab. Ist das zum Verkauf stehende Objekt möglicherweise auch für ausländische (europa- oder sogar weltweit tätige)<sup>94</sup> Bieter interessant – wovon man mE bei Grundstücken in Großstädten wie Wien in jedem Fall ausgehen kann –<sup>95</sup>, sind sie so auszuschreiben, dass auch diese von der Ausschreibung erfahren werden.<sup>96</sup> Aus vergangenen Entscheidungen der EK und der Grundstücksmitteilung lässt sich ablesen, dass es für Liegenschaften oder Areale mit hohem Verkehrswert oder sonstigen außergewöhnlichen Merkmalen, die daher das Interesse

---

<sup>90</sup> Transparente, diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter bedeutet auch, dass diese über Änderungen relevanter Umstände der Ausschreibung während des Verfahrens informiert werden müssen (KomE 1999/262/EG, Société de Banque Occidentale, ABI 1999 L 103/19, 25.).

<sup>91</sup> KomE 2002/14/EG, Scott Paper/Kimberly-Clark, ABI 2002 L 12/1, Rn 146.

<sup>92</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (184 f).

<sup>93</sup> Kümritz, Privatisierung öffentlicher Unternehmen (2009) 66 zieht eine Parallele zur 30-tägigen Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen im nicht offenen Vergabeverfahren gemäß den Vergaberichtlinien. Dabei ist jedoch (auch vor dem Hintergrund der 2-Monatsfrist in der Grundstücksmitteilung) zu bedenken, dass gemäß Art 47 Abs 2 RL 2014/24/EU die Frist länger sein muss, wenn für die Angebotserstellung eine *Ortsbesichtigung* erforderlich ist, was gerade beim Erwerb von *Grundstücken* naheliegend ist (Eder, BRZ 2016, 179 FN 52).

<sup>94</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (185): „Da die Vergaberichtlinien gewissermaßen eine Obergrenze für die Anforderungen an ein Ausschreibungsverfahren einziehen, ist auch bei Vermögenswerten von weltweitem Interesse jedenfalls *kein über die Bekanntmachung im Amtsblatt hinausgehender Grad an Öffentlichkeit* erforderlich.“

<sup>95</sup> Im ersten Halbjahr 2016 kamen 41% der Immobilieninvestments durch ausländische Investoren (exklusive Deutschland) zustande (Zoidl, Immo-Investments: Viel „exotisches“ Geld in Österreich, Der Standard vom 30.9.2016, abrufbar über <https://derstandard.at/2000045161395/Immo-Investments-Viel-exotisches-Geld-in-Oesterreich>)

<sup>96</sup> Bekanntmachung Rn 91; Eder, BRZ 2016, 179 (185); idS auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI 2006 C 179/2: "Je interessanter der Auftrag für potentielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten ist, desto weiter sollte er bekannt gemacht werden".

von internationalen Investoren wecken könnten, eine Bekanntmachung in der nationalen und internationalen Presse *sowie* über namhafte Immobilienmakler erfolgen muss.<sup>97,98</sup>

- **Bedingungsfreiheit**

Problematisch ist in vielen Fällen die Voraussetzung der Bedingungsfreiheit eines Ausschreibungsverfahrens<sup>99</sup>, da die öffentliche Hand regelmäßig daran interessiert ist, Bedingungen an den Erwerber einer ihrer Immobilien zu stellen, insbesondere hinsichtlich ihrer zukünftigen Nutzung.<sup>100</sup> Problematisch ist dies deshalb, weil in solchen Fällen die vermutete Marktkonformität des Verkaufs bei Ausschreibungsverfahren wegfällt. Die Bekanntmachung erklärt den Verkauf dann für bedingungsfrei, „wenn es potentiellen Käufern unabhängig davon, ob sie bestimmte Unternehmen betreiben, grundsätzlich freisteht, die zum Verkauf stehenden Vermögenswerte zu erwerben und für ihre eigenen Zwecke zu nutzen“<sup>101</sup>. Eine unzulässige Bedingung liegt nach der Bekanntmachung dann vor, wenn der Käufer „zugunsten der Behörde oder im allgemeinen öffentlichen Interesse besondere Verpflichtungen eingeht, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben.“<sup>102</sup> Wie auch die Grundstücksmitteilung statuiert die Bekanntmachung ein branchenübergreifendes Diskriminierungsverbot für Verkaufsbedingungen.<sup>103</sup> Die Bekanntmachung ist jedoch strenger als die Grundstücksmitteilung und enthält eine zusätzliche Voraussetzung für die Bedingungsfreiheit: Hätte ein privater Verkäufer dem Erwerber keine derartigen Bedingungen für den Verkauf auferlegt, ist der Verkauf nicht bedingungsfrei<sup>104</sup>. Bedauerlicherweise gibt es noch keine gefestigte Entscheidungspraxis der EK zu der Frage, welche konkreten Verkaufsbedingungen Beihilfen darstellen bzw die Vermutung der Beihilfefreiheit einer Liegenschaftsveräußerung an den Höchstbieter nicht mehr greift.<sup>105</sup>

---

<sup>97</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (185).

<sup>98</sup> Der Einsatz nur einer der beiden Formen der Bekanntmachung eines Grundstücksverkaufs reicht nicht aus. (KomE 2002/14/EG, Scott Paper/Kimberly-Clark, ABl 2002 L 12/1, Rn 140).

<sup>99</sup> Aber auch bei der Veräußerung einer Immobilie auf Grundlage eines Wertgutachtens durch einen Sachverständigen, können marktunüblichen Verkaufsbedingungen notifikationspflichtige Beihilfen darstellen (Eder, BRZ 2016, 179 [185]).

<sup>100</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (185).

<sup>101</sup> Bekanntmachung, Rn 94. Im Vergleich dazu bestimmte sich die Bedingungsfreiheit eines Bieterverfahrens nach der **Grundstücksmitteilung weniger restriktiv**: „Wenn es eine Verkaufsbedingung ist, dass der künftige Eigentümer besondere Verpflichtungen erfüllen muss, die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht der Entscheidung der Planungsbehörden ergeben, oder Verpflichtungen für den allgemeinen Schutz und die Erhaltung der Umwelt und der öffentlichen Gesundheit zugunsten der öffentlichen Hand oder der Allgemeinheit übernimmt,“ so ist das Angebot als bedingungsfrei zu qualifizieren, wenn jeder potentielle Bewerber unabhängig von seiner wirtschaftlichen Tätigkeit und auch unabhängig davon, ob er eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder nicht, die Bedingungen erfüllen müsste und diese auch erfüllen könnte.

<sup>102</sup> Bekanntmachung Rn 94.

<sup>103</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (185).

<sup>104</sup> Bekanntmachung Rn 94.

<sup>105</sup> Wollenschläger in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013) Kap 1, Rn 472, 479 ff; Bartosch, EU-Beihilfenrecht<sup>2</sup> (2016) 63; Koenig/Kühling, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779 (781 ff).

Als **Maßstab**, an dem derartige Verpflichtungen bzw Bedingungen zu messen sind, dient der **Private Vendor Test** (siehe oben, Kapitel I.4.2.1.),<sup>106</sup> dem zu Folge Bedingungen, die für Veräußerungsvorgängen zwischen Privaten untypisch sind, beihilferechtlich problematisch sind<sup>107</sup>, sofern sie einen geringeren Kaufpreis bewirken können.<sup>108</sup> Dies gilt sowohl für Verkäufe im Rahmen einer Ausschreibung als auch auf Grundlage eines unabhängigen Sachverständigengutachtens. Findet sich die öffentliche Hand mit einem Kaufpreinsnachlass ab, um marktunübliche Verpflichtungen (insbesondere Gemeinwohlinteressen) als Verkaufsbedingungen durchzusetzen, handelt sie nicht wie ein marktwirtschaftlich agierender Wirtschaftsbeteiligter und gewährt durch den marktunüblichen Vorteil eine beihilferechtlich relevante Begünstigung.<sup>109</sup> Dies ist auch dann anzunehmen, wenn der Nachlass exakt dem wirtschaftlichen Nachteil durch die Verpflichtung entspricht.<sup>110</sup>

Eine Beihilfe könnte beispielsweise eine an den Verkauf von Wohnhäusern geknüpfte Sozialcharta zum **Mieterschutz** sein, wenn sie marktuntypisch ist und mit einem Kaufpreinsnachlass einhergeht,<sup>111</sup> wobei jedoch sehr wohl davon auszugehen ist, dass ein gewisses Maß an Sozialstandards zum Schutz von Mietern marktüblich ist – ausschlaggebend ist daher dessen Schutzzumfang.<sup>112</sup> Zulässig ist es hingegen, dem Käufer eines Grundstücks einen Kaufpreinsnachlass für die Verwirklichung von **allgemeinem nationalen Recht oder von städtebaulichen Planungen**<sup>113</sup> zu gewähren.<sup>114</sup> Hierzu merkt *Eder*<sup>115</sup> an: „Wenn es in einem bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren nach der Bekanntmachung ausdrücklich zulässig ist, Verpflichtungen, die sich aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben, an den Verkauf zu knüpfen, muss dies [...] jedenfalls auch beim Verkauf

---

<sup>106</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (187).

<sup>107</sup> iSv daraus resultierender selektiver Begünstigung gemäß Art 107 Abs 1 AEUV.

<sup>108</sup> KomE 2008/767/EG, Tractorul, ABI 2008 L 263/5, Rn 4; *Koller*, Beihilferechtliche Bewertung von Privatisierungen, in Jaeger/Rumersdorfer, Jahrbuch Beihilferecht (2011) 497 ff (504); *Wollenschläger* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kap 1, Rn 498.

<sup>109</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (186).

<sup>110</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (186).

<sup>111</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (186) FN 65 verweist dazu auf die Stellungnahme der dt Bundesregierung v 13. 7. 2012 zur Sozialcharta für den Verkauf der bundeseigenen TLG Wohnungen (Drucksache 17/10299): Bei der Veräußerung der TLG Wohnung dürfen "keine Bedingungen an den Erwerb der Anteile geknüpft [werden], die von einem privaten Veräußerer in der Situation der Bundesregierung nicht aufgestellt würden (sogenannter Private Vendor Test). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich diese Bedingungen auf den Kaufpreis reduzierend auswirken können. Aus diesem Grund ist es der Bundesregierung verwehrt, verkäuferseitig eine umfangreiche Sozialcharta verbindlich vorzugeben [...]. Die Bundesregierung geht jedoch davon aus, dass es bestimmte soziale Standards gibt, die marktüblich sind. Hierzu gehören der besondere Kündigungsschutz für alte und behinderte, also besonders schutzbedürftige Mieter sowie der Ausschluss von Luxusmodernisierungen".

<sup>112</sup> *Bonin*, Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, 247 ff (250): eine Sozialcharta, deren Schutzstandard "mit anderen Transaktionen vergleichbar ist", gilt als marktüblich; nach *Eder*, BRZ 2016, 179 (186) FN 66 wohl zu allgemein *Wollenschläger* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013) Kap 1, Rn 498: "Für marktüblich wird bei Immobilientransaktionen die Vereinbarung einer Sozialcharta zu Mieterschutz erachtet".

<sup>113</sup> Was die Bekanntmachung unter dem Begriff „Entscheidungen der Planungsbehörden“ versteht, determiniert diese leider nicht, sodass Spielraum für eine am Zweck des Beihilfeverbots orientierte Auslegung bleibt.

<sup>114</sup> Bekanntmachung Rn 94; *Koenig/Kühling*, Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht, NZBau 2001, 409 ff (413).

<sup>115</sup> *Eder*, BRZ 2016, 179 (188).

ohne bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren gelten, sofern der wirtschaftliche Nachteil der jeweiligen Verpflichtung durch einen Sachverständigen mit anerkannten Methoden bewertbar ist. Schließlich kommt damit zum Ausdruck, dass eine Kaufpreisreduktion für die Erfüllung derartiger Verpflichtungen keine Beihilfe darstellt, was unabhängig von der konkreten Methode der Marktwertermittlung gelten muss.“ Beihilferechtlich unschädlich sind auch **wertmindernde Maßnahmen** der öffentlichen Hand **vor dem Verkauf zur Vorbereitung planerischer Vorhaben**, welche ein privater Veräußerer nicht getätigt hätte, was sich nicht aus der Bekanntmachung, sondern aus einer Kommissionsentscheidung ergibt.<sup>116</sup> Dabei beschäftigte sich die EK mit dem Abbruch eines Gebäudes, das im Zuge der geplanten Änderungen nutzlos erwies, weshalb der Wert der Liegenschaft sank. Sofern der Marktwert der umgenutzten Liegenschaft den Mindestverkaufswert bildet, handelt es sich um keine Beihilfe.<sup>117</sup>

### **Wertgutachten eines unabhängigen Sachverständigen:**

Da die Erläuterungen zur Ermittlung der Marktkonformität anhand eines Sachverständigengutachtens in der Bekanntmachung besonders spärlich sind,<sup>118</sup> scheint es unumgänglich die ehemalige Grundstücksmittelung als subsidiäre Auslegungshilfe dort heranzuziehen, wo die Bekanntmachung keine Aussagen trifft (siehe oben, Kapitel I.2.). So ist trotz des Inkrafttretens der Bekanntmachung – solange keine abweichende Entscheidungspraxis der EK bzw Rsp der Unionsgerichte besteht – weiterhin die Grundstücksmittelung maßgeblich für die Qualifikation und Unabhängigkeit des Sachverständigen, für die Toleranzmarge im Ausmaß von bis zu 5 % vom festgelegten Marktwert und der Gestehungskosten der öffentlichen Hand beim Immobilienerwerb.<sup>119</sup> So ist gemäß II.2.b) der Grundstücksmittelung eine Abweichung von bis zu 5% vom festgelegten Marktwert marktkonform, wenn sich der Verkauf vom festgelegten Marktwert nach vernünftigen Bemühungen als unmöglich erweist. Die Zulässigkeit dieser Ansicht wurde vom EuGH in seiner jüngeren Rsp ausdrücklich bestätigt.<sup>120</sup> Ein zumindest indirekter Marktwertindikator sind auch die Gestehungskosten der öffentlichen Hand beim Immobilienerwerb, sofern zwischen dem Erwerb und dem Verkauf des betreffenden Grundstücks kein beträchtlicher Zeitraum liegt.<sup>121</sup> Die Grundstücksmittelung untersagt diesbezüglich einen Verkauf unter den sog Gestehungskosten, wenn der Erwerb nicht länger als drei Jahre zurückliegt, außer ein unabhängiger Sachverständiger hat allgemein rückläufige Marktpreise am jeweiligen Immobilienmarkt festgestellt. Auch diese Regelung wurde vom EuGH im Jahr 2007 noch bestätigt.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (188).

<sup>117</sup> KomE, Fort Malakoff, AB1 1996 L 283/43, 47; siehe dazu *Koenig/Kühling*, Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht, NZBau 2001, 409 ff (413 f).

<sup>118</sup> Vgl Bekanntmachung, Rn 103 vs. Grundstücksmittelung, II. 2.

<sup>119</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (189 f).

<sup>120</sup> EuGH, Rs C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, Rn 39 ff; Rs C-39/24, BVVG, Rn 31 ff.

<sup>121</sup> Eder, BRZ 2016, 179 (190).

<sup>122</sup> EuGH, Rs C-290/07 P, Kommission/Scott SA, Rn 71 ff.

Generell ist jedoch festzustellen, dass die Bekanntmachung in einigen Punkten strenger ist als die Grundstücksmitteilung<sup>123</sup>, wodurch sie die Grundstücksmitteilung diesbezüglich vollständig verdrängt. Demensprechend bleibt abzuwarten, ob die Bestimmungen der Grundstücksmitteilung zum Sachverständigengutachten auch nach Inkrafttreten der Bekanntmachung weiterhin zur Anwendung gelangen.

### 4.3. Unternehmen

In diesem Kapitel wird die Frage behandelt, welche Eigenschaften ein Käufer einer von der öffentlichen Hand veräußerten Liegenschaft haben muss, um überhaupt potentiell als Beihilfeempfänger in Frage zu kommen. Vorweg sei allerdings erwähnt, dass im gegenständlichen Fall der Liegenschaftsveräußerung durch die öffentliche Hand die Qualifikation einer mitgliedstaatlichen Maßnahme als staatliche Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV an diesem Kriterium nur selten scheitert wird (siehe unten, Kapitel I.4.3.3.).

So setzt Art 107 Abs 1 AEUV voraus, dass staatliche oder staatlich gewährte Mittel einem Unternehmen oder einem Produktionszweig gewährt werden müssen, damit diese als unzulässige staatliche Beihilfe gelten. Der Begriff „Produktionszweig“ hat dabei keine – vom Unternehmensbegriff losgelöste – eigenständige Bedeutung, da Beihilfen an ganze Produktionszweige stets auch Beihilfen an einzelne Unternehmen sind. Zudem ist der Begriff nicht auf Güterherstellung beschränkt, sondern umfasst auch Dienstleistungs- und Handelsunternehmen sowie freie Berufe.

Der Unternehmensbegriff des Art 107 Abs 1 AEUV ist **funktional**<sup>124</sup> zu verstehen und wird von der Rsp<sup>125</sup> wie folgt zusammengefasst: „Zum einen umfasst der Begriff des Unternehmens im gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, und zum anderen ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten, eine wirtschaftliche Tätigkeit. Daraus folgt, dass es für die Frage, ob eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter hat, weder darauf ankommt, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat, noch auf die Rentabilität der Tätigkeit.“

#### 4.3.1. Wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit

Die für den Unternehmensbegriff prägende EuGH-Rsp stammt aus dem europäischen Wettbewerbsrecht, die den Begriff des Unternehmens einheitlich für das europäische Kartell- und Beihilferecht verwendet.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> insbesondere bei Vorliegen eines einzigen Angebots (siehe oben, Kapitel I.4.2.2.) oder betreffend der Verkaufsbedingungen (siehe oben, Kapitel I.4.2.2. zum Kriterium der Bedingungsfreiheit).

<sup>124</sup> *Bungenberg* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Teil 1 Rn 28.

<sup>125</sup> EuGH, Rs C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen, Flughafen Leipzig-Halle/Kommission* Leitsatz 2.

<sup>126</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 131.

Die Definition des Unternehmensbegriffs gilt daher einheitlich im gesamten Wettbewerbsrecht<sup>127</sup> und ist somit auch für den Unternehmensbegriff des Art 107 Abs 1 AEUV maßgeblich, weshalb Auslegungshilfen nicht nur aus der Bekanntmachung, sondern auch aus den übrigen Wettbewerbsvorschriften entnommen werden können.<sup>128</sup> Demnach sind weder eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht noch ein fehlender Erwerbszweck der Einheit relevant für die Qualifikation als Unternehmen.<sup>129</sup> Diese bilden lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit.<sup>130</sup> Auch das – aus der zuvor zitierten Rsp des EuGH erkennbare – Prinzip der **Rechtsformunerheblichkeit** ist in der Bekanntmachung festgehalten, wonach nur die wirtschaftliche Tätigkeit, nicht aber der Status der Einheit nach nationalem Recht, maßgeblich ist.<sup>131</sup> Dementsprechend ist es für die Qualifikation als Unternehmen iSd Art 107 Abs 1 AEUV unerheblich, dass die Einheit keine Rechtspersönlichkeit nach nationalem Recht besitzt. So können sämtliche wirtschaftlich agierenden, natürlichen und juristischen Personen Unternehmenseigenschaft besitzen.<sup>132</sup> Mehrere rechtlich getrennte Einheiten sind zum Zweck der Anwendung des Beihilferechts als wirtschaftliche Einheit (verbundenes Unternehmen) zu verstehen, sofern Kontrollbeteiligungen<sup>133</sup> oder andere funktionelle, wirtschaftliche und institutionelle Verbindungen<sup>134</sup> vorliegen, wodurch direkte oder indirekte Einflussnahme erfolgt.<sup>135</sup> In der Folge ist für die Beurteilung, ob ein Unternehmen iSd Art 107 Abs 1 AEUV vorliegt, auf die Tätigkeit der gesamten Einheit abzustellen.

#### 4.3.2. Wirtschaftliche Tätigkeit

Unter dem zentralen Merkmal des Unternehmensbegriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit versteht die Bekanntmachung mit Verweis auf die stRsp „jede Tätigkeit, die im Anbieten von Waren und Dienstleistungen auf einem Markt besteht. Für das geforderte Anbieten von Waren und Dienstleistungen muss es also einen Markt geben, der durch die Beihilfen beeinträchtigt werden kann.“<sup>136</sup> Ist eine Einheit sowohl wirtschaftlich als auch nicht wirtschaftlich tätig, ist sie nur hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen

---

<sup>127</sup> Ua *Arhold* in Säcker/Montag, European State Aid Law (2016), Rn II 340; *Bungenberg* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Teil 1 Rn 25; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht<sup>2</sup> (2016), Teil A Rn 24.

<sup>128</sup> *Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (381).

<sup>129</sup> Bekanntmachung, Rn 9.

<sup>130</sup> EuGH, Verb Rs 209/78, Van Landewyck, Rn 88; Rs C-244/94, FFSA, Rn 21.

<sup>131</sup> Bekanntmachung, Rn 8.

<sup>132</sup> *Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (382); *Schröter* in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (2014), Teil 2 Rn 45.

<sup>133</sup> EuGH, Rs C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze; verb Rs C- C-436/08 und C-437/08, *Haribo*, Rn 36; *Kofler*, Kapitalverkehrsfreiheit, Kontrollbeteiligungen und Drittstaaten, taxlex 2008, 326 (326). Eine solche ist grds anzunehmen ab einer Mehrheitsbeteiligung von 25% (keinesfalls unter 10%).

<sup>134</sup> Bekanntmachung, Rn 11.

<sup>135</sup> Bekanntmachung, Rn 12; *Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (383).

<sup>136</sup> *Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (384) mit Verweis auf *Koenig/Paul* in Streinz, EUV/AEUV, Art 107 AEUV Rn 69.



Tätigkeit als Unternehmen gemäß Art 107 Abs 1 AEUV zu sehen.<sup>137</sup> Folglich ist jede Tätigkeit einzeln zu prüfen, wodurch eine Einheit, je nachdem welche Tätigkeit beleuchtet wird, als Unternehmen gilt oder nicht.<sup>138</sup> Ob völlig untergeordnete bzw untrennbar mit der Haupttätigkeit verbundene Tätigkeiten der Einordnung der Haupttätigkeit als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit folgen (Schwerpunkttheorie), wurde auch durch die Bekanntmachung nicht geklärt und bleibt daher weiter strittig.<sup>139</sup> Umfasst sind grundsätzlich auch Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)<sup>140</sup> erbringen, sofern sie eine wirtschaftliche Tätigkeit entfalten. Erbringt eine staatliche Behörde intern Dienstleistungen („In House“-Erbringungen), so blieb die EK in der Bekanntmachung ihrer bisherigen Linie treu, wonach das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht ausgeschlossen ist, sofern der Staat eine Dienstleistung selbst erbringt, anstatt sie auf dem Markt zu beschaffen.<sup>141</sup>

#### 4.3.3. Sonderfälle

- **Hoheitliche Tätigkeiten**

Wie bereits erwähnt, findet das Beihilfeverbot gemäß Art 107 Abs 1 AEUV auf Tätigkeiten, bei denen der Staat als öffentliche Hand oder als Träger öffentlicher Gewalt handelt, keine Anwendung (siehe oben, Kapitel I.4.2.1.). Darunter sind Aufgaben zu verstehen, die wesentlicher Bestandteil der Aufgaben des Staates oder mit deren Zielen verbunden sind.<sup>142</sup> Durch den Grundsatz der Rechtsformunerheblichkeit ist es irrelevant, ob der Staat oder eine Einrichtung, auf die hoheitliche Befugnisse übertragen wurden, die Aufgabe erfüllt.<sup>143</sup> Konsistent wurde die Entscheidungspraxis weitergeführt, nach der die Unternehmenseigenschaft verneint wird, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit untrennbar mit der

---

<sup>137</sup> Bekanntmachung, Rn 10.

<sup>138</sup> *Huber*, Mitteilung Beihilfebegriff II: Der Unternehmensbegriff, In *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (385): “ In der bekannten Streitfrage, ob einem **staatlichen Monopol** vorbehaltene und somit dem Wettbewerb nicht geöffnete Tätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sind, haben die europäischen Gerichte jedoch erst zuletzt bestätigt, dass ein angebliches Monopol das Vorliegen eines Markts nicht von vornherein ausschließt [FN: EuGH, Rs T-309/12, Zweckverband Tierkörperbeseitigung, Rn 255 f.]. Dies ist folgerichtig, da ansonsten die Zuweisung von Tätigkeiten zum öffentlichen Sektor in einem Mitgliedstaat willkürlich erfolgen könnte [FN: *Arhold* in *Säcker/Montag*, *European State Aid Law* (2016), Rn II 344.]. Bereits der potenzielle Wettbewerb lässt somit eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen [FN: *Bartosch*, *EU-Beihilfenrecht*<sup>2</sup> (2016), Teil A Rn 26; *Soltész*, *Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahre 2014*, *EuZW* 2015, 127 zu Rs T-309/12.]. Nur wenn letztlich auch ein "theoretischer" Markt ausgeschlossen ist, kann eine (potenzielle) Wettbewerbsverfälschung verneint werden [FN: *Bungenberg* in *Birstiel/Bungenberg/Heinrich*, *Europäisches Beihilfenrecht* (2013), Teil 1 Rn 36.].“

<sup>139</sup> Laut *Bartosch*, *EU-Beihilfenrecht*<sup>2</sup> (2016), Teil A Rn 24, nicht aus der Rsp ableitbar; bejahend *Bungenberg* in *Birstiel/Bungenberg/Heinrich*, *Europäisches Beihilfenrecht*, Teil 1 Rn 35. Ebenso bejahend die EK in der Bekanntmachung Rn 18, 20, 25.

<sup>140</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, *ABl* 2012 C 8/2.

<sup>141</sup> Bekanntmachung, Rn 14; *Huber*, Mitteilung Beihilfebegriff II: Der Unternehmensbegriff, in *Jaeger/Haslinger*, In *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (385).

<sup>142</sup> Bekanntmachung, Rn 17.

<sup>143</sup> EuGH, Rs 118/85, *Kommission/Italien (AAMS)*, Rn 8.

Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden ist.<sup>144</sup> Insofern wird die umstrittene Schwerpunkttheorie bejaht,<sup>145</sup> wodurch sämtliche hoheitlichen und damit verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten einer Einheit vom Unternehmensbegriff ausgenommen werden.<sup>146</sup>

Beispielhaft zählt die Bekanntmachung hoheitliche und daher nichtwirtschaftliche Tätigkeit iSd Unternehmensbegriffs auf: Armee- und Polizeitätigkeiten, Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle, Seeverkehrskontrolle und -sicherheit, Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung, Strafvollzug („Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen“), **Erschließung und Revitalisierung öffentlicher Gebäude**<sup>147</sup> sowie Erhebung von Unternehmensdaten für öffentliche Zwecke auf der Grundlage einer Meldepflicht der Unternehmen.<sup>148</sup> Betätigt sich der Käufer einer Liegenschaft der öffentlichen Hand in diesen Bereich, handelt es sich grundsätzlich um keine wirtschaftliche Tätigkeit, um kein Unternehmen und somit keinen tatbestandsmäßigen Beihilfeempfänger iSd Art 107 Abs 1 AUEV. Veräußerungen der öffentlichen Hand an derartige Käufer, welche die erworbene Liegenschaft für die genannten Zwecke erwerben, unterlägen daher nicht dem Beihilfeverbot.

- **Soziale Sicherheit**

Neben den zuvor aufgezählten hoheitlichen Tätigkeiten besteht eine weitere wichtige Ausnahme des Unternehmensbegriffs im Bereich der sozialen Sicherheit – diesbzgl führte die EK ihre bisherige Entscheidungspraxis und die der Unionsgerichte unverändert fort.<sup>149</sup> In der Bekanntmachung werden nur bestimmte Kriterien genannt, die **Sozialversicherungsträger** in der Regel vom Beihilferecht ausnehmen. Ausgenommen vom Unternehmensbegriff sind Sozialversicherungsträger mit Zwangsmitgliedschaft,

---

<sup>144</sup> Huber, in Jaeger/Haslinger, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (387) FN 100 mit Verweis auf Weiß in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV<sup>5</sup>, Art 107 AEUV, Rn 29.

<sup>145</sup> Bekanntmachung, Rn 10.

<sup>146</sup> Bekanntmachung, Rn 18.

<sup>147</sup> Im Zusammenhang mit der Revitalisierung samt Dekontaminierung von Grundstücken im öffentlichen Eigentum durch örtliche Behörden stellt die Kommission fest, dass die **Erschließung bzw Baureifmachung von Grundstücken sowie der Anschluss an die Versorgungsnetze** Wasser, Gas, Abwasser und Strom – und die Verkehrsnetzte Schiene und Straße **keine wirtschaftliche Tätigkeit** ist, sondern Teil des öffentlichen Auftrags des Staates, der in der Bereitstellung und Kontrolle von Grundstücken im Einklang mit den örtlichen Plänen der Stadt- und Raumentwicklung besteht (Beschluss der Kommission vom 27. März 2014 über die staatliche Beihilfe SA.36346, GRW-Regelung zur Erschließung von Grundstücken für die industrielle und gewerbliche Nutzung [ABl 2014 C 141, 1]).

<sup>148</sup> Näher Huber in Jaeger/Haslinger, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (387 f): Nicht aufgelistet wurden Tätigkeiten in den Bereichen staatliche Preisbindung (*Schröter* in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (2014), Teil 2 Rn 85), Pflege auswärtiger Beziehungen und die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit (Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4, Rn 28), Luftsicherheit (*Wiemer* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Teil 1 Rn 702), Bergbau (*Wiemer* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Teil 1 Rn 702), in Privatrechtsform geführte Gefängnisse (*Dohms* in Wiedemann, Kartellrecht<sup>3</sup> (2016), Art 106 AEUV Rn 22), die alle samt ebenso vom Unternehmensbegriff ausgenommen sind. Hingegen werden die Arbeitsvermittlung, der öffentliche Rundfunk und der Leichentransport als wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert (*Schröter* in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (2014), Teil 2 Rn 86).

<sup>149</sup> Huber, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (388).

fehlende Gewinnerzielungsabsicht, staatliche Aufsicht über das Sozialsystem und das Gewähren von Leistungen unabhängig von Beiträgen oder dem Einkommen des Versicherten.<sup>150</sup> Ist die Mitgliedschaft nicht obligatorisch, besteht Gewinnerzielungsabsicht und ist der Leistungsumfang abhängig von der Beitragshöhe, so ist grundsätzlich von einer wirtschaftlichen Tätigkeit und somit von einem Unternehmen auszugehen,<sup>151</sup> was insbesondere auf private Kranken- und Lebensversicherungen zutrifft.<sup>152</sup> Enthält ein System der sozialen Sicherheit Elemente wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit, so ist anhand der Bedeutung der einzelnen Elemente abzuwägen.<sup>153</sup> Generell sei hier jedoch angemerkt, dass eine Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Tätigkeit äußerst diffiziler Analyse bedarf, da im Grunde keines der aufgezählten Merkmale für sich und auch bei Überwiegen bestimmter Merkmale eine verlässliche Zuordnung ermöglichen.<sup>154</sup>

- **Gesundheitsdienstleistungen**

Bezüglich Gesundheitsdienstleistungen bringt die Bekanntmachung im Vergleich zur bisherigen Rechtsgrundlage – der DAWI-Mitteilung<sup>155</sup> – keinerlei Neuerungen<sup>156</sup>, weshalb sich die Ausführungen hierzu auf das zum Verständnis Notwendigste beschränken<sup>157</sup>. Der Unternehmensbegriff hinsichtlich Gesundheitsdienstleistungen ist dann zu bejahen, wenn eine in einem gewissen Wettbewerb zu anderen Gesundheitsdienstleistern erbrachte Leistung entgeltlich angeboten und diese anstatt von Sozialversicherungsbeiträgen bzw. staatlichen Mitteln direkt von Patienten oder von deren Versicherungen bezahlt wird.<sup>158</sup> Werden Gesundheitsdienstleistungen jedoch flächendeckend und unentgeltlich von den jeweiligen Dienstleistern erbracht, die als wesentlicher Bestandteil des nationalen Gesundheitssystems sind, ist von einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen.<sup>159</sup> Anders als Krankenhäuser, die direkt über Sozialversicherungsbeiträge und staatlichen Mitteln finanziert werden, verfolgen niedergelassene Ärzte, sonstige private Mediziner, Apotheken und Sanitätsorganisationen<sup>160</sup> bei der Erbringung von Notfall- und Krankentransporte wirtschaftlicher Tätigkeiten.<sup>161</sup>

---

<sup>150</sup> Bekanntmachung, Rn 20 lit a bis f.

<sup>151</sup> Bekanntmachung, Rn 21 lit a bis d.

<sup>152</sup> *Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (388) FN 126 mit Verweis auf *Schröter* in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (2014), Teil 2 Rn 79.

<sup>153</sup> Bekanntmachung, Rn 22; EuGH, Rs C-350/07, *Kattner*; Rs C-437/09, *AG2R Prévoyance*, Rn 46 ff.

<sup>154</sup> näher *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (389 f).

<sup>155</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, AB I 2012 C 8/2.

<sup>156</sup> Vgl DAWI-Mitteilung, Rn 21-25 und Bekanntmachung, Rn 23-27.

<sup>157</sup> weiterführend *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (391 ff).

<sup>158</sup> Bekanntmachung, Rn 26 iVm EuGH, Rs C-157/99, *Smits/Peerbooms*, Rn 53 f.

<sup>159</sup> Bekanntmachung, Rn 24 iVm EuG, Rs T-319/99, *FENIN*, Rn 39 und EuGH, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Rn 25-28; allgemein *Arhold* in *Säcker/Montag*, *European State Aid Law* (2016), Rn II 350.

<sup>160</sup> EuGH, Rs C-495/99, *Ambulanz Glöckner*.

<sup>161</sup> Bekanntmachung, Rn 24 und 27.

- **Bildungswesen und Forschungstätigkeiten**

Grundsätzlich ist die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche **Bildung**, die vom Staat finanziert und beaufsichtigt wird,<sup>162</sup> als nichtwirtschaftliche Tätigkeit anzusehen. Der EuGH<sup>163</sup> hielt hierzu fest, dass der Staat „durch die Einrichtung und Erhaltung eines solchen staatlichen Bildungssystems, das in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellen und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfülle“.<sup>164</sup> Maßgeblich ist, dass der Finanzierungsanteil durch Eltern – anders als bei kommerziellen Bildungseinrichtungen – nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten ausmacht und daher vorrangig aus staatlichen Mitteln finanziert wird.<sup>165</sup> Besteht hingegen eine Korrelation zwischen den tatsächlichen Kosten des Bildungsangebots und dessen Finanzierung durch Schüler bzw Eltern, so liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor.<sup>166</sup> Kritisch ist hier anzumerken, dass dieses Kriterium ausschließlich die Finanzierung der Tätigkeit betrachtet, nicht die Tätigkeit selber und dies im Widerspruch zum funktionalen Unternehmensbegriff steht.<sup>167</sup> Öffentliche Bildungseinrichtungen, die in diesem Sinne keine Unternehmen mangels wirtschaftlicher Tätigkeit darstellen, sind laut der Bekanntmachung private und öffentliche Grundschulen, Kindergärten<sup>168</sup>, Hochschulen und Berufsausbildungszentren.<sup>169</sup> Diese Ausführungen zum Bildungswesen gelten sinngemäß auch für **Forschungstätigkeiten**.<sup>170</sup> Auffallend ist der Verweis der Bekanntmachung auf den Unionsrahmen für Forschung und Entwicklung<sup>171</sup>, welcher ebenso Ausführungen zum Unternehmensbegriff beinhaltet, obwohl dieser ausschließlich eine Ermessensausnahme des Art 107 Abs 3 AUEV samt Förderkriterien und Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt darstellen soll.<sup>172</sup> Dessen Ausführungen sind detaillierter als die in der Bekanntmachung und enthalten bedeutsame Hinweise auf die Entscheidungspraxis der EK und der Unionsgerichte. Es empfiehlt sich daher keine isolierte Betrachtung der Bekanntmachung, sondern parallel einen Blick in den Unionsrahmen für Forschung und Entwicklung.

