



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

III ZB 3/12

vom

13. September 2012

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

ZPO § 148; AEUV Art. 108 Abs. 3

Die Verhandlung eines Rechtsstreits, der die Rückforderung einer unter Verstoß gegen die Notifizierungs- und Wartepflicht (Art. 108 Abs. 3 Satz 1 und 2 AEUV, Art. 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 EG) gewährten Beihilfe zum Gegenstand hat, darf grundsätzlich nicht ausgesetzt werden, bis eine bestandskräftige Entscheidung der Europäischen Kommission oder des Gerichts der Europäischen Union über die materiellrechtliche Vereinbarkeit der Zuwendung mit dem Gemeinsamen Markt vorliegt.

BGH, Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 3/12 - OLG Jena

LG Mühlhausen

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. September 2012 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Wöstmann, Hucke und Seiters

beschlossen:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden die Beschlüsse des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 28. Dezember 2011 - 5 W 195/11 - und der 6. Zivilkammer des Landgerichts Mühlhausen vom 30. März 2011 - 6 O 276/08 - aufgehoben.

Die Aussetzung der Verhandlung des Rechtsstreits wird abgelehnt.

Streitwert: 139.491,20 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin, ein Tochterunternehmen der Kreditanstalt für Wiederaufbau, verlangt die Rückgewähr einer Zuwendung, die ihrer Ansicht nach eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG (jetzt Art. 107 Abs. 1 AEUV) darstellt. Die Beklagte ist ein Unternehmen, das Fahrräder herstellte. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin beteiligte sich 2001 mit einer verzinslichen stillen Einlage in

Höhe von 4.050.000 DM an der Beklagten. Die Einlage wurde bei der Europäischen Kommission nicht zuvor als Beihilfe angezeigt.

2            Aufgrund von Beschwerden mehrerer Konkurrenten der Beklagten leitete die Europäische Kommission am 20. Oktober 2005 ein förmliches Beihilfenprüfverfahren gemäß Art. 88 EG ein. Ende 2005 stellte die Beklagte die Produktion von Zweirädern ein und verkaufte die hierfür benötigten Betriebsgegenstände. Seither ist Unternehmensgegenstand der Beklagten die Verwaltung von Grundstücken. Unter dem 24. Januar 2007 entschied die Kommission, dass die Höhe der Einlagenverzinsung eine verbotene staatliche Beihilfe beinhalte, da der vereinbarte Zinssatz unter der marktüblichen Marge liege. Die Bundesrepublik Deutschland wurde aufgefordert, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern. Gegen diese Entscheidung erhob unter anderem die Beklagte Klage vor dem Gericht der Europäischen Union.

3            Nachdem die Klägerin die Beklagte vergeblich zur Rückzahlung des dem nach der Kommissionsentscheidung rechtswidrig erlangten Zinsvorteil entsprechenden Betrags aufgefordert hatte, erhob sie die vorliegende, auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 697.456 € gerichtete Klage. Diese war zum einen auf den Bescheid der Kommission vom 24. Januar 2007 gestützt und zum anderen auf einen Verstoß gegen die aus Art. 88 Abs. 3 EG folgende Notifizierungs- und Wartepflicht. Die Klägerin erlangte am 26. November 2008 ein ihrem Antrag entsprechendes Versäumnisurteil des Landgerichts, gegen das die Beklagte Einspruch einlegte. Mit Beschluss vom 9. Januar 2009 stellte das Landgericht die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil gegen Sicherheitsleistung von 840.000 € ein, die auch durch Stellung einer Bankbürgschaft erbracht werden kann. Mit Rücksicht auf das vor dem Gericht der Europäischen

Union anhängige Verfahren setzte das Landgericht anschließend die Verhandlung über den Rechtsstreit aus.

