

Kaspar Henrik Möller/Christina Simmig*

„Vertragliche Subventionierung“**Sachverhalt**

Die Landesregierung von Mecklenburg-Vorpommern (M-V) versucht, die Wirtschaftsentwicklung durch einen Ausbau von Handelsbeziehungen im Ostseeraum zu stärken. Ziel ist die Schaffung eines prosperierenden Wirtschaftsraums „Baltic Sea“. Zu diesem Zweck gründet sie die „Baltic-Sea-Invest-GmbH“ (B), deren Hauptgesellschafter das Land M-V ist und an der die Industrie- und Handelskammern Schwerin und Rostock sowie private Banken beteiligt sind. Finanzmittel für B werden im Haushaltsplan des Wirtschaftsministeriums bereitgestellt. Auszahlungen an Unternehmen werden in Kooperation mit dem Wirtschaftsministerium vorgenommen.

Der Landmaschinenhersteller L aus Stralsund produziert Fahrzeuge zur Bodenbearbeitung in der Landwirtschaft. Geschäftsführerin G hofft, vom seit dem EU-Beitritt steigenden Bruttoinlandsprodukt in Lettland profitieren zu können. Sie plant die Errichtung eines Kontaktbüros in Riga. Dort sollen Mitarbeiter/innen Verbindungen zu möglichen Kund/innen herstellen und Geschäfte in Litauen und Estland anbahnen. Um für die Investitionen Zuschüsse zu erhalten, wendet sich G an das zuständige Wirtschaftsministerium. Dort werden die Pläne der G begrüßt und eine Förderung in Aussicht gestellt. Allerdings solle sich L zu einer Gegenleistung verpflichten. In den Räumlichkeiten des Kontaktbüros müsse ein „Mecklenburg-Vorpommern-Portal“ eingerichtet werden, das aus einem Computerarbeitsplatz besteht, der dem Zweck dient, via Internetauftritt des Ministeriums über wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten in M-V zu informieren.

Eine Mitteilung an die Europäische Kommission hält G für entbehrlich, weil die Fördermittel über die B ausbezahlt werden. Zudem seien sie so gering, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht zu befürchten sei. Ohnehin erkenne das Europarecht die besondere historische Situation der neuen Bundesländer an. Schließlich sei M-V besonders zu unterstützen, da die Arbeitslosigkeit weit über dem europäischen Durchschnitt liegt. Daraufhin schließt L mit dem Land M-V am 01.02.2011 einen schriftlichen Vertrag, in dem es unter anderem heißt:

(4) Das Land M-V verzichtet auf die Beitreibung einer Steuernachzahlung der L aus dem Jahr 2010 in Höhe von 18.000 €.

(5) Das Land M-V zahlt am 01.01.2012 einen nicht zurückzuerstattenden Betrag in Höhe von 125.000 € an L,

mit dem Räumlichkeiten für ein Kontaktbüro in Riga angemietet, eingerichtet und sonstige Investitionen unterstützt werden.

(6) In den Jahren 2013, 2014 und 2015 zahlt das Land M-V jeweils 30.000 € an L.

(7) L richtet in dem Kontaktbüro ein „Mecklenburg-Vorpommern-Portal“ ein.

(8) Auf die Einleitung eines Notifizierungsverfahrens wird verzichtet.

Die EU-Kommission erhält Kenntnis von dem Vorgehen. Sie prüft den Vertrag und kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Finanzförderung um nicht mit dem Europarecht zu vereinbarende Zahlungen handele. Zwar wären – was tatsächlich zutrifft – die Zahlungen nach Maßgabe der Vergabepaxis für Regionalbeihilfen zulässig, allerdings könne eine vertragliche Vereinbarung keinen Bestand haben, die kein Notifizierungsverfahren vorsehe. Daraufhin untersagt die Kommission am 15.12.2011 formell ordnungsgemäß die Auszahlung der Beträge.

Maschinenhersteller M ist ebenfalls in der Landwirtschaftsbranche tätig. Er erhält noch vor der Kommission Kenntnis von der Vereinbarung und hält das Vorgehen für skandalös. Er biete ähnliche Produkte wie L an und habe bereits Investitionen in den baltischen Staaten getätigt. Sein Wettbewerbsvorteil werde durch die Leistungen an L „eingedampft“.

Als G am 02.01.2012 die Auszahlung von 125.000 € anfordert, wird diese mit Hinweis auf den Beschluss der Kommission verweigert. G ist erzürnt. Sie hält die Förderung für rechtmäßig und sieht sich durch die Auffassung der Kommission in der Sache bestätigt. Das Ministerium könne nicht die Entscheidung der Kommission vorschieben, um sich Vertragspflichten, die ihr politisch nicht mehr opportun erscheinen, zu entziehen. Sie beauftragt die Kanzlei K mit der Beantwortung der Frage, ob L einen Zahlungsanspruch gegen das Land M-V hat.