---

<sup>162</sup> Bekanntmachung, Rn 28; vgl EuGH, Rs C-263/86, Humbel, Rn 18, bestätigt in Rs C-318/05, Kommission/Deutschland, Rn 68 und Rs C-109/92, Wirth Rn 15.

<sup>163</sup> EuGH, Rs C-318/05, Kommission/Deutschland, Rn 68.

<sup>164</sup> Bekanntmachung, Rn 28.

<sup>165</sup> Bekanntmachung, Rn 29.

<sup>166</sup> *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (395); *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht<sup>2</sup> (2016), Teil A Rn 28.

<sup>167</sup> So auch *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (396) und *Kahl/Müller*, Die aktuelle DAWI-Debatte - Vertiefung ausgewählter Themen, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 458 (464).

<sup>168</sup> Kritisch *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (396 f) mwN.

<sup>169</sup> Für einschlägige Rsp siehe Bekanntmachung, Rn 29, FN 44-48.

<sup>170</sup> Bekanntmachung, Rn 31.

<sup>171</sup> Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABI 2014 C 198/1.

<sup>172</sup> *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (397).

- **Kultur und Naturschutz**

Neuheitswert hat schließlich der Abschnitt „Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes einschließlich Naturschutz“ der Bekanntmachung.<sup>173</sup> Bereits beim Titel stellt sich die Frage, worin der Unterschied zwischen „Kultur“ und der „Erhaltung des kulturellen Erbes“ liegt, welche aber mit Hinweis auf die identen Rechtsfolgen der Bekanntmachung bzw des Art 107 Abs 1 AEUV nur von theoretischer Natur ist.<sup>174</sup> Da der Kultursektor ausdrücklich in Art 107 Abs 3 lit d AEUV erwähnt wird, wonach diesbezügliche Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar sein können, wenn sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht zuwiderlaufen, unterliegen Beihilfen in diesem Bereich der Beihilfenkontrolle nach Art 107 Abs 1 AEUV.<sup>175</sup> Die Bekanntmachung unterscheidet jedoch zwischen kommerziellen und nichtkommerziellen Kulturangeboten.<sup>176</sup> Entscheidend ist, dass **nichtkommerzielle, also nichtwirtschaftliche Kunstangebote durch öffentliche Finanzierung kostenlos bzw zu einem Bruchteil der tatsächlichen Kosten zugänglich** gemacht werden.<sup>177</sup> Wie auch zuvor im Bildungsbereich ist das Abstellen auf die Finanzierung bei der Beurteilung, ob es sich um eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit handelt, kritisch zu betrachten, da dies im Widerspruch zum funktionellen Unternehmensbegriff steht, der ausschließlich auf die Art nicht auf die Finanzierung der jeweiligen Tätigkeit abstellt. Ein Blick auf die Entscheidungspraxis der EK zeigt aber, dass auch das Abgrenzungskriterium der Finanzierung keine endgültige Rechtssicherheit bietet.<sup>178</sup> Am ehestens dürfte von einer **wirtschaftlichen** Tätigkeit auszugehen sein, wenn ein **Erwerbszweck** und keine gemeinnützige Absicht damit verbunden ist,<sup>179</sup> was wohl Komponisten, Maler oder Filmproduzenten,<sup>180</sup> große Museen, Opernhäuser, überregional bekannte Orchester, typische „Touristenmagnete“ und kulturelle Großereignisse wie Festivals oder Konzerte<sup>181</sup> zutrifft.<sup>182</sup> Bei gleichzeitiger Ausführung von kommerziellen (wirtschaftlichen) und nichtkommerziellen (nichtwirtschaftlichen) Kulturaktivitäten ist die Einheit wiederum nur hinsichtlich ihres kommerziellen Kulturangebots als Unternehmen zu betrachten. Nach Ansicht der EK<sup>183</sup> schaden im Rahmen einer solchen gemischten Nutzung der

---

<sup>173</sup> *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (399).

<sup>174</sup> *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (400); *Schröder* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Teil 1 Rn 2084 mwN.

<sup>175</sup> *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (400 f).

<sup>176</sup> Bekanntmachung, Rn 34 und 35.

<sup>177</sup> Bekanntmachung, Rn 34.

<sup>178</sup> Entscheidungen der Kommission N 494/98, Salzbergwerk Hallstadt und N 464/09, Performing Arts Hungary, in Albin/Stöbener, BRZ 2010, 204.

<sup>179</sup> *Schröder* in Schröder/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (2014), Teil 2 Rn 75 mwN; *Schröder* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Teil 1 Rn 2086 f mwN; *Arhold* in Säcker/Montag, European State Aid Law (2016), Rn II 355 mwN.

<sup>180</sup> *Schröder* in Schröder/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (2014), Teil 2 Rn 75 mwN.

<sup>181</sup> *Kliemann* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup> (2015), Art 107 AEUV Rn 33; *Albin/Stöbener*, BRZ 2010, 204.

<sup>182</sup> *Huber*, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (402 f).

<sup>183</sup> Bekanntmachung, Rn 37 FN 50 mit Verweis auf FN 207.

Kulturinfrastruktur völlig untergeordnete und übliche Zusatzleistungen<sup>184</sup> nicht der Ausnahme vom Beihilfetatbestand nach Art 107 Abs 1 AEUV.

Die Ausführungen zum Kulturwesen sind sinngemäß auf den **Naturschutz** zu übertragen.<sup>185</sup> Im Vergleich zu den Ausführungen zum Kultursektor fehlt es an einer Aufzählung von Tätigkeiten oder im Naturschutz tätigen Akteuren als mögliche Empfänger von staatlichen Zuwendungen.<sup>186</sup> Anerkannt ist der gemeinnützige, **nichtwirtschaftliche** Charakter der **Hauptaufgaben** von Naturschutzorganisationen,<sup>187</sup> auch wenn gewisse Nebenaktivitäten von Naturschutzorganisationen im Rahmen unentgeltlicher Übertragung von staatlichen Grundbesitz als wirtschaftliche Tätigkeiten anerkannt wurden.<sup>188</sup> Nebentätigkeiten wie der Verkauf von Holz, Jagd- und Fischereipacht, Tourismus, geringfügige Beratungsdienstleistungen sind als wirtschaftliche Tätigkeiten zu qualifizieren<sup>189</sup>, sofern sie keine völlig untergeordnete Rolle der eigentlichen Haupttätigkeit darstellen, sondern für diese vielmehr nicht erforderlich sind und ein vom Naturschutzziel trennbares wirtschaftliches Interesse verfolgen.<sup>190</sup> Sind wirtschaftliche Nebentätigkeiten für die konkrete (nichtwirtschaftliche) Haupttätigkeit also **erforderlich**, sind alle Tätigkeiten der Einheit **nichtwirtschaftlicher** Natur.<sup>191</sup>

#### 4.4. Selektivität

Eine staatliche Zuwendung ist dann vom Beihilfenverbot des Art 107 Abs 1 AEUV erfasst, wenn sie nur ausgewählte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Werden Zuwendungen hingegen undifferenziert an sämtliche Wirtschaftstreibenden eines Landes gewährt (zB mittels Investitionsfreibetrags), ist dies eine wirtschaftspolitische Maßnahme, aber keine staatliche Beihilfe.<sup>192,193</sup>

---

<sup>184</sup> zB der Betrieb eines Restaurants, Geschäfts, einer kostenpflichtigen Garderobe oder von Parkplätzen.

<sup>185</sup> Huber, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (403).

<sup>186</sup> Huber, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 (403).

<sup>187</sup> Die bestehende beihilferechtliche Entscheidungspraxis (Beschluss der Kommission SA.27301 vom 2. 9. 2015 Niederlande TBOs, C(2015)5929 final, Rn 69 ff; Beschluss der Kommission SA.42871 vom 2. 2. 2016 BB-Natürliches Erbe, C(2016)487 final, Rn 74 ff.) ist jedoch aufgrund der Überschneidungen mit Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) gemäß Art 106 Abs 2 AEUV und der gemeinsamen Agrarpolitik gemäß Art 107 Abs 3 lit c AEUV etwas undurchsichtig.

<sup>188</sup> Entscheidung der Kommission zur staatlichen Beihilfe Nr. N 277/2003, Übertragung Naturschutzflächen, K(2006)1579 endg; Entscheidung der Kommission zur staatlichen Beihilfe Nr. NN 8/2009, Deutschland Naturschutzflächen, K(2009) 5080 endg.

<sup>189</sup> Entscheidung der Kommission zur staatlichen Beihilfe Nr. NN 8/2009, Deutschland Naturschutzflächen, K(2009) 5080 endg, Rn 41; <sup>189</sup> Entscheidung der Kommission zur staatlichen Beihilfe Nr. N 277/2003, Übertragung Naturschutzflächen, K(2006)1579 endg, Rn 33.

<sup>190</sup> Vgl Kommission, Deutschland Naturschutzflächen, Rn 41: Der Schutz von Knospen und Rinden zwingt zB nicht dazu, Jagdpachten öffentlich anzubieten.

<sup>191</sup> Entscheidung der Kommission zur staatlichen Beihilfe Nr. NN 8/2009, Deutschland Naturschutzflächen K(2009) 5080 endgültig, Rn 34 - 42 iVm EuG, Rs T-347/09, Deutschland/Kommission.

<sup>192</sup> EuGH, Rs C-66/02, Kommission/Italien, Rn 99.

<sup>193</sup> Bsp für Selektivität: EuGH, Rs C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Rn 55: Vergütung von Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie nur für Unternehmen deren Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Güter besteht, wodurch Dienstleistungsunternehmen ausgeschlossen werden; daher liegt hinreichende Spezifität der begünstigten, „körperlichen Güter“ produzierende Unternehmen vor.

Selektivität dient also der **Abgrenzung zu allgemeinen wirtschaftlichen Maßnahmen** von Mitgliedstaaten, von denen ohne Unterschied alle Unternehmen eines Mitgliedsstaates profitieren können. Das Kriterium der Selektivität gilt für Beihilferegulungen<sup>194</sup> und Einzelbeihilfen<sup>195</sup> gleichermaßen.<sup>196</sup> Bei **Einzelbeihilfen indiziert bereits die Auswahl des begünstigten Unternehmens deren Selektivität**,<sup>197</sup> während im Fall einer allgemeinen Beihilferegulung die Feststellung erforderlich ist, dass „die in Rede stehende Maßnahme dessen ungeachtet, dass sie einen allgemeinen Vorteil verschafft, diesen allein zugunsten bestimmter Unternehmen oder Branchen schafft.“<sup>198</sup> In der zu behandelnden Problemstellung „Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand“ an private Käufer handelt es sich wohl ausschließlich um **Einzelbeihilfen**, deren selektive Wirkung bereits durch die Auswahl des Käufers vermutet wird. Eine ausführliche Darstellung von Abgrenzungsproblemen bei der Beurteilung der Selektivität von Beihilferegulungen erübrigt sich daher.<sup>199</sup>

#### 4.5. Staatlichkeit

„Die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanzierte Gewährung eines Vorteils und die Zurechenbarkeit einer solchen Maßnahme an den Staat sind zwei getrennte Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, damit eine *staatliche* Beihilfe vorliegt.“<sup>200</sup> Im Grunde stecken daher hinter dem Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit einer Beihilfe zwei Voraussetzungen: Es müssen sowohl die Entscheidung, die Beihilfe zu gewähren, als auch die dafür aufgewendeten Mittel dem Staat zurechenbar sein, damit eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV vorliegen kann.<sup>201</sup> Folgt man dem Wortlaut des Art 107 Abs 1 AEUV, der von „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“ spricht, ist eine kumulative Verknüpfung der beiden Kriterien nicht zwingend herauszulesen.<sup>202</sup> Man könnte ebenso vermuten, dass neben staatshaushaltswirksame Begünstigungen iSd zweiten Variante auch sonstige staatlich gelenkte Begünstigungen iSd ersten Variante Beihilfen iSd Art 107 Abs 1 AEUV darstellen.

---

<sup>194</sup> Begriffsdefinition gemäß Art 1 lit d VVO: „eine Regelung, wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können, beziehungsweise eine Regelung, wonach einem oder mehreren Unternehmen nicht an ein bestimmtes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können.“

<sup>195</sup> Begriffsdefinition gemäß Art 1 lit e VVO: „Beihilfen, die nicht aufgrund einer Beihilferegulung gewährt werden (sog. ad-hoc-Beihilfen) und einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegulung“.

<sup>196</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 160.

<sup>197</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 160.

<sup>198</sup> EuGH, Rs C-270/15P, Belgien/Kommission, Rz 49.

<sup>199</sup> Aktuell und ausführlich zur Selektivität *Zellhofer/Solek*, Mitteilung Beihilfebegriff IV: Selektive Begünstigung im Lichte der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, In Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 445; Bekanntmachung, Rz 117-184.

<sup>200</sup> Bekanntmachung, Rn 38.

<sup>201</sup> Eder, Mitteilung Beihilfebegriff III: Staatlichkeit, Jahrbuchbeihilferecht 2017, 407 (409).

<sup>202</sup> Eder, Mitteilung Beihilfebegriff III: Staatlichkeit, Jahrbuchbeihilferecht 2017, 407 (409).

Diese Sichtweise hat der EuGH jedoch bereits in der *Rs Sloman Neptun* verneint und die Gewährung aus staatlichen Mitteln in beiden Alternativen zwingend vorgeschrieben.<sup>203</sup> Dadurch sollen nicht nur die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile vom Beihilfebegriff erfasst werden, sondern auch diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt wurden, um Umgehungen des Beihilfeverbots durch dezentralisierte bzw. privatisierte Stellen zu unterbinden.<sup>204</sup> Bezogen auf „Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand“ behandelt das Kriterium der Staatlichkeit einer mit dem Verkauf gewährten Beihilfe die Frage nach der Zurechenbarkeit an den Verkäufer, nämlich der öffentlichen Hand. Nur wenn die mit der veräußerten Liegenschaft gewährte Beihilfe (die zB in einem nicht marktkonformen, zu niedrigen Kaufpreis liegt) tatsächlich dem Staat sowohl hinsichtlich der Entscheidung, die Beihilfe zu gewähren, als auch hinsichtlich der dafür aufgewendeten Mittel zurechenbar ist, handelt es sich um eine *staatliche* Beihilfe. Wann eine Entscheidung zur Beihilfegewährung und deren Finanzierung dem Staat zurechenbar sind und was unter „dem Staat“ (bzw. der „öffentlichen Hand“ im gegenständlichen Fall) zu verstehen ist, soll nun geklärt werden.

#### 4.5.1. Zurechenbarkeit der Entscheidung der Vorteilsgewährung

Da sich das Beihilfeverbot nur an EU-Mitgliedstaaten richtet, sind nur Maßnahmen, die diesen zurechenbar sind, tatbestandmäßig.<sup>205</sup> Der Beihilfebegriff ist jedoch nicht auf die Gewährung wirtschaftlicher Begünstigungen aus dem Budget der Zentralregierung beschränkt. Zurechenbar sind den Mitgliedstaaten alle „Maßnahmen, die von (dezentralisierten, föderalen, regionalen oder sonstigen) Einrichtungen der Mitgliedstaaten unterhalb der zentralstaatlichen Ebene erlassen werden, unabhängig vom Status und der Bezeichnung dieser Einrichtung, ebenso wie Maßnahmen des Bundes oder des Zentralstaats im Geltungsbereich von Art 107 Abs 1 AEUV, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind.“<sup>206</sup> Es handelt sich daher um einen **weiten Staatsbegriff**, der ebenso Gebietskörperschaften, Selbstverwaltungskörper und Einrichtungen, die von Gebietskörperschaften oder Selbstverwaltungskörpern beherrscht werden, mitumfasst.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> EuGH, verb Rs C-72/91 und C-73/91, *Sloman Neptun*, Rn 19 mit Verweis auf EuGH, Rs 82/77, *Van Tiggele*, Rn 23-25.

<sup>204</sup> *Pache/Pieper* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, *Europäisches Beihilfenrecht* (2013), Kapitel 1, Rn 52; *Nettesheim*, *EU-Beihilferecht und nichtfiskalische Finanzierungsmechanismen*, NJW 2014, 1847 (1848 FN 2).

<sup>205</sup> *Eder*, *Mitteilung Beihilfebegriff III: Staatlichkeit*, *Jahrbuchbeihilferecht* 2017, 407 (410).

<sup>206</sup> EuG, verb Rs R-267/08 und R279/08, *Region Nord-Pas-de-Calais/Kommission*, Rz 108.

<sup>207</sup> Für Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand nicht von Bedeutung, aber der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Zuwendungen privater Unternehmen, die nicht staatlich veranlasst wurden und auch nicht durch einen behördlichen Auftrag gewährt wurden oder auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhen nicht, jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs liegen (*Eder*, *Mitteilung Beihilfebegriff III: Staatlichkeit*, *Jahrbuchbeihilferecht* 2017, 407 [411]).



**Gebietskörperschaften** sind Rechtspersonen öffentlichen Rechts, die staatliche Hoheitsgewalt auf dem ihr unterstehenden Territorium des Staatsgebiets ausüben, worunter in Österreich der Bund, die Bundesländer und die Gemeinden verstanden werden.<sup>208</sup>

**Selbstverwaltungskörper** sind rechtsfähige Verwaltungseinrichtungen, die staatliche Verwaltung zwar auf der Grundlage der Gesetze, aber weisungsfrei gegenüber den obersten Organen der Verwaltung besorgen. Die Gemeinden sind territoriale Selbstverwaltungskörper.<sup>209</sup>

Einrichtungen, die von Gebietskörperschaften oder Selbstverwaltungskörpern beherrscht werden, sind insbesondere **öffentliche Unternehmen** iSd Transparenz-Richtlinie 2006/111/EG<sup>210</sup>. Gemäß Art 2 Abs 1 lit b Transparenz-Richtlinie sind öffentliche Unternehmen „Unternehmen, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“ Bei Maßnahmen öffentlicher Unternehmen scheint es naheliegend, dass die öffentliche Hand an der Gewährung beteiligt war, zumal diese Unternehmen nach der Transparenz-Richtlinie definitionsgemäß einem beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand unterliegen.<sup>211</sup> Dies ist Ausdruck eines organisatorischen Ansatzes der Definition eines öffentlichen Unternehmens, der auf einen beherrschenden Einfluss des „Staates“ durch dessen qualifizierte Beteiligung abstellt und nicht darauf, ob das Unternehmen Erwerbswirtschaft (mit Gewinnerzielungsabsicht) oder typische Daseinsvorsorge betreibt.<sup>212</sup> Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genügt jedoch nicht. Dem *Stardust*-Urteil<sup>213</sup> des EuGH zufolge ist in keinster Weise davon auszugehen, „dass der Staat seinen Einfluss in Hinblick auf die jeweilige Zuwendung tatsächlich ausgeübt hat, da auch ein öffentliches Unternehmen je nach dem Maß an Selbständigkeit, das ihm der Staat belässt, mehr oder weniger unabhängig handeln und autonome, vom Staat nicht beeinflusste Entscheidungen über das Gewähren von Zuwendungen an andere Unternehmen treffen.“<sup>214</sup> Folglich bedarf das Kriterium der Zurechenbarkeit der staatlichen Maßnahme öffentlicher Unternehmen an den Staat einer einzelfallbezogenen Prüfung, „ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahme beteiligt waren, wobei jedoch nicht nachgewiesen werden muss, dass die Behörden das öffentliche Unternehmen konkret veranlasst haben, die jeweilige Zuwendung zu gewähren“<sup>215</sup>. Die

---

<sup>208</sup> *Binder/Trauner*, Öffentliches Recht – Grundlagen (2007) 101, 165.

<sup>209</sup> *Binder/Trauner*, Öffentliches Recht – Grundlagen (2007) 166.

<sup>210</sup> Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. 11. 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl 2006 L 318/17.

<sup>211</sup> *Eder*, Mitteilung Beihilfegriff III: Staatlichkeit, Jahrbuchbeihilferecht 2017, 407 (411).

<sup>212</sup> Ausführlich *Schroeder*, Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004).

<sup>213</sup> EuGH, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission.

<sup>214</sup> *Eder*, Mitteilung Beihilfegriff III: Staatlichkeit, Jahrbuchbeihilferecht 2017, 407 (411) FN 20 mit Verweis auf EuGH, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission (*Stardust*), Rn 52.

<sup>215</sup> Bekanntmachung, Rn 40 f mit Verweis auf EuGH, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission (*Stardust*), Rn 52.

Zurechenbarkeit einer Beihilfenmaßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat ist anhand folgender beispielhaft aufgelisteter Indizien in der Bekanntmachung zu prüfen:<sup>216</sup>

- die fragliche Einrichtung konnte die beanstandete Entscheidung nicht treffen, ohne den Anforderungen der öffentlichen Stellen Rechnung zu tragen;
- es liegen Faktoren organisationsrechtlicher Art vor, die das öffentliche Unternehmen mit dem Staat verbinden;
- das Unternehmen, über das die Beihilfen gewährt wurde, hatte Richtlinien staatlicher Stellen zu beachten;
- die Eingliederung des öffentlichen Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung;
- die Art der Tätigkeit des öffentlichen Unternehmens und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen im Wettbewerb mit privaten Wirtschaftsteilnehmern;
- die Rechtsform des Unternehmens (ob es dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt), wengleich die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen in Form einer allgemeinrechtlichen Kapitalgesellschaft gegründet worden ist, nicht als ausreichende Grundlage dafür angesehen werden kann, in Anbetracht der Selbständigkeit, die diese Rechtsform dem Unternehmen verleiht, die Zurechenbarkeit auszuschließen;
- die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung;
- jeder andere Indikator, der auf eine Beteiligung der öffentlichen Hand oder auf die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Beteiligung an der Ergreifung einer Maßnahme hinweist, wobei auch der Umfang der Maßnahme sowie ihr Inhalt und ihre Bedingungen zu berücksichtigen sind.

Generell ist nach ständiger Rsp nicht danach zu unterscheiden, ob die Beihilfe unmittelbar vom Staat oder von öffentlichen oder privaten Einrichtungen gewährt wird. Die Vorschriften über staatliche Beihilfen dürfen nicht allein dadurch umgangen werden, dass unabhängige Einrichtungen geschaffen werden, denen die Gewährung der Beihilfen übertragen wird.<sup>217</sup>

Die öffentliche Hand als Verkäuferin einer Liegenschaft im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung kann daher in vielfältigen Formen in Erscheinung treten. Je nachdem in wessen Eigentum die jeweilige Liegenschaft steht, kann Verkäufer und damit die über die Gewährung einer Beihilfe entscheidende Stelle der Bund, ein Bundesland, eine Gemeinde oder ein öffentliches Unternehmen sein. Davon zu unterscheiden, ist die Frage, von wem die Mittel zur Gewährung einer Beihilfe (wie den zu günstigen und somit nicht marktkonformen Verkauf einer Liegenschaft) kommen (siehe gleich, unter Kap. 4.5.2).

---

<sup>216</sup> EuGH, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission (Stardust), Rn 55 f; zu den Indizien für die Zurechenbarkeit Bekanntmachung Rn 43

<sup>217</sup> EuGH 16.5.2002, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission (Stardust), Rn 23.

#### 4.5.2. Gewährung aus staatlichen Mitteln

Damit es sich um eine verbotene Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV handelt, muss die Maßnahme eines Mitgliedsstaates (oder einer seiner Gebietskörperschaften, Selbstverwaltungskörper oder öffentlichen Unternehmen iSd Transparenz-Richtlinie, siehe oben) nicht nur einen ihm zurechenbaren Eingriff in das Wirtschaftsgeschehen iSe Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung darstellen und bestimmte Unternehmen selektiv begünstigen, sondern diese Maßnahme muss zudem aus staatlichen Mitteln finanziert werden und dadurch den **Staatshaushalt belasten**. Die Belastung des Staatshaushalts und die jeweilige Begünstigung bilden die zwei Seiten einer Medaille<sup>218</sup> Dieser **hinreichend enge Zusammenhang** zwischen dem Vorteil, der dem begünstigten Unternehmen gewährt wird, und der entsprechenden Verringerung des Staatshaushalts (bzw einem konkreten wirtschaftlichen Risiko für dessen Belastung) ist zwingend, wird jedoch in der Bekanntmachung trotz der bestehenden Rsp des EuGH<sup>219</sup> nicht ausdrücklich hervorgehoben.

Wie bereits erläutert, muss keine Übertragung staatlicher Mitteln stattfinden, ein **Einnahmenverzicht** durch die öffentliche Hand reicht bereits iSe negativen Beihilfe aus (siehe oben, Kapitel I.4.2.).<sup>220</sup> Ein relevanter Einnahmenverzicht durch die öffentliche Hand liegt ua vor, wenn sie oder öffentliche Unternehmen Waren oder Dienstleistungen unter dem Marktwert anbieten und auf diese Weise nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer agiert.<sup>221</sup>

Ein Schlüsselkriterium für die Zurechnung staatlicher Mittel bildet die **staatliche Kontrolle** über die gewährten Mittel: „Die Herkunft der Mittel ist nicht relevant, vorausgesetzt sie standen, bevor sie direkt oder indirekt an die Empfänger weitergegeben wurden, unter staatlicher Kontrolle und somit den nationalen Behörden zur Verfügung, auch wenn sie nicht im Eigentum der jeweiligen Behörde standen.“<sup>222</sup> Auch Mittel aus privaten Vermögensmassen oder solche, die von der Union, von europäischen<sup>223</sup> oder internationalen<sup>224</sup> Institutionen bereitgestellt werden, sind als staatliche Mittel anzusehen, wenn deren Verwendung im Ermessen der nationalen Behörden liegt (insbesondere die Auswahl der Beihilfeempfänger).<sup>225</sup> Werden diese Mittel hingegen direkt – dh nicht über eine öffentliche oder private, vom Staat mit der Übertragung beauftragte Einrichtung – vergeben, ohne dass die nationalen Behörden über Ermessen verfügen, handelt es sich nicht um staatliche Mittel.<sup>226</sup>

---

<sup>218</sup> Eder, Mitteilung Beihilfebegriff III: Staatlichkeit, Jahrbuchbeihilferecht 2017, 407 (420).

<sup>219</sup> EuGH, Rs C-156/98, Deutschland / Kommission, Rn 27; Rs C-279/08 P, Kommission / Niederlande (NOx); Rs C-518/13, Eventech Ltd, Rn 34.

<sup>220</sup> EuGH, Rs C-482/99, Frankreich/Kommission (Stardust), Rn 36; Bekanntmachung, Rn 51.

<sup>221</sup> Bekanntmachung, Rn 52.

<sup>222</sup> Bekanntmachung, Rn 57.

<sup>223</sup> zB Europäische Investitionsbank oder Europäischer Investitionsfonds.

<sup>224</sup> zB Internationaler Währungsfonds oder Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung.

<sup>225</sup> Bekanntmachung, Rn 60.

<sup>226</sup> Bekanntmachung, Rn 60; ua Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 146.

In der Praxis ist das Tatbestandselement der Zurechenbarkeit einer gewährten Beihilfe zum Staat für gewöhnlich unproblematisch zu bejahen, so auch im Fall einer Liegenschaftsveräußerung der öffentlichen Hand und eine im Zuge eines zu geringen Kaufpreises an den Käufer gewährte staatliche Beihilfe.<sup>227</sup>

## 4.6. Spürbarkeit

Staatlich gewährte Begünstigungen an Unternehmen stellen bekanntlich nur dann verbotene Beihilfen gemäß Art 107 Abs 1 AEUV dar, wenn sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und insoweit den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Sowohl die (potentielle) Wettbewerbsverfälschung als auch die Handelsbeeinträchtigung müssen vorliegen, damit es sich um eine staatliche Beihilfe handelt.

### 4.6.1. Wettbewerbsverfälschung

Eine Maßnahme, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, ist dann gegeben, wenn sie geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Begünstigten gegenüber seinen Konkurrenten zu verbessern.<sup>228</sup> In anderen Worten: Eine Wettbewerbsverfälschung im Sinn des Artikels 107 Abs 1 AEUV ist dann zu bejahen, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.<sup>229</sup> In der Entscheidungspraxis werden **niedrige Anforderungen** an dieses Tatbestandsmerkmal gestellt,<sup>230</sup> da bereits eine geringe tatsächliche oder auch bloß potentielle Verfälschung des Wettbewerbs tatbestandsmäßig ist. In Fällen, in denen Einzelbeihilfen zu prüfen sind, ist immerhin eine „konkrete wirtschaftliche Analyse der Marktsituation erforderlich sein soll“;<sup>231</sup> bei der Prüfung einer Beihilferegung ist es ausreichend, dass die EK die Merkmale der jeweiligen Regelung untersucht und auf diese Weise beurteilt, ob diese dem vermeintlichen Beihilfeempfänger gegenüber seinen Wettbewerbern einen spürbaren Vorteil sichert.<sup>232</sup> Wie schon im Kapitel I.4.4. Selektivität ausgeführt, ist eine Beihilfe durch einen marktunüblich niedrigen Verkaufspreis einer durch die öffentliche Hand veräußerte Liegenschaft nur als **Einzelbeihilfe**<sup>233</sup> denkbar. Es bedarf daher, um sagen zu können, ob ein durch diese Einzelbeihilfe gewährter Vorteil eine Wettbewerbsverfälschung bewirkte, eine **Analyse der konkreten wirtschaftlichen Marktsituation**. Diese Analyse erfolgt durch Vergleich der

---

<sup>227</sup> Wiedenbauer, Wie besteht man den „Private Creditor“-Test? BRZ 2012, 210 (216).

<sup>228</sup> EuGH Rs 730/79, Philip Morris, Rn 11.

<sup>229</sup> Bekanntmachung, Rn 187.

<sup>230</sup> Unger, Subventions- und Beihilfenrecht, in Schmidt/Wollenschläger, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2016) Rz 25; Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 192.

<sup>231</sup> EuGH, verb Rs C-71/09P ua, Comitato/Kommission.

<sup>232</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 192.

<sup>233</sup> Begriffsdefinition gemäß Art 1 lit e VVO: „Beihilfen, die nicht aufgrund einer Beihilferegung gewährt werden (ad-hoc-Beihilfen) und einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegung“.

Konkurrenzsituation vor und nach der Beihilfengewährung am relevanten Markt. Es reicht aus, dass eine Beihilfe die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens im Vergleich zu seiner Lage ohne Beihilfe stärkt.<sup>234</sup> Irrelevant ist hingegen, ob eine Wettbewerbsverfälschung erheblich oder wesentlich ist, schließlich können den Wettbewerb auch niedrige Beihilfebeträge oder kleine Empfängerunternehmen verfälschen, sofern die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsverfälschung nicht rein hypothetischer Natur ist.<sup>235</sup> Allerdings ist diesbezüglich auf die **De-minimis-Verordnung 2013/1407/EU**<sup>236</sup> hinzuweisen, nach der Beihilfen von äußerst geringem Volumen von der Notifikationspflicht des Art 108 Abs 3 Satz 1 AEUV aufgrund ihrer geringen Auswirkung auf den Wettbewerb freigestellt sind. Das bedeutet, rechtmäßige De-minimis-Beihilfen können von den Mitgliedstaaten ohne weitere Auflagen an Unternehmen gewährt werden ohne gegen das Beihilfeverbot des Art 107 Abs 1 AEUV zu verstoßen.<sup>237</sup>

#### 4.6.2. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Das sogenannte Zwischenstaatlichkeitskriterium versucht Sachverhalte herauszufiltern, die so geringe Bedeutung für den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts haben, dass die Anwendung einer Wettbewerbsvorschrift, die auf einen grenzüberschreitenden unverfälschten Wettbewerb gerichtet ist, überzogen wäre.<sup>238</sup> Da die Rsp allerdings keinen Nachweis einer tatsächlichen Handelsbeeinträchtigung verlangt, sondern nur die Prüfung, ob die Beihilfe an sich **geeignet** ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, besitzt dieses Tatbestandselement des Art 107 Abs 1 AEUV keine starke Filterfunktion.<sup>239</sup> Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten gilt dann als beeinflusst, wenn eine nationale Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen konkurrierenden Unternehmen in diesem Handel stärkt.<sup>240</sup> In der Regel wird daher eine Beihilfe, die einem Unternehmen gewährt wird, das potentiell mit anderen Unternehmen am Binnenmarkt konkurriert, das Kriterium erfüllen,<sup>241</sup> insbesondere weil nach stRsp „weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig

---

<sup>234</sup> Bekanntmachung, Rn 189.

<sup>235</sup> EuGH, Rs C-280/00, Altmark Trans, Rn 79, 81.

<sup>236</sup> VO (EG) 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABI L 2013/352.

<sup>237</sup> Dies gilt nur, sofern die Beihilfe nicht mehr als 200.000€ innerhalb von drei Jahren ausmacht und es sich um eine transparente Zuwendung, deren Höhe im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung nötig ist, handelt. Die allgemeine De-minimis-Verordnung gilt für Beihilfen an Unternehmen in beinahe allen Wirtschaftssektoren, wie zB Handel und Gewerbe, Handwerk und Industrie, Bauwesen, Forschung und Entwicklung. Bestimmte Wirtschaftsbereiche sind vom Anwendungsbereich der allgemeinen De-minimis-Verordnung explizit ausgenommen, so auch Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten<sup>237</sup>. Bei der De-minimis-Regelung spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung in positiver Form als Barzuschuss oder negativer Form (Einnahmenverzicht) zB als zinsverbilligtes Darlehen, Bürgschaft oder sonstiger Form gewährt wird. Entscheidend ist, dass die Höchstbetragsgrenzen eingehalten werden. Da aber die De-minimis-Verordnung auf die Höhe der Beihilfe abstellt, werden Beihilfen, deren Höhe nicht eindeutig bestimmt oder bestimmbar ist, von der Anwendung der Verordnung ausgeschlossen (<https://www.wien.gv.at/wirtschaft/eu-strategie/daseinsvorsorge/pdf/de-minimis-beihilfen.pdf>, abgerufen am 27.02.2018).

<sup>238</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 177.

<sup>239</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 177.

<sup>240</sup> EuGH, Rs C-690/13, Trapeza Eurobank, Rz 23-25.

<sup>241</sup> EuGH, Rs C-71/04, Xunta de Galicia, Rz 47.

geringe Größe des begünstigten Unternehmens von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten ausschließen“.<sup>242</sup> Außerdem kann sich eine staatliche Maßnahme selbst dann auf den grenzüberschreitenden Handel am Binnenmarkt auswirken, wenn das begünstigte Unternehmen nicht selbst daran teilnimmt.<sup>243</sup> Die Beurteilung, ob der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, erfolgt auf Grundlage der **vorhersehbaren Auswirkungen** der betreffenden Maßnahme. Festgestellt werden muss, warum die Maßnahme den Wettbewerb (potentiell) verfälscht und warum sie Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel haben könnte. Eine genaue Prüfung der Auswirkungen der Maßnahme auf die Wettbewerbsfähigkeit des Beihilfeempfängers und seiner Konkurrenten ist nicht erforderlich.<sup>244</sup>

Entscheidend ist auch, ob eine Maßnahme **rein lokale Auswirkungen** hat und sich folglich nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirkt. Beihilfeempfänger, die Waren oder Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat anbieten, werden nach Ansicht der Kommission kaum Kunden aus anderen Mitgliedstaaten gewinnen,<sup>245</sup> weshalb nicht davon auszugehen ist, dass Zuwendungen an diese mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben würde. So verneinte die EK Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit dem Verkauf von Grundbesitz durch eine niederländische Gemeinde an eine örtliche Reitschule.<sup>246</sup> Anders urteilte die EK und bejahte das Zwischenstaatlichkeitskriterium im Zusammenhang mit der Förderung eines kommunalen Bauprojekts in einer niederländischen Stadt in der Nähe der deutschen Grenze, da für das Bauprojekt und den möglichen Verkauf der Wohnungen und Ladenlokale auch deutsche Unternehmen in Frage kämen.<sup>247</sup>

In der Praxis wird eine Handelsbeeinträchtigung einer staatlichen Maßnahme aufgrund ihrer schwachen Filterfunktion nur in sehr wenigen Fällen verneint. In den meisten dieser Fälle sah die EK keine Handelsbeeinträchtigung wegen rein lokaler Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme.