4 Mit Urteil vom 3. März 2010 hob das Gericht der Europäischen Union die Entscheidung der Kommission wegen eines Begründungsmangels auf. Daraufhin gab das Landgericht dem bei ihm anhängigen Verfahren wieder Fortgang. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 stellte die Europäische Kommission erneut die Unvereinbarkeit der für die stille Einlage vereinbarten Verzinsung mit dem Binnenmarkt fest. Auch gegen diese Entscheidung erhob die Beklagte Klage vor dem Gericht der Europäischen Union. Ihr dort gestellter weiterer Antrag, die Vollziehung des Kommissionsbeschlusses bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen, wurde vom Präsidenten des Gerichts abgelehnt.

5 Auf Antrag der Beklagten hat das Landgericht mit Beschluss vom 30. März 2011 sein Verfahren erneut ausgesetzt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihr Begehren, dem Rechtsstreit Fortgang geben zu lassen, weiter.

## II.

6 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse.

- 7 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der Mitgliedstaat, dem durch eine Kommissionsentscheidung die Rückforderung einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe auferlegt worden sei, sei verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Durchführung der Entscheidung sicherzustellen. Die Rückforderung erfolge nach den Verfahrensvorschriften des Mitgliedstaats. Deren Anwendung dürfe aber die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs durch Verhinderung der sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung der Kommissionsentscheidung nicht erschweren. Diesen Grundsätzen sei im vorliegenden Rechtsstreit Rechnung getragen worden. Sie stünden der Aussetzung des Verfahrens nicht entgegen. Die Klägerin habe ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil gegen die Beklagte erwirkt, das ihr die Möglichkeit eröffne, den wohl rechtswidrig erlangten Beihilfebetrag auch de facto zunächst einzuziehen und damit den Zustand vor Auskehrung der Beihilfe in wettbewerbsmäßiger Hinsicht zumindest derzeit wieder herzustellen. Die Beklagte sei zudem nicht mehr werbend am Zweiradmarkt tätig, so dass der Wettbewerb nicht mehr tangiert sei. Die vor dem Gericht der Europäischen Union erhobene Nichtigkeitsklage der Beklagten sei für die im vorliegenden Rechtsstreit zu treffende Entscheidung vorgreiflich, da sich die Beklagte in beiden Verfahren darauf berufe, es habe überhaupt keine Beihilfe vorgelegen.
- 8 Die Ausübung des im Rahmen des § 148 ZPO eröffneten Ermessens durch das Landgericht lasse in Bezug auf die beiderseitigen Interessen Rechtsfehler nicht erkennen. Auch in diesem Zusammenhang sei das Vorliegen eines vorläufig vollstreckbaren Titels zu berücksichtigen. Das Risiko der Klägerin, dass durch Zeitablauf die Vollstreckungsmöglichkeiten verschlechtert werden könnten, habe sich zumindest reduziert. Überdies wirke sich der Wettbewerbsvorteil schon seit Jahren nicht mehr aus, da die Beklagte nicht mehr am Zweiradmarkt teilnehme. Zum anderen sei zu berücksichtigen, dass eine Fortset-

zung des Verfahrens für die Beklagte das Risiko berge, im Falle einer für sie positiven Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union im vorliegenden Verfahren in ein Rechtsmittel oder ein Wiederaufnahmeverfahren mit nicht unerheblichen Kosten gezwungen zu werden. Das von der Klägerin angeführte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2011 (I ZR 136/09, BGHZ 188, 326) betreffe einen nicht vergleichbaren Sachverhalt, da hier bereits eine vorläufig vollstreckbare Entscheidung vorliege. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass auch der Entscheidung des Präsidenten des Gerichts der Europäischen Union vom 21. Juni 2011 die Erwägung zu Grunde liege, die nationalen Gerichte seien nicht daran gehindert, den Vollzug des Rückzahlungsverlangens bis zur Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union in der Hauptsache auszusetzen.

