Der vor einem Notar zu errichtende Erbvertrag kann ebenfalls in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts gebracht werden. Daneben besteht die Möglichkeit der Verwahrung durch den Notar.[10] Eine private Verwahrung des Originals ist ausgeschlossen.

Die notarielle Beurkundung löst Notargebühren aus. Deren Höhe bestimmt sich nach dem Wert des Vermögens der Beteiligten.[11] Da ein Erbvertrag zwingend der notariellen Beurkundung bedarf, sind diese Kosten hier nicht zu vermeiden.

Errichten Ehegatten ihr gemeinschaftliches Testament privatschriftlich, können sie die Beurkundungskosten einsparen. Kosten in ähnlicher Höhe entstehen dann jedoch regelmäßig nach dem Erbfall. Denn ohne die Existenz eines notariell beurkundeten Testaments ist die Beantragung eines Erbscheines jedenfalls dann unumgänglich, wenn sich im Nachlass Immobilien oder Bankguthaben befinden.[12] Die Gesamtkosten des Erbscheines entsprechen denen der notariellen Beurkundung.

VII. Fazit

Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag sind die Mittel der Wahl, um zwischen verschiedenen Personen eine erbrechtliche Bindungswirkung herzustellen. Da beide Institute ungeachtet vieler Gemeinsamkeiten jedoch auch deutliche Unterschiede aufweisen, bedarf es einer fundierten Beratung, um im Einzelfall die maßgeschneiderte und damit optimale Lösung für alle Beteiligten zu finden.

10 Vgl. § 34 II, III BeurkG.

11 Maßgeblich für die Berechnung der Notargebühren sind anstelle der bislang geltenden KostO seit dem 01.08.2013 die Normen des GNotKG, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden können. Verfügen beide Ehegatten zusammen über ein Vermögen in Höhe von 500.000 €, löst die notarielle Beurkundung eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments danach beispielsweise Notarkosten in Höhe von 1.870 € aus. Hinzu kommen Auslagen des Notars, Verwahrkosten und Mehrwertsteuer.

12 Siehe hierzu etwa *Seiler,* in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 1. Aufl. 2011, § 2353 Rn. 1 und 8.

Daniel Valdini*

Die Vereinbarkeit der Hilfsmittelverfügung für die Zweite Juristische Staatsprüfung mit dem europäischen Beihilfenrecht

In allen Bundesländern sind im schriftlichen Teil des Zweiten Juristischen Staatsexamens nur Gesetzessammlungen und Kommentare eines einzigen deutschen Verlagshauses als Hilfsmittel zugelassen. Diese Hilfsmittelbeschränkungen führen zu einem erheblichen Wettbewerbsvorteil für dieses Unternehmen. Der Beitrag setzt sich daher mit der Frage auseinander, inwieweit die Hilfsmittelverfügungen im Zweiten Juristischen Staatsexamen mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar sind. Dabei wird auch analysiert, ob die bisherige Rechtsprechung des EuGH, der in ähnlichen Konstellationen das Vorliegen einer Beihilfe regelmäßig verneint, der Annahme einer Beihilfe im vorliegenden Fall entgegensteht. Zuletzt zeigt der Beitrag auch einen Lösungsansatz für diese wettbewerbsrechtlich bedenkliche Situation auf.

I. Einleitung

Bei der Anfertigung der Prüfungsarbeiten im Zweiten juristischen Staatsexamen sind im Gegensatz zur Ersten Juristischen Staatsprüfung Handkommentare als Hilfsmittel zugelassen. Diese Hilfsmittel sind grundsätzlich von den Prüflingen mitzubringen, es besteht jedoch keine Pflicht, Hilfsmittel zu verwenden. Welche Hilfsmittel im Einzelnen erlaubt sind wird in dreizehn[1] im Wesentlichen gleichlautenden Hilfsmittelverfügungen[2], die von den jeweiligen Landesjustizprüfungsämtern erlassen werden, festgelegt. Aufmerksamkeit erregt dabei vor allem eine allen Hilfsmittelverfügungen gemeinsame und im Kern identische Bestimmung: Egal ob Gesetzessammlung oder Handkommentar – zugelassen werden nur Printerzeugnisse einer einzigen deutschen Verlagsgruppe.[3] Diese Einschränkung führt zu einem Wettbewerbsvorteil für diese Verlagsgruppe, denn zumindest in Bezug auf einen Teilabschnitt der juristischen Ausbildung muss keinerlei Wettbewerb mit anderen Verlagen befürchtet wer-

* Dr. iur., Wirtschaftsjurist (Universität Bayreuth). Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg. Der Beitrag basiert auf einem Kolloquiumsvortrag an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

1 Berlin und Brandenburg sowie Schleswig-Holstein, Bremen und Hamburg haben jeweils ein gemeinsames Justizprüfungsamt errichtet und demgemäß auch eine gemeinsame Hilfsmittelverordnung.