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar beim Hanseatischen OLG. Die Verfasserin ist Studentin an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einem gekürzten Übungsfall, der an der Universität Hamburg im Wintersemester 2010/2011 im Rahmen der Vorlesung Wirtschaftsverwaltungsrecht von PD Dr. Claudio Franzius als Hausarbeit zur Bearbeitung gestellt wurde.

Hinweis: Es ist davon auszugehen, dass der Vertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Die Einhaltung nationaler Zuständigkeitsvorschriften ist zu unterstellen, das Vergaberecht nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

Ein Anspruch des L auf Zahlung von 125.000 € gegen das Land M-V könnte sich aus der Vereinbarung vom 01.02.2011 ergeben. Dies setzt das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags voraus. Dessen Wirksamkeit richtet sich nach §§ 54 ff. VwVfG M-V, da sich sein Inhalt auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis bezieht.

A. Wirksamer Verwaltungsvertrag

I. Zustandekommen des Vertrags

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen – Angebot und Annahme – zustande, auf die nach § 62 S. 2 VwVfG M-V die Vorschriften der §§ 145 ff. BGB anzuwenden sind. Eine Einigung zwischen L und M-V liegt vor. Auch das Schriftformerfordernis nach § 57 VwVfG M-V ist eingehalten.

II. Zustimmungserfordernisse

Der Wirksamkeit des Vertrags könnte § 58 VwVfG M-V entgegenstehen. Die Vorschrift schützt Rechte Dritter sowie die Befugnisse mitwirkungsverpflichteter Behörden.¹ Liegt die erforderliche Zustimmung eines Dritten oder eine Mitwirkungshandlung einer Behörde nicht vor, ist der Vertrag schwebend unwirksam.²

1. Fehlende Zustimmung der Konkurrenz, § 58 I VwVfG M-V

Der Vertrag könnte in Ermangelung einer Zustimmung des konkurrierenden Maschinenherstellers M schwebend unwirksam sein. Das Zustimmungserfordernis nach § 58 I VwVfG M-V wird ausgelöst, wenn durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag in Rechte Dritter eingegriffen wird. Faktische Nachteile oder Beeinträchtigungen rechtlich nicht geschützter Interessen reichen nicht aus.³ Eine Rechtsbeeinträchtigung ist grundsätzlich bereits in einem Verpflichtungsvertrag zu sehen, der die vertragliche Grundlage eines späteren Verwaltungsakts schafft, ohne selbst über ein Rechtsgut zu verfügen.⁴

¹ Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 58 Rn. 1.

² Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 19.

³ Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 19.

⁴ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 30.

a) Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit

Vorliegend könnte die Zustimmung des konkurrierenden Unternehmers M erforderlich sein, wenn die Subventionszusage in dessen Wettbewerbsfreiheit eingreift, die durch Art. 12 I, 14 I GG grundrechtlich abgesichert ist.⁵ Die Wettbewerbsfreiheit schützt Marktteilnehmer/innen zwar grundsätzlich nicht vor Konkurrenz, selbst wenn diese durch eine staatliche Maßnahme gefördert wird.⁶ Allerdings ist ein Grundrechtseingriff anzunehmen, wenn die Subvention in erheblichem Maße in den Wettbewerb eingreift, so dass Konkurrent/innen in ihrer Existenz gefährdet werden⁷ oder eine massive Reduzierung ihrer Wettbewerbsfähigkeit bewirkt wird.⁸

Die Unternehmen von L und M sind im gleichen Wirtschaftszweig in ähnlichen Absatzmärkten aktiv, sodass eine konkrete Konkurrenzsituation besteht. Allerdings kann M nur eine Reduzierung seines zuvor erarbeiteten Wettbewerbsvorteils geltend machen, die keinen Ausschluss seiner eigenen Wettbewerbsfähigkeit bedeutet. Es liegt kein Eingriff in Art. 12 I, 14 I GG vor.

b) Verstoß gegen Art. 108 III 3 AEUV

Die Zustimmung des Konkurrenten M könnte auch nach Art. 108 III 3 AEUV erforderlich sein. Dann müsste die Vorschrift ein „Recht eines Dritten“ im Sinne des § 58 I VwVfG M-V schützen. Art. 108 III 3 AEUV normiert eine Sperrwirkung und verbietet die Auszahlung von Subventionen, bevor die Kommission einen positiven Beschluss über ihre Zulässigkeit getroffen hat.⁹ Dadurch wird zuvörderst die Effektivität der Beihilfenaufsicht gesichert. Zugleich konstituiert die Vorschrift einen gerichtlich durchsetzbaren und von der materiellen Rechtmäßigkeit einer Beihilfe unabhängigen Schutz der Marktteilnehmer/innen.¹⁰ Die Vorschrift ist ein absolutes Verfahrensrecht, das unabhängig von der Verletzung einer materiell-rechtlichen Norm zur Aufhebung einer abschließenden Verwaltungsentscheidung führt.¹¹ In der Rechtswissenschaft ist streitig, ob reine Verfahrensbeteiligungsrechte das Zustimmungserfordernis nach § 58 I VwVfG M-V auslösen können.