9           2.       Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die unmittelbare Anwendung von § 148 ZPO scheidet aus, weil die Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union in dem Verfahren T-209/11 nicht vorgreiflich für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist. Bei einer möglicherweise in Betracht zu ziehenden entsprechenden Anwendung von § 148 ZPO hätten die Vorinstanzen das ihnen zustehende Ermessen auch unter Berücksichtigung der insoweit nur beschränkten Nachprüfbarkeit durch das Rechtsbeschwerdegericht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. Juni 2011 - I ZB 64/10, NJW-RR 2011, 1343 Rn. 11 und vom 3. März 2005 - IX ZB 33/04, NJW-RR 2005, 925, 926 m.w.N.) nicht fehlerfrei ausgeübt.

10           a) Nach § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anord-

nen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. Die Aussetzung der Verhandlung setzt damit Vorgreiflichkeit der in dem anderen Rechtsstreit oder dem Verwaltungsverfahren zu treffenden Entscheidung im Sinne einer (zumindest teilweise) präjudiziellen Bedeutung voraus (z.B. BGH, Beschluss vom 30. März 2005 - X ZB 26/04, BGHZ 162, 373, 375 mwN). Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt. Die Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union über die Klage der Beklagten gegen den Kommissionsbeschluss vom 14. Dezember 2010 kann nicht vorgreiflich für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits werden.

- 11           aa) Mit Recht weist die Beschwerde darauf hin, dass der Inhalt der Kommissionsentscheidung vom 14. Dezember 2010 und damit der Prüfungsgegenstand des Gerichts der Europäischen Union neben dem Vorliegen einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG allein die (materiellrechtliche) Vereinbarkeit der der Beklagten gewährten Zuwendung mit dem Gemeinsamen Markt ist, während die Klage in dieser Sache jedoch auch darauf gestützt wird, dass die Einlage unter Verstoß gegen die Notifizierungs- und Wartepflicht des Art. 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 EG (jetzt Art. 108 Abs. 3 Satz 1 und 2 AEUV; zuvor Art. 93 Abs. 3 Satz 1 und 3 EGV) erfolgte. Dies hat das Beschwerdegericht übersehen, das gemeint hat, die Klage sei nur begründet, wenn bindend festgestellt werde, dass die fragliche Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sei. Demgegenüber ist die Klage allein wegen der unterlassenen Anmeldung und des Verstoßes gegen die Wartepflicht begründet, wenn die Zuwendung nach der Beurteilung der nationalen Gerichte eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG (jetzt Art. 107 Abs. 1 AEUV) darstellt. Ist dies hingegen nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

12

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union fallen den nationalen Gerichten und der Kommission bei der Kontrolle staatlicher Beihilfen unterschiedliche Rollen zu (z.B. EuGH, Urteile vom 8. Dezember 2011 - C-275/10, WM 2012, 926 Rn. 26 und vom 5. Oktober 2006 - C-368/04 - Transalpine Slg. 2006, I-9983 Rn. 37 jew. mwN). Danach hat sich die Europäische Kommission bei der Prüfung einer Beihilfe darauf zu beschränken, ob diese mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Die Kommission kann sich dieser Prüfung selbst dann nicht entziehen, wenn der Mitgliedstaat die Subvention unter Verstoß gegen die Notifizierungs- und Wartepflicht gewährt hat, und die Beihilfe allein deshalb für rechtswidrig erklären (z.B. EuGH, Urteile vom 8. Dezember 2011 aaO, Rn. 27; 12. Februar 2008 - C-199/06 - CELF I, Slg. 2008, I-486 Rn. 38 und vom 21. November 1991 - C-354/90, Slg. 1991 I-5523 Rn. 14; siehe auch Generalanwalt Jacobs aaO, S. 5513 Rn. 21, 24 sowie Nummer 25 der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte ABl. 2009, C 85, S. 1 mwN). Demgegenüber ist es Sache der nationalen Gerichte, Art. 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 EG beziehungsweise Art. 108 Abs. 3 Satz 1 und 3 AEUV Geltung zu verschaffen. Sie sind verpflichtet, entsprechend ihrem nationalen Recht aus einer Verletzung der Anzeige- und Wartepflicht sämtliche Folgerungen sowohl hinsichtlich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützungen zu ziehen, die unter Verstoß gegen diese Pflichten gewährt wurden (EuGH, Urteile vom 8. Dezember 2011 aaO Rn. 27, 29 und vom 12. Februar 2008 aaO Rn. 41 mwN; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 22). Aufgabe der nationalen Gerichte ist somit die Anordnung von Maßnahmen, die geeignet sind, die auf der Nichteinhaltung der Notifizierungs- und Wartepflicht beruhende Rechtswidrigkeit der Durchführung der Beihilfen zu beseitigen, damit der Empfänger in der bis zur Klärung der materiellrechtlichen Vereinbarkeit der