---

<sup>242</sup> EuGH, Rs C-518/13, Eventech/The Parking Adjudicator, Rn 68; Bekanntmachung, Rn 192; EuG, Rs T-52/12R, Griechenland/Kommission, Rz 30.

<sup>243</sup> Bekanntmachung, Rn 197 mit Verweis auf den Beschluss „Städtische Projektgesellschaft Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden“ (SA.33149, Städtische Projektgesellschaft "Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden", ABl 2015, C 188, 1.).

<sup>244</sup> EuGH, Rs C-730/79, Philip Morris; EuG Rs T-211/05, Italien/Kommission, Rn 157 - 160; EuG verb Rs T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98, Alzetta, Rn 95.

<sup>245</sup> Bekanntmachung, Rn 196 ff.

<sup>246</sup> EK, SA.34404, Purchase of Land for Relocating Riding School.

<sup>247</sup> EK, L 307/207, Marktpassageplan in Haaksbergen.

#### 4.7. Fallbeispiel: Rechtssache Bank Burgenland – Teil 1 (Beihilfeverbot)

Nach der Prüfung des Verkaufs der HYPO Bank Burgenland an die Versicherungsgruppe Grazer Wechselseitige (GRAWE) entschied die Kommission<sup>248</sup>, dass dieser eine verbotene staatliche Beihilfe beinhalte und entschied daher, dass Österreich rund 55 Mio. EUR von der GRAWE zurückfordern muss. So ergab die Prüfung durch die Kommission, dass sich die burgenländische Landesregierung beim Verkauf der Bank Burgenland nicht wie ein Marktteilnehmer gehandelt hat, da sie der GRAWE, Bieterin mit dem zweithöchsten Angebot, den Zuschlag erteilte und nicht dem eindeutig höheren Angebot eines österreichisch-ukrainischen Konsortiums. Der staatliche Verkäufer habe die Rolle des marktwirtschaftlich handelnden Verkäufers und die des hoheitlichen Beihilfegebers, im Rahmen dessen er der Bank Burgenland eine staatliche Beihilfe in Form einer Bürgschaft gewährt habe, streng voneinander zu trennen. So hätte ein Verkäufer am freien Markt die aufgrund der gewährten Bürgschaft bestehenden Verpflichtungen nicht berücksichtigt, sondern hätte an den Bestbieter verkauft. Österreich sei aber erheblich von der möglichen Ausfallhaftung in Höhe von rund 3,1 Mrd. EUR beeinflusst gewesen. Das Land Burgenland und der Staat Österreich (und die GRAWE als Beihilfeempfänger; siehe Kapitel I.5.1.2.) argumentierten mit dem deutlich geringeren Risiko einer tatsächlichen Inanspruchnahme der Ausfallhaftung. Außerdem habe das Kaufanbot der GRAWE den in früheren Gutachten ermittelten Wert überstiegen, weshalb es ganzheitlich betrachtet das bessere Angebot gewesen sei. Nach Ansicht der Kommission sei jedoch das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit der Bank im Falle ihres Verkaufs an das Konsortium im Vergleich zum Risiko beim Zuschlag an die GRAWE nicht hoch genug gewesen, um den eklatant niedrigeren Kaufpreis der GRAWE zu erklären. Darüber hinaus laufe das Argument Österreichs, das Anbot der GRAWE habe zudem den in einem früheren Gutachten ermittelten Wert überstiegen, ins Leere, weil der Marktpreis der Bank im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung ermittelt wurde und so das frühere Gutachten irrelevant sei. Somit gab es keine objektive Rechtfertigung für einen marktwirtschaftlich handelnden Verkäufer, dem deutlich niedrigeren Angebot der GRAWE den Zuschlag zu erteilen und die Bank Burgenland somit an die GRAWE zu verkaufen. Auf diese Weise wurde der GRAWE vom Land Burgenland ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil verschafft, der eine unzulässige, mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV darstellt. Um die dadurch bedingte Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen, müsse Österreich von der GRAWE daher die Beihilfe, also die Differenz zwischen dem Höchstgebot des österreichisch-ukrainischen Konsortiums und dem Kaufpreis der GRAWE von rund 55 Mio. EUR., zurückverlangen. Gegen diese Entscheidung der Kommission wurde von Seiten Österreichs eine Nichtigkeitsklage an das EuG<sup>249</sup> als erste Instanz und an

---

<sup>248</sup> Staatliche Beihilfe C 56/2006, Privatisierung der HYPO Bank Burgenland AG.

<sup>249</sup> EuG 28.02.2012, verb Rs T268/08 und T-281/08, Land Burgenland und Republik Österreich/Kommission: „In Ansehung all dieser Erwägungen vertrat die Kommission die Auffassung, dass sich die zuständige österreichische Behörde nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer verhalten habe. Der wirtschaftliche Vorteil, der GRAWE verschafft worden sei, entspreche mindestens der Differenz zwischen dem Angebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Kaufpreis.“

den EuGH<sup>250</sup> als zweite Instanz abgewiesen. Auch dieser kam zum Ergebnis, dass hier eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe vorliegt und bestätigte den Negativbeschluss der Kommission.

#### **4.8. Zusammenfassung: Beihilfeverbot bei Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand**

Die öffentliche Hand verfügt über enormen Grundbesitz. Aus verschiedensten Gründen kann sich die öffentliche Hand zum Verkauf verschiedener Grundstücke entschließen, sei es, weil sie ihr Budget aufstocken möchte, sie die Mittel nicht aufbringen kann bzw will, das Grundstück zu erhalten, oÄ. Dabei kann sich die öffentliche Hand als Verkäufer nicht aussuchen, zu welchem Preis und an wen sie die Liegenschaft verkauft, auch wenn sie möglicherweise aufgrund spezieller Beweggründe – wie regionale Wirtschafts-, Ansiedlungs- oder Arbeitsmarktpolitik – bestimmte Käufer bevorzugen würde. Gerade das ist ihr aufgrund des allgemeinen **Verbots staatlicher Beihilfen** gemäß Art 107 Abs 1 AEUV untersagt. Verkauft sie eine Liegenschaft unter ihrem tatsächlichen Wert, um diese beispielsweise an einen speziellen Käufer zu veräußern, weil dieser nicht in der Lage ist mehr zu bezahlen, gewährt sie durch diesen Einnahmenverzicht in der Höhe der Differenz zum Marktwert eine **Begünstigung** in Form einer **negativen Beihilfe** (sofern auch die übrigen kumulativen Voraussetzungen erfüllt sind). Die Bemessung der Marktkonformität des Verkaufspreises ist daher wesentlich für die Beurteilung, ob beim Liegenschaftsverkauf der öffentlichen Hand eine unzulässige Beihilfe gewährt wurde. Der Marktwert der Immobilie ergibt sich grundsätzlich aus einem unabhängigen Sachverständigengutachten oder entspricht dem abgegebenen Höchstgebot im Zuge eines Ausschreibungsverfahrens (früher: Bieterverfahren). Um festzustellen, ob eine Begünstigung gewährt wurde, ist zu prüfen, ob beim konkreten Verkaufsvorgang ein privater Verkäufer unter üblichen Marktbedingungen zumindest denselben Preis erzielt hätte (Private Vendor Test).

Beihilferechtlich relevant ist ein derartiger Grundstücksverkauf jedoch nur, wenn der Kaufpreis nicht nur unter dem ermittelten Marktwert liegt, sondern der Käufer ein **Unternehmen** – also eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit – ist. Unerheblich ist dabei, welche Rechtsform diese Einheit hat und ob sie Rechtspersönlichkeit besitzt. So können sämtliche wirtschaftlich agierenden natürlichen und juristischen Personen Unternehmenseigenschaft besitzen. Was konkret unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu verstehen ist, bedarf nicht bloß oberflächlicher Prüfung, da es diesbezüglich einige Ausnahmen zu beachten gilt (hoheitliches Handeln, Tätigkeiten im Bereich der sozialen Sicherheit, der Kultur und des Naturschutzes, im Bildungswesen und der Forschung, Erbringung von Gesundheitsleistungen). Das Erfordernis der **selektiven Wirkung** einer Begünstigung ist bei einer Liegenschaftsveräußerung der öffentlichen Hand mE bereits dadurch erfüllt, dass es sich hierbei um eine Einzelbeihilfe an den jeweiligen Käufer handelt. Weiters muss es sich um staatliche Beihilfe handeln, sie müssen also einem **Mitgliedstaat**

---

<sup>250</sup> EuGH vom 24.10.2013, verb Rs C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P.



**zurechenbar** sein (Unionsbeihilfen werden daher vom Beihilfeverbot nicht erfasst, da sie unionsweit gewährt werden und insofern keine selektive und wettbewerbsverzerrende Wirkung haben). Dies bedeutet nicht, dass gewährte Begünstigungen, wie der Einnahmenverzicht durch den Verkauf einer Liegenschaft unter ihrem Marktwert, aus dem Budget der „Zentralregierung“ stammen müssen. Dem Mitgliedstaat zurechenbar sind auch Maßnahmen, die von dezentralisierten, föderalen, regionalen oder sonstigen Einrichtungen der Mitgliedstaaten stammen, wie Gebietskörperschaften, Selbstverwaltungskörper und Einrichtungen, die von diesen beherrscht werden (was insbesondere auf „öffentlichen Unternehmen“ iSd Transparenz-RL 2006/11/EG zutrifft). Dem Staat keinesfalls zurechenbar sind Maßnahmen privater Unternehmen, die weder behördlich veranlasst noch auf gesetzlicher Verpflichtung beruhen. Schlüsselkriterium für die Zurechenbarkeit ist die staatliche Kontrolle über die gewährten Mittel, die Herkunft der Mittel ist hingegen irrelevant. Das letzte (kumulative) Tatbestandsmerkmal einer unzulässigen staatlichen Beihilfe ist die **wettbewerbsverzerrende und den Handel der Mitgliedstaaten beeinträchtigende Wirkung**. Um eine Wettbewerbsverzerrung festzustellen, bedarf es eines Vergleichs der Konkurrenzsituation vor und nach der Beihilfengewährung am relevanten Markt. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten gilt als beeinflusst, wenn eine nationale Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen konkurrierenden Unternehmen in diesem Handel stärkt, was idR unproblematisch bejaht werden kann.

## 5. Rechtsschutz im Beihilferecht

Welche Möglichkeiten das Unionsrecht und das österreichische Recht vorsehen, um gegen Entscheidungen der EK als EU-Beihilfenaufsichts- und vollzugsbehörde vorgehen zu können, ist nicht nur für den beihilfegewährenden Mitgliedstaat als Beihilfegeber (und Entscheidungsadressaten der EK) von Interesse, sondern ebenso für den Beihilfeempfänger und dessen Konkurrenten<sup>251</sup>. In diesem Abschnitt soll daher untersucht werden, welche Rechtsschutzmöglichkeiten Beihilfegeber (Mitgliedstaat), Beihilfenempfänger (begünstigtes Unternehmen) und dessen Konkurrenten sowohl auf europäischer Ebene vor den Unionsgerichten EuG und EuGH als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene vor nationalen Gerichten haben. Hier gilt es das Zusammenspiel zwischen *Public Enforcement* (öffentliche Beihilfekontrolle) und *Private Enforcement* (Private Rechtsdurchsetzung) sowie das Mehrebenensystem im Rechtsschutz auf nationaler und Unionsebene zu beachten.

---

<sup>251</sup> Art 1 lit h VVO [Verfahrensverordnung 1589/2015 des Rates vom 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 108 AEUV, ABl L 2015/248, 9] definiert als „Beteiligte“ Mitgliedstaaten, Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, insb der Beihilfeempfänger, **Wettbewerber** und Berufsverbände.

## 5.1. Rechtsschutz auf europäischer Ebene

Zur Überprüfung bzw Bekämpfung von Kommissionsentscheidungen im Allgemeinen steht Mitgliedstaaten und Unternehmen als wichtigstes Instrument die **Nichtigkeitsklage gemäß Art 263 AEUV** offen.<sup>252</sup>

### 5.1.1. Mitgliedstaat vs. Europäische Kommission

Mitgliedstaaten können gegen jeden Unionsrechtsakt vorgehen. So ist der **EuGH** gemäß Art 263 Abs 1 AEUV für die Überwachung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Kommission zuständig, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, sondern die Handlung mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten verbunden ist. Zu diesem Zweck ist der EuGH gemäß Abs 2 für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat ua wegen Verletzungen der primärrechtlichen Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauch erhebt. Ist die Klage begründet, erklärt der EuGH die angefochtene Handlung gemäß Art 264 AEUV für nichtig.

Gemäß Art 256 Abs 1 AEUV ist das **EuG** für Entscheidungen unter anderem über die in Art 263 Abs 1 AEUV genannten Klagen in erster Instanz zuständig. Gegen die Entscheidungen des EuG kann ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel beim EuGH erhoben werden.

### **Nichtigkeitsklage des beihilfegewährenden Mitgliedstaates vs. Europäische Kommission:**

Als Adressat einer beihilferechtlichen Entscheidung<sup>253</sup> der EK kann der beihilfegewährende Mitgliedstaat gegen folgende Entscheidungen der Kommission erstinstanzlich an das EuG und in zweiter Instanz an den EuGH Nichtigkeitsklage gegen die Kommission erheben:

- Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens (Art 4 Abs 4 VVO: „Stellt die Kommission nach einer vorläufigen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt, so beschließt sie, das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV zu eröffnen.“)
- Aussetzungsanordnung (Art 13 Abs 1 VVO: „Die Kommission kann, nachdem sie dem betreffenden Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat, einen Beschluss erlassen, mit dem dem Mitgliedstaat aufgegeben wird, alle rechtswidrigen Beihilfen so lange auszusetzen, bis die Kommission einen Beschluss über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt erlassen hat“)
- Rückforderungsanordnung (Art 13 Abs 2 VVO: „Die Kommission kann, nachdem sie dem betreffenden Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat, einen Beschluss erlassen, mit dem dem Mitgliedstaat aufgegeben wird, alle rechtswidrigen Beihilfen einstweilig zurückzufordern, bis die Kommission einen Beschluss über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit

---

<sup>252</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 402.

<sup>253</sup> Der Beihilfempfänger selbst ist nicht Adressat der Entscheidung der Kommission!

dem Binnenmarkt erlassen hat, sofern folgende Kriterien erfüllt sind: a) Nach geltender Praxis bestehen hinsichtlich des Beihilfecharakters der betreffenden Maßnahme keinerlei Zweifel; b) ein Tätigwerden ist dringend geboten; c) ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ist ernsthaft zu befürchten.“)

- Negativbeschluss (Art 9 Abs 5 VVO: „Gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die angemeldete Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so beschließt sie, dass diese Beihilfe nicht eingeführt werden darf.“)
- Rückforderungsbeschluss (Art 16 Abs 1 VVO: „In Negativbeschlüssen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstoßen würde.“)

Die Nichtigkeitsklage des beihilfegewährenden Mitgliedstaates gegen einen Negativbeschluss der Kommission, mit der sie das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe bejaht und gleichzeitig deren Vereinbarkeit mit dem europäischen Binnenmarkt verneint, ist die praxisrelevanteste Erscheinungsform, weshalb das Augenmerk auf dieser Entscheidungsform der EK liegt.

Die Klagshebung durch einen Mitgliedstaat unterliegt keinen zusätzlichen Zulässigkeitsanforderungen; anders als Unternehmen muss er also seine individuelle und unmittelbare Betroffenheit durch die Entscheidung der Kommission nicht nachweisen.<sup>254</sup> Aktivlegitimiert ist jedoch nicht nur der jeweilige Mitgliedstaat, sondern auch dessen **regionalen und kommunalen Organisationen**, sofern der Negativbeschluss deren Rechtsbefugnisse unmittelbar betrifft. Diese Organisationen müssen daher sehr wohl ihre individuelle und unmittelbare Betroffenheit durch eine Entscheidung der EK darlegen.<sup>255</sup> Als Beispiele für diese Art der Direktklage ist die *Rs Land Burgenland ua/ Kommission*<sup>256</sup> zu nennen.

### **Nichtigkeitsklage anderer Mitgliedstaaten vs. Europäische Kommission:**

Der Vollständigkeit halber sei auch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage anderer Mitgliedstaaten gegen beihilferechtliche Entscheidungen der EK erwähnt, da diese – wie bereits eingangs erwähnt – gegen jeden Unionsrechtsakt vorgehen können, auch wenn sie nicht Adressat dieses Rechtsaktes sind. Neben der Nichtigkeitsklage des beihilfegewährenden Mitgliedstaates gegen die EK können daher auch andere

---

<sup>254</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 403.

<sup>255</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 404 mit Verweis auf das Urteil EuG, verb Rs T132-96 und T-143/96, Freistaat Sachsen und Volkswagen AG/Kommission: „So bejahte das EuG etwa in dem Rechtsstreit um die dem Automobilkonzern Volkswagen im deutschen Bundesland Sachsen gewährten Beihilfen die Klagebefugnis des Freistaates Sachsen. Die **individuelle Betroffenheit** ergab sich daraus, dass Sachsen die Beihilfen teilweise aus eigenen Mitteln gewährt hatte. Die **unmittelbare Betroffenheit** folgte aus dem Umstand, dass der Freistaat Sachsen nach der angefochtenen Entscheidung verpflichtet war, das Verwaltungsverfahren zur Wiedereinsetzung der Beihilfen einzuleiten, wofür er auf nationaler Ebene allein zuständig war.“

<sup>256</sup> EuGH, verb Rs C-214/12 P, C-215/12P und C-223/12P, Land Burgenland ua/Kommission

Mitgliedstaaten eine Nichtigkeitsklage an das EuG und anschließend an den EuGH gegen die EK insbesondere wegen folgender Handlungen erheben:

- Beschluss, dass Maßnahme keine Beihilfe darstellt (Art 4 Abs 2 bzw Art 9 Abs 2 VVO: „Gelangt die Kommission (nach einer vorläufigen Prüfung) zu dem Schluss, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstellt, so stellt sie dies durch Beschluss fest.“)
- Beschluss, keine Einwände zu erheben (Art 4 Abs 3 VVO: „Stellt die Kommission nach einer vorläufigen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme, insoweit sie in den Anwendungsbereich des Artikels 107 Absatz 1 AEUV fällt, keinen Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt, so beschließt sie, dass die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist [...]“)
- Positivbeschluss (Art 9 Abs 3 VVO: „Stellt die Kommission fest, dass, gegebenenfalls nach Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat, die Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der angemeldeten Maßnahme mit dem Binnenmarkt ausgeräumt sind, so beschließt sie, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist [...]“)

### **5.1.2. Unternehmen vs. Europäische Kommission**

Gemäß Art 263 Abs 4 AEUV kann jede natürliche oder juristische Person unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen Klage erheben. Auch hierfür bildet das EuG nach Art 256 Abs 1 AEUV die erste und der EuGH für auf Rechtsfragen beschränkte Rechtsmittel die zweite Instanz. Unter der Voraussetzung der **unmittelbaren und individuellen Betroffenheit** können daher auch Unternehmen Rechtsschutz auf europäischer Ebene suchen. Insbesondere das begünstigte Unternehmen einer staatlichen Beihilfe hat weitreichende Anfechtungsberechtigung.<sup>257</sup> Naturgemäß haben auch Konkurrenzunternehmen des Beihilfeempfängers ein starkes Interesse daran, staatliche Beihilfen an Wettbewerber zu unterbinden, da diese gewichtige Auswirkungen auf ihre eigene Marktposition haben können. Ein effektiver Rechtsschutz auf europäischer Ebene verlangt daher auch Möglichkeiten für betroffene, nicht-begünstigte Unternehmen, Beihilfegewährungen überprüfen lassen zu können. Die wesentliche Rechtsgrundlage, auf die sie sich dabei stützen können, ist das Durchführungsverbot gemäß Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV, dem unmittelbare Wirkung zukommt.<sup>258</sup>

### **Nichtigkeitsklage des Beihilfeempfängers vs. Europäische Kommission:**

In diesem Sinne kann das von einer staatlichen Beihilfe begünstigte Unternehmen eine Nichtigkeitsklage nach Art 263 Abs 4 AEUV gegen die EK unter anderem wegen folgender Handlungen erheben:

- Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens (Art 4 Abs 4 VVO)

---

<sup>257</sup> Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht (2005), Rz 407.

<sup>258</sup> EuGH, Rs 120/73, Gebrüder Lorenz/Deutschland, Rz 8; EuGH, Rs 6/64, Costa/E.N.E.L.; EuGH, Rs C-354/90, FNCE, Rz 11; EuGH, Rs C-39/94, Rz 39; ua *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (541).

- Aussetzungsanordnung (Art 13 Abs 1 VVO)
- Rückforderungsanordnung (Art 13 Abs 2 VVO)
- Negativbeschluss (Art 9 Abs 5 VVO)
- Rückforderungsbeschluss (Art 16 VVO)
- sonstige Verfahrensakte mit unmittelbaren Rechtsfolgen für die Adressaten wie zB Zustimmungersuchen an den Mitgliedstaat zu zweckdienlichen Maßnahmen zur Abänderung bestehender Beihilfen (Art 23 VVO) oder Auskunftersuchen<sup>259</sup> (Art 7 VVO).

Am häufigsten richten sich Nichtigkeitsklagen von Beihilfeempfängern gegen Negativbeschlüsse der EK, mit denen sie die jeweilige Maßnahme eines Mitgliedstaates als staatliche Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 und als unvereinbar mit dem Binnenmarkt qualifiziert. Deshalb beschränken sich die Ausführungen auch in diesem Abschnitt auf Negativbeschlüsse.

Sofern es sich um eine **Einzelbeihilfe**<sup>260</sup> handelt (wie auch bei Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand an ein Unternehmen), kommt dem begünstigten Unternehmen – dem Liegenschaftskäufer – weitreichende Klagslegitimation zu.<sup>261</sup> In diesem Sinne versuchte auch die Grazer Wechselseitige Versicherung – erfolglos – den Negativbeschluss der Kommission in der *Rs Bank Burgenland* mit Nichtigkeitsklage an das EuG<sup>262</sup> und den EuGH<sup>263</sup> zu bekämpfen (siehe Kapitel I.5.3.). Die nach der EuGH-Entscheidung zur *Rs Textilwerke Deggendorf*<sup>264</sup> entwickelte „**Deggendorf-Doktrin**“ besagt, dass das begünstigte Unternehmen Rechtsschutz gegen einen Negativbeschluss der EK auf europäischer Ebene ergriffen haben muss, um in einem anschließenden nationalen Rechtsschutzverfahren wirksam Rechtsmittel erheben zu können.<sup>265</sup> Nach der Deggendorf-Doktrin ist das nationale Gericht an die Entscheidung der EK gemäß Art 108 Abs 2 AEUV<sup>266</sup> gebunden, wenn es vom Beihilfeempfänger wegen vermeintlicher Rechtswidrigkeit der Entscheidung der EK angerufen wurde und der Beihilfeempfänger – obwohl er vom MS schriftlich von der Kommissionsentscheidung verständigt wurde – nicht oder nicht zeitgerecht Klage dagegen erhoben hat.

<sup>259</sup> EuGH, verb Rs C-463/10 P und C-475/10P, Deutschland und Deutsche Post/Kommission.

<sup>260</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 409: „Differenziert wird dies im Hinblick auf abstrakte Beihilferegelungen beurteilt. Weil bei einer allgemeinen Beihilferegelung die potentiell Begünstigten (und eine Beeinträchtigung von Wettbewerberinteressen) erst bei konkreter Anwendung der Regelung durch die Gewährung einer individuellen Beihilfe. [FN: EuG, Rs R-398/94, Kahn Schweepvaart, Rz 41] Im Falle einer Rückforderungsentscheidung der Kommission in Bezug auf eine nach dieser Regelung gewährte individuelle Beihilfe, ist doch wiederum von individueller Betroffenheit auszugehen. [FN: EuGH, verb Rs C-15/98 und C-105/99, Sardegna Lines, Rz 34]“

<sup>261</sup> *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilferecht (2005), Rz 407.

<sup>262</sup> EuG, Rs T-282/08, Grazer Wechselseitige/Kommission.

<sup>263</sup> EuGH, verb Rs C-214/12 P, C-215/08 P und C-223/12 P, Grazer Wechselseitige/Kommission.

<sup>264</sup> EuGH, Rs C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Rz 26.

<sup>265</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 411.

<sup>266</sup> Art 108 (2) AUEV lautet: „Stellt die Kommission fest, nachdem sie den Beteiligten eine Frist zur Äußerung gesetzt hat, dass eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe mit dem Binnenmarkt nach Artikel 107 unvereinbar ist oder dass sie missbräuchlich angewandt wird, so beschließt sie, dass der betreffende Staat sie binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat.“

Über die Nichtigkeitsklage kann der Beihilfeempfänger auch **einstweiligen Rechtsschutz** hinsichtlich der damit einhergehenden Beihilfenrückforderungen, zu der der beihilfegewährende MS bei einem Negativbeschluss verpflichtet ist, begehren. Mit der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist die EK jedoch äußerst zurückhaltend: So hat der Antragsteller nachzuweisen, dass die Rückforderung der ihm gewährten Zuwendung das Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Existenz bedrohe oder ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstünde, der nicht durch späteren Schadenersatz durch die EK ausgeglichen werden kann, was von den Unionsgerichten nach stRsp jedoch nur unter außergewöhnlichen Umständen akzeptiert wird.<sup>267</sup> Ähnlich hoch ist die geforderte Schwelle für **Schadenersatzansprüche** wegen finanzieller Nachteile, die ein (potentieller) Beihilfeempfänger durch einen Negativbeschluss erlittenen hat.<sup>268</sup>

### **Nichtigkeitsklage des Konkurrenten vs. Europäische Kommission:**

Neben Mitgliedstaaten und dem Beihilfeempfänger können aber auch Konkurrenten eines Beihilfeempfängers Nichtigkeitsklage gegen folgende Beschlüsse der EK erheben:

- Beschluss, dass Maßnahme keine Beihilfe darstellt (Art 4 Abs 2 bzw Art 9 Abs 2 VVO)
- Beschluss nach vorläufiger Prüfung, dass die staatliche Maßnahme, die unter die Beihilfevorschriften fällt, keine Bedenken bzgl ihrer Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt gibt (Art 4 Abs 3 VVO)
- Positivbeschluss (Art 9 Abs 3 VVO)

Während Mitgliedstaaten mit Hilfe der Nichtigkeitsklage gegen jeden beliebigen Unionsrechtsakt vorgehen können, ist die Klagslegitimation von natürlichen und juristischen Personen gemäß Art 263 Abs 4 AEUV grundsätzlich begrenzt.<sup>269</sup> Diese können einen Unionsrechtsakt nur bekämpfen, wenn sie von diesem individuell und unmittelbar betroffen sind.<sup>270</sup>

Die **unmittelbare Betroffenheit** einer Person durch eine Beihilfekontrollentscheidung der EK muss zu einer Interessensbeeinträchtigung auf Seiten des Klägers geführt haben. Der Kläger ist selbst bei noch nicht erfolgter, aber absehbarer Beihilfegewährung durch den beklagten Mitgliedstaat unmittelbar betroffen – dh das Unmittelbarkeitskriterium ist bei Konkurrentenklage auch bereits dann gegeben, wenn die jeweilige Maßnahme erst nach der Klagserhebung gewährt wird.<sup>271</sup>

Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Prüfung der **individuellen Betroffenheit** des Klägers. Die sogenannte *Plaumann-Rsp* des EuGH bildet dafür einen strengen Maßstab. Nach dieser „kann, wer nicht

---

<sup>267</sup> zB EuG, Rs T-181/02 R, *Neue Erba Lautex/Kommission*, Rz 84.

<sup>268</sup> *Hancher/Ottervanger/Slot*, EU State Aid, 31-145 ff mwN.

<sup>269</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 414.

<sup>270</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 1588.

<sup>271</sup> EuG, Rs T-435/93, ASPEC, Rz 60f; *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 415.

*Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilferecht, Rz 1589 mwN und dem Hinweis, dass das Unmittelbarkeitskriterium im Wesentlichen dem Ausschluss der Klagslegitimation gegen Normativakte der EU diene.

Adressat einer Entscheidung ist, nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“.<sup>272</sup> Indizien für eine Stellung, die eine andere Person als den Adressaten einer Entscheidung iSd *Plaumann-Rsp* aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebt, sind zB ein bedeutender Umsatzrückgang, nicht unerhebliche finanzielle Verluste, signifikante Verringerung der Marktanteile, aber auch weniger weitreichende Folgen einer Beihilfengewährung wie Einnahmenausfällen oder eine weniger günstige Entwicklung als der, die ohne Beihilfe zu erwarten gewesen wäre<sup>273</sup>. Dass das klagende Unternehmen es geschafft hat derartige Verschlechterungen infolge einer Beihilfengewährung an den Konkurrenten abzuwenden oder abzufedern, indem es beispielsweise Einsparungen vornimmt oder sich rentableren Märkten zuwendet, tut der individuellen Betroffenheit keinen Abbruch.<sup>274</sup> Das Vorliegen derartiger Verschlechterungen als Indiz für die individuelle Betroffenheit des Klägers reicht für sich alleine jedoch regelmäßig nicht aus – der Kläger muss sich darüber hinaus bereits aktive am Beihilfekontrollverfahren der EK beteiligt haben.<sup>275</sup>

Als weiteres Rechtsschutzinstrument, bis über die Nichtigkeitsklage entschieden ist, steht dem Wettbewerber die Möglichkeit des **einstweiligen Rechtsschutzes** gemäß Art 278 f AEUV zu, der bekanntlich keine aufschiebende Wirkung<sup>276</sup> besitzt. Im Zuge dessen muss der antragstellende Wettbewerber jedoch nachweisen, dass er die Entscheidung im Hauptverfahren nicht ohne schwere, nicht wiedergutzumachende Schäden abwarten kann.<sup>277</sup> Der Schaden muss dabei mit einem hinreichenden Grad an Wahrscheinlichkeit vorhersehbar sein.<sup>278</sup>

## 5.2. Rechtsschutz auf nationaler Ebene

Das Beihilfeverbot des Art 107 Abs 1 AEUV verbietet nicht nur, dass die öffentliche Hand eine Beihilfe gewährt bevor diese von der Kommission genehmigt wurde, sondern auch, dass der potentielle

---

<sup>272</sup> EuGH, Rs C-25/62, *Plaumann/Kommission* 238.

<sup>273</sup> EuGH, Rs C-525/04 P, *Spanien/Kommission und Lenzing*, Rz 34 ff.

<sup>274</sup> EuGH, Rs C-525/04 P, *Spanien/Kommission und Lenzing*, Rz 36.

<sup>275</sup> EuG, Rs T-88/01, *Sniace/Kommission*, Rz 55 ff: „Speziell für den Bereich der staatlichen Beihilfen ist anerkannt worden, dass von einer Entscheidung der Kommission, mit der das nach Artikel [108 Abs 2 AEUV] wegen einer individuellen Beihilfe eingeleitete Verfahren abgeschlossen wird, neben dem begünstigten Unternehmen dessen Wettbewerber individuell betroffen sind, wenn sie im Rahmen dieses Verfahrens eine aktive Rolle gespielt haben und sofern ihre Marktstellung durch die Beihilfemaßnahmen, die Gegenstand der angefochtenen Entscheidung ist, spürbar beeinträchtigt wird. [...] Es reicht also nicht aus, wenn sich ein Unternehmen lediglich auf seine Eigenschaft als Mitbewerber des begünstigten Unternehmens beruft, sondern es muss darüber hinaus darlegen, dass angesichts des Umfangs seiner etwaigen Beteiligung an dem Verfahren und des Grades an Beeinträchtigung seiner Marktstellung tatsächlich Umstände vorliegen, die es in ähnlicher Weise individualisieren wie einen Adressaten.“

<sup>276</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 423.

<sup>277</sup> EuGH, Rs C-574/13 P (R), *Frankreich/Kommission*, Rz 18 ff.

<sup>278</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 423.

Beihilfeempfänger eine (noch) nicht genehmigte Beihilfe annimmt.<sup>279</sup> Der Rechtsschutz auf europäischer Ebene erfolgt sowohl durch die materiell-rechtliche Prüfung von Beihilfen durch die Beihilfegenehmigung und -überwachung der EK, als auch durch die verschiedenen Spielarten der Nichtigkeitsklage an das EuG und den EuGH (siehe oben, Kapitel I.5.1.). Die EK selbst räumt jedoch ein, dass der europäische Rechtsschutz **Defizite** aufweist und unterstreicht daher die Rolle des nationalen Rechtsschutzes im Beihilferecht.<sup>280</sup> Die Beihilfekontrolle durch die Kommission funktioniert in der Praxis nur eingeschränkt, was sich ua durch die unzähligen Erscheinungsformen von Beihilfen in den Mitgliedstaaten erklärt. Dazu kommt, dass die Beihilfeprüfung der Kommission bis zu zwei Jahre<sup>281</sup> dauern kann, währenddessen der EK nur einstweilige Maßnahmen zur Verfügung stehen. Kommt sie letztlich zum Ergebnis, dass die Beihilfe rechtswidrig und gemäß Art 107 Abs 3 AEUV nicht gerechtfertigt war, hat die Kommission nur die Möglichkeit, eine umfassende Neutralisierung des durch die Beihilfe erlangten Vorteils anzuordnen.<sup>282</sup> Geldstrafen sind im Beihilferecht nicht vorgesehen.<sup>283</sup> Ein weiterer Nachteil der öffentlichen Beihilfekontrolle ist, dass sich eine etwaige Rückforderungsentscheidung der Kommission nur an den Mitgliedstaat richtet, nicht jedoch an den unrechtmäßig Begünstigten. Stellt sich im Rahmen der Prüfung der Beihilfe heraus, dass es sich um eine staatliche Beihilfe handelt, die aber gemäß Art 107 Abs 3 AEUV genehmigt wurde, darf die Kommission – anders als die einzelstaatlichen Gerichte, deren Befugnisse weitergehen<sup>284</sup> – auch keine Rückforderung der verfrüht gewährten Beihilfen anordnen.<sup>285</sup> Diese Defizite des *Public Enforcement* soll der nationale Rechtsschutz ausgleichen.

Anders als der Rechtsschutz auf europäischer Ebene richtet sich der nationale Rechtsschutz primär an den **Wettbewerber**. Rechtsgrundlage für den nationalen Rechtsschutz bildet das **unmittelbar anwendbare**

---

<sup>279</sup> Jaeger, Private Rechtsdurchsetzung des Beihilfeverbots, *ecolex* 2006, 804 (804).

<sup>280</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 9.4.2009, Über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, *ABl C* 2009/ 85, 1 Rz 25 f: „Dass die einzelstaatlichen Gerichte in diesem Zusammenhang eine Schlüsselrolle spielen, hängt auch damit zusammen, dass die Kommission selbst nur begrenzte Befugnisse besitzt, um Wettbewerber und sonstige Dritte vor rechtswidrigen Beihilfen zu schützen. Wie der EuGH in den Rechtssachen *Boussac* und *Tubemeuse* festgestellt hat, darf die Kommission insbesondere keine abschließende Rückforderungsentscheidung allein mit der Begründung erlassen, dass die Beihilfe nicht gemäß Artikel 108 Abs 3 AEUV angemeldet wurde. Somit muss die Kommission unabhängig davon, ob das Durchführungsverbot beachtet wurde oder nicht, die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt in vollem Umfang prüfen. Diese Prüfung kann sich als zeitaufwendig erweisen. Zudem darf die Kommission einstweilige Rückforderungsanordnungen nur unter äußerst strikten rechtlichen Voraussetzungen treffen. Daher ist der Rechtsweg zu den einzelstaatlichen Gerichten von wesentlicher Bedeutung für den Schutz der Rechte von Wettbewerbern und sonstigen Dritten, die durch rechtswidrige Beihilfen geschädigt werden.“

<sup>281</sup> Sutter in Mayer, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 88 Rz 29 ff und 80 ff.