Dies wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, bloße Verfahrenspositionen dürften nicht zu „materiellen Blo-

⁵ Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 144; Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 353 ff.

⁶ BVerfG vom 01.02.1973, BVerfGE 34, 252 (256); Utz Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 58 Rn. 15.

⁷ BVerwG vom 30.08.1968, BVerwGE 30, 191 (197).

⁸ BVerwG vom 23.03.1982, BVerwGE 65, 67 (174); vgl. m. w. N. Rainer Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 II Rn. 297 ff.

⁹ Wolfram Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 108 AEUV Rn. 8.

¹⁰ Christine Steinbeiß-Winkelmann, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 2010, S. 1233 (1235).

¹¹ Klaus Rennert, Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, S. 576 (576 f.).

ckadepositionen“ aufgewertet werden.¹² Die Gegenmeinung hält es zwar im Grundsatz für möglich, dass absolute Verfahrenspositionen das Zustimmungsbedürfnis aktivieren, lehnt dies aber im Einzelfall ab, wenn eine Zustimmung der/des Dritten nicht geeignet wäre, einen materiellen Rechtsverstoß endgültig zu beseitigen.¹³

Eine Zustimmung des Konkurrenten M zu einer Subvention an L würde den Eingriff in den freien Markt nicht suspendieren. Es wäre zwar denkbar, dass die Zustimmung sämtlicher Konkurrent/innen zu einem Ausschluss der Verletzung persönlicher Wettbewerbsrechte führen würde. Gleichwohl bestünde der durch die europäische Wettbewerbsordnung missbilligte Zustand zu Lasten einer optimalen Allokation von Ressourcen fort. Auch nach dieser Ansicht folgt die Zustimmungspflicht nicht aus einem Verstoß gegen Art. 108 III 3 AEUV.

2. Fehlende Zustimmung der Kommission, § 58 II VwVfG M-V

Die schwebende Unwirksamkeit des Vertrags könnte sich aus § 58 II VwVfG M-V ergeben.

Die Vorschrift verhindert, dass durch einen Vertrag in die Kompetenzen nichtbeteiligter Behörden eingegriffen wird. Ob der Anwendungsbereich von § 58 II VwVfG M-V auch das Notifizierungsverfahren der Kommission umfasst, ist umstritten.

Die noch herrschende Meinung geht davon aus, dass sich die Mitwirkungspflicht einer Behörde im Sinne des § 58 II VwVfG M-V auf eine Handlung in *demselben* Verwaltungsverfahren beziehen muss.¹⁴ Dementsprechend beschränken sich Mitwirkungspflichten auf deutsche Behörden in Verwaltungsverfahren nach deutschem Recht. Die Kommission prüft aber die Zulässigkeit einer Beihilfe in einem – vom mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahren unabhängigen – Notifizierungsverfahren.

Die im Vordringen befindliche Gegenauffassung wendet § 58 II VwVfG M-V entsprechend auf den Zustimmungsvorbehalt der Kommission an.¹⁵ Die Kommission sei als Behörde im Sinne von § 1 IV VwVfG M-V anzusehen, da sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehme und im Verwaltungsverbund mit deutschen Behörden kooperiere.¹⁶

¹² Michael Fehling, in: Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2009, § 58 Rn. 17 f.

¹³ Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 8 a.

¹⁴ Dirk Ehlers, Rechtsprobleme bei der Rückforderung von Subventionen, GewArch 1999, S. 305 (318); Martin Gellermann, Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfenkontrolle und Verwaltungsverfahrenrecht, DVBl. 2003, S. 481 (484).

¹⁵ Jens-Peter Schneider, Vertragliche Subventionsverhältnisse, NJW 1992, S. 1197 (2000).

¹⁶ Jens-Peter Schneider, NJW 1992, S. 1197 (2000); Berthold Kastner, in: Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 17.

Zwar mag eine am Wortlaut orientierte Auslegung des § 58 II VwVfG M-V unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens für die erstgenannte Ansicht sprechen. Denn der Gesetzgeber intendierte zuvörderst den Schutz des Einvernehmens nationaler Behörden und Verwaltungsverfahren.¹⁷ Gleichwohl erscheint letztere Ansicht angesichts der Verdichtung der Kooperation nationaler und europäischer Behörden vorzugswürdig. Dies dient der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts, weil die Miteinbeziehung der Kommission in den Anwendungsbereich des § 58 II VwVfG M-V eine verfahrensrechtliche Anerkennung ihrer Mitwirkungsbefugnis beinhaltet.¹⁸

Die fehlende Mitwirkung der Kommission führt analog § 58 II VwVfG M-V zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags zwischen L und M-V.