Subvention mit dem Gemeinsamen Markt verbleibenden Zeit nicht über die ihm zugewendeten Mittel frei verfügen kann (vgl. EuGH, Urteil vom 11. März 2010 - C-1/09 - CELF II, Slg. 2010, 2103 Rn. 30). Die Zielsetzung von Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) ist, dass bis zum Erlass einer Entscheidung durch die Kommission der (etwaige) positive Inhalt dieser EntschlieÙung nicht vorweggenommen wird (vgl. EuGH aaO Rn. 34). Dementsprechend müssen die nationalen Gerichte einer Klage auf Rückzahlung von unter VerstoÙ gegen diese Vorschriften gezahlten Beihilfen grundsätzlich - und zwar unabhängig von ihrer materiellrechtlichen Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt - stattgeben (vgl. EuGH, Urteile vom 12. Februar 2008 aaO, Rn. 39 und vom 11. Juli 1198 - C-39/94 - SFEI, Slg. 1996, I-3577 Rn. 70 f; BGH aaO sowie Rn. 30).

- 13 Die Beihilfeentscheidung der Kommission - beziehungsweise im Fall ihrer Anfechtung die des Gerichts der Europäischen Union - einerseits und die Entscheidung des nationalen Gerichts über die Rückforderung einer unter VerstoÙ gegen die Notifizierungs- und Wartepflicht gewährten Subvention andererseits erfolgen damit nach unterschiedlichen Kriterien. Gemeinsame Vorfrage beider Entscheidungen ist lediglich, ob die in Rede stehende Maßnahme den Charakter einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG (Art. 107 Abs. 1 AEUV) hat (vgl. BGH aaO Rn. 30), was die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit und in dem Anfechtungsverfahren vor dem Gericht der Europäischen Union in Abrede stellt. Dies begründet jedoch keine Präjudizialität der Entscheidung der Kommission oder des Gerichts der Europäischen Union für die Beurteilung der Rechtslage im vorliegenden Verfahren im Sinne des § 148 ZPO. Die Vorgeiflichkeit nach dieser Vorschrift besteht nicht schon dann, wenn die gleiche Rechtsfrage in beiden Verfahren entscheidungserheblich ist (BGH, Beschluss vom 30. März 2005 - X ZB 26/04, BGHZ 162, 373, 376; Musielak/Stadler, ZPO, 9. Aufl., § 148 Rn. 5; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 148 Rn. 23; siehe

auch MünchKommZPO/Wagner, 3. Aufl., § 148 Rn. 9). § 148 ZPO stellt nicht auf sachliche oder tatsächliche Zusammenhänge zwischen verschiedenen Verfahren, sondern auf die Abhängigkeit vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ab. Allein die tatsächliche Möglichkeit eines Einflusses genügt dieser gesetzlichen Voraussetzung nicht und wäre im Übrigen auch ein konturenloses Kriterium, das das aus dem Justizgewährleistungsanspruch folgende grundsätzliche Recht der Prozessparteien auf Entscheidung ihres Rechtsstreits in seinem Kern beeinträchtigen würde (BGH aaO).