<sup>282</sup> Ausführlich in Jaeger, Der Rückforderungsanspruch der Kommission im Beihilfenrecht und Abgabenverfahrensrecht, in Holoubek/Lang, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006) 162 ff.

<sup>283</sup> Jaeger, Private Rechtsdurchsetzung des Beihilfeverbots, *ecolex* 2006, 804.

<sup>284</sup> Jaeger, Nachträgliche Beihilfegenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten, *EuZW* 2004, 78 (79 f).

<sup>285</sup> Vgl EuGH, Rs C-301/87, *Boussac*, *Slg* 1990, I-307, Rn 9 ff.



**Durchführungsverbot** gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV<sup>286</sup>. Dank der unmittelbaren Anwendbarkeit des Durchführungsverbots ist es Konkurrenzunternehmen des – durch die nicht notifizierte Beihilfe – begünstigten Unternehmens möglich, sich direkt an die nationale Kontrollinstanz zu wenden.<sup>287</sup>

Die öffentliche Hand kann Beihilfen entweder in den Formen des Privatrechts, dh auf vertraglicher Grundlage, oder in den Formen des öffentlichen Rechts, dh auf der Grundlage eines Bescheids, gewähren, wobei die privatrechtsförmige Beihilfengewährung deutlich überwiegt. Welche der beiden Rechtsformen sie wählt, ist für das Durchführungsverbot nicht von Belang; von der Wahl der Rechtsform hängt jedoch ab, welchen Rechtsschutzweg der Betroffene einzuschlagen hat (siehe dazu gleich unten).<sup>288</sup>

### 5.2.1. Rechte des Beihilfeempfängers

Der nationale Rechtsschutz dient dem durch die Beihilfe begünstigten Unternehmen vorrangig zur **Abwehr der Rückforderung** der von der öffentlichen Hand gewährten Vorteile. Das Beihilfeverbot des Art 107 Abs 1 AEUV verbietet einerseits, dass die öffentliche Hand eine Beihilfe gewährt bevor diese von der Kommission genehmigt wurde und andererseits, dass der potentielle Beihilfenempfänger eine (noch) nicht genehmigte Beihilfe annimmt.<sup>289</sup> Bei Verstoß gegen das Beihilfeverbot muss der Mitgliedstaat die von ihm gewährte Beihilfe vom Begünstigten zurückverlangen<sup>290</sup> bzw der Beihilfeempfänger die Beihilfe an den gewährenden Mitgliedstaat zurückzuerstatten.<sup>291</sup> Art 16 Abs 2 VVO schreibt vor, dass der zurückzufordernde Betrag „von dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung“ zu verzinsen ist. Sind jedoch seit der Gewährung mehr als zehn Jahre vergangen, ist die Rückforderung der Beihilfe ausgeschlossen.<sup>292</sup> Diese Verpflichtung kann der Mitgliedstaat je nachdem, ob ihm die Beihilfe privatrechtsförmig auf Grundlage eines Vertrags oder öffentlich-rechtlich auf Grundlage eines hoheitlichen Bescheids gewährt wurde, über den **Zivilrechtsweg** der ordentlichen Gerichte oder über den eines allgemeinen Verwaltungsverfahrens durch Bekämpfung des Bescheids, mit dem die Beihilfe seitens des Staates zurückgefordert wird, anfechten. Eine Beihilfengewährung im Rahmen einer **Liegenschaftsveräußerung der öffentlichen Hand** erfolgt **privatrechtsförmig**, namentlich auf der Grundlage eines privatrechtlichen **Kaufvertrags**. Eine im Rahmen dessen rechtswidrig gewährte Beihilfe

---

<sup>286</sup> Art 108 Abs 3 AEUV lautet: „Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 107 mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.“

<sup>287</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 426.

<sup>288</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804.

<sup>289</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804.

<sup>290</sup> Wie der Mitgliedstaat die Beihilfe zurückfordert, ist diesem überlassen, sie müssen allerdings alle in ihren Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte samt einstweiliger Maßnahmen setzen (Art 16 Abs 3 Satz 2 VVO). Die gewählten Mittel dürfen die Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts allerdings nicht beeinträchtigen (EuGH, Rs C-404/00, Kommission/Spanien, Rz 24).

<sup>291</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 384 ff.

<sup>292</sup> Art 17 Abs 1 VVO.

der öffentlichen Hand an den Liegenschaftskäufer erfolgt idR durch einen nicht marktkonformen, zu niedrigen Verkaufspreis (zur Marktkonformität des Kaufpreises siehe ausführlich im Kapitel I.4.2.2.).

Bekämpft ein Beihilfeempfänger den Negativbeschluss der EK hat dies **keine aufschiebende Wirkung**; der Mitgliedstaat ist daher zu dessen Vollzug, dh zur Rückforderung der von ihm gewährten Beihilfe, verpflichtet.<sup>293</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die – bereits oben im Kapitel I.5.1.2.) erwähnte – Deggendorf-Doktrin,<sup>294</sup> die Beihilfeempfängern die Bekämpfung einer Rückforderungsmaßnahme auf nationalem Rechtsschutzweg versagt, sofern diese sich nicht bereits die Negativentscheidung der EK auf europäischer Ebene angefochten haben.

Erleidet das begünstigte Unternehmen durch schuldhaftes Verhalten des MS als Beihilfegeber, wie zB den Verstoß gegen die Notifikationspflicht, einen Schaden, so kann das Unternehmen Schadenersatzansprüche geltend machen.<sup>295</sup>

### **Ausschluss der Rückforderung durch den Mitgliedstaat:**

In Ausnahmefällen ist die Rückforderung durch den Mitgliedstaat ausgeschlossen, insbesondere aus Vertrauensschutzgründen (unter der Voraussetzung, dass die betreffende Beihilfe notifiziert wurde) oder bei absoluter Unmöglichkeit der Rückforderung.

Zum **Vertrauensschutz** heißt es in der Rechtsprechung<sup>296</sup>: „Nach ständiger Rechtsprechung kann sich auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes jeder berufen, bei dem ein Unionsorgan durch klare Zusicherungen begründete Erwartungen geweckt hat. Klare, nicht an Bedingungen geknüpfte und übereinstimmende Auskünfte stellen unabhängig von der Form ihrer Mitteilung solche Zusicherungen dar. Außerdem dürfen beihilfebegünstigte Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung auf die Ordnungsgemäßheit der Beihilfe grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn sie unter Einhaltung des im AEU-Vertrag vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. [...] Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden ist es nämlich regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten wurde.“ Daraus lassen sich zwei Schlüsse gewinnen: Zum einen ist es dem Gewerbetreibenden zumutbar, sich zu vergewissern, ob die Beihilfe der EK zur Notifikation vorgelegt wurde,<sup>297</sup> wodurch dem Beihilfeempfänger im Grunde eine eigenständige Erkundigungspflicht hinsichtlich der Einhaltung des Verfahrens gemäß Art 108 AEUV auferlegt wurde.<sup>298</sup> Zum anderen kann ein Verhalten der Unionsorgane nur dann ein berechtigtes Vertrauen des Beihilfeempfängers begründen, wenn es sich um eindeutige Äußerungen des Unionsorgans handelt.

---

<sup>293</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 432.

<sup>294</sup> vgl EuGH, Rs C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf.

<sup>295</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 432; *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung - Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2, 185 ff.

<sup>296</sup> EuG, Rs T-620/11, GFKL/Kommission, Rz 187 f.

<sup>297</sup> EuGH, Rs C-148/04, Unicredito, Rz 104; Rs C-24/95, Alcan; Rs C-5/89, Kommission/Deutschland, Rz 14.

<sup>298</sup> *Koenig/Kühlin/Ritter*, Eg-Beihilferecht, Rz 463.

Das Argument der tatsächlichen **Unmöglichkeit** der Rückforderung seitens eines Mitgliedstaates wird nur in sehr seltenen Fällen von den Unionsgerichten anerkannt. So muss die Rückforderung der gewährten Beihilfe aufgrund vom MS nicht zu beherrschender Umstände als „tatsächlich unmöglich“ eingestuft werden.<sup>299</sup> Den restriktiven Umgang mit dieser Argumentation zeigt sich in der Judikatur zur *Rs C-63/14, Kommission/Frankreich*. Demnach reichte es dem EuGH nicht, dass die Rückforderung beim Beihilfeempfänger die Insolvenz bewirken würde, was angesichts der zu erwartenden Streiks und sozialen Unruhen den Fährverkehr zur Insel Korsika und damit die Versorgung der Insel beeinträchtigen könne.<sup>300</sup>

### **Gesetzwidrigkeit des Kaufvertrages gemäß § 879 Abs 1 ABGB:**

Geht man davon aus, dass ein Mitgliedstaat bzw die öffentliche Hand eine Liegenschaft zu einem unüblich niedrigen Preis an ein Unternehmen verkauft und die EK die Differenz zum marktkonformen Wert der Liegenschaft als verbotene Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV qualifiziert hat (siehe oben, Kapitel I.4.2.2.), stellt sich im Verhältnis zwischen der öffentlichen Hand als Beihilfegeber und dem durch den niedrigen Kaufpreis begünstigten Unternehmen als Beihilfeempfänger die Frage, inwiefern sich dieser Verstoß gegen das Beihilfeverbot auf den der Beihilfe zugrundeliegenden Kaufvertrag auswirkt. In diesem Kapitel soll daher untersucht werden, ob der Kaufvertrag, mit dem die (negative) Beihilfe gewährt wurde, nichtig ist und wenn dem so ist, wie weit diese Nichtigkeit reicht.

Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. § 879 Abs 1 ABGB setzt somit der Privatautonomie der Parteien bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen Grenzen.<sup>301</sup> Gesetzeswidrig sind all jene Rechtsgeschäfte, die gegen ein im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehendes gesetzliches Ge- und Verbot der österreichischen Rechtsordnung – seien es zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsnormen – verstößt.<sup>302</sup> Als Gesetz iSd § 879 Abs 1 ABGB gilt auch **unmittelbar anwendbares EU-Recht**.<sup>303</sup> Unmittelbar anwendbar sind das **Durchführungsverbot** gemäß Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV als auch das **Beihilfeverbot** nach Art 107 Abs 1 AEUV **ab Erlass eines Negativbeschlusses** durch die EK.<sup>304</sup> Gesetzeswidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB sind daher nicht nur Verträge, die gegen den Negativbeschluss der EK und somit gegen das Beihilfeverbot verstoßen, sondern auch solche, die gegen das Durchführungsverbot verstoßen.<sup>305</sup>

---

<sup>299</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 390.

<sup>300</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 390 mit Verweis auf *Soltész*, EuZW 2016, 87 (93).

<sup>301</sup> *Riedler*, Studienkonzept Zivilrecht I<sup>5</sup>, Rz 19/3.

<sup>302</sup> *Riedler*, Studienkonzept Zivilrecht I<sup>5</sup>, Rz 19/4.

<sup>303</sup> OGH 1 Ob 40/04 w; 1 Ob 57/04 w im Anschluss an EuGH, Rs C-157/02; OGH 10 Ob 70/14 p.

<sup>304</sup> *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung - Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in *Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Teil 8/2, 78 f; *Arturo*, Rechtsschutz im Beihilfenrecht (1998) 73.

<sup>305</sup> *Rüffler*, Beihilfenrecht, in *Studiengesellschaft Recht und Wirtschaft*, 168.

- **Verstoß gegen das Beihilfeverbot**

Nach ständiger Rsp<sup>306</sup> und Lehre<sup>307</sup> bewirkt eine Gesetzeswidrigkeit jedoch nur dann Nichtigkeit, wenn dies ausdrücklich normiert oder durch den Verbotszweck geboten ist. Da weder Art 107 ff AEUV noch die entsprechenden Entscheidungen der Kommission, die für die Genehmigung und Überwachung nationaler Beihilfen zuständig ist, Nichtigkeit ausdrücklich normieren, ist der **Verbotszweck** des Beihilfeverbots zu untersuchen. Es ist zwischen amtswegig zu berücksichtigender, absoluter Nichtigkeit und geltend zu machender, relativer Nichtigkeit zu unterscheiden. Die Art der Nichtigkeit hängt vom Zweck der verletzten Norm ab: Bezweckt die Norm bloß den Schutz einer Partei, ist von relativer Nichtigkeit auszugehen, die von der betroffenen Partei geltend zu machen ist; will die Norm aber Allgemeininteressen oder Interessen Dritter durch das Verbot schützen, liegt absolute Nichtigkeit vor. Nach hM soll das Beihilfeverbot das allgemeine Interesse und das Interesse Dritter an einem unverfälschten Wettbewerb, weshalb Verträge, mit denen rechtswidrige Beihilfen gewährt werden, **absolut nichtig** sind.<sup>308</sup> Das Rechtsgeschäft entfaltet folglich keinerlei Rechtswirkungen, was eine spätere Anfechtung erübrigt, da ohnehin kein Vertragsverhältnis begründet wurde und zwar unabhängig davon, ob sich jemand darauf beruft. Absolute Nichtigkeit eines Rechtsverhältnisses ist grundsätzlich unheilbar und kann von jedem, von unbeteiligten Dritten und sogar vom Vertragspartner geltend gemacht werden, der die Nichtigkeit zum vermeintlichen Vertragsschlusszeitpunkt kannte. Die Leistungen, die aufgrund des vermeintlichen Vertragsschlusses erbracht wurden, erfolgten somit rechtsgrundlos und können daher zum einen gemäß **§ 877 ABGB** bereicherungsrechtlich kondiziert und gemäß **§ 366 ABGB** sachenrechtlich vindiziert werden.

Da bei einem Liegenschaftsverkauf der öffentlichen Hand zu einem marktunüblich niedrigen Kaufpreis davon auszugehen ist, dass der Kaufvertrag eine Beihilfe in Höhe der Differenz zum Marktpreis enthält, ist zu prüfen, ob ein solcher Kaufvertrag, der nur teilweise gegen ein gesetzliches Ge- oder Verbot verstößt, zur Gänze oder nur teilweise nichtig ist (**Reichweite der Nichtigkeit**). Mittels analoger Anwendung des § 878 Satz 2 ABGB ist im Zweifel von der Gültigkeit des restlichen Vertrags auszugehen, solange der Zweck der verletzten Norm nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrags erforderlich macht.<sup>309</sup> Gibt der Normzweck keinen Aufschluss über die Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit, so gilt der hypothetische Parteiwille, wonach zu fragen wäre, ob redliche Parteien den Vertrag auch ohne die wegen Rechtswidrigkeit nichtige Klausel abgeschlossen hätten.<sup>310</sup> Der Zweck des Beihilfeverbots gibt grundsätzlich keinen Aufschluss darüber, ob verbotswidrige Verträge teil- oder gesamtnichtig sein

---

<sup>306</sup> zB OGH 4 Ob 12/63; 8 Ob 58/69; 6 Ob 765/81; 3 Ob 580/81; 1 Ob 627/84; 9 ObA 80/00 f; 6 Ob 311/01 f.

<sup>307</sup> zB *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 3 (Stand 1.10.2017, rdb.at); *Krejci in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 879 Rz 21; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 551; *Bollenberger in KBB*<sup>5</sup> § 879 Rz 3.

<sup>308</sup> *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilfenrecht (2004) 168; *Jaeger*, eolex 2006, 804; *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 487.

<sup>309</sup> *Riedler*, Studienkonzept Zivilrecht I<sup>5</sup>, Rz 16/14.

<sup>310</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 489 mit Verweis auf *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 514 mwN.

sollen.<sup>311</sup> Um einen unverfälschten Wettbewerb sicherzustellen, ist es grundsätzlich ausreichend, die Beihilfeelemente zurückzufordern.<sup>312</sup> Die Nichtigkeit müsste daher nur jene Vertragsbestandteile erfassen, die sich auf die Beihilfengewährung (im vom Durchführungsverbot erfassten Zeitraum) beziehen (Teilnichtigkeit).<sup>313</sup> Erfasst die Nichtigkeit aber Vertragsbestandteile, die die Grundlage des Rechtsgeschäfts bilden, so ist der gesamte Vertrag nichtig; bilden sie hingegen nur sonstige Vertragsbestandteile (zB wenn die Beihilfe nur einen Aspekt eines Kaufvertrags darstellt), so liegt bloße Teilnichtigkeit vor; die Reichweite der Nichtigkeit bestimmt sich in diesem Fall nach dem Prinzip der **geltungserhaltenden Reduktion** anhand des **hypothetischen Parteiwillens**.<sup>314</sup> Wie hätten redliche Parteien den Vertrag also abgeschlossen, wenn sie gewusst hätten, dass die EK und die Unionsgerichte der Ansicht sind, dass die öffentliche Hand beim Verkauf der Liegenschaft durch den marktunüblich niedrigen Kaufpreis eine staatliche Beihilfe gewährt hat und der Käufer diese Differenz nun nachzahlen muss? Die Beantwortung dieser Frage hängt in **Einzelfall** davon ab, wie stark die ursprüngliche Äquivalenz zwischen Leistung (Liegenschaft) und Gegenleistung (Kaufpreis) durch die Nachzahlung auf den Marktwert der Immobilie beeinflusst wird.<sup>315</sup> Dieser Einzelfallprüfung widersprechen kritische Stimmen,<sup>316</sup> die sich für die **Gesamtnichtigkeit** des der Beihilfe zugrundeliegenden Vertrags aussprechen, da andernfalls bei bloßer Teilnichtigkeit der Anreiz bestehen könnte, es darauf ankommen zu lassen. Denn im schlimmsten Fall wäre nur auf den Marktwert der Liegenschaft aufzuzahlen, Bußgelder mit Sanktionscharakter kennt das Beihilferecht nicht. So ist die geltungserhaltende Reduktion auch im Kartellrecht im engeren Sinn umstritten.<sup>317</sup>

- **Verstoß gegen das Durchführungsverbot**

Das Durchführungsverbot dient der Absicherung der Notifikationspflicht der Mitgliedstaaten und somit der Verwirklichung der Präventivkontrolle staatlicher Beihilfemaßnahmen durch die EK.<sup>318</sup> Das Durchführungsverbot untersagt Mitgliedstaaten, eine notifikationspflichtige Beihilfe vor der Genehmigung durch die EK (oder mangels Äußerung durch Zeitablauf) zu gewähren. Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV hat unmittelbare Wirkung in nationalen Rechtsordnungen, dessen Verletzung die

---

<sup>311</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 490.

<sup>312</sup> *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung - Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2, 208 f.

<sup>313</sup> *Jaeger*, *ecolx* 2006, 804.

<sup>314</sup> *Jaeger*, *ecolx* 2006, 804; ausführlich *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung - Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2 (2000) 82 ff; OGH 6 Ob 506/95.

<sup>315</sup> *Rüffler*, Beihilfenrecht, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, 171; OGH 6 Ob 506/95.

<sup>316</sup> *Rüffler*, Beihilfenrecht, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, 171.

<sup>317</sup> So lehnt insbesondere der deutsche BGH die Reduktion des Vertrags auf das noch zulässige Maß bei kartellrechtliche Wettbewerbsverbote, die in sachlicher und räumlicher Hinsicht über das für die Vertragsdurchführung erforderliche Maß hinausgehen, ab (vgl. *Bernhard*, Grenzen vertraglicher Wettbewerbsverbote zwischen Unternehmen, NJW 2013, 2789 mit kritischer Würdigung zu BGH, WuW/E DE-R 1305 [1306]).

<sup>318</sup> *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 108 AEUV Rz 69 f (Stand Jänner 2014).

Rechtswidrigkeit der Beihilfegewährung bewirkt.<sup>319</sup> Verträge, die gegen das Durchführungsverbot verstoßen wären daher grundsätzlich gesetzwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB.

Ob diese jedoch tatsächlich nach ihrem Verbotszweck nichtig sind, ist höchst umstritten – einige Stimmen in der Literatur sprechen sich für die Nichtigkeit aus.<sup>320</sup> *Rüffler*<sup>321</sup> vertritt hingegen die Auffassung, dass ein Vertrag, der gegen Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV verstößt, nicht nichtig, sondern bloß schwebend unwirksam ist, solange die Genehmigung der Beihilfe durch die EK noch möglich ist; erst wenn dies nicht mehr möglich ist, weil die EK einen Negativbeschluss gefällt hat, soll der Vertrag absolut nichtig sein<sup>322</sup>. Nach dieser Ansicht unterläge der Vertrag daher der **aufschiebenden Bedingung** der Genehmigung durch die EK.<sup>323</sup> Das OLG Wien teilte diese Rechtsansicht in der *Rs Bank Burgenland*.<sup>324,325</sup> Genehmigt die EK die zur Notifikation vorgelegte Beihilfe, wird dessen vertragliche Grundlage **ex nunc** wirksam und dem begünstigten Unternehmen erwächst ein durchsetzbarer Anspruch auf die vertraglich bedungene Leistung (samt der genehmigten Beihilfe).<sup>326</sup> Jedenfalls zurückzufordern ist der wirtschaftliche Vorteil, der durch die Beihilfegewährung ohne Notifikation bis zur deren positiven Entscheidung über diese Beihilfe entstanden ist.<sup>327</sup> Bis zur Genehmigung der EK zeitigt der Vertrag aber ebenfalls bereits Rechtswirkungen: So sind die Parteien trotz fehlender Genehmigung an den Vertrag gebunden und können ihn nicht einseitig auflösen; außerdem verpflichtet er den beihilfegewährenden MS, für die ordnungsgemäße Notifikation bei der EK zu sorgen.<sup>328</sup>

Von eminenter Bedeutung ist jedoch: Wirken Beihilfegeber und Beihilfeempfänger jedoch zusammen, um die **Präventivkontrolle der EK zu umgehen**, weil sie wissen, dass die EK die Zuwendung des

---

<sup>319</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 511 mit Verweis auf EuGH, Rs C-120/73, Gebrüder Lorenz, Rz 8.

<sup>320</sup> Die Nichtigkeit bejahend: *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804; *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 514; *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftswidriger Beihilfegewährung - Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2 (2000) 81f; *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht 2 (2001) 134.

<sup>321</sup> *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilfenrecht (2004) 158.

<sup>322</sup> Erhebt eine der Parteien jedoch Nichtigkeitsklage gegen den Negativbeschluss der EK, so sind sie weiterhin an den Vertrag gebunden (*Wöllik*, Die Zivilrechtsfolgen bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 letzter Satz EGV, in *Jaeger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 354).

<sup>323</sup> Der OGH hat diese Frage, soweit ersichtlich, bis dato noch nicht behandelt (*Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in *Jaeger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 552).

<sup>324</sup> OLG Wien 2 R 150/06b.

<sup>325</sup> Kritisch *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 514: „Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass durch die Genehmigung der Kommission keine Heilung eintritt; der Verstoß gegen das Durchführungsverbot bleibt bestehen – die Beihilfe ist nur ab Entscheidung der Kommission rechtmäßig (FN: *Jaeger*, Hürden der Durchsetzung von Wettbewerbsrecht vor den Zivilgerichten, ÖZW 2007, 75). Die Verwirklichung des Normzwecks, nämlich dass keine Beihilfe ohne Genehmigung ausgezahlt wird und dadurch ein Wettbewerbsvorteil entsteht, erfordert jedoch nicht die Nichtigkeit; diese Rechtsfolge wäre somit unverhältnismäßig (FN: *Wöllik*, Die Zivilrechtsfolgen bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 letzter Satz EGV, in *Jaeger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 351).“

<sup>326</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 516.

<sup>327</sup> EuGH, Rs C-199/06, CELF I, Rz 50 bis 55 und 40.

<sup>328</sup> *Wöllik*, Die Zivilrechtsfolgen bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 letzter Satz EGV, in *Jaeger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 352 f.

beihilfegewährenden MS nicht genehmigen wird, ist der – der Beihilfe zugrundeliegende – Vertrag gemäß § 879 ABGB **absolut nichtig**.<sup>329</sup>

### 5.2.2. Rechte des Konkurrenten des Beihilfempfängers

Mit der Zulassung privater Partizipation an der Beihilfekontrolle im Wege von Konkurrentenklagen (*Private Enforcement*) wird das ureigene Interesse der Unternehmer an der Verhinderung unzulässiger Wettbewerbsverfälschungen zu ihren Lasten für die EU-Beihilfenaufsicht fruchtbar gemacht; gleichzeitig wird ein Korrektiv zur Doppelrolle des Mitgliedstaats als Beihilfegeber und als – zur Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen – Verpflichteter geschaffen.<sup>330</sup> Das *Private Enforcement* wendet sich unmittelbar gegen die wettbewerbsverfälschende Privilegierung von Unternehmen durch staatliche Beihilfen zu Lasten von Wettbewerbern. Hierauf gründet sich die Hoffnung, dass die von privaten Klägern vor mitgliedstaatlichen Gerichten betriebene Rechtsdurchsetzung zu einer effektiven Anwendung des EU-Beihilferechts in den Mitgliedsstaaten insgesamt führt. Konkurrenten von Beihilfempfängern sollen sich auf diese Weise – bei Beihilfengewährung iRd Privatwirtschaft – vor nationalen Gerichten<sup>331</sup> auf das **unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot** (noch) nicht genehmigter Beihilfen und die daraus abzuleitende Teil- oder Gesamtnichtigkeit stützen können<sup>332</sup>, um so vom Beihilfegeber die Rückforderung (bzw. Unterlassung der Gewährung) der Beihilfe und darüber hinaus allfälligen Schadenersatz fordern zu können. Auch einstweilige Rechtsschutzinstrumente sollen dem klagenden Wettbewerber nach der Vorstellung der EK als zwingendes Mindest-Repertoire des beihilferechtlichen *Private Enforcement* zur Verfügung stehen (siehe unten, Kapitel I.5.2.2.).<sup>333</sup>

Entscheidend ist die **Zuständigkeitsverteilung zwischen EK und nationalen Gerichten**.<sup>334</sup> Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind verpflichtet, die **Beihilfequalität** einer staatlichen Maßnahme – wenn nötig über ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH – eigenständig zu beurteilen, wohingegen die Entscheidung über die **Vereinbarkeit** der Beihilfe mit EU-Primär- und Sekundärrecht streng der EK sowie der nachprüfenden Kontrolle der Unionsgerichte vorbehalten ist.<sup>335</sup> Wird nach Intervention eines

---

<sup>329</sup> Dreher/Lübbig/Wolf-Posch, Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 517 mit Verweis auf OGH 1 Ob 562/9 SZ 62/42; SZ 64/56.

<sup>330</sup> Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rz 127 (Stand Januar 2014, rdb.at) mit Verweis auf Reufels, Subventionskontrolle 178.

<sup>331</sup> Wie auch unter Punkt 5.2.1. Rechte des Beihilfempfängers geht die Verfasserin auch in diesem Kapitel von einer **privatrechtsförmigen Beihilfengewährung** im Zuge einer **Liegenschaftsveräußerung der öffentlichen Hand** auf Grundlage eines **Kaufvertrags** mit dem Beihilfempfänger (iRd Privatwirtschaftsverwaltung) aus. Auf die Darlegung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Wettbewerbers des Beihilfempfängers bei einer öffentlich-rechtlichen Beihilfengewährung (iRd Hoheitsverwaltung) wird daher verzichtet.

<sup>332</sup> EuGH, Rs C-354/90, FNCE, Rn 12; verb. Rs C-261/01 und C-262/01, Van Calster, Rn 63.

<sup>333</sup> Barbist/Halder/Schachl, Praxisstudie: Bank Burgenland, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 551 (565) mit Verweis auf Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl 2009/C 85/1, Rn 26.

<sup>334</sup> Ausführlich Jaeger, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfenaufsichtsverfahren, in Hummer, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 417 (437 ff).

<sup>335</sup> Barbist/Halder/Schachl, Praxisstudie: Bank Burgenland, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 551 (566).

Konkurrenten (siehe unten, Kapitel I.5.2.2.) des Beihilfeempfängers von einem österreichischen Gericht festgestellt, dass im Zuge einer Liegenschaftsveräußerung der öffentlichen Hand eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV gewährt wurde, weil beispielsweise die Liegenschaft deutlich unter deren Marktwert an den Käufer veräußert wurde, und wurde diese von der öffentlichen Hand als Beihilfegeber entgegen Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV vor ihrer Gewährung nicht der EK zur Notifikation vorgelegt, hat das nationale Gericht geeignete Anspruchsgrundlagen in seiner Rechtsordnung ausfindig zu machen, um die geforderte Neutralisierung des Beihilfevorteils herbeizuführen.<sup>336</sup>

Die Neutralisierung des Beihilfevorteils bedeutet aus europarechtlicher Sicht aber nicht zwangsläufig die gänzliche Rückabwicklung des der Beihilfe zugrundeliegenden Vertrags - es genügt der zwischenzeitige Erlag des Beihilfebetrags samt Zinsen auf ein Sperrkonto, auf das der Beihilfeempfänger nur im Falle einer Positiventscheidung der EK zugreifen kann.<sup>337</sup> Fällt die EK in der Folge einen Negativbeschluss (Art 7 Abs 4 VVO), geht der auf das Sperrkonto überwiesene Beihilfebetrag vorbehaltlos an den Beihilfegeber zurück. Als weitere Folge des Negativbeschlusses erlangt auch das materielle Beihilfeverbot des Art 107 Abs 1 AEUV unmittelbare Anwendbarkeit (entweder als Unterlassungspflicht oder – sofern die Beihilfe bereits gewährt wurde – als Rückforderungspflicht des Beihilfegebers) und Konkurrentenklagen können sich ab diesem Zeitpunkt sowohl auf die materielle als auch die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfemaßnahme stützen.<sup>338</sup> Bei privatrechtsförmig gewährten Beihilfen dient das **UWG**<sup>339</sup> als **primäre Anspruchsgrundlage für Konkurrentenklagen** in nationalen Gerichtsverfahren (siehe unten, Kapitel I.5.2.2.). Versteht man das Durchführungsverbot als **Schutzgesetz** (auch) zu Gunsten von Wettbewerbern, wie es zuletzt der deutsche BGH<sup>340</sup> bestätigt hat, lassen sich nach hM zumindest gegen den Beihilfegeber vergleichbare Ansprüche auch unmittelbar aus dem **ABGB** ableiten.<sup>341</sup>

### **Durchführungsverbot als unionrechtliche Anspruchsgrundlage:**

Das Vehikel der Rechtsdurchsetzung für Konkurrenten eines Beihilfeempfängers ist Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV, das unmittelbar anwendbare<sup>342</sup> Durchführungsverbot für noch nicht von der EK genehmigte

---

<sup>336</sup> *Barbist/Halder/Schachl*, Praxisstudie: Bank Burgenland, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 551 (566).

<sup>337</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl 2009/C 85/1, Rn 61f; EuGH, Rs C-1/09, CELF II, Rn 37.

<sup>338</sup> *Eilmansberger*, Zivilrechtsfolgen der Beihilfegewährung, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Privatrecht (2000), Teil 8/2, 78.

<sup>339</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG), BGBl 448/1984 idF BGBl I 99/2016.

<sup>340</sup> BGH v 10.02.2011, I ZR 136/09, Flughafen Hahn – EuZW 2011, 440 (441f).

<sup>341</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (547 ff); *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfegewährung, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilferecht (2004), 165; *Jaeger*, Die höchstgerichtliche Beihilfejudikatur in Deutschland: Ein Vorbild für Österreich? wbl 2012/1, 9 (11).

<sup>342</sup> EuGH, Rs 120/73, Gebrüder Lorenz/Deutschland, Rz 8; Rs 6/64, Costa/E.N.E.L.; Rs C-354/90, FNCE, Rz 11; Rs C-39/94, SFEI, Rz 39.



Beihilfen.<sup>343</sup> Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV ist die Grundlage der Zuständigkeit der einzelstaatlichen Gerichte und die einzige primärrechtliche Bestimmung, auf die sich natürliche und juristische Personen als Wettbewerber vor den österreichischen Gerichten unmittelbar stützen können.<sup>344</sup> Somit haben Mitbewerber von Beihilfeempfängern „ein unmittelbar im Gemeinschafts- bzw Unionsrecht gründendes, individuelles und vor den nationalen Gerichten durchsetzbares Recht darauf, dass eine nicht von der Kommission genehmigte Beihilfe auch nicht gewährt wird.“<sup>345</sup>

Bis zur Genehmigung darf der Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen. Eine Beihilfe gilt iSd Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV als durchgeführt, sobald dem Beihilfeempfänger eine **unbedingte, rechtlich bindende Zusage** vorliegt,<sup>346</sup> also einen Anspruch auf Gewährung der Beihilfe hat.<sup>347</sup> Das Durchführungsverbot gilt aber nicht nur vor der Anmeldung der Beihilfe, sondern auch während ihrer vorläufigen Prüfung, während ihrer förmlichen Prüfung bis zur Genehmigung bzw bis sie als genehmigt gilt (Art 4 Abs 6 VVO). Genehmigt die EK das Beihilfevorhaben mangels Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nicht, so ist die Beihilfe formell und materiell rechtswidrig und auch das **Beihilfeverbot nach Art 107 Abs 1 AEUV erlangt unmittelbare Wirkung**.<sup>348</sup> Aber auch die Genehmigung einer Beihilfe beendet das Durchführungsverbot nur, sofern diese nicht beim EuG und EuGH angefochten wird: Wird sie angefochten, darf der Mitgliedstaat nicht auf sie vertrauen und muss die Entscheidung abwarten; das Beihilfevorhaben darf nur durchgeführt werden, wenn das EuG bzw EuGH den Positivbeschluss der EK nicht aufhebt.<sup>349</sup> Folgt das EuG bzw der EuGH dem Aufhebungsbegehren und hebt die Genehmigung der EK rückwirkend auf, so ist das Verfahren in das Stadium vor die Genehmigung zurückzusetzen.<sup>350</sup>

### **Vorgaben für den nationalen Rechtsschutz:**

Hand in Hand mit der unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbotes geht das **Äquivalenzgebot**, nach welchem beim Vollzug von Unionsrecht grundsätzlich die gleichen Verfahrensvorschriften

---

<sup>343</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804.

<sup>344</sup> *Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in Hummer, *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (2010) 417 (428).

<sup>345</sup> *Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in Hummer, *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (2010) 417 (428).

<sup>346</sup> EuGH, Rs C-99/98, Österreich / Kommission, Rz 38; EuG, Rs T-127/99, T-129/99 und T-148/99, *Disputacion Foral de Alava*, Rz 181 ff.

<sup>347</sup> Vgl Kommission 25. 9. 2007, langfristige Strombezugsvereinbarungen, (2009/287/EG), AB I 2009 L 83/1, Rz 342; Verordnung (EG) 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung), AB I L 214/3, Rz 36; Art 3 Abs 4 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18 Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, AB I L 352/1.

<sup>348</sup> EuGH, Rs C-78/76, *Steinike*, Rz 9 f.

<sup>349</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, *Jahrbuch Beihilferecht* 2014, 539 (542).