3. Zwischenergebnis: Schwebende Unwirksamkeit

Ein Anspruch des L auf Zahlung von 125.000 € aus der Vereinbarung vom 01.02.2011 besteht nicht, da der Vertrag analog § 58 II VwVfG M-V schwebend unwirksam ist. Die schwebende Unwirksamkeit kann rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses durch Vornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung beseitigt werden.¹⁹ Dies setzt voraus, dass ein Notifizierungsverfahren durchgeführt wird, welches die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt bestätigt. Diese Möglichkeit entfällt aber, soweit die vertragliche Vereinbarung gemäß § 59 VwVfG M-V nichtig ist.

B. Nichtigkeit des Vertrages nach § 59 VwVfG M-V

Grundsätzlich sind Verwaltungsverträge, die gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, trotzdem wirksam und können – anders als Verwaltungsakte – nicht mit Rechtsmitteln angegriffen werden. § 59 VwVfG M-V enthält aber eine abschließende Aufzählung besonders schwerer Fehler, die zur Nichtigkeit eines Vertrages führen.

I. Nichtigkeit gemäß § 59 II VwVfG M-V

Der Vertrag könnte gemäß § 59 II VwVfG M-V nichtig sein. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Vereinbarung zwischen M-V und L ein subordinationsrechtlicher Vertrag i. S. d. § 54 S. 2 VwVfG M-V ist. Dies ist der Fall, wenn die Behörde gegenüber dem/der Vertragspartner/in auch zum Erlass eines VA ermächtigt wäre, der Ver-

¹⁷ BT-Drucks. 7/910 vom 18.07.1973, S. 81.

¹⁸ Akzentuierung des Effektivitätsarguments durch Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 16 a.

¹⁹ Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 19.

trag mithin einen Verwaltungsakt ersetzt.²⁰ Die Subventionszusage von M-V an L hätte auch im Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger/in in Form eines Verwaltungsakts ergehen können, der die Verpflichtung zur Einrichtung des Computerportals als Nebenbestimmung im Sinne des § 36 VwVfG M-V vorsehen könnte.

1. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 1 VwVfG M-V

Der Vertrag wäre gemäß § 59 II Nr. 1 VwVfG M-V nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Die Nichtigkeit einer Subventionszusage mittels Verwaltungsakt unter ausdrücklichem Verzicht auf die Durchführung des Notifizierungsverfahrens könnte sich aus § 44 I VwVfG M-V ergeben. Voraussetzungen dafür sind das besondere Gewicht eines Rechtsverstößes und dessen Offenkundigkeit.

Besonders schwerwiegend ist ein Fehler, wenn der Verwaltungsakt aufgrund der Fehlerhaftigkeit unter keinen Umständen mit der Rechtsordnung vereinbar ist.²¹ Die besondere Bedeutung und der Rang des Unionsrechts begründen für sich genommen kein besonderes Gewicht eines Rechtsverstößes.²² Ebenso wenig handelt es sich bei der Subventionszusage um eine (begünstigende) Willkürmaßnahme. Die Nichteinhaltung formaler Verfahrensvoraussetzungen bei begründbarer Erwartung der Rechtmäßigkeit einer Subvention erscheint nicht gänzlich mit der Rechtsordnung unvereinbar.

Überdies müsste der Rechtsverstoß offenkundig sein. Dies ist der Fall, wenn sich die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts für unvoreingenommene, mit den Umständen vertraute Beobachter/innen geradezu aufdrängen muss.²³ Aufgrund der Ausnahmefähigkeit der Notifizierungsvorschriften im Primärrecht (Art. 107 II AEUV) und im Sekundärrecht (z. B. De-minimis-Verordnung²⁴) besteht die Möglichkeit, dass Dritte einen vergleichbaren Verwaltungsakt als rechtmäßig ansehen könnten. Folglich ist der Verwaltungsvertrag mangels eines besonders schwerwiegenden und offenkundigen Fehlers nicht nach § 44 I VwVfG M-V nichtig.

2. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 2 VwVfG M-V

Der Vertrag könnte aber nach § 59 II Nr. 2 VwVfG M-V nichtig sein. Danach begründet die Rechtswidrigkeit eines Vertrags dessen Nichtigkeit, wenn sie den Vertrags-

partner/innen bekannt ist und bei einem entsprechenden Verwaltungsakt nicht unbeachtlich wäre.

a) Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes

In Betracht kommt die Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsakts aufgrund eines Verstoßes gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzesvorbehalt wird aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und dem Demokratieprinzip hergeleitet und verbietet Verwaltungshandeln ohne gesetzliche Ermächtigung.²⁵ Seine Anwendung bei belastendem Verwaltungshandeln ist unstreitig. Ob sich das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage auch auf die Leistungsverwaltung erstreckt, ist seit jeher heftig umstritten.