2 Teilweise auch Hilfsmittelverordnung, Hilfsmittelbekanntmachung, Verwaltungsvorschrift (BW) oder schlicht Weisung (NRW) genannt.

3 Vgl. beispielsweise Nr. II. A. und B. VerwHilfsmittel BW oder Nr. I. Hilfsmittelbekanntmachung ZJS Bayern.

den. Mittelbar zieht diese Regelung auch weitere Effekte nach sich. So dürfte sich die Regelung nicht nur auf den Bestand der entsprechenden Gesetzessammlungen und Kommentare in Bibliotheken – vor allem in Ausbildungsbibliotheken wie Universitäts- und Gerichtsbibliotheken – auswirken, sondern es ist auch nicht auszuschließen, dass das Konsumverhalten der Prüflinge selbst schon lange vor der eigentlichen Prüfung beeinflusst wird (z. B. frühzeitiger Kauf der Gesetzessammlungen und der dazugehörigen Nachlieferungen).

Angesichts dieser bedenklichen Effekte ist es nicht überraschend, dass die Hilfsmittelverfügungen und die ihnen zugrundeliegenden Ermächtigungsgrundlagen in den Fokus der Rechtsprechung gerieten.[4] Unbeantwortet blieb dabei aber bislang die Frage, ob diese bundesweit einheitlich lautende Regelung auch mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar ist. Art. 107 I AEUV erklärt nämlich mitgliedstaatliche Beihilfen, die ein einzelnes Unternehmen begünstigen, grundsätzlich für verboten. Man mag sich kurz fragen, warum gerade das europäische Beihilfenrecht diesen rein deutschen Sachverhalt überhaupt erfassen sollte. Dies liegt daran, dass die Beihilfevorschriften nur über eine vergleichsweise niedrige räumliche Anwendungsschwelle verfügen. So setzen sie nach Ansicht des EuGH lediglich voraus, dass die fragliche Maßnahme geeignet ist, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.[5] Auch die Tatsache, dass die Hilfsmittelverfügungen nicht als Beihilfe bezweckt sein mögen, steht der Annahme einer Beihilfe nicht entgegen: Für das Vorliegen einer Beihilfe kommt es nicht auf Bezeichnung oder Zweck, sondern ausschließlich darauf an, ob die Maßnahme beihilfegleiche Wirkung entfaltet.[6]

II. Die Bewertung der Hilfsmittelverordnungen am Maßstab des Art. 107 I AEUV

1. Festlegung des Prüfungsmaßstabs - Das Verhältnis des Beihilfenrechts zu den Grundfreiheiten

Wie schon in der Einleitung angedeutet, lässt sich die Bestimmung, dass nur Gesetzessammlungen und Kommentare einer einzigen Verlagsgruppe zugelassen werden, unterschiedlich einordnen. Zum einen wird durch die Regelung einem bestimmten Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil verschafft. Zum anderen könnte man hierin aber auch eine Beschränkung im Sinne der Dassonville-Rechtsprechung[7] sehen, so dass man u. U. die Grundfreiheiten neben[8] Art. 107 AEUV als Prüfungsmaßstab heranziehen könnte. Überschneidungen im Anwendungsbereich beider Rechtsinstitute sind nicht ungewöhnlich.[9] Mit Blick auf das in Art. 108 AEUV gesondert geregelte Beihilfeverwaltungsfahren[10] (sog. Notifizierungsverfahren) ist eine parallele Prüfung beider Rechtsinstitute jedoch abzulehnen.[11] Das Notifizierungsverfahren dient dazu, die Prüfung, Koordinierung und Begrenzung staatlicher Beihilfen durch die Kommission organisatorisch abzusichern.[12] Es wäre jedoch obsolet und die verfahrensrechtliche Stellung der Kommission im Rahmen des Notifizierungsverfahrens würde negiert werden, wenn man eine gerichtliche Überprüfung potentieller Beihilfen auf Grundlage der unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten anstreben könnte. Denn im Gegensatz zu den Beihilfevorschriften genießen die Grundfreiheiten Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Dies hätte gegebenenfalls zur Folge, dass die fragliche staatliche Maßnahme ohne Weiteres unangewendet bleiben müsste, da die Grundfreiheiten gerade kein vergleichbares primärrechtliches Verwaltungsverfahren wie das Beihilfenrecht vorsehen. Da sich das Beihilfenverfahrensrecht und das materielle Beihilfenrecht in Art. 107 AEUV aber auch nicht voneinander trennen lassen, spricht dies insgesamt für ein Spezialitätsverhältnis zugunsten der Beihilfevorschriften. Für ein Vorrang des Beihilfenrechtsregimes sprechen neben diesem eher formalen Argument aber auch die in Art. 107 II, III AEUV abschließend[13] geregelten beihilferechtlichen Ausnahmetatbestände: Sie greifen grundsätzlich nur bei wirtschafts-, sozial- oder regionalpolitisch gerechtfertigten Beihilfen ein.[14] Dahingegen können Eingriffe in die Grundfreiheiten auch mit dem durch die Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung[15] begründeten, sehr