<sup>350</sup> EuGH, Rs C-39/94, *SFEI*, Rz 71 ff; Rs 120/73, *Lorenz/Deutschland*, Rz 8; Rs C-199/06, *CELF I*, Rz 61 ff; Rs C-1/09, *CELF II*, Rz 24 ff.

anzuwenden sind wie für gleiche oder ähnliche nationale Angelegenheit.<sup>351</sup> Anzuwenden sind somit die nationalen Rechtsvorschriften für vergleichbare Ansprüche.<sup>352</sup> In Fällen, in denen das nationale Recht die Durchsetzung des Durchführungsverbotes zB wegen Verjährung oder Rechtsmittelausschlusses verhindert, kann das Gemeinschaftsrecht in Ausnahmefällen die Anwendung nationaler Vorschriften untersagen (**Effektivitätsgebot**).<sup>353</sup> Ist diese Vorgangsweise ebenfalls nicht zielführend, wäre eine Schadenersatzklage wegen Staatshaftung anzudenken.<sup>354</sup> Zu beachten ist jedoch, dass die amtswegige Berücksichtigung des Beihilfeverbotes für nationale Gerichte nur geboten ist, wenn das nationale Recht dieses Recht vorsieht (**Dispositionsmaxime**) – eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung hierzu gibt es nicht<sup>355</sup>, außer das nationale Gericht ist an der amtswegigen Berücksichtigung nur ausnahmsweise (zB durch eine Präklusion) gehindert<sup>356</sup>. Nationalen Gerichten sind daher im Rahmen des *Private Enforcements* dazu verpflichtet,

- über die Wahrung der Rechte des Einzelnen bei Verstößen gegen die Verpflichtung nach Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV zu wachen,<sup>357</sup>
- die Rechte des Einzelnen davor zu schützen, dass staatliche Stellen das Verbot der Durchführung von Beihilfen vor dem Erlass einer Entscheidung der EK, mit der diese genehmigt werden, verletzen<sup>358</sup> und
- Schutzmaßnahmen zu erlassen, wenn die Qualifizierung als staatliche Beihilfe unzweifelhaft ist, wenn die Durchführung der Beihilfe unmittelbar bevorsteht oder die Beihilfe gewährt wurde und keine außergewöhnlichen Umstände wie Vertrauensschutzerwägungen<sup>359</sup>, die eine Rückforderung unangemessen erscheinen lassen, festgestellt worden sind<sup>360</sup>.

<sup>351</sup> EuGH, Rs C-120/73, Gebrüder Lorenz/Deutschland, Rz 8; Rs C-368/04, Transalpine Ölleitung, Rz 45; *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804; *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, *Praxis des EU-Beihilferechts*, Rz 512.

<sup>352</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804 mit Verweis auf EuGH, Rs C-120/73, Lorenz, Rz 9.

<sup>353</sup> stRsp, so auch in Rs C-174/02, SWNB, Rn 18.

<sup>354</sup> *Kommission*, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABI C 2009/85, 1 Rz 43 ff unter Hinweis auf die allgemeine Staatshaftungs-Rsp des EuGH in den Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich* und *Bonifaci* sowie C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*: In Österreich ist dazu eine Anwendung der §§ 1293 ff ABGB (sofern ein rechtswidriger Fördervertrag im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geschlossen worden ist) oder des AHG (sofern die unzulässige Subventionierung mit hoheitlichen Mitteln erfolgt ist) denkbar (zu den Haftungsgrundlagen eingehend *Eilmansberger*, *Zivilrechtsfolgen* 185 ff).

<sup>355</sup> stRsp, so auch EuGH, verb Rs C-430/93 ua, van Schijndel; verb Rs C-240/98 ua, *Oceano Grupo*, Rn 26.

<sup>356</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804; EuGH, Rs C-312/93, *Peterbroeck*, Rn 14 ff; Rs C-473/00, *Codifis*, Rn 36.

<sup>357</sup> EuGH, verb Rs C-261/01 und C-262/01, van Calster, Rz 75; OGH 4 Ob 154/09 i.

<sup>358</sup> EuGH, Rs C-368/04, Transalpine Ölleitung, Rn 44.

<sup>359</sup> EuGH, Rs C-39/94, *SFEI*, Rz 67 ff; verb Rs C-261/01 und C 262/01, van Calster, Rz 64; *Frenz*, *Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht*, Rz 1419; *Zellhofer/Solek*, Absolute rechtliche Unmöglichkeit der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, *EuZW* 2015, 622. Art 16 VVO besagt ausdrücklich, dass die EK nicht die Rückforderung der Beihilfe verlangt, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstoßen würde.

<sup>360</sup> EuGH, Rs C-1/09, *CELF II*, Rn 36.

Weder die Einleitung eines Prüfverfahrens<sup>361</sup> noch eine spätere Genehmigung der betreffenden Beihilfe<sup>362</sup> durch die EK entbindet nationale Gerichte von den genannten Verpflichtungen. Prüft die EK im Rahmen eines förmlichen Prüfungsverfahrens, ob die Maßnahme eines Mitgliedstaates eine verbotene Beihilfe darstellt oder Elemente einer solchen enthält, sind die einzelstaatlichen Gerichte an die Entscheidung der EK gebunden.<sup>363</sup> Bestehen jedoch Zweifel an der Auslegung des Beihilfebegriffes, der Auslegung oder Gültigkeit der Kommissionsentscheidung, kann das Gericht die EK um Erläuterung oder den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen.<sup>364</sup> Es ist jedoch dem Gericht verboten, sein Verfahren auszusetzen oder sich für unzuständig zu erklären.<sup>365</sup>

Das Durchführungsverbot sieht **vier Arten von Ansprüchen** vor, die privaten Klägern bzw Beklagten nach nationalem Recht zur Verfügung stehen müssen, andernfalls ist entgegenstehendes nationales Recht nicht anzuwenden (Effektivitätsgebot) bzw kann dies unter Umständen Schadenersatzansprüche qua Staatshaftung<sup>366</sup> zugunsten des Rechtsschutzsuchenden begründen.<sup>367</sup>

- **Aussetzung und Rückabwicklung der Beihilfe:** Sie bilden die zwei grundlegenden Ansprüche vor nationalen Gerichten, wenn festgestellt wurde, dass die EK von der betreffenden Beihilfe nicht unterrichtet wurde<sup>368</sup> und nicht allgemeine Rechtsgrundsätze wie Vertrauensschutzerwägungen (siehe oben, Kapitel I.5.1.1.) entgegenstehen. Es handelt sich um eine rein objektive Prüfung, die an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist.
- **Einstweiliger Rechtsschutz:** Das Durchführungsverbot beinhaltet auch ein Recht des Klägers auf Erlass einstweiliger Maßnahmen, soweit sie erforderlich sind; die Beurteilung, ob diese im konkreten Fall zweckmäßig erscheinen, wird jedoch dem nationalen Gericht überlassen.<sup>369</sup> Existiert im nationalen Recht keine Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung, so besteht für Rechtsschutzsuchende lediglich der Weg der Staatshaftung.<sup>370</sup>

---

<sup>361</sup> EuGH, Rs C-1/09, CELF II, Rn 27; Rs-C39/94, SFEI, Rn 53.

<sup>362</sup> EuGH, verb Rs C-261/01 ua, van Calster, Rn 56 und 73; Rs C-71/04, Xunta de Galicia, Rn 31; Rs-C39/94, SFEI, Rn 67.

<sup>363</sup> EuGH, Rs C-284/12, Deutsche Lufthansa, Rz 38 ff; aA *Sild*, Überblick über die beihilferechtliche Judikatur deutscher und österreichischer Gerichte, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2013, 549 ff.

<sup>364</sup> EuGH, Rs C-222/04, Cassa di Risparmio, Rz 72 ff.

<sup>365</sup> EuGH, Rs C-39/94, SFEI, Rz 53; Rs C-199/06, CELF I, Rz 40 ff; Rs C-1/09, CELF II, Rz 25 ff.

<sup>366</sup> *Kommission*, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl C 2009/85, 1 Rz 43 ff unter Hinweis auf die allgemeine Staatshaftungs-Rsp des EuGH in den Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich* und *Bonifaci* sowie C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*: In Österreich ist dazu eine Anwendung der §§ 1293 ff ABGB (sofern ein rechtswidriger Fördervertrag im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geschlossen worden ist) oder des AHG (sofern die unzulässige Subventionierung mit hoheitlichen Mitteln erfolgt ist) denkbar (zu den Haftungsgrundlagen eingehend *Eilmansberger*, Zivilrechtsfolgen 185 ff).

<sup>367</sup> *Jaeger*, *ecolx* 2006, 804.

<sup>368</sup> stRsp; zB EuGH, Rs C-39/94, SFEI, Slg 1996, 3547, Rn 71.

<sup>369</sup> stRsp; zB EuGH, Rs C-39/94, SFEI Rn 52 f.

<sup>370</sup> *Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in Hummer, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 417 (430); siehe FN 357 und 369.

- **Schadenersatz:** Erlitt der Kläger durch die vorzeitige Beihilfengewährung Schäden, bietet das Durchführungsverbot auch Schadenersatzansprüche gegenüber dem **Beihilfegeber**,<sup>371</sup> der in Analogie zur Staatshaftung auch einen etwaigen entgangenen Gewinn abdeckt.<sup>372</sup> Zu beachten ist, dass das Durchführungsverbot keinen Ersatzanspruch gegenüber dem Beihilfeempfänger verleiht.<sup>373</sup>
- **Feststellung des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot:** Es ist wohl davon auszugehen, dass der Schadenersatzanspruch auch eine Feststellungsklage hinsichtlich des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot umfasst.<sup>374</sup>

Es steht den einzelstaatlichen Gerichten frei, weitere Rechtsschutzmöglichkeiten zu gewähren.<sup>375</sup>

### **Nationale Rechtsschutzinstrumente nach dem UWG:**<sup>376</sup>

Neben dem Rechtsschutz auf europäischer Ebene durch die Beihilfenkontrolle der EK, sind die nationalen Gerichte iSd *Private Enforcement* dazu verpflichtet, zugunsten der Mitbewerber nach nationalem Recht sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot (und bei einem Negativbeschluss der EK gegen das Beihilfeverbot nach Art 107 Abs 1 AEUV) zu ziehen – sowohl in Hinblick auf die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfe als auch in Hinblick auf die gewährten finanziellen Vorteile.<sup>377</sup> Trotz dieser Verpflichtung der Mitgliedstaaten zugunsten der Mitbewerber für einen umfassenden Rechtsschutz zu sorgen, sind nationale Gerichtsverfahren auf Grundlage einer Konkurrentenklage nach wie vor selten.<sup>378</sup>

Wird einem Konkurrenten privatrechtsförmig auf vertraglicher Grundlage eine Beihilfe gewährt, dient das **UWG** als Grundlage für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche von Wettbewerbern, insbesondere zur Verhinderung der Beihilfenauszahlung bzw Durchsetzung von Rückabwicklungsansprüchen.<sup>379</sup> Die Ansprüche gründen auf dem Vorwurf des sittenwidrigen

<sup>371</sup> Grundlegend EuGH, Rs C-390/98, Banks, Rn 80.

<sup>372</sup> Zuletzt für das Kartellrecht EuGH, verb Rs C-295/04 ua, Manfredi, Rn 95 f; *Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in Hummer, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 417 (430).

<sup>373</sup> EuGH, Rs C-39/94, SFEI, Rn 74; *Jaeger*, *ecolx* 2006, 804.

<sup>374</sup> SA, Rs C-393/04 ua, Air Liquide, Rn 33; *Jaeger*, *ecolx* 2006, 804.

<sup>375</sup> EuGH, Rs C-199/06, CELF I, Rz 46, 53; Rs C-384/07, Wienstrom, Rz 28 ff; Rs C-39/94, SFEI, Rz 75; Rs C-1/09, CELF II, Rz 25.

<sup>376</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG), BGBl 448/1984 idF BGBl I 99/2016.

<sup>377</sup> EuGH, Rs C-354/90, FNCE, Rz 12; Rs C-284/12, Deutsche Lufthansa, Rz 30.

<sup>378</sup> *Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in Hummer, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 417 (463 ff).

<sup>379</sup> *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 108 AEUV Rz 132 (Stand Januar 2014, rdb.at); *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzwidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 141 ff; *Rebhahn*, Beihilfen- und Subventionsrecht, in Raschauer, Wirtschaftsrecht<sup>3</sup> (2010) Rz 858; *Koenig/Hellstern*, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach dem UWG gegen Empfänger von EU-rechtswidrigen Beihilfen (die Stufenklage gegen Quersubventionspraktiken), EWS 2011, 216 ff

**Vorsprung durch Rechtsbruch** und könnten sich theoretisch gegen den Staat (Beihilfegeber) als auch gegen das begünstigte Unternehmen (Beihilfeempfänger) wenden.<sup>380</sup> Das UWG bietet aus Sicht des Gemeinschaftsrechts ausreichende Instrumente (Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch samt einstweiligen Maßnahmen und Schadenersatzanspruch) für das *Private Enforcement*.<sup>381</sup>

- **Unterlassungsanspruch (§§ 1, 14 UWG)**<sup>382</sup>

Konkurrenten eines Beihilfeempfängers haben insbesondere Interesse daran, dass die Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe unterbleibt. Die Rechtsgrundlage für eine Unterlassungsklage hinsichtlich laufender oder bevorstehender Begünstigungen bilden Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV iVm § 14 UWG, zu deren Durchsetzung auch einstweilige Maßnahmen gemäß § 24 UWG zu Verfügung stehen.<sup>383</sup> Unter einer „unlauteren Geschäftspraktik oder sonstigen unlauteren Handlung“ iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG ist ua jede Übertretung einer generellen Norm (**Rechtsbruch**) zu verstehen.<sup>384</sup> Sowohl der Verstoß gegen das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot<sup>385</sup> gemäß Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV als auch durch einen Negativbeschluss der EK festgestellter Verstoß gegen das Beihilfeverbot<sup>386</sup> gemäß Art 107 Abs 1 AEUV stellen derartige Rechtsbrüche dar.

Beklagte der negativen Konkurrentenklage wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot können der Staat als Beihilfegeber und der Beihilfeempfänger sein (**Passivlegitimation**), da nicht nur die Gewährung, sondern auch die Entgegennahme einer rechtswidrigen Beihilfe als unlautere Handlung gemäß § 1 UWG zu werten ist – vorausgesetzt die Beihilfe wurde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung auf vertraglicher Grundlage gewährt<sup>387</sup> und der Rechtsbruch ist geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von anderen Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen bzw geeignet, dem Beihilfeempfänger einen nicht unerheblichen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen (**Wettbewerbsbeeinflussung**).<sup>388</sup> IdR ist

---

<sup>380</sup> *Tiefenthaler*, Innerstaatliche Gerichte als Hüter des europäischen Beihilfenrechts, wbl 1998, 514 f; *Thurnher*, Konkurrentenklagen gegen frühzeitige Beihilfen? *ecolex* 1996, 279 ff.

<sup>381</sup> *Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in *Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 417 (433): Eine alternative oder kumulative Heranziehung des ABGB erübrigt sich daher.

<sup>382</sup> § 1 Abs 1 UWG lautet: „Wer im geschäftlichen Verkehr 1. eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, oder 2. [...] kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“ § 14 Abs 1 UWG lautet: „In den Fällen der §§ 1 [...] kann der Anspruch auf Unterlassung von jedem Unternehmer, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt (Mitbewerber), oder von Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern geltend gemacht werden, soweit diese Vereinigungen Interessen vertreten, die durch die Handlung berührt werden. [...]“

<sup>383</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804.

<sup>384</sup> *Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 UWG Rz 676 (Stand Jänner 2016, rdb.at).

<sup>385</sup> OGH 4 Ob 40/11b; 4 Ob 154/09i; *Rebhahn*, Subventionsrecht, in *Raschauer*, Österreichisches Wirtschaftsrecht<sup>2</sup>, (2003) Rz 888; *Rüffler*, Der Einfluß des Europarechts auf das österreichische UWG, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 6/2 (1998) 471.

<sup>386</sup> *Arturo*, Zum Rechtsschutz im Beihilfenrecht (1999) 106 f.

<sup>387</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 448.

<sup>388</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 457.

die Wettbewerbsbeeinflussung unproblematisch zu bejahen, da es gerade das Wesen einer Beihilfe ist, den Beihilfeempfänger zu unterstützen, auch wenn dies den Konkurrenten zum Nachteil gereicht.<sup>389</sup>

Mit dem Tatbestandsmerkmal „**Handeln im geschäftlichen Verkehr**“ wird jedes Handeln in den Formen des Privatrechts verstanden und umfasst jede selbständige, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, soweit sie über eine rein private oder amtliche Tätigkeit hinausgeht.<sup>390</sup> Sowohl für den Staat als auch für das begünstigte Unternehmen stellt die privatrechtsförmige Beihilfengewährung ein Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ gemäß § 1 Abs 1 UWG dar.<sup>391</sup>

Ein Rechtsbruch gemäß Art 1 UWG setzt nicht nur ein Handeln im geschäftlichen Verkehr, sondern zusätzlich ein Handeln zu **Zwecken des Wettbewerbs** voraus, welches nach einem Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Beihilfeempfänger und dem klagenden Mitbewerber verlangt.<sup>392</sup>

Das Wettbewerbsverhältnis ist im Zusammenhang mit Konkurrentenklagen unionsrechtskonform zu interpretieren und somit weiter auszulegen als der nationale Wettbewerbsbegriff,<sup>393</sup> weswegen es zu eng greift, auf einen im Wesentlichen selben Lieferanten- oder Abnehmerkreis abzustellen.<sup>394</sup> So ist ein Wettbewerb auch zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen möglich;<sup>395</sup> sogar ein bloßes ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis, wenn also das Wettbewerbsverhältnis erst durch den Rechtsbruch begründet wird und nicht wie im Normalfall bereits zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsbruchs besteht,<sup>396</sup> genügt dem OGH.<sup>397</sup> Ist jedoch Gegner des Unterlassungsanspruchs nicht der Beihilfeempfänger sondern die beihilfegewährende öffentliche Hand, reicht es für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals aus, dass die öffentliche Hand mit der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe den Wettbewerb des Beihilfeempfängers fördern will.<sup>398</sup>

Ansprüche nach dem UWG bestehen in Hinblick auf das Beihilferecht bereits bei rein **objektivem Verstoß** gegen das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot (bzw nach dem Negativbeschluss der

---

<sup>389</sup> OGH 4 Ob 154/09i.

<sup>390</sup> *Heidinger* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 82 mwN (Stand Mai 2016, rdb.at).

<sup>391</sup> OGH 4 Ob 72/02w; 4 Ob 43/01d; 4 Ob 68/97x; 4Ob 50, 51/89; ausführlich *Koppensteiner*, Anmerkung zum PSK-Urteil, wbl 1990, 104 (104); *Rebhahn*, Subventionsrecht, in Raschauer, Österreichisches Wirtschaftsrecht<sup>2</sup>, (2003) Rz 887 und 889.

<sup>392</sup> *Heidinger* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 105 (Stand Mai 2016, rdb.at).

<sup>393</sup> *Jaeger*, Hürden der Durchsetzung von Wettbewerbsrecht vor den Zivilgerichten, ÖZW 2007, 73 (78).

<sup>394</sup> OGH 4 Ob 225/05z.

<sup>395</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 453.

<sup>396</sup> *Heidinger* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 118 (Stand Mai 2016, rdb.at).

<sup>397</sup> Abweichend von dieser weiten Auslegung verneinten das LG Eisenstadt (Beschluss des LG Eisenstadt, 27 Cg 90/06p-46) und OLG Wien (Beschluss des OLG Wien, 2 R 150/06b) das Wettbewerbsverhältnis in der *Rs Bank Burgenland* mit dem Argument, die im vorangegangenen Bieterverfahren unterlegene Höchstbieterin (österreichisch-ukrainisches Investorenkonsortium SLAV Handel, Vertretung und Beteiligung AG) und die erfolgreiche Erwerberin Grazer Wechselseitige Versicherung (GRAWE) nicht im selben Wirtschaftsbereich tätig seien und daher in keinem Wettbewerbsverhältnis stünden. Diese Begründung wird jedoch vom Schrifttum richtigerweise mit dem Hinweis auf die eben getätigten Ausführungen abgelehnt (*Jaeger*, Hürden der Durchsetzung von Wettbewerbsrecht vor den Zivilgerichten, ÖZW 2007, 73 (78) mwN)

<sup>398</sup> *Lintschinger*, Private Durchsetzung des Beihilfeverbots und neuere Judikatur österreichischer und deutscher Gerichte, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 505 (518 f); *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 456; 4 Ob 225/07b.

EK gegen das unmittelbar anwendbare Beihilfeverbot).<sup>399</sup> Eine mögliche Vertretbarkeit der dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot (unlautere Handlung iSd § 1 UWG) zugrunde liegenden Rechtsansicht ist irrelevant.<sup>400</sup> Beihilfegeber und -empfänger können sich daher nicht auf die Rechtsexpertise eines Sachverständigen berufen, nach dem die staatliche Maßnahme nicht zu notifizieren sei oder gegen das Beihilfeverbot des Art 107 Abs 1 AEUV verstoße, und diesbezüglich Vertrauensschutzwägungen ins Treffen führen.<sup>401</sup> Der Einwand der mangelnden Erkennbarkeit der Maßnahme als Beihilfe seitens der öffentlichen Hand oder des Empfängers ist daher grundsätzlich unbeachtlich sein.<sup>402</sup> Einzig und allein die Notifikation der jeweiligen staatlichen Maßnahme bei der EK bietet Rechtssicherheit vor UWG-Ansprüchen von Wettbewerbern. Der lauterkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch besteht daher bereits dann, wenn der Beihilfegeber oder -empfänger objektiv gegen das Durchführungsverbot verstoßen hat (Wiederholungsgefahr) oder dagegen zu verstoßen droht (Erstbegehungsgefahr).<sup>403</sup>

- **Beseitigungsanspruch (§§ 1, 15 UWG)**<sup>404</sup>

Ein Unterlassungsanspruch geht ins Leere, sobald die Beihilfe gewährt wurde. Ab diesem Zeitpunkt muss der Konkurrent des Beihilfeempfängers einen Beseitigungsanspruch erheben, um die Beihilfegewährung rückabzuwickeln und so eine Neutralisierung der dadurch entstandenen Begünstigung des Beihilfeempfängers und die daraus resultierende Wettbewerbsverfälschung zu erreichen. Rückabwicklungs- bzw Beseitigungsansprüche kann entweder gegen den beihilfegewährenden Mitgliedstaat (Rückforderung der Beihilfe) oder vom Beihilfeempfänger (Rückzahlung der Beihilfe) gerichtet werden (**Passivlegitimation**) – vorausgesetzt der jeweilige Beklagte ist verfügungsbefugt über die betreffende Beihilfe. **Verfügungsbefugt** ist in diesem Zusammenhang auch, wer einen vertraglichen oder gesetzlichen Rückgabeanpruch hat, sofern die Rückgabe auch tatsächlich möglich ist.<sup>405</sup> Von der Verfügungsbefugnis des Mitgliedstaates ist insbesondere dann auszugehen, wenn der der Beihilfegewährung zugrundeliegende Vertrag absolut nichtig gemäß § 879 Abs 1 AEUV ist (siehe oben,

---

<sup>399</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 460.

<sup>400</sup> OGH 4 Ob 154/09 i.

<sup>401</sup> *Lintschinger*, Private Durchsetzung des Beihilfeverbots und neuere Judikatur österreichischer und deutscher Gerichte, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 505 (518 f).

<sup>402</sup> *Jaeger*, *ecolex* 2006, 804 untersuchte diesbezüglich die EuGH-Rsp zur Begründung schutzwürdigen Vertrauens auf die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe, wonach einem sorgfältigen Gewerbetreibenden zugemutet werden kann, die Rechtmäßigkeit einer Zuwendung zu überprüfen. Aus dieser EuGH-Rsp zieht *Jaeger* zwei Schlüsse: „Erstens ist eine Sittenwidrigkeit von Gewährung oder Entgegennahme nur ganz ausnahmsweise zu verneinen, und zwar im Wesentlichen nur, wenn die Europäische Kommission selbst den Eindruck der Rechtmäßigkeit der Maßnahme befördert hat; auf das Verhalten von Organen der Mitgliedstaaten kann es dagegen mit Blick auf die alleinige Zuständigkeit der Europäischen Kommission zur Beihilfengenehmigung wohl nicht ankommen. Zweitens ist der Maßstab der Sittenwidrigkeit für öffentliche Hand und Empfänger gleich anzulegen, sodass letzterer insb nicht in den Genuss eines mildereren Standards kommen kann.“

<sup>403</sup> *Lintschinger*, Private Durchsetzung des Beihilfeverbots und neuere Judikatur österreichischer und deutscher Gerichte, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 505 (519).

<sup>404</sup> § 15 UWG lautet: „Der Anspruch auf Unterlassung umfaßt auch das Recht, die Beseitigung des den Vorschriften des Gesetzes widerstreitenden Zustandes vom Verpflichteten, soweit ihm die Verfügung hierüber zusteht, zu verlangen.“

<sup>405</sup> *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 15 Rz 76 (Stand Dezember 2016, rdb.at).

Kapitel I.5.2.1.). Behauptungs- und Beweispflichtig hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Verpflichteten über die Beihilfe ist der Kläger.<sup>406</sup>

- **Einstweilige Maßnahmen (§ 24 UWG)**<sup>407</sup>

Zur Sicherung von Unterlassungs- und/oder Beseitigungsansprüchen besteht auch die Möglichkeit einstweilige Maßnahmen gemäß § 24 UWG zu beantragen. Aufgrund der Vermutung, dass im Wettbewerbsrecht generell akute Gefährdung besteht, verlangt § 24 UWG zur Sicherung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche zugunsten des Antragstellers keinen Nachweis einer Gefährdung iSd § 381 EO.<sup>408</sup>

- **Schadenersatz (§§ 1, 16, 17 UWG)**<sup>409</sup>

Wurde gegen das Durchführungsverbot oder das – nach dem Negativbeschluss der EK ebenfalls unmittelbar anwendbare – Beihilfeverbot schuldhaft von Seiten des **Beihilfegebers** verstoßen (unlautere Handlungen iSd § 1 UWG) und entstand einem Konkurrenten des Beihilfeempfängers dadurch ein Nachteil, steht diesem grundsätzlich auch Schadenersatz zu. Dieser umfasst den entgangenen Gewinn. Das dafür erforderliche Verschulden seitens des beihilfegewährenden Mitgliedstaates wird idR zu bejahen sein, da das Unterlassen der Notifikation einer Beihilfe zumindest **fahrlässig** ist,<sup>410</sup> was für einen Verstoß gegen eine Negativentscheidung der EK umso mehr gelten muss.<sup>411</sup> Adressat des Beihilfeverbots (Art 107 Abs 1 AEUV) und des Durchführungsverbotes (Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV) ist ausschließlich der Mitgliedstaat, weshalb eine Schadenersatzpflicht des **Beihilfeempfängers** lediglich bei **offenkundiger Rechtsverletzung** in Betracht kommt; beruht der Verstoß hingegen auf einer vertretbaren Rechtsansicht ist die Offenkundigkeit zu verneinen.<sup>412</sup> Je unklarer daher die Qualifikation einer staatlichen Maßnahme als Beihilfe ist, desto weniger offenkundig ist ein Rechtsverstoß.<sup>413</sup> Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass sich ein sorgfältiger Beihilfeempfänger darüber informiert, ob die Maßnahme gegenüber

---

<sup>406</sup> *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 15 Rz 77 (Stand Dezember 2016, rdb.at).

<sup>407</sup> § 24 UWG lautet: „Zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die im § 381 EO bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen.“

<sup>408</sup> *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 24 Rz 7 (Stand Dezember 2016).

<sup>409</sup> § 16 Abs 1 UWG lautet: „Wer auf Grund dieses Gesetzes berechtigt ist, einen Anspruch auf Schadenersatz zu stellen, kann auch den Ersatz des entgangenen Gewinns fordern.“; § 17 UWG lautet: „Sind für einen Schaden, dessen Ersatz auf Grund dieses Gesetzes zu leisten ist, mehrere Personen verantwortlich, so haften sie zur ungeteilten Hand.“

<sup>410</sup> *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 163.

<sup>411</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 468.

<sup>412</sup> *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 164.

<sup>413</sup> *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 164.



der EK vom Mitgliedstaat ordnungsgemäß angemeldet wurde.<sup>414</sup> Der beihilfegewährende Staat und das durch die Beihilfe begünstigte Unternehmen haften gemäß § 17 UWG zur ungeteilten Hand.<sup>415</sup> Die Schadensberechnung wird wohl in der Praxis nicht leicht sein, weshalb ausdrücklich auf die Möglichkeit der Schadensschätzung gemäß § 273 ZPO hingewiesen wird.<sup>416</sup> Hinsichtlich des Nachweises, ob durch die Beihilfegewährung der geltend gemachte Schaden überhaupt entstanden ist, gelten die allgemeinen Beweislastregeln des Schadenersatzrechts.<sup>417</sup>

Schadenersatz wegen **Schutzgesetzverletzung** (§ 1311 ABGB iVm Art 108 Abs 3 letzter Satz AEUV): Im Schrifttum wurde bereits angedacht, ob Wettbewerbern eines Beihilfeempfängers, denen dauerhafte Schäden durch den Verstoß gegen das Durchführungsverbot entstanden sind, womöglich auch ein deliktischer Schadenersatzanspruch auf Grundlage des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot als Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB) zustünde.<sup>418</sup> Anders als der OGH bestätigte der deutsche BGH diese Rechtsansicht und somit den Schutzgesetzcharakter des Durchführungsverbots bereits.<sup>419</sup> Der Vorteil der Schadenersatzhaftung qua Schutzgesetzverletzung gegenüber dem lauterkeitsrechtlichen Schadenersatzanspruch gemäß §§ 1 iVm 16 UWG besteht insbesondere darin, dass der geschädigte Dritte seine Mitbewerbereignenschaft bzw das Wettbewerbsverhältnis zwischen ihm und dem Beihilfeempfänger nicht nachweisen muss.<sup>420</sup> Nach *Zellhofer/Solek* und *Jaeger* wäre die Rsp des deutschen BGH auch auf die österreichische Rechtslage übertragbar.<sup>421</sup>

- **Feststellungsklage (§ 228 ZPO)**

Gewährt ein Staat einem Unternehmen eine Maßnahme, ohne sie vorher angemeldet bzw der EK zur Notifikation vorgelegt zu haben (formell rechtswidrige Beihilfe wegen Verstoßes gegen das

---

<sup>414</sup> *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 164.

<sup>415</sup> *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 17 Rz 4 (Stand 1.12.2016, rdb.at): „*Strittig ist, ob § 17 UWG bloß § 1302 ABGB wiederholt, also eine bloße Klarstellung vorliegt, oder im Sinne einer Haftungsverschärfung eine Solidarhaftung auch bei Fahrlässigkeit und abgrenzbaren Kausalbeiträgen der einzelnen Schädiger anordnet. Praktisch hat diese Frage keine allzu große Bedeutung; 5 Rsp dazu liegt nicht vor. Die überwiegende Lehre versteht die Bestimmung im letzteren Sinn.*“

<sup>416</sup> *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Die Praxis des EU-Beihilferechts, Rz 468; *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 16 Rz 37 (Stand Dezember 2016).

<sup>417</sup> *zB Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III<sup>4</sup>: Schuldrecht Besonderer Teil (2010), Rz 13/36 ff mwN; *Rüffler* spricht sich deshalb für eine Erleichterung des „Obs“ eines Schadenseintritts aus (Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 156).

<sup>418</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (545 ff); *Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilferecht (2004), 165; *Jaeger*, Die höchstgerichtliche Beihilfejudikatur in Deutschland: Ein Vorbild für Österreich? wbl 2012/1, 9 (11).

<sup>419</sup> BGH, I ZR 136/09 sowie I ZR 213/08.

<sup>420</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (546).

<sup>421</sup> *Jaeger*, Die höchstgerichtliche Beihilfejudikatur in Deutschland: Ein Vorbild für Österreich? wbl 2012, 9 (11); *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (546).

Durchführungsverbot), kann der Wettbewerber des begünstigten Unternehmens daran interessiert sein, dass das beihilfegewährende Rechtsgeschäft (in unserem Fall der Liegenschafts Kaufvertrag bei zu niedrigem, nicht marktkonformem Kaufpreis) unwirksam ist. Eine bloße Feststellungsklage hat in diesem Fall gegenüber einer Leistungsklage zB auf Schadenersatz den Vorteil, nur das festzustellende Rechtsverhältnis benennen zu müssen, nicht jedoch den eingeklagten Schaden zu beziffern und ist insofern weniger aufwendig.<sup>422</sup> § 228 ZPO normiert zwei Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, nämlich die Feststellungsfähigkeit des jeweiligen Rechtsverhältnisses und das **rechtliche Interesse des Klägers** an der Feststellung:<sup>423</sup>

Das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses richtet sich nach dem – dem behaupteten Anspruch zugrundeliegenden – materiellen Recht. Ob ein Vertrag besteht ist per se ein **feststellungsfähiges Rechtsverhältnis**,<sup>424</sup> weshalb auch die Rechtsunwirksamkeit eines zwischen dem Mitgliedstaat und einem Beihilfempfänger abgeschlossenen beihilfegewährende Rechtsgeschäft (wie der Liegenschaftsverkauf zu einem marktunüblich niedrigen Preis) ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist.<sup>425</sup> Da eine Feststellungsklage allerdings erst möglich ist, wenn der rechtserzeugende Sachverhalt vollständig konkretisiert ist, kann die Rechtsunwirksamkeit eines beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts frühestens mit dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot festgestellt werden.<sup>426</sup> Verliefe ein Ausschreibungsverfahren beispielsweise nicht beihilferechtskonform, kann dies folglich erst festgestellt werden, wenn der Zuschlag erfolgte.<sup>427</sup> Kein Rechtsverhältnis und somit nicht feststellungsfähig sind zB auch Einzelemente eines Rechtsverhältnisses, weshalb auch nicht festgestellt werden kann, ob bestimmte Akte eines Verkaufsverfahrens beihilfewidrig sind oder nicht.<sup>428</sup>

Neben der Feststellungsfähigkeit muss der Kläger ein **qualifiziertes Feststellungsinteresse** haben, dh das festzustellende Recht bzw Rechtsverhältnis muss unmittelbare rechtliche Wirkung auf die Rechtsstellung des Klägers haben, weshalb ein bloßes wirtschaftliches Interesse nicht ausreicht.<sup>429</sup> Nach Ansicht des deutschen BGH handelt es sich bei der Feststellung der Rechtsunwirksamkeit eines beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts nicht um ein bloß wirtschaftliches Interesse, weil das Durchführungsverbot unmittelbar Rechte Dritter begründet und die nationalen Gerichte umfassend dazu verpflichtet, Dritte vor

---

<sup>422</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (557); *Lotze*, Die zivilrechtliche Feststellungsklage als Instrument der Geltendmachung von Beihilfeverstößen durch Wettbewerber, BRZ 2011, 131 (137).

<sup>423</sup> *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 38ff, 75 ff (Stand August 2017, rdb.at); OGH 19. 3. 2013 4 Ob 240/12s; OGH 13. 5. 2009, 7 Ob 252/08x; OGH 7. 4. 2000, 7 Ob 68/00a.

<sup>424</sup> *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 48 mwN (Stand August 2017, rdb.at).

<sup>425</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (557); BGH I ZR 92/11.

<sup>426</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (558).

<sup>427</sup> OGH 4 Ob 154/09i.

<sup>428</sup> OGH 4 Ob 154/09i.

<sup>429</sup> *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 82 ff mwN (Stand August 2017, rdb.at).