Nach einer Ansicht haben begünstigende staatliche Leistungen an Teilnehmer/innen am wettbewerblichen Marktgeschehen für Konkurrent/innen und die Allgemeinheit eine erhebliche Bedeutung und bedürfen daher eines Subventionsgesetzes (Lehre vom Totalvorbehalt).²⁶ Da die Zuwendungen an L nicht auf einem Gesetz zur Förderung des Außenhandels beruhen, käme diese Ansicht zur Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsakts. Die Gegenansicht lässt eine parlamentarische Willensäußerung in Form der Bereitstellung von Fördermitteln im Haushalt als hinreichende Legitimierung für die Verwaltung ausreichen (Etatlegitimierung).²⁷ Vorliegend werden Mittel zur Auszahlung durch B an Private im Haushaltsplan des Wirtschaftsministeriums veranschlagt, so dass nach dieser Auffassung ein Verwaltungsakt rechtmäßig wäre.

Die Lehre vom Totalvorbehalt schränkt den Handlungsspielraum der Verwaltung zu stark ein. Zwar ist ihr zu zugestehen, dass die Kehrseite der begünstigenden Wirkung einer Subvention regelmäßig die Belastung Dritter darstellt. Allerdings ist erst dann eine gesetzliche Grundlage zu fordern, wenn – anders als im zu beurteilenden Fall – eine Rechtsverletzung anzunehmen ist. Andernfalls wäre der Staat daran gehindert, flexibel auf Bedarfssituationen reagieren zu können. Der Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage gibt auch nicht den Schutz der unterlegenen Konkurrent/innen preis. Denn diese werden durch den Vorrang des Gesetzes und die Wirkungen des Art. 3 I GG vor willkürlichen Leistungsvergaben geschützt.

Ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes ist nicht anzunehmen.

²⁰ Vgl. Begr. d. RegE zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 79 f.; Wolfram Höfling/Günter Krings, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, JuS 2000, S. 626 (628).

²¹ Hartmut Maurer, Allg. VerwR, 18. Aufl. 2011, § 10 Rn. 31.

²² BVerwG vom 26.08.1977, NJW 1978, 508.

²³ OVG Lüneburg vom 11.06.1985, DÖV 1986, 382–383.

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen.

²⁵ BVerfG vom 28.10.1975, BVerfGE 40, 237 (248 f.).

²⁶ Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 27. Aufl. 2011, Rn. 308; Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 281.

²⁷ BVerwG vom 21.03.1958, NJW 1958, 1153; Werner Frotscher/Urs Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 5. Aufl. 2008, Rn. 561.

b) Verstoß gegen Art. 107 AEUV

Der Vertrag könnte aber aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 107 AEUV nichtig sein.

aa) Beihilfe gemäß Art. 107 I AEUV

Dann müssten die Leistungen an L eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV sein. Beihilfen sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigungen jeder Art an Unternehmen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.²⁸

Die Vergünstigungen an L sind positive Leistungen bzw. Verschonungen von staatlich auferlegten Leistungspflichten und damit Zuwendungen im Sinne des Art. 107 I AEUV. Die Mittel werden zwar überwiegend von B in privater Organisationsform ausgezahlt, doch Art. 107 I AEUV unterscheidet nicht danach, ob die Beihilfe unmittelbar vom Staat oder mittelbar von privaten Einrichtungen, die vom Staat zur Durchführung der Beihilfenregelung eingerichtet wurden, gewährt wird.

Diese Zuwendungen müssten auch einen wirtschaftlichen Vorteil für L darstellen. Dieser erbringt eine Gegenleistung durch die vertraglich festgelegte Einrichtung eines Arbeitsplatzes. Aber wirtschaftlich handelnde Kapitalgeber/innen würden angesichts der Zuwendungs-summe bei lebensnaher Auslegung ein „Mehr“ an Leistung verlangen.²⁹ Somit ist die Zuwendung wirtschaftlich vorteilhaft.

Von einer Beeinträchtigung des europäischen Handels ist auszugehen, wenn die Stellung eines Unternehmens im Vergleich zu Mitbewerber/innen gestärkt wird, wobei eine Vermutung für eine Wettbewerbsverfälschung vorliegt, soweit ein/e Wettbewerber/in bevorzugt wird.³⁰ Diese Vermutung könnte unter Zugrundelegung der De-Minimis-Verordnung entkräftet werden. Danach haben Zuwendungen, die einen Betrag von 200.000 € innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, keine beeinträchtigende Wirkung. Allerdings sind nach Art. 1 I lit. d der VO 1998/2006 exportbezogene Tätigkeiten ausgeschlossen, die mit der Errichtung und dem Betrieb eines Vertriebsnetzes im Zusammenhang stehen.³¹ Hier dienen die Zuwendungen durch M-V der Förderung der Bestrebungen von L, ein Kontaktbüro in Lettland zur Vorbereitung künftiger Exporte seiner Landmaschinen

²⁸ Walter Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2007, § 2 Rn. 166; ausführlich zum herrschenden Beihilfenbegriff: Andreas Glaser/Jan Henrik Klement, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2009, S. 134 ff.