14            Der Europäischen Kommission und damit ebenfalls dem Gericht der Europäischen Union kommt auch kein Auslegungsvorrang gegenüber den nationalen Gerichten zu. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die nationalen Gerichte vielmehr ebenso wie die Kommission befugt und verpflichtet, den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG (jetzt Art. 107 Abs. 1 AEUV) auszulegen (z.B. Urteile vom 5. Oktober 2006 - C-368/04 - Transalpine Slg. 2006, I-9983 Rn. 39 und vom 21. November 1991 - C-354/90, Slg. 1991 I-5523 Rn. 10 mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 30).

15            bb) Die ausstehende Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union in dem unter anderem von der Beklagten angestregten Verfahren T-209/11 kann auch unter Berücksichtigung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 12. Februar 2008 (C-199/06 - CELF I, Slg. 2008, I-486, Rn. 55) und vom 11. März 2010 (C-1/09 - CELF II, Slg. 2010, 2103 Rn. 20) Präjudizialität für den Rechtsstreit in der vorliegenden Sache nicht entfalten.

- 16 (1) Danach ist zwar Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) dahin auszulegen, dass das nationale Gericht nicht verpflichtet ist, die Rückforderung einer unter Verstoß gegen diese Vorschrift gewährten Beihilfe anzuordnen, wenn die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat, mit der die Subvention für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird. Nach dem Gemeinschaftsrecht ist es dann (nur) verpflichtet, dem Beihilfeempfänger aufzugeben, für die Dauer der Rechtswidrigkeit Zinsen zu zahlen, das heißt, den ungerechtfertigten Vorteil auszugleichen, der durch die verfrühte Gewährung der Beihilfe entstanden ist. Hieraus lässt sich indessen nicht ableiten, dass der auf einen Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG gestützte Rückzahlungsanspruch der Klägerin erlischt, wenn das Gericht der Europäischen Union dem Begehren der hiesigen Beklagten entspricht und den Kommissionsbeschluss vom 14. Dezember 2010 aufhebt sowie die Zuwendung als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt. Zwar mag dies mindestens einer positiven Kommissionsentscheidung im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechen. Jedoch ist es unionsrechtlich nicht geboten, dem Empfänger die Subvention zu belassen und lediglich den "Verfrühungsvorteil" abzuschöpfen.
- 17 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat vielmehr in den vorzitierten Entscheidungen vom 12. Februar 2008 (aaO sowie Rn. 53) und vom 11. März 2010 (aaO), wie auch schon in seinem Urteil vom 5. Oktober 2006 (C-368/04 - Transalpine, Slg. 2006, I-9983 Rn. 56), ausgeführt, die mitgliedstaatlichen Gerichte seien nach Maßgabe der nationalen Rechtsordnung berechtigt, die Rückforderung einer unter Verstoß gegen die Notifizierung- und Wartepflicht gewährten Beihilfe - unbeschadet des Rechts diese später erneut zu gewähren - anzuordnen, selbst wenn die Zuwendung später von der Kommission für mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt wurde. Hieraus ergibt sich, dass sich aus dem Unionsrecht kein Anspruch des Subventionsempfängers ergibt, die unter

Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) gewährte Beihilfe behalten zu können, wenn deren materiellrechtliche Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgestellt ist. Vielmehr richtet sich dies nach dem Recht des betroffenen Mitgliedstaats (Nummer 35 der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte ABl. 2009, C 85, S. 1), im vorliegenden Fall mithin nach dem deutschen Recht.

18 (2) Hiernach kann die Beklagte den ihr gewährten Verzinsungsvorteil, sofern ihr dieser unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG zugewendet wurde, auch dann nicht behalten, wenn aufgrund der Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union festgestellt werden sollte, dass dieser Vorteil materiellrechtlich in Einklang mit dem Gemeinsamen Markt stand.