Wettbewerbsverfälschungen zu schützen.<sup>430</sup> Da das festzustellende Rechtsverhältnis nicht zwischen dem Kläger und Beklagten der Feststellungsklage bestehen muss, sondern auch zu Dritten bestehen kann, solange der Kläger unmittelbar durch das jeweilige Rechtsverhältnis betroffen ist, können auch Konkurrenten des Beihilfeempfängers eine Feststellungsklage bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Beihilfegeber und -empfänger erheben.<sup>431</sup> Im Übrigen muss sich das Interesse auf eine „alsbaldige“ Feststellung beziehen, dh das Bedürfnis nach Klärung der Rechtslage muss in der Gegenwart oder unter Berücksichtigung der Verfahrensdauer in der nahen Zukunft.<sup>432</sup> Darüber hinaus wird angenommen, ein derartiges Interesse bestünde nur dann, wenn der Kläger **keine weitreichenderen Rechtsschutzmöglichkeiten** wie zB eine Leistungsklage wählen könnte und somit die Feststellung des Rechtsverhältnisses zur Gänze überflüssig machen würde.<sup>433</sup> In Bezug auf das Beihilferecht ist also eine Feststellungsklage beispielsweise nicht zulässig, wenn die Beihilfe noch nicht gewährt wurde und der Kläger mit einer Unterlassungsklage zusätzlich zur Feststellung der Beihilferechtswidrigkeit auch die Unterlassung der Gewährung erreichen kann.<sup>434</sup> Ist also auch eine Leistungsklage möglich, so ist für die Frage, ob eine Feststellungsklage zulässig ist, zu klären, ob das Leistungsbegehren all das bietet, was mit dem Feststellungsbegehren angestrebt wird.<sup>435</sup>

### 5.3. Fallbeispiel: Rechtssache Bank Burgenland – Teil 2 (Rechtsschutz)

Aufgrund eines Ausschreibungsverfahrens, an dem die Grazer Wechselseitige Versicherung (kurz: GRAWE) und ein österreichisch-ukrainisches Investorenkonsortium (kurz: SLAV) teilgenommen haben, wurde die HYPO Bank Burgenland statt an die Höchstbieterin SLAV an die GRAWE verkauft, die deutlich weniger bot (zum übrigen Sachverhalt siehe oben, Kapitel I.4.7.). Welchen Rechtsschutzweg die SLAV gegen den Verkauf der Bank an die GRAWE einschlug, soll im folgenden in aller Kürze skizziert werden:

Die SLAV ging sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene gegen den Verkauf der Bank an die GRAWE vor. Sie richtete einerseits eine Beschwerde an die EK, die aufgrund dessen den Verkauf prüfte und zum Schluss kam, dass im Zuge dieses Verkaufs der Bank an die GRAWE eine staatliche Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV

---

<sup>430</sup> BGH I ZR 92/11; *Lotze*, Die zivilrechtliche Feststellungsklage als Instrument der Geltendmachung von Beihilfeverstößen durch Wettbewerber, BRZ 2011, 131 (138)

<sup>431</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (559); *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 75 (Stand August 2017, rdb.at); zuletzt 1 Ob 36/16z.

<sup>432</sup> *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 64 (Stand August 2017, rdb.at).

<sup>433</sup> *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 110 ff (Stand August 2017, rdb.at).

<sup>434</sup> *Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539 (560).

<sup>435</sup> *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 228 ZPO Rz 110 (Stand August 2017, rdb.at).

gewährt wurde. Die EK verpflichtete deshalb Österreich zur Rückforderung des Differenzbetrags zum Höchstgebot der SLAV (rund 55 Mio. Euro). Dagegen erhoben die Republik Österreich, das Land Burgenland und die GRAWE Nichtigkeitsklage an das EuG<sup>436</sup> und letztlich auch an den EuGH<sup>437</sup>, die jedoch beide die Klage zurückwiesen und die Ansicht der EK teilten.

Zugleich ging die SLAV auch auf nationaler Ebene gegen den Verkauf der Bank Burgenland an die GRAWE vor, in dem sie eine Konkurrentenklage – gestützt auf den Verstoß gegen das Durchführungsverbot iVm § 879 ABGB und § 1 UWG – erhob. Sie beehrte die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verkaufs an die GRAWE, die Beseitigung der Beihilfe durch Rückabwicklung des Kaufvertrags<sup>438</sup> und den Erlass einstweiliger Maßnahmen zur Sicherung des Beseitigungsanspruches. Sowohl das LG Eisenstadt<sup>439</sup> als erste Instanz als auch das OLG Wien<sup>440</sup> als zweite Instanz gaben der Konkurrentenklage der SLAV nicht statt, weil ihrer Ansicht nach das erforderliche Wettbewerbsverhältnis zwischen GRAWE und SLAV nicht gegeben war.<sup>441</sup> Dem widersprach zwar letztlich der OGH,<sup>442</sup> gab jedoch der außerordentlichen Revision trotz allem nicht Folge, weil die bloße geltungserhaltende Reduktion des Kaufvertrags ausreiche und daher die GRAWE den Differenzbetrag bloß aufzuzahlen, anstatt den gesamten Kaufpreis iSe Rückabwicklung (Beseitigung) zurückzuzahlen habe.<sup>443</sup>

#### **5.4. Zusammenfassung: Rechtsschutz im Beihilferecht**

Entscheidend für das Verständnis des Rechtsschutzsystems im Beihilferecht ist das Zusammenspiel zwischen *Public Enforcement* (öffentliche Beihilfekontrolle) und *Private Enforcement* (Private Rechtsdurchsetzung) sowie das Mehrebenensystem des Rechtsschutzes auf europäischer und auf mitgliedstaatlicher Ebene. Die öffentliche Beihilfekontrolle durch die Europäische Kommission und die nachprüfenden Instanzen des EuG und des EuGH können keinen vollumfänglichen Rechtsschutz für alle Betroffenen bieten – sei es aufgrund bloß eingeschränkter Kontrollrechte, fehlender Sanktionsmöglichkeiten wie Bußgelder, langwieriger Kontrollverfahren oder schlicht aufgrund der unüberblickbaren Anzahl von nationalen Förderungen. Diese Defizite des öffentlichen Kontrollsystems sollen durch das *Private Enforcement* ausgeglichen werden:

---

<sup>436</sup> EuG, verb Rs T-268/08 bis T-281/08, Land Burgenland ua/Kommission.

<sup>437</sup> EuGH, verb Rs C-214/12 P, C-215/12 P, C-223/12 P, Land Burgenland ua/Kommission.

<sup>438</sup> *In eventu* die Zurückzahlung des Kaufpreises und die Übergabe der Aktien an das Land Burgenland, *in eventu* die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags und *in eventu* die Feststellung des Verstoßes gegen das Verbot rechtswidriger Beihilfen.

<sup>439</sup> LG 27 Cg 90/06p-46.

<sup>440</sup> OLG 2 R 150/06b.

<sup>441</sup> Siehe FN 427.

<sup>442</sup> OGH 4 Ob 133/08z.

<sup>443</sup> OGH 4 Ob 209/13h.

Auf **europäischer Ebene** steht Beihilfegebern, Beihilfeempfängern, sonstigen Mitgliedstaaten und Konkurrenten des Beihilfeempfängers im Wesentlichen die **Nichtigkeitsklage** gemäß Art 263 AEUV zur Verfügung. Mitgliedstaaten sind – ohne weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen – legitimiert, jeden Unionsrechtsakt (also auch solche der EK als Beihilfeaufsichtsbehörde) mittels Nichtigkeitsklage beim EuG bzw EuGH zu bekämpfen. Unternehmen hingegen müssen – gleich ob es sich um das durch die Beihilfe begünstigte Unternehmen oder dessen Konkurrenten handelt – vom jeweiligen Rechtsakt individuell und unmittelbar betroffen sein, um eine Nichtigkeitsklage erheben zu können. Mit Nichtigkeitsklage bekämpfbare Rechtsakte der EK sind ua Negativbeschlüsse (Art 9 Abs 5 VVO), Positivbeschlüsse (Art 9 Abs 3 VVO), Prüfungsbeschlüsse (Art 4 Abs 4 VVO), Aussetzungsanordnungen (Art 13 Abs 1 VVO), Rückforderungsanordnungen (Art 13 Abs 2 VVO), etc. Die verschiedenen Spielarten der Nichtigkeitsklage werden im Kapitel I.5.1. dargestellt.

Auf **nationaler Ebene** richtet sich der Rechtsschutz primär an den Konkurrenten des Beihilfeempfängers, dem es auf europäischer Ebene nicht immer leicht fällt seine individuelle und unmittelbare Betroffenheit nachzuweisen. Der nationale Rechtsschutzweg richtet sich grundlegend danach, ob die Beihilfe privatrechtsförmig auf vertraglicher Grundlage oder hoheitlich in Form eines Bescheids gewährt wurde. Eine Beihilfegewährung im Zuge einer Liegenschaftsveräußerung der öffentlichen Hand ist nur mittels Liegenschafts Kaufvertrag denkbar, weshalb die Gewährung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (nicht: Hoheitsverwaltung) erfolgt. In diesem Fall führt der nationale Rechtsschutz zu den **ordentlichen Gerichten**. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EK und den nationalen Gerichten sieht vor, dass letztere verpflichtet sind die Beihilfequalität – wenn nötig über ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH – zu beurteilen, während die EK die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu prüfen hat. Ist das Gericht der Auffassung ein Kaufvertrag über eine Liegenschaft der öffentlichen Hand enthält eine verbotene Beihilfe, weil zB der Kaufpreis nicht marktkonform ist, stellt sich die Frage nach der Gültigkeit des Kaufvertrags. Verstößt dieser nämlich gegen das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot oder gegen das ab dem Negativbeschluss der EK ebenfalls unmittelbar anwendbare Beihilfeverbot, ist dieser iSd § 879 Abs 1 ABGB **gesetzwidrig** und somit aufgrund des Verbotszwecks der beiden Normen zumindest teilnichtig bzw nach kritischen Stimmen sogar in seiner Gesamtheit nichtig. Für solche Fälle bietet das **UWG** den Konkurrenten eines Beihilfeempfängers umfassenden Rechtsschutz in Form von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, Schadenersatz und einstweiligen Rechtsschutz.

## II. Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand aus vergaberechtlicher Sicht

### 1. Vergaberechtliche Problemstellung

Verkauft die öffentliche Hand eine Liegenschaft stellen sich nicht nur allgemein zivilrechtliche, bau-, abgaben-, raumordnungs- oder gemeinderechtliche Fragen oder – wie in dieser Arbeit bereits ausführlich behandelt – ob im Rahmen dessen möglicherweise eine unzulässige, staatliche Beihilfe gewährt wurde, sondern auch, ob der Verkauf durch die öffentliche Hand vergaberechtlich **ausschreibungspflichtig** ist. Dies verwundert auf den ersten Blick durchaus, da ein einfacher Verkauf<sup>444</sup> eines bebauten oder unbebauten Grundstücks der öffentlichen Hand per se **keinen Beschaffungsvorgang**, den das Vergaberecht verlangen würde, darstellt. Eine Beschaffungs- bzw Einkaufssituation würde naturgemäß bedeuten, dass die öffentliche Hand als „Nachfrager“ und nicht – wie im gegenständlichen Fall – als Verkäufer am Markt auftritt. Befindet sich die öffentliche Hand also in einer „Verkaufssituation“, fällt diese grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.<sup>445</sup> Eine Grundstücksveräußerung der öffentlichen Hand, bei dem der Schwerpunkt des Verkaufs die Erzielung von Einnahmen für die öffentliche Hand ist, stellt keinen Beschaffungsvorgang dar und ist daher nicht ausschreibungspflichtig.<sup>446</sup> In Ausnahmefällen kann sich im Zuge eines Grundstücksverkaufs der öffentlichen Hand aber sehr wohl eine Ausschreibungspflicht durch das Vergaberecht ergeben. Nämlich dann, wenn die Veräußerung im Kern überwiegend einen **Bauftrag** für den Erwerber beinhaltet.

---

<sup>444</sup> Gemäß § 9 Abs 1 Z 9 BVergG 2017 sind aber auch Verträge über den Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen bzw Rechten daran vom Anwendungsbereich des Vergaberechts grundsätzlich ausgenommen. Aufgrund zahlreicher Versuche eine vergaberechtlich an sich gebotene Ausschreibung über diese Ausnahmebestimmung zu umgehen, gibt es diesbezüglich jedoch zahlreiche Judikatur und Literatur

<sup>445</sup> *Pachner*, Gilt für Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand Vergaberecht? ZVB 2009, 75 (79); *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Fn 1463.

<sup>446</sup> OGH 6 Ob 146/08a; *Pachner*, ZVB 2009, 75 (79): „Auslöser für das dieser E zu Grunde liegende zivilgerichtliche Verfahren war das Gebot der Kl, für die zu einem Kaufpreis von mindestens Euro 590.000,- ausgetobene Liegenschaft verbindlich um Euro 1.000,- mehr als jener Bieter, der den höchsten Kaufpreis für diese Liegenschaft geboten hat, mindestens jedoch Euro 591.000,- zu bieten. Der OGH stellte fest, dass im konkreten Fall für die für den Verkäufer tätige Maklerin nur Angebote mit einem eindeutig bezifferten Kaufpreis, nämlich mindestens Euro 590.000,-, in Frage kamen und dass durch die von der Kl gewählte Vorgangsweise das gesamte Ausbietungsverfahren zunichte gemacht worden wäre, wenn sich auch nur ein anderer Bieter derselben Vorgangsweise bedient hätte. Die Anwendung eines Verfahrens nach der ÖNORM A 2050 habe dazu gedient, den Bestbieter in transparenter und objektiver Weise zu ermitteln. Anzumerken ist, dass es sich offenkundig um einen "einfachen" Grundstücksverkauf der öff Hand handelte und somit nicht jene Problemzonen berührt wurden, die im Folgenden dargestellt werden.

Denn in der Praxis steht die öffentliche Hand oftmals vor folgender Situation:<sup>447</sup> Sie möchte trotz des Verkaufs die Entwicklung ihrer Flächen sicherstellen und vereinbart deshalb im Rahmen des Liegenschaftsverkaufs im selben Vertrag oder in ergänzenden Verträgen (zB Erschließungs- oder Durchführungsverträge) mit dem jeweiligen Grundstückskäufer, welchen **Erfordernissen das Bauvorhaben des Käufers** genügen muss oder **wie die Liegenschaft künftig genutzt** werden soll. Die Gretchenfrage in solchen Fällen lautet stets, ob und in welchem Umfang ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag<sup>448</sup> iSd Vergaberechts vorliegt und ob in der Folge nicht bereits der vorgelagerte Grundstücksverkauf insgesamt ausgeschrieben werden muss? Diese Fragen sollen im Zuge dieses Kapitels untersucht und beantwortet werden.

Vorweg sei jedoch verraten: Trifft die öffentliche Hand im Zuge eines Immobilienverkaufs Vorgaben, anhand derer sie jedoch nur ihre städtebauliche Regelungszuständigkeit ausübt und diese nicht auf die Befriedigung unmittelbarer wirtschaftlicher Interessen gerichtet sind, stehen Veräußerungsvorgänge von Liegenschaften der öffentlichen Hand grundsätzlich außerhalb des Vergaberechts.<sup>449</sup> Vorgaben zur **Sicherstellung öffentlich-rechtlicher Ziele wie Stadtentwicklung, Umweltschutz oÄ schaden daher nicht.**

Die praktische Relevanz solcher Sachverhalte ist nicht von der Hand zu weisen, weshalb es sich für die öffentliche Hand lohnt, sich den vergaberechtlichen Aspekten einer Liegenschaftsveräußerung näher zu widmen, um keine vermeidbaren Fehler zu begehen. Da dieses Kapitel keinen vollständigen Überblick über alle damit verbundenen vergaberechtlichen Rechtsprobleme geben kann, beschränkt sich die Verfasserin auf die Darstellung der wesentlichen Aussagen der Literatur und Judikatur zum **persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergaberechts** hinsichtlich Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand (insbesondere außer Betracht bleiben die verschiedenen Vergabeverfahren und der Rechtsschutz im Vergaberecht).

---

<sup>447</sup> Hahn, Neues zur Vergabepflichtigkeit von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand, Vergabeblog.de vom 23/06/2013, Nr. 16115 (abrufbar unter <https://www.vergabeblog.de/2013-06-23/neues-zur-vergabepflichtigkeit-von-grundstuecksgeschaeften-der-offentlichen-hand-olg-schleswig-beschluss-v-15-03-2013-1-verg-412/>).

<sup>448</sup> Seit der grundlegenden Entscheidung des EuGH in der *Rs Helmut Müller* liegt ein öffentlicher Bauauftrag dann vor, wenn **kumulativ** ein schriftlicher und entgeltlicher (wenn auch in Form einer Baukonzession!) Vertrag geschlossen wird, in welchem der Auftragnehmer zur Erbringung einer Bauleistung nach nationalem Recht einklagbar verpflichtet wird und die Bauleistung im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers liegt.

<sup>449</sup> Hamerl, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts – Was tun, damit ein Grundstücksverkauf der öffentlichen Hand nicht zur Auftragsvergabe wird? ZVB 2010, 181; Fuchs/Müller, Kommunale Immobiliengeschäfte am Prüfstand des Vergaberechts, RFG 2011, 148; Pachner, ZVB 2009, 75.

## 2. Regierungsvorlage zum Vergaberechtsänderungsgesetz 2018<sup>450</sup>

Seit 18. April 2016 ist Österreich mit der Umsetzung der drei Vergaberecht-Richtlinien<sup>451</sup> säumig. Inhaltliche Schwerpunkte des EU-Legislativpakets waren die Modernisierung und Adaptierung des rechtlichen Rahmens für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber in den Bereichen Verkehr, Energie, Wasser und Post. Bis dato hat Österreich die Richtlinien nicht umgesetzt, weshalb die Europäische Kommission bereits ein Vertragsverletzungsverfahren beim EuGH eingebracht hat. Der Umsetzungsverzug der größten Reform des Vergaberechts seit rund zehn Jahren verursacht einen Zustand von Rechtsunsicherheit: Er verlängert einen Graubereich zwischen unmittelbarer Anwendbarkeit der Vergaberecht-Richtlinien, dem bestehenden BVergG 2006<sup>452</sup> und dessen richtlinienkonformer Interpretation.<sup>453</sup> Jüngst wurde im Ministerrat die Regierungsvorlage (kurz: RV) zum Vergaberechtsänderungsgesetz 2018 beschlossen, die drei Gesetzesvorschläge beinhaltet: Nämlich die beiden Neukodifikationen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz - BVergG 2018) und des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018) und Änderungen des Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergGVS 2012, BGBl I 2012/10). Wann und ob die RV in dieser Fassung beschlossen wird, ist nicht gewiss.

Auf den Geltungsbereich des Vergaberechts in Hinblick auf Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand und damit verbundene Bauaufträge bzw Baukonzessionen, hat jedoch das Vergaberechtsänderungsgesetz 2018 – soweit ersichtlich – **keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen** gebracht. Um die Nutzung und Verständlichkeit des Werkes auch nach Beschluss und Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes 2018 zu gewährleisten, werden die Gesetzesbestimmungen der geltenden (BVergG 2006) und der – voraussichtlichen – künftigen Rechtslage (RV BVergG 2018 bzw BVergGKonz 2018) angeführt.

---

<sup>450</sup> RV zum Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018) erlassen werden sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert wird (Vergaberechtsreformgesetz 2018), RV 69 BlgNR 26. GP (abrufbar über [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I\\_00069/fname\\_686567.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00069/fname_686567.pdf)).

<sup>451</sup> „klassische“ RL 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI 2014 L 94/65; Sektoren-RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABI 2014 L 94/243; Konzessions-RL 2014/23/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABI 2014 L 94/1.

<sup>452</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2016/7.

<sup>453</sup> Schramm/Aicher, Vergabeblog, Editorial 7-8/2017, (abrufbar über <http://vergabeblog.manz.at/2017/08/editorial-7-82016-verfasst-von-schrammaicher/>).



### 3. Persönlicher Geltungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs der RV BVergG 2018 kann inhaltlich vollständig auf das noch geltende BVergG 2006 verwiesen werden, da die Erläuterungen der RV BVergG 2018 ausdrücklich erklären, keine Änderungen in Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich vorzunehmen.<sup>454</sup>

Der persönliche Geltungsbereich legt den Kreis jener Auftraggeber fest, die zur Anwendung der Bestimmungen des BVergG bei der Beschaffung verpflichtet sind.<sup>455</sup> Sowohl „öffentliche Auftraggeber“ (§ 3 BVergG 2006<sup>456</sup> bzw. § 4 RV BVergG 2018<sup>457</sup>) als auch „Sektorenauftraggeber“ (§§ 163 bis 166 BVergG 2006 bzw. §§ 166 bis 169 RV BVergG 2018) fallen unter den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes. Im **Umkehrschluss** unterliegen all jene natürlichen und juristischen Personen, die unter keinen der beiden oben genannten Begriffe fallen, nicht dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 bzw. 2018 und haben daher kein formalisiertes Vergabeverfahren bei Beschaffungsvorgängen durchzuführen.<sup>458</sup>

Eine detaillierte Darstellung der öffentlichen Auftraggeber und Sektorenauftraggeber kann mangels Änderungen durch die RV BVergG 2018 unterbleiben. Die Ausführungen zum persönlichen Geltungsbereich des Vergaberechts sollen sich daher nur auf das zum Verständnis des Untersuchungsgegenstandes – Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand – Notwendigste beschränken.

---

<sup>454</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 21: „Zu § 4 Abs 1: Abs 1 setzt die Definition des Art 2 Abs 1 Z 1 und 4 um und bleibt im Vergleich zur bisherigen Rechtslage inhaltlich unverändert (vgl dazu auch die Ausführungen im EG [Erwägungsgrund] 10 der RL 2014/24/EU).“; ErwG 10 der RL 2014/24/EU lautet: „Der Begriff „öffentliche Auftraggeber“ und insbesondere der Begriff „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ sind wiederholt im Rahmen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union überprüft worden. Um klarzustellen, dass der persönliche Geltungsbereich dieser Richtlinie unverändert bleiben sollte, ist es angezeigt, die Begriffsbestimmung beizubehalten, auf die sich der Gerichtshof selbst stützt, und einige Erläuterungen, die im Rahmen dieser Rechtsprechung gegeben wurden, als Schlüssel zum Verständnis der Begriffsbestimmung selbst aufzunehmen, ohne dass damit beabsichtigt wird, das Verständnis des Begriffs, so wie es in der Rechtsprechung dargelegt wurde, zu ändern. [...]“

<sup>455</sup> Pabel, Vergaberecht, in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht 196 f.

<sup>456</sup> Siehe dazu insbesondere den Österreich betreffenden Teil des Anhangs III „Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel 1 Abs 9 zweiter Unterabsatz“ der RL 2004/18/EG.

<sup>457</sup> Siehe **Anhang III** der RV BVergG 2018 „**Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber**“:

„1. Bundeskanzleramt, 2. Bundesministerium für öffentlichen Dienst und Sport, 3. Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres, 4. Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, 5. Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung, 6. Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, 7. Bundesministerium für Finanzen, 8. Bundesministerium für Inneres, 9. Bundesministerium für Landesverteidigung, 10. Bundesministerium für Nachhaltigkeit und Tourismus, 11. Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, 12. Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, 13. AIT Austrian Institute of Technology GmbH, 14. Bundesbeschaffung Ges. m. b. H., 15. Bundesrechenzentrum Ges. m. b. H [...]“.

<sup>458</sup> Pabel in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht 197.

### 3.1. Öffentlicher Auftraggeber

Zu den klassischen „öffentlichen Auftraggebern“ zählen

- 1) der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände *oder*
- 2) Einrichtungen, die
  - a) zu dem besonderen Zweck gegründet<sup>459</sup> wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben<sup>460</sup> zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art<sup>461</sup> sind,
  - b) zumindest teilrechtsfähig<sup>462</sup> sind *und*
  - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert<sup>463</sup> werden *oder* die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht<sup>464</sup> durch letztere unterliegen *oder* deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt<sup>465</sup> worden sind *oder*
- 3) Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

---

<sup>459</sup> Zum Gründungszweck *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts 18 ff.

<sup>460</sup> Der Begriff der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“ ist **extensiv** auszulegen und erfasst einen gewissen Kernbereich von Agenden wie zB die Daseinsvorsorge, die im Interesse des Gemeinwohls vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit zu besorgen ist (ausführlich ErläutRV 69 BlgNR 26. GP. 22 f).

<sup>461</sup> Hierbei ist nach den Materialien eine **Gesamtbetrachtung** vorzunehmen, wobei eine Nichtgewerblichkeit insbesondere angenommen wird, wenn **keine Wettbewerbssituation** vorliegt oder **keine Gewinnerzielungsabsicht** verfolgt wird. „Unter einer Einrichtung, die Aufgaben „gewerblicher Art“ besorgt, ist folglich, eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko ihres Handelns trägt. Eine Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ist wohl dann nicht anzunehmen, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgen kann [...]“ (ausführlich ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 23 f). Näher dazu *Breitenfeld*, Verträge im Vergaberecht 16 ff.

<sup>462</sup> *Breitenfeld*, Verträge im Vergaberecht 20: „Unter Teilrechtsfähigkeit ist die mittels Organisationsgesetz von Einrichtungen diesen ausdrücklich zuerkannte Fähigkeit zu verstehen, innerhalb ihres Tätigkeitsbereichs privatrechtlicher Verträge abzuschließen. Zu nennen sind hier zB Bildungs- und Forschungseinrichtungen, Museen, aber auch das österreichische Bundespatentamt.“

<sup>463</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 25; *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts 22 f: „Eine staatliche Finanzierung liegt vor, wenn die Einrichtung überwiegend von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern **ohne spezifische Gegenleistung** finanziell unterstützt wird. Überwiegende Finanzierung liegt dann vor, wenn die Einrichtung **zumindest zur Hälfte** finanziert wird [...]. Wird die entsprechende Grenze von 50% im konkreten Jahr überschritten, hat die Einrichtung bei allen Beschaffungsvorgängen in diesem Jahr die Vorschriften des öffentlichen Auftragswesens zu beachten. [...] Nicht nur die direkte Finanzierung ist von Relevanz, sondern auch eine indirekte Finanzierung, die zB über eine Holding oder über vorgegebene Gebühren erfolgt. [...] Unbeachtlich bleibt, ob dem Staat auf Grund der finanziellen Unterstützung besondere Rechte zur Einflussnahme auf die Einrichtung eingeräumt werden. Für die Bestimmung des Anteils der öffentlichen Finanzierung sind alle Mittel zu berücksichtigen, über welche die Einrichtung insgesamt verfügt, und zwar einschließlich jener, die aus ihrer Geschäftstätigkeit stammen.“

<sup>464</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 25 f: „Zum zweiten Kriterium der Aufsicht von öffentlichen Auftraggebern über die Leitung, ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Zusammenhang zu prüfen ist, ob die verschiedenen Formen der Aufsicht, denen die Einrichtung allenfalls unterliegt, eine Verbindung dieser Einrichtung mit einem öffentlichen Auftraggeber schafft, die es diesem ermöglicht, die Entscheidung dieser Einrichtung im Bereich der öffentlichen Vergabe zu beeinflussen.“

<sup>465</sup> Der Begriff „mehrheitlich“ ist im Sinne von „mehr als die Hälfte“ zu verstehen; welche Organe im konkreten Kontext relevant sind, ergibt sich aus den die Errichtung regelnden Grundlagen (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 26).

Auftraggeber können nur einer dieser Kategorien zugeordnet werden, sie schließen einander aus. Die Auftraggeberkategorie „Verbänden, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder Z 2 bestehen“ kommt die Funktion eines Auffangtatbestands zu.<sup>466</sup> Beispiele für öffentliche Auftraggeber gemäß Z 2 sind zB Universitäten, Gebietskrankenkassen, das Berufsförderungsinstitut Wien und etliche Interessensvertretungen (wie die Österreichische Apothekerkammer und die Bundeskammer der Architekten).<sup>467</sup>

### 3.1.1. Fazit: Die öffentliche Hand als öffentlicher Auftraggeber

Versteht man den Begriff der „öffentliche Hand“ als Oberbegriff für die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände), gilt sie als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 bzw § 4 Abs 1 Z 1 RV BVergG 2018. Von dieser Definition der Gebietskörperschaften als klassische öffentliche Auftraggeber sind auch Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit erfasst, die diesen Gebietskörperschaften zugeordnet werden können.<sup>468</sup> Hat eine (wenn auch Auftraggebern gemäß Z 1 zuzurechnende) Einheit eigene Rechtspersönlichkeit, so fällt sie nicht unter Z1, sondern allenfalls unter die Auftraggeberkategorie der Z 2.<sup>469</sup> Hinsichtlich des Untersuchungsgegenstands „Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand“ ist also unter der öffentlichen Hand als Liegenschaftsverkäuferin eine **Gebietskörperschaft bzw eine ihrer Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit** zu verstehen.

### 3.2. Sektorenauftraggeber

Für Sektorenauftraggeber kommen die speziellen Sektorenbestimmungen des 3. Teils des BVergG 2006 bzw RV BVergG 2018 zur Anwendung, die bestimmte Erleichterungen im Vergleich zu den Bestimmungen für öffentliche Auftraggeber vorsehen.<sup>470</sup>

Die §§ 167 bis 169 RV BVergG 2018 (bzw §§ 164 bis 166 BVergG 2006) regeln den persönlichen Anwendungsbereich im Sektorenbereich. In Umsetzung der RL 2014/25/EU gibt es **drei Arten** von Sektorenauftraggeber: „öffentlichen Auftraggeber“, „öffentliche Unternehmen“ und privaten Auftraggeber, sofern sie in bestimmten Bereichen (sogenannten „Sektoren“) tätig sind. Maßgeblich für die Qualifikation als Sektorenauftraggeber ist daher das Ausüben einer der in §§ 170 bis 175 RV BVergG 2018 (bzw §§ 167 bis 173 BVergG 2006) genannten Tätigkeiten, wobei es sich im Wesentlichen um

---

<sup>466</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 22.

<sup>467</sup> Pabel in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht 198.

<sup>468</sup> Breitenfeld, Verträge des Vergaberechts 13.

<sup>469</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 22.

<sup>470</sup> Pabel in Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht 198; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 173.

Infrastrukturbereiche der Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung und Postdienste handelt.<sup>471</sup> Die Definition des Sektorenauftraggebers ist also **tätigkeitsbezogen**. Sollte der vom Sektorenauftraggeber konkret zu vergebende Auftrag nicht der Ausübung einer Sektorentätigkeit dienen, kann der Auftrag nicht nach dem gelockerten Vergaberechtsregime für Sektorenauftraggeber ausgeschrieben werden – in solchen Fällen muss sich der Sektorenauftraggeber an die Vergabevorschriften für öffentliche Auftraggeber halten.<sup>472</sup>

Die drei Arten der Sektorenauftraggeber sind:

- Einrichtungen, die die Kriterien für **„öffentliche Auftraggeber“** (siehe oben, Kapitel II.3.1) erfüllen und gleichzeitig eine Sektorentätigkeit ausüben, sind sogenannte öffentliche Sektorenauftraggeber (§ 167 RV BVergG 2018 bzw § 164 BVergG 2006).
- Auch **„öffentliche Unternehmen“**, die eine Sektorentätigkeit ausüben, sind Sektorenauftraggeber (§ 168 Abs 1 RV BVergG 2018 bzw § 165 BVergG 2006). Sowohl in der geltenden als auch künftigen Rechtslage wird der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ legaldefiniert: „Ein öffentliches Unternehmen gemäß Abs 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs 1 oder ein öffentlicher Sektorenauftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen *beherrschenden Einfluss* ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber oder ein öffentlicher Sektorenauftraggeber unmittelbar oder mittelbar 1. die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält oder 2. über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder 3. mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.“
- **Private Unternehmen** sind Sektorenauftraggeber, wenn sie eine Sektorentätigkeit aufgrund eines besonderen oder ausschließlichen<sup>473</sup> Rechts ausüben. Hintergrund, warum auch private Unternehmen einem (wenn auch gelockerten) Vergaberegime unterliegen, ist, dass das Ausüben einer Tätigkeit aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten eine gewisse Marktferne bewirkt; dem soll das Vergabeverfahren entgegenwirken und ein wettbewerbsorientiertes Handeln sicherstellen.<sup>474</sup> „*Ausschließliche* Rechte vermitteln einem bestimmten Unternehmen das Recht, eine Sektorentätigkeit in einem bestimmten Gebiet auszuüben, *besondere* Rechte hingegen

---

<sup>471</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>2</sup> 62 f.

<sup>472</sup> Breitenfeld, Verträge des Vergaberechts 26.

<sup>473</sup> Die **Legaldefinition** „besonderer oder ausschließlicher Rechte“ gemäß Art 169 Abs 2 RV BVergG 2018 lautet: „Besondere oder ausschließliche Rechte gemäß Abs 1 sind Rechte, die von der zuständigen Behörde im Wege einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift gewährt wurden, um die Ausübung einer Sektorentätigkeit auf einen oder mehrere Rechtsträger zu beschränken und dies dazu führt, dass die Möglichkeit der Ausübung dieser Sektorentätigkeit durch andere Rechtsträger wesentlich eingeschränkt wird. Rechte, die aufgrund objektiver Kriterien in einem angemessen bekannt gemachten Verfahren oder die in einem in Anhang XVIII angeführten Verfahren gewährt wurden, sind keine besonderen oder ausschließliche Rechte gemäß dem ersten Satz.“

<sup>474</sup> Breitenfeld, Verträge des Vergaberechts 27.

räumen eine derartige Berechtigung mehreren Unternehmen ein. Besondere oder ausschließliche Rechte müssen von der (innerstaatlich) dafür zuständigen Behörde im Wege von „Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ gewährt werden.“<sup>475</sup>

### 3.2.1. Fazit: Die öffentliche Hand als Sektorenauftraggeber

Die öffentliche Hand muss daher nicht zwingend als klassischer öffentlicher Auftraggeber (§ 4 RV BVergG 2018 bzw § 3 BVergG 2006) handeln. Sie kann hinsichtlich eines – mit einem **Grundstücksverkauf verbundenen – Beschaffungsvorganges im Rahmen einer von ihr ausgeübten Sektorentätigkeit** (als öffentlicher Sektorenauftraggeber oder im Form eines öffentlichen Unternehmens) auch als Sektorenauftraggeber gelten. Da die Regelungen des Sektorenbereiches *leges specialis* im Verhältnis zum sogenannten klassischen Bereich sind, unterliegt auch ein öffentlicher Auftraggeber (wie die öffentliche Hand in Form einer Gebietskörperschaft), der eine Sektorentätigkeit ausübt, hinsichtlich Beschaffungen für diese Sektorentätigkeiten grundsätzlich nur den vereinfachten Vergabevorschriften des 3. Teiles des BVergG (zur Ausnahme vgl § 3 Abs 5 bis 7).<sup>476</sup>

## 4. Sachlicher Geltungsbereich

Wie eingangs geschildert (siehe oben, Kapitel II.1.), stellt sich in der Praxis häufig das Problem, dass eine Gemeinde eines ihrer Grundstücke an ein privates Unternehmen<sup>477</sup> verkaufen und gleichzeitig dafür Sorge tragen möchte, dass dieses vom Erwerber möglichst rasch und nach ihren Maßgaben bebaut wird. Untersucht werden soll, unter welchen Voraussetzungen ein Grundstücksverkauf durch die Gemeinde bzw öffentliche Hand ausnahmsweise in den Anwendungsbereich des BVergG fallen kann, weil mit dem Verkauf die jeweilige Liegenschaft einem bestimmten Zweck zugeführt werden soll.

Dieselben Überlegungen wie für die Veräußerung (Übertragung des Eigentumsrechts) gelten für die Übertragung von **Nutzungsrechten** an Liegenschaften – wie Miete, Pacht, Baurecht oder Leasing, die ebenfalls vom Anwendungsbereich des BVergG gemäß § 10 Z 8 BVergG 2006<sup>478</sup> bzw § 9 Abs 1 Z 9 RV BVergG 2018 ausgenommen sind – durch die öffentliche Hand, wenn damit eine bestimmte Entwicklung dieser Liegenschaft verfolgt wird.<sup>479</sup>

Die Gretchenfrage lautet, ob es sich bei vertraglichen Gestaltungen, die nähere Festlegungen über die künftige Verwendung einer Liegenschaft enthalten, um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag bzw

---

<sup>475</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 173 f. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die deutsche Sprachfassung der Richtlinie 2014/25/EU sprachlich verengt ist: Wie ein Vergleich mit Erläuterungen anderen Sprachfassungen belegt kann die Gewährung derartiger Rechte auch mittels **jeglicher sonstiger Verwaltungsmaßnahme**, dh auch durch Bescheid, erfolgen.

<sup>476</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 174.

<sup>477</sup> Städtebauliche Verträge mit **Verbrauchern** fallen nicht unter den vergaberechtlichen Auftragsbegriff!

<sup>478</sup> Breitenfeld, Verträge des Vergaberechts 35.