²⁹ Wolfram Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 38.

³⁰ Gabriela von Wallenberg/Michael Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 107 Rn. 74.

³¹ Gabriela von Wallenberg/Michael Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Bd. II, Art. 107 Rn. 81.

zu errichten. Mithin besteht die Vermutung der Wettbewerbsverfälschung weiterhin.

bb) Legalausnahme, Art. 107 II AEUV

Möglicherweise fällt die Beihilfe aber in den Anwendungsbereich einer Legalausnahme des Art. 107 II lit. c AEUV, wonach Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands zulässig sind. Allerdings ist die Vorschrift nach der Rechtsprechung des EuGH restriktiv auszulegen und erfasst nur „diejenigen wirtschaftlichen Nachteile, die durch die Isolierung aufgrund der Errichtung dieser physischen Grenze – beispielsweise durch die Unterbrechung der Verkehrswege oder den Verlust der Absatzgebiete aufgrund des Abbruchs der Handelsbeziehungen zwischen den beiden Teilen Deutschlands – in bestimmten Gebieten Deutschlands entstanden sind“.³² Damit sind strukturelle Defizite, die aufgrund des Wirtschaftssystems der DDR noch heute in den neuen Bundesländern zu geringerer Wirtschaftsleistung führen, gerade nicht von Art. 107 II AEUV umfasst.

cc) Ausnahmeentscheidung der Kommission, Art. 107 III lit. c AEUV

Grundsätzlich kann die Kommission gemäß Art. 107 III AEUV Beihilfen ausnahmsweise zulassen, wenn der Tatbestand einer Ausnahmevoraussetzung vorliegt. Die Entscheidung darüber liegt in ihrem Ermessen. Vorliegend kommt eine Genehmigung von Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete gemäß Art. 107 III lit. c AEUV in Betracht, da die strukturelle Arbeitslosigkeit in M-V im EU-Vergleich überdurchschnittlich hoch ist. Von der Ausnahmefähigkeit geht die Kommission hier aus, denn sie bejaht die Vereinbarkeit mit den Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung.³³ Von einer materiellen Unionsrechtswidrigkeit der Beihilfe ist mithin nicht auszugehen.

c) Zwischenergebnis

Der Vertrag ist nicht nach § 59 II Nr. 2 VwVfG M-V nichtig.

3. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 4 VwVfG M-V

Der Vertrag könnte aber gemäß § 59 II Nr. 4 VwVfG M-V in Verbindung mit § 56 I 2 VwVfG M-V wegen unzulässiger Gegenleistung nichtig sein.

Eine unzulässige Gegenleistung i. S. d. § 56 I 2 VwVfG M-V könnte darin zu sehen sein, dass die Zuwendungs-summe von 233.000 € im Verhältnis zur Verpflichtung der L, einen Computerarbeitsplatz für ein „M-V-Portal“ einzurichten, besonders hoch ist. Angemessenheit ge-

³² EuGH vom 30.09.2003, JA 2004, 285 (285 f.).

³³ Zu den Leitlinien für Beihilfen mit regionaler Zielsetzung vgl. Wolfram Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 Rn. 61 f.

mäß § 56 I 2 VwVfG M-V bedeutet, dass Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich ausgewogen sind und eine materielle Vertragsgerechtigkeit vorliegt.³⁴ Die Einrichtung eines Internetportals vermag ob des vergleichsweise geringen Aufwands die Anforderungen an einen gerechten Preis nicht zu erfüllen. Allerdings folgt das Angemessenheitsgebot dem Übermaßverbot und ist aus diesem Grund einseitig bürgerschützend und ausschließlich gegen den Staat gerichtet.³⁵ Der Verwaltungsträger ist folglich nicht daran gehindert, eine geringe Gegenleistung zu verlangen.³⁶ Ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot liegt nicht vor.

4. Zwischenergebnis zur Nichtigkeit nach § 59 II VwVfG M-V

Der Vertrag zwischen L und M-V ist nicht nach § 59 II VwVfG M-V nichtig.

II. Nichtigkeit nach § 59 I VwVfG M-V

Die Vereinbarung könnte aus Gründen, die nach bürgerlichem Recht die Nichtigkeit eines Vertrags bedingen, nach § 59 I VwVfG M-V nichtig sein. In Betracht kommt ein Verstoß gegen gesetzliche Verbote i. S. v. § 59 I VwVfG M-V in Verbindung mit § 134 BGB. Diese sind zwingende Rechtsnormen, die einen Vertragsschluss als solchen bzw. den mit dem Vertrag bezweckten Erfolg schlechthin verbieten, weil ein öffentlicher Belang von erheblichem Gewicht tangiert wird.³⁷

1. Verstoß gegen Handlungsformverbot der Abgabenordnung [AO]

Der Verzicht auf die Beitreibung einer Steuerforderung (Ziff. 4 des Vertrags) könnte gegen ein gesetzliches Vertragsformverbot verstoßen. Vertragsformverbote sind Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB und schließen das Handeln in Vertragsform unabhängig vom konkreten Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung aus.³⁸

Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass Verträge über den Erlass von Steuerforderungen gegen ein Handlungsformverbot verstoßen.³⁹ Die Finanzbehörden sind bei Vorliegen einer Steuerschuld verpflichtet, die Steuer gemäß § 155 AO mittels Steuerbescheid, der Verwaltungsakt im Sinne des § 118 AO ist, festzusetzen.⁴⁰

34 Michael Fehling, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 56 Rn. 26.

35 Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 59 Rn. 39a.