4 BVerwG NVwZ 2012, 1416.

5 Damit genügt es, wenn zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel möglich sind, vgl. EuGH vom 17.09.1980, 730/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 11 – *Philip Morris*; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 16. Die EU-Grundfreiheiten erfassen zwar auch potentielle Auswirkungen, vgl. die Nachweise bei *Becker,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 34 AEUV Rn. 20. Dies soll dann jedoch nicht gelten, wenn die beschränkenden Wirkungen „zu ungewiss und indirekt" erscheinen, vgl. EuGH vom 14.07.1994, Rs. C-379/92 – *Peralta*. Diese Rechtsprechung wurde soweit ersichtlich aber noch nicht auf die Art. 107 ff. AEUV übertragen.

6 Vgl. EuGH vom 13.06.2002, Rs. C-382/99, Slg. 2002, I-5163 Rn. 61 – *Niederlande/Kommission*; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 8 m. w. N.

7 EuGH vom 11.07.1974, 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 – *Dassonville*.

8 Instruktiv zum Verhältnis von Grundfreiheiten und Beihilfenrecht, *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 15 m. w. N.; vgl. auch *Koenig/Kühling,* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 87 EGV Rn. 17 ff.

9 Ausführlich *Mestmäcker/Schweitzer,* Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 43 Rn. 21 m. w. N.; vgl. auch *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 8.

10 Vgl. insoweit auch die Beihilfe-Verfahrensordnung 659/1999 ABl. 1999 Nr. L 83/1.

11 So auch die h. M., vgl. *Mestmäcker/Schweitzer,* Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 42 Rn. 22; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 5; *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 15.

12 Vgl. *von Wallenberg/Schütte,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Aufl. 2013, Art. 108 AEUV Rn. 1.

13 Vgl. *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 716.

14 Vgl. *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1070 ff.); *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 716 ff.; *Streinz,* Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 1023.

15 EuGH vom 20.02.1979, 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 8 – *Cassis de Dijon*.

weiten Ausnahmetatbestand der „zwingenden Erfordernisse" gerechtfertigt werden. Eine parallele Anwendung würde insoweit also entweder die Gefahr von Widersprüchen im Rahmen der Rechtfertigung oder aber einer nicht gewollten, über den Wortlaut der Vorschriften hinausgehenden Ausdehnung der besonderen beihilferechtlichen Ausnahmetatbestände bergen. Eine derartige Konvergenz zwischen Grundfreiheiten und Beihilferechtsvorschriften ist aufgrund der verschiedenen Ansätze beider Rechtsinstitute – die einen stellen einen Schutznorm-, die anderen einen Verbotsnormkomplex dar – abzulehnen. Die Artt. 107 ff. AEUV sind also vorrangig anzuwenden.

2. Prüfungsumfang

Mitgliedstaatliche Beihilfen unterliegen nach Art. 107 I AEUV keinem absoluten, sondern einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt,[16] wobei eine Genehmigung – wie erläutert – grundsätzlich nur für besondere wirtschafts-, sozial- oder regionalpolitisch gerechtfertigte Beihilfen in Frage kommt. Die Hilfsmittelverfügungen sind jedoch weder wirtschafts-, sozial- noch regionalpolitisch motiviert. Sie basieren allein auf dem Gedanken, dass die zulässigen Hilfsmittel einheitlich geregelt werden müssen, um die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen zu gewährleisten. Somit scheidet vorliegend eine Ausnahme aufgrund einer der in Art. 107 II, III AEUV abschließend geregelten Ausnahmetatbestände aus.

Im Folgenden ist daher nur zu prüfen, ob die staatliche Einräumung einer partiellen Monopolstellung durch die entsprechenden Regelungen in den Hilfsmittelverfügungen insgesamt eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV darstellen.

3. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen

Aus dem Wortlaut des Art. 107 I AEUV leiten Rechtsprechung und Kommission gemeinhin fünf Tatbestandsmerkmale ab, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit von einer Beihilfe im Sinne der Vorschrift gesprochen werden kann: Eine Maßnahme stellt eine Beihilfe dar, wenn *staatliche* Mittel eingesetzt werden (5.), um ein *bestimmtes* Unternehmen oder einen *bestimmten* Produktionszweig (1.) zu *begünstigen* (4.) und hierdurch eine *Wettbewerbsverfälschung* droht (2.), die den *zwischenstaatlichen Handel in der EU zu beeinträchtigen vermag* (3.).[17] Sollten die Regelungen in den Hilfsmittelverordnungen diese Voraussetzungen erfüllen, so läge ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot vor. Etwaige Konkurrenten könnten sich dann zwar nicht unmittelbar hierauf berufen, denn insoweit bedarf es grundsätzlich erst einer konstitutiv wirkenden Kommissionsentscheidung. Gegebenenfalls könnte sich ein Wettbewerber aber gegen eine Positiventscheidung der Kommission mit der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 IV AEUV wehren.[18]

a) Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)

Selektiv ist eine Maßnahme dann, wenn sie – negativ formuliert – nicht der gesamten Wirtschaft, sondern nur einem Unternehmen oder Produktionszweig zugutekommt.[19] Derzeit werden in allen Hilfsmittelverfügungen nur bestimmte Printerzeugnisse aus zwei Verlagshäusern, die jedoch zur selben Verlagsgruppe und damit zu einem Unternehmen im Sinne des Art. 107 I AEUV[20] gehören, als Hilfsmittel zugelassen. Selektivität i. S. d. Art. 107 I AEUV liegt damit vor.

b) Wettbewerbsverfälschung

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn tatsächlich oder potentiell in ein bestehendes oder möglicherweise noch entstehendes Wettbewerbsverhältnis eingegriffen wird.[21] Das ist nach Ansicht des Gerichtshofs der Fall, wenn ein Unternehmen in seiner Position gegenüber Wettbewerbern dadurch gestärkt wird, dass es einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den es unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhalten hätte.[22]Die unentgeltliche Einräumung einer gesicherten Wettbewerbsposition greift nicht nur in den Wettbewerb ein, sondern ist einem freien und fairen Wettbewerb grundsätzlich fremd und damit marktunüblich. Schon aus diesem Grunde ist eine Wettbewerbsverfälschung zu bejahen.[23]Ferner ist anzumerken, dass an das Merkmal der Wettbewerbsverzerrung regelmäßig recht geringe Anforderungen gestellt werden.[24]

c) Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels

Darüberhinaus muss die Maßnahme auch geeignet sein, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.[25] Durch die Regelung in den Hilfsmittelverfügungen und die damit einhergehende Stärkung der Wettbewerbsposi-

16 *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1065).

17 Zu den einzelnen Merkmalen, *Mestmäcker/Schweitzer,* Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 43 Rn. 1 ff.; *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 10 ff.

18 Weiterführend *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 8.

19 Vgl. *Mederer,* in: von der Groeben/Schwarze, EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 87 EGV Rn. 36 ff; *Seidel,* in: Börner/Neundörfer, Recht und Praxis der Beihilfen, 62.

20 Zum Unternehmensbegriff, vgl. *Koenig/Kühling,* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 87 EGV Rn. 48 ff.

21 Vgl. *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 53; *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1069).

22 EuGH vom 17.09.1980, 730/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 11 – *Philip Morris*; EuGH vom 21.03.1990, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959 Rn. 40 – *Belgien/Kommission*.

23 Sollte das Bruttosubventionsäquivalent, d. h. der geldwerte Vorteil, der der Verlagsgruppe durch die Maßnahme zufließt, einen Betrag von 200.000 € in einem Zeitraum von drei Steuerjahren nicht übersteigen, so wäre grundsätzlich der Anwendungsbereich der De-minimis-VO eröffnet, vgl. Art. 2. II De-minimis-VO. In diesem Fall läge schon keine (spürbare) Wettbewerbsverzerrung vor. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Tatfrage, die an dieser Stelle nicht beantwortet werden kann.

24 Vgl. *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 668 ff.

25 Vgl bereits oben Fn. 5.

tion des adressierten Verlages auf dem deutschen Markt kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass andere europäische Verlage abgeschreckt werden, eine Zweitniederlassung in Deutschland zu errichten, um auf dem deutschen Markt für rechtswissenschaftliche Printerzeugnisse Fuß zu fassen. Auch eine zukünftige Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit ist nicht per se ausgeschlossen. Zudem sehen Kommission und Rechtsprechung eine Handelsbeeinträchtigung regelmäßig nur bei rein lokalen Sachverhalten (z. B. Beihilfe an ein regionales Freizeitbad[26]) als ausgeschlossen an.[27] Wenn es sich aber um Maßnahmen handelt, die im Gleichklang auf Landesebene ergriffen werden und sich faktisch auf das gesamte Bundesgebiet Deutschlands auswirken, kann grundsätzlich nicht von einem rein lokalen Sachverhalt gesprochen werden.[28] Eine mögliche Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels ist somit gegeben.