19 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. BGH, Urteile vom 20. Januar 2004 - XI ZR 53/03, WM 2004, 468, 469 mit umfangreichen w.N.; vom 24. Oktober 2003 - V ZR 48/03, WM 2004, 693, 694 und vom 4. April 2003 - V ZR 314/02, WM 2003, 1491, 1492 f) ist ein privatrechtlicher Vertrag, durch den eine Beihilfe entgegen Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG gewährt wird, nichtig. Art. 88 Abs. 3 EG beziehungsweise jetzt Art. 108 Abs. 3 AEUV ist ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des zur Gewährung der Beihilfe abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrags führt. Zwar stellt die unterlassene Notifizierung (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG, Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV) einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich genommen noch nicht die Sanktion des § 134 BGB auslöst. Doch kommt dem Abschluss Beihilfe gewährender Verträge ohne vorherige Anzeige und abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle Bedeutung zu, weil das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) im Interesse gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen eine solche verfrühte Bei-

hilfegewährung verhindern soll (vgl. BGH, Urteile vom 20. Januar 2004 aaO und vom 4. April 2003 aaO, S. 1492 m.w.N.). Dass sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen richtet, steht der Anwendung des § 134 BGB hier nicht entgegen (BGH aaO). Diese Bestimmung findet nämlich anerkanntermaßen auch dann Anwendung, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots geht, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung. Dies ist bei Subventionsverträgen, die unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) geschlossen werden, der Fall (BGH, Urteile vom 20. Januar 2004 aaO und vom 4. April 2003 aaO, S. 1493 jew. mwN).

20 Die Nichtigkeit des der Subvention zu Grunde liegenden Vertrags hat zur Folge, dass der Zuwendende sie von dem Empfänger gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zurückfordern kann.

21 Der Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) würde durch eine positive Entscheidung der Kommission oder des Gerichts der Europäischen Union auch nicht nachträglich unbeachtlich. Vielmehr hat eine Entscheidung der Kommission beziehungsweise des Gerichts, mit der eine nicht angemeldete Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht die Heilung der unter Verstoß gegen die genannte Vorschrift ergangenen und deshalb unwirksamen Durchführungsmaßnahmen zur Folge (z.B. EuGH, Urteile vom 12. Februar 2008 - C-199/06 - CELF I, Slg. 2008, 486 Rn. 40 und vom 5. Oktober 2006 - C-368/04 - Transalpine, Slg. 2006, I-9983 Rn. 41 mwN; BGH, Urteil vom 4. April 2003 aaO). Jede andere Auslegung würde die Missachtung

der Notifizierungs- und Wartepflicht durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen (EuGH aaO). Hiernach bleiben Verträge, die unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 103 Abs. 3 AEUV) die Gewährung einer Beihilfe zum Gegenstand haben, auch dann gemäß § 134 BGB nichtig, wenn später die materiellrechtliche Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgestellt wird. Damit bleibt auch der Kondiktionsanspruch des Zuwendenden gegen den Empfänger ungeachtet einer solchen Feststellung bestehen.

- 22            b) aa) Eine entsprechende Anwendung von § 148 ZPO, wie sie nach der Rechtsprechung für die Fallgestaltung anerkannt ist, dass eine entscheidungserhebliche Frage der Auslegung europäischen Unionsrechts bereits Gegenstand einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV ist (z.B. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2012 - VIII ZR 158/11, juris Rn. 7 ff mwN), scheidet ebenfalls aus. Die Aussetzung dient in dieser Konstellation dazu, den Gerichtshof vor einer Beeinträchtigung seiner Funktion im Vorabentscheidungsverfahren zu schützen, da ohne die Aussetzung eine weitere Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV erfolgen müsste. Da der Gerichtshof, dem die verbindliche Auslegung des Unionsrechts vorbehalten ist, aber kein Rechtsmittelgericht für sämtliche mitgliedstaatlichen Verfahren darstellt (BGH, aaO und Beschluss vom 30. März 2005 - X ZB 26/04, BGHZ 162, 373, 378), genügt es, wenn dort über eine klärungsbedürftige Rechtsfrage lediglich in einem Verfahren verhandelt und entschieden wird. Das Gericht der Europäischen Union nimmt eine solche Funktion des Gerichtshofs in dem hier in Rede stehenden Verfahren T-209/11 hingegen nicht wahr. Vielmehr entscheidet es in einem Einzelfall über einen Verwaltungsakt der Kommission. Zudem kann durch die Aussetzung keine Vorlage abgewendet werden, da eine solche in dem Verfahren vor diesem Gericht nicht vorgesehen ist, ungeachtet dessen,

dass das Landgericht, bei dem der vorliegende Rechtsstreit in der Hauptsache noch anhängig ist, zu einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 2 AEUV im Gegensatz zu einem letztinstanzlichen Gericht ohnehin nicht verpflichtet wäre.