36 BT-Drucks. 7/910, S. 82; Hans-Günter Henneke, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 56 Rn. 14.

37 Michael Fehling, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 59 Rn. 14; OVG Münster vom 22.09.1982, NVwZ 1984, 522 (524).

38 Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 54 Rn. 42; Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 52 Rn. 102f.

39 BVerwG vom 05.06.1959, NJW 1959, 1937.

40 Die Begriffe des Verwaltungsakts der Abgabenordnung und der

Bei der Festsetzung von Steuern besteht also kein Ermessen der Finanzbehörden. Ein Erlass der Steuerschuld ist hingegen gemäß § 227 AO grundsätzlich aus Billigkeitsgründen möglich. Allerdings müsste dieser Erlass ebenfalls durch einen Steuerverwaltungsakt erfolgen.⁴¹ Dies folgt bereits aus dem actus-contrarius-Grundsatz, nach dem eine Gegenmaßnahme die Rechtsnatur der Ausgangsmaßnahme teilen muss,⁴² und wird inhaltlich dadurch bestätigt, dass das Abgabenrecht von den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung geprägt ist. Dementsprechend enthält die AO keine den §§ 54 ff. VwVfG M-V vergleichbaren Vorschriften über Verträge und ist damit grundsätzlich „vertragsfeindlich“.⁴³ Ziffer 4 des Vertrags verstößt damit gegen ein Handlungsformverbot. Eine andere Rechtsfolge als die Nichtigkeit sieht § 134 BGB bei einem Verstoß gegen ein Handlungsformverbot nicht vor.⁴⁴ Damit ist Ziffer 4 des Vertrags als nichtig anzusehen.

Fraglich ist, ob die Nichtigkeit der Steuerverzichtsvereinbarung zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Nach § 59 III VwVfG M-V bedingt die Nichtigkeit eines Teils einer Vereinbarung nicht deren Gesamtnichtigkeit, wenn diese auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Vorliegend lassen sich die unterschiedlichen Teilleistungen der Vereinbarung zwischen L und M-V bruchlos voneinander separieren. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten auch ein Interesse an einer um die Steuervergünstigung reduzierten Förderung gehabt hätten. Die Nichtigkeit der Ziffer 4 beeinflusst damit nicht die Wirksamkeit des übrigen Vertrags.

2. Verstoß gegen Art. 108 III AEUV (Notifizierungspflicht)

Des Weiteren könnte der Vertrag aufgrund eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht aus Art. 108 III AEUV nichtig sein.

Da das Wirtschaftsministerium auf eine Mitteilung der beabsichtigten Beihilfe verzichtet hat, liegt ein Verstoß gegen Art. 108 III 1 AEUV vor. Ob dieser zwingend zur Nichtigkeit des Verwaltungsvertrags führt, wird mittlerer-

Verwaltungsverfahrensgesetze sind identisch, Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 12; zur Festsetzung der Steuer mittels Verwaltungsakt Klaus Tipke/Joachim Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 4 Rn. 160.

41 Rüdiger von Groll, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 227 AO Rn. 371.

42 Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 49 Rn. 115, § 48 Rn. 242.

43 Hans-Uwe Erichsen, Zur Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze, VerwArch 70 (1979), S. 349 (352). Die im Vordringen befindliche Gegenauffassung relativiert die „Vertragsfeindlichkeit“ im Abgabenrecht und sieht Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung von Stundungen, Zahlungsmodalitäten etc., vgl. Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 54 Rn. 5.

44 Vgl. Philipp Reimer, Stundung, Erlass und Niederschlagung von Forderungen der öffentlichen Hand – sämtlich verbotene Beihilfen?, NVwZ 2011, S. 263 (264).

weile uneinheitlich bewertet. Das Ergebnis hängt davon ab, ob Art. 108 III AEUV als gesetzliches Verbot im Sinne des § 59 I VwVfG M-V i. V. m. § 134 BGB angesehen wird.