d) Begünstigung

Unter einer Begünstigung ist die Gewährung eines wie auch immer gearteten wirtschaftlichen Vorteils zu verstehen, wobei es nicht auf die Zwecksetzung der Gewährung ankommt.[29] Damit sind auch solche Beihilfen erfasst, die oberflächlich besehen nicht als Beihilfen gedacht waren, denen jedoch eine beihilfegleiche Wirkung zukommt.[30] Eine solche beihilfegleiche Wirkung könnte man durchaus in dem durch die Verfügung abgesicherten Gewinn zugunsten der genannten Verlagsgruppe erblicken. Denn die Regelung sichert der Verlagsgruppe einen wirtschaftlichen Vorteil, indem ihr risikolos höhere Gewinne zugesichert werden, als ohne das Bestehen der Regelung.[31] Sichert der Staat einem Unternehmen eine Wettbewerbsposition zu, so begünstigt dies das Unternehmen in gleicher Weise wie direkte staatliche Zahlungen.[32] Möchte ein Staat seine hoheitliche Rechtssetzungsbefugnis zugunsten eines Unternehmens beihilfefrei ausüben, so ist er gezwungen eine Ausgestaltung zu wählen, die entweder das Merkmal der Staatlichkeit oder der Selektivität nicht erfüllt. Am Merkmal der Begünstigung gibt es jedoch grundsätzlich kein Vorbeikommen.

e) Staatlichkeit der Mittel

Das Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln" erfasst nicht nur Maßnahmen der Mitgliedstaaten selbst, sondern aller juristischer Personen des öffentlichen Rechts.[33] Folglich sind auch die in den einzelnen Bundesländern erlassenen Hilfsmittelverfügungen vom Beihilfenrecht erfasst. Da die in Rede stehenden Regelungen alle dieselbe Zwecksetzung verfolgen und bundesweit dieselbe Verlagsgruppe begünstigen, können sie aus europarechtlicher Sicht Deutschland als Mitgliedstaat und Adressat der Beihilfevorschriften insgesamt zugerechnet werden, denn ein Mitgliedstaat darf sich grundsätzlich nicht auf seine innerstaatlichen föderalen Besonderheiten bei der Beihilfengewährung zurückziehen. Andernfalls würden vor allem Mitgliedstaaten mit stark ausgeprägter föderaler Ordnung profitieren, denn sie könnten nahezu jede Beihilfe föderal aufspalten und so künstlich stets jenseits des De-minimis-Schwellenwerts bleiben. Außerdem ist Deutschland auch aufgrund des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue, der aus Art. 4 III AEUV folgt, dazu verpflichtet, die Bundesländer dazu anzuhalten, dass diese keine primärrechtswidrigen Regelungen erlassen.[34]

Eine Übertragung staatlicher Mittel liegt vor, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Die Maßnahme muss den Fiskus tatsächlich oder potentiell belasten[35] und sie muss dem Staat zuzurechnen sein[36]. Eine Belastung ist grundsätzlich zu bejahen, wenn die Maßnahme zu Lasten des staatlichen Haushalts im weitesten Sinne führt, d. h. es genügt wenn der Haushalt einer dem Mitgliedstaat zurechenbaren Körperschaft oder Einrichtung unmittelbar belastet wird.[37] Ferner liegt nach Ansicht der Rechtsprechung keine staatliche Mittelübertragung vor, wenn der Staat auf Grundlage eines Gesetzes private Dritte (Unternehmen, Verbraucher) zum unmittelbaren Mitteltransfer an ein bestimmtes Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige verpflichtet.[38] Denn in diesem Fall wird nicht der Staatshaushalt, sondern es werden private Haushalte belastet. Für die Zurechenbarkeit der Maßnahme ist wiederum vor allem der Grad des konkreten staatlichen Einflusses bei der Mittelvergabe von großer Bedeutung:[39] Übt der Staat eine beherrschende Rolle bei der Mittelvergabe aus, so spricht vieles für eine staatliche Maßnahme.[40]