<sup>479</sup> Hamerl, ZVB 2010, 181 (181).

eine Baukonzession handelt. **Zu prüfen ist daher, worin bei einem Verkauf einer Liegenschaft der öffentlichen Hand mit Bau- und/ oder Nutzungspflichten für den Käufer ein vergaberechtlich einschlägiger Beschaffungsvorgang liegt.**<sup>480</sup> Grundlage für diese Überlegungen ist die Definition des Bauauftrags gemäß § 5 RV BVergG 2018 bzw § 4 BVergG 2006.

#### 4.1. Öffentlicher Bauauftrag

Immobilien­geschäfte können Elemente von Bauleistungen beinhalten, weshalb in Bezug auf das gegenständliche Thema dieser Arbeit ausschließlich öffentliche Bauaufträge (§ 5 RV BVergG 2018 bzw § 4 BVergG 2006) und Baukonzessionen (§ 5 RV BVergGKonz 2018 bzw § 7 BVergG 2006) als relevante Rechtsfiguren erachtet und behandelt werden.<sup>481</sup> Untersucht werden daher nur Überschneidungen von Grundstücksveräußerungen mit öffentlichen Bauaufträgen/Baukonzessionen, nicht hingegen mit Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw Dienstleistungskonzessionen.

§ 5 RV BVergG 2018 normiert drei Arten von **Bauaufträgen**: „Baufträge sind entgeltliche Verträge, die einen der folgenden Vertragsgegenstände haben:

1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten oder
2. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung eines Bauvorhabens oder
3. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.“

Zum Vergleich lautet die (noch) geltende Definition des öffentlichen Bauauftrags gemäß § 4 BVergG 2006: „Baufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand

1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten, oder
2. die Ausführung eines Bauwerkes, oder
3. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt, ist.“

Vergleicht man die beiden Definitionen ergeben sich folgende **Änderungen**: § 4 Z 1 BVergG 2006 spricht von „Bauvorhaben“, § 5 Z 1 RV BVergG 2018 hingegen von „Bauleistungen“. § 4 Z 2 BVergG 2006 nennt die (bloße) „Ausführung eines Bauwerkes“, während hingegen § 5 Z 2 RV auch von der

---

<sup>480</sup> Fuchs/Müller, RFG 2011, 148 (148).

<sup>481</sup> Auf Unterscheidungen zwischen dem horizontalen Bereich und dem Sektorenbereich wird hier nicht eingegangen. In den sachlichen Anwendungsbereich fallen auch Dienstleistungsaufträge (§ 6 BVergG 2006, § 7 BVergG 2018), Dienstleistungskonzessionsverträge (§ 8 BVergG 2006, § 6 Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen BVergGKonz 2018) und Lieferaufträge (§ 5 BVergG 2006, § 6 BVergG 2018) von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern.

„gleichzeitigen Ausführung und Planung eines Bauvorhabens“ spricht. § 5 Z 3 soll mit der RV BVergG 2018 um den Halbsatz „sofern der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat“ ergänzt werden.

Es stellt sich die Frage, ob mit diesen sprachlichen Änderungen auch inhaltliche Änderungen vorgenommen werden sollten. Für die **vergaberechtliche Beurteilung von Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand und damit einhergehender Immobilienprojekte** ist jedoch im Wesentlichen **Z 3 („Bauleistungen durch Dritte“)** von Bedeutung<sup>482</sup>, wodurch eine nähere Untersuchung der Neuerungen durch die RV BVergG 2018 hinsichtlich Z 1 und Z 2 unterbleiben kann.<sup>483</sup> Eine detaillierte, wissenschaftliche Untersuchung dessen würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen, weshalb auf die zu erwartenden Beiträge in der Literatur verwiesen wird. Die dritte Kategorie von öffentlichen Bauaufträgen (Z 3) sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Erbringung einer **Bauleistung durch Dritte** gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt (idF BVergG 2006). Das Vergaberecht gilt also auch in Fällen, in denen der Auftraggeber (öffentliche Hand) nicht selbst baut, sondern er für seine Zwecke und nach seinen Vorgaben bauen lässt.<sup>484</sup> Diese dritte Bauauftragsart soll nun durch die RV BVergG 2018 ausdrücklich um ein weiteres – kumulatives – Tatbestandsmerkmal erweitert werden. Wie sich im Kapitel II.4.3. noch zeigen wird, wurde mit diesem zusätzlichen Tatbestandsmerkmal lediglich bereits geltende EuGH-Rsp umgesetzt: Die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte muss somit nicht nur „gemäß den **vom öffentlichen Auftraggebern genannten Erfordernissen**, gleichgültig mit welchen Mitteln“ erfolgen, sondern zusätzlich muss „der öffentliche Auftraggeber einen **entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung** des Vorhabens“ haben, damit es sich um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag handelt. Dies soll nach den Erläuterungen zur RV dann der Fall sein, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung bzw. des zu errichtenden Gebäudes zu nehmen.<sup>485</sup>

Der Auftragnehmer muss – direkte oder indirekte – **rechtswirksam zur Erbringung der Bauleistungen** verpflichtet sein. Wie hingegen das Vertragsverhältnis nach nationalem Recht bezeichnet oder qualifiziert

---

<sup>482</sup> Hamerl, ZVB 2010, 181 (181).

<sup>483</sup> Der Vollständigkeit halber seien die Begriffe „Bauvorhaben“, „Bauwerk“ und „Bauleistung“ nach der geltenden Rechtslage kurz zusammengefasst: Ein „**Bauwerk**“ ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllt. Es ist das Ergebnis der Herstellung eines funktionsfähigen Ganzen, wie zB ein Gebäude, eine Straße, eine Brücke. Die zur Herstellung dieses Ganzen erforderlichen Leistungen nennt man „**Bauleistungen**“. Ein „**Bauvorhaben**“ erfasst neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen im Zusammenhang mit bestimmten (in Anhang I zum BVergG 2006 bzw 2018 genannten) Tätigkeiten, zB Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen. Somit gehören nur bestimmte Bauarbeiten zu einem Bauvorhaben. Diese sind jedoch keine Bauwerke. Dementsprechend ist jedes Bauwerk zwar ein Bauvorhaben, aber nicht jedes Bauvorhaben auch ein Bauwerk. Diese Begriffsdefinitionen finden sich auch in den Erläuterungen zur RV BVergG 2018.

<sup>484</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 27; so auch ErläutRV BlgNR 26. GP 29.

<sup>485</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 29 mit Verweis auf EuGH, Rs C-451/08, Helmut Müller und Rs C-213/13, Pizzarotti/Bari.

wird, ist unbeachtlich. Ob es sich um einen „öffentlichen Bauauftrag“ handelt, ist allein nach unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.<sup>486</sup> Sofern objektiv feststellbar ist, dass das Ziel bzw der Hauptgegenstand<sup>487</sup> des Vertragsverhältnisses zwischen Liegenschaftsverkäufer und -erwerber letztlich die Realisierung eines Bauvorhabens, Bauwerkes oder die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte ist, handelt es sich um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag. Ob dieser durch Subunternehmer des Auftragnehmers realisiert wird, ist dabei nicht von Belang.<sup>488</sup>

Das Vergaberecht findet nur auf entgeltliche Beschaffungsvorgänge Anwendung.<sup>489</sup> Der Begriff der „**Entgeltlichkeit**“ eines öffentlichen Bauauftrags ist weit zu verstehen und umfasst jede geldwerte Gegenleistung, welche für die zu beschaffende Leistung erbracht wird. Darunter können auch finanzielle Entlastungen bzw der Verzicht auf eine Zahlung fallen.<sup>490</sup> Die „Entgeltlichkeit“ für den öffentlichen Auftraggeber besteht auch dann, wenn nicht er selbst das Entgelt leistet, sondern die Zahlung zB von dritter Seite erfolgt (ebenso Zahlungen an Dritte).<sup>491</sup> Begünstigte des öffentlichen Auftrags können letztlich auch Dritte sein. Auch ein reiner Kostenersatz hat entgeltlichen Charakter.<sup>492</sup> Für die Entgeltlichkeit ist es dem EuGH zu folge weder erforderlich, dass das Entgelt in einer einmaligen Gegenleistung besteht, noch dass der Umfang der Leistung von vornherein feststeht. Eine bloß abstrakte Festlegung des Entgelts reicht aus.<sup>493</sup>

## 4.2. Baukonzession

Wird das Entgelt für eine erbrachte Bauleistung nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten (zB Nutzern des errichteten Gebäudes) geleistet, ist nicht von einem öffentlichen Bauauftrag, sondern von einer –

---

<sup>486</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 27 mit Verweis auf EuGH, Rs C-399/98, Ordine degli Architetti ua; Rs C-213/13, Pizzarotti/Bari.

<sup>487</sup> § 8 Abs RV BVergG 2018 lautet: „Aufträge, die mehr als eine Art von Leistung gemäß den §§ 5 bis 7 (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) umfassen, sind nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben, die den Hauptgegenstand des Auftrages bildet.“ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 29: „Abs 1 regelt den Fall eines gemischten Auftrages, der neben Bauleistungen auch andere Auftragsarten umfasst. In diesem Fall bestimmt sich das Regime des Vergabeverfahrens nach dem Hauptgegenstand des Auftrags. Diese ist nach den vom EuGH [...] entwickelten Grundsätzen zu bestimmen: der Hauptgegenstand ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen, auf das sich das gegestnädnlliche Vergabeverfahren bezieht. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Leistungsgegenstand als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Leistungsgegenstand folgen. Der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstands zu berücksichtigen sind.“

<sup>488</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 27 bzw ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 29 jeweils mit Verweis auf EuGH, Rs C-220/05, Auroux und Rs C-451/08, Helmut Müller.

<sup>489</sup> Siehe § 4 BVergG 2006 bzw § 5 BVergG 2018.

<sup>490</sup> *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts 32; EuGH, Rs C-399/98, Ordine degli Architetti ua.

<sup>491</sup> *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup>, Rz 241; *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts 32; VwGH, 2005/04/0201.

<sup>492</sup> ErläutRV 1658 BlgNR 25. GP 28.

<sup>493</sup> *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts 32; EuGH, Rs C-272/91, Kommission/Italien.



ebenfalls ausschreibungspflichtigen – Baukonzession gemäß § 5 RV BVergGKonz 2018<sup>494</sup> bzw § 7 BVergG 2006<sup>495</sup> auszugehen. Eine Baukonzession unterscheidet sich von einem öffentlichen Bauauftrag nur insoweit, als die vom Auftraggeber gewährte **Gegenleistung** für die Bauleistung in dem Recht zur **Nutzung des Bauwerks** oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Das Recht zur Nutzung umfasst insbesondere auch die Verantwortung des Konzessionärs für die Nutzung<sup>496</sup> des Baus. Diese Verpflichtung des Konzessionärs zur Übernahme des sogenannten **Betriebsrisikos** wurde nun explizit in § 5 Abs 3 RV BVergGKonz 2018 aufgenommen. Für die Abgrenzung eines Baukonzessionsvertrags von einem Bauauftrag soll daher nicht nur die Art der Gegenleistung ausschlaggebend sein, sondern auch die Übernahme des Betriebsrisikos durch den Konzessionär. Gemäß § 5 Abs 3 RV BVergGKonz 2018 gilt das Betriebsrisiko „als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.“ Nach Erwägungsgrund 20 der (der RV BVergGKonz 2018 zugrundeliegenden) RL 2014/23/EU sollte sich das Betriebsrisiko „aus Faktoren ergeben, die sich dem Einfluss der Vertragsparteien entziehen. Risiken, wie solche, die im Zusammenhang mit Missmanagement, vertraglichen Ausfällen des Wirtschaftsteilnehmers oder Fällen höherer Gewalt stehen, sind für die Einstufung als Konzession nicht ausschlaggebend, da derartige Risiken, jedem Vertrag, sei es ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession, innewohnen.“<sup>497</sup> Laut EuGH-Rsp stellen folgende Risiken „Betriebsrisiken“ dar: Konkurrenzrisiko durch andere Unternehmen,

---

<sup>494</sup> „§ 5. (1) Baukonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

(2) Bauleistungen gemäß Abs. 1 sind 1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang III genannten Tätigkeiten oder 2. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.

(3) Mit der Vergabe einer Baukonzession muss auf den Konzessionär das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.“

<sup>495</sup> „§ 7. Baukonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Bauaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

<sup>496</sup> *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts 43 f.

<sup>497</sup> zB Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Unternehmens ergeben (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 241 f).

Angebots- und Nachfragerisiko,<sup>498</sup> Risiko der Zahlungsunfähigkeit von Vertragspartnern, Verlust- und Haftungsrisiko.

### 4.3. Ausnahme für Liegenschaftsveräußerungen

Wie bereits eingangs erläutert (siehe oben, Kapitel II.1.), handelt die öffentliche Hand beim Verkauf ihrer Liegenschaften gerade nicht als „Nachfrager“ am Markt (iSe Beschaffungs- bzw Einkaufssituation), weshalb sie sich dabei grundsätzlich außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts bewegt. Die Reichweite dieses vergaberechtsfreien Bereichs endet jedoch dort, wo im Rahmen einer Liegenschaftsveräußerung wiederum ein vergaberechtspflichtiger Vorgang verwirklicht wird: Ist ein Grundstücksverkauf im Kern mit einem Beschaffungszweck verbunden und in der **Immobilientransaktion die entgeltliche Verpflichtung zur Erbringung einer Bauleistung zugunsten des Auftraggebers** (öffentlichen Hand) inkludiert, so ist der Grundstücksverkauf als solcher nicht mehr vergabefrei, sondern stellt ein tatbestandsmäßiges „Nachfrageverhalten“ der öffentlichen Hand dar.<sup>499</sup>

Es erfordert daher eine **Einzelfallprüfung** jeder Liegenschaftsveräußerung, um abzuklären, ob diese tatsächlich keine vergaberechtlich relevanten Beschaffungselemente beinhaltet. Die Grenze zwischen tatbestandsmäßigem Bauauftrag (Baukonzession) und einer vergaberechtsfreien Liegenschaftstransaktion der öffentlichen Hand ist jedoch in manchen Fällen nicht einfach zu ziehen. Die Grenze beginnt dann zu verschwimmen, wenn die öffentliche Hand mit der Veräußerung einer ihrer Liegenschaften Spezifikationen zur Bebauungspflicht oder zur Beschaffenheit des darauf zu errichtenden Gebäudes im Rahmen des Bau- und Raumordnungsrechts (zB mittels Bebauungsplan, Baugenehmigung oÄ) vorgibt. Diesbezüglich schaffte der EuGH mit dem Urteil in der *Rs Helmut Müller*<sup>500</sup> nach langer – vor allem in Deutschland ausführlich – geführter Diskussion Klarheit.

#### 4.3.1. Ausgangslage: *Alhorn-Rechtsprechung*

Begonnen hat die Diskussion über die Ausschreibungspflicht öffentlicher Immobilienverkäufe mit der sogenannten *Alhorn-Rsp* des OLG Düsseldorf. In dieser Reihe von Entscheidungen des OLG Düsseldorf wurde die Ausschreibungspflicht für Immobilienveräußerungen der öffentlichen Hand immer weiter ausgedehnt und dabei keine Notwendigkeit gesehen, den EuGH zur Vorabentscheidung strittiger Rechtsfragen einzuschalten. Erst vor dem Hintergrund der Vergaberechtsreform 2009 in Deutschland

---

<sup>498</sup>ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 241 f: „**Nachfragerisiko** ist das Risiko, der tatsächlichen Nachfrage nach den Bau- und Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind. **Angebotsrisiko** ist das mit der Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, verbundene Risiko, insbesondere das Risiko, dass die bereitgestellten Dienstleistungen nicht der Nachfrage entsprechen.“

<sup>499</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (149).

<sup>500</sup> EuGH, Rs C-451/08, Helmut Müller.

legte das OLG Düsseldorf seine *Alhorn-Rsp* dem EuGH vor, der dieser Rsp-Linie mit dem Urteil *Rs Helmut Müller* eine klare Absage erteilte.

- **Militärflughafen Alhorn**<sup>501</sup>

Den Anfang dieser Rsp-Linie des OLG Düsseldorf bildete die Entscheidung über den Militärflughafen *Alhorn*. Dem lag die Absicht der Gemeinde zu Grunde, das nicht mehr genutzte Militärflughafengelände auf ihrem Gemeindegebiet zu verkaufen und einen städtebaulichen Vertrag samt festgelegter Rechte und Pflichten mit dem Käufer – ohne vorangegangenes Vergabeverfahren – abzuschließen.<sup>502</sup> Dagegen wandte sich ein nicht berücksichtigter Kaufinteressent und bekam vom OLG Düsseldorf recht, das den städtebaulichen Vertrag als ausschreibungspflichtige Baukonzession qualifizierte. Es sei nämlich nicht erforderlich, dass der Auftraggeber (bzw Konzessionsgeber) einen eigenen Baubedarf befriedige, es reiche aus, dass „der vorgesehene Vertragspartner Bauleistungen entsprechend den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen leisten soll. Sogar der Ausschluss bestimmter Nutzungsarten durch den Auftraggeber würde nach Ansicht des Gerichts für die Vergaberechtpflicht genügen.“<sup>503</sup> Der Grundstücksverkauf ist daher bereits dann ausschreibungspflichtig, wenn er nach den konkreten Vertragsbedingungen oder zumindest nach der Absicht der beteiligten Parteien unmittelbar oder mittelbar mit einer Bauverpflichtung verknüpft wird.<sup>504</sup>

- **Stadt Wuppertal**<sup>505</sup>

In dieser Entscheidung verschärfte das OLG Düsseldorf seine Rsp zur *Rs Alhorn*. Die Stadt beabsichtigte zur Aufwertung des Stadtteils mehrere zusammenhängende Grundstücke an jenes Projektentwicklungsunternehmen (ohne Vergabeverfahren) zu verkaufen, das die beste Idee hinsichtlich der – nicht offengelegten – Kriterien Kaufpreis, Erscheinungsbild und Grundstücksnutzung vorlegt. Die Stadt sah sowohl eine Bebauungspflicht innerhalb von zwei Jahren bei sonstiger Rückübertragung, als auch die Fassaden-, Farb- und Materialgestaltung vor. Unabhängig davon, ob die Stadt es für eigenen Bedarf nützt oder es auf sonstige Weise Dritten zur Verfügung stellt, sah das OLG darin eine vergabepflichtige Baukonzession.<sup>506</sup> Demnach löste bereits die mit dem Verkauf verbundene Verfolgung städtebaulicher Ziele eine vergaberechtliche Tatbestandsmäßigkeit aus.<sup>507</sup>

---

<sup>501</sup> OLG Düsseldorf, Militärflughafen Alhorn, VII-Verg 2/07.

<sup>502</sup> *Pachner*, ZVB 2009, 75 (76).

<sup>503</sup> OLG Düsseldorf, Militärflughafen Alhorn, VII-Verg 2/07 Rz 41.

<sup>504</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (150).

<sup>505</sup> OLG Düsseldorf, Stadt Wuppertal, VII-Verg 30/07.

<sup>506</sup> *Pachner*, ZVB 2009, 75 (76).

<sup>507</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (150).

- **Stadt Oer-Erkenschwick**<sup>508</sup>

Die Verschärfung zeigte sich auch in der Entscheidung der *Rs Stadt Oer-Erkenschwick*. Auch hier wollte die Stadt durch den Verkauf eines Grundstücks in Verbindung mit der Errichtung eines Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums den betreffenden Stadtteil beleben. Ein Vergabeverfahren wurde nicht durchgeführt, weshalb sich ein unberücksichtigter Interessent an die Vergabekammer Münster wandte, die diese Transaktion als ausschreibungspflichtige Baukonzession qualifizierte, was vom OLG Düsseldorf bestätigt wurde. Das OLG argumentierte zum einen mit der Bauverpflichtung des Käufers und dem Ausschluss der Nutzung der zu errichtenden Gebäude als Spielhallen, Bordellen, Sexshops etc, zum anderen mit dem vereinbarten Wiederkaufsrecht, sollten die zeitlichen Vorgaben der Stadt (hinsichtlich des Antrags auf Baugenehmigung, Baubeginn und Baufertigstellung) vom Investor nicht eingehalten werden.<sup>509</sup> Auf eine eigene Planung der öffentlichen Hand käme es daher nicht an, auch die Herstellung des vorgesehenen Bauwerks nach den vom Auftraggeber genehmigten Plänen reiche aus,<sup>510</sup> wobei es nicht darauf ankäme, „ob vom öffentlichen Auftraggeber wesentliche oder nur nebensächliche Erfordernisse für eine Bebauung genannt werden.“

- **Fachmarktzentrum und Sportarena Hamm**<sup>511</sup>

Das OLG wies zwar den Nachprüfungsantrag zurück, weil die Antragstellerin statt am Grundstückskauf nur an der Anmietung von Ladenflächen und dem Betrieb eines Verbrauchermarktes interessiert war. Das OLG wies jedoch darauf hin, dass Vieles für das Vorliegen einer vergabepflichtigen Baukonzession beim Grundstücksverkauf spräche. Insbesondere müsse die Bauverpflichtung nicht ausdrücklich erfolgen, diese kann sich auch aus einer Gesamtbetrachtung der vertraglichen Vereinbarungen und sonstiger Umstände ergeben.<sup>512</sup>

- **Wittekind-Kaserne Wildeshausen**<sup>513</sup>

Die Stadt Wildeshausen wollte ihre seit 2007 ungenutzte Kaserne verkaufen und sie einer städtebaulichen Entwicklung zuführen. Ein nicht berücksichtigter Kaufinteressent beantragte vor dem Bundeskartellamt<sup>514</sup> ein Nachprüfungsverfahren, das jedoch aus formalen Gründen abgewiesen wurde. Gleichzeitig führte dieses jedoch aus, dass es sich hierbei um keine tatbestandsmäßige öffentliche Auftragsvergabe handele, weil für den Käufer keine Baupflicht in Hinblick auf eine konkrete Bauleistung

---

<sup>508</sup> OLG Düsseldorf, Stadt Oer-Erkenschwick, VII-Verg 37/07.

<sup>509</sup> Pachner, ZVB 2009, 75 (76).

<sup>510</sup> Fuchs/Müller, RFG 2011, 148 (150).

<sup>511</sup> OLG Düsseldorf, Fachmarktzentrum und Sportarena Hamm, VII-Verg 27/08.

<sup>512</sup> Fuchs/Müller, RFG 2011, 148 (150).

<sup>513</sup> OLG Düsseldorf, Wittekind-Kaserne Wildeshausen, VII-Verg 23/08.

<sup>514</sup> Neben der Durchsetzung von Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle obliegt dem Bundeskartellamt über die dort eingerichteten *Vergabekammern* des Bundes seit 1999 auch die Nachprüfung von Vergabeverfahren des Bundes und der dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Auftraggeber (abrufbar über [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht_node.html)).

bestand.<sup>515</sup> Dagegen erhob die Antragstellerin Beschwerde an das OLG Düsseldorf, das darin sehr wohl eine ausschreibungspflichtige Baukonzession sah, allerdings die Beschwerde ebenfalls aus formellen Gründen abwies.

#### 4.3.2. Reaktion des EuGH: *Rs Helmut Müller*

Aufgrund der ablehnenden Reaktionen<sup>516</sup> gegenüber der *Alhorn-Rsp* und der Gesetzesnovelle des deutschen Vergaberechts, das der gegenständlichen Rsp des OLG Düsseldorf den Boden entzogen hätte,<sup>517</sup> entschloss sich das OLG Düsseldorf zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Dieser erteilte mit dem Urteil in der *Rs Helmut Müller* der *Alhorn-Rsp* eine deutliche und zutreffende Absage, indem er die Begriffe des „öffentlichen Bauauftrags“ und der „Baukonzession“ **deutlich restriktiver auslegte** als das OLG. Neben der Bestätigung, dass der Verkauf einer im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Liegenschaft grundsätzlich nicht vergabepflichtig ist,<sup>518</sup> nennt er im Wesentlichen **vier kumulative Kriterien**, nach denen – in Abweichung von diesem Grundsatz – ein Grundstücksverkauf der öffentlichen Hand an ein Unternehmen<sup>519</sup> sehr wohl ausschreibungspflichtig ist:<sup>520</sup>

- **Unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Hand**

Eine Bauleistung, die in Verbindung mit der Liegenschaftsveräußerung steht, muss in unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse der öffentlichen Hand ausgeführt werden. Die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten durch die öffentliche Hand als Auftraggeber der Bauleistung reicht für ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Hand nicht aus. Die Bauleistung muss der öffentlichen Hand auf irgendeine Weise unmittelbar zum Nutzen gereichen<sup>521</sup> – sei es, weil die sie Mieterin des Bauwerks werden soll, sie sich finanziell am Bau beteiligt, relevante Risiken übernimmt oder einen wirtschaftlichen Vorteil aus Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann.<sup>522</sup> Ein derartiger unmittelbarer Zusammenhang wird auch bejaht, wenn die Umsetzung eines Projekts das Ergebnis einer Initiative der öffentlichen Hand ist, zB aufgrund eines Developmentvertrags.<sup>523</sup> Eine öffentliche Zweckbestimmung, wie bei der Verpflichtung des Grundstückserwerbers,

---

<sup>515</sup> VK Bund, VK 2-28.

<sup>516</sup> VK Hessen (Darmstadt), 69 VK 06/2008; VK Brandenburg, VK 2/08; *Gratz*, Das Ende der „Alhorn“-Rsp, NZBau 2010, 293 ff; *Kühling*, Künftige vergaberechtliche Anforderungen an kommunale Immobiliengeschäfte – Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil im Fall Müller, NVwZ 2010, 1257 ff mwN.

<sup>517</sup> *Pachner*, ZVB 2009, 75 (77); *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (151): „Klargestellt wurde, dass die anbietende Tätigkeit eines öffentlichen Auftraggebers auf dem Markt grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterfällt. Sodann wurde die einschränkende Voraussetzung normiert, dass nur dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommende Leistungen vergaberechtlich einschlägig sind.“ (siehe § 103 Abs 1 und Abs 3 letzter Satz GWB).

<sup>518</sup> EuGH, Rs C-541/08, *Helmut Müller*, Rn 41.

<sup>519</sup> Städtebauliche Verträge mit **Verbrauchern** fallen nicht unter den vergaberechtlichen Auftragsbegriff!

<sup>520</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (151).

<sup>521</sup> EuGH, Rs C-220/05, *Auroux*, Rn 47.

<sup>522</sup> SA GA Mengozzi, Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rn 55 ff; *Kühling*, NVwZ 2010, 1258; *Hoffmann*, BauGB § 11, in Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar BauGB, Rn 55.1.

<sup>523</sup> *Hamerl*, ZVB 181 (183); SA GA Mengozzi, Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rn 55 ff.

Behördenparkplätze oder Parkplätze für die Allgemeinheit herzustellen, ist nicht zwingend erforderlich, kann aber ebenso ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Hand darstellen.<sup>524</sup>

- **Rechtsverbindliche, einklagbare Baupflicht des Erwerbers<sup>525</sup>**

Merkmal des öffentlichen Bauauftrags ist, dass der Auftragnehmer – direkt oder indirekt<sup>526</sup> – zur Erbringung der vom Auftraggeber (öffentlichen Hand) geforderten Bauleistung verpflichtet ist. Vereinbaren die öffentliche Hand als Auftraggeber und der Grundstückskäufer eine Bau- bzw Betriebspflicht oder eine Abriss- bzw Rückbauverpflichtung, ist daher grundsätzlich von der Vergaberechspflicht des Grundstücksverkaufs auszugehen.<sup>527</sup> Ob der Erwerber auf eigene Kosten baut oder der Bau drittfinanziert ist bzw ob er selbst die Bauleistung erbringt oder Subunternehmer engagiert, ist für die Qualifikation als Bauauftrag nicht von Belang.<sup>528</sup> Werden Vertragsstrafen vereinbart, um die Herstellung des Gebäudes zu einem bestimmten Zeitpunkt sicherzustellen, handelt es sich ebenfalls um eine einklagbare Baupflicht.<sup>529</sup> Anderes soll für die Vereinbarung einer Rückübertragung im Falle der Nichteinhaltung einer Bauverpflichtung gelten,<sup>530</sup> da die Rückübertragung nicht auf die Durchsetzung der vereinbarten Bauleistung, sondern auf die Wiederherstellung der Ausgangslage abzielt.<sup>531</sup>

- **Bauleistung nach den Erfordernissen der öffentlichen Hand bzw entscheidender Einfluss auf die Art und Planung des Baus<sup>532</sup>**

Dass eine Bauleistung den Erfordernissen des Auftraggebers entsprechen muss, um als Bauauftrag zu gelten, konnte man bereits § 4 Z 3 BVergG 2006 entnehmen. Das mit § 5 Z 3 RV BVergG 2018 zusätzlich normierte Tatbestandsmerkmal des entscheidenden Einflusses des Auftraggebers auf die Art und Planung des Baus verlangte der EuGH jedoch schon, bevor es explizit in der gesetzlichen Definition verankert wurde. Was unter „den Erfordernissen des Auftraggebers“ und dessen „entscheidenden Einflusses auf Art und Planung des Baus“ zu verstehen ist, ist der Rsp des EuGH zu entnehmen:

---

<sup>524</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (151); *Hoffmann*, BauGB § 11, in Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar BauGB, Rn 55.1.

<sup>525</sup> EuGH, Rs C-541/08, Helmut Müller, Rn 60 ff.

<sup>526</sup> Was der EuGH unter „indirekten“ rechtlichen Verpflichtungen versteht, ist unklar. Nach *Fuchs/Müller* sollen dadurch wohl **Umgehungsgeschäfte** vermieden werden: „Eine indirekte Verpflichtung läge etwa dann vor, wenn die Anmietung eines noch zu errichtenden Bauwerks rechtlich verbindlich und einklagbar vereinbart wird, da damit in Wahrheit die Errichtung des Bauwerks selbst erzwungen werden kann“ (RFG 2011, 148 [151]). Siehe zu diesem Thema ausführlich *Reindl*, Ausschreibungspflicht für die Anmietung eines noch zu errichtenden Gemeindeamts? RFG 2013, 146.

<sup>527</sup> *Hoffmann*, BauGB § 11, in Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar BauGB, Rn 57.

<sup>528</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (152).

<sup>529</sup> aA *Gartz*, NZBau 2010, 296.

<sup>530</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (152).

<sup>531</sup> *Kühling*, NVwZ 2010, 1259

<sup>532</sup> EuGH, Rs C-451/08, Helmut Müller, Rn 67 ff.

Auch wenn also die öffentliche Hand nicht zwingend die Merkmale der Bauleistung definieren muss, muss sie zumindest „entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens“<sup>533</sup> ausüben. Darunter versteht man das aktive Setzen von Maßnahmen, die im Rahmen der Ausübung bloßer bauordnungsrechtlicher Kompetenzen, wie zB Bebauungsplänen, nicht durchsetzbar wären.<sup>534</sup> Die den Hauptgegenstand des Vertrags zwischen Auftraggeber (öffentliche Hand) und dem Liegenschaftserwerber bildenden Bauleistungen müssen den Erfordernissen des Auftraggebers entsprechen – der Auftraggeber muss daher auf welche Art auch immer seine Einflussnahme auf die Umsetzung der Bauleistung gesichert haben.<sup>535</sup> Strittig ist, ob die Festlegung des wirtschaftlichen Zwecks einer Bauleistung (zB Bürogebäude, Einkaufszentrum etc) durch die öffentliche Hand für die Qualifikation als Bauauftrag ausreicht, was jedoch wohl überwiegend – insbesondere seit der RV BVergG 2018 – abgelehnt wird.<sup>536</sup> Verfügt der Auftraggeber beispielsweise über vertragliche Durchsetzungsmöglichkeiten und handelt es sich bei den Kriterien, welche das Projekt erfüllen soll, nicht bloß um Anregungen des Auftraggebers, liegen wohl ausreichend klare Erfordernisse vor.<sup>537</sup> Nach *Heid* ist die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ streng aus **technischer** Sicht zu verstehen und verweist auf das EuGH-Urteil in der *Rs Justizzentrum Bari*<sup>538</sup>, dem zufolge die Vorgabe eines *Raum- und Funktionsprogrammes* durch die öffentliche Hand zur Ausschreibungspflicht führt.<sup>539</sup> Schulen, Kindergärten, Seniorenheime, Krankenhäuser, Gerichte, Gefängnisse etc sind Gebäudetypen, bei denen grundsätzlich anzunehmen ist, dass sie nach den „Erfordernissen“ des öffentlichen Auftraggebers und mit einem „entscheidenden Einfluss“ der öffentlichen Hand auf die Art und die Planung des Vorhabens errichtet werden.<sup>540</sup> Insgesamt müsse man sich bei der Beurteilung der Ausschreibungspflicht nach *Heid* also fragen,

---

<sup>533</sup> Nun auch ausdrücklich in § 5 Z 3 RV BVergG 2018 normiert. Vgl Erläuterung RV 69 BldNR 26. GP 29 und ErWG 9 der RL 2014/24/EU: „Die Realisierung eines Bauvorhabens gemäß den von einem öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse setzt voraus, dass der betreffende Auftraggeber Maßnahmen zur Definition der Art des Vorhabens getroffen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung gehabt haben muss.“

<sup>534</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (152).

<sup>535</sup> *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> § 4 Rz 46.

<sup>536</sup> **Ablehnend:** *Hamerl*, ZVB 2010, 181 (184); *Hailbronner* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV40, Sekundärrecht (2009) B 8. Bauaufträge, Rz 12 („funktionale und architektonische Bedingungen“); *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> § 3 Rz 26 („Einfluss auf das Planungs- und Errichtungsstadium, somit auf das Ergebnis der Bauleistungen“); *Bartl*, Grundstücksverkäufe, PPP und Vergaberecht, Behörden-Spiegel Juli 2007, 26; *Trettnak-Hahnl*, Grundstückskauf und -verkauf als Bauauftrag? in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP VI (2010)184. **Bejahend:** *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> § 4 Rz 56-59 vertreten die Ansicht, dass jeder Vertrag erfasst sein soll, wenn dessen Funktion auf die Herstellung eines Bauvorhabens gerichtet ist“; ein Einfluss auf das Baugeschehen, Mitentscheidungs- und Kontrollbefugnisse seien bei dieser Definition nur Subkriterien unter der Gesamtbetrachtung der Funktion des Vertrags. Ebenfalls bejahend, aber mit anderer Argumentation *Reindl*, RFG 2013, 146 (148). Ausführlich zu den „Erfordernissen des Auftraggebers“ in *Judikatur und Literatur Reindl*, RFG 2013, 146.

<sup>537</sup> *Hamerl*, ZVB 2010, 181 (184).

<sup>538</sup> EuGH, Rs C-213/13, *Pizzarotti/Bari*.

<sup>539</sup> *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz 677.

<sup>540</sup> *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz 678. Vgl ErWG 8 der RL 2014/24/EU: „Ein Auftrag sollte nur dann als öffentlicher Bauauftrag gelten, wenn er speziell die Ausführung der in Anhang II aufgeführten

„welche Partei die funktionalen Anforderungen an das Gebäude festlegt. Zu beachten ist dabei allerdings, dass allgemeine Anforderungen eines Gebäudenutzers, wie sie auch einem „**Drittvergleich**“ zB von privaten Mietern im üblichen Maße erfolgen, die Qualifikation als ausschreibungspflichtige „Bauleistung durch Dritte“ nicht auslösen.<sup>541</sup> Es muss auch der öffentlichen Hand unbenommen sein, Wünsche in jenem Ausmaß ohne Vergaberecht formulieren zu können, wie sie auch üblicherweise bei „Standardimmobilien“ von privaten Nutzern vorgebracht und vertraglich umgesetzt werden. In diesem Sinne sind zB „Bau- und Ausstattungsbeschreibungen“, wenn diese die Bandbreite üblicher Ausstattungswünsche (Qualität von Böden, Wänden, Türen, Fenstern, Sanitäreinrichtungen, Beleuchtung, etc), nicht überschreiten, nach Auffassung des Verfassers keine relevante Einflussnahme im Sinne der „Bauleistung durch Dritte“. [...] Entsprechendes muss auch für die Vorgaben eines öffentlichen Auftraggebers im Rahmen des „Raum- und Funktionsprogrammes“ gelten, sofern diese Vorgaben uneingeschränkt „**drittmarktfähig**“ sind (das Gebäude daher ohne nennenswerte Umbauten wiederverwertbar ist), woran wohl kein zu enger Maßstab anzulegen ist.<sup>542</sup> Auch in dieser Frage ist daher der Drittvergleich entscheidend, ob es sich um eine „**Standardimmobilie**“<sup>543</sup> oder um eine für die öffentliche Hand „maßgeschneiderte Immobilie“ (Bestellbau) handelt.“

---

Tätigkeiten [= Errichtung von Krankenhäusern, Sportanlagen, Erholungsanlagen, Freizeitanlagen, Schulen und Hochschulen, Verwaltungsgebäuden] zum Gegenstand hat [...]“.