Die (wohl noch) herrschende Ansicht bejaht den Verbotscharakter des Art. 108 III AEUV.⁴⁵ Dies soll selbst dann gelten, wenn die Kommission in ihrer abschließenden Entscheidung die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.⁴⁶ Aus den zugrunde liegenden Erwägungen zu Art. 108 III 3 AEUV, der Gewährung gleicher Chancen im Wettbewerb und der Einhaltung der Kompetenzordnung zu dienen, wird dem formellen Verstoß eine zusätzliche materielle Bedeutung gegeben, sodass an der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach der älteren Judikatur des EuGH „kein Weg vorbeiführen“ solle.⁴⁷

Allerdings hat der EuGH in seiner neueren Judikatur festgestellt, dass in Art. 108 III 3 AEUV keine Aussage zur Erforderlichkeit der Rückforderung einer Subvention bei einem nur formellen Verstoß gegen das Durchführungsverbot getroffen werde.⁴⁸ Der Normzweck der Freihaltung des Marktes von unvereinbaren Beihilfen sei bei materiell rechtmäßigen Beihilfen nicht verletzt, so dass diese nicht zwingend zurückzufordern seien.⁴⁹ Die zunehmend vertretene Gegenauffassung folgert aus dieser Rechtsprechung, dass die Nichtigkeit eines Verpflichtungsgeschäftes bei einem Verstoß gegen Art. 108 III AEUV aus europarechtlicher Sicht nicht zwingend sei.⁵⁰ Dies gelte insbesondere, weil die deutsche Rechtsordnung neben der Nichtigkeit die schwebende Unwirksamkeit als Folge eines Rechtsverstoßes anerkenne.⁵¹

⁴⁵ EuGH vom 21.11.1991, NJW 1993, 49 (50); BGH vom 04.04.2003, EuZW 2003, 444 (446); *Elke Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers/Gurlit, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 32 Rn. 25.

⁴⁶ BGH vom 04.04.2003, EuZW 2003, 444 (445); *Barbara Remmert*, Die Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht, EuR 2000, S. 469 (477 f.).

⁴⁷ BGH vom 04.04.2003, EuZW 2003, 444 (445); *Martin Gellermann*, Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfenkontrolle und Verwaltungsverfahrensrecht, DVBl. 2003, S. 481 (485).

⁴⁸ EuGH vom 12.02.2008, EuZW 2008, 145–148; *Josef Franz Lindner*, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.02.2008 (C-199/06), GewArch 2008, S. 236 (238).

⁴⁹ EuGH vom 12.02.2008, EuZW 2008, 145–148; *Andreas Bartosch*, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots, EuZW 2008, S. 235 (235).

⁵⁰ *Michael Fehling*, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 59 Rn. 17; *Andreas Bartosch*, EuZW 2008, S. 235 (240).

⁵¹ *Elke Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers/Gurlit, Allg. VerwR, 14. Aufl. 2010,

Die letztgenannte Ansicht erscheint insgesamt vorzuzugswürdig. Sie beinhaltet einerseits eine Anerkennung der Kompetenz der Kommission, in der Sache eine verbindliche Entscheidung über die Zulässigkeit einer Beihilfe treffen zu können. Wäre der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, bliebe eine rechtmäßige positive Entscheidung der Kommission im Ergebnis ohne Wirkung.⁵² Zugleich steht diese Ansicht im Einklang mit dem Abstraktionsprinzip der deutschen Rechtsgeschäftslehre, das zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterscheidet. Das Verbot der Auszahlung einer beabsichtigten Subvention betrifft zunächst nur die Verfügung und muss nicht zwingend auf die Wirksamkeit des verpflichtenden Vertrags durchschlagen.⁵³ Die spätere Genehmigung der Kommission entfaltet nur eine Wirkung ex nunc und eine entgegen Art. 108 III 3 AEUV ausbezahlte Beihilfe gemäß Art. 11 II BeihilfeVO kann auch vorläufig zurückgefordert werden, sodass dadurch auch nicht der Regelungszweck des Art. 107 AEUV unterlaufen wird.⁵⁴ Aus diesen Gründen ermöglicht diese Ansicht eine interessengerechte und flexible Handhabung rein formeller Verstöße gegen die Notifizierungspflicht.

Damit ist der Vertrag nicht wegen Verstoßes gegen Art. 108 III 3 AEUV nichtig, sondern bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission schwebend unwirksam.

3. Zwischenergebnis zur Wirksamkeit des Vertrags

Klausel Nr. 4 des Vertrags ist aufgrund eines Verstoßes gegen ein Vertragsformverbot nach § 59 I VwVfG M-V i. V. m. § 134 BGB nichtig. Im Übrigen ist der Vertrag nach der hier vertretenen Ansicht schwebend unwirksam.

C. Ergebnis

Der Anspruch des L gegen M-V ist nicht durchsetzbar.

§ 32 Rn. 25; vgl. *Christian Armbrüster*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 4.

⁵² *Jens-Peter Schneider*, NJW 1992, S. 1197 (1199); *Markus Pütz*, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, NJW 2004, S. 1999 (2201).

⁵³ *Klaus Rennert*, EuZW 2011, S. 576 (577).

⁵⁴ *Michael Fehling*, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 59 Rn. 17.