26 KOM N 258/00 vom 12.01.2001, 46 – *Beihilfe Freizeitbad Dorsten*.
27 *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 27 m. w. N.
28 Insoweit könnte man wohl auch eine Prüfung des vorliegenden Sachverhalts anhand des Art. 101 AEUV in Betracht ziehen.
29 Vgl. bereits oben Fn. 6 sowie *Niemeyer,* EuZW 1993, 273 ff.
30 Vgl. *Koenig/Kühling,* in: NJW 2000, 1065 (1066).
31 Ähnlich auch EuGH vom 13.03.2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 Rn. 54 – *PreussenElektra*.
32 So auch *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 566.
33 Vgl. *von Wallenberg,* in: Grabitz/Hilf, EGV, 40. Aufl. 2009, Art. 87 EGV Rn. 38; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 12.
34 Vgl. EuGH vom 16.11.1977, 13/77, Slg. 1977, 2115 (2145 f.) Rn. 30 ff. – *INNO/ATAB*; allgemein zum Grundsatz der Gemeinschaftstreue *Hatje,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 AEUV Rn. 21; *v. Bogdandy,* in: Grabitz/Hilf, EGV, 40. Aufl. 2009, Art. 10 EGV Rn. 6.
35 Vgl. EuGH vom 30.11.1993, Rs. C-189/91, Slg. 1993, I-6185 – *Kirsammer-Hack*.
36 Vgl. EuGH vom 16. 5. 2002, Rs. C-482/99 – *Stardust Marine*; dazu *Lübbig,* WM 2002, 1828.
37 Vgl. EuGH, Vb. Rs. 72/91 und 73/91, Slg. 1993, I-887, Rn. 19 – *Sloman Neptun*; *Bartosch,* NVwZ 2001, 643 ff.
38 Vgl. EuGH Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 57 ff. – *Preussen-Elektra*; *Koenig/Kühling,* ZUM 2001, 537 (540); *Kühne,* JZ 2001, 759 ff.
39 Vgl. EuGH vom 16.05.2002, Rs. C-482/99 – *Stardust Marine*; *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 20.
40 Vgl. EuGH vom 20.09.2007 – Rs. T-136/05, Rn. 140 ff – *Salvat père & fils u. a./Kommission*.

In Bezug auf die oben festgestellte Begünstigung erscheint die Annahme eines staatlichen Mittelflusses zunächst fragwürdig. Stellt man nämlich auf den Erwerb der Hilfsmittel durch die Referendare und dem hiermit einhergehenden höheren Gewinn ab, so könnte man annehmen, dass hier das Merkmal der „Staatlichkeit" nicht gegeben ist, denn es werden lediglich private Haushalte belastet. Allein die Steuerung des Mitteltransfers Privater durch staatliche Regelungen konstituiert noch keinen ausreichenden Zurechnungszusammenhang.[41] Gleichwohl ist die Situation hier durch einige Besonderheiten geprägt, die es zumindest fragwürdig erscheinen lassen, ob man ohne Weiteres diese bisherige Rechtsprechung heranziehen kann. Berücksichtigt werden muss, dass Rechtsreferendare wohl eine Sonderstellung zum Staat einnehmen. Sie befinden sich regelmäßig in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis (sog. Vorbereitungsdienst). Zum Teil werden Referendare sogar zu Beamten auf Probe ernannt.[42] Für den Vorbereitungsdienst gelten die Regelungen des Bundesbeamtengesetzes (BBG) oder der Landesbeamtengesetze in entsprechender Anwendung.[43] Demzufolge unterliegen die Referendare der Weisung ihrer staatlichen Dienststellen. Sie können auch disziplinarrechtlich gemaßregelt werden und das insbesondere dann, wenn sie unentschuldigt vom Dienst fernbleiben, vgl. § 96 BBG. Dienstpflicht ist es aber gerade auch am Zweiten Juristischen Staatsexamen teilzunehmen, andernfalls drohen erhebliche Konsequenzen. Und nur zu diesem Zweck, d. h. zur Vorbereitung auf und zur Teilnahme an der Prüfung erwirbt der Rechtsreferendar die jeweiligen Hilfsmittel. Man muss sich angesichts dieses Zusammentreffens von staatlichem Subordinationsverhältnis und hoheitlich gesteuertem Mitteltransfer durch die Hilfsmittelverfügungen fragen, ob man nicht von einem beihilferechtlich signifikant beherrschenden Einfluss auf den nachgelagerten privaten Mitteltransfer sprechen muss. Schließlich kann auch nicht eingewendet werden, dass die Letztentscheidung über den Mitteltransfer dem Referendar selbst überlassen bleibt, da er Hilfsmittel verwenden darf, aber keinesfalls muss. Denn faktisch benützt jeder Prüfling alle in der Prüfung zugelassenen Hilfsmittel. Dieser mittelbare Zurechnungszusammenhang ist aber ausreichend. Denn die Wirksamkeit des Beihilfenrechts wäre gefährdet, wenn Mitgliedstaaten sich auf den freiwilligen Charakter bestimmter Regelungen berufen könnten, die tatsächlich und voraussehbar immer befolgt würden.