23           bb) Zu Gunsten einer entsprechenden Anwendung von § 148 ZPO in der vorliegenden Fallgestaltung ließe sich allerdings möglicherweise anführen, dass nach der Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union in Ausnahmefällen die Aussetzung eines Rechtsstreit über die Rückforderung einer möglichen Beihilfe nach dem Unionsrecht zulässig sein kann (vgl. Urteil vom 11. März 2010 - C-1/09 - CELF II, Slg. 2010, I-2103 Rn. 35 f). Ob dies im nationalen Prozessrecht eine analoge Anwendung von § 148 ZPO rechtfertigt, kann auf sich beruhen. Selbst wenn der durch diese Vorschrift eröffnete Ermessensspielraum bestehen würde, wäre die Aussetzung des Verfahrens rechtsfehlerhaft. Die von den Vorinstanzen angestellten Ermessenserwägungen sind nicht frei von Fehlern.

24           Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union darf das nationale Gericht die Entscheidung über die Rückforderung einer unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) gewährten Beihilfe grundsätzlich nicht aussetzen, weil ansonsten dieser Bestimmung unter Verstoß gegen den Grundsatz der Effektivität ihre praktische Wirksamkeit genommen würde (Urteil vom 11. März 2010 aaO, Rn. 32; siehe auch Nummer 62 der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte ABl. 2009, C 85, S. 1). Die Aussetzung des Verfahrens des nationalen Gerichts würde dazu führen, dass vor der abschließenden Entscheidung der Kommission oder des Gerichts der Europäischen Union keine Entscheidung über die Begründetheit der Rückzahlungsverpflichtung des Zuwendungsempfängers erginge. Dies aber liefe darauf hinaus, dass

der - zumindest unter Verfahrensgesichtspunkten rechtswidrige - Vorteil der Beihilfe während des Zeitraums des Durchführungsverbots aufrechterhalten bliebe, was mit dem Ziel des Artikels 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) unvereinbar wäre und diesen leerlaufen ließe (EuGH aaO Rn. 31).

25           Allerdings lässt der Gerichtshof zu, dass bei der Durchführung des Rückforderungsrechtsstreits vor dem nationalen Gericht "außergewöhnliche Umstände, die eine Rückforderung unangemessen erscheinen lassen" zu Gunsten des Zuwendungsempfängers Berücksichtigung finden (aaO, Rn. 36 sowie Urteil vom 8. Dezember 2011 - C-275/10, WM 2012, 926 Rn. 35). Die von den Vorinstanzen angeführten Gesichtspunkte stellen solche außergewöhnlichen Umstände jedoch nicht dar.

26           (1) Dass die Klägerin bereits über ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil verfügt, lässt die Vorteile, die die Beklagte durch die Zuwendung erlangt hat, nicht entfallen und beseitigt damit den möglicherweise rechtswidrig erlangten Vorteil nicht. Die Vollstreckung des Versäumnisurteils ist gegen Sicherheitsleistung eingestellt worden. Dadurch, dass die Sicherheit nach dem Beschluss des Landgerichts vom 9. Januar 2009 auch im Wege einer Bürgschaft erbracht werden kann, besteht die Möglichkeit fort, dass die Beihilfe im Vermögen der Beklagten verbleibt. Deshalb hätte allenfalls eine Sicherheitsleistung in Form einer Hinterlegung des angeordneten Betrags (§ 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO), die der Einzahlung auf ein "Sperrkonto" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 11. März 2010 aaO, Rn. 37; siehe auch Nummer 62 der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte ABI. 2009, C 85, S. 1) entsprechen kann, bewirkt, dass die Zuwendung aus



dem Vermögen der Beklagten ausscheidet. Dass dies erfolgt ist, ist nicht ersichtlich.