<sup>541</sup> Reindl, RFG 2013, 146 (148): „Als allgemeine, typische, unschädliche und übliche Vorgaben in Mietverträgen werden erachtet: Vorgaben, die jeder Auftraggeber als Nachfrager von Gebäudeflächen stellt, bzw Bauleistungen, die nur völlig untergeordnete Bedeutung haben, wie etwa das Verlangen nach einem bestimmten Umfang von Büroflächen oder nach einer bestimmten, aber standardisierten EDV-technischen Ausstattung von Räumen; marktübliche und funktionale Anforderungen bei der Gewerberaumvermietung, wie etwa die allgemeine Raumaufteilung und die Ausstattung des (Miet-)Objektes - zB den Innenzuschnitt von Büroflächen oder die erforderliche IT-/TK-Infrastruktur; nutzerspezifische Erfordernisse des Ausbaus, oder aber abstrakte Anforderungen an geometrische Raumanforderungen bzw Flächengrößen; Konkretisierungsmaßnahmen in geringem Umfang bei der Errichtungsfinalisierung zB bei der Wahl des Bodenbelages oder der Wandgestaltung); eine nicht exklusiv den Erfordernissen des Auftraggebers, sondern allgemeinen Bedürfnissen von diversen öff oder privaten Mietern oder Leasingnehmern entsprechende Gestaltung eines Bauwerks; Bau- und Ausstattungsbeschreibungen, wenn diese die Bandbreite üblicher Ausstattungswünsche (Qualität von Böden, Wänden, Türen, Fenstern, Sanitäreinrichtungen, Beleuchtung etc) nicht überschreiten“.

<sup>542</sup> aA Schramm, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 167, 174.

<sup>543</sup> aA Reindl, RFG 2013, 146 (148): „Auf die Frage, ob es sich beim zu mietenden Gebäude um eine "Standardimmobilie" handelt, kommt es aber mE bei der Beurteilung einer allfälligen Ausschreibungspflicht nicht an. Sie ist kein taugliches Abgrenzungskriterium. Auch die bloße Vorgabe des Auftraggebers, eine "Standardimmobilie" zu errichten, kann ein hinreichend definiertes Erfordernis bzw einen entscheidenden Einfluss darstellen. [...] Jedenfalls geht die explizite Vorgabe in einem "Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude", eine "Standardimmobilie", zu errichten, weit über den Inhalt eines typischen bzw Standardmietvertrags hinaus. Gibt der öffentliche Auftraggeber den eigentlichen Anstoß zur Erstellung eines Bauwerks und macht er konkrete Vorgaben hinsichtlich dessen Ausgestaltung, ist von der Anwendung des Vergaberechts auszugehen. **Konkrete Vorgaben** sind auch durch die **bloße Angabe "Standardimmobilie"** erschließbar.“



Ist Auftraggeber die öffentliche Hand (zB eine Gemeinde), tritt sie (bzw der Bürgermeister) auch als Baubewilligungsbehörde auf und ist für die **Vollziehung der Raumplanungsaufgaben** zuständig. Theoretisch könnten diese damit verbundenen Eingriffsmöglichkeiten als „entscheidender Einfluss“ bzw „Erfordernisse“ des Auftraggebers iSd § 4 Z 3 BVergG 2006 bzw § 5 Z 3 RV BVergG 2018 verstanden werden. Da jedoch jedes Bauprojekt Bau- und Raumordnungsvorschriften beachten muss und beinahe jedes Bauprojekt einer Baugenehmigung bedarf, wäre die öffentliche Hand (insbesondere die Gemeinde) in fast jedem erdenklichen Fall ein öffentlicher Auftraggeber, der im Zuge einer Baugenehmigung einen öffentlichen Bauauftrag erteilt. Insbesondere würde dasselbe Projekt bei anderen Auftraggebern keinen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag darstellen. Handelt die Gemeinde als Baubewilligungsbehörde innerhalb der Grenzen der Vollziehung ihrer Regelungszuständigkeit, kann daher keinesfalls von einem „entscheidenden Einfluss“ iSe öffentlichen Bauauftrags die Rede sein.

Ebenso wenig soll es sich um einen Bauauftrag der öffentlichen Hand handeln, „wenn ein Auftraggeber im Rahmen des Verkaufs einer Liegenschaft lediglich **Entwicklungskonzepte der Kaufinteressenten prüft**, um die Liegenschaft dem Developer mit dem besten Konzept zu verkaufen, **ohne rechtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung des prämierten Konzepts** zu haben.“<sup>544</sup> Aber auch ein bloßes **Rücktrittsrecht** der öffentlichen Hand für den Fall, dass das vom Käufer angekündigte Projekt nicht durchgeführt wird, dürfte ohne weitere verbindliche Detaillierungen noch keinen Bauauftrag begründen, da die EK bereits ein auf einem solchen Sachverhalt beruhendes Vertragsverletzungsverfahren eingestellt hat.<sup>545</sup> In solch einem Fall muss jedoch die vertragliche Gestaltung im Einzelfall genau geprüft werden, ist es doch schwer vorstellbar, dass die öffentliche Hand bei einer Nichtumsetzung des angekündigten Konzepts ohne weitere vertragliche Regelungen die Liegenschaft zurückkaufen kann.<sup>546</sup>

- **Leistung und Gegenleistung**

Letztlich entscheidend bei der Qualifikation, ob es sich um einen vergaberechtsfreien Grundstücksverkauf oder um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag (bzw Baukonzession) handelt, ist die Frage, ob der Auftragnehmer für die Erbringung seiner Leistung eine Gegenleistung vom Auftraggeber erhält. Schließlich handelt es sich bei einem öffentlichen Auftrag iSd Vergaberecht um einen *entgeltlichen* Vertrag, der definitionsgemäß Leistung und Gegenleistung erfordert.<sup>547</sup> Der bloße Verkauf des Grundstücks an den Erwerber bzw Auftragnehmer stellt per se noch keine tatbestandsmäßige

---

<sup>544</sup> Hamerl, ZVB 2010, 181 (184 f) verweist auf den SA von GA Mengozzi, Rs C-541/08, Helmut Müller, räumt jedoch gleichzeitig ein, dass es abzuwarten bleibt, ob sich der EuGH dieser Argumentation anschließt – das englische *Office of Government Commerce* (OGC) vertrete jedoch bereits diese Ansicht (OGC – preliminary guidance on the application of the public government rules to development agreements, 16.10.2009, Rn 21-24).

<sup>545</sup> Pressemeldung der Europäischen Kommission IP/08/867 vom 05.06.2008 zum Stadtentwicklungsprojekt Flensburg. Dies gibt jedoch nur die Rechtsmeinung der Europäischen Kommission wieder, die für die Rsp nicht verbindlich ist.

<sup>546</sup> Hamerl, ZVB 2010, 181 (187).

<sup>547</sup> Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 917 ABGB Rz 1; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 917 Rz 1-4 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers für etwaige Bauleistungen dar.<sup>548</sup> Die Erbringung einer Gegenleistung durch die öffentliche Hand indiziert ihr wirtschaftliches Interesse.<sup>549</sup> Wie schon erläutert (siehe oben, Kapitel II.4.1.) ist der **Entgeltbegriff** weit, im Sinne jeder geldwerten Gegenleistung, zu verstehen, welche nicht nur in einer Geldzahlung, sondern auch in Form eines befristeten Nutzungsrechts oder in einer finanziellen Entlastung bestehen kann. Die konkrete Ausgestaltung der Gegenleistung der öffentlichen Hand als Auftraggeberin ist nicht maßgeblich, weshalb es auch nicht darauf ankommt, ob der Auftraggeber selbst Empfänger der Leistung des Liegenschaftskäufers und Auftragnehmers ist.<sup>550</sup> Bei **Kaufpreinsnachlässen** hinsichtlich des Grundstückskaufes, die zwar per se einen Entgeltcharakter aufweisen, ist jedoch in Hinblick auf das Verbot staatlicher Beihilfen iSd Art 107 Abs 1 AEUV Vorsicht geboten (siehe oben, Kapitel I).

#### 4.3.3. Sonderfall: „Gemischte Interessen“

Bei Fällen, in denen vom Käufer einer Liegenschaft der öffentlichen Hand ein Bauprojekt darauf umgesetzt werden soll, das nur **teilweise** der Erfüllung von Bedürfnissen der öffentlichen Hand dient (gemischte Interessen), stellt sich die Frage, ob das gesamte Bauprojekt ausschreibungspflichtig ist oder nur der von der öffentlichen Hand geforderte Bestandteil des Projekts.

Mit dieser Frage beschäftigte sich der EuGH in der ***Rs Auroux***<sup>551</sup>. Dabei initiierte eine Stadt ein Projekt, bestehend aus einem Freizeitzentrum mit Büro- und Geschäftsflächen, Garage, Zufahrtsstraße, Kino und Hotel. Die Stadt machte detaillierte Vorgaben für sämtliche Gebäude, nicht nur für die von ihr künftig genutzten Flächen (Teile des Büros und der Parkfläche), für deren Errichtung sie auch zahlte. Zusätzlich kamen ihr Zustimmungs- und Kontrollrechte zu, im Gegenzug leistete sie einen Beitrag zur Finanzierung des Gesamtprojekts. Der EuGH erachtete das gesamte Projekt als **einheitlichen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag**, da für den Grundstückskäufer/Projektentwickler eine ausdrückliche Baupflicht bestand und sich der Stadt darüber hinaus durch die detaillierten Vorgaben („Erfordernisse des Auftraggebers“) und Zustimmungs-/ Kontrollbefugnisse einen „entscheidenden Einfluss“ auf die Konzeption der geplanten Bauwerke sicherte. Die Entgeltzahlungen der Stadt für „ihre“ Flächen, aber auch für die Gesamtfinanzierung erfüllen den Tatbestand der Entgeltlichkeit („Gegenleistung“). Auch das „unmittelbare wirtschaftliche Interesse“ der öffentlichen Hand ist aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung und der späteren Eigennutzung ebenfalls zweifelsfrei gegeben. Insgesamt handle es sich daher um ein einheitliches Bauprojekt, das einem gemeinsamen Zweck dient, weshalb das gesamte Projekt unter das Vergaberecht fällt und nicht bloß die durch den Auftraggeber zu nutzenden Flächen.

---

<sup>548</sup> *Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148 (151).

<sup>549</sup> *Hamerl*, ZVB 2010, 181 (183).

<sup>550</sup> *Hamerl*, ZVB 2010, 181 (183).

<sup>551</sup> EuGH, Rs C-220/05, *Auroux*, Rn 39 ff.

Eine jüngere Beurteilung „gemischter Interessen“ findet sich im Beschluss 1 Verg 4/12 vom **OLG Schleswig**. Darin kommt der Vergabesenat zum Ergebnis, dass ein vorgelagerter Grundstückskaufvertrag nicht dadurch ausschreibungspflichtig wird, dass parallel zu einem überwiegend privaten Bauvorhaben auch ergänzende Teilbauleistungen im „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse“ der öffentlichen Hand zu erbringen sind.<sup>552</sup> Im gegenständlichen Fall wurden städtische Grundstücke – knapp unter Marktwert – verkauft, auf denen sich ein öffentliches Parkhaus befand. Im parallel zum Liegenschaftskaufvertrag geschlossenen Durchführungsvertrag wurde dem Käufer im Rahmen einer Ausführungspflicht auferlegt, nach dem Abtragen des Parkhauses ein Einkaufszentrum samt Erschließung zu errichten, wobei die weggefallenen öffentlichen Stellplätze – in gleicher Anzahl und für die Allgemeinheit verfügbar – wieder errichtet werden müssen. Interessant sind insbesondere die Ausführungen des OLG Schleswig zum Kriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses und zum Entgelts- bzw Gegenleistungscharakter des Grundstücksverkaufs der öffentlichen Hand unter dem Marktwert:

Die Kernproblematik „gemischter Interessen“ liegt in der Beurteilung, ob und wenn ja in welchem Ausmaß ein **unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Hand am Gesamtprojekt** zu bejahen ist. Nach Ansicht des OLG Schleswig liegt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse in jedem Fall dann **nicht** vor, wenn eine (isoliert betrachtet eventuell vergaberechtlich einschlägige) **Teilbauleistung Voraussetzung oder Folge** des rein „privaten“ und damit vergaberechtlich nicht relevanten (Haupt-)Bauvorhabens darstellt.<sup>553</sup>

Der Verkauf eines Grundstücks unter seinem Marktwert kann eine finanzielle Beteiligung an dem dort zu errichtenden Bauwerk indizieren und ein Entgelt darstellen.<sup>554</sup> Der Marktwert war – zum Zeitpunkt des

---

<sup>552</sup> *Hahn*, Neues zur Vergabepflichtigkeit von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand (OLG Schleswig, Beschluss v. 15.03.2013 – 1 Verg 4/12), Vergabeblog.de vom 23/06/2013, 16115 (abrufbar über <https://www.vergabeblog.de/2013-06-23/neues-zur-vergabepflichtigkeit-von-grundstuecksgeschaeften-der-offentlichen-hand-olg-schleswig-beschluss-v-15-03-2013-1-verg-412/>).

<sup>553</sup> *Hahn*, Vergabeblog.de vom 23/06/2013, 16115: „Dies sei bei **Erschließungsleistungen** wohl generell der Fall und könne auch für solche Bauleistungen gelten, die lediglich einen bereits **vorhandenen Bestand „verlagern“** sollten (vorliegend mussten wie gesagt vorhandene öffentliche Parkplätze in gleicher Anzahl im Neubau abgebildet und öffentlich gewidmet werden). Neu ist hingegen die Aussage zur „Verlagerung“ bereits vorhandenen öffentlichen Parkraums. Das OLG Schleswig geht hierbei nicht näher darauf ein, dass Kommunen sich bei einer solchen Verlagerung ggf. elegant eines angelaufenen Sanierungsstaus entledigen können, zumindest aber einen Vorteil „neu für alt“ erlangen. Im Hinblick auf diesen Aspekt könnte durchaus ein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil gesehen werden. Im Ergebnis ist dies aber wohl richtigerweise nicht der Fall. Die zu erlangenden Vorteile beruhen letztlich ebenfalls – wie die Erschließung – auf dem Projekt des Investors und nicht auf einem gezielten Beschaffungswillen der öffentlichen Hand. Ohne das private Bauvorhaben würde jedenfalls kein neuer Parkplatz notwendig. Neu ist hingegen die Aussage zur „Verlagerung“ bereits vorhandenen öffentlichen Parkraums. Das OLG Schleswig geht hierbei nicht näher darauf ein, dass Kommunen sich bei einer solchen Verlagerung ggf. elegant eines angelaufenen Sanierungsstaus entledigen können, zumindest aber einen Vorteil „neu für alt“ erlangen. Im Hinblick auf diesen Aspekt könnte durchaus ein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil gesehen werden. Im Ergebnis ist dies aber wohl richtigerweise nicht der Fall. Die zu erlangenden Vorteile beruhen letztlich ebenfalls – wie die Erschließung – auf dem Projekt des Investors und nicht auf einem gezielten Beschaffungswillen der öffentlichen Hand. Ohne das private Bauvorhaben würde jedenfalls kein neuer Parkplatz notwendig.“

<sup>554</sup> OLG Düsseldorf, VII Verg 9/10.

gegenständlichen Urteils<sup>555</sup> – nach der (bereits im Kapitel I. ausführlich erläuterten) „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“<sup>556</sup> (kurz: **Grundstücksmitteilung**) zu ermitteln, sodass entweder ein Bieterverfahren durchgeführt werden muss oder ein unabhängiges Wertgutachten eingeholt werden muss. Das OLG ist der Ansicht, dass auch aus Sicht des Vergaberechts die in der Grundstücksmitteilung normierte **5%ige Toleranzmarge** zu beachten und folglich ein Verkaufspreis in Höhe von 3 % unter dem – durch ein Sachverständigengutachten – ermittelten Verkehrswert **vergaberechtlich nicht** relevant sei. Es liege daher weder eine wirtschaftliche Beteiligung noch ein Entgelt bzw eine Gegenleistung vor.<sup>557</sup>

## **5. Zusammenfassung: Vergaberechtliche Problematik bei Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand**

Der Grundsatz lautet: Weder Immobilienveräußerungen noch Immobilienerwerbe der öffentlichen Hand fallen grundsätzlich in den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts, weshalb diese nicht auszuschreiben sind. Dieser vergaberechtsfreie Raum gilt jedoch nur dann, wenn es sich um einen reinen Grundstücksverkauf (bzw -erwerb) der öffentlichen Hand handelt und dieser nicht im Kern doch einen Bauauftrag bzw eine Baukonzession iSd BVergG enthält.

Zunächst zur Zusammenfassung des **persönlichen Geltungsbereichs** des BVergG bzw zur Frage, in welcher Form die öffentliche Hand Auftraggeber nach dem BVergG sein kann: Versteht man den Begriff der „öffentlichen Hand“ als Oberbegriff für die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände), gilt sie als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 bzw § 4 Abs 1 Z 1 RV BVergG 2018. Von dieser Definition der Gebietskörperschaften als klassische öffentliche Auftraggeber sind auch Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit erfasst, die diesen Gebietskörperschaften zugeordnet sind. Hat eine (wenn auch einer Gebietskörperschaft zuzurechnenden) Einheit eigene Rechtspersönlichkeit, so fällt sie nicht unter Z1, sondern allenfalls unter die Auftraggeberkategorie der Z 2 („öffentliche Einrichtung“). Die öffentliche Hand muss aber nicht zwingend als klassischer öffentlicher Auftraggeber (§ 4 RV BVergG 2018 bzw § 3 BVergG 2006) handeln. Sie kann hinsichtlich eines – mit einem Grundstücksverkauf verbundenen – Beschaffungsvorganges im Rahmen einer von ihr ausgeübten Sektorentätigkeit (als öffentlicher Sektorenauftraggeber oder im Form eines öffentlichen Unternehmens) auch als Sektorenauftraggeber

---

<sup>555</sup> In der Zwischenzeit wurde die Grundstücksmitteilung aus dem Jahr 1997 von der „**Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs 1 AEUV**“ (ABl 2016 C 262/01) abgelöst, die jedoch die angesprochene **5 % Toleranzmarge nicht** mehr enthält. Da aber die Grundstücksmitteilung jedoch weiterhin als subsidiäre Auslegungshilfe dient, kann man davon ausgehen, dass diese auch weiterhin gilt (siehe dazu im Kapitel I.2.).

<sup>556</sup> ABl 1997 C 209/03.

<sup>557</sup> *Hahn*, Vergabeblog.de vom 23/06/2013, 16115: „Die Wertung des Senats liegt auf den ersten Blick nahe, es muss allerdings beachtet werden, dass Vergabe- und Beihilferecht nicht in allen Belangen gleiche Interessen verfolgen. Der Beschluss des OLG Schleswig liefert jedoch erste praktisch relevante Argumentationsansätze.“

gelten. Je nachdem, ob die Tätigkeit der öffentlichen Hand eine Sektorentätigkeit ist, ist sie **Sektorenauftraggeber oder klassischer öffentlicher Auftraggeber** iSd BVergG.

Nun zu den für Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand relevanten Aspekten des **sachlichen Geltungsbereichs** des BVergG: Für die vergaberechtliche Beurteilung von Liegenschaftsveräußerungen der öffentlichen Hand und damit einhergehender Immobilienprojekte ist im Wesentlichen die dritte Variante des Bauauftrags, nämlich die der Erbringung von „Bauleistungen durch Dritte“ gemäß § 4 Z 3 BVergG 2006, von Bedeutung. Durch die Neuregelung dieser Bauauftragskategorie in § 5 Z 3 RV BVergG 2018 fand die Entwicklung der EuGH-Rsp seit der *Rs Helmut Müller* Eingang in den Gesetzestext. Wie also auch bereits zuvor aufgrund der EuGH-Rsp, ist nun explizit gesetzlich geregelt, dass es sich dann um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag handelt, wenn ein Dritter Bauleistungen für die öffentliche Hand erbringt und dabei nicht nur den Erfordernissen der öffentlichen Hand zu entsprechen hat, sondern diese auch entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung des jeweiligen Bauprojekts hat. Möchte also zB eine Gemeinde bestimmen, was auf der von ihr verkauften Liegenschaft errichtet wird, sei ihr angeraten, sich detailliert mit der Abgrenzung zwischen vergaberechtspflichtigen Bauaufträgen (bzw Baukonzessionen) und vergaberechtsfreien Grundstücksveräußerungen auseinanderzusetzen. Es handelt sich jedoch nur dann um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag, wenn die öffentliche Hand als Auftraggeber nicht nur den genannten Einfluss die Konzeption der Bauleistung hat, sondern darüber hinaus ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse am geplanten Bauprojekt hat, eine Gegenleistung an den Auftragnehmer erbringt und den Auftragnehmer eine rechtsverbindliche, einklagbare Bauverpflichtung trifft. Aber klar ist: die bloße Vollziehung ihrer **städtebaulichen Regelungszuständigkeit** durch die öffentliche Hand im Zusammenhang mit – von ihr veräußerten – Liegenschaften liegen grundsätzlich außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts. Vorgaben zur Sicherstellung öffentlich-rechtlicher Ziele wie Stadtentwicklung, Umweltschutz oÄ schaden daher nicht.

## Literaturverzeichnis

- Albin/Stöbener*, Kulturförderung unter europäischer Beihilfenkontrolle - Fallpraxis der Europäischen Kommission und praktische Lösungswege (Teil I), BRZ 2010, 202.  
*Albin/Stöbener*, BRZ 2010, 202.
- Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III: Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage (2010).  
*Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III<sup>4</sup>.
- Bartl*, Grundstücksverkäufe, PPP und Vergaberecht, Behörden-Spiegel Juli 2007, 26.  
*Bartl*, Behörden-Spiegel Juli 2007, 26.
- Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage (2016).  
*Bartosch*, EU-Beihilfenrecht<sup>2</sup>.
- Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht (2013).  
*Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht.
- Bonin*, Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, 247.  
*Bonin*, EuZW 2013, 247.
- Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts (2016).  
*Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts.
- Breitenfeld/Ertl*, Europäisches Beihilferecht und öffentliche Aufträge. Praxishandbuch (2007).  
*Breitenfeld/Ertl*, Europäisches Beihilferecht und öffentliche Aufträge.
- Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV. Kommentar, 5. Auflage (2016).  
*Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>5</sup>.
- Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts in Österreich (2017).  
*Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilferechts.
- Eder*, Aufhebung der Grundstücksmittelung - Ein Update zur Immobilienveräußerung durch die öffentliche Hand im Lichte des Beihilferechts, BRZ 2016, 179.  
*Eder*, BRZ 2016, 179.
- Eder*, Mitteilung Beihilfiebegriff III: Staatlichkeit, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 407.  
*Eder* in *Jaeger/Haslinger* 2017, 407.
- Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfegewährung. Zur Bedeutung der Art 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2 (2000).  
*Eilmansberger* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht Teil 8/2.
- Eilmansberger*, Staatsbeihilfen und Vergaberecht, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006. Kommentar, 2. Auflage, 2. Lieferung (2012) Band 1, 1-34.  
*Eilmansberger* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup>
- Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Auflage (2013-2017).  
*Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>3</sup>.
- Frenz*, Handbuch Europarecht III. Beihilfe- und Vergaberecht (2007).  
*Frenz*, Handbuch Europarecht III.
- Fuchs/Müller*, Kommunale Immobiliengeschäfte am Prüfstand des Vergaberechts, RFG 2011, 148.  
*Fuchs/Müller*, RFG 2011, 148.
- Hahn*, Neues zur Vergabepflichtigkeit von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand, Vergabeblog.de vom 23/06/2013, Nr. 16115 (abrufbar unter <https://www.vergabeblog.de/2013-06-23/neues-zur-vergabepflichtigkeit-von-grundstuecksgeschäften-der-offentlichen-hand-olg-schleswig-beschluss-v-15-03-2013-1-verg-412/>).
- Hahn*, Vergabeblog.de vom 23/06/2013, Nr. 16115.

- Hailbronner*, Öffentliches Auftragswesen, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV, 40. Auflage, Sekundärrecht (2009).
- Hailbronner* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV<sup>40</sup>
- Hamerl*, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts. Was tun, damit ein Grundstücksverkauf der öffentlichen Hand nicht zur Auftragsvergabe wird? ZVB 2010, 181.
- Hamerl*, ZVB 2010, 181.
- Hancher/Ottersvanger/Slot*, EU State Aid (2012) 31-145.
- Hancher/Ottersvanger/Slot*, EU State Aid 31.
- Harsdorf/Gänser*, Mitteilung Beihilfegriff IV: Vorteilsbegriff "neu"? Eine Analyse einzelner Aspekte im Lichte der Rechtsprechung, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 433.
- Harsdorf/Gänser* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 433.
- Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage (2015).
- Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup>.
- Heidenhain*, European State Aid Law (2010).
- Heidenhain*, European State Aid Law.
- Hertwig*, Vergaberecht und staatliche (Grundstücks-)Verkäufe, NZBau 2011, 9-17.
- Hertwig*, NZBau 2011, 9.
- Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht, 2. Auflage (2012).
- Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>2</sup>.
- Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377.
- Huber* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377.
- Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht III, 5. Auflage (2016).
- Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht III<sup>5</sup>.
- Jaeger*, Der Rückforderungsanspruch der Kommission im Beihilferecht und Abgabeverfahrensrecht, in *Holoubek/Lang*, Abgabeverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2005) 145-180.
- Jaeger* in *Holoubek/Lang*, Abgabeverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht 145.
- Jaeger*, Die höchstrichterliche Beihilfejudikatur in Deutschland: Ein Vorbild für Österreich? wbl 2012, 9.
- Jaeger*, wbl 2012, 9.
- Jaeger*, Gemeinschaftsrechtliche Probleme einer Privatisierung, EuZW 2007, 499.
- Jaeger*, EuZW 2007, 499.
- Jaeger*, Hürden der Durchsetzung von Wettbewerbsrecht vor den Zivilgerichten, ÖZW 2007, 73.
- Jaeger*, ÖZW 2007, 73.
- Jaeger*, Neue Parameter für Privatisierungen? EuZW 2008, 686.
- Jaeger*, EuZW 2008, 686.
- Jaeger*, Private Rechtsdurchsetzung des Beihilfeverbots, ecolex 2006, 804.
- Jaeger*, ecolex 2006, 804.
- Jaeger*, Rechtsmittelentscheidungen des EuG im Fall Bank Burgenland, ecolex 2012, 741.
- Jaeger*, ecolex 2012, 741.
- Jaeger*, Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren, in *Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 417.
- Jaeger* in *Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten 417.
- Jaeger/Stöger*, Kommentar zu EUV/AEUV, 203. Ergänzungslieferung (2011-2017).
- Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV.
- Kahl/Müller*, Die aktuelle DAWI-Debatte. Vertiefung ausgewählter Themen, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 458.

- Kahl/Müller* in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 458.
- Kirchberger*, Mitteilung Beihilfegriff VI: Spürbarkeit, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 459.
- Kirchberger* in Jaeger/Haslinger, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 459.
- Kletečka/Schauer*, ABGB-ON. Kommentar, Auflage 1.04 (2010-2017).
- Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup>.
- Koenig*, Scheitern nun Privatisierungen unterhalb des Höchstgebotes an Brüssel, Luxemburg und Karlsruhe? *EuZW* 2012, 241.
- Koenig*, *EuZW* 2012, 241.
- Koenig/Fechtner/Paul*, Neuere Tendenzen zu den EG-beihilferechtlichen Anforderungen an Grundstücks- und Anlagentransaktionen, *BRZ* 2009, 52.
- Koenig/Fechtner/Paul*, *BRZ* 2009, 52.
- Koenig/Hellstern*, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach dem UWG gegen Empfänger von EU-rechtswidrigen Beihilfen (die Stufenklage gegen Quersubventionspraktiken), *EWS* 2011, 216.
- Koenig/Hellstern*, *EWS* 2011, 216.
- Koenig/Kühling*, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsöffnung des Ausschreibungsverfahrens. Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, *NVwZ* 2003, 779.
- Koenig/Kühling*, *NVwZ* 2003, 779.
- Koenig/Kühling*, Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht, *NZBau* 2001, 409.
- Koenig/Kühling*, *NZBau* 2001, 409.
- Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Auflage (2005).
- Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht<sup>2</sup>.
- Koller*, Beihilferechtliche Bewertung von Privatisierungen, in *Jaeger/Rumersdorfer*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 497.
- Koller* in *Jaeger/Rumersdorfer*, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 497.
- Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I, 14. Auflage (2014).
- Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>.
- Koziol/Bollenberger/Bydlinski*, ABGB. Kurzkommentar, 5. Auflage (2017).
- Koziol/Bollenberger/Bydlinski*, ABGB<sup>5</sup>.
- Kühling*, Künftige vergaberechtliche Anforderungen an kommunale Immobiliengeschäfte. Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil im Fall Müller, *NVwZ* 2010, 1257.
- Kühling*, *NVwZ* 2010, 1257.
- Kümmritz*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen (2009).
- Kümmritz*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen.
- Lintschinger*, Private Durchsetzung des Beihilfeverbots und neuere Judikatur österreichischer und deutscher Gerichte, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 505.
- Lintschinger* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2012, 505.
- Lotze*, Die zivilrechtliche Feststellungsklage als Instrument der Geltendmachung von Beihilfeverstößen durch Wettbewerber, *BRZ* 2011, 131
- Lotze*, *BRZ* 2011, 131.
- Nettesheim*, EU-Beihilfenrecht und nichtfiskalische Finanzierungsmechanismen, *NJW* 2014, 1847.
- Nettesheim*, *NJW* 2014, 1847.
- Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 2. Auflage (2001)
- Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>2</sup>.
- Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Auflage (2016).
- Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht<sup>7</sup>.



*Pabel*, Vergaberecht, in *Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel*, Wirtschaftsverwaltungsrecht. Studienbuch (2013).  
*Pabel* in *Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel*, Wirtschaftsverwaltungsrecht.

*Pachner*, Gilt für Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand Vergaberecht? ZVB 2009, 75.  
*Pachner*, ZVB 2009, 75.

*Rebhahn*, Subventionsrecht, in *Raschauer*, Österreichisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage (2003)  
*Rebhahn* in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht<sup>2</sup>.

*Reindl*, Ausschreibungspflicht für die Anmietung eines noch zu errichtenden Gemeindeamts? RFG 2013, 146.  
*Reindl*, RFB 2013, 146.

*Riedler*, Studienkonzept Zivilrecht I, 5. Auflage (2010).  
*Riedler*, Studienkonzept Zivilrecht I<sup>5</sup>.

*Rogala*, The Notion of "State Resources" in EU State Aid Law and the German Renewable Energy Act of 2012 (EEG 2012), ZEuS 2016, 271.  
*Rogala*, ZEuS 2016, 271.

*Rüffler*, Der Einfluss des Europarechts auf das österreichische UWG, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 6/2 (1998).  
*Rüffler* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht Teil 6/2.

*Rüffler*, Rechtsfolgen gesetzeswidriger Beihilfengewährung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft (Hrsg), Beihilfenrecht (2004) 141-178.  
*Rüffler* in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, Beihilfenrecht 141.

*Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (2000) und II (2002-2007), 3. Auflage; fortgeführt von *Rummel/Lukas*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, verschiedene Teilbände, 4. Auflage (2014).  
*Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>.

*Säcker/Montag*, European State Aid Law (2016).  
*Säcker/Montag*, European State Aid Law.

*Schramm*, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen, in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP III (2006) 167.  
*Schramm* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP III 167.

*Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006, 2. Auflage, 1. Ergänzungslieferung (2009).  
*Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup>.

*Schroeder*, Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004).  
*Schroeder*, Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen.

*Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage (2014).  
*Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>.

*Sild*, Überblick über die beihilferechtliche Judikatur deutscher und österreichischer Gerichte, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2013, 545.  
*Sild* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2013, 545.

*Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahre 2014, EuZW 2015, 127.  
*Soltész*, EuZW 2015, 127.

*Soltész*, Nach der Reform ist vor der Reform - Herausforderungen für die künftige europäische Beihilfekontrolle, EuZW 2015, 277.  
*Soltész*, EuZW 2015, 277.

*Soltész/Makowski*, Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe, EuZW 2003, 73.

- Soltész/Makowski*, EuZW 2003, 73.
- Soltész/Melcher*, Privatisierungen werden schwieriger. Anmerkungen zum Urteil Bank Burgenland, BRZ 2014, 16.
- Soltész/Melcher*, BRZ 2014, 16.
- Spannowsky/Uechtritz*, Beck'scher Online-Kommentar BauGB, 40. Auflage.
- Spannowsky/Uechtritz*, Beck'scher Online-Kommentar BauGB<sup>40</sup>.
- Stöbener de Mora*, Überall Beihilfen? Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, 685.
- Stöbener de Mora*, EuZW 2016, 685.
- Streinz*, Kommentar EUV/AEUV, 2. Auflage (2012).
- Streinz*, EUV/AEUV<sup>2</sup>.
- Thurnher*, Konkurrentenklagen gegen frühzeitige Beihilfen? *ecolex* 1996, 279.
- Thurnher*, *ecolex* 1996, 279.
- Tiefenthaler*, Innerstaatliche Gerichte als Hüter des europäischen Beihilfenrechts, *wbl* 1998, 509.
- Tiefenthaler*, *wbl* 1998, 509.
- Tietjen*, Die Europäische Beihilfekontrolle im Vergaberecht und bei der Privatisierung (2004).
- Tietjen*, Die Europäische Beihilfekontrolle.
- Trettnak-Hahnl*, Grundstückskauf und -verkauf als Bauauftrag? In *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP VI (2010) 181.
- Trettnak-Hahnl* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP VI (2010) 181.
- Unger*, Subventions- und Beihilfenrecht, in *Schmidt/Wollenschläger*, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2016).
- Unger* in *Schmidt/Wollenschläger*, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup>.
- von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage (2015).
- von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup>.
- Votava*, Mitteilung Beihilfebegriff I: Hintergrund und Übersicht, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 359.
- Votava* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 359.
- Wiebe/Kodek*, UWG, Auflage 8.01, 53. Ergänzungslieferung (2012-2017).
- Wiebe/Kodek*, UWG<sup>8.01</sup>.
- Wiedemann*, Kartellrecht, 3. Auflage (2016).
- Wiedemann*, Kartellrecht<sup>3</sup>.
- Wöllik*, Die Zivilrechtsfolgen bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 letzter Satz EGV, in *Jaeger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 345.
- Wöllik* in *Jaeger*, Jahrbuch Beihilferecht 2008, 345.
- Zellhofer/Solek*, Absolute rechtliche Unmöglichkeit der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, EuZW 2015, 622.
- Zellhofer/Solek*, EuZW 2015, 622.
- Zellhofer/Solek*, Mitteilung Beihilfebegriff IV: Selektive Begünstigung im Lichte der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 445.
- Zellhofer/Solek* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 445.
- Zellhofer/Solek*, Nationaler Rechtsschutz gegen formell rechtswidrige Beihilfen in Österreich, in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539.
- Zellhofer/Solek* in *Jaeger/Haslinger*, Jahrbuch Beihilferecht 2014, 539.