Mag das Abstellen auf das den Hilfsmittelverfügungen nachfolgende Marktgeschehen als „staatlich" sicherlich noch einige Fragen offenlassen, so ist das nicht der Fall, wenn man unmittelbar auf die Begünstigung in Form von Ausübung hoheitlicher Rechtssetzungsbefugnisse abstellt. Diese ist als unmittelbar staatlich zu qualifizieren. Jedoch ist fraglich, inwieweit mit der Ausübung von Rechtsetzungsbefugnissen im weiteren Sinne bereits staatliche Mittel übertragen werden und folglich eine finanzielle Einbuße vorliegt. Ohne die Belastung eines zumindest dem Staat zurechenbaren Haushalts wäre die Staatlichkeit nach allem bislang Gesagten abzulehnen.[44] Grundsätzlich dürfte der Begriff der staatlichen Mittel mit öffentlichen Geldern in jedweder Form gleichgesetzt werden können. Wenn ein Mitgliedstaat wie ein privater Wirtschaftsakteur Gelder zuweist, investiert oder mit diesen bürgt, setzt er unzweifelhaft staatliche Mittel ein. Wenn man von staatlichen Mitteln spricht, muss man sich aber auch vor Augen halten, dass der Staat über weit mehr „Mittel" als nur über öffentliche Gelder verfügt. Der Begriff der staatlichen Mittel ist adressatenadäquat und um die Effektivität des Beihilfenrechts zu sichern weit auszulegen.[45] Unter staatlichen Mitteln sind daher auch Hoheitsrechte, insbesondere die originäre legislative Tätigkeit des Staates bzw. die abgeleitete Rechtssetzung durch die Exekutive zu verstehen. Werden diese Mittel sodann zugunsten einzelner Unternehmen erbracht, so stellen auch sie geldwerte Leistungen dar.[46] Ist mit der Ausübung dieses Mittels aber das staatliche Handlungsrepertoire erschöpft, kann der Staat also nicht jederzeit und unbedingt sein Handeln revidieren, so liegt ein – zumindest zeitweises – Minus auf staatlicher Seite vor. Insoweit lässt sich durchaus von einer messbaren Einbuße auf der Seite des Staates sprechen. Dies trifft auch vorliegend zu, denn die Hilfsmittelverfügungen sind ab ihrem Inkrafttreten (bzw. ihrer Publikation) nicht ohne Weiteres jederzeit umkehrbar, da die Prüflinge auf die für ihre Prüfung geltende Hilfsmittelverordnung vertrauen und dieses Vertrauen nicht enttäuscht werden darf.[47] Schließlich tätigen sie im Vertrauen auf die Hilfsmittelverfügungen hohe Ausgaben und orientieren sich an ihnen bei der Prüfungsvorbereitung. Folglich können die staatlichen Justizprüfungsämter zumindest nicht vorbehaltlos (z. B. nicht ohne Übergangsregelungen) erneut von ihren Rechtsetzungsbefugnissen Gebrauch machen, denn auch

41 Vgl. EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 57 ff. – *Preussen-Elektra*.

42 Z. B. in Thüringen, vgl. § 33 X ThürJAPO.

43 Vgl. z. B. § 37 I HmbJAG.

44 Vgl. bereits oben Fn. 34.

45 Zur weiten Auslegung des Beihilfenbegriffs, vgl. *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 9; vgl. auch *Sinnaeve,* EuZW 1996, 569 (570).

46 Insoweit reicht wohl der Hinweis auf die Unsummen, die jährlich für Lobbyarbeit von Unternehmen und Unternehmensverbänden ausgegeben werden aus, um zu unterstreichen, dass gesetzliche Regelungen grundsätzlich Geldwert haben können. Denn aufgrund dieser mittelbaren Zahlungen wäre es fast schon absurd zu behaupten, gesetzliche Regelungen und die damit verbundenen Chancen hätten keinen Geldwert für die Wirtschaft.

47 Diese aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Erwägungen können auch dann herangezogen werden, wenn man davon ausgehen möchte, die Hilfsmittelverfügungen seien nur bloße Verwaltungsvorschriften, denn der Grundsatz des Vertrauensschutzes gilt grundsätzlich auch für die Binnenorganisation der Verwaltung. Dies muss erst recht dann gelten, wenn die jeweiligen Verwaltungsvorschriften – wie hier – immense Außenwirkung aufweisen. Vgl. zum Ganzen *Grzeszick,* in: Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl. 2013, Art. 20 GG Rn. 69 ff.

sie sind an das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot und den Grundsatz des Vertrauensschutzes gebunden.[48] In der gesetzlichen Absicherung eines bestimmten zusätzlichen Gewinns lässt sich selbst und unmittelbar ein staatlicher Mittelabfluss sehen.