27

(2) Im Ergebnis nicht tragfähig ist auch die weitere Überlegung des Beschwerdegerichts, eine Wettbewerbsverzerrung sei durch die vorläufige Belasung des der Beklagten zugewendeten wirtschaftlichen Vorteils nicht mehr zu befürchten, weil diese in dem betroffenen Marktsegment mittlerweile nicht mehr tätig sei. Zwar ist Zweck der Verpflichtung der nationalen Gerichte, die Rückforderung von unter Verletzung der Notifizierungs- und Wartepflicht gewährten Beihilfen unabhängig von ihrer materiellrechtlichen Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt durchzusetzen, die schon allein aufgrund dieses Verstoßes eingetretene Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen und deshalb zu verhindern, dass der Empfänger in der bis zur Klärung der materiellrechtlichen Vereinbarkeit der Subvention mit dem Unionsrecht verbleibenden Zeit über die ihm zugewendeten Mittel frei verfügen kann (vgl. EuGH, Urteile vom 8. Dezember 2011 aaO, Rn. 34 und vom 11. März 2010 aaO, Rn. 30; Senat, Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 279/07, BGHZ 178, 243 Rn. 29). Dass ein Ausscheiden des Zuwendungsempfängers aus dem ursprünglichen Markt einen "außergewöhnlichen Umstand" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union darstellt, der es rechtfertigen könnte, die Entscheidung über die Rückforderung der Zuwendung wegen Verstoßes gegen Art. 88 Abs. 3 EG (Art. 108 Abs. 3 AEUV) bis zur Klärung ihrer materiellrechtlichen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht auszusetzen, wurde jedoch bislang weder vom Gerichtshof selbst noch von der Europäischen Kommission erwogen. Dies wäre jedenfalls in der vorliegenden Fallgestaltung, in der der Begünstigte der Zuwendung seinen Geschäftsbetrieb nicht vollständig einstellt, auch nicht sachge-

recht. Der (möglicherweise) zu Unrecht erlangte Wettbewerbsvorteil verlagert sich bei einer Änderung des Geschäftsfelds des Zuwendungsempfängers nur in einen anderen Markt. Dort aber ist ein Vorteil, der unter Verstoß gegen das Anmelde- und Wartegedbot gewährt wurde, ebenso rechtswidrig wie in dem Marktsegment, in dem der Empfänger zuvor tätig war.

28 (3) Nicht rechtsfehlerfrei ist schließlich auch die Erwägung des Beschwerdegerichts, der Präsident des Gerichts der Europäischen Union habe in seiner Entscheidung, die Vollziehung des Kommissionsbeschlusses vom 14. Januar 2010 nicht auszusetzen, ausgeführt, die nationalen Gerichte seien nicht daran gehindert, den Vollzug des Rückzahlungsverlangens der Klägerin bis zur Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union in der Hauptsache auszusetzen. Der Präsident des Gerichts hat sich - entsprechend der Aufgabenverteilung zwischen den Unionsorganen und den nationalen Gerichten - insoweit nicht mit dem auf dem Verstoß gegen die Anzeige- und Wartepflicht gestützten Klagegrund befasst.

29 c) Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV bedarf es nicht, da die vorstehenden Schlussfolgerungen sich ohne weiteres aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ergeben, mithin die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum mehr bleibt (*acte clair*, vgl. Senat, Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 279/07, BGHZ 178, 243 Rn. 31

und BGH, Beschluss vom 26. November 2007 - NotZ 23/07, BGHZ 174, 273 Rn. 34 mwN).

Schlick

Herrmann

Wöstmann

Hucke

Seiters

Vorinstanzen:

LG Mühlhausen, Entscheidung vom 30.03.2011 - 6 O 276/08 -

OLG Jena, Entscheidung vom 28.12.2011 - 5 W 195/11 -