III. Tatbestandsbezogener Lösungsansatz – Vermeidung von Selektivität

Mithin können die Hilfsmittelverfügungen derzeit als Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV bewertet werden. Es stellt sich somit die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, um die Hilfsmittelverfügungen beihilfefrei auszugestalten. Neben der wohl unumgänglichen Begünstigung, die die Hilfsmittelverfügungen mit sich bringen, verbleibt allein die Möglichkeit, sie für andere Unternehmen zu öffnen, d. h. ihren selektiven Charakter zu beseitigen. Denkbar wäre es beispielsweise neben den schon zugelassenen Hilfsmitteln auch vergleichbare Hilfsmittel anderer Verlage zuzulassen. Rechtssicherheit könnte dabei durch Listenbildung – etwa durch entsprechende Anhänge zu den Hilfsmittelverordnungen – gewonnen werden. Die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen wäre hierdurch auch nicht wesentlich eingeschränkt.[49] Der Einwand, die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen wäre nur durch Beschränkung auf jeweils ein einziges Hilfsmittel zu erreichen, greift nämlich nicht. Denn auch in anderen Prüfungen werden regelmäßig nicht nur ein einzelnes, sondern unterschiedliche, wenn auch vergleichbare Hilfsmittel zugelassen.[50]

IV. Fazit

Eine eindeutige beihilfenrechtliche Beurteilung der Hilfsmittelverfügungen ist angesichts der vielen offenen Fragen schwierig. Dennoch scheidet die Annahme einer Beihilfe nicht von vorneherein aus. Die Rechtsprechung des EuGH bietet zahlreiche Ansatzpunkte, vorliegend eine Beihilfe anzunehmen.[51] Schließlich hat sich der EuGH auch noch nicht mit der grundsätzlichen Frage auseinandergesetzt, ob schon in einem Rechtsetzungsakt selbst ein staatlicher Mittelfluss gesehen werden kann. Beihilfefrei wären die Hilfsmittelverfügungen jedoch wohl dann, wenn sie neben den bisherigen Hilfsmitteln auch vergleichbare Hilfsmittel anderer Verlage zuließen.

48 Dazu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl. 2013, Art. 20 GG Rn. 95 ff.

49 Würde man insoweit etwas anderes behaupten wollen, so müsste man sich der – angesichts vergleichsweise langer Ausbildungszeiten – traurigen Frage stellen, ob am Ende nicht das geschulte Judiz der Prüflinge darüber entscheidet, wer gute und wer schlechte Leistungen abliefert, sondern ausschließlich das richtige Hilfsmittel.

50 Z. B. in der Steuerberaterprüfung, in welcher Gesetzessammlungen beliebiger Verlage zugelassen werden, sofern diese nur bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Vgl. dazu z. B. http://www.steuerberaterpruefung-suedbayern.de/download/328-2011_anlage_hilfsmittelerlass2012.pdf.

51 So wies die PreussenElektra-Entscheidung einige Besonderheiten auf, die mitberücksichtigt werden müssen. Damals stand nämlich ein umweltpolitisches Gesetz in Rede, das teilweise der Umsetzung europäischen Richtlinienrechts diente. Außerdem legte das besagte Gesetz „rein" privaten Wirtschaftsakteuren eine Abnahmepflicht zu Mindestpreisen auf. Vorliegend übt der Staat jedoch nicht nur legislativ auf das Handeln Privater Einfluss aus, sondern er steht diesen auch in einem hoheitlichen Subordinationsverhältnis gegenüber.

Ann-Kristin Becker/Christian Steger*

Kinderarbeit als Vertragsmangel im UN-Kaufrecht und Zeugenaussage als Beweismittel im Schiedsverfahren

Willem C. Vis Moot Kurz-Memo

Der vorliegende Aufsatz soll anhand ausgewählter Probleme der Fallkonstellation des 20. Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (Vis Moot)[1] darstellen, wie Argumente von den Teilnehmern in einem Schriftsatz parteibezogen für Kläger und Beklagte präsentiert werden könnten.

Zunächst wird kurz der Sachverhalt zusammengefasst (I.) und die ausgewählten Rechtsfragen (II.) sowie das anwendbare Recht (III.) vorgestellt. Im Anschluss wer-

* Ann-Kristin Becker studiert an der Universität Hamburg; Christian Steger ist wiss. Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und Doktorand der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law. Die Autoren betreuten, zusammen mit stud. jur. Justus Langelittig, das 20. Willem C. Vis Moot Team der Universität Hamburg. Sie haben in den vergangenen Jahren selbst an diesem Wettbewerb teilgenommen.

1 Das Finale des 20. Vis Moots wurde vom 22. bis 28. März 2013 in Wien ausgetragen; Moot Courts sind (z. B.) als studentischer Wettbewerb organisierte simulierte Gerichts- oder Schiedsverfahrensverhandlungen, bei denen die Teilnehmer in die Rolle der Parteianwälte in einem fiktiven Fall schlüpfen; weitere Informationen unter: http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html (11.07.2013).